



HAL
open science

L'équilibre des pouvoirs dans la phase préparatoire du procès pénal

Kevin Mariat

► **To cite this version:**

Kevin Mariat. L'équilibre des pouvoirs dans la phase préparatoire du procès pénal. Droit. Université Jean Moulin Lyon 3, 2019. Français. NNT : 2019LYSE3023 . tel-03770059

HAL Id: tel-03770059

<https://hal.science/tel-03770059v1>

Submitted on 6 Sep 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Copyright



N°d'ordre NNT : LYSE3023

THÈSE de DOCTORAT DE L'UNIVERSITÉ DE LYON
opérée au sein de
L'Université Jean Moulin Lyon 3

École Doctorale de Droit N° 492

Discipline de doctorat : Droit
Mention : Droit privé

Soutenue publiquement le 05/06/2019, par :

Kevin MARIAT

**L'équilibre des pouvoirs dans la phase
préparatoire du procès pénal**
**Réflexions françaises à la lumière des droits allemand
et italien**

Devant le jury composé de :

François FOURMENT, Professeur à l'Université de Tours, *Rapporteur*
Jocelyne LEBLOIS-HAPPE, Professeur à l'Université de Strasbourg, *Rapporteur*

Pascal BEAUVAIS, Professeur à l'Université Paris Nanterre
Raphaële PARIZOT, Professeur à l'Université Paris Nanterre

Élisabeth JOLY-SIBUET, Maître de conférences HDR à l'Université Jean Moulin
(Lyon 3), *Directrice de thèse*

Au duc d'Auge

À Cosimo Piovasco di Rondò

REMERCIEMENTS

Mes remerciements vont d'abord à Élisabeth Joly-Sibuet, qui a su me guider dans mes premiers pas de chercheur et a parfois su poser son veto sur certains jeux de mots.

Le 11 septembre 2014, je faisais la connaissance de Jason, un drôle de normand expatrié. Verre après verre, roman après roman, cela reste toujours un plaisir : merci l'ami ! Et un grand merci, naturellement, à Vanessa, pour cet après-midi mémorable à Deauville.

Le même jour, j'osais plaisanter sur le sujet de thèse de Françoise. Sans doute cette entrée en matière a marqué notre amitié profonde faite, d'abord et surtout, d'éclats de rire.

Je rencontrais ensuite Camille, qui devint vite ma comparse en ces temps troublés du CDP, lorsque les claviers des ordinateurs se couvraient mystérieusement de gommettes.

En août 2015, je passais l'une de mes meilleures semaines (moins 24H), en compagnie d'une bande que rien n'effrayait, pas même la marine marchande : Françoise, Jason, Camille, Maxime, Axelle, Guillaume et, bien entendu, Cécile.

Débarquait ensuite Margaux, qui allait bientôt réclamer son pack de bienvenue auprès de l'administration avant d'intégrer la vieille garde et de venir, des heures durant, reprendre mes « *op. cit.* » le 31 mars 2019 en même temps que Ségolène A, *calf killer*.

Le 1^{er} juin 2016, je m'envolais en train pour Bonn et effectuais mes recherches sous le patronage de Carl-Friedrich Stuckenberg, dont la gentillesse et l'intelligence m'ont profondément marqué. Je faisais alors la connaissance de Miriam et Nils, sans qui mon séjour n'aurait pas été le même. *Schaut mal, ich habe die Wette gewonnen : Marsupilami !*

Je rencontrais ensuite Capucine. Les cafés et discussions devinrent bien vite une habitude stimulante qui, j'en suis convaincu, survivra très longtemps à la thèse.

Le 15 avril 2017, j'embarquais dans le Renault Espace parental en direction de Bologne, où je passais cinq mois incroyables grâce à Michele Caianiello. Surtout, je retrouvais Marco, doctorant voyageur rencontré deux semaines plus tôt à Izieu. *Devo ringraziarti, per avermi trasmesso la tua passione per i monoliti e la musica !*

Le 1^{er} août 2018, enfin, je m'isolais dans le Forez pour abattre la seconde partie de ma thèse. Cette retraite n'aurait pas été possible sans mes parents, première de toutes mes rencontres... avec mon frère, bien sûr, et puis Laura, sœur d'amitié.

Je ne serais pas complet sans mentionner, naturellement, Colin, Guillemette, Inès, Estelle, Maria, Lise, Salomé, Diane, Alexandra, Ségolène S., Bastien, Marie, Clara et, pour les plus vieux, Élodie, Alizée, Fabien, Camille et Kevin.

J'ai lu quelque part que l'écriture de tout ouvrage est faite de bons et de mauvais moments, mais que l'important est qu'ils soient partagés... assurément !

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

Aj Pénal : Actualité Juridique Pénal

al. : alinéa

Arch. phil. dr. : Archives de philosophie du droit

Art. : article

bull. : bulletin

Cass. ass. plén. ; Assemblée plénière de la Cour de cassation

Cass. civ. : Chambre civile de la Cour de cassation

Cass. crim. : Chambre criminelle de la Cour de cassation

Commission EDH : Commission européenne des droits de l'Homme

Cons. Const. : Conseil constitutionnel

Convention EDH : Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales

Cour EDH : Cour européenne des droits de l'Homme

D. : Recueil Dalloz

DRiZ : Deutsche Richterzeitung

Dr. pén. : Droit pénal

éd. : édition

GA : Goldammer's Archiv für Strafrecht

Gaz. pal. : Gazette du Palais

JA : Juristische Arbeitsblätter

JCP G : Semaine juridique, édition Générale

JORF : Journal officiel de la République française

JuS : Juristische Schulung

JZ : JuristenZeitung

KrimZ : Kriminologische Zentralstelle

LPA : Les petites affiches

LTO : Legal Tribune Online

MDR : Monatsschrift für deutsches Recht

NJ : Neue Justiz

NJW : Neue Juristische Wochenschrift

NStZ : Neue Zeitschrift für Strafrecht

Rev. pénit. : Revue pénitentiaire et de droit pénal

RFDA : Revue française de droit administratif

RFD Const. : Revue française de droit constitutionnel

RF sc. pol. : Revue française de science politique

RRJ : Revue de la recherche juridique

Rev. sc. crim. : Revue de science criminelle et de droit pénal comparé

RDP : Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger

RID comp. : Revue internationale de droit comparé

RID pén. : Revue internationale de droit pénal

RTD Civ. : Revue trimestrielle de droit civil

RUE : Revue de l'Union européenne

S. : Recueil Sirey

StraFO : Strafverteidiger-Forum

StV : Strafverteidiger

v. : voir.

ZIS : Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik

ZStW : Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

CITATION DES JURISPRUDENCES ÉTRANGÈRES

Pour une lecture plus facile, il a été choisi de « franciser » les références de jurisprudences étrangères.

Pour les juridictions allemandes, en particulier, est indiquée le plus souvent possible entre parenthèses la référence papier du recueil de la Cour constitutionnelle fédérale (BVerfGE), de la Cour fédérale de justice (BGHSt, BGHZ) et de la Cour fédérale administrative (BVerwGE).

SOMMAIRE

INTRODUCTION	- 3 -
PREMIÈRE PARTIE : APPROCHER L'ÉQUILIBRE	- 61 -
Titre I : Distinguer les pouvoirs	- 65 -
Chapitre 1 : Façonner les concepts	- 69 -
Chapitre 2 : Relire la procédure	- 115 -
Titre II : Distribuer les pouvoirs	- 209 -
Chapitre 1 : Distribuer les fonctions d'investigation et de décision de mise en mouvement de l'action publique.....	- 213 -
Chapitre 2 : Distribuer les fonctions de protection de la procédure et de garantie des droits	- 285 -
SECONDE PARTIE : EMPÊCHER LE DÉSÉQUILIBRE	- 355 -
Titre I : Assurer les fonctions	- 359 -
Chapitre 1 : Adapter la distribution des fonctions	- 363 -
Chapitre 2 : Optimiser l'exercice des fonctions.....	- 433 -
Titre II : Consolider les organes	- 493 -
Chapitre 1 : Intégrer la police judiciaire à l'autorité judiciaire.....	- 497 -
Chapitre 2: Renforcer l'indépendance de l'autorité judiciaire.....	- 539 -
CONCLUSION	- 625 -
ANNEXES	- 729 -

*J'ai des doutes sur la notion de longévité.
Sur la remise à flots de la crème renversée.
J'ai des doutes, est-ce que vous en avez ?*

A. Bashung, Le secret des banquises.

*So erhob Fremdheit des Knaben Rede zur
Musik, eine übermütige Sonne goss
verschwenderischen Glanz über ihn aus,
und die erhabene Tiefsicht des Meeres war
immer seiner Erscheinung Folie und
Hintergrund.*

T. Mann, Der Tod in Venedig.

- Sa, succede a tutti, prima o poi.*
- Cosa ?*
- Di scrivere qualcosa.*

A. Baricco, Mister Gwyn.

Ainsi parce que l'enfant parlait une langue étrangère, sa parole revêtait la dignité de la musique ; un soleil glorieux répandait une somptueuse lumière sur lui et la sublime perspective de la mer formait toujours le fond du tableau et en faisait ressortir la beauté.

T. Mann, La mort à Venise.

- Vous savez, cela arrive à tout le monde, tôt ou tard.

- De quoi ?

- D'écrire quelque chose.

A. Baricco, Mister Gwyn.

INTRODUCTION

1. Subjectivité de l'exercice de thèse. L'introduction est ce qui introduit, c'est-à-dire ce qui *fait entrer*¹. En musique, elle désigne un « fragment musical, de forme libre, généralement court et lent, qui précède l'exposition d'un thème, l'entrée d'une partie chantée »². S'il est des cas où le prélude ne revêt pas une forme identique à l'objet introduit, ceux-ci sont rares et concernent surtout des œuvres artistiques³. Toutes disciplines et langages scientifiques confondus, l'introduction n'en a pas moins couramment pour but de « planter le décor ». Aussi les pages qui suivront auront-elles pour but de cadrer la réflexion, de donner au destinataire des clés pour comprendre, que ce soit par adhésion ou rejet des positions ensuite exposées.

Dans l'histoire de la thèse⁴, soulignons le passage de la prépondérance de l'oral à celle de l'écrit. Si la pratique des propositions à défendre affichées dans le lieu de soutenance a disparu⁵, les termes « proposition de thèse » et « soutenance » demeurent. La thèse reste donc une *prise* de position, c'est-à-dire qu'elle est mouvement, action. Ce mouvement plonge le doctorant dans une aventure individuelle et, donc, *subjective*. Cette subjectivité, si elle n'entraîne pas l'absence de discussion possible, implique d'explicitier les choix faits au cours de la recherche afin de permettre la dispute⁶. Il convient donc de préciser, pour introduire cette recherche, son cadre (section 1), le constat à son point de départ (section 2) et l'éclairage comparatiste proposé (section 3).

¹ *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e éd., s. v. « Introduire ».

² *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e éd., s. v. « Introduction ». L'introduction n'a cependant pas vocation à être « courte », que l'on songe, en musique, à l'introduction ultime, parfaite, qui couvre plus de 25 % du morceau de DIRE STRAITS, *Money for nothing*, 1985, 7 min 04 !

³ V. le prélude musical, sans aucune image, du film de S. KUBRICK, *2001, l'Odyssée de l'Espace*, 1968, 149 min.

⁴ V. C. PUIGELIER, « Le doctorat. Un grade universitaire parmi d'autres ? », dans C. PUIGELIER (dir.), *L'œuvre doctorale*, Mare & Martin, 2017, p. 159.

⁵ Jusqu'à la fin du XIX^e siècle, la thèse consistait en « un ensemble de propositions que le candidat devait soutenir devant la Faculté pour être reçu docteur » : H. CAPITANT, *La thèse de doctorat en droit*, Dalloz, 1951, p. 5.

⁶ C. PUIGELIER, « La liberté de la recherche et l'œuvre doctorale », dans C. PUIGELIER (dir.), *L'œuvre doctorale*, Mare & Martin, 2017, p. 23, spéc. n° 20.

Section 1

Le cadre : la phase préparatoire du procès pénal

2. Se focaliser sur la *phase préparatoire du procès pénal* dès l'intitulé de la thèse est, au premier abord, rassurant. Pourtant, la notion se révèle vite difficile à cerner. Il s'agira donc de passer des définitions possibles (§ 1) à la définition retenue (§ 2).

§ 1. Les définitions proposées

3. **Une procédure en paliers.** Le procès pénal a pour but, dans sa conception classique, la manifestation de la vérité judiciaire au travers de l'établissement de la culpabilité débouchant sur le prononcé et l'exécution d'une peine¹. La gravité du procès pénal explique son importance et la longueur de la procédure : on n'inflige pas de peine sans culpabilité, on ne déclare pas la culpabilité sans preuve suffisante, on ne conclue pas à la preuve sans indice(s) de preuve(s), on ne trouve des indices de preuves qu'en les recherchant, on ne les recherche que si existe une infraction qui a été constatée, on ne constate d'infraction que si l'on en a connaissance. La procédure pénale désigne, par son étymologie², ce cheminement vers une possible déclaration de culpabilité. Un tel parcours ne peut que se faire par stades, étape après étape, palier après palier³. Le Code lui-même distingue dans deux livres différents l'exercice de l'action publique et de l'instruction, d'une part, et les juridictions de jugement, d'autre part. D'où une présentation traditionnelle

¹ La vérité comme but unique ou en tout cas principal du procès, et donc de la procédure pénale, est aujourd'hui fortement remise en cause. Il est acquis qu'une vérité matérielle, réelle, ne peut pas voir le jour au cours du procès pénal. Aussi préférons-nous parler de vérité judiciaire afin de souligner l'impossible manifestation d'une vérité immanente, d'une vérité vraie. V. X. PIN, « Preuve et vérité(s) », dans P. BEAUVAIS et R. PARIZOT (dir.), *Les transformations de la preuve pénale*, LGDJ, 2018, p. 11, spéc. p. 16-17.

² Le terme procédure découle du latin *procedere* signifiant « aller en avant » : v. S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, 11^e éd., LexisNexis, 2018, n° 2.

³ Nous empruntons ici l'expression de C. GUÉRY, « Les paliers de la vraisemblance pendant l'instruction préparatoire », *JCP G* 1998, I, 140.

de la matière en différentes phases, même si la doctrine n'est unanime ni sur leur nombre ni sur leur dénomination.

4. Les divisions bipartites. La majorité des ouvrages opte pour une présentation bipartite de la procédure. Au sein de ce premier groupe d'auteurs, beaucoup différencient la phase préparatoire (enquête, poursuite, information judiciaire) de la phase décisive¹. Pierre Bouzat et Jean Pinatel, eux, préfèrent parler de phase d'instruction préparatoire au sens large (enquête et information judiciaire) et de phase d'instruction définitive et de jugement². Michèle-Laure Rassat renomme cette dernière phase de décision définitive³. Roger Merle et André Vitu, enfin, regroupent la poursuite et l'instruction préparatoire et les séparent du jugement⁴. Emmanuel Dreyer et Olivier Mouysset, s'ils se rattachent à la division en une phase préparatoire et une phase décisive du procès pénal, notent que la première phase est aussi dénommée phase de mise en état des affaires pénales⁵, expression d'ailleurs utilisée par les rapports de la Commission Justice pénale et Droits de l'homme⁶.

5. Les divisions tripartites. Certains ouvrages exposent en parallèle une distinction tripartite avec, ici encore, quelques nuances terminologiques. Ainsi, là où certains identifient la poursuite, l'instruction et le jugement⁷, Frédéric Desportes et Laurence Lazerges-Cousquer préfèrent une phase de mise en état au lieu d'une phase d'instruction⁸. Enfin, Serge Guinchard et Jacques Buisson développent une approche fondée sur le dossier

¹ J. PRADEL, *Procédure pénale*, 19^e éd., Cujas, 2017 ; C. AMBROISE-CASTÉROT et P. BONFILS, *Procédure pénale*, 2^e éd., PUF, 2018 ; G. ROUSSEL, *Procédure pénale*, 9^e éd., Vuibert, 2018.

² P. BOUZAT ET J. PINATEL, *Traité de droit pénal et de criminologie*, 2^e éd., Dalloz, 1969, Tome II.

³ M.-L. RASSAT, *Procédure pénale*, 3^e éd., Ellipses, 2017.

⁴ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel : procédure pénale*, 5^e éd., Cujas, 2001, Tome II.

⁵ E. DREYER et O. MOUYSSSET, *Procédure pénale*, 2^e éd., LGDJ, 2019, n° 210.

⁶ M. DELMAS-MARTY (prés.), *La Mise en état des affaires pénales : rapports, Commission justice pénale et droits de l'homme*, La Documentation française, 1990.

⁷ J. LEROY, *Procédure pénale*, 5^e éd., LGDJ, 2017, n° 462 ; P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Procédure pénale*, 4^e éd., Armand Colin, 2002, p. 185 et s. V. aussi, distinguant dans le déroulement du procès pénal les options relatives au déclenchement des poursuites, l'instruction et la décision de la juridiction de jugement : E. VERNY, *Procédure pénale*, 6^e, Dalloz, 2018.

⁸ F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, 4^e éd., Economica, 2015.

de la procédure¹ et distinguent trois phases : la constitution du dossier, son orientation et son appréciation définitive.

6. Les divisions quadripartites. Un dernier carré d'auteurs analyse le procès pénal comme comportant quatre étapes. François Fourment choisit ainsi une approche « chronologique »² et distingue l'enquête, l'exercice des actions, l'instruction et le jugement. Bernard Bouloc, lui, suggère la poursuite, l'instruction préparatoire, le jugement et les voies de recours et l'autorité de chose jugée³.

Au milieu de ces savantes visions, le choix semble aussi difficile que nécessaire. Celui-ci ne sera possible qu'après avoir donné un fondement à la division.

§ 2. La définition retenue

7. Inconvénients de l'approche par le dossier. La division opérée par Serge Guinchard et Jacques Buisson, basée sur le critère matériel du dossier de la procédure, semble la plus intéressante. En effet, si le jugement concerne des personnes et des faits, il n'est possible « que par l'examen de charges nécessairement contenues dans un dossier de la procédure »⁴. Se basant sur ce dossier, les auteurs distinguent trois phases : la constitution du dossier de la procédure, son orientation et son appréciation définitive. Outre l'avantage lié à son caractère chronologique, cette division rend compte du support, de l'objet matériel de la procédure pénale. Toutefois, une analyse plus poussée conduit à écarter cette présentation dans le cadre de nos recherches, car ne supportant pas la comparaison avec les droits étudiés, particulièrement le droit italien. En effet, la présentation fondée sur *le dossier* de procédure suppose que celui-ci soit unique, c'est-à-dire que soit constitué et transmis entre les différents organes un seul et même dossier physique. Or le droit italien connaît depuis la réforme de 1989 non pas un mais deux dossiers (*fascicolo*) : un premier dossier

¹ S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, *op.cit.*, n° 641. « Le dossier pénal est l'ensemble des informations rassemblées et conservées par écrit dans le dessein de découvrir la vérité sur la commission d'une infraction pénale » : C. RIBEYRE, « La communication du dossier d'instruction aux parties privées », *JCP G* 2006, I, 152.

² F. FOURMENT, *Procédure pénale*, 14^e éd., Larcier, 2013, n° 9.

³ B. BOULOC, *Procédure pénale*, 26^e éd., Dalloz, 2017.

⁴ S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, *op.cit.*, n° 641.

est formé lors de la phase d'enquête, un second avant l'ouverture de l'audience de jugement, seul ce dernier étant porté à la connaissance du juge du fond.

Il pourrait être opposé que la distinction sur le fondement du dossier est toujours valable, impliquant seulement une transformation du dossier avant son passage en jugement dans le but d'empêcher tout conditionnement du juge du fond. Néanmoins, le système italien est beaucoup plus complexe puisqu'il ne s'agit pas d'un seul dossier qui, de dossier de l'enquête, se transforme en dossier de l'audience. Le premier dossier, constitué dès les balbutiements de l'enquête, est appelé dossier du ministère public (*fascicolo del pubblico ministero*)¹ et le second, composé de certaines pièces du premier, est dit dossier pour les débats (*fascicolo per il dibattimento*)². Le dossier pour les débats n'apparaît que lors de la phase d'audience, mais le dossier du ministère public et les pièces restantes survivent. Le parquet conserve en effet son dossier qu'il a constitué dès les débuts de la phase d'investigation, pouvant utiliser à l'audience certains actes de son dossier dans un nombre limité d'hypothèses³. Il devient donc très difficile d'analyser le système italien sous le prisme du dossier – sous entendu unique – de procédure. D'autant que sont prévues depuis les années 2000 des enquêtes de la défense et la création d'un dossier propre au défenseur (*fascicolo del difensore*)⁴. Existe donc un troisième dossier. Pire, le parquet et la défense peuvent s'accorder pour insérer dans le dossier pour les débats des pièces des dossiers du ministère public ou du défenseur qui ne devraient pas y être intégrées⁵. Le critère du dossier doit donc être écarté pour nos recherches au regard de la comparaison des droits.

8. Inconvénients de l'approche organique. Le même sort doit être réservé à l'idée d'un critère organique, qui distinguerait autant de phases procédurales que d'organes intervenants. On aurait une phase d'enquête et de poursuite menée sous la direction du

¹ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 433.

² Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 431.

³ Essentiellement pour remettre en cause la fiabilité des témoins appelés à déposer à la barre : v. Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), arts. 500 et 503. Signalons aussi la possibilité de lire les actes de la phase préparatoire à l'audience lorsque ceux-ci ne peuvent plus, pour une cause soudaine, être refaits à l'audience (art. 512).

⁴ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 391-octies. Pour un approche critique de ces enquêtes dites défensives (*indagini difensive*), v. G. GAGLIOTTA, « Indagini difensive », dans *Il rito accusatorio a vent'anni dalla grande riforma. Continuità, fratture, nuovi orizzonti*, Giuffrè, 2012, p. 81. Pour une approche historique, du Code de 1989 à nos jours, v. N. TRIGGIANI, « Effettività del contraddittorio e indagini difensive », dans *Il Codice di procedura penale in vent'anni di riforme : frammenti di una costante metamorfosi*, Giappichelli, 2009, p. 55.

⁵ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 431 al. 2.

ministère public, une phase d'instruction confiée au juge du même nom et une phase de jugement confiée au juge du fond. Si l'on considère le degré d'implication pratique du ministère public dans les enquêtes de police, on préférera une phase d'enquête policière, une phase de poursuite, une phase d'instruction et une phase de jugement. C'est encore le droit comparé qui conduit à écarter ce critère, l'Allemagne et l'Italie ne connaissant plus de juge d'instruction depuis respectivement 1974 et 1989. C'est un critère purement procédural qu'il faut alors adopter : l'action publique.

9. Le critère de l'action publique. L'infraction fait naître, en tant que trouble à la société, une action dite publique, dont nous emprunterons ici la définition à Julie Séguaud :

« L'action publique a pour fonction de poursuivre et de sanctionner la perturbation causée à l'ordre social, qui a pour origine la violation d'une règle définie comme essentielle, car protégée par la loi. Elle a pour fondement la répression de la transgression d'un interdit pénal et pour finalité l'application d'une peine au délinquant, qui doit réparer le préjudice (symbolique) causé à l'ensemble du corps social. Elle est portée au nom de la Société devant les juridictions répressives par les magistrats du Ministère public ou du Parquet, fonctionnaires nommés par le pouvoir exécutif, amovibles et révocables par le Garde des Sceaux. »¹

Simultanément à la réalisation de l'infraction et à la naissance de l'action publique voit aussi le jour une action dite civile, fondée sur la responsabilité civile considérant le dommage subi par la victime². Cette action civile, parce qu'elle a la particularité d'avoir pour fait générateur une infraction, peut être exercée, sous conditions, devant la juridiction pénale. C'est dans ces actions nées de l'infraction qu'il convient de trouver le critère de division de la procédure pénale. Toutefois, comparaison des droits oblige, observons que l'action civile, si elle existe dans les trois pays concernés³, est soumise à de telles variations qu'il paraît difficile d'y voir une conception commune. En Allemagne, par exemple, la victime d'une infraction est envisagée par principe comme un témoin à la procédure, par

¹ J. SEGAUD, *Essai sur l'action publique*, Thèse Reims, 2010, n° 2. Dans le même sens, v. C. SAAS, « De l'action publique à la nouvelle action publique », dans H. JUNG, J. LEBLOIS-HAPPE et C. WITZ (dir.), *200 Jahre Code d'instruction criminelle – Le bicentenaire du Code d'instruction criminelle*, Nomos, 2010, p. 124. Pour de plus amples développements sur la notion d'action publique, v. *infra* n° 130.

² F. HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle*, 2^e éd., Plon, 1866, Tome I, n° 469. Sur la polysémie de l'expression victime en matière pénale, v. S. DETRAZ, « La notion textuelle de victime », dans *Humanisme et justice : Mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage*, Dalloz, 2016, p. 67.

³ Code de procédure pénale français, art. 2 ; Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung, StPO*), §§ 374, 395 et 403 ; Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 74 ; Code pénal italien (*Codice penale*), art. 185.

exception comme une partie titulaire d'une action¹. En revanche, la conception d'une action dont est titulaire la société, représentée par une institution spécialement pensée à cet effet, le ministère public, afin de sanctionner l'auteur de l'infraction par l'infliction d'une peine se retrouve à la fois en France², en Allemagne³ et en Italie⁴. C'est donc cette action publique, *azione penale* ou *öffentliche Klage* (action publique) qui constitue la base commune aux procédures pénales des trois États. Or il n'est d'action qui ne soit exercée sans être préparée, tant il est vrai que l'on ne peut arriver devant le juge « les mains vides » – le Code allemand vise d'ailleurs la préparation de l'action publique⁵ – ; comme il n'est d'exercice d'une action qui ne soit décidé, tant il est vrai qu'une action est exercée par un titulaire, parfois organe parfois partie, toujours personne physique⁶.

Aussi peut-on distinguer deux phases dans la procédure pénale, la préparation de l'action publique et la décision sur l'action publique. Le point de bascule est la décision de mettre en mouvement l'action. Une fois cette décision prise, et éventuellement complétée (hypothèse d'une instruction), c'est sur l'action publique elle-même qu'il doit être décidé. **La phase préparatoire du procès pénal doit donc être comprise comme l'ensemble temporel et matériel⁷ courant de la naissance de l'action publique à la décision de la mettre ou non en mouvement.**

L'on pourrait cependant affirmer que la décision *sur* l'action publique revient à contrôler la décision *de mise en mouvement* de l'action publique, puisque si cette dernière

¹ W. BEULKE et S. SWOBODA, *Strafprozessrecht*, 14^e, C. F. Müller, 2018, n° 4. Les auteurs parlent toutefois de « renaissance » de l'idée de réparation de la victime lors du procès pénal. V., parlant de « neutralisation » de la victime par le droit allemand : H. HENRION, « Y a-t-il une place pour la victime en procédure pénale allemande », dans C. LAZERGES (dir.), *La victime sur la scène pénale en Europe*, PUF, 2008, p. 25, spéc. p. 27. En Italie, la situation est historiquement la même, bien que le nouveau Code de 1989 ait considérablement renforcé les prérogatives de la personne lésée (*persona offesa*) : v. T. OTTOLINI, « La victime en Italie : histoire d'un difficile équilibre entre les intérêts privés et publics à la réponse au crime », dans C. LAZERGES (dir.), *La victime sur la scène pénale en Europe*, PUF, 2008, p. 123.

² Code de procédure pénale français, art. 1.

³ Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 152.

⁴ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 50 ; Constitution italienne (*Costituzione della Repubblica italiana*), art. 112.

⁵ En allemand *die Vorbereitung der öffentliche Klage* : v. Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 158 et s. V., soulignant l'incogruïté de ce terme lorsque l'on sait que plus des deux tiers des procédures sont classées sans suite, G. DÄHN, « Probleme des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens », *JA* 1979, p. 363.

⁶ Deux remarques doivent être faites. Tout d'abord, même dans le cas d'une action, par hypothèse civile, exercée par une personne morale, celle-ci l'est par son représentant qui n'est autre qu'une ou plusieurs personne(s) physique(s). Enfin, même dans un régime connaissant la légalité des poursuites comme en Allemagne et en Italie, il y a toujours une décision du ministère public qui n'est jamais automatique, la légalité des poursuites nécessitant des critères légaux, qui peuvent donc ne pas être remplis : v. *infra* n° 544.

⁷ La procédure pénale n'est, au fond, qu'une suite d'actes, qu'un enchaînement plus ou moins rapide, plus ou moins ordonné d'action concrètes, réelles.

n'était pas ou mal fondée, s'en suivrait obligatoirement, en phase décisive, un acquittement ou une relaxe. Mais cela reviendrait à dire que la décision de mettre en mouvement l'action publique correspond obligatoirement à la reconnaissance que cette action est fondée et donc à la condamnation. Tout doute sur le caractère fondé de l'action publique devrait être, dans cette optique, absent pour décider de mettre en mouvement l'action. Si l'on pousse le raisonnement, on ne devrait donc avoir que des jugements de condamnation et il conviendrait de voir dans une relaxe ou un acquittement une preuve d'un dysfonctionnement patent de la procédure pénale, le parquet n'ayant en réalité pas dû décider d'exercer l'action. Cette conception est : 1) utopique, le doute ne pouvant être totalement exclu de l'esprit humain ; 2) dangereuse, en ce qu'elle implique par réciproque que toute condamnation est fondée et qu'il ne peut y avoir d'erreur judiciaire. Aussi convient-il de conserver notre division de la procédure pénale ainsi que notre définition de la phase préparatoire. La phase de décision sur l'action sera, elle, appelée phase décisive.

10. Restriction à la seule phase préparatoire. Il est cependant évident qu'une étude de l'ensemble des phases des procédures française, allemande et italienne est hors de portée d'un travail de thèse temporellement borné. Il est alors nécessaire de se concentrer sur la phase la plus pertinente et deux arguments permettent d'évincer la phase décisive.

Quantitativement, la phase décisive ne concerne plus que 14 % du total des affaires traitées par la justice pénale française¹. En Italie, 18 % des infractions dénoncées donnent lieu à exercice de l'action pénale, sans que ne soit précisé le nombre d'affaires arrivant à l'audience². En Allemagne, le nombre de procédures intentées devant les juridictions de jugement représente 19 % des faits élucidés en 2016³.

Substantiellement, la phase préparatoire présente par essence des risques profonds pour les libertés individuelles, puisqu'intervenant avant la décision de mettre en mouvement l'action publique et donc avant que ne soit atteint un stade de soupçons jugé

¹ Calcul effectué d'après les *Chiffres de la justice 2018*. Plus généralement, on a pu noter que « la phase préliminaire est souvent la phase principale de constitution du dossier » : Y. MULLER, « La réforme de la garde à vue ou la figure brisée de la procédure pénale française », *Dr. pén.* 2011, étude 2.

² Calcul effectué à partir de *L'Annuario statistico italiano 2016*.

³ Calcul effectué à partir des données disponibles sur le site *destatis.de*. V. aussi A. BOETTICHER et H. LANDAU, « Plädoyer für eine Stärkung des Richters im Ermittlungsverfahren », dans *Festschrift aus Anlaß des fünfzigjährigen Bestehens von Bundesgerichtshof, Bundesanwaltschaft und Rechtsanwaltschaft beim Bundesgerichtshof*, Heymanns, 2000, p. 555.

suffisant pour justifier la tenue d'un procès¹. Les atteintes aux libertés pendant la phase décisive sont en ce sens moins problématiques que celles ayant lieu lors de la phase préparatoire, puisqu'elles ont pour fondement l'exercice de l'action publique, c'est-à-dire la reconnaissance par le représentant de la société que les éléments sont réunis pour demander en justice le rétablissement du trouble. On le voit, « l'importance de la phase préparatoire éclate à l'énoncé même de sa définition »² : elle présente un risque liberticide *per se*.

La phase préparatoire est, en somme, « le centre de gravité du procès »³, ce qui justifie de concentrer nos recherches sur cette phase procédurale.

11. Restriction à la seule phase préparatoire du premier degré. Lorsque la phase préparatoire voit intervenir une juridiction, l'État de droit implique que soit offert à la personne un second degré de juridiction. Ainsi de la chambre de l'instruction en France, par exemple. Toutefois, intégrer ce second degré de juridiction de la phase préparatoire à l'objet de nos réflexions serait contreproductif puisque cela reviendrait à assimiler deux procédures ne se situant pas sur le même plan. D'autant que la phase préparatoire du premier degré est déjà siège, nous le verrons⁴, d'un profond déséquilibre et d'une profonde confusion, tant il est difficile de savoir qui fait quoi. Étendre la réflexion à la phase préparatoire du second degré risquerait ainsi d'ajouter de la complexité et de la confusion. Nos réflexions sur l'équilibre des pouvoirs dans la phase préparatoire de premier degré pourraient en revanche servir de point de départ à une étude plus large de la phase préparatoire de second degré. Mais soyons clairs : par phase préparatoire, nous entendrons ici la phase préparatoire de premier degré. Reste à en déterminer le contenu dans les différents systèmes.

¹ V. en ce sens, affirmant que les enquêtes touchent des personnes nécessairement innocentes, H-H. KÜHNE, « Die Definition des Verdachts als Voraussetzung strafprozessualer Zwangsmaßnahmen », *NJW* 1979, p. 617.

² J. PRADEL, *Procédure pénale comparée dans les systèmes modernes*, Erès, 1998, p. 9.

³ J. LEBLOIS-HAPPE, « La loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle et la mise en état des affaires pénales – *quo vadis* ? », *D.* 2017, p. 873.

⁴ V. *infra* n° 15 et s.

12. Les phases préparatoires allemande et italienne¹. En *Allemagne*, depuis la suppression du juge d'instruction en 1974, la phase préparatoire débute par la procédure d'enquête (*Ermittlungsverfahren*) dirigée par le parquet aidé de la police, les investigations les plus graves devant en principe être autorisées par un juge de l'enquête (*Ermittlungsrichter*). À la fin de l'enquête, le procureur exerce ou non l'action publique (*öffentliche Klage*), en principe au regard de critères posés par la loi (principe de légalité des poursuites), bien que des considérations d'opportunités soient autorisées par le Code.

En *Italie*, l'organisation est similaire depuis la suppression du magistrat instructeur en 1989. Le parquet, aidé de la police, mène les enquêtes préliminaires (*indagini preliminari*)², un juge intervenant ponctuellement, notamment pour les actes les plus graves (*giudice per le indagini preliminari* ou *GIP*). La phase préparatoire se termine par la décision du ministère public sur l'exercice de l'action publique, qui doit être confirmée par le juge des enquêtes et obéit au principe de légalité des poursuites.

13. Le problème de la phase préparatoire française. En France, la phase préparatoire comprend classiquement l'enquête policière, la décision de poursuivre et l'instruction. Pourtant, au regard de notre définition de la phase préparatoire, il conviendrait d'exclure dès à présent l'instruction. En effet, en dehors des hypothèses d'informations judiciaires ouvertes en cas de mort suspecte ou de disparition inquiétante, la saisine du juge d'instruction est considérée comme ayant lieu *après* le déclenchement de l'action publique. L'information judiciaire relèverait donc de la phase décisive. Pour autant, deux raisons nous poussent à *conserver, dans un premier temps, le contenu classique de la phase préparatoire française* (enquête, poursuite, instruction).

¹ Pour une présentation détaillée des systèmes, v. Annexe n° 1 p. 731.

² En Italie, la phase préparatoire est constituée par les enquêtes préliminaires (*le indagini preliminari*), qui ne doivent donc pas être confondues avec les enquêtes préliminaires françaises qui ne sont qu'une des modalités possibles de la phase préparatoire policière.

Le poids de la tradition, tout d'abord. L'instruction et son juge sont des éléments phares du système français, voire la « vitrine du procès pénal français »¹. Le réquisitoire introductif met en mouvement l'action publique mais l'information judiciaire est maintenue dans la phase préparatoire par l'analyse traditionnelle. Souhaitant proposer des réflexions *françaises*, nous nous plierons dans un premier temps à cette tradition, même si les droits étrangers l'ont rejetée en 1974 et 1989. D'autant que certains auteurs français font remarquer que le juge d'instruction met en mouvement l'action publique lorsqu'il met en examen une personne non visée par le réquisitoire introductif du parquet².

La nécessité, ensuite. Intégrer l'instruction dans la phase préparatoire malgré la définition donnée de cette dernière revient à créer un hiatus, un malaise ressenti pendant les premières pages de la thèse, jusqu'à ce que la question de la suppression ou non de cette phase – que l'on ne peut décemment évacuer en introduction – soit traitée³. Ce malaise nous semble indispensable pour mettre en exergue les difficultés d'une analyse contemporaine de l'information judiciaire ainsi que sa difficile cohérence avec le système procédural actuel.

La phase préparatoire française comprend donc, au point de départ de cette recherche, l'enquête policière, la décision de poursuivre et l'information judiciaire.

¹ H. JUNG, « Frankreich und seine (Straf)Richter – Eine Fallstudie zum "Outreau-Verfahren" und seiner parlamentarischen Aufarbeitung », dans *Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag*, C.F. Müller, 2007, p. 237, spéc. p. 246 (en français dans le texte !). V. aussi, parlant de « symbole d'identification du procès pénal français » (*Identifikationssymbol des französischen Strafprozesses*), K. NITSCHMANN, « Untersuchungsrichter vs Staatsanwaltschaft – eine Strukturfrage. Überlegungen vor dem Hintergrund von Claude Chabrols Film "L'ivresse du pouvoir" », dans J. LEBLOIS-HAPPE (dir.), *Vers un nouveau procès pénal ? Neue Wege des Strafprozesses*, Société de législation comparée, 2008, p. 81.

² J.-H. ROBERT, « L'étrange figure de l'action publique au cours de l'instruction préparatoire » dans *Humanisme et justice : Mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage*, Dalloz, 2016, p. 413, spéc. p. 416 ; S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, *op.cit.*, n° 106 et 350 ; S. GUINCHARD, « L'instrumentalisation de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme dans les débats français sur le statut du parquet », dans *Les droits de l'homme à la croisée des droits. Mélanges en l'honneur du professeur Frédéric Sudre*, LexisNexis, 2018, p. 315, spéc. p. 319-320 ; S. GUINCHARD, « Requiem joyeux pour l'enterrement annoncé du juge d'instruction », dans *Code pénal et Code d'instruction criminelle, Livre du Bicentenaire*, Dalloz, 2010, p. 257, spéc. p. 276 ; D. REBUT, « L'arrêt Medvedyev et la réforme de la procédure pénale », *D.* 2010, p. 970 ; E. BONIS-GARÇON et O. DÉCIMA, « Le parquet et les sirènes de l'indépendance. À propos du projet de loi du 27 mars 2013 et du projet de loi constitutionnelle du 14 mars 2013 », *JCP G* 2013, act. 460 ; M. LEMONDE, « Le juge des libertés et de la détention : une réelle avancée ? », *Rev. sc. crim.* 2001, p. 51.

³ V. *infra* n° 209 et s.

Sans doute par conscience du risque pour les libertés, la procédure pénale française est sans cesse réformée¹, en particulier sa phase préparatoire². Les projets de réforme s'enchaînent et se ressemblent, certains promettant même de restaurer l'équilibre de la procédure pénale³. Le constat semble donc acquis d'un déséquilibre de la phase préparatoire.

Section 2

Le constat : le déséquilibre de la phase préparatoire

14. Approche négative du sujet. Nos réflexions partent d'une double absence : celle d'un équilibre au sein de la phase préparatoire (§ 1) comme celle d'un rééquilibre (§ 2).

§ 1. L'absence d'équilibre

15. Un constat unanime. Les auteurs sont unanimes à déplorer le déséquilibre de la procédure pénale⁴. Dans la phase préparatoire, on note le déplacement du centre de

¹ « Il en va en effet des changements de notre procédure comme des enfants dans certaines familles : il y en a un par an et deux les bonnes années ! » : J. LEBLOIS-Happe, « Continuité et discontinuité dans les nouvelles réformes de la procédure pénale », *JCP G* 2007, I, 181. V. aussi, affirmant que « notre code de procédure pénale [...] ne ressemble plus à grand-chose » : C. GUÉRY, « Une instruction sans fin », *AJ Pénal* 2007, p. 271. V. encore A. LAINGUI, « Une révolution permanente : la réforme de la procédure pénale française », dans *Code pénal et Code d'instruction criminelle, Livre du Bicentenaire*, Dalloz, 2010, p. 73.

² A.-S. CHAVENT-LECLÈRE, « Des évolutions en cours à la révolution attendue en procédure pénale ? », *Procédures* 2015, dossier 6 ; F. WINCKELMULLER, *La mutation de la mise en état des affaires pénales à l'épreuve des droits européens*, Thèse Strasbourg, 2017, Tome I, n° 9 et s.

³ Loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale. Sur ce texte, v. J. BUISSON, « Réforme de la procédure pénale », *Procédures* 2007, comm. 87 et « Réforme de la procédure pénale (suite) », *Procédures* 2007, comm. 118 et 170 ainsi que H. MATSOPOULOU, « Les innovations dans la conduite de l'information judiciaire : une urgence pour 2010 ! », *Dr. pén.* 2007, étude 5.

⁴ V. entre autres L. CADIET, « L'État de droit, l'État de sécurité et le juge », *Procédures* 2016, repère 3 ; H. PORTELLI, « Du bouleversement à la rupture », dans *La procédure pénale en quête de cohérence*, Dalloz, 2007, p. 29 ; S. GLESS *et al.*, « Regards de droit comparé sur la phase préparatoire », dans V. MALABAT, B. DE LAMY et M. GIACOPELLI (dir.), *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale : opinio doctorum*, Dalloz, 2009, p. 203. *Contra*, mais sur le ton de l'interrogation, E. VERGÈS, « La procédure pénale à son point d'équilibre », *Rev. sc. crim.* 2016, p. 551. On parle aussi de « crise » : L. SCHENIQUE, *La réforme de la phase préparatoire du procès pénal*, L'Harmattan, 2014, n° 14 ; J. BEAUME et F. NATALI (référénts), *Chantiers de la justice – Amélioration et simplification de la procédure pénale*, 2018, p. 15 ; J.-L. NADAL et P. GHALEH-MARZBAN, « Regards sur l'évolution de la formation des magistrats », dans *Principes de justice*.

gravité du juge vers le ministère public, voire vers la police¹. Un phénomène de diffusion de la contrainte (A) paraît expliquer cette translation de pouvoirs (B).

A. Le phénomène de diffusion de la contrainte

16. Définition. Si la diffusion est rapidement définie comme le fait de « (se) répandre en tous sens »², la contrainte est plus difficile à cerner. Plusieurs travaux récents ont traité du sujet³ en même temps que le terme prenait place dans l'article préliminaire du Code⁴. Les définitions juridiques, si elles ne sont pas toutes identiques⁵, convergent sur un

Mélanges en l'honneur de Jean-François Burgelin, Dalloz, 2008, p. 279, spéc. p. 282. V. aussi *La procédure pénale en quête de cohérence*, Dalloz, 2007, où Bruno Cotte lance un appel « à l'aide ! », (p. 22).

¹ V. entre autres F. FOURMENT, « Repenser le mode de traitement du dossier pénal », dans J. LEROY (dir.), *Faut-il rethéoriser le droit pénal ?*, LGDJ, 2017, p. 173 ; G. DI MARINO, « La redistribution des rôles dans la phase préparatoire du procès pénal », dans *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel*, Cujas, 2006, p. 317 ; D. THOMAS, « L'évolution de la procédure pénale française contemporaine : la tentation sécuritaire », dans *Le champ pénal. Mélanges en l'honneur du professeur Reynald Ottenhof*, Dalloz, 2006, p. 53, spéc. p. 68 ; C. MARIE, « La montée en puissance de l'enquête », *AJ Pénal* 2004, p. 221 ; G. CANIVET, « 1958-2005 : que reste-t-il du Code de procédure pénale ? Propos introductifs », dans *La procédure pénale en quête de cohérence*, Dalloz, 2007, p. 5, spéc. p. 9 ; G. ROUSSEL, « La délicate simplification de l'enquête de police », *Lexbase* 2018, n° N3088BXN.

² *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e éd., s. v. « Diffuser ».

³ V. en particulier J. BUISSON, *L'acte de police*, Thèse Lyon 3, 1988, 2 tomes, spéc. p. 294 et s. et p. 531 et s. ; J. BUISSON, « La contrainte », dans *Justice et droit du procès. Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Dalloz, 2010, p. 915 ; S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale, op.cit.* V. aussi M. MURBACH-VIBERT, *Les pouvoirs d'investigation en droit français*, Thèse Lyon 3, 2010, 4 tomes ; C. COPAIN, *L'encadrement de la contrainte probatoire en procédure pénale française*, Thèse Lyon 3, 2011 ; P. COLLET, *L'acte coercitif en procédure pénale*, éd. Panthéon-Assas, 2018.

⁴ Sur la valeur duquel v. les différentes positions d'A. DECOCQ, « Réflexions sur l'article préliminaire du Code de procédure pénale », dans *Principes de justice : Mélanges en l'honneur de Jean-François Burgelin*, Dalloz, 2008, p. 115 ; de C. LAZERGES, « De l'écriture à l'usage de l'article préliminaire du Code de procédure pénale », dans *Le champ pénal. Mélanges en l'honneur du professeur Reynald Ottenhof*, Dalloz, 2006, p. 71 ; de D. N. COMMARET, « L'article préliminaire du Code de procédure pénale, simple rappel des principes directeurs du procès pénal, disposition créatrice de droit ou moyen de contrôle de la légalité de la loi ? », dans *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel*, Cujas, 2006, p. 71 ; de L. CADRET, « Et les principes directeurs des autres procès ? Jalons pour une théorie des principes directeurs du procès », dans *Justice et droits fondamentaux. Études offertes à Jacques Normand*, Litec, 2005, p. 71 et de B. BOULOC, « Procédure pénale : la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes », *Rev. sc. crim.* 2001, p. 193.

⁵ Jacques Buisson emploie plusieurs définitions de la contrainte : « soumission du citoyen à l'ordre donné, de quelque manière qu'elle se produise » (J. BUISSON, « La contrainte », *op. cit.*, p. 915, spéc. p. 919) ; « tous les moyens, juridiques ou matériels, qui forcent le citoyen à obéir à la loi » (J. BUISSON, *L'acte de police, op.cit.*, Tome I, p. 298), ou encore, reprenant Jhéring, « la réalisation d'un but au moyen de l'assujettissement d'une volonté étrangère » (J. BUISSON, *L'acte de police, op.cit.*, Tome I, p. 298 ; v. aussi M. MURBACH-VIBERT, *Les pouvoirs d'investigation en droit français, op.cit.*, Tome I, note 39 p. 25). Pour Carine Copain, la contrainte serait « un pouvoir exclusif de l'État, mis en œuvre par la force publique et portant atteinte à la sûreté, à la liberté d'aller et venir, ou à l'inviolabilité des correspondances et du domicile, auquel l'individu qui y est soumis ne peut se soustraire » (C. COPAIN, *L'encadrement de la contrainte probatoire en procédure pénale française, op.cit.*, n° 14).

point : l'atteinte aux libertés¹. La diffusion de la contrainte est donc **le fait de répandre, dans toute la phase préparatoire, les possibilités de porter atteinte aux libertés des personnes**². Ce phénomène se manifeste de plusieurs manières.

17. Manifestations de la diffusion de la contrainte. La contrainte se diffuse dans tous les cadres procéduraux, de droit commun ou dérogatoires.

Lors de la phase préparatoire classique, la contrainte permettait, par sa gradation, une double différenciation entre l'enquête de flagrance et l'enquête préliminaire mais aussi entre l'enquête de police et l'information judiciaire qui, menée par un juge indépendant et concernant des faits graves et/ou complexes, permettait le plus fort degré de contrainte. Aujourd'hui, les deux cadres d'enquêtes policières ne cessent pourtant de se rapprocher³, même si les modalités de la contrainte diffèrent, notamment quant aux organes l'autorisant : en préliminaire, le procureur ou le juge des libertés et de la détention auront la main haute⁴. Plus généralement, c'est toute l'enquête qui monte en puissance face à l'instruction⁵.

¹ V. J. PRADEL, « La saisine matérielle du juge d'instruction en cas de faits nouveaux », *D.* 1996, jurispr. p. 198 ; C. COPAIN, *L'encadrement de la contrainte probatoire en procédure pénale française*, *op.cit.*, n° 13 ; P. COLLET, *L'acte coercitif en procédure pénale*, *op.cit.*, n° 565 et s.

² V. aussi, parlant de « l'explosion de la contrainte en enquête », A.-S. CHAVENT-LECLÈRE, « Des évolutions en cours à la révolution attendue en procédure pénale ? », *op.cit.* V. encore, parlant de « gonflement » des possibilités d'investigations, F. WINCKELMULLER, *La mutation de la mise en état des affaires pénales à l'épreuve des droits européens*, *op.cit.*, Tome I, n° 21.

³ V. en particulier F. DEBOVE, « L'enquête préliminaire est-elle encore différente de l'enquête de flagrance ? », dans *Entre tradition et modernité : le droit pénal en contrepoint. Mélanges en l'honneur d'Yves Mayaud*, Dalloz, 2017, p. 507 ; G. ROUSSEL, « La délicate simplification de l'enquête de police », *op.cit.* Depuis 2004, il est par exemple possible d'opérer en préliminaire une perquisition forcée avec l'autorisation du juge des libertés et de la détention pour des faits graves (art. 76 al. 4 ; faits puni de plus de 5 ans d'emprisonnement). Dès 1958, en réalité, la consécration de l'enquête préliminaire et la possibilité en son cadre d'une garde à vue renforcent la coercition. V. aussi P. MAISTRE DU CHAMBON, « Observations hétérodoxes sur quelques évolutions de la procédure pénale », dans *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel*, Cujas, 2006, p. 395, spéc. p. 400 ainsi que H. MATSOPOULOU, « Les évolutions récentes de la preuve en matière pénale », dans *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel*, Cujas, 2006, p. 411, spéc. p. 412. V. enfin J.-L. LENNON, « Les aspects coercitifs et intrusifs de l'enquête préliminaire ou l'effritement de la distinction entre enquête de flagrance et enquête préliminaire », *Dr. pén.* 2007, étude 21. Sur l'historique de l'enquête préliminaire, v. H. MATSOPOULOU, *Les enquêtes de police*, LGDJ, 1996, n° 172 et s.

⁴ Ainsi le Conseil constitutionnel a dernièrement censuré une disposition prévoyant de supprimer l'autorisation du ministère public pour certaines réquisitions faites à des organismes publics par les officiers de police judiciaire en enquête préliminaire : v. Cons. const., 21 mars 2019, n° 2019-778 DC, considérant 174 ; *JORF* du 24 mars 2019. Dans cette même décision, le Conseil souligne la différence, en droit commun, entre les pouvoirs en cas de flagrance et en cas d'enquête préliminaire (considérants 190 et 191).

⁵ C. MARIE, « La montée en puissance de l'enquête », *op.cit.* ; G. BEAUSSONIE et A. BOTTON, « Analyse comparée des droits des parties privées dans l'enquête et l'instruction », *Gaz. Pal.* 18 juillet 2017, p. 84 ; F. WINCKELMULLER, *La mutation de la mise en état des affaires pénales à l'épreuve des droits européens*, *op.cit.*, Tome I, n° 23 et s., spéc. n° 30.

*Les procédures dérogatoires*¹, nées dès les années soixante et soixante-dix² puis partiellement systématisées en 2004³, représentent le paroxysme de la diffusion de la contrainte, activée dès la phase d'enquête dans des formes extraordinaires et sur autorisation du juge des libertés et de la détention. En ce qui concerne plus particulièrement la criminalité et la délinquance organisées, les mesures sont possibles dans tous les cadres procéduraux (enquête préliminaire ou de flagrance ; instruction), certes avec des conditions d'application différentes (durée ou organe autorisant). Cela ne change rien au constat : depuis la loi du 3 juin 2016⁴, le seul avantage de l'instruction est de permettre des mesures de sûreté⁵. La diffusion de la contrainte, puissante, ne semble pourtant pas avoir été

¹ On a parlé de « procédure pénale bis » (C. LAZERGES, « La dérive de la procédure pénale », *Rev. sc. crim.* 2003, p. 644 ; J. WALTHER, « Figures et normalisation de l'exception en droit pénal français », dans X. PIN [dir.], *Mémoire et droit pénal en France et en Allemagne*, Société de législation comparée, 2017, p. 177, spéc. p. 191) ou encore de « répertoire ajouté » (S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, *op.cit.*, n° 630 et s.).

² Les premiers textes remontent à la guerre d'Algérie : v. H. VLAMYNCK, « La garde à vue du Code d'instruction criminelle à nos jours », *AJ Pénal* 2008, p. 257. À partir des années soixante-dix, les dérogations reprennent, dans des domaines variés : trafic de stupéfiants (1970), banditisme (1981), terrorisme (1986), proxénétisme (1992), etc.

³ Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité. L'idée était d'appréhender la criminalité organisée « en tant que telle » (H. MATSOPOULOU, « Les évolutions récentes de la preuve en matière pénale », *op. cit.*, p. 411, spéc. p. 431). La systématisation annoncée n'est cependant que partielle, puisque sont toujours en vigueur les dispositions des titres spéciaux adoptées avant la loi de 2004 et que la criminalité organisée n'est appréhendée que par une liste d'infractions pour lesquelles les dérogations s'appliquent (art. 706-73). À défaut de définition légale, Jean Pradel affirme que « les infractions de criminalité organisée sont des crimes, plus rarement des délits, qui attentent gravement à nos valeurs essentielles et qui, dans l'infinie majorité des cas, sont commises par plusieurs individus » : J. PRADEL, « Vers un aggiornamento des réponses de la procédure pénale à la criminalité : apports de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 dite Perben II – Partie 2 », *JCP G* 2004, I, 134. Pour l'historique des différentes définitions de la criminalité organisée, v. R. PARIZOT, *La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité organisée. Le cas symptomatique de l'association de malfaiteurs et du blanchiment en France et en Italie*, LGDJ, 2010, n° 6 et s. Comme on l'a très justement fait remarquer, « le vice majeur du système vient du fait que les règles dérogatoires [...] vont s'appliquer avant toute qualification judiciaire des faits » : D. THOMAS, « L'évolution de la procédure pénale française contemporaine : la tentation sécuritaire », *op.cit.*, spéc. p. 60. Pour une approche plus générale, v. D. THOMAS-TAILLANDIER, « La question de la théorisation de la spécialisation de la procédure », dans J. LEROY (dir.), *Faut-il rethéoriser le droit pénal ?*, LGDJ, 2017, p. 203.

⁴ Sur ce texte, v. J. BUISSON, « Parution du nouvel arsenal de lutte contre le terrorisme », *Procédures* 2016, comm. 239 ; H. MATSOPOULOU, « Les nouveaux moyens de preuve au service de la criminalité organisée – à propos de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 », *JCP G* 2016, act. 707 ; E. VERGÈS, « La procédure pénale à son point d'équilibre », *op. cit.*, p. 551 ; O. CAHN, « Réflexions désabusées sur le chapitre I du titre I de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 », *AJ Pénal* 2016, p. 408 ; P. CONTE, « Bas les masques ! », *Dr. pén.* 2016, repère 6 ; C. RIBEYRE, « Loi n° 2016-6731 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 ? », *Dr. pén.* 2016, étude 17.

⁵ F. FOURMENT, « Repenser le mode de traitement du dossier pénal », *op. cit.*, p. 173, spéc. p. 174. Ajoutons aussi la possibilité, assez marginale, de mesures conservatoires sur les biens de la personne mise en examen (art. 706-103), encore que soit prévue depuis 2010 la possibilité de telles mesures dès l'enquête pour des faits punis de cinq ans d'emprisonnement, ce qui est très souvent le cas en matière de délinquance organisée (arts. 706-148 et 706-150). V. aussi, pour un titre éloquent, D. THOMAS-TAILLANDIER, « L'enquête-instruction : focus sur l'évolution de la mise en état des affaires pénales », *Gaz. Pal* 18 juillet 2017, p. 74. V. déjà, pour l'emploi de ce terme, F. FOURMENT, « L'enquête-instruction », *Gaz. Pal.* 11 août 2015, p. 31.

conceptualisée par un législateur intervenant par à-coups pour des raisons restant à déterminer.

18. Les causes de la diffusion de la contrainte. Deux volontés s'entremêlent derrière la diffusion de la contrainte, visant à l'adaptation et à l'optimisation de la procédure.

*Le mouvement d'adaptation de la procédure*¹ concerne les nouveaux moyens² et formes³ de criminalité, en particulier le terrorisme⁴. Se développe une contrainte puissante et intrusive dès l'enquête. La procédure, en quête de résultats, devient *proactive*⁵. Beaucoup plus inquiétant, l'on cherche aussi à adapter la procédure aux peurs de la société⁶ : derrière les slogans de l'insécurité⁷ et de la réponse pénale systématique⁸, le populisme⁹ entre en procédure. L'insécurité, « enjeu de compétition »¹⁰ entre politiques, est le nouveau

¹ Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité. Sur cette loi, v. J. PRADEL, « Vers un aggiornamento des réponses de la procédure pénale à la criminalité : apports de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 dite Perben II », *JCP G* 2004, I, 132 et *JCP G* 2004, I, 134. Sur le nom des lois, v. A. DARSONVILLE, « Les titres des lois pénales et la stratégie législative », dans *Légalité, légitimité, licéité : regards contemporains. Mélanges en l'honneur du professeur Jean-François Seuvc*, PUN, 2018, p. 73 ; P. COUV RAT, « Le nom de la loi. Une balade dans le jardin des lois pénales », dans *Apprendre à douter. Études offertes à Claude Lombois*, Pulim, 2004, p. 513 ; N. MOLFESSIS, « Le titre des lois », dans *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle : Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 47. Sur les liens entre volonté d'adaptation et frénésie législative, v. J.-Y. CHEVALLIER, « Vol au dessus d'un nid de réformes. Observations sur des réformes en rafales. L'adaptabilité du législateur dans la lutte contre la criminalité », dans *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel*, Cujas, 2006, p. 253.

² Il en va ainsi des nouvelles technologies comme la messagerie cryptée Telegram, utilisée par différentes criminalités, qu'elles soient terroristes et relevant, donc, des procédures dérogatoires (attentat de Saint-Étienne de Rouvray en 2016), ou politiques, relevant alors de la phase préparatoire de droit commun (affaire Urvoas-Solère en 2017).

³ V. F. BELLIVIER, M. EUDES et I. FOUCHARD, *Droit des crimes internationaux*, PUF, 2018, n° 4 et s.

⁴ V., pour une comparaison de plusieurs pays européens, A. OEHMICHEN, « Entwicklungen strafprozessualer Maßnahmen in Europa im Rahmen der Terrorfurcht », *ZIS* 11/2011, p. 931.

⁵ L'enquête proactive renvoie à « l'ensemble des investigations utilisant le plus souvent des techniques spéciales pour prévenir la commission probable d'infractions ou détecter des infractions déjà commises mais encore inconnues » : J. PRADEL, « De l'enquête pénale proactive : suggestions pour un statut légal », *D.* 1998, p. 57.

⁶ B. POTIER DE LA VARDE, « 1958-2005 : que reste-t-il du Code de procédure pénale ? », dans *La procédure pénale en quête de cohérence*, Dalloz, 2007, p. 23, spéc. p. 24.

⁷ L'apparition et la prise en compte du sentiment d'insécurité remonte aux années soixante-dix : v. P. ROBERT, « Ordre, insécurité, liberté : les incertitudes de la procédure pénale », dans *La procédure pénale en quête de cohérence*, Dalloz, 2007, p. 37. V. aussi, parlant du « tournant de 1975 », D. SALAS, *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Hachette, 2005, p. 41 et s..

⁸ La réponse pénale peut être définie comme « la proportion des infractions à laquelle la justice a donné une suite parmi celles dont elle a été saisie » (E. ALT et M.-A. LE THEULE, « La justice aux prises avec l'éthique et la performance », *Pyramides*, 2011/22, p. 137, spéc. n° 45). Sur les errements de la réponse pénale systématique, v. J.-L. NADAL, « 1958-2005 : que reste-t-il du Code de procédure pénale ? Propos introductifs », dans *La procédure pénale en quête de cohérence*, Dalloz, 2007, p. 11, spéc. p. 14.

⁹ D. SALAS, *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, *op.cit.*

¹⁰ R. COLSON et S. FIELD, « Entre gestion des flux, équité processuelle, efficacité répressive et efficience budgétaire », dans S. GUINCHARD et J. BUISSON (dir.), *Les transformations de la justice pénale*, Dalloz, 2014,

paradigme de la matière pénale¹. Il faut frapper plus fort, plus vite², et donc renforcer les pouvoirs de police³.

Cette volonté d'adaptation se traduit par *un souci d'optimisation de la procédure* avec l'apparition de la fameuse troisième voie, nécessaire pour espérer une réponse systématique⁴. Nées à l'ombre de l'opportunité des poursuites, ces mesures alternatives sont favorisées par le législateur⁵. Mais l'appareil institutionnel lui-même est aussi optimisé : on parle de flux⁶, de management⁷, de culture du résultat⁸, de logiques

p. 11, spéc. p. 16. V. aussi G. FOUQUIER, « L'impossible réforme de la police », *Pouvoirs* 2002, n° 102, p. 97. En 1995, on a même fait de la sécurité « un droit fondamental et l'une des conditions de l'exercice des libertés individuelles et collectives », disposition abrogée en 2012. Cela n'est pas sans incidence sur la cohérence même de la procédure pénale : v., parlant de « bateau ivre qui vogue au gré des courants de l'actualité », R. GASSIN, « Considérations sur le but de la procédure pénale », dans *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel*, Cujas, 2006, p. 109, spéc. p. 120.

¹ J. DANET, « Le droit pénal et la procédure pénale sous le paradigme de l'insécurité », *Archives de politique criminelle* 2003/1 (n° 25), p. 37. V. aussi, parlant de « droit revisité par la problématique de la sécurité » : J.-J. GLEIZAL, « Le juge et le policier », *Pouvoirs* 2002, n° 102, p. 87. V. encore, affirmant que le parquet est passé de la politique pénale à la politique de sécurité : G. ACCOMANDO, « Le statut des magistrats du parquet », dans L. CADIET et L. RICHER (dir.), *Réforme de la Justice. Réforme de l'État*, PUF, 2003, p. 270, spéc. p. 271. V. enfin l'étude de D. THOMAS, « L'évolution de la procédure pénale française contemporaine : la tentation sécuritaire », *op. cit.*, p. 53.

² V., reprenant la devise de Pierre Coubertin « plus vite, plus haut, plus fort », S. VUELTA SIMON, « Aperçu de la justice pénale française à l'aube du XXI^e siècle », dans *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel*, Cujas, 2006, p. 655. V. aussi les développements sur l'urgence comme « mode de traitement habituel de la délinquance » proposés par M. NORD-WAGNER, *L'urgence en procédure pénale*, Thèse Strasbourg 3, 2005, n° 271 et s. L'urgence serait, selon cette auteure, aujourd'hui institutionnalisée et, de ce fait, banalisée.

³ J. DANET, « Le droit pénal et la procédure pénale sous le paradigme de l'insécurité », *op. cit.*, p. 37.

⁴ V. M. GIACOPELLI, « Les procédures alternatives aux poursuites. Essai de théorie générale », *Rev. sc. crim.* 2005, p. 505 ; E. MAUREL, « Le recours à la médiation par le procureur de la République », *AJ Pénal* 2011, p. 219 ; D. RAIMBOURG, « Entre gestion des flux, équité processuelle, efficacité répressive et efficience budgétaire », dans S. GUINCHARD et J. BUISSON (dir.), *Les transformations de la justice pénale*, Dalloz, 2014, p. 25.

⁵ Ainsi la possibilité de prononcer une mesure de composition pénale n'était-elle au départ prévue que pour les faits limitativement énumérés à l'article 41-2 du Code de procédure pénale. Depuis la loi du 9 mars 2004, une telle mesure est possible pour tout délit puni d'une peine d'emprisonnement inférieure ou égale à cinq ans. La loi du 23 mars 2019 a supprimé l'homologation par le juge dans certains cas. V. *infra* note 2 p. 27.

⁶ R. COLSON et S. FIELD, « Entre gestion des flux, équité processuelle, efficacité répressive et efficience budgétaire », *op. cit.*, p. 11 ; C. LAZERGES, « Médiation pénale, justice pénale et politique criminelle », *Rev. sc. crim.* 1997, p. 186 ; D. LIGIER, « Fonction de la justice : mieux juger ou traiter les flux policiers ? », *Gaz. Pal.* 13 mai 2004, p. 5.

⁷ V., parlant de « lame de fond managériale », N. D'HERVE, « La magistrature face au management judiciaire », *Rev. sc. crim.* 2015, p. 49.

⁸ J.-P. JEAN, « De l'efficacité en droit pénal », dans *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel*, Cujas, 2006, p. 135, spéc. p. 140.

gestionnaires¹ ou de *performance*² – notion clé pour la répartition du budget³. Cela rejaillit sur les liens entre acteurs de la procédure, en particulier en dévoyant le traitement en temps réel. Initialement pensé afin de supprimer le temps entre l'enquête et l'orientation du dossier⁴, ce « progrès majeur »⁵ vire à l'« abattage »⁶.

Alors que la contrainte allait *crescendo*, elle se diffuse aujourd'hui vers l'amont de la phase préparatoire en même temps qu'elle se renforce. Une récente décision du Conseil constitutionnel pourrait toutefois marquer un coup d'arrêt à la diffusion de la contrainte.

¹ J.-C. MAGENDIE, « Loyauté, dialogue, célérité : trois principes à inscrire en lettres d'or aux frontons des palais de justice », dans *Justice et droit du procès. Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Dalloz, 2010, p. 329, spéc. p. 332. Plus récemment, v. C. VIGOUR, *Réformes de la justice en Europe*, De Boeck, 2018, p. 221 et s.

² E. ALT et M.-A. LE THEULE, « La justice aux prises avec l'éthique et la performance », *op. cit.*, p. 137. Ces auteurs parlent aussi de « l'assujettissement de la justice à un modèle de marché ». Ce mouvement n'est, semble-t-il, pas près de s'arrêter. En décembre 2018, la Cour des comptes constate ainsi « des moyens affectés aux juridictions en augmentation, mais une performance dégradée », dans un rapport au titre éloquent : *Approche méthodologique des coûts de la justice. Enquête sur la mesure de l'activité et l'allocation des moyens des juridictions judiciaires*, 2018, p. 7.

³ La loi organique n° 2001-692 du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances prévoit (art. 7) l'organisation du Budget en missions budgétaires, subdivisées en programmes eux-mêmes composés d'actions. Chaque programme doit être accompagné d'un projet annuel de performance indiquant les objectifs et indicateurs de performance. Dans le projet de loi de Finances pour 2019, le programme Justice judiciaire de la mission Justice mentionne trois objectifs : « améliorer la qualité et l'efficacité de la justice », « rendre plus efficaces la réponse pénale, l'exécution et l'aménagement des peines » et « moderniser la gestion de la justice ». Quant aux indicateurs de performance, leur énoncé partiel suffit à rendre compte des attentes nouvelles : délai moyen de traitement des procédures pénales, nombre d'affaires pénales traitées par magistrat du siège et du parquet, taux de cassation, taux d'alternatives aux poursuites, dépense moyenne de frais de justice par affaire, etc. V. le *Bleu budgétaire de la Mission Justice* annexé au projet de loi de Finances pour 2019.

⁴ C. MIANSONI, « La nature juridique du traitement en temps réel des procédures pénales », *AJ Pénal* 2012, p. 152. Ce mécanisme était censé renforcer le contrôle du parquet sur la police judiciaire : v. V. LESCLOUS, « Le procureur : du mécanicien de la poursuite pénale à l'architecte d'un traitement social. Une fonction judiciaire républicaine », *Dr. pén.* 2013, étude 13.

⁵ J.-L. NADAL (prés.), *Refonder le ministère public : rapport de la Commission de modernisation de l'action publique*, 2013, p. 84. On a aussi parlé d'« une étape fondamentale de la chaîne pénale » : F. ZOCCHETTO, *Rapport d'information n° 17 fait au nom de la commission des lois sur les procédures accélérées de jugement en matière pénale*, Sénat, 2005, p. 15. Le traitement en temps réel a notamment été vu comme un « moyen de contrôle accru » de l'autorité judiciaire sur la police : B. FROMENT, « Les contrôles de la police », *Pouvoirs* 2002, n° 102, p. 43.

⁶ B. BRUNET, « L'acte de juger dans le traitement en temps réel à partir du regard de l'anthropologue sur le service en temps direct d'une grande juridiction », *Gaz. Pal.* 9 janvier 2001, p. 2. Quelques années plus tôt, cet auteur publiait un article au nom évocateur : B. BRUNET, « Le traitement en temps réel : la Justice confrontée à l'urgence comme moyen habituel de résolution de la crise sociale », *Déviante et Société* 1998, n° 38, p. 91. V., notant la dégradation des conditions de travail et employant les termes de « submersion » et de « crise profonde », J.-L. NADAL (prés.), *Refonder le ministère public : rapport de la Commission de modernisation de l'action publique*, 2013, p. 84 et s. Pour une analyse positive de ce mécanisme, affirmant qu'il a permis de renforcer le contrôle du parquet sur la police judiciaire, v. G. CLÉMENT, « Les métamorphoses du ministère public en matière pénale », dans *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel*, Cujas, 2006, p. 271, spéc. p. 274 ; J. LEBLOIS-HAPPE, *Quelles réponses à la petite délinquance ? Étude du droit répressif français sous l'éclairage comparé du droit répressif allemand*, PUAM, 2002, Tome II, n° 1196.

19. Le coup d'arrêt ? La décision du Conseil constitutionnel du 21 mars 2019.

Lors du contrôle de constitutionnalité *a priori* de la loi du 23 mars 2019¹, le Conseil constitutionnel a censuré plusieurs des dispositions phares du texte, qui prévoyaient de passer à l'étape supérieur de la diffusion de la contrainte². Plus précisément, ont été déclarées inconstitutionnelles : l'extension des interceptions de communications à toutes les enquêtes ouvertes pour des infractions punies de trois ans d'emprisonnement ainsi que l'unification des techniques spéciales d'enquêtes et leur extension à tout crime en dehors de la seule criminalité organisée³ ; la suppression de l'autorisation nécessaire du parquet pour les réquisitions policières à tout organisme public⁴ ; l'augmentation de la durée de l'enquête de flagrance pour les crimes et infractions de délinquance organisée (seize jours non renouvelables) ainsi que l'abaissement du seuil à trois ans pour le renouvellement des enquêtes de flagrance classiques⁵ ; l'abaissement du seuil des perquisitions forcées en enquêtes préliminaires à trois ans⁶ ; et, enfin, la possibilité pour le procureur d'autoriser les agents de police à pénétrer de jour au domicile de n'importe qui pour interpellé une personne⁷. Cette décision du Conseil représente assurément le premier vrai coup porté à la diffusion de la contrainte. Celle-ci n'en demeure pas moins une réalité et peut être considérée comme la source du déséquilibre de la phase préparatoire.

¹ Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

² Cons. const., 21 mars 2019, n° 2019-778 DC, considérants 133 et s. ; *JORF* du 24 mars 2019.

³ Pour le Conseil constitutionnel, le législateur aurait dû prendre en compte la gravité et la complexité des infractions. Le juge des libertés et de la détention, qui devait autoriser la mesure, n'aurait de plus pas eu accès à l'ensemble des éléments de la procédure. Enfin, la prévision d'une compétence d'urgence du procureur de la République en lieu et place de l'autorisation du juge des libertés et de la détention ne permet pas un contrôle suffisant du juge. Sur ce dernier point, v. *infra* n° 350 et s.

⁴ Parce que ces réquisitions peuvent porter sur tout élément de la vie privée, l'absence d'autorisation du procureur porte atteinte à l'exigence de direction et de contrôle de l'autorité judiciaire sur la police judiciaire. Sur ce point, v. *infra* n° 460 et s.

⁵ Pour le Conseil, le législateur n'a pas tenu compte du fait que les pouvoirs de flagrance n'étaient justifiés que par la proximité de l'infraction. Sur ce point, v. *infra* n° 333 et s.

⁶ Pour le Conseil, le législateur n'a ce faisant pas opéré une conciliation équilibrée entre la recherche des auteurs et le droit au respect de la vie privée et à l'inviolabilité du domicile.

⁷ Pour le Conseil, le champ d'application de cette prérogative (toute personne suspectée d'une infraction punie de trois ans d'emprisonnement qui ne répond pas ou est susceptible de ne pas répondre à une convocation) et l'absence d'autorisation d'un magistrat du siège entraînent l'inconstitutionnalité de la mesure.

B. Les conséquences de la diffusion de la contrainte

20. Une double translation de pouvoirs. S'il n'y a pas, sur le papier, de véritable remise en cause de la procédure¹, la diffusion de la contrainte vers l'enquête ne peut pas être sans incidence sur les rapports entre les différents acteurs institutionnels. En réalité, on observe une double translation de pouvoirs : du juge au parquet et du parquet à la police².

21. La « parquétisation » de la phase préparatoire. Le parquet français est le « pivot »³, la « figure clé »⁴ de la phase préparatoire du procès pénal, rejoignant ses collègues allemands et italiens⁵.

Sa fortune est toutefois paradoxale. Cet organe, qui dirige les enquêtes et oriente la procédure, ne peut que bénéficier des possibilités d'une contrainte forte dès l'enquête, d'autant qu'il oriente ensuite le dossier et dispose de prérogatives renforcées par la diversification de la réponse pénale⁶. Véritable mastodonte, il rayonne sur la phase préparatoire⁷. Lui sont cependant attribuées nombre de missions qui peuvent, en réalité, le

¹ Dans tous les cas, on a une enquête menée par la police sous la direction du procureur débouchant sur l'orientation de l'affaire et possiblement sur une information menée par un juge.

² V. D. THOMAS, « L'évolution de la procédure pénale française contemporaine : la tentation sécuritaire », *op. cit.*, p. 53, spéc. p. 68.

³ E. DAOUD, « Juges et avocats : le désamour », *AJ Pénal* 2007, p. 310.

⁴ G. GIUDICELLI-DELAGE, « La figure du juge de l'avant-procès entre symboles et pratiques », dans *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel*, Cujas, 2006, p. 335, spéc. p. 341. V. aussi, parlant de « place centrale » : J. DANET, « Le droit pénal et la procédure pénale sous le paradigme de l'insécurité », *op. cit.*, p. 37.

⁵ Dans les deux pays, on parle du maître de la phase préparatoire (*Herrin des Ermittlungsverfahrens* ; *dominus delle indagini preliminari*).

⁶ D'autant que si l'exécution de la composition et de la transaction pénales éteint l'action publique, tel n'est pas le cas de l'alternative simple, les poursuites étant toujours possibles : Cass. crim., 21 juin 2011, n° 11-80.003, bull. n° 141 ; *D.* 2011, p. 2349, obs. PERRIER ainsi que p. 2379, obs. DESPREZ ; *AJ Pénal* 2011, p. 584, obs. BELFANTI ; *D.* 2012, p. 2118, chron. PRADEL ; *JCP G*, note 1453 LUDWICZAK ; *Procédures* 2011, comm. 312 BUISSON ; *Gaz. Pal.* 19 juillet 2011, p. 18, obs. DETRAZ. V. aussi Cass. crim., 17 janvier 2012, n° 10-88.226, bull. n° 12 ; *D.* 2012, p. 2118, chron. PRADEL. V. dernièrement Cass. crim., 13 juin 2018, n° 17-81.849, inédit. La doctrine conteste largement ce raisonnement : v. notamment J.-B. PERRIER, « Alternatives aux poursuites : l'orthodoxie juridique face à l'opportunité pratique », *D.* 2011, p. 2349 et, déjà, J.-B. PERRIER, *La transaction pénale*, LGDJ, 2014, n° 105. V. aussi F. LUDWICZAK, « Procédures alternatives aux poursuites et action publique : entre apparence de conformité et quête de cohérence », *JCP G* 2011, note 1453 ; O. SAUTEL, « Les alternatives aux poursuites. Un exemple de "dérive" », dans *Politique(s) criminelle(s). Mélanges en l'honneur du professeure Christine Lazerges*, Dalloz, 2014, p. 797. On a pu parler du procureur comme du « grand aiguilleur des affaires pénales » : J.-P. JEAN, « De l'efficacité en droit pénal », *op. cit.*, p. 135, spéc. p. 141.

⁷ On a pu parler d'omniprésence (G. DI MARINO, « La redistribution des rôles dans la phase préparatoire du procès pénal », *op. cit.*, p. 317, spéc. p. 331) et d'omnipotence (V. PERROCHEAU, « La composition pénale et la composition sur reconnaissance de culpabilité : quelles limites à l'omnipotence du parquet ? », *Droit et Société* 2010, p. 55).

surcharger. Le procureur doit ainsi intervenir tant en matière civile que commerciale¹ et se trouve impliqué dans de nombreuses politiques urbaines et de prévention² mais aussi dans l'application des peines³ – sans mentionner « l'asphyxie »⁴ due à l'exigence d'une réponse systématique. Comment espérer que les parquets français, peu nombreux et surchargés⁵, puissent exercer tous ces pouvoirs⁶ ?

*Cette hypertrophie du parquet ne peut se faire qu'aux dépens du juge*⁷. La diffusion de la contrainte permet dès l'enquête des mesures coercitives que seule l'instruction offrait, entraînant une perte d'utilité certaine de l'information alors même qu'aucun pouvoir n'a été retiré au juge depuis la création du juge des libertés et de la détention chargé du contentieux de la détention provisoire⁸. Il est parfois même avancé que beaucoup d'instructions ne seraient ouvertes que pour obtenir une mesure de contrainte, ce qui prouverait l'inutilité de cette phase⁹. En conséquence, la récente loi du 23 mars 2019 crée

¹ P. TCHERKESOFF, *Cohérence et légitimité du ministère public*, Thèse Paris 2, 2015, n° 442 et s.

² Code de procédure pénale français, art. 39-2. On a souligné sur ce point l'« absence de réflexion de fond » : J.-L. NADAL (prés.), *Refonder le ministère public : rapport de la Commission de modernisation de l'action publique*, 2013, p. 58. D'autant que cette implication s'accroît : la liste des instances à laquelle participe le procureur au titre de la politique de prévention fournie par le rapport (*ibid.*) n'est même pas complète... phobiques administratifs, s'abstenir !

³ V., parlant d'un « quasi-juge de l'exécution des peines », P. TCHERKESOFF, *Cohérence et légitimité du ministère public*, Thèse Paris 2, 2015, n° 411 et s.

⁴ J.-L. NADAL (prés.), *Refonder le ministère public : rapport de la Commission de modernisation de l'action publique*, 2013, p. 47. V. aussi, J.-R. LECERF et J.-P. MICHEL, *Rapport n° 162 fait au nom de la commission des lois sur l'évolution du régime de l'enquête et de l'instruction*, Sénat, 2010, p. 22. V. encore M. ROBERT, « Les propositions du rapport Léger : point de vue d'un parquetier », *AJ Pénal* 2009, p. 393.

⁵ En 2016, la France comptait 2,9 procureurs pour 100 000 habitants, la moyenne européenne étant à 11,7 ! Pourtant, sur les quatorze missions possibles repérées par la Commission européenne pour l'efficacité de la justice, le parquetier français en exerce... quatorze. Seuls ses confrères hongrois, luxembourgeois et monégasques ont une telle charge de travail, alors même qu'ils sont, dans leur pays respectif, 19,2 ; 8 et 13,3 pour 100 000 habitants : v. *Systèmes judiciaires européens. Efficacité et qualité de la justice*, Rapport CEPEJ, 2018. Pour un exposé de différentes données sur les systèmes comparés (France, Allemagne, Italie) v. Annexe n° 2 p. 757.

⁶ Notons par exemple que la loi du 15 juin 2000 prévoyant une visite trimestrielle des locaux de garde à vue par le parquet a été modifiée moins de deux ans après par la loi du 4 mars 2002, ramenant cette visite à une fréquence annuelle... v. Code de procédure pénale français, art. 41.

⁷ F. WINCKELMULLER, *La mutation de la mise en état des affaires pénales à l'épreuve des droits européens*, *op. cit.*, Tome I, n° 377 et s. ; J. ALIX, « Quels visages pour le parquet en France ? », dans C. LAZERGES (dir.), *Figures du parquet*, PUF, 2006, p. 67, spéc. p. 73.

⁸ G. DI MARINO, « La redistribution des rôles dans la phase préparatoire du procès pénal », *op. cit.*, p. 317, spéc. p. 321 et s. Alors que le ministère public saisissait le juge d'instruction dans 20 % des décisions de poursuites dans les années 60 (L. SCHENIQUE, *La réforme de la phase préparatoire du procès pénal*, *op. cit.*, n° 170), il ne le fait aujourd'hui plus que dans 2,8 % des cas (calcul effectué à partir des *Chiffres-clés de la Justice 2018*). V. aussi P. LE MONNIER DE GOUVILLE, *Le juge des libertés et de la détention*, Thèse Paris 2, 2011, n° 540. La reconnaissance de nouveaux pouvoirs au ministère public va de pair avec une baisse du nombre d'informations ouvertes : v. J. BOURGUIGNON, « La réforme de la garde à vue : l'avis d'un juge d'instruction », *Gaz. Pal.* 7 juillet 2011, p. 33.

⁹ P. LÉGER (prés.), *Rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale*, 2009, p. 7.

la procédure de comparution à délai différé¹. Lorsqu'une procédure est ouverte pour un délit puni d'au moins deux ans d'emprisonnement, que la comparution immédiate n'est pas possible car les résultats de certains actes d'enquête ne sont pas encore connus mais qu'il existe tout de même des charges suffisantes contre la personne, le procureur de la République peut tout de même saisir le tribunal correctionnel et demander au juge des libertés et de la détention le prononcé d'une mesure de sûreté (contrôle judiciaire, assignation à résidence avec surveillance électronique, détention provisoire). Le Conseil constitutionnel a validé cette procédure², alors même qu'elle conduit très clairement à minimiser encore plus le poids de l'instruction, donc de la figure classique du juge dans la phase préparatoire. La montée en puissance du parquet peut, en dernière analyse, être vue comme un prélude à une curée toujours retardée³. La puissance du parquet n'est pas non plus écornée par les juges intervenant lors de l'enquête (juge des libertés et de la détention, présidents de juridiction⁴), véritables juges alibis⁵. Le juge des libertés n'effectue qu'un contrôle ponctuel, non systématisé et travaille dans l'urgence, notamment dans les enquêtes

¹ Code de procédure pénale français, art. 397-1-1 créé par la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice

² Cons. const., 21 mars 2019, n° 2019-778 DC, considérants 286 et s. ; *JORF* du 24 mars 2019. Le Conseil souligne : que cette procédure ne peut être mise en œuvre que si le suspect est assisté de son avocat ; que les mesures de sûretés sont décidées par le juge des libertés et de la détention ; que la détention provisoire n'est possible que pour les infractions punies de trois ans d'emprisonnement ; qu'il est mis fin d'office aux mesures de sûreté si la comparution n'a pas lieu dans les deux mois ; que l'individu aura accès à tous les procès-verbaux des actes dont on attend les résultats et qu'il pourra demander, jusqu'au jour de l'audience, l'accomplissement d'actes d'enquête au président du tribunal correctionnel.

³ V. affirmant que l'idée de la suppression du juge d'instruction « est désormais abandonnée » : T. GARÉ et C. GINESTET, *Droit pénal. Procédure pénale*, 10^e éd., Dalloz, 2018, n° 352.

⁴ On a pu parler d'un éclatement de la figure du juge dans l'avant procès : G. GIUDICELLI-DELAGE, « La figure du juge de l'avant-procès entre symboles et pratiques », *op. cit.*, p. 335, spéc. p. 336.

⁵ P. LE MONNIER DE GOUVILLE, *Le juge des libertés et de la détention*, Thèse Paris 2, 2011, n° 535 ; M. JÉOL, « Les voies de la cohérence », dans *La procédure pénale en quête de cohérence*, Dalloz, 2007, p. 281, spéc. p. 284 ; P. CONTE, « Les propositions du prérapport du comité de réflexion sur la justice pénale », *Droit pénal* 2009, étude 11 ; P. CONTE, « Bas les masques ! », *op. cit.* ; G. STRAEHLI, « Les impératifs d'un système d'instruction préparatoire en matière criminelle et pour les affaires complexes : les différentes réponses actuelles », *Dr. pén.* 2009, dossier 4. V. aussi, s'interrogeant, H. MATSOPOULOU, « Le juge des libertés et de la détention : un acteur de premier ou de second rôle en matière de détention provisoire ? », *D.* 2008, p. 1494 ; B. DE LAMY, « Le juge des libertés et de la détention : un trompe-l'œil ? », *Dr. pén.* 2007, étude 13 ; F. LEBUR, « Le juge des libertés et de la détention : béni-oui-oui ou terminator ? », *Gaz. Pal.* 28 juillet 2001, p. 3 ; M. LEMONDE, « Le juge des libertés et de la détention : une réelle avancée ? », *op. cit.*, p. 51.

dérogatoires¹. Quant au président du tribunal, il interviendra – mais pas dans tous les cas² – en fin de procédure pour accepter ou refuser (jamais modifier) une mesure alternative déjà décidée par le parquet. Il s’agit d’un juge amoindri improprie à compenser les pouvoirs du ministère public qui finit par le concurrencer³. Cette mort du juge⁴ au profit d’un parquet hypertrophié laisse craindre une véritable policierisation de la procédure.

¹ Certaines dispositions font même de l’urgence une condition préalable à l’acte coercitif demandé (perquisitions dans un local à usage d’habitation effectuée en dehors des horaires légaux et dans le cadre d’une enquête préliminaire dérogatoire). Pourtant, en cas d’urgence, le recours à l’*IMSI Catcher* peut-être autorisé pour vingt-quatre heures par le procureur, qui en demandera au juge la validation. L’urgence est donc le fondement d’une contrainte renforcée dès la phase d’enquête nécessitant l’autorisation d’un juge en même temps que le fondement de l’action coercitive directe de la police et du parquet, le juge n’étant plus là qu’*a posteriori* ! Sans mentionner que l’urgence devient le fondement de la contrainte autorisée par le juge alors même qu’elle est par définition absente de l’enquête préliminaire : sur ce point v. H. MATSOPOULOU, « Les nouveaux moyens de preuve au service de la criminalité organisée – à propos de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 », *op. cit.*

² La loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice vient en effet de supprimer l’homologation par le juge de la composition pénale lorsqu’elle concerne une infraction punie d’au maximum trois ans d’emprisonnement et que la composition pénale consiste en une amende de composition d’au maximum trois mille euros ou bien en la remise d’une chose dont la valeur n’excède pas trois mille euros. Le Conseil constitutionnel a validé cette disposition (Cons. const., 21 mars 2019, n° 2019-778 DC, considérant 270 ; *JORF* du 24 mars 2019). V. déjà J. LEBLOIS-HAPPE, « De la transaction à la composition pénale », *JCP G* 2000, I, 198.

³ J.-C. SAINT-PAU, « Le ministère public concurrence-t-il le juge du siège ? », *Dr. pén.* 2007, étude 14. On a pu parler de « quasi-juge » : v. entre autres P. TCHERKESOFF, *Cohérence et légitimité du ministère public*, *op. cit.*, n° 307 et s. ; J.-P. JEAN, « Le ministère public français au regard de la justice pénale d’Europe », *AJ Pénal* 2011, p. 106 ; L. CADIET, « Introduction à un cours de droit institutionnel de la justice », dans *Humanisme et justice. Mélanges en l’honneur de Geneviève Giudicelli-Delage*, Dalloz, 2016, p. 289, spéc. note 88.

⁴ J. LEBLOIS-HAPPE, « De quelques manières de “tuer” le juge judiciaire », dans *Légalité, légitimité, licéité : regards contemporains. Mélanges en l’honneur du professeur Jean-François Seuic*, PUN, 2018, p. 629. V. aussi, parlant plus pudiquement « d’évitement du juge » : G. GIUDICELLI-DELAGE, « La figure du juge de l’avant-procès entre symboles et pratiques » ; *op. cit.*, p. 335, spéc. p. 344.

22. La « policiarisation » de la phase préparatoire¹. Le concept de policiarisation, d'inspiration allemande (*Verpolizeilichung*)², peut aisément être transposé de notre côté du Rhin : la police s'épanouit dans la phase préparatoire³, ce qui est assez logique.

L'épanouissement pratique de la police est renforcé par l'affaiblissement de ses cadres procéduraux et administratifs d'intervention. La diffusion de la contrainte a en effet considérablement obscurci les frontières des cadres procéduraux (enquête préliminaire et de flagrance ; enquête et instruction)⁴ : en fin de compte, qui va exécuter la mesure si ce n'est la police ? Maintenant que tout est à peu près possible tout le temps, quelle différence

¹ *Contra*, parlant de judiciarisation de la police : V. LESCLOUS, « Le procureur : du mécanicien de la poursuite pénale à l'architecte d'un traitement social. Une fonction judiciaire républicaine », *op. cit.*

² V. A. SCHOREIT, « Verpolizeilichung des Ermittlungsverfahrens », *StV* 10-1989, p. 449 (au sujet d'un projet de modification du Code allemand renforçant les attributions de la police) ; S. HÜLS, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, BWV, 2007, p. 229 et s. ; J. DALLMEYER, « Der Richtervorbehalt als Garant staatsanwaltschaftlicher Verfahrensherrschaft im Ermittlungsverfahren », dans *Festschrift für Bernd von Heintschel-Heinegg*, C.H. Beck, 2015, p. 87 ; H. SATZGER, *Chancen und Risiken einer Reform des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens: Gutachten C zum 65. Deutschen Juristentag*, C.H. Beck, 2004, spéc. p. C115 et s. et C134 et s. ; P. RIEß, « Die Entwicklung der gesetzlichen Aufgabenverteilung im Ermittlungsverfahren im deutschen Strafprozess », dans *In dubio pro libertate : Festschrift für Klaus Volk*, C.H. Beck, 2009, p. 559, spéc. p. 580 ; K. AMBOS, « Staatsanwaltschaftliche Kontrolle der Polizei, Verpolizeilichung des Ermittlungsverfahrens und organisierte Kriminalität », *Jura* 10/2003, p. 674. On se demande même si le « maître de la procédure » ne serait pas plus la police que le parquet : v. N. SCHLACHETZKI, *Die Polizei – Herrin des Strafverfahrens ?*, Mensch & Buch Verlag, 2002 et, déjà, F. GÖRGEN, « Die Polizei als Staatsanwaltschaft vor der Staatsanwaltschaft ? », *DRiZ* 1976, p. 296 ainsi qu'U. NELLES, *Kompetenzen und Ausnahmekompetenzen in der Strafprozeßordnung : Zur organisationsrechtlichen Funktion des Begriffs « Gefahr im Verzug » im Strafverfahrensrecht*, Dunckler & Humblot, 1980, p. 181 V. aussi C. ROXIN et B. SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, 29^e éd., C.H. Beck, 2017, p. 22-23. V. encore, en français, J. LEBLOIS-HAPPE, « Éléments de cohérence de la procédure pénale allemande. L'équilibre entre les prérogatives du ministère public et celle du juge dans la phase préliminaire du procès », dans *La procédure pénale en quête de cohérence*, Dalloz, 2007, p. 241, spéc. p. 251 et s. Si l'auteur parle de « policisation », nous avons préféré le terme de « policiarisation », qui nous a semblé traduire d'une manière plus parlante l'idée d'un processus en cours.

³ Pour une étude comparée des droits français et allemand, v. J. LEBLOIS-HAPPE, « Police et justice – quels rapports ? », dans J. LEBLOIS-HAPPE (dir.), *Les investigations policières. Die polizeilichen Ermittlungen*, PUAM, 2012, p. 117. Pour une étude européenne comparée, v. M. DELMAS-MARTY (dir.), *Procédures pénales d'Europe*, PUF, 1995, p. 411 et s. V. aussi D. THOMAS, « L'évolution de la procédure pénale française contemporaine : la tentation sécuritaire », *op. cit.*, p. 53, spéc. p. 68 ; D. THOMAS, « Le concept de procès pénal », dans *La sanction du droit. Mélanges offerts à Pierre Couvrat*, PUF, 2001, p. 401, spéc. p. 404. V. de même, affirmant que « la garde à vue est aujourd'hui devenue la phase principale de constitution du dossier de la procédure », F. DEBOVE, « Garde à vue : entre cadence et décadence », dans *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2014, p. 191, spéc. p. 200. V. toujours, écrivant qu'« il est clair que le législateur n'a "pas", ou sans doute "plus", d'a priori à l'égard de l'enquête et qu'il est de plus en plus disposé à investir l'enquêteur de pouvoirs très étendus », G. DI MARINO, « La redistribution des rôles dans la phase préparatoire du procès pénal », *op. cit.*, p. 317, spéc. p. 323. V. enfin J. DANET, « Le droit pénal et la procédure pénale sous le paradigme de l'insécurité », *op. cit.*, p. 37. Pour un constat plus général, transcendant les procédures et parlant de la police comme du « véritable "gestionnaire" de l'enquête », v. H. JUNG, « Vers un nouveau modèle du procès pénal ? Réflexions sur les rapports "La mise en état des affaires pénales" », *Rev. sc. crim.* 1991, p. 526.

⁴ V. *supra* n° 17.

pour l'officier de police judiciaire à part la voix qui changera au téléphone¹ ? À cette illisibilité s'est ajouté un retrait de la hiérarchie interne dans l'organisation des services de police judiciaire², entraînant une sur-sollicitation par la police d'un parquet facilement accessible par téléphone³. La liberté de la police est en outre renforcée par la faiblesse des contrôles opérés par l'autorité judiciaire, sensés pourtant être effectifs⁴. La prise en compte de la notation pour l'avancement de l'officier concerné semble exceptionnelle et les obligations d'information ne sont que rarement sanctionnées⁵. Le contrôle paraît donc être « souvent plus théorique que réel »⁶. Le rapport tend même à s'inverser, la police conditionnant par téléphone la décision d'un procureur n'ayant plus le dossier sous les yeux⁷. C'est donc un fait : la police et son enquête ont acquis aujourd'hui une place

¹ On arguera que les délais ne sont pas les mêmes, étant par principe plus courts en phase d'enquête que lors d'une instruction. Soit, mais n'est-ce pas là une pure question de détail, lorsque l'on sait qu'au regard des mesures pouvant être ordonnées il n'existe plus de différence entre enquête préliminaire, enquête de flagrance et instruction dans les procédures dérogatoires ? Si l'on ajoute à cela la délimitation pour le moins brumeuse du champ d'application de ces procédures dérogatoires, les régimes qui s'entrecroisent et la validation systématique des procédures incidentes (v. déjà H. MATSOPOULOU, « Les évolutions récentes de la preuve en matière pénale », *op. cit.*, p. 411, spéc. p. 441), les différences invoquées se réduisent à peau de chagrin.

² J.-L. NADAL (prés.), *Refonder le ministère public : rapport de la Commission de modernisation de l'action publique*, 2013, p. 84 ; J. BEAUME, *Rapport sur la procédure pénale*, 2014, p. 28. *Contra*, soulignant en 2002 des « contrôles internes effectifs », v. B. FROMENT, « Les contrôles de la police », *op. cit.*, p. 43. Pour le détail des cadres d'organisation internes, v. J. BUISSON, *Police, pouvoirs et devoirs*, 2^e éd., Dalloz, 2019.

³ J.-L. NADAL (prés.), *Refonder le ministère public : rapport de la Commission de modernisation de l'action publique*, 2013, p. 87.

⁴ Cons. const., 10 mars 2011, n° 2011-625 DC, considérants n° 59 et 60 ; *JORF* du 15 mars 2011. Signalons cependant que l'article préliminaire du Code ne vise, comme objet du contrôle effectif de l'autorité judiciaire, que les mesures de contrainte.

⁵ Ainsi l'obligation générale d'information n'est pas sanctionnée : Cass. crim., 1^{er} décembre 2004, n° 04-80.536, bull. n° 302 ; *Rev. sc. crim.* 2005, p. 375, obs. BUISSON ; *Dr. pén.* 2005, comm. 30 MARON ; *Procédures* 2005, comm. 76 BUISSON ; *Gaz. Pal.* 2 juin 2005, p. 20 note MONNET. Seules les informations concernant la garde à vue sont sanctionnées en jurisprudence : ainsi tout retard non justifié par une circonstance insurmontable est une cause de nullité de la mesure (Cass. crim., 24 novembre 1998, n° 98-82.496, bull. n° 314 ; Cass. crim., 10 mai 2001, n° 01-81.441, bull. n° 119 ; *Procédures* 2001, comm. 14 BUISSON) ; de plus, mention de l'information du procureur et de son contenu doit être faite au procès-verbal de garde à vue (Cass. crim. 25 juin 2013, n° 13-81.977, bull. n° 154 ; *Gaz. Pal.* 15 octobre 2013, p. 1493, obs. FOURMENT). En revanche, le défaut d'information de l'identification du suspect n'est pas sanctionné (Cass. crim., 23 août 2005, n° 03-87.719, bull. n° 209 ; *D.* 2006, p. 617 chron. PRADEL), de même que les différentes autorisations requises du ministère public ne sont pas soumises à des conditions précises de forme (Cass. crim., 23 mai 2006, n° 06-83.241, bull. n° 139 ; *D.* 2006, p. 2836, obs. PRADEL ; *Dr. pén.* 2006, comm. 131 MARON ; *Gaz. Pal.* 30 décembre 2006, p. 37, note MONNET). Lors de l'instruction, enfin, le juge délivrant une commission rogatoire n'opère, par la force des choses, qu'« une direction à la marge » (G. ROUSSEL, *Rep. pénal Dalloz*, s. v. « Police judiciaire », janvier 2018, n° 411).

⁶ M. DELMAS-MARTY (prés.), « Rapport final sur la mise en état des affaires pénales », dans *La Mise en état des affaires pénales : rapports, Commission justice pénale et droits de l'homme*, La Documentation française, 1990, p. 105, spéc. p. 162.

⁷ B. BRUNET, « L'acte de juger dans le traitement en temps réel à partir du regard de l'anthropologue sur le service en temps direct d'une grande juridiction », *op. cit.*, p. 2 ; J.-L. NADAL (prés.), *Refonder le ministère public : rapport de la Commission de modernisation de l'action publique*, 2013, p. 84-85. *Contra*, parlant en 2002 d'un « contrôle accru de l'autorité judiciaire » sur la police, v. B. FROMENT, « Les contrôles de la police », *op. cit.*, p. 43. Dans le même sens, v. G. CLÉMENT, « Les métamorphoses du ministère public en matière pénale », *op. cit.*, p. 271, spéc. p. 274-275.

prédominante¹. Dernière manifestation : la loi du 23 mars 2019 a rendu facultative la présentation de la personne gardée à vue au procureur pour la première prolongation, empêchant donc le contrôle réel du parquet sur une mesure purement policière².

Cette policiarisation de la procédure, si elle peut inquiéter, a pour elle une certaine logique. Elle inquiète, car contrairement à ce que l'épithète pourrait laisser penser, la police judiciaire n'est pas totalement judiciarisée, aucun concours n'exigeant formellement de diplôme en droit³ et les différentes écoles n'enseignant qu'à la marge la procédure pénale⁴. D'autant que si la « capacité »⁵ d'officier de police judiciaire est réservée, en théorie, aux fonctionnaires ayant eu la formation initiale la plus longue, la diffusion de la contrainte a entraîné un manque d'officiers de police judiciaire et l'attribution de plus en plus fréquente du « bloc OPJ » à des gardiens et sous-officiers⁶. Mais la policiarisation répond à une *logique* propre : qu'on le veuille ou non, la police dispose de moyens matériels et humains

¹ V. par exemple J. BEAUME, *Rapport sur la procédure pénale*, 2014, p. 49.

² Code de procédure pénale français, art. 63 II issu de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

³ Est à chaque fois exigé un diplôme (baccalauréat, licence ou master) sans autre précision (il en va de même pour le concours de la magistrature, seul l'examen de l'avocature exigeant un master 1 en droit). Les concours de gardien de la paix et de sous-officier de la gendarmerie ne comprennent même pas d'épreuve juridique. Au sein de la police nationale, l'officier doit réussir une épreuve d'une heure sur le droit administratif et/ou les libertés publiques et une autre de trois heures sur le droit pénal, tandis que son collègue commissaire devra répondre à deux compositions de trois heures, portant l'une sur le droit administratif et/ou les libertés publiques et/ou le droit de l'Union européenne, l'autre sur le droit pénal et/ou la procédure pénale. Quant à l'aspirant officier de gendarmerie, il devra plancher sur une épreuve de quatre heures sur une matière qu'elle aura choisie entre : le droit pénal, le droit public, les finances publiques, les SES et l'histoire géographique.

⁴ La formation d'un officier de police dure ainsi dix-huit mois et est divisée en quatre périodes d'incorporation, de formation au métier de policier, de formation à la tâche de responsable d'unité et d'approfondissements professionnels. Au sein de la période de formation au métier de policier, quatre grands axes de formation sont prévus : la police judiciaire, la police administrative, la sécurité routière et le renseignement. Sachant que la période de formation au métier de policier, dans son ensemble, se déroule sur six mois. En Allemagne, on a aussi pu débattre de la formation de la police criminelle, pointant souvent du doigt ses défauts : v. les contributions de Rolf Rainer Jaeger (« Die Ausbildung der Kriminalpolizei ») et de Christoph Frank (« Die Notwendigkeit einer spezialisierten Polizeiausbildung aus Sicht der Justiz »), dans *Die Zukunft von Staatsanwaltschaft und Kriminalpolizei in Deutschland*, Clear Canvas, 2013, respectivement p. 85 et 131.

⁵ J. BUISSON, *Police, pouvoirs et devoirs*, *op. cit.*, p. 58 et s.

⁶ C. GIUDICELLI, « Regards croisés sur la direction de l'enquête dans les procédures pénales », *AJ Pénal* 2008, p. 439 ; M. SCHWENDENER, « La direction d'enquête », *AJ Pénal* 2008, p. 447 ; J.-L. NADAL (prés.), *Refonder le ministère public : rapport de la Commission de modernisation de l'action publique*, 2013, p. 78 ; F. DEBOVE, « Garde à vue : entre cadence et décadence », *op. cit.*, p. 191, spéc. p. 200 ; J. BUISSON, « La notion de la force publique », dans *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel*, Cujas, 2006, p. 207, spéc. p. 211-212. La cohabitation avec les OPJ historiques, plus gradés, n'est pas sans poser de difficultés : T. BONNET, « Officier ou ouvrier ? Les nouveaux officiers de police judiciaire », *Déviance et Société* 2018/1, p. 113. On a pu parler de « bouleversement » : P. ANTONMATTEI, « La formation des policiers », *Pouvoirs* 2002, n° 102, p. 57.

sans commune mesure avec l'autorité judiciaire, ce qui la légitime à accomplir une tâche de plus en plus importante dans la phase préparatoire¹.

Plusieurs solutions ont été proposées en doctrine pour pallier le déplacement du centre de gravité de la phase préparatoire vers l'enquête et ses organes, procureur et surtout police, sans pour l'instant réussir.

§ 2. L'absence de rééquilibrage

23. Constat. Aucun mouvement de rééquilibrage de la procédure n'a véritablement porté ses fruits, alors même que les propositions abondent, toutes marquées du sceau de l'égalité des armes. Selon une définition classique, celle-ci « requiert que chaque partie se voie offrir une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire »². Cette idée d'une égalité des armes, au demeurant fuyante (A), est en réalité un trompe-l'œil occultant le problème central du *pouvoir* en procédure pénale (B).

A. L'idée d'une égalité des armes

24. Le maquis des notions. L'égalité des armes se confond parfois avec d'autres termes : procès équitable, contradictoire, droits de la défense³.

¹ En 2018, l'action Conduite de la politique pénale et jugement des affaires pénales du programme Justice judiciaire de la mission Justice a bénéficié d'un milliard deux cents millions d'euros de crédits, tandis que les actions Missions de police judiciaire et concours à la justice des programmes Police nationale et Gendarmerie nationale de la mission Sécurités ont cumulé environ quatre milliards huit cents millions d'euros de crédits : v. les *Verts budgétaires* annexés à la loi de finances pour 2018 sur les missions Justices et Sécurité. V. aussi, soulignant que même au sein du ministère de la Justice le budget des juridictions « pèse peu », F. TIBERGHEN, « Pouvoir judiciaire et gestion autonome des moyens », *Après-demain* 2017, n° 41, p. 26. V. cependant, notant que « depuis une quinzaine d'années, le budget de la justice fait l'objet d'un effort continu de rattrapage financier », A. HASTINGS-MARCHADIER, « Le budget de la justice pénale et la loi de finances pour 2019 », *AJ Pénal* 2019, p. 108. Quant aux moyens humains, faut-il rappeler qu'en 2016, la France comptait 217 878 agents de police, pour 6 995 juges professionnels et 1 955 procureurs ?

² Cour EDH, 27 octobre 1993, n° 14448/88, *Dombo Beheer c. Pays-Bas*, spéc. n° 33 (nous soulignons).

³ L'objet de cette thèse n'est nullement l'égalité des armes, ni l'étude complète des rapports qu'elle entretient avec d'autres principes : v. S. CLÉMENT, *Les droits de la défense dans le procès pénal : du principe du contradictoire à l'égalité des armes*, Thèse Nantes, 2007.

Les liens entre égalité des armes et procès équitable semblent clairement établis, la première ne constituant qu'un aspect du second¹, véritable droit substantiel². En qualifiant un procès d'inéquitable « s'il se déroulait dans des conditions de nature à placer injustement un accusé dans une situation désavantageuse »³, ou encore en définissant le procès équitable comme celui où « chaque partie doit être en mesure de soutenir sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage eu égard à son adversaire »⁴, la distinction reste toutefois peu aisée avec l'égalité des armes. Sans doute parce que cette dernière est « l'expression autonome du procès équitable la plus anciennement mise en valeur »⁵.

L'étude des relations entre égalité des armes et principe du contradictoire est marquée par une « tendance à la confusion »⁶, les deux principes étant parfois abordés au sein d'une même subdivision d'un ouvrage⁷. Certains distinguent en revanche égalité des armes et contradictoire, affirmant que « dans le premier cas, on se demande si une partie est ou non désavantagée par rapport à l'autre ; dans le second, si une partie a ou non pu faire connaître les éléments ou avoir connaissance des éléments nécessaires à l'exercice de sa défense »⁸. D'autres préfèrent faire découler le contradictoire de l'égalité des armes⁹.

¹ Cour EDH, 17 janvier 1970, n° 2889/65, *Delcourt c. Belgique*, spéc. n° 28. V. aussi Cour EDH, 2 mars 1987, n° 9562/81 et 9818/82, *Monnell et Morris c. Royaume-Uni*, spéc. n° 62 ; Cour EDH, 26 mai 1988, n° 10563/83, *Ekbatani c. Suède*, spéc. n° 30 ; Commission EDH, 20 mai 1998, n° 36331/97, *Société Garage Gremeau c. France* ; J.-F. RENUCCI, *Droits européen des droits de l'homme*, 6^e éd., LGDJ, 2015, n° 419 ; S. CLÉMENT, *Les droits de la défense dans le procès pénal : du principe du contradictoire à l'égalité des armes*, op. cit., n° 22 et 24.

² S. GUINCHARD et al., *Droit processuel*, 10^e éd., Dalloz, 2019, n° 672 et s. ; Y. CAPDEPON, *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, Dalloz, 2013, n° 110.

³ Cour EDH, 17 janvier 1970, n° 2889/65, *Delcourt c. Belgique*, spéc. n° 34.

⁴ Y. CAPDEPON, *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, op. cit., n° 113 (nous soulignons).

⁵ S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, op. cit., n° 451. V. Commission EDH, 30 juin 1959, n° 434/58, *Szwabowicz c. Suède*.

⁶ D. DECHENAUD, *L'égalité en matière pénale*, LGDJ, 2008, n° 637.

⁷ V. par exemple le *Guide sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme – Droit au procès équitable (volet pénal)* édité en 2013 par la Cour EDH ; S. GUINCHARD et al., *Droit processuel*, op. cit., n° 624 et s. ; S. HENNETTE-VAUCHEZ et D. ROMAN, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, 3^e éd., Dalloz, 2017, n° 356 et s. ; J.-P. MARGUÉNAUD, *La Cour européenne des droits de l'Homme*, 7^e éd., Dalloz, 2016, p. 134 et s. ; S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, op. cit., n° 451 et s. Pour un cas où l'index renvoie, en ce qui concerne le principe du contradictoire, aux mêmes développements que ceux consacrés à l'égalité des armes, v. J.-F. RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme*, 7^e éd., 2017, n° 419 et s.

⁸ Y. STRICKLER, « Le droit à un procès équitable », dans R. CABRILLAC (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 24^e éd., Dalloz, 2018, p. 671, spéc. n° 718. V. aussi, expliquant que le contradictoire implique la libre discussion entre les parties tandis que l'égalité des armes « impose le traitement égal de toutes les parties au litige, mais [...] ne contient aucune exigence quant à la nature de ce traitement » : D. DECHENAUD, *L'égalité en matière pénale*, LGDJ, 2008, n° 635.

⁹ J.-F. RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme*, op. cit., n° 419 ; J.-P. MARGUÉNAUD, *La Cour européenne des droits de l'Homme*, 7^e éd., op. cit., p. 134.

Les rapports entre égalité des armes et droits de la défense sont, eux aussi, flous. Yannick Capdepon distingue *droits de la défense* et *garanties de défense*. Les premiers, issus d'un principe fondamental s'appliquant à toutes les procédures, impliquent « que tout plaideur soit *mis en mesure* de se défendre, c'est-à-dire mis en mesure de soutenir ou de contester la prétention soumise au juge »¹. Les secondes, elles, « *offre [nt]* au plaideur la possibilité de soutenir ou de contester la prétention soumise au juge »², avec notamment le contradictoire ou l'assistance d'un avocat³. Quant à la relation avec l'égalité des armes, l'auteur place les droits de la défense en *amont* : avant d'exiger l'absence de désavantage dans la présentation de sa cause (égalité des armes), « encore faut-il être sûr que chaque partie *soit en mesure de soutenir sa cause* »⁴ (droits de la défense).

La notion d'égalité des armes est donc fuyante, imposant d'en rechercher l'*esprit*.

25. L'essence de l'égalité des armes. Les différentes définitions, en réalité, se recourent : être en mesure de, se voir offrir, avoir la faculté ou la possibilité de, etc. L'idée est bien là : il convient de *donner* quelque chose, plus précisément des *droits*. Ainsi le droit au silence, le droit à la communication du dossier, etc. Donner des droits, donc, mais à qui ? L'idée de partie est séduisante, mais la procédure pénale et son parquet obligatoirement partie dénotent⁵. Alors même qu'il analyse les droits de la défense comme droit commun des procédures, Yannick Capdepon reconnaît que la garantie des droits de la défense ne s'applique pas au ministère public en matière pénale⁶. En procédure pénale, il s'agit donc de donner des droits aux *parties privées*, mis en cause ou victime. C'est cet esprit de don qui se dégage des différentes notions et que l'expression ou slogan⁷ d'*égalité des armes* traduit le plus fidèlement possible par rapport aux autres termes, les uns trop techniques (droits de la défense, contradictoire), l'autre trop vaste (procès équitable). L'expression « égalité des armes » parle, se suffit presque à elle-même. Mais s'il faut conserver

¹ Y. CAPDEPON, *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, *op. cit.*, n° 178 (nous soulignons).

² *Ibid.*, n° 224 (nous soulignons).

³ *Ibid.*, n° 229 et s. ainsi que 261 et s.

⁴ *Ibid.*, n° 114. L'auteur rattache ensuite les droits de la défense, l'égalité des armes et l'accès au juge au procès équitable.

⁵ On a pu parler du ministère public comme de l'« élément indispensable des juridictions répressives » : R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel. Procédure pénale*, *op. cit.*, Tome II, n° 219.

⁶ Il s'agit du seul cas où la qualité de partie ne s'accompagne pas de la garantie des droits de la défense : Y. CAPDEPON, *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, *op. cit.*, n° 460 et s.

⁷ L'égalité des armes serait « une figure rhétorique nommée “slogan”, dont la propriété est de réjouir l'oreille et d'endormir l'esprit » : J.-H. ROBERT, « L'égalité des armes », *Dr. pén.* 2002, repère 12.

l'étiquette d'égalité des armes, ce n'est pas dans son sens technique habituellement entendu. Pour notre étude, **l'égalité des armes doit être entendue comme l'état d'esprit procédural veillant à la reconnaissance de droits aux personnes privées au cours de la procédure pénale.**

26. Les racines de l'égalité. L'esprit de l'égalité des armes s'enracine dans l'histoire et, surtout, a de solides fondements.

Historiquement, l'esprit d'égalité des armes naît bien avant la Cour européenne des droits de l'Homme (ci-après Cour EDH). Les critiques contre la justice de l'Ancien Régime font état, glorifiant le droit anglais, de l'absence assourdissante de droits pour le mis en cause, si bien que « c'est leur absence et non leur présence qui a pu conduire à les affirmer, aujourd'hui, comme un principe fondamental de procédure »¹. En 1828, la Cour de cassation affirme que « la défense étant de droit naturel, personne ne peut être condamné sans avoir été mis en mesure de se défendre »². Pourtant, « les droits de la défense [sont] réduits à l'état de squelette lors de la phase préparatoire »³ avant la loi Constans de 1897. Les évolutions seront ensuite mineures⁴ jusqu'au renouveau européen permis par l'article 6 de la Convention EDH. La première condamnation sur le fondement de l'égalité des armes est prononcée par la Cour EDH en 1985⁵. Depuis, on ne compte plus les décisions, l'égalité des armes s'appliquant dès la phase préparatoire du procès pénal alors même qu'il n'y a pas encore de partie à une action⁶. Ce second souffle influence le droit interne où sont

¹ Y. CAPDEPON, *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, *op. cit.*, n° 16.

² Cass. civ., 7 mai 1828, bull. n° 47.

³ J. PRADEL, « Centenaire de la loi du 8 décembre 1897 sur la défense avant jugement pénal : essai d'un bilan », *D.* 1997, p. 375. Pour une critique d'époque, v. R. BÉRANGER, *De la justice criminelle en France, d'après les lois permanentes, les lois d'exception, et les doctrines des tribunaux*, L'Huillier Librairie-Editeur, 1818, p. 426-427.

⁴ J. PRADEL, « Centenaire de la loi du 8 décembre 1897 sur la défense avant jugement pénal : essai d'un bilan », *op. cit.*, p. 375.

⁵ Cour EDH, 6 mai 1985, n° 8658/79, *Bönisch c. Autriche*. Le terme est mentionné dès l'affaire Commission EDH, 30 juin 1959, n° 434/58, *Szwabowicz c. Suède*. Avant 1985, seuls des arrêts de rejets mentionnaient l'égalité des armes : v. Cour EDH, 10 novembre 1969, n° 2178/64, *Matznetter c. Autriche* ; Cour EDH, 17 janvier 1970, n° 2889/65, *Delcourt c. Belgique* ; Cour EDH, 8 juin 1976, n° 5100/71, 5101/71, 5102/71 5354/72 et 5370/72, *Engel et autres c. Pays-Bas*.

⁶ Cour EDH, 30 mars 1989, n° 10444/83, *Lamy c. Belgique* (détention provisoire) ; Cour EDH, 18 mars 1997, n° 21497/93, *Mantovanelli c. France* (expertise en instruction). Sur la question plus générale des conditions d'applicabilité de la notion européenne d'égalité des armes, v. D. DECHENAUD, *L'égalité en matière pénale*, LGDJ, 2008, n° 624 et s. ; v. aussi le *Guide sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme – Droit au procès équitable (volet pénal)* édité en 2013 par la Cour EDH.

votées des lois donnant de nouveaux droits au mis en cause lors de la phase préparatoire¹, aidées par un Conseil constitutionnel offensif².

Au-delà de l'histoire, l'esprit d'égalité des armes a pour lui des *fondements solides*. La thèse de l'origine naturelle des droits de la défense, avancée dès 1828³, est définitivement assise par Henri Motulsky⁴. Cet auteur, repris par certains⁵, affirme que le respect des droits de la défense « constitue, au sens plein, une donnée de droit naturel » et que « l'idée de l'égalité de la situation des plaideurs a depuis toujours obsédé les théoriciens du Droit »⁶. Il serait donc naturel, *juste*, de donner des droits au mis en cause dans une procédure pénale. Toutefois, « ce qui relève du droit naturel, c'est seulement la nécessité d'une protection générale de la défense »⁷. Parce que le droit naturel n'est qu'un ensemble de valeurs, il ne saurait préjuger de ce qui est en réalité donné à la personne. Mais si la question est celle de la justice, pourquoi, en procédure pénale particulièrement, est-il *juste* de donner des droits à la personne privée ? Apparaît, en creux, le fondement d'une égalité des armes comme bouclier face à l'État. La procédure pénale sert à mettre en œuvre le pouvoir de répression en réalisant le droit pénal⁸ et est donc par essence liberticide. Est classiquement exigée une conciliation entre répression et garantie des droits et libertés

¹ Citons encore, à titre d'exemple : la loi du 30 décembre 1996 qui permet à l'avocat d'accéder au dossier d'instruction non plus seulement avant l'interrogatoire mais aussi *après* – ravivant ainsi l'esprit d'égalité des armes de la loi Constans ; la loi du 15 juin 2000 permettant aux parties privées de demander tout acte, y compris coercitif, qu'elles estiment utile auprès du juge d'instruction ; ou encore la réforme de la garde à vue introduisant le droit à l'assistance d'un avocat intervenue en 2014 sur l'action conjointe de la Cour EDH, du Conseil constitutionnel, du législateur et de la Cour de cassation

² En 1989, le Conseil constitutionnel affirme que « le principe du respect des droits de la défense constitue un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République [et] qu'il implique, notamment en matière pénale, l'existence d'une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties » (Cons. const., 28 juillet 1989, n° 89-260 DC, considérant n° 44 ; *JORF* du 1^{er} août 1989). Quatre ans plus tard, les sages parleront de « droit fondamental à caractère constitutionnel » (Cons. const., 13 août 1993, n° 93-325 DC, considérant n° 84 ; *JORF* du 18 août 1993). Sur les différentes dénominations employées par le Conseil constitutionnel, v. Y. CAPDEPON, *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, *op. cit.*, n° 97 et s.

³ Cass. civ., 7 mai 1828, bull. n° 47

⁴ H. MOTULSKY, « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », dans *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Dalloz & Sirey, 1960, Tome II, p. 175, réédité dans H. MOTULSKY, *Écrits, études et notes de procédure civile*, Dalloz, 1973, rééd. 2010, p. 60. V. déjà J. ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*, 4^e éd., Plon, 1875, Tome II, n° 2288. Pour une approche italienne, v. E. AMODIO, « Giusto processo, *procès équitable e fair trial* : la riscoperta del giusnaturalismo processuale in Europa », *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2003, p. 93.

⁵ Y. CAPDEPON, *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, *op. cit.*, n° 50 et s. ; S. GUINCHARD *et al.*, *Droit processuel*, *op. cit.*, n° 639. Pour un bilan, v. S. AMRANI-MEKKI, « Qu'est devenue la pensée d'Henri Motulsky ? Les droits de la défense », *Procédures* 2012, dossier 6.

⁶ H. MOTULSKY, « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », *op. cit.*, Tome II, p. 175, réédité dans H. MOTULSKY, *Écrits, études et notes de procédure civile*, *op. cit.*, p. 60, spéc. n° 9.

⁷ Y. CAPDEPON, *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, *op. cit.*, n° 53.

⁸ M.-L. RASSAT, *Procédure pénale*, *op. cit.*, n° 2 ; S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, *op. cit.*, n° 2.

individuelles¹, ce qui passe par l'attribution de droits aux personnes privées pour « compenser [leur] situation d'infériorité »². Nous rejoignons ici Cédric Ribeyre lorsqu'il affirme « qu'en réalité les droits de la défense constituent un moyen de tenir en échec l'exercice de l'action publique »³.

27. L'utilisation de l'égalité des armes dans le rééquilibrage. L'esprit d'égalité des armes est largement invoqué comme remède au déséquilibre de la phase préparatoire : pour contrebalancer les prérogatives toujours plus fortes et précoces des organes institutionnels, on entend donner des droits à la personne mise en cause. Cette dernière aura par exemple accès au dossier dès la phase d'enquête si, un an après une mesure de garde à vue, le procureur ne s'est pas décidé sur la mise en mouvement ou non de l'action publique (art. 77-2). La récente loi de programmation et de réforme pour la Justice prévoit un mécanisme similaire en cas de perquisition ou de visite domiciliaire : six mois après l'acte, si rien n'a été décidé quant à la mise en mouvement de l'action publique, la personne pourra demander l'annulation de la mesure au juge des libertés et de la détention⁴. Ce rééquilibrage par l'égalité des armes se retrouve tant chez le législateur qu'en doctrine.

Le législateur en est sans doute le premier promoteur. Ainsi, les travaux préparatoires de l'article 77-2 du Code de procédure pénale indiquent que la solution d'un accès au dossier un an après la garde à vue a été choisie comparée à d'autres qui « aboutissaient à un déséquilibre manifeste »⁵ de la procédure. Le Conseil d'État, dans son avis sur le projet de loi, note que cette phase contradictoire est instaurée « en contrepoint de l'extension des pouvoirs d'investigation à la disposition du parquet »⁶. L'examen du

¹ V. déjà F. HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle*, op. cit., Tome I, n° 1.

² M.-L. RASSAT, *Procédure pénale*, op. cit., n° 10.

³ C. RIBEYRE, « Défense des droits de la défense avant jugement », dans V. MALABAT, B. DE LAMY et M. GIACOPELLI (dir.), *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale. Opinio doctorum*, Dalloz, 2009, p. 231, spéc. p. 233.

⁴ Code de procédure pénale français, art. 802-2 créé par la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice. Cette disposition a fait l'objet d'une réserve d'interprétation de la part du Conseil constitutionnel : le juge des libertés et de la détention statuant sur la régularité de la mesure ne doit pas être celui ayant autorisé la perquisition (Cons. const., 21 mars 2019, n° 2019-778 DC considérant 198 ; *JORF* du 24 mars 2019).

⁵ *Étude d'impact 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*, Assemblée nationale, 2 février 2016, NOR : USD1532276L/Bleue-1, p. 100. Les autres solutions envisagées étaient : rendre le contradictoire systématique dans toutes les enquêtes ; ne prévoir une phase contradictoire que sur décision du parquet ; rendre le contradictoire systématique dans les dossiers de plus d'un an même sans demande de la personne ; placer la procédure contradictoire sous le contrôle du juge des libertés et de la détention.

⁶ Conseil d'État, 28 janvier 2016, *Avis sur un projet de loi renforçant la lutte contre le crime organisé et son financement, l'efficacité et les garanties de la procédure pénale*, NOR : JUSD1532276L, n° 13.

projet de loi par la commission des lois de l'Assemblée nationale fait apparaître le même souci de rééquilibre par les droits¹. Devant la représentation nationale, le garde des Sceaux de l'époque fait encore état de sa volonté de rééquilibrer par cette phase de contradictoire l'« accroissement progressif des enquêtes dirigées par le procureur »². Le nom et l'enchaînement même des lois sont révélateurs : ainsi la loi du 3 juin 2016 *renforçant la lutte contre le crime organisé* (par la diffusion de la contrainte), le terrorisme et leur financement, et *améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale* (par l'attribution de droits)³, ou encore les deux lois de 1993 – on estimera en août avoir trop donné de droits en janvier⁴. Les motifs de la loi de programmation et de réforme pour la justice de 2019 sont encore plus clairs : « *en contrepartie de l'extension des possibilités de perquisition*, l'article insère enfin dans le code de procédure pénale un article 802-2 permettant aux personnes chez qui une perquisition a été réalisée et qui n'ont pas fait l'objet de poursuites dans les six mois suivant l'accomplissement de cet acte, d'en contester la régularité »⁵.

En doctrine aussi, le rééquilibrage par l'égalité des armes est un grand classique⁶. C'est une telle habitude que même les « opposants » au mouvement d'égalité des armes vont s'inquiéter de ce que les droits accordés au mis en cause n'en viennent à mettre en danger l'objectif de répression⁷. À cela s'ajoutent les différents rapports, de celui de la

¹ C. CAPDEVIELLE et P. POPELIN, *Rapport n° 3515 fait au nom de la commission des lois 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*, Assemblée nationale, 2016, p. 287 et s., spéc. p. 289.

² Intervention de Jean-Jacques Urvoas devant l'Assemblée nationale lors de la séance du 1^{er} mars 2016.

³ V. aussi la fameuse loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale.

⁴ F. LE GUNHEC, « La loi du 24 août 1993 : un rééquilibrage de la procédure pénale », *JCP G* 1993, I, 3720.

⁵ Projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la Justice, exposé des motifs.

⁶ Si bien qu'on ne peut citer ici tous les auteurs : v., parlant globalement du « rééquilibrage entre les droits des protagonistes au procès pénal » L. SCHENIQUE, *La réforme de la phase préparatoire du procès pénal*, *op. cit.*, spéc. n° 226 et s. ainsi que 570 et s. ; A. DECOCQ, « Dialogue des morts sur la réforme de la procédure pénale », dans *Justice et droit du procès. Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Dalloz, 2010, p. 939, spéc. p. 949 ; B. BOULOC, « Pour une extension des droits de la défense », *AJ Pénal* 2015, p. 6 ; C. RIBEYRE, « Défense des droits de la défense avant jugement », *op. cit.*, p. 231, spéc. p. 236 ; G. CANIVET, « 1958-2005 : que reste-t-il du Code de procédure pénale ? Propos introductifs » *op. cit.*, p. 5, spéc. p. 9 ; J.-L. NADAL, « 1958-2005 : que reste-t-il du Code de procédure pénale ? Propos introductifs », *op. cit.*, p. 11, spéc. p. 15 ; R. CHAZAL DE MAURIAC, « Quelle réforme pour la justice pénale ? », *Gaz. Pal.* 30 mars 2006, p. 2 ; C. BONNARD, « Les affaires à dimension exceptionnelle », dans S. GUINCHARD et J. BUISSON (dir.), *Les transformations de la justice pénale*, Dalloz, 2014, p. 191, spéc. p. 192 ; M. NORD-WAGNER, « Le Code de procédure pénale ou la réforme permanente », dans *De code en code. Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr*, Dalloz, 2009, p. 593, spéc. p. 600 ; H. LECLERC, « Rappel historique de l'évolution de la procédure », *Gaz. Pal.* 20 août 2009, p. 5.

⁷ V. en particulier les arguments de J. PRADEL, « L'enquête pénale aujourd'hui : vers une stabilisation dans l'équilibre ? », *D.* 2014, p. 1647 ; J. PRADEL, « La mise en état des affaires pénales. Propos sceptiques sur le rapport de la Commission justice pénale et droits de l'homme », *D.* 1990, p. 301.

Commission Delmas-Marty, considérant le renforcement des droits des parties comme nécessaire face aux nouveaux pouvoirs du parquet dans le système proposé¹, au dernier rapport de janvier 2018 indiquant peu ou prou la même chose², en passant par les rapports Léger ou encore Beaume³. Cet esprit d'égalité des armes, omniprésent, entraîne pourtant une confusion entre les droits et les pouvoirs et explique sans doute les difficultés éprouvées à rééquilibrer la phase préparatoire.

B. La confusion des droits et des pouvoirs

28. L'équilibre impossible. L'idée est simple : parce que les acteurs institutionnels ont bénéficié du phénomène de diffusion de la contrainte, source du déséquilibre, l'on cherche à rééquilibrer le tout par des droits donnés aux individus mis en cause. Or, chercher à rééquilibrer les prérogatives des premiers par les droits des seconds implique que les deux objets soient semblables, ou à tout le moins présentés comme tels. En d'autres termes, le droit du mis en cause de demander au ministère public l'accès au dossier de la procédure un an ou six mois⁴ après avoir fait l'objet d'une garde à vue ayant duré jusqu'à quarante-huit heures voire six jours *compense et est donc de même nature* que la prérogative du parquet de décider, par exemple, une mesure de géolocalisation sur l'ensemble du territoire ou, en cas d'urgence, le recours à l'*IMSI catcher*⁵. Bien sûr, l'accès au dossier n'est pas le seul droit accordé (avocat, contradictoire, etc.). Mais lorsque l'on met face à face les prérogatives qu'ont gagnées les différents acteurs institutionnels grâce à la diffusion de la contrainte et les droits accordés aux personnes, on ne peut que constater une différence

¹ M. DELMAS-MARTY (prés.), « Rapport final sur la mise en état des affaires pénales », *op. cit.*, p. 105, spéc. p. 140.

² J. BEAUME et F. NATALI (référénts), *Chantiers de la justice – Amélioration et simplification de la procédure pénale*, *op. cit.*, p. 16.

³ P. LÉGER (prés.), *Rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale*, 2009, p. 11 ; J.-L. NADAL (prés.), *Refonder le ministère public : rapport de la Commission de modernisation de l'action publique*, 2013, p. 82 ; J. BEAUME, *Rapport sur la procédure pénale*, 2014, p. 42.

⁴ Suivant que s'appliquent le régime d'enquête de droit commun ou les procédures dérogatoires en matière de criminalité organisée : Code de procédure pénale français, arts. 77-2 et 706-90.

⁵ L'*IMSI Catcher* consiste en une fausse antenne relai interceptant toutes les données de communication émises dans son secteur. Ce mécanisme ne doit pas être confondu avec le boîtier IMEI (*International Mobile Equipment Identity*), qui est « le numéro permettant d'identifier de manière unique un appareil mobile » : v. F. FOURMENT, « Boîtier IMEI versus IMSI catcher », *Gaz. Pal.* 23 janvier 2018, p. 63.

importante. L'égalité des armes conduit à amalgamer les *pouvoirs* et les *droits*, ce qui n'est pas sans conséquence : assimilant les personnes, l'on confond les armes.

28-1. L'assimilation des personnes. Chercher à rééquilibrer les prérogatives des autorités par les droits accordés aux personnes privées *implique que les différents titulaires soient sur le même plan, soient égaux entre eux*. Mais ne fait-on pas plutôt face à une différence irréductible ? Le représentant du ministère public, en tant qu'organe de l'autorité judiciaire, ne pourra jamais être l'égal d'une personne privée mise en cause. D'un côté, « l'autorité chargée de veiller, au nom de la société et dans l'intérêt général, à l'application de la loi lorsqu'elle est pénalement sanctionnée »¹ ; de l'autre, une personne physique humaine.

Le point de départ de toute procédure est la commission supposée d'une infraction soit, dans la conception classique, une atteinte portée par une personne, en violation d'une incrimination légale, aux valeurs exprimées par la loi et donc au contrat social. Il y a ainsi un choc entre un individu et le contrat social, socle de notre communauté organisée sous la forme d'un État. Le ring pénal accueille donc deux boxeurs ne jouant pas dans la même catégorie : un homme et l'État. Entre eux, une différence naturelle, logique et évidente, tout simplement parce que les parties privées ne sont pas dépositaires de la souveraineté, tout simplement parce que les parties privées n'ont pas pour source le *Pouvoir*. Qu'on le veuille ou non, les différents acteurs institutionnels intervenant en procédure pénale – la police, le ministère public, le juge – sont des organes rattachés à l'appareil d'État, au Pouvoir. C'est par eux qu'est exercé le monopole de la contrainte légitime². La personne privée n'est ainsi *pas sur le même plan* que les acteurs institutionnels bénéficiant de la diffusion de la contrainte.

¹ Recommandation Rec (2000) 19 sur le rôle du ministère public dans le système de justice pénale adoptée par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe le 6 octobre 2000, art. 1^{er}. V. aussi, affirmant que « la justice répressive [...] oppose d'abord et avant tout la société à l'auteur d'un acte antisocial incriminé » : P. BEAUVAIS, « Rapport conclusif », dans C. RIBEYRE (dir.), *La victime de l'infraction pénale*, Dalloz, 2016, p. 259.

² Même si l'on avance que dans certains systèmes, notamment anglo-saxons, les juges ou les représentants du ministère public sont élus, ce sont des hommes qui sont élus et non l'organe. Surtout, l'élection donne un mandat à l'élu au nom de la communauté qui, même s'il est plus facilement révoquant que le mandat donné dans la fiction du contrat social, ne place pas moins le juge ou le ministère public élu *sur un autre plan* que l'individu mis en cause dans une procédure pénale.

Cela est bien évidemment perçu par la doctrine, qui a pu parler de situation d'infériorité¹. L'égalité, en droit, « ne consiste pas à traiter toutes choses également, mais à traiter également toutes choses égales »². Pourquoi, alors, traiter la situation de la personne mise en cause d'une manière similaire à celle des autorités ? Selon le Conseil constitutionnel, si l'égalité « ne s'oppose pas à ce que le législateur règle de façons différentes des situations différentes »³, ce dernier n'est en rien obligé de traiter différemment des situations différentes. Mais en voulant compenser les prérogatives d'autorités du pouvoir étatique par la reconnaissance de droits aux personnes privées, on en arrive à assimiler personnes privées et organes étatiques alors qu'ils ne se situent pas sur le même plan, avec pour résultat que « les *droits* de la personne poursuivie sont aujourd'hui calqués sur *ceux* du représentant de l'accusation »⁴. Si l'on souscrit au constat, l'on ne peut que remarquer que l'auteur perpétue inconsciemment le mouvement qu'il critique en confondant les droits des personnes poursuivies et les *pouvoirs* des autorités.

29. La confusion des armes. À la différence des personnes correspond une différence des armes. L'État et l'homme, le Pouvoir et les parties privées ne se battent ni de la même manière, ni avec les mêmes armes. Si l'on peut aisément parler, en procédure pénale, de droits pour les personnes privées, c'est qu'il s'agit de droits subjectifs (droit à l'assistance d'un avocat, droit au silence, etc.). Ceux-ci, longtemps source de désaccords dans la doctrine civile⁵, sont communément définis comme « les prérogatives – on dit aussi les intérêts – que le droit objectif consacre et sauvegarde au profit des sujets de droit »⁶ ; ou encore comme « une prérogative individuelle reconnue et sanctionnée par le Droit objectif

¹ M.-L. RASSAT, *Procédure pénale, op. cit.*, n° 10. V. aussi, soulignant la différence des intérêts défendus, J. PRADEL, « Notre procédure pénale défend-elle l'intérêt général ? », *Rev. pénit.* 2005, p. 503.

² D. DECHENAUD, *L'égalité en matière pénale, op. cit.*, n° 14. L'auteur parle d'égalité par la différenciation, juridique, qu'il oppose à l'égalité par l'assimilation, mathématique (n° 1 et s.).

³ Selon la formule désormais classique du Conseil constitutionnel. V. par exemple Cons. const., 31 juillet 2015, n° 2015-477 QPC, considérant n° 3 ; *JORF* du 2 août 2015.

⁴ D. DECHENAUD, *L'égalité en matière pénale*, LGDJ, 2008, n° 645 (nous soulignons).

⁵ Pour des présentations détaillées, v. J. GHESTAIN, H. BARBIER et J.-S. BERGÉ, *Traité de droit civil. Introduction générale*, 5^e éd., LGDJ, 2018, n° 257 et s. ; J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, 2^e éd., PUF, 2013, p. 145 et s. ; J. CARBONNIER, *Droit civil. Introduction*, 27^e éd., PUF, 2002, n° 161 et s. Pour une présentation plus synthétique, v. P. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction au droit*, 7^e, LGDJ, 2018, n° 50 et s. Pour une approche philosophique, v. S. COTTA, « À la recherche du droit subjectif », *Arch. phil. dr.* 1990, p. 81. Pour une approche critique renouvelée, insistant sur « le caractère dynamique du droit subjectif » et le définissant comme « un ensemble de prérogatives à la disposition de son titulaire pour le mettre en œuvre », v. F. LUXEMBOURG, *La déchéance des droits. Contribution à l'étude des sanctions civiles*, éd. Panthéon-Assas, 2007, n° 280 et s.

⁶ F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, 10^e, Dalloz, 2015, n° 202.

qui permet à son titulaire de faire, d'exiger ou d'interdire quelque chose dans son propre intérêt ou, parfois, dans l'intérêt d'autrui»¹. Cela correspond exactement aux droits reconnus aux personnes privées en procédure pénale : elles vont pouvoir faire (s'entretenir avec leur avocat), exiger (des actes) ou interdire (en demandant la nullité d'actes) dans leur intérêt ou, pour l'avocat, pour l'intérêt de son client. La doctrine pénale, lorsqu'elle s'intéresse à la question², semble se rattacher à cette conception subjective des droits des personnes privées en procédure pénale³.

François Saint-Pierre s'oppose toutefois vigoureusement à une telle qualification. Inscrivant résolument le procès pénal dans le cadre du droit public, il affirme que « concevoir les droits de la défense comme relevant d'un droit public, de la chose publique, situe la défense au rang du ministère public, du juge d'instruction, de l'institution judiciaire. Les voir comme des droits subjectifs, c'est les traiter comme une affaire privée »⁴. Si cette thèse ne peut être soutenue puisque les prérogatives du ministère public, du juge et des autres acteurs institutionnels ont leur source dans l'exercice par l'État du pouvoir qui lui est reconnu au sens politique et constitutionnel du terme, on doit à cet auteur les lignes les plus parlantes sur la différence entre acteurs institutionnels et personnes privées :

« Exerçant l'action publique, le procureur de la République requiert l'application de la loi, pour le bien de la justice. Le prévenu, l'accusé doivent ainsi répondre d'une accusation publique, leur reprochant la commission d'un crime ou un délit. Les peines encourues atteignent la liberté des gens, l'exercice de leurs droits civils et politiques, mais aussi professionnels, et leur patrimoine. Aux juges d'en décider dans leurs jugements, leurs verdicts. Le droit de punir de l'État est là en œuvre. Le procès pénal est bien le procès public par nature. Aussi, les *pouvoirs* du ministère public, ceux du juge d'instruction, de même que ceux des services de police et de gendarmerie sont-ils des attributs de ces fonctions publiques. Il ne fait de doute pour personne qu'ils ne constituent pas des droits privés, subjectifs, attachés aux personnes exerçant ces fonctions. »⁵

¹ *Vocabulaire Juridique*, 10^e éd., PUF, 2014, s. v. « Droit », sens n° 4.

² Ce qui, constate un auteur, est loin d'être fréquent : Y. CAPDEPON, *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, Dalloz, 2013, n° 5.

³ D. LUCIANI-MIEN, *L'effectivité des droits de la défense en procédure pénale*, Thèse Paris 2, 2006, n° 13.

⁴ F. SAINT-PIERRE, « La nature juridique des droits de la défense dans le procès pénal », *D.* 2007, p. 260.

⁵ *Ibid.*

30. Droits & pouvoirs. L'égalité des armes apparaît maintenant, en ce qui concerne le rééquilibrage de la procédure, comme un véritable trompe-l'œil¹. Parce que l'on se propose de compenser l'augmentation des *pouvoirs* des acteurs institutionnels (juge, parquet, police) par des *droits* reconnus aux personnes privées², l'on confond les personnes et les armes pour bâtir l'illusion d'un équilibre³. Or les droits doivent avoir pour but de participer à la mission de Justice, non de compenser les atteintes aux libertés⁴. Même lorsque l'on parle de « *pouvoirs* [...] au sens large, englobant pouvoirs *stricto sensu*, ceux qui sont confiés aux agents institutionnels de l'État, et ceux qui sont accordés à des personnes privées, notamment à la victime et à l'accusé, au titre de droits de la défense »⁵, on perpétue l'illusion d'une égalité possible entre deux items de nature différente : les pouvoirs et les droits⁶.

Le lecteur pourra être surpris de l'absence de mention, jusqu'ici, de la victime, « enfant chéri du législateur »⁷. David Dechenaud a très bien montré que si la victime n'est pas partie à l'action publique et ne peut donc bénéficier du souffle de l'égalité des armes, elle est partie à l'action civile et doit être dans un rapport d'égalité avec l'auteur de l'infraction. Ce faisant, elle happe, en quelque sorte, les prérogatives du parquet⁸. Le

¹ Elle est, en ce sens, bien un « principe faux » : J. PRADEL, « Notre procédure pénale défend-elle l'intérêt général ? », *op. cit.*, p. 503.

² Quant on ne parle pas indifféremment de pouvoirs pour les uns et pour les autres : v. G. DI MARINO, « La redistribution des rôles dans la phase préparatoire du procès pénal », *op. cit.*, p. 317.

³ V., parlant de l'« illusoire égalité des armes entre l'accusation et la défense » : D. DECHENAUD, *L'égalité en matière pénale*, *op. cit.*, p. 413 et s.

⁴ A. COCHE, « Le comité de réflexion sur la justice pénale ou les droits perdus du justiciable ? », *D.* 2009, p. 2765.

⁵ M. DELMAS-MARTY (dir.), *Procédures pénales d'Europe*, *op. cit.*, p. 45.

⁶ V., distinguant dans son étude des différents parquets d'Europe « l'équilibre des pouvoirs entre le ministère public et les autres organes institutionnels du procès » et « l'équilibre entre les *pouvoirs* du ministère public et les *droits* des personnes privées » : A. PERRODET, *Étude pour un ministère public européen*, LGDJ, 2001, n° 52.

⁷ J. PRADEL, « Faut-il un juge pour les victimes ? », dans H. JUNG, J. LEBLOIS-HAPPE et C. WITZ (dir.), *200 Jahre Code d'instruction criminelle – Le bicentenaire du Code d'instruction criminelle*, Nomos, 2010, p. 190. Le rôle de la victime est, en droit français, significatif. Elle peut en effet mettre en mouvement l'action publique et forcer le ministère public à l'exercer (Code de procédure pénale français, arts. 2 et 405 ; Cass. crim., 8 décembre 1906, *Placet* ; *D.* 1907 I. 207, note F.T et rapp. LAURENT-ATTHALIN ; *S.* 1907. I. 377, note DEMOGUE ; *Grands arrêts de la procédure pénale*, n° 7, obs. PRADEL). Cette place de la victime est un particularisme français par rapport aux situations allemande et italienne : v. la présentation des procédures comparées, v. Annexe n° 1, p. 731.

⁸ D. DECHENAUD, *L'égalité en matière pénale*, *op. cit.*, n° 697 et s. Pour une analyse de ce mouvement comme affaiblissant les droits de la défense, v. C. BONNARD, « Les affaires à dimension exceptionnelle », dans S. GUINCHARD et J. BUISSON (dir.), *Les transformations de la justice pénale*, Dalloz, 2014, p. 191, spéc. p. 192. V. aussi, parlant de « triangulation » du procès pénal, C. LAZERGES, « Introduction », dans C. LAZERGES (dir.), *La victime sur la scène pénale en Europe*, PUF, 2008, p. 17. On a plus généralement pu noter « l'omniprésence envahissante » de la victime : J.-B. THIERRY, « L'omniprésence envahissante de la victime en matière pénale », dans V. MALABAT, B. DE LAMY et M. GIACOPELLI (dir.), *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale : opinio doctorum*, Dalloz, 2009, p. 239.

problème est, somme toute, le même : l'on donne des *droits* aux parties privées pensant qu'ils vont rééquilibrer *les pouvoirs* toujours plus importants des autorités – on analyse ainsi la possibilité de déclencher l'action publique comme un contrepoids à l'opportunité dont dispose le parquet¹ – alors même que cela est impossible sans s'interroger sur la répartition même de ces pouvoirs. Un recentrage paraît nécessaire.

31. Recentrer la réflexion sur les pouvoirs. La reconnaissance de droits aux personnes privées pour compenser les pouvoirs des autorités n'est pas la seule piste avancée par le législateur ou la doctrine. Il serait en ce sens faux de vouloir être les premiers à dire que « le roi est nu ». Ainsi les différents rapports proposent, outre l'augmentation des droits, des modifications tenant aux rapports de pouvoir entre les organes institutionnels : réforme du parquet, renforcement de la direction de la police judiciaire, augmentation des pouvoirs du juge, etc. De même, la doctrine est consciente de la différence entre l'action de l'État et l'individu en procédure pénale. On a ainsi pu écrire que « les deux adversaires ne sont pas sur le même pied : l'un se présente armé des *pouvoirs* que lui fournit la puissance étatique, l'autre est un simple particulier réduit à ses seules forces »², ou encore que « le procureur de la République n'est pas “Monsieur-tout-le-monde” »³. La Cour de cassation a aussi eu l'occasion d'affirmer que « le procureur de la République [...] tient de la loi des prérogatives distinctes de celles des autres parties »⁴. Toutefois, la vision englobante, qui recherche un équilibre général dans la procédure pénale, semble avoir échoué puisque le déséquilibre persiste. Face à l'impasse de l'égalité des armes comme outil de rééquilibrage, notre thèse est qu'il est nécessaire de **concentrer la réflexion sur les seuls et déjà complexes rapports de pouvoir lors de la phase préparatoire de premier degré entre le juge, le ministère public et la police. Il s'agit d'un préalable indispensable à la recherche d'un nouvel équilibre général de la procédure.** Ceci pour deux raisons.

¹ V. par exemple J. VOLFF, « La privatisation rampante de l'action publique », *JCP G* 2004, I, 146 ; P. BONFILS, « Il faut sauver la jurisprudence Laurent Atthalin », *D.* 2010, p. 1153 ; X. PIN, « Le centenaire de l'arrêt Laurent Atthalin », *D.* 2007, p. 1025.

² R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel. Procédure pénale*, *op. cit.*, Tome II, n° 142. Cette distinction se ressent aussi dans la contribution de Gaëtan di Marino qui, alors qu'il étudie la redistribution des rôles dans la phase préparatoire, raisonne en terme de pouvoirs pour le juge et le parquet et de « pouvoirs » entre guillemets pour l'avocat : v. G. DI MARINO, « La redistribution des rôles dans la phase préparatoire du procès pénal », *op. cit.*, p. 317. V. aussi, évoquant dans les relations d'investigations un « état de sujétion » entre la personne privée et les autorités : X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, LGDJ, 2002, n° 405.

³ F. FOURMENT, « Le procureur de la République n'est pas “Monsieur-tout-le-monde” ! », *Gaz. Pal.* 5 février 2019, p. 65.

⁴ Cass. crim., 9 octobre 2018, n° 18-83.788, *Gaz. Pal.* 5 février 2019, p. 65 note FOURMENT.

La machinerie d'une organisation étatique *préexiste* à l'infraction. Il n'y a pas de droits des parties privées avant l'infraction, sauf à croire encore au criminel-né. L'État, fondé sur le contrat social, est titulaire, au nom des signataires¹, du droit de punir les atteintes à ce contrat. Il doit donc organiser sa réaction à l'avance.

Ensuite, et ce n'en est que la conséquence, la concentration sur les rapports de pouvoir est rendue nécessaire parce que l'État, dans le cas de la procédure pénale, prend l'initiative. C'est lui qui attaque le premier, qui déploie sa puissance ultime – le droit de punir – contre un citoyen. En ce sens, la situation est fondamentalement différente de la procédure administrative ou, par hypothèse, l'État n'est que défendeur². Dans une telle situation, on peut imaginer une égalité des armes en ce sens que, l'État étant passif lors de l'attaque (le recours de l'administré), on peut limiter le choix des armes lors de sa riposte (la défense devant le tribunal administratif). La situation est inversée en procédure pénale. Puisque les Anglais tirent les premiers, à quoi sert de vouloir s'armer de fusils identiques dont, au surplus, on ne sait pas se servir³ ? Il est impératif de rééquilibrer les pouvoirs à l'intérieur de l'institution judiciaire.

32. Problématique. La réflexion sur les rapports de pouvoir entre les acteurs institutionnels de la phase préparatoire nous paraît être le préalable indispensable à toute réflexion d'ensemble. Dès lors, nous pouvons formuler la problématique de nos travaux : *Comment organiser de manière équilibrée les relations de pouvoir entre les acteurs institutionnels de la phase préparatoire de premier degré du procès pénal ?*

33. Clarification. À ce stade, il faut impérativement clarifier notre propos : pensons-nous les droits des personnes privées inutiles en procédure pénale ? Bien sûr que non⁴. Seulement, nous pensons qu'avant de s'intéresser aux droits qui doivent être reconnus aux personnes privées, il faut réfléchir à l'organisation interne de l'État. Le mis en cause,

¹ Toute décision de justice est rendue au nom du peuple français.

² R. ROUQUETTE, *Petit traité du procès administratif*, 8^e éd., Dalloz, 2018, n° 221 102 et 221 121 ; Y. LAIDIÉ, « Égalité et procédure administrative contentieuse », dans C. COURVOISIER et P. CHARLOT (dir.), *Actualité politique et juridique de l'égalité*, EUD, 2003, p. 213, spéc. p. 214.

³ Aucun mis en cause n'aura jamais le pouvoir de perquisitionner chez le procureur, quand bien même celui-ci serait corrompu.

⁴ *Contra v.*, se demandant – d'une manière assez ahurissante – « pourquoi les voleurs récidivistes et les drogués englobés aujourd'hui sous l'appellation affectueuse de “marginiaux” bénéficieraient-ils d'une présomption d'innocence alors que leur mode de vie crie jusqu'au ciel qu'ils vivent en parasites des honnêtes gens ? », P. DECHEIX, « Droits de la défense et défense des droits », *LPA* 3 avril 1995, p. 9.

en cours de procédure, ressent sur lui l'exercice d'un pouvoir. Plus ce pouvoir est moindre, plus le mis en cause pourra participer de manière sereine à la procédure. Ce pouvoir ressenti comme unique par le mis en cause correspond au pouvoir que l'État exerce au travers de ses autorités participant à la chaîne pénale. Ce sont les pouvoirs composant ce Pouvoir qu'il faut équilibrer. Rapetisser Goliath avant de donner la fronde à David, en somme.

Au sein de ces réformes à la criée qui semblent caractériser la procédure pénale contemporaine, les projets avancent régulièrement l'argument comparatiste mais la cadence parlementaire voulue par le « délire normatif »¹ actuel ne permet pas des études très détaillées². Une comparaison raisonnée et apaisée est alors nécessaire. Mais c'est déjà interroger l'éclairage proposé.

Section 3

L'éclairage : la comparaison des droits

34. Réflexions françaises à la lumière des droits allemand et italien. Arrivé à ce stade, il suffirait d'écrire succinctement en quoi l'Allemagne et l'Italie représentent des éclairages intéressants. L'on tiendrait alors, à peu près, ce langage : Outre-Rhin, la procédure pénale a connu une réforme profonde en 1975, supprimant le juge d'instruction et confiant les pouvoirs d'investigation au parquet, statutairement dépendant. Celui-ci, aidé par la police, doit demander certains actes à un juge de l'enquête. En Italie, la phase préparatoire a été complètement modifiée en 1989, avec ici encore la disparition du juge d'instruction. Les investigations sont aujourd'hui menées par un ministère public totalement indépendant aidé d'une police judiciaire mise directement à disposition de l'autorité judiciaire. Certains actes particulièrement graves doivent cependant faire l'objet d'une autorisation d'un juge pour les enquêtes préliminaires. L'on conclurait alors

¹ A. LAMBERT et J.-C. BOULARD, *Rapport de la mission de lutte contre l'inflation normative*, La documentation française, 2013, p. 4.

² Les rapports du Sénat, pour extrêmement intéressants qu'ils soient, condensent souvent plus d'une demi-douzaine de systèmes en une cinquantaine de pages v. *L'instruction des affaires pénales*, Les documents de travail du Sénat, série Législation comparée, n° LC 195, 2009 ; *Le rôle de la police judiciaire dans l'instruction des affaires pénales*, Les documents de travail du Sénat, série Législation comparée, n° LC 198, 2009. Sur l'absence d'analyse comparée globale dans le processus législatif, v. C. VIGOUR, « Faire varier les échelles dans la comparaison », dans P. LEGRAND (dir.), *Comparer les droits, résolument*, PUF, 2009, p. 279 ; C. HAGUENAU-MOIZARD, *Introduction au droit comparé*, Dalloz, 2018, p. 5.

l'introduction en notant les principaux points cruciaux mis en exergue par la comparaison : statut du ministère public, présence ou absence d'un juge d'instruction, lien entre la police et l'autorité judiciaire, etc. Mais se lancer dans la restitution d'une recherche ayant fait appel à l'éclairage comparatif sans préciser la ou les méthodes utilisées (§ 2) ni, au préalable, ce que représente la comparaison des droits pour notre thèse (§ 1) saperait *ab initio* toute possibilité d'emporter la conviction.

§ 1. La notion de comparaison des droits

35. La comparaison, activité de base de l'esprit¹, est sans doute « le plus vieux métier du monde (juridique) »², si bien qu'on saisit instinctivement ce que peut être le droit comparé. Toutefois, la définition de la comparaison (A) permet de mieux prendre conscience de ses risques (B).

A. La définition de la comparaison des droits

36. **Du droit comparé à la comparaison.** Le droit comparé est classiquement défini comme la discipline opérant comparaison des droits³. Demeure alors la question de *ce qu'est la comparaison*, de ce qu'elle implique intellectuellement. Pour les philosophes, elle est « l'opération par laquelle on réunit deux ou plusieurs objets dans un même acte de pensée pour en dégager les ressemblances ou les différences »⁴. Quatre enseignements

¹ M.-L. MATHIEU-IZORCHE, « Approches épistémologiques de la comparaison des droits », dans P. LEGRAND (dir.), *Comparer les droits, résolument*, PUF, 2009, p. 123, spéc. p. 127.

² S. GOLTZBERG, *Le droit comparé*, PUF, 2018, p. 35. Pour un historique de la comparaison des droits comme discipline, v. M. ANCEL, *Utilité et méthodes du droit comparé*, Ides et Calendes, 1971, p. 12 et s. ; J.-L. THIREAU, « L'avènement de la comparaison des droits en France », dans P. LEGRAND (dir.), *Comparer les droits, résolument*, PUF, 2009, p. 597. En matière pénale, v. les ouvrages fondamentaux de J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, 4^e éd., Dalloz, 2016 et F. PALAZZO et M. PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, 3^e éd., Giappichelli, 2013. V. encore l'ouvrage clé de R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI et M. GORÉ, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 12^e éd., Dalloz, 2016, n° 2 et s. Sur René David, v. les contributions de Catherine Labrusse-Riou (« La personnalité de René David »), de Camille Jauffret-Spinosi (« La pensée de René David »), d'Yves-Marie Laithier (« Regard sur l'œuvre du comparatiste René David ») et de Simon Whittaker (« Le rayonnement de René David ») dans *Hommage à René David*, Dalloz, 2012, respectivement p. 1, 13, 23 et 65.

³ G. CUNIBERTI, *Grands systèmes de droit contemporains*, 3^e éd., LGDJ, 2015, n° 1 ; M. ROTONDI, *Diritto comparato*, CEDAM, 1972, p. 5.

⁴ *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 3^e éd., PUF, 2010, s. v. « Comparaison ».

fondamentaux découlent de cette définition : la comparaison nécessite au moins deux objets à comparer ; elle semble avoir pour effet de dégager les ressemblances et/ou les différences ; cette mesure est rendue possible par la confrontation à l'autre ; elle résulte d'un acte de pensée unique envisageant simultanément les objets comparés.

37. Pluralité. C'est l'évidence même, on ne peut comparer quelque chose qu'à quelque chose d'autre. Se dessine alors le problème, central, de la comparabilité. La doctrine est en effet divisée sur la question¹, certains refusant que l'on puisse comparer des droits tellement éloignés qu'ils n'ont plus rien en commun. Pourtant, comme le note avec intelligence Rodolfo Sacco, dire que deux choses n'ont rien en commun implique... de les avoir comparées² !

Si la comparaison implique une pluralité d'objets à comparer, la comparaison des droits nécessite une pluralité de droits, ce qui implique deux efforts : en amont, la définition du droit ; en aval, la justification des droits choisis. Vaste programme s'il en est, la définition du droit semble particulière à chaque auteur, même si des constantes se dessinent, en tout cas dans la conception occidentale du droit³ : sont ainsi l'objet de la comparaison les lois, les règlements, la jurisprudence, la doctrine, les traités et conventions. Si l'affirmation de Pierre Legrand selon laquelle « il n'est rien qui soit *a priori* hors droit »⁴ est séduisante, nous pensons que l'importance de la question de la définition du droit par le comparatiste est relativisée par l'indispensable pluridisciplinarité de la comparaison⁵. Ce que le comparatiste rejette hors de la définition des droits qu'il s'apprête à comparer, il le retrouvera dans l'acte même de comparaison : données morales, historiques, politiques, religieuses, etc. Quant à la justification des droits choisis, elle dépend essentiellement du

¹ Pour un état des lieux, v. R. LEGEAIS, *Grands systèmes de droit contemporains – Approche comparative*, 3^e éd., LexisNexis, 2016, n° 495 et s.

² R. SACCO et P. ROSSI, *Introduzione al diritto comparato*, 6^e éd., Utet, 2015, p. 18.

³ Sur la question des droits non occidentaux, v. les chapitres des ouvrages suivants : G. CUNIBERTI, *Grands systèmes de droit contemporains*, *op. cit.*, n° 330 et s. ; R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI et M. GORÉ, *Les grands systèmes de droit contemporains*, *op. cit.*, n° 416 et s. ; U. KISCHEL, *Rechtsvergleichung*, C. H. Beck, 2015, p. 679 et s. ; A. GAMBARO, R. SACCO et L. VOGEL, *Le droit de l'occident et d'ailleurs*, LGDJ, 2011, n° 167 et s. Sur l'ethnocentrisme de la comparaison des droits, v. F. TERRÉ, « Sociologie juridique et droit comparé », dans *Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, Dalloz, 2013, p. 1001.

⁴ P. LEGRAND, *Le droit comparé*, 5^e éd., PUF, 2016, p. 34.

⁵ V. *infra* n° 45 et s.

champ disciplinaire et fonctionnel dans lequel s'inscrit la comparaison. En ce qui nous concerne, sa justification a déjà été entreprise¹.

38. Ressemblances & différences. Les droits définis et justifiés, la comparaison permettrait d'en mesurer les différences et ressemblances². Quelle part donner, alors, aux unes et aux autres dans la restitution de la comparaison ? Là encore, deux camps s'affrontent, entre « parallélomanie » et « parallélobie »³. Il s'agit pourtant d'une simple question de surface, la priorité devant être donnée la recherche d'un sens à l'acte comparatif lui-même⁴. Insister sur les différences ou sur les ressemblances, une fois la comparaison faite, n'a pas d'intérêt si l'on ne connaît pas le but de la comparaison elle-même : *pourquoi comparer les droits ?* Là encore, il y a autant de buts que de comparatistes⁵ : meilleure connaissance du droit⁶, amélioration de droit national⁷, information sur les droits étrangers⁸, quête d'un droit universel⁹, curiosité¹⁰, etc.

¹ V. *supra* n° 34.

² R. PARIZOT, « Utilité et méthode du droit pénal comparé », dans *Humanisme et justice. Mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage*, Dalloz, 2016, p. 795, spéc. p. 796.

³ S. GOLTZBERG, *Le droit comparé*, PUF, 2018, p. 8.

⁴ M.-C. PONTHEOREAU, « Le droit comparé en question(s) : entre pragmatisme et outil épistémologique », *RID comp.* 2005, p. 7.

⁵ V., parlant de « multifonctionnalité » de la comparaison des droits : I. GARRIDO-GOMEZ, « Le droit comparé en lien avec les autres sciences juridiques », dans *Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, Dalloz, 2013, p. 417, spéc. p. 422. Pour une présentation des différents buts de la comparaison, v. R. SÉROUSSI, *Introduction au droit comparé*, 3^e éd., Dunod, 2008, p. 2 et surtout A. CADOPPI, « Les six niveaux de la comparaison pénale », dans *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel*, Cujas, 2006, p. 725, repris dans A. CADOPPI, *Tra storia e comparazione : studi di diritto penale comparato*, CEDAM, 2014, p. 95.

⁶ Il s'agit d'une des cinq « *tesi di Trento* », présentées en 1987 par un groupe de comparatistes italiens mené par Rodolfo Sacco et composé à l'origine de Francesco Castro, Paolo Cendon, Aldo Frignani, Antonio Gambaro, Marco Guadagni, Attilio Guarneri et Pier Giuseppe Monateri : v. P. G. MONATERI, « Critique et différence : le droit comparé en Italie », *RID comp.* 1999, p. 989. V., en France, Y.-M. LAITHIER, *Droit comparé*, Dalloz, 2009, n°8. L'idée sous-jacente est que la comparaison se justifie d'elle-même, peu important ses applications : R. SACCO et P. ROSSI, *Introduzione al diritto comparato*, 6^e éd., Utet, 2015, p. 3 et s.

⁷ R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI et M. GORÉ, *Les grands systèmes de droit contemporains*, op. cit., n° 5.

⁸ M. FROMONT, « Réflexions sur l'objet et les méthodes du droit comparé », dans *Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, Dalloz, 2013, p. 377, spéc. p. 378.

⁹ Il s'agit du but donné à la comparaison des droits par Edouard Lambert et Raymond Saleilles lors du Congrès fondateur de Paris en 1900, selon l'analyse classique : v. T. RAMBAUD, *Introduction au droit comparé – Les grandes traditions juridiques dans le monde*, 2^e éd., PUF, 2017, p. 17 et s. Pour une analyse plus nuancée, montrant les différences entre les deux hommes, v. C. JAMIN, « Le vieux rêve de Saleilles et Lambert revisités », *RID comp.* 2000, p. 733. Déjà Joseph Ortolan parlait d'une « loi de similitude entre les nations » européennes : v. X. PIN, « Ortolan, le droit pénal comparé et le droit pénal européen », dans *Humanisme et justice. Mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage*, Dalloz, 2016, p. 809. À la même époque, en Allemagne, Karl Joseph Anton Mittermaier semble, lui, opter pour la comparaison comme méthode d'enrichissement et d'amélioration du droit national : v. H. JUNG, « Karl Joseph Anton Mittermaier et le droit comparé », *L'irascible* 2016, n° 6, p. 147.

¹⁰ R. PARIZOT, « Utilité et méthode du droit pénal comparé », dans *Humanisme et justice. Mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage*, Dalloz, 2016, p. 795, spéc. p. 800.

Mais, nous, pourquoi comparons-nous ? Si la curiosité a son importance, nous nous rapprochons de la fonction subversive du droit comparé, au message simple : « regardons ailleurs, comparons, interrogeons-nous sur les alternatives – pour élargir la perspective traditionnelle, enrichir le discours juridique et lutter contre les habitudes de pensée sclérosantes. Ce n'est qu'au prix de cet enrichissement que l'on peut apprendre à comprendre l'autre, et, à terme, se comprendre soi-même »¹. La comparaison doit permettre de changer d'optique, de remettre en cause ce que l'on présente pour acquis². Il faut, par la comparaison, « déterritorialiser, désabsolutiser, détotaliser, dépositiver, dérégler, démonter le droit français »³. Toutefois, il ne s'agit pas de gripper la machine juste pour le plaisir. Le grain de sable n'a, au fond, aucune importance. Ce qui compte, c'est d'arriver à intégrer le fait qu'il pourrait y avoir un grain de sable comme il pourrait, après tout, n'y avoir même pas de machine. Non pas que ce ne soit effectivement pas le cas, mais que cela *puisse* ou *pourrait* ne pas être le cas. D'où l'inscription de la comparaison dans un courant plus large de relativisation⁴. L'idée n'est pas de critiquer le juge d'instruction français au motif que l'Allemagne et l'Italie l'ont aboli il y a trente ans sans que n'éclate de guerre civile, que ne s'effondre l'appareil judiciaire ou que n'explose le crime. Pas plus n'entendons-nous proposer clé en main une réforme de la phase préparatoire française, entreprise dont l'utopisme peut seul rivaliser avec sa prétention. Ce que nous cherchons, par l'utilisation de la comparaison comme *combustible intellectuel*, c'est à proposer un autre regard sur notre droit d'origine. Celui-ci n'a pas à être meilleur ou pire que le ou les regards existants, il a juste à être autre⁵. Comparer, c'est relativiser par l'étonnement de l'existence de l'autre.

39. Altérité. La troisième caractéristique de la comparaison est l'omniprésence, déroutante et inquiétante, de l'autre, imposant le respect et l'humilité⁶ au comparatiste. La

¹ H. MUIR-WATT, « La fonction subversive du droit comparé », *RID comp.* 2000, p. 503.

² « Rien ne vaut un voyage à l'étranger pour rafraîchir la pensée et renouveler le regard que l'on porte sur ses propres institutions » : J. LEBLOIS-HAPPE, *Quelles réponses à la petite délinquance ? Étude du droit répressif français sous l'éclairage comparé du droit répressif allemand*, *op. cit.*, Tome I, n° 33.

³ P. LEGRAND, « Au lieu de soi », dans P. LEGRAND (dir.), *Comparer les droits, résolument*, PUF, 2009, p. 11, spéc. p. 13.

⁴ M. ANCEL, *Utilité et méthodes du droit comparé*, *op. cit.*, p. 118 ; Y.-M. LAITHIER, « La comparaison juridique », dans *Hommage à Georges Rouhette*, Dalloz, 2013, p. 79, spéc. p. 92.

⁵ V. la préface au traité de J. BARTHELEMY et P. DUEZ, *Traité de droit constitutionnel*, éd. Panthéon Assas, 1933 rééd. 2004, p. VII : « Loin de nous la pensée présomptueuse de prétendre faire mieux que nos prédécesseurs. Il nous suffirait d'avoir fait autrement ».

⁶ R. LEGEAIS, *Grands systèmes de droit contemporains – Approche comparative*, 3^e éd., LexisNexis, 2016, p. XVII. Dans le même sens, appelant à une approche *sans a priori* des droits étrangers, v. C. LABRUSSE-RIOU, « Souvenirs d'étude : travailler aux frontières et au-delà », dans *Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, Dalloz, 2013, p. 737, spéc. p. 739.

comparaison est en ce sens une « expérience »¹ dont nul ne ressort indemne². On le pressent, l'altérité fait l'infinie richesse comme les plus grands dangers de la comparaison.

40. Unicité. Le dernier enseignement de la définition philosophique de la comparaison, l'unicité de l'acte, permet communément de distinguer le droit comparé du droit étranger. Le premier correspond à l'opération intellectuelle d'analyse de droits différents en un seul et même acte³. Le second consiste en la présentation, l'un après l'autre, de droits de souverainetés diverses. Mais la comparaison des droits passe obligatoirement par une connaissance des droits à comparer, donc par du droit étranger, ce qui aura nécessairement une incidence sur la méthodologie⁴.

La comparaison des droits sera donc entendue, dans le cadre de cette étude, comme **l'opération intellectuelle unique de rapprochement d'au minimum deux droits dans le but de rendre possible une relativisation du discours juridique natif**. L'épopée comparative n'est toutefois pas sans dangers.

B. Les dangers de la comparaison des droits

41. Prendre la comparaison au sérieux⁵. Selon Jean Pradel, le comparatiste doit faire attention aux données sociologiques ainsi qu'aux difficultés linguistiques⁶. En réalité, ces deux avertissements ont une source unique, cette altérité dont nous avons dit qu'elle recelait tous les dangers de la comparaison, notamment quant à sa profondeur.

¹ P. LEGRAND, « Au lieu de soi », *op. cit.*, p. 11, spéc. p. 35.

² « Si on ne laisse pas au voyage le droit de nous détruire un peu, autant rester chez soi » : N. BOUVIER, *Journal d'Aran et d'autres lieux*, Payot, rééd. 2001, p. 151.

³ V. déjà, affirmant que « pour juger lesquelles de ces lois sont les plus conformes à la raison, il ne faut pas comparer chacune de ces lois à chacune ; il faut les prendre toutes ensemble, et les comparer toutes ensemble » : MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, GF Flammarion, rééd. 1979, Tome II p. 298.

⁴ M. ANCEL, *Utilité et méthodes du droit comparé*, *op. cit.*, p. 89. En ce sens, sans doute la distinction entre droit comparé et droit étranger est-elle un « faux dilemme » : v. X. BLANC-JOUVAN, « Où va le droit comparé ? », dans *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel*, Cujas, 2006, p. 709, spéc. p. 711.

⁵ M.-C. PONTHEAU, « Le droit comparé en question(s) : entre pragmatisme et outil épistémologique », *op. cit.*, p. 7.

⁶ J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, *op. cit.*, n° 26.

42. Les abysses de la comparaison. La profondeur de la comparaison est un thème récurrent¹ : comparer son droit aux autres droits, c'est en effet faire l'expérience non seulement d'un système juridique, mais aussi d'une civilisation, d'un peuple, d'une histoire. À l'étranger, tout est différent : de la même manière que le Quichotte de Pierre Ménard n'est pas celui de Cervantès², le *pubblico ministero* n'est pas le ministère public parce qu'il n'évolue pas dans le même contexte. Le droit est intégré à une société, à une culture³ que le juriste ne peut prétendre mettre de côté. Cela emporte deux inquiétudes : comment accéder à ce contexte du droit, cette « mentalité »⁴ ? Où s'arrêter ?

L'accès au contexte du droit est permis par l'interrogation perpétuel auquel se condamne le comparatiste : *pourquoi* ? Il convient non seulement de comparer les droits mais aussi les pourquoi du droit, tous les éléments, juridiques ou non, expliquant la mise en œuvre du droit dans un pays, ce que Rodolfo Sacco appelle les formants⁵. La logique du droit se trouve dans une série de pourquoi : les ignorer, c'est passer à côté du droit lui-même. Mais le problème est alors repoussé : une fois la question du pourquoi posée, comment étudier la réponse donnée ? Il faut ici accepter la nécessaire pluridisciplinarité de la comparaison des droits⁶. La tâche paraît difficile : comment expliquer le contexte socio-politique de l'écroulement du système des parties dans l'Italie des années quatre-vingt-dix, sans quoi l'on ne peut pourtant comprendre la place actuelle de la magistrature ni les nombreuses modifications du Code à peine adopté ? Nous ne sommes que juristes, pourtant

¹ Les auteurs emploient souvent des termes géologiques comme « strates » ou « niveaux » : v. M. BUSSANI, « Les fermetures de la comparaison juridique », dans *Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, Dalloz, 2013, p. 215, spéc. p. 218 et s. ; A. CADOPPI, « Les six niveaux de la comparaison pénale », *op. cit.*, p. 725 ; C. VIGOUR, « Faire varier les échelles dans la comparaison », *op. cit.*, p. 279.

² J. L. BORGES, « Pierre Ménard, auteur du Quichotte », dans *Fictions*, Gallimard, 1957 et 1965, rééd. Folio 2014, p. 41.

³ « Le noyau dur d'une culture se compose des idées traditionnelles transmises à travers l'histoire comme des valeurs et activités qui y sont associées » : J. BELL, « De la culture », dans P. LEGRAND (dir.), *Comparer les droits, résolument*, PUF, 2009, p. 247, spéc. p. 247. V. aussi P. LANGERON, « La recherche en droit comparé », *RRJ* 1996, p. 1101 ; T. RAMBAUD, *Introduction au droit comparé – Les grandes traditions juridiques dans le monde*, *op. cit.*, p. 31 et s. V. cependant, rejetant l'utilité de la notion de culture juridique française, J.-L. HALPERIN, « L'idée de culture juridique française est-elle utile au droit comparé ? », dans B. FAUVARQUE-COSSON (dir.), *Le droit comparé au XXI^e siècle. Enjeux et défis*, Société de législation comparée, 2015, p. 155.

⁴ C. VALCKE, « "Droit" : réflexions sur une définition aux fins de comparaison », dans P. LEGRAND (dir.), *Comparer les droits, résolument*, PUF, 2009, p. 99, spéc. p. 100.

⁵ Rodolfo Sacco désigne par ce terme « les différentes composantes ayant une influence dans la mise en œuvre des normes juridiques » (B. JALUZOT, « Méthodologie du droit comparé : bilan et prospective », *RID comp.* 2005, p. 29, spéc. p. 45) : v. R. SACCO et P. ROSSI, *Introduzione al diritto comparato*, *op. cit.*, p. 55 et s.

⁶ A. DELCAMP, « La recherche en droit comparé », *LPA* 15 avril 1999, p. 53.

nous devons *tenter* de nous aventurer hors du droit positif pour expliquer les phénomènes rencontrés, sans quoi la comparaison n'aurait pas de sens.

Néanmoins, question se pose de la limite à ne pas dépasser : comment éviter une comparaison à la Danaïde ? Il n'y a, malheureusement, aucune réponse à cette question et le comparatiste peut autant s'enfoncer au cœur des ténèbres à la recherche d'un Kurtz qu'il ne trouvera jamais que rester sur la rive du droit abordé affirmant avoir découvert les Indes sans s'en assurer. Une clé est sans doute la prise de conscience de ce risque de perdition et la recherche d'une modération de tous les instants malgré l'irréductible – l'insoutenable ? – subjectivité de la comparaison.

43. Subjectivité de la comparaison. L'expérience comparative implique « une décentration »¹, une perte de repères que le séjour à l'étranger accentue encore. Le comparatiste se rend alors compte que la présence de l'autre implique *de facto* une certaine subjectivité de la comparaison². C'est ici l'un des apports les plus intéressants de la conception de la comparaison de Pierre Legrand³. Sa pensée repose sur le postulat d'une sorte de déterminisme du comparatiste, qui ne peut jamais totalement s'extraire ni de son droit, ni de sa langue, ni de sa culture. Pour une comparaison objective, il faudrait qu'il « surplombe »⁴ les droits comparés, ce qui est par essence impossible. L'autre n'étant pas moi, je n'en ai qu'une image imparfaite. Je ne me compare donc pas à l'autre, mais à ce que je perçois de lui. Je ne compare que des « re-présentations »⁵ des droits étrangers.

Le juriste s'attelant à une comparaison des droits part à la découverte d'une autre culture, histoire, langue, etc. Pour tenter de comprendre du mieux possible cette culture et donc ce droit étranger, il va chercher à s'intégrer à sa communauté d'accueil temporaire. En somme, à vivre « à l'italienne » ou « à l'allemande ». Cette recherche d'intégration passe bien évidemment par l'un de son instrument majeur qu'est la langue. Par l'emploi d'une

¹ R. PARIZOT, *La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité organisée. Le cas symptomatique de l'association de malfaiteurs et du blanchiment en France et en Italie*, *op. cit.*, n° 33.

² B. JALUZOT, « Cartographier les droits », dans *Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, Dalloz, 2013, p. 679, spéc. p. 693 ; M.-C. PONTHEAU, « Le droit comparé en question(s) : entre pragmatisme et outil épistémologique », *op. cit.*, p. 7 ; R. PARIZOT, « Utilité et méthode du droit pénal comparé », dans *Humanisme et justice : Mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage*, *op. cit.*, p. 795, spéc. p. 802.

³ P. LEGRAND, « La comparaison des droits expliquée à mes étudiants », dans P. LEGRAND (dir.) ; *Comparer les droits, résolument*, PUF, 2009, p. 209 ; P. LEGRAND, « Comparer », *RID comp.* 1996, p. 279 ; P. LEGRAND, *Le droit comparé*, 5^e éd., PUF, 2016.

⁴ P. LEGRAND, « La comparaison des droits expliquée à mes étudiants », *op. cit.*, p. 209, spéc. p. 214.

⁵ P. LEGRAND, « Comparer », *op. cit.*, p. 279.

autre langue, le juriste français change profondément dans sa personne, donc dans sa qualité de juriste¹. Pour autant, il ne pourra jamais espérer devenir *totale*ment juriste allemand ou italien. Il restera toujours un peu le juriste français, qui parlera de *legalità* des poursuites plutôt que d'*obbligatorietà*, comme il sera toujours un peu la personne française qui aura le réflexe de demander une carafe d'eau dans une *Gasthaus*. Il ne sera cependant plus uniquement un juriste français, mais un juriste *un peu* allemand, qui appliquera la structure des codes allemands dotés d'une partie générale conséquente à son analyse du système français, ainsi qu'une personne *un peu* italienne, qui s'exaspérera de se voir servir un bol de café après avoir commandé un *ristretto*... C'est dire que le comparatiste n'est plus totalement français, ni entièrement italien ou allemand. Cette position d'entre-deux lui permet d'assurer son rôle de passeur, mais le condamne à la subjectivité. Une comparaison de droits n'est jamais vraie, pas plus qu'elle n'est fautive. Elle ne relève pas du rapport avec la réalité mais de la fiction² : si nous affirmons, en français, que « l'indépendance de la justice est perçue de manière plus aigüe par la société italienne », cela ne correspond pas à un élément du monde réel, mais à la perception que nous avons eue, au cours de nos recherches, de la réalité.

Avis au lecteur, donc : « oublions avec sérénité l'objectivité »³. Pire, selon Jean Pradel, « tout travail comparé est approximatif »⁴ ! Mais si la comparaison des droits n'a

¹ « Le langage est un puissant instrument de socialisation, sans doute le plus puissant de tous » : E. SAPIR, *Linguistique*, Folio, 1968, p. 41. Certains affirment même que l'apprentissage d'une autre langue, plus qu'un désir de socialisation, peut être motivé par la volonté de se créer une « identité alternative » : v. J.-M. DEWAELE, « L'effet des variables objectives et affectives sur la maîtrise orale de multilingues adultes », *Études de linguistique appliquée* 2006, p. 441. Dans ce sens, citons l'expérience de Wallace Lambert réalisée dans les années soixante. Appliquant la méthode du locuteur masqué, Wallace Lambert faisait enregistrer des discours dans deux langues différentes par un même locuteur bilingue. Les auditeurs ne se rendaient pas compte que les deux discours étaient produits par la même personne : v. L.-J. CALVET, *Sociolinguistique*, 9^e éd., PUF, 2017, p. 42 et s. Signalons enfin l'hypothèse Sapir-Whorf, tendant à montrer que le langage véhicule une certaine vision du monde et qu'ainsi la transformation du langage d'une personne entraîne modification de ses concepts de réflexion : v. E. SAPIR, *Linguistique*, *op. cit.*, p. 134 ; M. OUSTINOFF, *La traduction*, 6^e éd., PUF, 2018, p. 14. Cette vision a pu être critiquée (v. B. A.-S. HUSSEIN, « The Sapir-Whorf hypothesis today », *Theory and practice in language studies* 2012, p. 642) mais aussi vulgarisée à la sauce hollywoodienne : v. D. VILLENEUVE, *Premier contact*, 2016, 116 min.

² R. BERCEA, « Toute comparaison des droits est une fiction », dans P. LEGRAND (dir.), *Comparer les droits, résolument*, PUF, 2009, p. 41.

³ P. LEGRAND, « La comparaison des droits expliquer à mes étudiants », *op. cit.*, p. 209 spéc. p. 214.

⁴ J. PRADEL, « Le rôle du juge pénal dans la charge de la preuve : approche comparée des systèmes de Common Law et romano-germanique », dans *Humanisme et justice. Mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage*, Dalloz, 2016, p. 829, spéc. n° 3.

pas à être « vraie », elle doit cependant être « pertinente »¹, c'est-à-dire que les choix méthodologiques sur lesquels elle repose doivent être justifiés.

§ 2. Les méthodes de la comparaison des droits

44. L'utilisation de la comparaison. Le chercheur voulant s'essayer à la comparaison des droits dispose de nombreux documents sur la question de la méthode², ou plutôt des méthodes³, impliquant un choix. Nous avons déjà dit que la comparaison était pour nous un combustible intellectuel pour relativiser notre propre système, d'où la notion d'éclairage. Soyons encore plus clairs : la comparaison des droits ne sera ni l'unique argument à notre démonstration, ni même forcément l'argument d'autorité. Nous mobilisons en réalité la comparaison des droits comme impulsion, sans nous estimer tenus de conclure à des solutions se retrouvant obligatoirement dans l'un des pays comparés⁴. Notre conception et notre utilisation de la comparaison ont nécessairement une incidence dans nos choix méthodologiques (A) mais aussi dans leur restitution (B).

¹ M.-C. PONTTHOREAU, « L'argument fondé sur la comparaison dans le raisonnement juridique », dans P. LEGRAND (dir.), *Comparer les droits, résolument*, PUF, 2009 p. 537, spéc. p. 539.

² V. entre autres R. SCARCIGLIA, *Metodi e comparazione giuridica*, 2^e éd., CEDAM, 2018 ; B. JALUZOT, « Méthodologie du droit comparé : bilan et prospective », *op. cit.*, p. 29 ; F. PALAZZO et M. PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, *op. cit.*, p. 36 et s. ; R. LEGEAIS, « La méthodologie du droit pénal comparé », dans *À la recherche d'un nouveau droit fondamental à travers le droit civil, le droit pénal et le droit comparé. Mélanges offerts à Raymond Legeais*, Cujas, 2003, p. 335 ; M. ANCEL, *Utilité et méthodes du droit comparé*, *op. cit.* ; J.-B. HERZOG, « Les principes et les méthodes du droit pénal comparé », *RID comp.* 1957, p. 337 ; J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, *op. cit.*, n° 20 et s.

³ Raphaële Parizot préfère parler de « méthode » et non de « méthodes », contrairement à Marc Ancel (*Utilité et méthodes du droit comparé*, *op. cit.*, p. 87 et s.), soulignant que « si la méthode s'adapte au degré et aux objets de la comparaison, elle est fondamentalement la même d'une comparaison à une autre » : R. PARIZOT, « Utilité et méthode du droit pénal comparé », *op. cit.*, p. 795, spéc. note 13. Nous préférons ici le pluriel pour traduire les possibilités d'approches méthodologiques qui s'offrent théoriquement au comparatiste. V. aussi, réfutant une méthode unique de comparaison, P. LANGERON, « La recherche en droit comparé », *op. cit.*, p. 1101 ; R. SCARCIGLIA, *Metodi e comparazione giuridica*, *op. cit.*, p. XV ; C. HAGUENAU-MOIZARD, *Introduction au droit comparé*, *op. cit.*, p. 11 et s.

⁴ Ainsi le rôle que nous proposerons de confier à l'organe policier n'existe ni en Allemagne, ni en Italie : v. *infra* n° 253 et s.

A. Une méthodologie pluraliste

45. Les choix à disposition. Listant les principales méthodes, Roberto Scarciglia mentionne onze possibilités¹ : la comparaison fonctionnelle (se divisant elle-même en sept fonctionnalismes différents²) ; le structuralisme ; la comparaison systémique ; la comparaison critique et la comparaison quantitative. Parmi ces différentes méthodes, le fonctionnalisme domine depuis Konrad Zweigert et Hein Kötz³ :

« L'on ne peut de manière sensée comparer l'incomparable et, en droit, n'est comparable que ce qui remplit la même tâche, la même fonction. [...] Cette maxime repose avant tout sur l'expérience de base de la comparaison des droits, qui montre que si toute société organise son droit essentiellement pour répondre à des problèmes identiques, chaque ordre juridique résout ces problèmes de manière très différente, même si les solutions finales se ressemblent. La question initiale de tout travail comparatif doit être posée sous un angle purement fonctionnel, le problème devant être formulé d'une manière détachée des concepts utilisés par l'ordre juridique considéré. »⁴

En d'autres termes, on ne devrait pas formuler une problématique de type « Quelles sont les dispositions applicables à la garde à vue en Italie ? » mais plutôt « Comment le droit italien assure-t-il le respect des libertés individuelles lorsque les investigations imposent la retenue de la personne ? ». Les principales critiques faites à la méthode fonctionnelle concernent ses trois présupposés : la neutralité impossible⁵ ; sa conception du droit comme objet d'étude clos au sein de la société⁶ ; l'universalité des fonctions⁷.

¹ R. SCARCIGLIA, *Metodi e comparazione giuridica*, *op. cit.*, p. 90 et s.

² Il s'agit en réalité de la reprise de la classification des fonctionnalismes due à R. MICHAELS, « The functional method of comparative law », dans R. BANAKAR et M. TRAVERS, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, 2006, p. 339.

³ K. ZWIEGERT et H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3^e éd., J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1996, p. 33 et s.

⁴ K. ZWIEGERT et H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, *op. cit.*, p. 33 : « Unvergleichbares kann man nicht sinnvoll vergleichen, und vergleichbar ist im Recht nur, was dieselbe Aufgabe, dieselbe Funktion erfüllt. [...] Vor allem beruht dieser Satz auf der rechtsvergleichenden Grunderfahrung, daß zwar jede Gesellschaft ihrem Recht im wesentlichen die gleichen Probleme aufgibt, daß aber die verschiedenen Rechtsordnungen diese Probleme, selbst wenn am Ende die Ergebnisse gleich sind, auf sehr unterschiedliche Weise löse. Die Ausgangsfrage jeder rechtsvergleichenden Arbeit muß deshalb rein funktional gestellt, das zu untersuchende Problem frei von den Systembegriffen der eigenen Rechtsordnung formuliert werden ».

⁵ U. KISCHEL, *Rechtsvergleichung*, *op. cit.*, p. 98.

⁶ G. SAMUEL, « Dépasser le fonctionnalisme », dans P. LEGRAND (dir.), *Comparer les droits, résolument*, PUF, 2009 p. 405 spéc. p. 409.

⁷ U. KISCHEL, *Rechtsvergleichung*, *op. cit.*, p. 100.

46. Le choix du pluralisme. Parce que le droit est partie intégrante d'une culture plus large, un fonctionnalisme pur nous est impossible. Néanmoins, la méthode fonctionnelle demeure un « point de départ »¹ très formateur en microcomparaison. En effet, beaucoup de critiques faites contre le fonctionnalisme concernent son emploi dans une analyse macro-comparative, Konrad Zweigert et Hein Kötz se livrant à une classification des droits en différents « cercles » (*Rechtskreise*)². Si l'idée de fonctions universelles doit être rejetée, cela ne veut pas dire qu'une fonction ne peut pas être présente dans plusieurs pays. En ce qui nous concerne, il est commun à la France, à l'Allemagne et à l'Italie de chercher à répondre à ce qui est considéré comme une infraction par la mobilisation de différents acteurs institutionnels entre lesquels se tissent des relations de pouvoir. Ce point de départ permet déjà une comparaison solide. Mais, parce que le droit est culture et parce que la comparaison des droits doit mener à une relativisation plus globale, nous emploierons d'autres méthodes afin d'aller plus loin, afin de « dépasser le fonctionnalisme »³. Aussi chercherons-nous parfois à utiliser l'histoire pour éclairer le droit⁴, voire à raisonner de manière pragmatique⁵. La comparaison permise par ce pluralisme méthodologique doit, enfin, être restituée.

B. Une restitution intégrée⁶

47. Restituer les droits étrangers. La comparaison suppose au préalable l'étude d'un système étranger sans acte comparatif⁷. Les données des droits étrangers sont donc la matière première de toute comparaison et ce serait non-sens que de les exclure de la

¹ G. SAMUEL, « Dépasser le fonctionnalisme », *op. cit.*, p. 405 spéc. p. 409.

² K. ZWEIGERT et H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, *op. cit.*, p. 62 et s.

³ G. SAMUEL, « Dépasser le fonctionnalisme », *op. cit.*, p. 405. V. aussi, affirmant que le fonctionnalisme « ne peut satisfaire pleinement celui qui cherche à aller au-delà du simple droit positif », X. BLANC-JOUVAN, « Où va le droit comparé ? », *op. cit.*, p. 709, spéc. p. 713.

⁴ Sur les liens entre histoire et droit pénal comparé, v. A. CADOPPI, *Tra storia e comparazione : studi di diritto penale comparato*, CEDAM, 2014.

⁵ C. HAGUENAU-MOIZARD, *Introduction au droit comparé*, *op. cit.*, p. 15 et s.

⁶ Terme emprunté à l'article de P. GLENN, « Vers un droit comparé intégré ? », *RID comp.* 1999, p. 841, où l'auteur affirme que la comparaison des droits ne doit plus être une spécialisation, « la nécessité de la comparaison dictant aujourd'hui la généralisation de ses méthodes ». Et l'auteur de souhaiter une « intégration » de la comparaison des droits dans le processus législatif mais aussi dans la pratique judiciaire, universitaire, etc. *Contra* : B. FAUVARQUE-CAUSSON, « L'enseignement du droit comparé », *RID comp.* 2002, p. 293, spéc. p. 305-306.

⁷ « Le droit comparé, c'est avant tout du droit étranger » : C. BROUELLE et M. GUYOMAR, « Du bon usage et des risques du mésusage du droit comparé », dans *Penser le droit à partir de l'individu. Mélanges en l'honneur d'Élisabeth Zoller*, Dalloz, 2018, p. 525, spéc. p. 530.

restitution. Si la comparaison n'est ni vraie ni fausse en ce sens que nous ne comparons que ce que nous connaissons et surtout que ce que nous pouvons voir du système étranger, la connaissance brute du droit étranger peut faire l'objet d'évaluation. La *pertinence*¹ de la comparaison peut ainsi être déterminée. Ces considérations expliquent la présence de passages de pur droit étranger mais aussi d'une présentation détaillée, en annexe, des trois systèmes comparés².

48. Restituer les langues. « Le droit est langage »³, et la comparaison des droits implique la rencontre de plusieurs langages qui, dans le cadre de notre sujet, sont exprimés en plusieurs langues : le français, l'allemand et l'italien. Se pose alors, naturellement, le problème de la traduction, question cruciale⁴. Si nous n'avons pas ici la prétention de nous faire linguiste ou traducteur⁵, la traduction reste un devoir du comparatiste. Elle suppose un texte de départ et un texte d'arrivée, et les théories générales de la traduction naviguent entre deux pôles extrêmes privilégiant l'un ou l'autre des textes. On distingue ainsi entre sourciers et ciblistes⁶ : « ou bien le traducteur laisse l'écrivain le plus tranquille possible et fait que le lecteur aille à sa rencontre, ou bien il laisse le lecteur le plus tranquille possible et fait que l'écrivain aille à sa rencontre »⁷.

Prenons un exemple : comment traduire la juridiction de l'*Oberlandesgericht* ? On a dit plus haut le respect pour l'autre que la comparaison impose. On sera naturellement

¹ M.-C. PONTTHOREAU, « L'argument fondé sur la comparaison dans le raisonnement juridique », *op. cit.*, p. 537, spéc. p. 539.

² V. Annexe n° 1 p. 731.

³ P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 4^e éd., LGDJ, 2017, n° 4. Sur les liens entre droit et langage, v. G. CORNU, *La linguistique juridique*, 3^e éd., Montchrestien, 2005, spéc. n° 2 et s. ; P. JESTAZ, *Le droit*, 10^e éd., Dalloz, 2018, p. 7 et s. ; H. A. SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF, « Langage et droit », dans *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Dalloz, 1981, p. 399. Sur les liens entre droit et langue, v. S. CHATILLON, « Droit et langue », *RID comp.* 2002, p. 687.

⁴ R. PARIZOT, « Utilité et méthode du droit pénal comparé », *op. cit.*, p. 795, spéc. p. 804.

⁵ Nous nous contenterons de renvoyer à plusieurs ouvrages généraux sur les questions. Sur le problème de la langue dans la comparaison des droits, v. M. GORÉ, « La langue », dans *Hommage à Georges Rouhette*, Dalloz, 2013, p. 71 ; C.-R. DE GROOT, « The point of view of a comparative lawyer », *Les Cahiers de droit* 1987, p. 793 ; L. LAUZIÈRE, « Le sens ordinaire des mots comme règle d'interprétation », *Les Cahiers de droit* 1987, p. 367 ; R. SACCO, « Un point de vue italien », *Les Cahiers de droit* 1987, p. 845 ; R. SACCO et P. ROSSI, *Introduzione al diritto comparato*, *op. cit.*, p. 25 et s. Sur la traduction juridique, v. C. BOCQUET, *La traduction juridique*, De Boeck, 2008. De manière plus générale, sur les questions de langue, linguistique et traduction, v. M. OUSTINOFF, *La traduction*, *op. cit.* ; S. ARNOUX, *Philosophie du langage*, 3^e éd., PUF, 2018 ; C. HAGÈGE, *La structure des langues*, 7^e éd., PUF, 2013 ; J. PERROT, *La linguistique*, 19^e éd., 2018 ; L.-J. CALVET, *La sociolinguistique*, *op. cit.* ; E. SAPIR, *Linguistique*, *op. cit.* ; U. ECO, *Dire presque la même chose*, Le Livre de Poche, 2006.

⁶ M. OUSTINOFF, *La traduction*, *op. cit.*, p. 47.

⁷ S. GLANERT, « Comparaison et traduction des droits : à l'impossible tous sont tenus », dans P. LEGRAND (dir.), *Comparer les droits, résolument*, PUF, 2009, p. 279, spéc. p. 292. Cet auteur parle de traduction éthique

enclin à s'orienter vers une traduction « à la source ». Ainsi, le terme *Oberlandesgericht* est issu d'une composition des mots *oben*, en haut, dont est tiré le préfixe *ober-* ; du mot *Land*, désignant un des États fédérés composant l'Allemagne fédérale ; et du mot *Gericht* signifiant tribunal, juridiction. Une traduction éthique, mais non littérale, donnerait : *tribunal régional supérieur*. Les ciblistes rétorqueront que cela ne donne aucune information au lecteur français, le terme de tribunal régional supérieur ne correspondant à aucun concept français. On avancera donc le terme de cour d'appel¹, sans doute parce que le tribunal régional supérieur se situe au-dessus (*Ober-*) du simple tribunal régional (*Landgericht*) mais en dessous de la Cour fédérale de justice (*Bundesgerichtshof*), équivalent de notre Cour de cassation. Mais c'est oublier qu'en matière pénale, le tribunal régional supérieur n'est jamais compétent pour rejuger au fond une affaire. Au contraire, il connaît de certaines affaires en première instance et n'intervient en seconde instance que pour juger le droit (*Revision*) ou statuer sur une requête en annulation ou en exécution d'une ordonnance d'une juridiction inférieure (*Beschwerde*). De plus, traduire *Oberlandesgericht* par cour d'appel revient à nier toute spécificité à la langue allemande, qui met l'accent certes sur le caractère supérieur de cette juridiction (*Ober -*), mais aussi sur l'organisation fédérale du pays (*-landes-*). En d'autres termes, c'est oublier que « toute terminologie juridique est liée à son système »². L'*Oberlandesgericht* sera donc le tribunal régional supérieur. Afin de présenter une traduction que nous espérons fidèle³, l'original du texte sera de plus indiqué en note de bas de page⁴.

et de traduction ethnocentrique. On peut aussi rencontrer les termes de traduction communicative et de traduction sémantique : R. SACCO et P. ROSSI, *Introduzione al diritto comparato*, *op. cit.*, p. 32.

¹ C. BOCQUET, *La traduction juridique*, De Boeck, 2008, p. 15.

² X. PIN, « La traduction des concepts de droit pénal : l'exemple franco-allemand », dans E. MATZNER (dir.), *Droit et langues étrangères 2 : traductions juridiques, domaine du juriste, du linguiste ou du jurilinguiste ?*, Presses Universitaires de Perpignan, 2001, p. 43, spéc. p. 47.

³ « Le concept de fidélité participe de la conviction que la traduction est une des formes de l'interprétation et qu'elle doit toujours viser, fût-ce en partant de la sensibilité et de la culture du lecteur, à retrouver je ne dis pas l'intention de l'auteur mais *l'intention du texte*, ce que le texte dit ou suggère en rapport avec la langue dans laquelle il est exprimé et au contexte culturel où il est né » : U. ECO, *Dire presque la même chose*, *op. cit.*, p. 16.

⁴ Citons dès à présent les deux principaux dictionnaires juridiques bilingues utilisés : pour l'allemand, M. DOUCET et K. E. W. FLECK, *Wörterbuch Recht und Wirtschaft*, 7^e ed., C.H. Beck, 2012, 2 tomes ; pour l'italien, G. TORTORA, *Dictionnaire juridique italien-français, français-italien*, Dalloz et Giuffrè, 2015. Les traductions des articles de la Constitution italienne et de la Loi fondamentale allemande ont été reprises des traductions officielles proposées par les parlements nationaux.

49. *Comment organiser de manière équilibrée les relations de pouvoir entre les acteurs institutionnels de la phase préparatoire du procès pénal ?* Partant du constat de l'absence d'équilibre et d'une confusion entre droits et pouvoirs empêchant tout rééquilibrage, nos réflexions sur l'équilibre des pouvoirs doivent nécessairement commencer par *approcher* cet équilibre (Partie 1), en gardant à l'esprit que l'atteindre totalement relève sans doute davantage de l'utopie que de la démonstration juridique. Après s'être avancé le plus loin possible sur la route de l'équilibre, il conviendra de réfléchir aux moyens propres à *empêcher* un retour en arrière, un retour du déséquilibre (Partie 2).

Chacune de ces étapes représente en réalité la condition de validité de l'autre. Les interrogations du lecteur lors de la première partie seront ainsi parfois traitées dans la seconde partie tandis que certaines propositions faites en fin de thèse auront pour sources des constats ou développements faits au début de la recherche.

Partie 1 : Approcher l'équilibre.

Partie 2 : Empêcher le déséquilibre.

PREMIÈRE PARTIE
APPROCHER L'ÉQUILIBRE

50. Approcher l'équilibre. Nos réflexions sur l'équilibre des pouvoirs dans la phase préparatoire du procès pénal ont pour point de départ le constat d'un déséquilibre profond de cette phase. Ce déséquilibre a pu être expliqué par la diffusion des possibilités de contrainte toujours plus en amont de l'*iter* processuel ainsi que par l'obstacle au rééquilibrage que représente cet esprit d'égalité des armes visant à compenser les pouvoirs des autorités institutionnelles par des droits accordés aux personnes privées. Cela amène logiquement à tenter de penser un équilibre des pouvoirs débarrassé de tous ces obstacles et visant à remédier à la diffusion désordonnée de la contrainte. Cet équilibre des pouvoirs pourra ensuite servir de base à une approche raisonnée et sensée d'autres grandes questions procédurales comme la position des parties privées ou les rapports entre la phase préparatoire et la phase décisive. Ces questions ne sauraient cependant être l'objet de cette thèse, tant la recherche d'un *équilibre des pouvoirs* est déjà fondamentale.

L'idée n'est pas ici de proposer une révolution clé(s) en mains ni de répondre d'une manière définitive à la crise de la procédure pénale française en quelques centaines de pages. Il s'agit davantage de montrer que les choses pourraient être autrement : non pas qu'elles le seraient ou qu'elles devraient l'être, mais qu'elles le pourraient. Cette thèse n'entend donc pas participer, avec dix ans de retard, au « Lépine de l'après-Outreau »¹. Aussi sera-t-il question d'*approcher* l'équilibre, non de le réaliser ou de l'atteindre. Approcher l'équilibre des pouvoirs dans la phase préparatoire du procès pénal, c'est « avancer plus près de »² cette répartition des forces entre acteurs institutionnels qui, nous semble-t-il, pourrait résoudre certains déséquilibres observés et servir de base à une réflexion renouvelée sur la procédure pénale en son ensemble. Mais approcher l'équilibre n'est pas l'atteindre puisque, mécaniquement, si nous en sommes plus près, nous n'y sommes toutefois pas encore. C'est dire que, comme le reste de la thèse, cette première partie devrait être rédigée au conditionnel si ce n'était la lourdeur encourue et les facilités rhétoriques, reconnaissons-le, de l'indicatif.

¹ M. JÉOL, « Les voies de la cohérence », dans *La procédure pénale en quête de cohérence*, Dalloz, 2007, p. 281.

² *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e éd., s. v. « Approcher », sens II-1.

L'équilibre des pouvoirs implique, à l'évidence, une pluralité de pouvoirs qui seraient répartis au sein de la phase préparatoire. Aussi convient-il de distinguer les pouvoirs (Titre 1) avant de les distribuer (Titre 2).

Titre 1 : Distinguer les pouvoirs.

Titre 2 : Distribuer les pouvoirs.

TITRE I
DISTINGUER LES POUVOIRS

51. Distinguer les pouvoirs. Pour s'avancer le plus loin possible sur le chemin de l'équilibre, il a été proposé de recourir à la relativisation du système natif – le système français – en particulier grâce à l'éclairage comparatif. Toutefois, avant de (re)chercher un équilibre des pouvoirs, et donc de manier la comparaison, il faut savoir ce que l'on cherche, sous peine de débiter une quête vaine à l'image de celle du Graal. Qu'entendons-nous par *équilibre* et par *pouvoirs*? Cette question doit être le point de départ de nos réflexions, françaises rappelons-le (Chapitre 1). Ce n'est qu'armés de nos concepts que nous pourrons relire la procédure (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Façonner les concepts.

Chapitre 2 : Relire la procédure.

CHAPITRE 1

FAÇONNER LES CONCEPTS

52. Approche positive des termes du sujet. L'équilibre des pouvoirs dans la phase préparatoire du procès pénal n'a pour l'instant été approché que d'une manière négative : l'équilibre par l'observation du déséquilibre et les pouvoirs par le constat de leur confusion avec les droits des personnes privées. Cette approche négative doit laisser place à une construction positive de notre sujet : qu'entendons-nous par les concepts de *pouvoir* et d'*équilibre des pouvoirs* ? En d'autres termes, et avant tout éclairage par la comparaison des droits, il convient de faire une « pause » conceptuelle.

53. Excursus : concept ou notion ? La mention du terme « concept » implique, pour plus de clarté, d'explicitier le sens d'un tel mot et de le distinguer de la notion.

Le terme – voire le concept¹ – de *concept* est difficilement cernable². Une chose semble toutefois acquise : le droit ne peut se passer de concepts³, abstractions⁴ servant à (r)établir sa cohérence⁵. Quant au fait de savoir si le concept découle nécessairement du réel ou non⁶, nous rejoignons Charles Eisenmann lorsqu'il affirme :

« Les concepts [...] ne préexistent pas à l'intervention des juristes [...] ; ils sont la création de la théorie et d'elle seule, sa création souveraine, en ce sens qu'il s'agit de

¹ F. COLONNA D'ISTRIA, « Le concept de concept juridique », *RRJ* 2012, p. 2243.

² Pour une présentation des différentes approches, v. V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences juridiques*, 2^e éd., Dalloz, 2016, n° 520 et s.

³ J. -L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5^e éd., Dalloz, 2012, n° 172 ; F. ROUVIÈRE, « Avant propos », *RRJ* 2005, p. 2167 ; G. TUSSEAU, « Critique d'une métanotion fonctionnelle. La notion (trop) fonctionnelle de "notion fonctionnelle" », *RFDA* 2009, p. 641. L'omniprésence des concepts n'est pas le propre de la science juridique : v., parlant des concepts comme des « bonnes à tout faire », H. THOMAS, « De la servilité des concepts : trois remarques (intempestives) sur l'usage des concepts en sociologie », *RRJ* 2012, p. 2209 ; v. encore, C. PEYRON BONJAN, « Points de vue philosophiques sur les concept : notion, concept, catégorie, principe, qualification », *RRJ* 2012, p. 2237. V. enfin, parlant de « figure centrale de la connaissance en tant que fonction de l'esprit ou du cerveau humain » : F. COLONNA D'ISTRIA, « Le concept de concept juridique », *op. cit.*

⁴ X. BIOY, « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction », dans G. TUSSEAU (dir.), *Les notions juridiques*, Economica, 2009, p. 21, spéc. p. 22.

⁵ J.-L. BERGEL, « Propos conclusifs », *RRJ* 2012, p. 2287. V., parlant d'entreprise de « reconstruction », V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences juridiques*, *op. cit.*, n° 518.

⁶ Pour une réponse positive, sous la nuance que les faits suggèrent mais ne dictent pas les concepts, v. J. PARAIN-VIAL, « La nature du concept juridique et la logique », *Arch. phil. dr.* 1966, p. 45, spéc. p. 50. Pour une réponse totalement négative, v. G. TUSSEAU, « Critique d'une métanotion fonctionnelle. La notion (trop) fonctionnelle de "notion fonctionnelle" », *op. cit.*

décisions intellectuelles en vue de la meilleure analyse possible [...]. En vérité, les bases de la classification et par suite de la qualification ne sont en aucune façon données au juriste ; c'est à lui de les choisir, de les décider, en tenant compte des seuls exigences et intérêts de la connaissance scientifique. »¹

La distinction entre concept et *notion*, qui a fait couler tant d'encre qu'on a pu s'interroger sur son utilité², est pour le moins floue³ : certains emploient indifféremment les deux termes, l'obligation stylistique aidant⁴ ; d'autres les regroupent dans leur analyse tout en admettant une différence de définition⁵ ; d'autres, enfin, les différencient sur la base de leur degré de clarté⁶ – quand on ne parle pas de « notion conceptuelle »⁷. Pour Véronique Champeil-Desplats, que nous reprendrons, « tandis que la notion désignerait certains termes du droit positif auxquels sont liées des conséquences [...] le concept serait propre aux discours de type théorique »⁸.

Les idées de pouvoir et d'équilibre des pouvoirs ne peuvent donc qu'être des concepts, constructions théoriques ayant un but de connaissance et de réflexion sur notre objet d'étude, la phase préparatoire du procès pénal dont on a constaté le déséquilibre⁹.

¹ C. EISENMANN, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *Arch. phil. dr.* 1966, p. 25, spéc. p. 33-34 (nous soulignons). Ce raisonnement, s'il concerne en priorité les classifications, peut s'étendre au concept : V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences juridiques*, *op. cit.*, n° 522. V., pour une approche similaire à celle de Charles Eisenmann, J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, 2^e éd., PUF, 2013, p. 3.

² V. X. BIOY, « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction », *op. cit.*

³ V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences juridiques*, *op. cit.*, n° 529.

⁴ V. W. DROSS, « L'identité des concepts juridiques : quelles distinctions entre concept, notion, catégorie, qualification, principe ? », *RRJ* 2012, p. 2229.

⁵ V. J. -L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, n° 170 : « les concepts ne sont que “des représentations mentales générales et abstraites d'objets”, susceptibles de compréhension et de généralisation, tandis que les notions sont objet de connaissance de ce qui existe déjà comme réalité intelligible ».

⁶ W. DROSS, « L'identité des concepts juridiques : quelles distinctions entre concept, notion, catégorie, qualification, principe ? », *op. cit.*

⁷ Il s'agit de la terminologie employée par Georges Vedel, qui distingue entre notions conceptuelles et notions fonctionnelles : « les premières peuvent recevoir une définition complète selon les critères logiques habituels et leur contenu est abstraitement déterminé une fois pour toutes. [...] Encore que ce ne soit pas souhaitable, on pourrait dire ce qu'elles *sont* indépendamment de ce à quoi elles *servent*. [...] Les notions “fonctionnelles” au contraire sont différemment constituées. Elles procèdent directement d'une fonction qui leur confère seule une véritable utilité » : v. G. VEDEL, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *JCP G* 1950, I, 851, spéc. n° 4 ; v. déjà G. VEDEL, « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein », *JCP G* 1948, I, 682. L'idée de notion fonctionnelle a pu être critiquée, notamment parce qu'en droit tout a une fonction : v. G. TUSSEAU, « Critique d'une métanotion fonctionnelle. La notion (trop) fonctionnelle de “notion fonctionnelle” », *op. cit.*

⁸ V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences juridiques*, *op. cit.*, n° 531. V. aussi X. BIOY, « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction », *op. cit.*, spéc. p. 39.

⁹ V. *supra* n° 15 et s.

54. Nécessité de s'extraire de la procédure pénale. Pour façonner nos concepts, nous aurions pu rechercher directement dans le Code de procédure pénale ou dans la littérature pénaliste une systématisation déjà existante, ou en tout cas des clés de lecture. Il n'existe cependant pas, à notre connaissance, une telle systématisation même si le terme pouvoir n'est pas inconnu en procédure pénale. Lorsque Mathias Murbach-Vibert étudie les *Pouvoirs d'investigations en droit français*, il précise que « le terme pouvoir ne soulève guère de difficulté »¹ et se concentre essentiellement sur la définition de l'investigation, plus problématique. De même, Serge Guinchard et Jacques Buisson exposent une typologie des pouvoirs (pouvoirs propres², autorisés³ ou délégués)⁴, sans réserver de développements au concept en lui-même. L'ouvrage clé *Procédures pénales d'Europe*, lui, propose bien une typologie des pouvoirs en huit catégories, mais l'approche est biaisée par une définition du pouvoir mélangeant, en réalité, droits et pouvoirs⁵. Gérard Clément, de son côté, parle d'un principe d'équilibre des pouvoirs qu'il ne définit cependant pas, s'intéressant à son corollaire que serait la séparation des fonctions judiciaires⁶. Il en va de même pour Antoinette Perrodet qui distingue, dans son étude de plusieurs parquets européens, un équilibre des pouvoirs entre le ministère public et les acteurs institutionnels puis un équilibre entre les pouvoirs du ministère public et les droits des personnes privées sans expliquer toutefois la différence conceptuelle entre les deux⁷. Le Conseil constitutionnel, lui, parle de l'équilibre des pouvoirs et des droits, perpétuant l'esprit de l'égalité des armes et ses vices⁸. Quant au Code de procédure pénale, il ne connaît que l'expression « équilibre des droits des parties »⁹. Il est donc nécessaire de s'inspirer d'autres matières, d'autres

¹ M. MURBACH-VIBERT, *Les pouvoirs d'investigation en droit français*, Thèse Lyon 3, 2010, Tome I, p. 37.

² S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, 11^e éd., LexisNexis, 2018, n° 649 et s.

³ *Ibid.*, n° 1013 et s.

⁴ *Ibid.*, n° 1130 et 2196 et s.

⁵ « Les pouvoirs sont entendus au sens large, englobant pouvoirs *stricto sensu*, ceux qui sont confiés aux agents institutionnels de l'État, et ceux qui sont accordés à des personnes privées, notamment à la victime et à l'accusé, au titre de droits de la défense » : M. DELMAS-MARTY (dir.), *Procédures pénales d'Europe*, PUF, 1995, p. 45. L'ouvrage aborde plus loin la question de « l'équilibre des pouvoirs entre la police et le ministère public » sans pour autant définir le concept d'équilibre des pouvoirs (p. 398 et s.).

⁶ G. CLÉMENT, « Les métamorphoses du ministère public en matière pénale », dans *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel*, Cujas, 2006, p. 271, spéc. p. 284. Sur la remise en cause de la séparation des fonctions judiciaires, v. *infra* n° 106 et s.

⁷ A. PERRODET, *Étude pour un ministère public européen*, LGDJ, 2001, n° 202.

⁸ Cons. const., 30 juillet 2010, n° 2010-14/22 QPC, considérant n° 15 ; *JORF* du 31 juillet 2010

⁹ Code de procédure pénale français, art. préliminaire. Ressurgit alors l'esprit d'égalité des armes... v. E. DREYER et O. MOUYSSSET, *Procédure pénale*, 2^e éd., LGDJ, 2019, n° 53.

domaines où la notion d'équilibre des pouvoirs a déjà été conceptualisée, ce qui impliquera une certaine prudence.

55. S'inspirer pour façonner. Le problème qui se pose immédiatement à tout spécialiste s'aventurant dans d'autres champs que le sien est celui de la possibilité de transposer des concepts d'une matière à l'autre. Cette difficulté semble pouvoir être dépassée par une démarche non de transposition mais d'*inspiration* : s'inspirer, c'est « se servir des idées, des œuvres d'autrui »¹, sans que cela implique de copier ou de transposer intégralement, sans modification aucune, lesdites idées et/ou œuvres. Il faut donc nous inspirer – mais nous inspirer seulement – des autres domaines de recherche pour façonner nos propres concepts. Mais ceux-ci n'ont d'utilité que si leur contenu est suffisamment défini². Aussi nous emploierons-nous à définir le concept de pouvoir (Section 1) et celui, plus large, d'équilibre des pouvoirs (Section 2).

Section 1

Le concept de pouvoir

56. Polysémie. Le substantif pouvoir, en son sens courant, désigne au choix : une « faculté, capacité de faire, d'accomplir une tâche » ; la « propriété déterminée que possède une substance dans des conditions données » ; la « puissance, droit de commander » ; « l'empire, [l']ascendant que peut exercer une personne sur une autre »³. Mais entendre les « pouvoirs » que l'on veut ici équilibrer en leur sens courant rendrait la tâche impossible, puisqu'alors tout est pouvoir⁴. Le domaine juridique n'est pas en reste, le *Vocabulaire juridique* énumérant plus d'une vingtaine d'acceptations du terme⁵. Il va ainsi falloir « côtoyer d'abord l'abîme où mille bouches prononcent le mot sur des choses diverses »⁶

¹ *Dictionnaire de l'Académie française*, 8^e éd., s. v. « S'inspirer ».

² J. -L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, op. cit., n° 172.

³ *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e éd., s. v. « Pouvoir », sens 1, 3 et 4. Le sens 2 de « pouvoir » est son sens juridique, que nous réservons pour le corps des développements.

⁴ « La définition du langage commun est donc trop large pour pouvoir être directement transposée dans le langage juridique » : S. TETARD, *Mandat et famille. Contribution à l'étude du contrat de mandat*, Thèse Lyon 3, 2015, n° 468. V., parlant d'omniprésence du pouvoir, C. SPECTOR (coord.), *Le pouvoir*, GF Flammarion, 1997, p. 9.

⁵ *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., PUF, 2014, s. v. « Pouvoir ».

⁶ G. CORNU, « Préface », dans E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985.

et ce n'est qu'une fois les domaines du pouvoir exploré (§ 1) que nous serons capables de définir les pouvoirs (§ 2).

§ 1. L'exploration des domaines du pouvoir

57. Dans cette exploration, nous ne ferons parfois qu'escale (A), pour nous concentrer sur un domaine particulier : le droit public (B).

A. Les domaines exclus : la science politique, la philosophie et le droit privé

58. Une attirance logique. Les pouvoirs des acteurs institutionnels sont d'une nature particulière, car ils descendent du pouvoir au sens politique du terme. S'inspirer de la science politique mais aussi, plus largement, de la philosophie peut alors être tentant. De plus, le droit pénal et sa procédure sont rattachés, en France, au droit privé¹, ce qui amène naturellement à étudier le pouvoir en droit privé. Ces deux domaines devront cependant être exclus de nos sources d'inspiration.

Le but de ces développements n'est pas de livrer un catalogue de toutes les définitions du pouvoir qui ont pu être posées en sciences et philosophie politique comme en droit privé. Il s'agit plutôt de présenter les axes de pensée du pouvoir les plus intéressants au sein des domaines visés avant de justifier leur exclusion. Aussi la démarche sera-t-elle identique dans les deux cas : après une présentation rapide de la notion de pouvoir dans la discipline considérée, nous expliciterons les raisons de leur éviction – cela tant pour la science politique et la philosophie (1) que pour le droit privé (2).

¹ Sur la critique de ce rattachement, v. *infra* n° 65.

1. L'exclusion de la science politique et de la philosophie

59. Présentation. La science politique et la philosophie, sont les terres d'élection des réflexions sur le pouvoir au sens de puissance, d'autorité. Si la science politique s'intéressera plus à la puissance politique – on écrira alors souvent Pouvoir avec une majuscule – la philosophie a aussi pu étudier d'autres formes de pouvoir, notamment dans les relations individuelles. À la lecture du corpus réuni par Céline Spector¹, deux thèmes paraissent transversaux.

Tout d'abord, une des grandes questions concerne les formes du pouvoir. On s'interroge alors non seulement sur le pouvoir politique mais aussi sur le pouvoir dans un sens beaucoup plus vaste. Ce sont ici, par exemple : Auguste Comte et sa distinction entre le pouvoir temporel et le pouvoir spirituel ; Hannah Arendt et sa distinction très fine entre pouvoir, puissance, force, autorité et violence ; ou encore Michel Foucault, qui en vient à définir le pouvoir comme « une manière d'agir sur un ou sur des sujets agissants, et tant qu'ils s'agissent ou qu'ils sont susceptibles d'agir. Une action sur des actions »².

Dans la continuité des interrogations sur les formes de pouvoir, nombreux sont les auteurs à s'interroger sur l'origine du pouvoir et, en parallèle, sur la légitimation du pouvoir et sur le mode de formation de la société. Saint-Paul, Saint-Thomas d'Aquin, Thomas Hobbes, John Locke, Jean-Jacques Rousseau ou plus récemment Max Weber : les grands noms se bousculent, les grandes idées aussi (contrat social, réserve de droits naturels, origine divine du pouvoir, etc.). Quant à la légitimation du pouvoir, elle touche à deux questions essentielles : pourquoi obéir et, surtout, quand désobéir ? Ce sont ici les théories de la légitimation de Max Weber, qui distingue entre une domination traditionnelle, charismatique ou rationnelle ; mais aussi les grandes interrogations de Saint-Thomas d'Aquin ou d'Emmanuel Kant sur le droit de résistance.

60. Exclusion. Pourquoi exclure la science politique et la philosophie de notre inspiration ? Pour deux raisons essentielles : on en tirerait des concepts beaucoup trop

¹ Pour des présentations plus détaillées, v. le corpus établi par C. SPECTOR (coord.), *Le pouvoir, op. cit.* V. aussi, pour une approche plus politique : J.-C. RICCI, *Histoire des idées politiques*, 4^e éd., Dalloz, 2018.

² M. FOUCAULT, « Le sujet et le pouvoir », dans M. FOUCAULT, *Dits et écrits*, Gallimard, 1994, Tome IV, p. 232, spéc. p. 235.

vastes et peu juridiques ; les sciences politiques sont trop contextualisées politiquement pour pouvoir inspirer sans dangers une recherche en procédure pénale.

Les définitions proposées par les philosophes sont tout d'abord trop vastes pour pouvoir inspirer nos travaux. En effet, dans leurs interrogations sur les formes du pouvoir, ce sont *toutes* les formes de pouvoir qui sont envisagées. Karl Marx envisage ainsi le pouvoir de l'argent, Platon interroge les rapports entre le droit du plus fort et le pouvoir, tandis que Michel Foucault interprète le pouvoir comme une « action sur des actions »¹. De même, la question de la légitimité et de l'origine du pouvoir qui fait intervenir Dieu, l'état de nature, le contrat social et autres instruments complexes paraît beaucoup trop large pour pouvoir inspirer nos recherches de juriste. Non pas que celui-ci dût se contenter du texte de la loi. Mais il faut aussi savoir raison garder et admettre que la philosophie et la science politique cherchent à produire des réflexions englobant soit la totalité de nos actions, états d'esprit et essences, soit notre organisation même en tant qu'animaux politiques². Nous réfléchissons, pour notre part, à réorganiser, dans le cadre de la phase préparatoire du procès pénal, des rapports entre acteurs institutionnels. C'est dire que notre champ d'action est beaucoup plus restreint.

Surtout, les réflexions philosophiques et politiques précédemment détaillées sont très marquées par leur contexte, puisqu'il s'agit pour une bonne partie d'entre elles d'expliquer l'organisation *politique* de notre société. C'est-à-dire que nous sommes dans le contexte de la cité (*polis*), non du droit. Nous avons pourtant écrit que le ring pénal accueille deux boxeurs – un homme et l'État – ne jouant pas dans la même catégorie et qu'entre les deux existe une différence de nature. Les prérogatives du ministère public, juge d'instruction et autres acteurs institutionnels ont leur source dans l'exercice par l'État du pouvoir qui lui est reconnu au sens politique et constitutionnel du terme. Pourquoi, alors, ne pas s'inspirer des théories philosophiques et politistes du pouvoir ? Les prérogatives des acteurs institutionnels ont certes leur source dans le pouvoir au sens politique, mais il s'agit d'une source lointaine qui leur confère une nature particulière sans emporter application de toutes les théories politiques et philosophiques sur le pouvoir. Le ministère public, par exemple, dispose de pouvoirs reconnus par le Code de procédure pénale, voté par le Parlement, Parlement créé par la Constitution, Constitution établie par un comité consultatif

¹ M. FOUCAULT, « Le sujet et le pouvoir », *op. cit.*, spéc. p. 235.

² ARISTOTE, *Politique*, I, 1253 a 2–3. V. M. DUFOUR, « L'homme animal politique », *Bulletin de l'association Guillaume Budé* 1928, n° 18, p. 35.

constitutionnel nommé par le général de Gaulle et approuvée par référendum. Sans avoir à répondre à la question de l'origine du pouvoir, on peut toutefois constater que les acteurs institutionnels de la phase préparatoire du procès pénal n'en sont qu'une émanation lointaine qui, si elle détermine leur nature et permet de les distinguer des personnes privées participant à la procédure, ne saurait impliquer la transposition des thèses politistes et philosophiques en procédure pénale. En d'autres termes, le pouvoir, en philosophie et en sciences politiques, n'a pas encore revêtu sa forme juridique qu'il obtiendra par le truchement du droit public et de l'État¹.

En conséquence, il faut, dans notre quête de la notion de pouvoir, détourner notre regard de la philosophie et de la science politique. La prochaine terre en vue est, elle, bien plus familière, même si nous serons contraints de n'y faire qu'escale : le droit privé.

2. L'exclusion du droit privé

61. Présentation. Le droit privé, entendu comme l'« ensemble des règles de Droit qui gouvernent les rapports des particuliers entre eux »², c'est-à-dire les rapports entre « personnes privées, personnes quelconques, considérées dans leurs intérêts privés »³, se subdivise en une multitude de branches. La notion de pouvoir ne lui est pas étrangère, même si elle n'a été étudiée que tardivement en dehors du fonctionnement des organes d'une personne morale⁴. Actuellement, deux conceptions semblent se dégager, une conception normativiste et une conception factuelle⁵, à laquelle s'ajoutent des interrogations propres à la procédure civile.

La conception normativiste est basée sur la thèse d'Emmanuel Gaillard⁶, qui définit le pouvoir en droit privé par opposition à la fois au droit subjectif⁷ et à la capacité⁸. Sur le premier point, l'auteur affirme qu'« alors que le droit subjectif se définit comme la

¹ F. HAMON et M. TROPER, *Droit constitutionnel*, 39^e éd., LGDJ, 2018, n° 63. V. *infra* n° 65.

² *Vocabulaire Juridique*, 10^e éd., PUF, 2014, s. v. « Privé (droit) ».

³ *Vocabulaire Juridique*, 10^e éd., PUF, 2014, s. v. « Particulier ».

⁴ Constat fait par B. BALIVET, *Les techniques de gestion des biens d'autrui*, Thèse Lyon 3, 2004, n° 41.

⁵ Termes empruntés à P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, 2004, spéc. n° 433 et n° 454 et s.

⁶ E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985.

⁷ *Ibid.*, n° 56 et s.

⁸ *Ibid.*, n° 64 et s.

prérogative juridique reconnue à son bénéficiaire dans son intérêt propre, le pouvoir se caractérise, au contraire, par le fait qu'il est confié à son titulaire dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien »¹. Quant au second point, « si on l'envisage comme l'aptitude à agir dans un intérêt distinct du sien et non plus comme la prérogative ainsi mise en œuvre, le pouvoir s'oppose clairement à la capacité que l'on définit souvent comme l'aptitude à agir valablement pour son propre compte »². Le concept de pouvoir renverrait donc à la fois à un pouvoir-*prérogative*, qui s'oppose aux droits subjectifs, et à un pouvoir-*aptitude*, qui s'oppose à la capacité juridique et que l'on a pu renommer pouvoir-*compétence*³. Les travaux d'Emmanuel Gaillard se concluent par une définition du pouvoir en droit privé comme « la prérogative qui permet à son titulaire d'exprimer un intérêt au moins partiellement distinct du sien par l'émission d'actes juridiques unilatéraux contraignants pour autrui »⁴.

¹ E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé, op. cit.*, n° 20. L'auteur fonde la distinction entre droit subjectif et pouvoir sur une différence de sanction en cas de mésusage de l'un (abus de droit) ou de l'autre (détournement de pouvoir). Il prend de plus position au sein d'une controverse qui opposait les auteurs assimilant les droits subjectifs aux pouvoirs (v. par exemple F. C. VON SAVIGNY, *Traité de droit romain* [trad. C. Guenoux], Didot, 1855, p. 7 ; R. HOUIN, « Les incapacités », *RTD civ.* 1947, p. 383) et ceux les distinguant (v. par exemple J. DABIN, *Les droits subjectifs*, Dalloz, 1952, rééd. 2007, p. 240 et s. qui parle toutefois de droits-fonctions exprimés dans l'intérêt d'autrui [pouvoirs] et de droits-égoïstes exprimés dans l'intérêt propre de leur titulaire [droits subjectifs]). Plus généralement, l'idée d'un empiètement par le pouvoir dans les intérêts d'autrui est déjà développée par P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 1963 rééd. 2005, n° 22 (spéc. p. 186) et n° 23. V. aussi J. CARBONNIER, *Droit civil. Introduction*, 27^e éd., PUF, 2002, n° 162. Pour une approche similaire en droit de l'entreprise, v. F. MARMOZ, *La délégation de pouvoir*, Litec, 2000, n° 53 et s., spéc. n° 203, pour qui le pouvoir est « la prérogative juridique permettant à une personne au moins d'agir sur les droits subjectifs d'autrui, et d'une manière plus générale sur un tiers [et dont] la mise en œuvre doit se faire dans l'intérêt du sujet d'imputation et par conséquent jamais dans l'intérêt exclusif de celui qui exerce le pouvoir ».

² E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé, op. cit.*, n° 64. L'auteur dépasse ainsi la controverse opposant, d'une part, les auteurs affirmant que la capacité est l'« aptitude à exercer nos propres droits » et le pouvoir l'« aptitude à exercer les droits d'autrui » (v. L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, 3^e éd., Sirey, 1938, Tome I, n° 305 ; M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 11^e éd., LGDJ, 1928, Tome I, n° 1611) et, d'autre part, les auteurs notant que la capacité est relative au statut des personnes alors que le pouvoir se rapporte au statut des biens (v. A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, Dalloz, 1957, n° 84). Pour Emmanuel Gaillard, en effet, le pouvoir n'est que l'aptitude à exercer...un pouvoir (p. 332).

³ M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, LGDJ, 1982, n° 174.

⁴ E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé, op. cit.*, p. 232.

Cette thèse a pu être contestée car trop large¹ ou trop étroite², voire artificielle³.

À l'opposé de cette conception normativiste, qui exige une reconnaissance par la norme d'un pouvoir pour conclure à son existence, Pascal Lokiec développe une théorie factuelle du pouvoir, qu'il définit comme « la faculté d'imposer sa volonté à autrui »⁴. Pour cet auteur, il y a bien d'autres formes de pouvoirs que les actes juridiques unilatéraux. Partant de l'étude du contrat tel que pensé en 1804, c'est-à-dire « une fiction qui transcrit comme un accord de volontés [réputées égales] ce qui constitue souvent dans les faits un rapport de pouvoir »⁵, Pascal Lokiec examine en quoi la figure du pouvoir s'insère de plus en plus dans les rapports contractuels, notamment avec la reconnaissance des hypothèses de parties faibles⁶. Il propose ensuite une notion autonome du pouvoir non pas en tant que prérogative normative mais en tant que « rapport de fait »⁷, convaincu que « la conception

¹ V. B. BALIVET, *Les techniques de gestion des biens d'autrui*, *op. cit.*, n° 40 et n° 85. Pour cette auteure, le critère d'un agissement dans l'intérêt d'autrui n'est pas propre au pouvoir. De même, elle réfute l'idée d'une distinction entre droit subjectif et pouvoir fondée sur la différence de sanction (abus de droit ; détournement de pouvoir), notant que si l'abus de droit est bien la sanction du mésusage d'un droit subjectif, le détournement de pouvoir n'est pas, malgré sa dénomination, la sanction du seul mésusage d'un pouvoir (n° 50 et s.). L'auteure distingue toutefois bien le droit subjectif du pouvoir, mais du point de vue de leur définition et non de leur sanction. Le droit subjectif est d'abord exclusif du pouvoir puisque les définitions proposées du droit subjectif utilisant le terme de pouvoir sont beaucoup trop larges (n° 55 et s.). Le pouvoir est, ensuite, exclusif du droit subjectif (n° 59 et s.), car celui qui exerce un pouvoir l'exerce dans un but technique (gérer les biens d'autrui) et n'est titulaire d'aucun droit. En dernière analyse, le pouvoir serait « la prérogative par laquelle son titulaire accomplit des actes juridiques dont les effets se produisent sur la tête d'un tiers, les critères de l'intérêt d'autrui et de prérogative à exercice impératif apparaissant comme secondaires » (n° 89 et s., spéc. n° 113).

² V. S. TETARD, *Mandat et famille. Contribution à l'étude du contrat de mandat*, *op. cit.*, n° 474. Pour cette auteure, la conception d'Emmanuel Gaillard a pour inconvénient de construire le pouvoir sur le seul fondement de son opposition à d'autres notions, sans égard à la réalité juridique (n° 474) : le pouvoir ne s'opposerait pas au droit subjectif mais le compléterait en tant qu'« instrument qui permet de mettre en œuvre un droit, peu importe que ce soit le titulaire du droit lui-même qui l'exerce ou une personne désignée par lui, la loi ou le juge » (n° 475). De même, le pouvoir entendu comme s'opposant à la capacité n'existerait pas, la capacité étant en réalité « le réceptacle des droits d'une personne et des pouvoirs qui y sont attachés » (n° 476). V. déjà F. LUXEMBOURG, *La déchéance des droits. Contribution à l'étude des sanctions civiles*, éd. Panthéon-Assas, 2007, n° 276 et s.

³ V. P. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, LGDJ, 2000, n°565, n° 81 et s. Pour cet auteur, le pouvoir comme aptitude ne serait qu'un « jeu de l'esprit auquel on ne peut donner aucun contenu concret » car « l'aptitude n'a pas d'existence indépendante de la prérogative. A l'aptitude qui a la prérogative » (n° 95). Mais même ce fameux pouvoir-prérogative ne serait qu'une dénomination appliquée *a posteriori* pour constater la validité d'un acte : « on dit d'une personne qu'elle a le pouvoir de faire un acte quand l'acte est valable. Mais dire que l'acte est valable *parce que* la personne a le pouvoir de le faire est une formule tautologique : en soi, le pouvoir n'est pas la *cause* de la validité, il en est la simple constatation. Le pouvoir n'est qu'une notion didactique » (n° 101).

⁴ P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, *op. cit.*, n° 16.

⁵ *Ibid.*, n° 28.

⁶ *Ibid.*, n° 32 et s.

⁷ P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, *op. cit.*, n° 454 et s.

factuelle du pouvoir se distingue radicalement de sa conception normativiste parce qu'elle implique que le pouvoir ne soit pas attribué mais simplement reconnu par le droit »¹.

Signalons enfin que la procédure civile connaît une distinction entre la *compétence* et le *pouvoir* du juge, même si la doctrine souligne la fréquente confusion jurisprudentielle entre les deux termes². Tandis que la compétence renverrait à « la désignation, *parmi toutes les juridictions*, de celle à qui est donnée l'aptitude de connaître d'une demande »³, le pouvoir serait « l'aptitude d'une juridiction, *considérée en elle-même*, à exercer son pouvoir de juger par l'application des règles de droit applicable »⁴. Les conséquences de cette distinction sont importantes, notamment quant à leur sanction : l'absence de pouvoir entraîne une fin de non-recevoir alors que l'incompétence donne lieu à une exception de procédure⁵. Or seule la saisine d'un juge *incompétent* interrompt la prescription, au contraire de la saisine d'un juge démuné de pouvoir⁶.

62. Exclusion. Trois considérations nous incitent à écarter le droit privé : l'une est générale et commune aux trois conceptions ; les deux autres sont propres l'une à la conception factuelle, l'autre à la distinction procédurale.

La considération générale revient en fait à tirer les conséquences de nos développements précédents sur la distinction, en procédure pénale, entre les droits des personnes privées et les pouvoirs des acteurs institutionnels⁷. L'une des causes des difficultés éprouvées à rééquilibrer la phase préparatoire a été identifiée dans l'assimilation entre acteurs institutionnels émanant de l'État dépositaire du Pouvoir et parties privées défendant leurs intérêts particuliers – assimilation conduisant à une confusion des armes et à l'illusion d'un équilibre entre pouvoirs et droits. La logique impose alors de ne pas retenir les théories privatistes du pouvoir, justement parce que le droit privé s'applique à des

¹ . LOKIEC, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, op. cit., n° 456.

² C. CHAINAIS et al., *Procédure civile*, 34^e éd., Dalloz, 2018, n° 1461 ; L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 10^e éd., LexisNexis, 2017, n° 106 ; S. AMRANI-MEKKI et Y. STRICKLER, *Procédure civile*, PUF, 2014, n° 96 et 118.

³ J. HÉRON et T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, 6^e éd., LGDJ, 2015, n° 951 (nous soulignons).

⁴ L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, op. cit., n° 106.

⁵ C. CHAINAIS et al., *Procédure civile*, op. cit., n° 1461.

⁶ Code civil français, arts. 2241 et 2243. V. S. AMRANI-MEKKI et Y. STRICKLER, *Procédure civile*, op. cit., n° 118. Cette distinction est d'importance particulière en matière de référé : v. V. VUITTON et J. VUITTON, *Les référés*, 4^e éd., LexisNexis, 2018, n° 4

⁷ V. *supra* n° 28 et s.

« personnes privées, [...] quelconques, considérées dans leurs intérêts privés »¹, sous peine d'en revenir à cette assimilation et cette confusion dénoncées. Que l'on prenne pour base d'une théorie des pouvoirs le mandat², le contrat de travail³, les techniques de gestion des biens d'autrui⁴, ou la catégorie plus large du droit privé⁵, on reste dans le cadre de relations entre personnes privées dont l'une, peut-être, exerce factuellement une emprise, un pouvoir sur l'autre qui peut l'amener à décerner mandat ou contracter une obligation, mais dont aucune ne saurait descendre de l'État. L'analyse privatiste du pouvoir se situe donc à l'opposé de la procédure pénale et en particulier de notre objet d'étude, les rapports de pouvoir entre les acteurs institutionnels dans la phase préparatoire du procès pénal.

La conception factuelle du pouvoir en droit privé appelle une objection supplémentaire bien que rapide. Entendre le pouvoir comme « la faculté d'imposer sa volonté à autrui »⁶, c'est poser une définition beaucoup trop vaste, rejoignant les définitions philosophiques voyant dans le pouvoir « l'exercice d'une action sur un être humain, par laquelle on obtient qu'il consente à se comporter d'une manière qu'il n'aurait pas spontanément adoptée »⁷.

Enfin, les débats relatifs à la procédure civile suscitent, dans le cadre de nos travaux, une dernière réserve. En effet, la différence entre fin de non-recevoir et exception de procédure, qui fonde la distinction entre pouvoir et compétence, ne se retrouve pas en procédure pénale où seule la compétence semble examinée⁸ et où, quoi qu'il en soit, seule la nullité peut être envisagée comme sanction⁹.

63. Du privé au public. Nos premières escales se sont révélées peu fructueuses, puisque ni les terres de la philosophie et de la science politique ni celles du droit privé n'ont paru pouvoir être le ferment d'une conceptualisation des pouvoirs en procédure pénale.

¹ *Vocabulaire Juridique*, 10^e éd., PUF, 2014, s. v. « Particulier ».

² S. TETARD, *Mandat et famille. Contribution à l'étude du contrat de mandat*, op. cit.

³ P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, op. cit.

⁴ B. BALIVET, *Les techniques de gestion des biens d'autrui*, op. cit.

⁵ E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, op. cit.

⁶ P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, op. cit., n° 16.

⁷ *Grand dictionnaire de la philosophie*, 3^e éd., Larousse, 2012, s. v. « Pouvoir ».

⁸ V. cependant, remarquant que derrière la compétence c'est parfois l'excès de pouvoir que l'on juge : S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, op. cit., n° 1294.

⁹ *Ibid.*, n° 1295.

Faut-il, pour autant, faire demi-tour et renoncer ? Pas forcément, car déjà apparaissent de nouvelles terres, publicistes.

B. Le domaine retenu : le droit public

64. Passer la frontière. Envisager de s'intéresser au droit public alors même que le droit pénal est rattaché, dans la classification traditionnelle française, au droit privé aurait de quoi faire frémir. C'est pourtant là, sans doute, une de nos dernières chances de trouver l'inspiration pour façonner nos concepts de pouvoir. Puisque la science politique, la philosophie et même le droit privé n'ont pas été des terres d'accueil favorables, il nous reste le droit public.

Le droit public peut être défini, d'une manière très générale, comme l'« ensemble des règles juridiques concernant la complexion, le fonctionnement et les relations des États et des organisations ou collectivités qui les regroupent ou les constituent »¹. Nos propos auront plus précisément pour objet le droit public interne, plus particulièrement le droit constitutionnel.

Comment aborder les terres publicistes sans faire d'impairs ? Notre démarche se doit d'être mesurée et respectueuse. Il nous faut alors rappeler avec force qu'il s'agit de venir y trouver une simple inspiration (1), non un mécanisme à transposer tel quel en procédure pénale. Surtout, il faudra affronter une polysémie du terme pouvoirs en droit public (2) qui pourrait bien mettre à mal notre entreprise.

1. L'inspiration publiciste

65. Un choix logique. Pourquoi avoir choisi le droit public ? Il s'agit d'une décision guidée par la logique, ne serait-ce que parce que nos haltes en sciences politiques, en philosophie et en droit privé n'ont pas porté leurs fruits. Surtout, deux raisons nous poussent à élire domicile, temporairement bien sûr, sur ces terres publicistes : l'une, principale, est

¹ *Vocabulaire Juridique*, 10^e éd., PUF, 2014, s. v. « Public (droit) ».

la conséquence de notre approche des pouvoirs ; l'autre, secondaire, découle de la réfutation de la classification académique du droit pénal.

Les pouvoirs ont été approchés par un raisonnement *a contrario* en les opposant aux droits des parties privées. En effet, lors de l'étude des difficultés éprouvées à penser un rééquilibrage, nous nous sommes arrêtés sur la notion d'égalité des armes, que nous avons définie comme l'état d'esprit procédural veillant à la reconnaissance de droits aux parties privées¹. Cet état d'esprit est souvent utilisé dans le but de compenser les prérogatives toujours plus importantes des acteurs institutionnels de la phase préparatoire. Il est pourtant une différence de nature entre ces acteurs institutionnels et les parties privées, d'où découle une différence de nature de leurs attributions, qui ne sauraient véritablement s'équilibrer. Aux acteurs institutionnels des pouvoirs, aux parties privées des droits. La raison en est simple : le ministère public, la police et le juge émanent de l'État². Or, le droit public a pour objet les « relations dans lesquelles intervient l'État »³. S'intéresser aux conceptualisations du pouvoir en droit public est ainsi la conséquence directe de l'approche des pouvoirs à équilibrer comme étant des prérogatives d'une nature particulière car attribués à des organes étatiques. Pourrait surgir ici une contradiction. Les théories philosophiques et politiques du pouvoir ont été écartées au motif que, si les prérogatives des acteurs institutionnels du procès pénal ont pour origine le Pouvoir politique, il ne s'agit que d'une source lointaine⁴. Pourquoi cela changerait-il maintenant que nous étudions le droit public ? Le Pouvoir étudié par le droit public n'est-il pas, à la base, le même que celui étudié par les politistes et les philosophes ? C'est que, dans le droit public, le pouvoir devient un objet de réflexion juridique, contrairement à la science politique et à la philosophie. En d'autres termes, le pouvoir, par la médiation de la pensée publiciste, devient lui-même juridique, c'est-à-dire apte à être utilisé dans des recherches en droit : « à la différence de la science politique, la science moderne du droit constitutionnel n'étudie pas le phénomène du pouvoir sous toutes ses formes et dans toutes les sociétés, mais seulement celui qui s'exerce dans la forme *juridique* et que l'on appelle État »⁵.

La seconde raison qui pousse à s'intéresser à la pensée du droit public tient à la place du droit pénal dans la *summa divisio* droit privé/droit public. S'il n'est nulle question

¹ V. *supra*, n° 25.

² V. *supra* n° 28-1 et s.

³ P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 4^e éd., LGDJ, 2017, n° 151.

⁴ V. *supra* n° 59 et s.

⁵ F. HAMON et M. TROPER, *Droit constitutionnel, op. cit.*, n° 63 (nous soulignons).

de faire ici une histoire ou une théorie générale de la distinction entre ces deux branches du droit¹, il convient de rappeler que le droit pénal est aujourd'hui classé académiquement parmi les branches du droit privé. Historiquement, le rattachement a lieu lors de la réorganisation de l'agrégation des facultés de droit en deux concours distincts (droit privé, droit public) à la fin du XIX^e siècle. Adhémar Esmein, chargé par l'administration de préparer la réforme, livre dans son rapport une argumentation surprenante :

« Logiquement, scientifiquement, [le droit pénal] appartient au droit public, car dans sa conception moderne tout délit est une atteinte à l'ordre public, une attaque contre l'État. En outre, le droit pénal contient les théories pénitentiaires qui n'ont aucun rapport avec le droit privé, et la procédure criminelle, en tant qu'elle organise la garantie de la liberté individuelle et règle l'institution du jury, rentre incontestablement dans le droit public. Mais d'autre part, le droit criminel est appliqué par les tribunaux judiciaires comme le droit civil ; il est interprété par les mêmes juristes dans la pratique et par les mêmes méthodes. Enfin, bien que nous rompions avec le passé, nous ne pouvons oublier que, dans nos concours jusqu'en 1891, le droit criminel est resté constamment marié au droit civil, c'est cette union traditionnelle que nous proposons de maintenir. En mettant ainsi le droit criminel dans la section de droit privé, nous y introduisons d'ailleurs un élément philosophique dont on ne saurait méconnaître l'importance ou la valeur. »²

Ce raisonnement, pour Maud Baldovini, « défie à la fois la science et la logique »³. Le rapport de 1896 s'inscrit en réalité dans un contexte très particulier d'affrontement, sous la III^e République, entre deux conceptions de l'enseignement du droit privilégiant l'une la formation pratique (esprit des enseignants de droit privé), l'autre la formation théorique (esprit des enseignants de droit public). Depuis, l'affiliation du droit pénal au droit privé

¹ V. les contributions de Louis-Augustin Barrière (« Une approche historique de la *summa divisio* droit public-droit privé »), de Christian Atias (« Un point de vue de droit privé ? ») et d'Etienne Picard (« Pourquoi certaines branches du droit échappent-elles à la *summa divisio* ? ») dans B. BONNET et P. DEUMIER (dir.), *De l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé ?*, Dalloz, 2010, respectivement p. 7, 37 et 65. Plus récemment, v. les contributions de Grégoire Bigot (« La distinction du droit public et du droit privé au prisme de la doctrine française du premier XIX^e siècle »), de Stefan Hammer (« La distinction entre le droit public et le droit privé dans l'espace germanique de l'époque absolutiste à l'État constitutionnel démocratique »), d'Ewald Wiederin (« La distinction entre le droit public et le droit privé dans les pays germanophones de 1945 à nos jours ») et d'Elio Tavilla (« Droit, administration, politique : l'impermanence des frontières entre public et privé dans l'expérience juridique italienne des XIX^e et XX^e siècles ») dans P. ALVAZZI DEL FRATE, S. BLOQUET et A. VERGNE (dir.), *La summa divisio droit public / droit privé dans l'histoire de systèmes juridiques en Europe (XIX^e-XXI^e siècles)*, LGDJ, 2018, respectivement p.15, 93, 165 et 175.

² A. ESMEIN, « Rapport présenté au Conseil supérieur de l'instruction publique, le 23 juillet 1896, sur un projet d'arrêté portant réorganisation de l'agrégation des facultés de droit », dans A. DE BEAUCHAMP, *Recueil des lois et règlement sur l'enseignement supérieur comprenant les décisions de la jurisprudence et les avis des conseils de l'instruction publique et du Conseil d'État*, Delalain, 1898, Tome V, p. 607, spéc. p. 610.

³ M. BALDOVINI, « La classification du droit pénal et la configuration concurrentielle de la faculté de droit à la fin du XIX^e siècle », *Revue d'histoire des Facultés de droit et de la culture juridique* 2012, n° 32, p. 151.

s'est académiquement maintenue, même si on a remarqué que ce droit « peine depuis toujours à entrer dans cette division droit privé/droit public »¹. Certains le classent parmi les matières du droit privé², d'autres parmi les matières du droit public³, voire un peu entre les deux, reconnaissant qu'il « appartient par définition au droit public » mais qu'il « aide également le droit privé »⁴. On a aussi pu écrire que, suivant l'infraction considérée, il existe un droit pénal privé et un droit pénal public⁵.

Il reste qu'effectivement, scientifiquement, le droit pénal est *par définition* un droit public, car il met en œuvre le pouvoir de punir de l'État⁶. Sa procédure, qui fait intervenir à titre obligatoire un nombre très important d'acteurs étatiques – le ministère public est toujours partie principale, contrairement aux autres matières – ressort essentiellement du droit public. D'autant que dans de nombreux pays le droit pénal est une subdivision du droit public⁷.

L'étude des théorisations du pouvoir en droit public paraît ainsi être une étape scientifiquement logique dans notre recherche des concepts de pouvoir à équilibrer dans la phase préparatoire du procès pénal. Reste à savoir comment utiliser les éléments recueillis.

66. Une simple inspiration. Il faut réaffirmer ici qu'il ne s'agit pas de chercher dans le droit public des concepts de pouvoir livrés clé en main, mais bien de *s'inspirer* des solutions proposées dans le contexte particulier du droit public pour en tirer, si possible, des idées phares à ensuite façonner.

Le danger de la recherche dans un domaine étranger à sa spécialité est de ne pas saisir le contexte de la nouvelle matière et de transposer telles quelles des solutions pensées

¹ P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, op. cit., n° 151. V., parlant d'un droit « au-dessus de la mêlée », J.-M. BURGUBURU, « Droit public et droit privé au début du XXI^e siècle : de la séparation à l'interpénétration », dans *L'État, le Droit, le Politique. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Colliard*, Dalloz, 2014, p. 9, spéc. p. 19.

² V. par exemple R. CABRILLAC, *Introduction générale au droit*, 12^e éd., Dalloz, 2017, n° 66.

³ V. par exemple F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, 10^e éd., Dalloz, 2015, n° 102 et s.

⁴ B. BOULOC, *Droit pénal général*, 26^e éd., Dalloz, 2017, n° 31.

⁵ C. EISENMANN, « Droit public, droit privé », dans C. EISENMANN, *Écrits de théorie du droit constitutionnel et d'idées politiques*, éd. Panthéon Assas, 2002, p. 49, spéc. p. 59-60. Il y aurait un droit pénal public des infractions commises par des particuliers contre l'État et un droit pénal privé des infractions commises par des particuliers contre d'autres particuliers.

⁶ « Le droit pénal concerne la communauté constitutionnelle en sa substantialité, parce que le crime nie “le droit comme droit” » : M. KÖHLER, « Le droit pénal entre public et privé », *Arch. phil. dr.* 1997, p. 199.

⁷ C'est ainsi le cas en Italie et en Allemagne, mais aussi dans les pays anglophones : v. J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, 4^e éd., Dalloz, 2016, n° 8.

au regard de certains éléments qui peuvent être absents d'autres branches. Ainsi, le droit public est marqué par des questions de souveraineté, d'organisation du pouvoir constituant, de droit électoral, d'administration, etc. Ces éléments de contexte très importants ne se retrouvent pas dans notre cadre de recherche, la phase préparatoire de premier degré du procès pénal. Non pas que le droit pénal et sa procédure ignorent par exemple les questions de souveraineté : la simple mention de la compétence universelle, du mandat d'arrêt européen, de l'extradition ou encore de la justice pénale internationale suffit à démontrer une prise en compte de ces questions par la matière pénale¹. Toutefois, notre domaine de réflexion est très précis : il s'agit des rapports de pouvoir entre différents organes étatiques lors de la phase préparatoire d'un procès pénal « classique », c'est-à-dire n'impliquant pas une procédure transfrontalière. Aussi devons-nous être prudents lors de l'étude du pouvoir en droit public et veiller à nous détacher des considérations particulières à cette matière.

La logique mène donc à s'inspirer, mais s'inspirer seulement, du droit public pour conceptualiser les pouvoirs à équilibrer. Toutefois, l'exploration du pouvoir en droit public se heurte à une polysémie parfois déroutante.

2. La polysémie publiciste

67. L'exploration du pouvoir en droit public. L'un des meilleurs moyens de rendre compte de la polysémie de la notion de pouvoir en droit public est encore de parcourir les différents lexiques et dictionnaires, dans l'espoir de faire ressortir de la masse des lignes-guides.

Dans leur *Lexique de droit constitutionnel*, Pierre Avril et Jean Gicquel définissent ainsi le pouvoir : « désigne les actes qu'une autorité publique est juridiquement habilitée à accomplir. Ce terme est couramment employé comme synonyme de *compétence*. Du point de vue constitutionnel, il renvoie à l'exercice de la *souveraineté* et présente un caractère originel : le *pouvoir législatif*, le *pouvoir exécutif*, dont sont investis certains organes qui constituent les *pouvoirs publics* »².

¹ V. P. BEAUVAIS, « Les mutations de la souveraineté pénale », dans *L'exigence de justice. Mélanges en l'honneur de Robert Badinter*, Dalloz, 2016, p. 71.

² P. AVRIL et J. GICQUEL, *Lexique de droit constitutionnel*, 5^e éd., PUF, 2016, s. v. « Pouvoir ».

Olivier Duhamel et Yves Mény, eux, remarquent que le terme pouvoir vient du latin *potestas*, capacité d'agir¹, et lui reconnaissent différents sens suivant le contexte (puissance, droit d'agir pour un autre, autorités, pouvoirs publics, crédit, ascendant, etc.). Ils distinguent de même plusieurs types de pouvoirs (politique, économique, civil, etc.)².

Mathieu Touzeil-Divina relève que « le pouvoir s'exprime au singulier comme au pluriel et sous des formes organique et matérielle. Dans chaque État coexistent ainsi différents "pouvoirs" au sens organique, c'est-à-dire comme équivalent d'autorités instituées qui détiennent des compétences, et au sens matériel comme synonyme de ces mêmes compétences »³.

Enfin, le *Dictionnaire du droit constitutionnel*, rattachant lui aussi pouvoir à *potestas*, indique que « le pouvoir est le phénomène de commandement et d'obéissance faisant naître une relation inégalitaire (asymétrique) entre les gouvernants et les gouvernés »⁴, mais qu'il peut aussi désigner une fonction ou un organe.

68. Première approche. Que retenir de ces définitions ? La polysémie peut paraître décourageante. Plusieurs traits communs semblent toutefois se dégager.

Tout d'abord, un lien est fait entre le pouvoir et la puissance, le commandement, l'obéissance. On retrouve ici les interrogations philosophiques et politiques sur la nature du pouvoir et sa légitimité. C'est-à-dire que les mêmes critiques peuvent être faites sur la contextualisation trop poussée de cette acception et sur son étendue trop vaste⁵.

Ensuite, on relie le pouvoir à la notion de souveraineté, avec en arrière-plan l'idée du couple pouvoir constituant/pouvoir constitué. Mais nous avons déjà souligné la nécessité de prendre en compte le contexte des différentes définitions ainsi que la moindre importance des questions de souveraineté dans le cadre précis de nos recherches⁶. Cela incite à écarter ce sens du pouvoir.

¹ Pour une histoire de la formation du terme pouvoir, v. A. REY, *Dictionnaire historique de la langue française*, Nouvelle édition augmentée, Le Robert, 2016, s. v. « Pouvoir ».

² O. DUHAMEL et Y. MENY (dir.) *Dictionnaire constitutionnel*, PUF, 1992, s. v. « Pouvoir ».

³ M. TOUZEIL-DIVINA, *Dictionnaire de droit public interne*, LexisNexis, 2017, s. v. « Pouvoir ».

⁴ A. LE DIVELLEC et M. DE VILLIERS, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, 11^e éd., Sirey, 2017, s. v. « Pouvoir ».

⁵ V. *supra* n° 60.

⁶ V. *supra* n° 66.

Émerge enfin l'idée d'un concept de pouvoir désignant une *compétence*, mais aussi un *organe* ou une *fonction*. Or de tels termes semblent pouvoir être isolés de leur contexte de droit public et inspirer une réflexion dans le cadre de la phase préparatoire du procès pénal. Ne parle-t-on pas de *compétence* du ministère public à exercer une *fonction* de poursuite ? Ne dit-on pas que le vice éternel de l'institution du juge d'instruction est de cumuler entre les mains d'un même *organe* les *fonctions* de poursuite et de juridiction ? Émerge, derrière le pouvoir, une trilogie des pouvoirs.

69. Du pouvoir aux pouvoirs. Les différentes approches du pouvoir par le droit public peuvent nous inspirer en nous guidant vers les concepts de *pouvoir-fonction*, de *pouvoir-compétence* et de *pouvoir-organe*. C'est ainsi que le *Vocabulaire juridique*, lorsqu'il détaille le sens de la locution « un pouvoir » en droit public, lui trouve trois synonymes : l'organe, la fonction et la compétence¹. C'est avec ce triptyque à l'esprit qu'il convient, maintenant, de façonner nos pouvoirs.

§ 2. La définition des pouvoirs

70. De l'inspiration à la définition. Si le terme pouvoir a été un peu éclairci par la distinction fonction/organe/compétence, nous ne pouvons pas encore en saisir totalement le sens. En effet, qu'est-ce qu'une fonction, qu'un organe ou qu'une compétence ? Autant de termes aussi vastes que l'étaient à l'origine nos pouvoirs... Il convient donc de passer de l'inspiration à la définition et de poser nos concepts de pouvoirs en partant de la trilogie publiciste.

L'étude plus poussée des écrits de droit constitutionnel et de droit administratif permet d'isoler, dans un premier temps, le couple pouvoir-fonction/pouvoir-organe, souvent confondus. S'inspirant à nouveau de la doctrine de droit public, il conviendra de clarifier leurs rapports (A). Il restera ensuite à définir le pouvoir-compétence, duquel paraît en réalité devoir être extraite une quatrième et dernière notion : le pouvoir-prérogative (B).

¹ *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., PUF, 2014, s. v. « Pouvoir ».

A. La distinction entre le pouvoir-fonction et le pouvoir-organe

71. Confusion. Parler de pouvoir-fonction et de pouvoir-organe suppose, à l'évidence, de savoir ce qu'est une fonction et ce qu'est un organe. Ici, les écrits de droit constitutionnel, en particulier de théorie de l'État, nous seront utiles. En effet, nombreux sont les auteurs à souligner une utilisation parfois confuse des deux acceptions : le terme pouvoir est employé pour désigner indifféremment l'organe ou la fonction¹. Une fonction sera alors définie par la nature ou la procédure de l'organe l'exerçant, comme l'organe sera considéré au regard de la fonction qu'il exerce, ce qui n'est pas sans rappeler l'analyse, en procédure pénale, de la police judiciaire, à la fois fonction et organe². Charles Eisenmann a, en droit public, fortement critiqué cette confusion :

« Qu'est-ce qui peut permettre de dire : tel groupe d'organes exerce une seule fonction, exerce seul une fonction, ou au contraire : tel groupe d'organes exerce plusieurs fonctions (ou y participe), telle fonction est exercée par plusieurs groupes, – si l'on n'a pas établi une distinction et des définitions antérieures des fonctions prises en elles-mêmes, abstraction faite des organes qui les exerceraient ? C'est donc là la tâche première [...] »³

Il importe donc d'envisager le pouvoir-fonction (1) puis le pouvoir-organe (2) de manière aussi isolée que possible. Dans les deux cas, nous exposerons les différents sens du concept en question avant de le définir dans le cadre de notre recherche.

¹ V. notamment M. VERPEAUX, *Droit constitutionnel français*, 2^e éd., PUF, 2015, n° 136 ; M. TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, LGDJ, 1980 rééd. 2015, p. 155 ; C. EISENMANN, « L'Esprit des lois et la séparation des pouvoirs », dans C. EISENMANN, *Écrits de théorie du droit constitutionnel et d'idées politiques*, éd. Panthéon Assas, 2002, p. 565, spéc. n° 1 ; R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Dalloz, 1920-1922 rééd. 2004, Tome I, note 1 p. 259 ; G. TIMSIT, *Le rôle de la notion de fonction administrative en droit administratif français*, LGDJ, 1963, p. 1 ; R. GUASTINI, *Leçons de théorie constitutionnelle*, Dalloz, 2010, p. 147 et s. ; O. BEAUD, « La multiplication des pouvoirs », *Pouvoirs* 2012, n° 143, p. 47 ; O. BEAUD, « Les mots pour le dire : autorité, pouvoir, dans le débat actuel », *Après-demain* 2017, n° 41, p. 3 ; A. LE DIVELLEC, « L'articulation des pouvoirs dans les démocraties parlementaires européennes ; fusion et mitigation », *Pouvoirs* 2012, n° 143, p. 123.

² « Le même mot désigne ainsi, à la fois, les actes et les agents qui les accomplissent et revêt donc un sens fonctionnel et un sens organique » : R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel. Procédure pénale*, 5^e éd., Cujas, 2001, Tome II, n° 236 (nous soulignons). Cette présentation de la police judiciaire à la fois organe et fonction est aujourd'hui classique : v., parlant d'ambivalence, S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, op. cit., n° 643 mais aussi T. GARÉ et C. GINESTET, *Droit pénal. Procédure pénale*, 10^e éd., Dalloz, 2018, n° 421. V. aussi, parlant d'équivoque, F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, 4^e éd., Economica, 2015, n° 857. V. encore G. ROUSSEL, *Procédure pénale*, 9^e éd., Vuibert, 2018, n° 447 ; E. VERNY, *Procédure pénale*, 6^e éd., Dalloz, 2018, n° 35 ; J. PRADEL, *Procédure pénale*, 19^e éd., Cujas, 2017, n° 409 ; M.-L. RASSAT, *Procédure pénale*, 3^e éd., Ellipses, 2017, n° 158 ; B. BOULOC, *Procédure pénale*, 26^e éd., Dalloz, 2017, n° 408 ; C. SOURZAT, *Droit pénal général et procédure pénale*, 2^e éd., Larcier, 2016, n° 779 ; F. FOURMENT, *Procédure pénale*, 14^e éd., Larcier, 2013, n° 105 ; P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Procédure pénale*, 4^e éd., 2002, n° 254.

³ C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, 1983, rééd. LGDJ 2014, Tome I, p. 101.

1. La définition du pouvoir-fonction

72. Différentes acceptions du pouvoir-fonction. L'approche de la notion de fonction est assez complexe tant les auteurs, en particulier les grands maîtres, ont eu des vues divergentes. Émerge cependant un consensus de la doctrine sur le fait que la fonction désigne *une activité*¹. Passé cet accord, en revanche, les auteurs exposent des théories très différentes. Par souci de pédagogie, on peut reprendre la distinction proposée par Charles Eisenmann entre fonction-fin et fonction-moyen². L'auteur reconnaît cependant lui-même qu'il ne saurait y avoir de séparation étanche entre les deux.

73. La fonction-fin. L'idée de fonction-fin est développée par les théories politico-sociales des fonctions (de l'État)³. Ici, « s'interroger sur les "fonctions de l'État", c'est se demander quels rôles l'appareil étatique assume envers la collectivité étatique au sein de laquelle il agit, c'est-à-dire en quoi il contribue à sa vie, ce qu'il lui apporte »⁴. Si la fonction est toujours envisagée comme une activité, on s'intéresse donc *aux buts* de cette activité par rapport à un ensemble plus grand. L'un des grands représentants de cette école est Georg Jellinek, pour qui les fonctions « résultent du rapport existant entre l'activité de l'État et les buts de l'État »⁵. Cette approche de la fonction comme fonction-fin, c'est-à-dire comme l'étude et la détermination des buts de l'activité, a été fortement critiquée par Raymond Carré de Malberg mais aussi par Léon Duguit, les deux géants semblant s'accorder sur le fait que l'étude des buts (ici, de l'activité de l'État) se situe en dehors de

¹ Constat fait par C. EISENMANN, « Les fonctions de l'État », dans C. EISENMANN, *Écrits de théorie du droit constitutionnel et d'idées politiques*, éd. Panthéon Assas, 2002, p. 183, spéc. p. 184. V. aussi G. TIMSIT, *Le rôle de la notion de fonction administrative en droit administratif français*, *op. cit.*, p. 4.

² C. EISENMANN, « Les fonctions de l'État », *op. cit.*

³ Gérard Timsit parle, lui, d'acception finaliste de la fonction : v. G. TIMSIT, *Le rôle de la notion de fonction administrative en droit administratif français*, *op. cit.*, p. 14.

⁴ C. EISENMANN, « Les fonctions de l'État », *op. cit.*, spéc. p. 185.

⁵ G. JELLINEK, *L'État moderne et son droit. Deuxième partie : Théorie juridique de l'État*, éd. Panthéon-Assas, 1913 rééd. 2005, p. 317. Signalons ici que l'auteur désigne par cette définition les fonctions qu'il appelle matérielles, par opposition aux fonctions formelles. Toutefois, il s'agit d'une dénomination particulière puisque si l'on va retrouver ensuite la notion de fonction matérielle et de fonction formelle, c'est dans le cadre des fonctions-moyens et non des fonctions-fins.

la science juridique¹. Cette critique est à son tour réfutée par Charles Eisenmann, pour qui le juriste doit aussi s'intéresser à la fonction comme but².

74. La fonction-moyen. À l'opposé de la fonction-fin, l'idée de fonction-moyen est rattachée aux théories dites juridiques des fonctions (de l'État)³. Selon ce mouvement, « analyser les fonctions de l'État, c'est analyser les “objets” qui sont comme les produits de l'activité des organes étatiques, en considérant exclusivement ce qu'ils sont en eux-mêmes »⁴. Ce n'est donc plus le but de l'activité, mais l'activité elle-même qui est observée. Ici, toutefois, Charles Eisenmann distingue deux sous-mouvements, selon que l'analyse soit rationnelle ou positive⁵.

Les analyses rationnelles se fondent « uniquement sur des caractères qui sont inhérents aux actes qui en sont l'exercice et la manifestation, sur des traits qui sont en eux »⁶. On parle aussi d'approche *matérielle* de la fonction. Parmi ses hérauts, Léon Duguit⁷.

Les analyses positives, elles, appréhendent l'acte d'une manière *formelle*, se fondant sur la procédure et sur l'organe ayant adopté l'acte. Il s'agit d'« analyses qui se fondent sur des éléments de réglementation juridique, de régime juridique des actes, donc de droit positif, indépendamment de toute considération relative à ce que ces actes sont en eux-mêmes, pour quelqu'un qui les observe directement »⁸. Le plus célèbre représentant de l'appréhension formelle est Raymond Carré de Malberg qui ramène tout à la procédure,

¹ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, op. cit., Tome I, n° 88 ; L. DUGUIT, *Manuel de droit constitutionnel*, éd. Panthéon Assas, 1923 rééd. 2007, p. 86 et s.

² C. EISENMANN, « Les fonctions de l'État », op. cit., spéc. p. 188. Toutefois, l'auteur critique Georg Jellinek non pas sur sa démarche mais sur ses résultats, c'est-à-dire sur les buts qu'il assigne à l'État. Une attitude similaire est adoptée par Maurice Hauriou qui, tout en critiquant la doctrine de Georg Jellinek, définit la fonction de l'État comme celle de « créer des procédures pour la poursuite des différents *buts* de la vie sociale et pour la poursuite des siens propres » (M. HAURIOU, *Principes de droit public*, Dalloz, 1910 rééd. 2010, p. 697).

³ Gérard Timsit parle, lui, d'acception objective de la fonction : v. G. TIMSIT, *Le rôle de la notion de fonction administrative en droit administratif français*, op. cit., p. 14.

⁴ C. EISENMANN, « Les fonctions de l'État », op. cit., spéc. p. 184.

⁵ *Ibid.*, p. 190 et s.

⁶ *Ibid.*, spéc. p. 190.

⁷ « Nous étudions ces fonctions au point de vue purement *matériel*, c'est-à-dire nous cherchons à déterminer leur nature intrinsèque, sans tenir compte du caractère de l'organe ou de l'agent qui les remplit » : L. DUGUIT, *Manuel de droit constitutionnel*, op. cit., p. 88. Un doute peut toutefois s'installer puisque l'auteur, quelques pages plus tard (p. 156), écrit que « la conception de la fonction implique une manifestation de l'activité et [...] les différentes fonctions ne peuvent se distinguer les unes des autres que par la forme extérieure de cette activité ».

⁸ C. EISENMANN, « Les fonctions de l'État », op. cit., spéc. p. 203.

aux organes, aux formes d'exercice de l'activité¹. Il s'attire ainsi les foudres de Léon Duguit, qui dénonce une confusion entre fonction matérielle et fonction formelle², mais aussi de Charles Eisenmann, pour qui l'analyse formelle revient à définir la fonction par l'organe³.

À ces analyses qui s'intéressent à la manifestation de l'activité, c'est-à-dire à l'*acte* que l'on analysera ensuite matériellement ou formellement, il convient sans doute d'ajouter la conception de Georges Burdeau. Dans ses *Remarques sur la classification des fonctions étatiques* publiées en 1945⁴, cet auteur dénonce en quelques lignes la doctrine de l'époque :

« Schématiquement, la thèse encore en faveur repose sur un double postulat, à savoir, d'une part, que les activités étatiques ne peuvent être distinguées qu'à partir de la nature juridique des actes qui leur servent d'instruments, d'autre part que cette nature juridique doit être identifiée par rapport au rôle de l'acte dans l'entreprise de législation. Ni l'une ni l'autre de ces deux propositions ne peut être retenue. [...] Les actes juridiques sont, parmi d'autres [...] des *moyens* à la disposition des gouvernants dans l'exercice de leurs diverses fonctions. [...] Mais en aucun cas on ne peut considérer que le recours à telle catégorie d'actes juridiques soit le privilège exclusif d'une fonction. Qui dit fonction, dit vue synthétique de l'objet d'une activité, par conséquent volonté de diriger cette activité. Définir la fonction par l'acte, c'est oublier que la fonction a d'abord un objet. »⁵

L'auteur propose donc de se concentrer non plus sur la manifestation de l'activité, c'est-à-dire l'*acte* – que l'on peut ensuite approcher d'une manière formelle ou matérielle – mais sur l'*objet même de l'activité*, ce sur quoi elle porte.

75. La définition retenue du pouvoir-fonction. L'heure du choix venue, les différentes acceptions du pouvoir-fonction doivent être synthétiquement reprises. Il s'agit quoi qu'il en soit d'une *activité*. Cependant, celle-ci peut être analysée au regard de ses *buts*

¹ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, *op. cit.*, Tome I, n° 87 et s. Pour des présentations claires d'une pensée parfois complexe, v. C. EISENMANN, « La théorie des fonctions de l'État chez Carré de Malberg », dans C. EISENMANN, *Écrits de théorie du droit constitutionnel et d'idées politiques*, éd. Panthéon Assas, 2002, p. 221 ; G. BURDEAU, « Raymond Carré de Malberg, son œuvre, sa doctrine », dans G. BURDEAU, *Écrits de droit constitutionnel et de science politique. 1935-1984*, éd. Panthéon-Assas, 2011, p. 23.

² L. DUGUIT, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 90.

³ « Alors qu'il s'agit de définir la fonction d'un organe ou d'un groupe d'organes, alors que l'organe est donc une donnée du problème, comment pourrait-il bien entrer dans la définition de la fonction ? » : C. EISENMANN, « La théorie des fonctions de l'État chez Carré de Malberg », *op. cit.*, spéc. p. 221.

⁴ G. BURDEAU, « Remarques sur la classification des fonctions étatiques », dans G. BURDEAU, *Écrits de droit constitutionnel et de science politique. 1935-1984*, éd. Panthéon-Assas, 2011, p. 111.

⁵ *Ibid.*, spéc. p. 115-116 (nous soulignons). V. aussi H. VIZIOZ, *Études de procédure*, Dalloz, 1956 rééd. 2011, p. 97.

(fonction-fin) ou *d'elle-même* (fonction-moyen). Si l'on se focalise sur l'activité elle-même, il nous faut savoir si domine dans notre analyse l'étude des manifestations de l'activité, c'est-à-dire des *actes* – on peut alors avoir une approche soit *formelle*, basée sur la procédure et l'organe, soit *matérielle*, centrée sur les qualités inhérentes de l'acte – ou bien l'étude de l'*objet* de l'activité.

S'agissant de la question de la fonction-fin et de la fonction-moyen, nous rejoignons Charles Eisenmann lorsqu'il pousse le juriste à ne pas écarter de ses recherches la fonction comme but¹. En effet, toute activité – ce qu'est, indéniablement, toute fonction – suppose un but à atteindre. L'on ne s'*active* pas pour rien. Toutefois, l'étude du but ne suffit pas, car celui de la procédure pénale se résume à l'application du droit matériel². Aussi, si le pouvoir-fonction peut d'ores et déjà être définie comme une *activité finalisée*, il manque encore des éléments pour pouvoir utiliser ce concept dans la recherche d'un équilibre des pouvoirs dans la phase préparatoire du procès pénal. Il faut alors se tourner vers les différents courants de l'analyse de la fonction comme fonction-moyen pour finaliser notre concept.

Au sein de l'analyse de la fonction-moyen, sont distinguées, on l'a dit, l'analyse de la fonction par l'acte et l'analyse de la fonction par l'objet de l'activité. L'approche de la fonction par l'acte doit cependant être écartée. En effet, soit on analyse l'acte formellement, et on en vient à définir la fonction par l'organe³, soit on analyse l'acte du point de vue matériel, et on en vient à oublier que « la fonction a d'abord un objet »⁴. Définir la fonction par l'acte revient à dire que parce que l'activité se traduit en une sorte d'actes, elle peut être isolée en tant que fonction. Pourtant, n'est-il pas plus logique et naturel de dire que c'est parce que l'activité a un objet précis que celle-ci se manifestera par tels ou tels actes ?

Aussi pouvons-nous définir, dans le cadre de cette recherche, le pouvoir-fonction comme suit : **le pouvoir-fonction consiste en une activité finalisée ayant un objet précisément circonscrit qui lui donne sa spécificité**. Une telle définition présente l'avantage de ne pas faire dépendre la notion de pouvoir-fonction de celle de pouvoir-organe. Mais, alors, qu'est-ce qu'un pouvoir-organe ?

¹ C. EISENMANN, « Les fonctions de l'État », *op. cit.*, spéc. p. 188.

² S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, *op. cit.*, n° 2.

³ C. EISENMANN, « La théorie des fonctions de l'État chez Carré de Malberg », *op. cit.*, spéc. p. 221.

⁴ G. BURDEAU, « Remarques sur la classification des fonctions étatiques », *op. cit.*, spéc. p. 116.

2. La définition du pouvoir-organe

76. Les différentes acceptions du pouvoir-organe. La notion d'organe donne sans doute lieu à moins d'approches divergentes en droit public, notamment quant à la question des organes de l'État. Schématiquement, deux écoles s'affrontent.

La première, majoritaire, voit dans l'organe une manifestation naturelle du phénomène du groupe¹. L'État, parce que groupe organisé, doit exprimer une volonté unique et cela suppose que la volonté de certains soit réputée valoir celle de l'État². D'où la création d'organes, qui se différencient ainsi du mécanisme du mandat et de la représentation supposant deux volontés différentes (celle du mandant, celle du mandataire). Avec l'organe, qui fait corps avec l'État, il n'y a qu'une seule et même volonté³. Reste à savoir pourquoi la volonté de l'organe sera réputée être celle de l'État. Ici, la solution est classiquement trouvée dans la Constitution. Ainsi Raymond Carré de Malberg définit l'organe comme « un individu ou un collège d'individus, dont la volonté est érigée en volonté de l'État par le statut organique de la collectivité nationale »⁴. Georg Jellinek opère ensuite une distinction entre différents types d'organes, notamment entre les organes immédiats, « dont l'existence détermine la forme même du groupe, dont la disparition [...] désorganise complètement l'État ou même le renverse de fond en comble »⁵ et, à l'opposé, les organes médiats⁶.

Léon Duguit, en revanche, se pose en adversaire résolu de la théorie de l'organe. Pour lui, les choses sont entendues : la notion d'organe n'existe pas. Cela découle en réalité de sa conception particulière de l'État. La théorie de l'organe est en effet l'aboutissement logique d'une vision personnifiée de l'État, que l'on dote d'une personnalité et qui, comme le corps humain de la personne, s'exprime à travers des organes. Léon Duguit, en revanche,

¹ « De la seule nature de l'État, unité, groupe organisé, découle nécessairement l'existence d'organes de l'État. Un État sans organe, c'est une conception irréalisable, synonyme d'anarchie, une *contradictio in adjecto* » : G. JELLINEK, *L'État moderne et son droit. Deuxième partie : Théorie juridique de l'État*, op. cit., p. 225.

² *Ibid.*, p. 219 et s.

³ L. DUGUIT, *L'État, les gouvernants et les agents*, Dalloz, 1903 rééd. 2005, p. 27.

⁴ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, op. cit., Tome II, n° 437 (nous soulignons).

⁵ G. JELLINEK, *L'État moderne et son droit. Deuxième partie : Théorie juridique de l'État*, op. cit., p. 225 et s.

⁶ *Ibid.*, p. 244 et s.

ne reconnaît une telle personnalité à l'État¹. Il concède toutefois que si l'on reconnaît cette personnalité, la théorie de l'organe en découle naturellement².

77. La définition retenue du pouvoir-organe. Façonner le concept de pouvoir-organe présente, dans le cadre de notre recherche, moins de difficultés que l'étude du concept de pouvoir-fonction. En effet, que l'on refuse la théorie de l'organe ou que l'on y adhère, un trait se dégage : la nécessité, au sein de l'État ou de tout groupe, d'*organiser* ses activités, c'est-à-dire de les « ordonner [...] de manière à former *un tout cohérent* »³ en les confiant à différents individus ou groupes d'individus. Ainsi, même s'il refuse la notion d'organe, Léon Duguit affirme que ces différents groupes « ont acquis peu à peu une structure [...] dont il importe de déterminer le principe »⁴. C'est dire que l'organe, abstraction faite de la question de la personnalité de l'État, n'est autre qu'un « rouage d'une organisation »⁵, un des « éléments qui, liés à la structure d'une institution, en assurent le fonctionnement, par leur action combinée »⁶. En somme, un « élément constitutif d'un tout »⁷.

Aussi sommes-nous en mesure de définir, dans le cadre de notre recherche, le pouvoir-organe : **le pouvoir-organe désigne tout élément organisé de l'appareil étatique participant de manière cohérente à la structure d'une institution plus large.** Ici encore, une telle définition permet d'envisager l'organe sans considération de la fonction, même s'il est bien évident que la tâche de tout organe est d'exercer une ou plusieurs fonctions⁸.

78. Bilan d'étape : le pouvoir-fonction et le pouvoir-organe. Jusqu'à présent, l'inspiration publiciste semble porter ses fruits puisqu'elle a permis de définir deux concepts de pouvoir à savoir le pouvoir-fonction et le pouvoir-organe qui doivent

¹ L. DUGUIT, *Manuel de droit constitutionnel*, op. cit., p. 124. V. aussi L. DUGUIT, *L'État, les gouvernants et les agents*, op. cit., p. 47 et s.

² *Ibid.*, p. 48. V. aussi, admettant la notion d'organe de l'État au seul titre de métaphore, J. JIANG, *Théorie du droit public*, L'Harmattan, 2010, p. 99.

³ *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e éd., s. v. « Organiser ».

⁴ L. DUGUIT, *Manuel de droit constitutionnel*, op. cit., p. 124.

⁵ *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., PUF, 2014, s. v. « Organe », sens 1.

⁶ *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., PUF, 2014, s. v. « Organe », sens 1.

⁷ *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e éd., s. v. « Organe ».

⁸ « C'est la fonction qui détermine la qualité d'organe d'un individu » : H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, Bruylant et LGDJ, 1945 trad. 1997, p. 246.

impérativement être définis de manière isolée sous peine de créer un cercle vicieux où la définition de chacun dépendrait de celle de l'autre.

Le *pouvoir-fonction* consiste en une activité finalisée ayant un objet précisément circonscrit qui lui donne sa spécificité.

Le *pouvoir-organe* désigne tout élément organisé participant de manière cohérente à la structure d'une institution plus large.

Il reste donc à étudier le dernier élément de la trilogie, le pouvoir-compétence, pour s'apercevoir de la nécessité d'ajouter un quatrième concept : le pouvoir-prérogative.

B. La distinction entre le pouvoir-prérogative et le pouvoir-compétence

79. Du pouvoir-compétence au pouvoir-prérogative. Le dernier terme de la trilogie publiciste est celui de pouvoir au sens de compétence¹. C'est donc naturellement que ce concept, vaste, doit être étudié pour en extraire une définition (1). À l'exposé de celle-ci, cependant, nous serons amenés à nous demander s'il ne convient pas d'ajouter une quatrième et dernière acception : le pouvoir-prérogative (2).

1. La définition du pouvoir-compétence

80. Les sens de la compétence. Ici encore, les acceptions sont nombreuses². Contrairement à la notion de pouvoir-fonction, dont on a pu constater les querelles auxquelles elle a donné lieu, le concept de compétence ne semble cependant pas marqué par de grands conflits. L'étude des différents dictionnaires juridiques révèle des définitions qui, souvent, se recoupent, même s'il convient, semble-t-il, de distinguer entre la compétence d'une juridiction et la compétence d'autres autorités.

¹ V. aussi, remarquant que souvent les deux notions se confondent : F. MAUGER, *Les pouvoirs implicites en droit administratif français*, Thèse Paris 2, 2013, p. 17.

² « Le terme de "compétence" est un de ceux qui, dans le vocabulaire juridique, est pris dans les acceptions les plus nombreuses et les plus diverses » : P. THÉRY, « Compétence », dans D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 247.

S'agissant de la compétence d'une juridiction, on a pu la définir comme « l'ensemble des affaires dont cette juridiction a à connaître » du fait de son « aptitude à instruire et juger une affaire »¹. Dans le même sens, la compétence d'une juridiction est vue comme l'« habilitation légale [...] à trancher un litige »². Récemment, elle était encore définie comme l'« aptitude légale [...] à instruire et juger un procès »³.

Quant à la compétence des autres autorités, le *Vocabulaire juridique* la définit comme l'« ensemble des pouvoirs et devoirs attribués à un agent pour lui permettre de remplir sa fonction », ou encore comme « l'aptitude à agir dans un certain domaine »⁴. Armel le Divillec et Michel de Villiers voient, eux, dans la compétence l'« aptitude juridique à prendre les actes correspondant à l'exercice d'une fonction »⁵. On a encore pu la définir comme « l'habilitation légale à agir »⁶ ou, d'une manière très générale, comme « l'aptitude à exercer un pouvoir dans une situation définie à partir de ses caractères propres »⁷.

81. La définition du pouvoir-compétence. Si l'on cherche à façonner un concept de pouvoir-compétence pour nous aider dans notre recherche sur l'équilibre des pouvoirs dans la phase préparatoire du procès pénal, il convient d'opérer une réduction des différentes définitions. À ce titre, toutes semblent se concentrer sur le fait que la compétence est une *aptitude*, une *possibilité d'agir reconnue*, que cette action consiste, par exemple, à trancher des litiges – compétence de la juridiction – ou à édicter un acte – compétence de l'administration. Mais à qui est reconnue une telle aptitude ? La compétence nécessite un titulaire, qui va se voir reconnaître la possibilité d'agir. Ce titulaire est en réalité notre pouvoir-organe, c'est-à-dire un élément organisé participant de manière cohérente à la structure d'une institution plus large. Le pouvoir-compétence paraît donc être une possibilité d'agir reconnue à un organe. Enfin, qu'est-ce qu'agir si ce n'est mettre

¹ *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., PUF, 2014, s. v. « Compétence », sens 2, a) et b).

² A. VAN LANG, G. GONDOUIN, V. INSERGUET-BRISSET, *Dictionnaire de droit administratif*, 7^e éd., Sirey, 2015, s. v. « Compétence ».

³ S. GUINCHARD et T. DEBARD (dir.) *Lexique des termes juridiques*, 26^e éd., Dalloz, 2018, s. v. « Compétence ».

⁴ *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., PUF, 2014, s. v. « Compétence », sens 1, a) et b).

⁵ A. LE DIVILLEC et M. DE VILLIERS, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, 11^e éd., Sirey, 2017, s. v. « Compétence ».

⁶ A. VAN LANG, G. GONDOUIN, V. INSERGUET-BRISSET, *Dictionnaire de droit administratif*, 7^e éd., Sirey, 2015, s. v. « Compétence ».

⁷ P. THÉRY, « Compétence », *op. cit.*, spéc. p. 251.

en œuvre une activité et, donc, exercer une fonction ? Lorsque l'on distingue la compétence d'une juridiction des autres autorités en affirmant qu'il s'agit pour la première de trancher un litige, c'est ici spécifier la fonction que l'on assigne aux juridictions. La compétence semble bien être « l'aptitude juridique [d'un organe, ajoutons-nous] à prendre les actes correspondant à l'exercice d'une fonction »¹.

Aussi définissons-nous le pouvoir-compétence comme suit : **le pouvoir-compétence désigne l'aptitude reconnue à un organe d'exercer une ou plusieurs fonctions données.** Une telle définition, toutefois, ne dit rien des modalités d'exercice concrètes du pouvoir, qui se manifeste par l'emploi de prérogatives.

2. La définition du pouvoir-prérogative

82. De la nécessité d'un quatrième concept. L'exploration des terres publicistes à la recherche d'inspiration a conduit à isoler trois concepts de pouvoir : le pouvoir-fonction, le pouvoir-organe et le pouvoir-compétence.

Par *pouvoir-fonction*, il faut entendre une activité finalisée ayant un objet précisément circonscrit qui lui donne sa spécificité.

Par *pouvoir-organe*, il faut entendre tout élément organisé participant de manière cohérente à la structure d'une institution plus large.

Par *pouvoir-compétence*, il faut entendre l'aptitude reconnue à un organe d'exercer une ou plusieurs fonctions données.

En d'autres termes, ces trois concepts posés, nous sommes capables d'analyser *qui* (un organe) fait *quoi* (une fonction), *pour quoi* (la fonction est une activité finalisée) et *pourquoi* (parce qu'il est compétent). L'évidence frappe : il manque le *comment* ? Si l'on applique cette typologie à l'exemple du juge, nous obtenons l'analyse suivante : l'organe que l'on nomme juge (*qui*) exerce une fonction juridictionnelle (*quoi*), activité consistant, dans la tradition, à trancher des litiges (*pour quoi*), et il le fait en raison d'une compétence qui lui est attribuée par les différents textes (*pourquoi*). Mais notre analyse pêche en ce

¹ A. LE DIVELLEC et M. DE VILLIERS, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, 11^e éd., Sirey, 2017, s. v. « Compétence ».

qu'elle n'explique pas *comment* le juge-organe exerce cette fonction relevant de sa compétence. Il l'exerce en faisant des actes d'instruction à l'audience, en administrant les débats, en appréciant la preuve, en décidant de la culpabilité, etc. Nos concepts de pouvoir-fonction, de pouvoir-organe et de pouvoir-compétence ne peuvent saisir cette réalité. En particulier, le pouvoir-fonction, que nous avons défini comme une activité non pas au regard de sa manifestation concrète, c'est-à-dire l'acte, mais au regard de son objet¹ est, justement, incapable de rendre compte des différents actes effectués pour l'exercice de la fonction, en somme du *comment* du pouvoir. Si l'on reprend notre exemple du juge, son pouvoir-fonction se résume à la fonction juridictionnelle, à son objet d'activité qui est, dans la conception classique, de trancher des litiges. Pourtant, le juge va effectuer des actes, juridiques ou matériels : interroger le témoin à la barre, demander une expertise, etc. Autrement dit, il exerce différentes *prérogatives*.

83. La définition du pouvoir-prérogative. Il apparaît ainsi nécessaire de façonner un quatrième et dernier concept pour saisir l'ensemble des pouvoirs : le pouvoir-prérogative. La prérogative peut être définie au sens général ou au sens plus particulier de prérogative de puissance publique. En son sens juridique général, la prérogative renvoie à des « privilèges attachés à certaines fonctions »². Les prérogatives de puissance publique, notion phare du droit administratif, désignent, elles, « l'ensemble des moyens juridiques exorbitants du droit commun reconnus à l'Administration et, le cas échéant, à d'autres organismes afin de leur permettre de remplir leurs missions d'intérêt général »³. Plus spécialement, ce sont des « moyens d'action ou de protection [...] propres aux personnes publiques »⁴. En réalité, les deux définitions se rejoignent sur un point, le fait qu'une prérogative n'est pas partagée par tout le monde. On retrouve l'idée générale d'une prérogative au sens de « privilège, avantage, pouvoir attaché à un rang social, à certaines fonctions ou dignités »⁵.

Pourtant, le *Vocabulaire juridique* définit la prérogative comme la « *compétence* [...] reconnue ou attribuée à une personne ou à un organe en raison de sa fonction et

¹ V. *supra* n° 75.

² S. GUINCHARD et T. DEBARD (dir.) *Lexique des termes juridiques*, 26^e éd., Dalloz, 2018, s. v. « Prérogative ».

³ *Ibid.*

⁴ A. VAN LANG, G. GONDOUIN, V. INSERGUET-BRISSET, *Dictionnaire de droit administratif*, 7^e éd., Sirey, 2015, s. v. « Prérogatives de puissance publique ».

⁵ *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e éd., s. v. « Prérogative ».

impliquant pour lui une certaine supériorité»¹. La prérogative ne serait-elle qu'un synonyme de la compétence ? Lorsqu'on a écrit que le juge, organe compétent pour exercer la fonction juridictionnelle, va *pouvoir* convoquer un témoin à la barre, administrer la preuve, etc., n'est-ce pas simplement dire que le juge est *compétent* pour convoquer un témoin à la barre, administrer la preuve, etc. ? En réalité, la prérogative est une manifestation de la compétence, celle-ci étant définie par le même *Vocabulaire juridique* comme à la fois l'« ensemble des pouvoirs et devoirs attribués et imposés à un agent pour lui permettre de remplir sa fonction » et l'« aptitude à agir dans un certain domaine »². C'est dire que *le pouvoir-compétence est composé de l'ensemble des pouvoirs-prérogatives découlant de l'exercice, par un pouvoir-organe, d'un pouvoir-fonction considéré*. Les prérogatives sont donc bien le *comment* de l'exercice du pouvoir.

Aussi pouvons-nous définir notre dernier concept, le pouvoir-prérogative : le pouvoir-prérogative consiste dans **une faculté juridique précise reconnue à l'organe compétent en considération de l'exercice de sa ou de ses fonctions**.

84. Reprise des définitions. À l'issue de cette exploration du pouvoir, nous pouvons retenir quatre concepts clés : le pouvoir-fonction, le pouvoir-organe, le pouvoir-compétence et le pouvoir-prérogative. Leurs définitions sont les suivantes :

- **Le pouvoir-fonction consiste en une activité finalisée ayant un objet précisément circonscrit qui lui donne sa spécificité ;**
- **Le pouvoir-organe désigne tout élément organisé de l'appareil étatique participant de manière cohérente à la structure d'une institution plus large ;**
- **Le pouvoir-compétence désigne l'aptitude reconnue à un organe d'exercer une ou plusieurs fonctions données ;**

¹ *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., PUF, 2014, s. v. « Prérogative », sens 1 (nous soulignons). Dans un esprit similaire, on a pu définir les prérogatives en droit privé comme « l'ensemble des moyens d'action qui composent un droit subjectif » : F. LUXEMBOURG, *La déchéance des droits. Contribution à l'étude des sanctions civiles*, *op. cit.*, n° 234. Si la notion de droit subjectif ne saurait s'appliquer dans notre équilibre des pouvoirs, l'idée qu'une prérogative est un moyen d'action servant un concept plus large (chez nous le pouvoir-fonction) est tout à fait transposable à notre analyse.

² *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., PUF, 2014, s. v. « Compétence ». V. aussi, affirmant en droit privé que « la compétence, dans son sens technique, est l'ensemble des prérogatives ou facultés attachées à l'exercice d'une fonction » : R. HOUIN, « Les incapacités », *op. cit.*

- **Le pouvoir-*prérogative* désigne une faculté juridique précise reconnue à l'organe compétent en considération de l'exercice de sa ou de ses fonctions.**

Autant de pouvoirs qu'il s'agit, donc, d'*équilibrer*.

Section 2

Le concept d'équilibre des pouvoirs

85. Équilibre des pouvoirs, droit constitutionnel et procédure pénale. Réfléchir, en procédure pénale, à un équilibre des pouvoirs peut surprendre. En effet, l'expression renvoie plus à la sphère du droit constitutionnel qu'à la matière pénale où, si l'on parle d'équilibre, c'est avant tout pour désigner la diversité des intérêts en présence dans toute procédure pénale. Pour autant, les enseignements de la théorie constitutionnelle de la séparation des pouvoirs pourraient être d'une fécondité certaine pour le pénaliste (§ 2). Encore faut-il réussir à voir clair dans le maquis des définitions publicistes et d'extraire, de la séparation des pouvoirs, un concept d'équilibre des pouvoirs (§ 1).

§ 1. De la séparation à l'équilibre des pouvoirs

86. Polysémie, bis. L'emploi de toute expression bâtie sur le schéma « la/le... des pouvoirs » fait immédiatement songer à l'une des plus formidables théories du droit constitutionnel et de l'organisation politique modernes, la séparation des pouvoirs¹, principe à valeur constitutionnelle². Aussi le pénaliste est-il renvoyé à son inconscient constitutionnel. Alors qu'il s'approche de terres inconnues, il est frappé par la polysémie du concept³. Derrière le côté « allant de soi » de la séparation des pouvoirs vue comme

¹ « Peu de théories constitutionnelles ont eu autant d'audience » : F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN et P. PACTET, *Droit constitutionnel*, 37^e éd., Sirey, 2018, p. 107.

² Cons. const. 23 mai 1979, n° 79-104 DC ; *JORF* du 25 mai 1979. V. aussi Cons. const., 22 juillet 1980, n° 80-117 DC ; *JORF* du 24 juillet 1980.

³ M. TROPER, « Les nouvelles séparations des pouvoirs », dans S. BEAUME et B. FONTANA (dir.), *Les usages de la séparation des pouvoirs*, Michel Houdiard Éditeur, 2008, p. 17 spéc. p. 18. V. aussi A. PARIENTE, « Introduction », dans A. PARIENTE (dir.), *La séparation des pouvoirs : théorie contestée et pratique*

condition de l'existence même d'une Constitution¹ se cache une multiplication des termes et concepts². Suivant les auteurs, il faudrait non seulement parler de séparation³ mais aussi de répartition⁴, balancement⁵, articulation⁶, enchevêtrement⁷, mise en concurrence⁸, distribution⁹, distinction¹⁰, cantonnement¹¹, division¹² – quand on ne parle pas plus largement de *check and balances* à la suite de la doctrine anglo-saxonne¹³. Quant à l'objet

renouvelée, Dalloz, 2007, p. 3, spéc. p. 4. Une telle polysémie ouvre la voie à de possibles « manipulations » du principe : P. AVRIL, « La séparation des pouvoirs et la Ve République : le paradoxe de 1958 », dans A. PARIENTE (dir.), *La séparation des pouvoirs : théorie contestée et pratique renouvelée*, Dalloz, 2007, p. 79.

¹ Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, 26 août 1789, art. 16 : « Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ». Sur l'appréhension de la théorie de la séparation des pouvoirs par le Conseil constitutionnel, v. A. PARIENTE, « Le Conseil constitutionnel et la théorie de la séparation des pouvoirs », dans A. PARIENTE (dir.), *La séparation des pouvoirs, théorie contestée et pratique renouvelée*, Dalloz, 2007, p. 65.

² « Aussi bien en tant que principe de politique constitutionnelle, que comme principe juridique, la séparation des pouvoirs n'a pas un contenu clair et certain » : M. TROPER, « Séparation des pouvoirs », dans D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de culture juridique*, PUF, 2003, p. 1406.

³ Les grands constitutionnalistes classiques emploient tous la notion de séparation des pouvoirs, pour ensuite la critiquer ou non : A. ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, éd. Panthéon Assas, 1914 rééd. 2001, p. 451 et s. ; M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, Dalloz, 1929 rééd. 2015, p. 347 et s. ; L. DUGUIT, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 155 et s. ; J. BARTHELEMY et P. DUEZ, *Traité de droit constitutionnel*, éd. Panthéon Assas, 1933 rééd. 2004, p. 138 et s. R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État, op. cit.*, Tome II, p. 1 et s.

⁴ Cour suprême des USA, 24 juillet 1974, *U.S. v. Richard Nixon*, cité par J. GICQUEL ET J.-E. GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 32^e éd., Montchrestien, 2018, note 114 p. 365.

⁵ BURLAMAQUI, *Rapport à la suite des représentations du 4 mai 1734*, Genève, cité par J.-P. VALETTE, *Droit constitutionnel*, L'Harmattan, 2013, § 152.

⁶ A. LE DIVELLE, « L'articulation des pouvoirs dans les démocraties parlementaires européennes ; fusion et mitigation », *op. cit.*

⁷ Y. PAPADOPOULOS, « De la séparation à l'enchevêtrement », dans S. BEAUME et B. FONTANA (dir.), *Les usages de la séparation des pouvoirs*, Michel Houdiard Éditeur, 2008, p. 172 ; A. LE DIVELLE, « L'articulation des pouvoirs dans les démocraties parlementaires européennes ; fusion et mitigation », *op. cit.*

⁸ O. DUHAMEL et G. TUSSEAU, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 4^e éd., Seuil, 2016, p. 865 et s. ; S. MILACIC, « De la séparation des pouvoirs à l'idée des contre-pouvoirs : Montesquieu revigoré par le néolibéralisme », dans A. PARIENTE (dir.), *La séparation des pouvoirs : théorie contestée et pratique renouvelée*, Dalloz, 2007, p. 31, spéc. p. 35.

⁹ D. CHAGNOLLAUD, *Droit constitutionnel contemporain*, 9^e éd., Dalloz, 2017, Tome I, n° 145 et s. ; L. FAVOREU *et al.*, *Droit constitutionnel*, 21^e éd., Dalloz, 2018, n° 521 et s.

¹⁰ V. CONSTANTINESCO et S. PIERRE-CAPS, *Droit constitutionnel*, 7^e éd., PUF, 2016, n° 210 ; I. BOUCOBZA, « Un concept erroné, celui de l'existence d'un pouvoir judiciaire » *Pouvoirs* 2012, n° 143, p. 73, spéc. p. 74, réservant ce sens à « l'entreprise intellectuelle de classification des activités mises en œuvre dans l'État ».

¹¹ J. GICQUEL ET J.-E. GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques, op. cit.*, note 14 p. 155.

¹² Selon Pierre Cot, cité par D. TURPIN, *Droit constitutionnel*, 2^e éd., PUF, 2007, p. 250 : « La vérité, c'est qu'en dehors de la monarchie constitutionnelle ou du gouvernement présidentiel, la séparation des pouvoirs n'est plus qu'une application particulière d'un principe plus général qui est tout simplement le principe de la division du travail ». V. aussi, faisant le lien avec le terme allemand *Gewaltenteilung* (division des pouvoirs) et non *Gewaltentrennung* (séparation des pouvoirs) : A. LE DIVELLE, « L'articulation des pouvoirs dans les démocraties parlementaires européennes ; fusion et mitigation », *op. cit.*, spéc. note 6. Maurice Duverger remarque que la division du travail ne suffit pas, la séparation des pouvoirs impliquant en plus l'indépendance : M. DUVERGER, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, PUF, 1990, Tome I, p. 150. Dominique Chagnollaud étudie, lui, la séparation des pouvoirs au sein d'un titre consacré à la division du pouvoir : D. CHAGNOLLAUD, *Droit constitutionnel contemporain, op. cit.*, Tome I, n° 145 et s.

¹³ Le terme *checks and balances* se retrouve dès John Locke : v. C. DEBBASCH *et al.*, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 4^e éd., Economica, 2001, p. 168.

de cette action, on a déjà pu éprouver la polysémie inquiétante du pouvoir. En dernière analyse, le seul terme sûr, et le plus important, semble être le « des »¹. Une chose est certaine : « fondamentalement, le principe de la séparation des pouvoirs implique un pouvoir modéré »². Pour arriver à une définition acceptable de ce principe, il convient cependant de dire quelques mots du texte de Montesquieu (A) avant de consacrer des lignes, plus nombreuses, à l'interprétation qui en a été faite (B)³.

A. La séparation des pouvoirs chez Montesquieu

87. Retour à Montesquieu. La séparation des pouvoirs est, dans l'imaginaire commun, due à Montesquieu. Plus précisément, le cœur de cette théorie se trouve aux chapitres IV et VI du Livre XI de *l'Esprit des lois*⁴. Si l'existence de précurseurs est indéniable⁵, force est de reconnaître la vive répercussion de l'œuvre de Montesquieu, premier peut-être à théoriser et systématiser la séparation des pouvoirs, seul certainement à pouvoir y attacher son nom.

88. Postérité. Montesquieu affirme, alors qu'il étudie le concept de liberté, la maxime célèbre selon laquelle « c'est une expérience éternelle, que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser ; il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites [...]. Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir »⁶. Un peu plus loin, il développe l'organisation idéale du pouvoir politique lorsqu'il étudie une Constitution d'Angleterre, qu'il magnifie jusqu'à l'idéaliser⁷. Ses

¹ A. LE DIVELLEC, « L'articulation des pouvoirs dans les démocraties parlementaires européennes ; fusion et mitigation », *op. cit.*

² A. PARIENTE, « Introduction », *op. cit.*, spéc. p. 6.

³ « Pour qu'elle [la séparation des pouvoirs] puisse à nouveau être utile, il faut commencer par la décaper de toutes les couches successives de vernis qui ont assombri ses couleurs, comme ces chefs-d'œuvres anciens trop regardés et trop restaurés » : C.-M. PIMENTEL, « De l'État de droit à l'État de jurisprudence ? Le juge de l'habilitation et la séparation des pouvoirs », dans A. PARIENTE (dir.), *La séparation des pouvoirs : théorie contestée et pratique renouvelée*, Dalloz, 2007, p. 9, spéc. p. 10.

⁴ MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, GF Flammarion, rééd. 1979, Tome I, p. 293.

⁵ Pour un historique, v. J. BARTHELEMY et P. DUEZ, *Traité de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 139 et s. ; M. VERPEAUX, *Droit constitutionnel français*, *op. cit.*, n° 34 et s. ; B. CHANTEBOUT, *Droit constitutionnel*, 32^e éd., Sirey, 2015, p. 91 et s.

⁶ MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, *op. cit.*, Tome I, p. 293.

⁷ L'idéalisation par Montesquieu du régime anglais est un constat assez courant en doctrine : v. par exemple L. FAVOREU *et al.*, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, n° 530 ; D. CHAGNOLLAUD, *Droit constitutionnel contemporain*, *op. cit.*, Tome I, n° 147 ; B. CHANTEBOUT, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 94.

formules sont aujourd'hui célèbres, et l'on ne peut que céder à la tentation d'en reproduire certaines *in extenso* :

« Il y a, dans chaque État, trois sortes de pouvoirs ; la puissance législative, la puissance exécutive des choses qui dépendent du droit des gens, et la puissance exécutive de celles qui dépendent du droit civil. [...] La liberté politique, dans un citoyen, est cette tranquillité d'esprit qui provient de l'opinion que chacun a de sa sûreté ; et, pour qu'on ait cette liberté, il faut que le gouvernement soit tel, qu'un citoyen ne puisse pas craindre un autre citoyen. Lorsque, dans la même personne ou dans le même corps de magistrature, la puissance législative est réunie à la puissance exécutive, il n'y a point de liberté ; parce qu'on peut craindre que le même monarque ou le même sénat ne fasse des lois tyranniques, pour les exécuter tyranniquement. Il n'y a point encore de liberté, si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice. [...] Tout serait perdu, si le même homme, où le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçaient ces trois pouvoirs. [...] Ces trois puissances devraient former un repos ou une inaction. Mais comme, par le mouvement nécessaire des choses, elles sont contraintes d'aller, elles seront forcées d'aller de concert. »¹

89. Paradoxe. La prose de Montesquieu se révèle, à l'analyse, paradoxale : s'il faut louer la clarté et le côté visionnaire du baron de la Brède, on ne peut que déplorer le « contresens religieusement entretenu »² sur le concept de séparation des pouvoirs. L'auteur n'emploie en effet qu'une petite dizaine de fois le terme de pouvoir, lui préférant dans la quasi-totalité des cas (soixante occurrences) l'expression « puissance ». Surtout, se trouvera bien déçu qui cherchera dans le chapitre VI sur *La Constitution d'Angleterre* le terme de séparation, jamais employé³. Montesquieu est ainsi considéré comme le père d'un fils qu'il ne nomme pourtant pas. L'explication d'un tel hiatus est à chercher dans les interprétations du texte.

¹ MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, op. cit., Tome I, p. 294-295 et 302.

² F. TERRÉ, « Sociologie du droit et droit comparé », dans *Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, Dalloz, 2013, p. 1001, spéc. p. 1002.

³ F. SAINT-BONNET, « L'autre séparation des pouvoirs de Montesquieu », dans A. PARIENTE (dir.), *La séparation des pouvoirs : théorie contestée et pratique renouvelée*, Dalloz, 2007, p. 49, spéc. p. 51.

B. Les interprétations de Montesquieu

90. Deux interprétations opposées. L'interprétation de la théorie de Montesquieu a rempli et remplit encore des pages de manuels de droit constitutionnel. La matière est redevable aux apports fondamentaux de Charles Eisenmann¹ puis de Michel Troper² qui, dans le maquis des définitions données, ont su restaurer un semblant d'ordre. Il convient depuis de distinguer deux interprétations du texte de Montesquieu : la conception juriste ou séparatiste, la plus récente, et la conception politique, historiquement la plus ancienne mais redécouverte seulement suite aux travaux de Charles Eisenmann et de Michel Troper – d'où une présentation inversée.

91. L'interprétation juriste et séparatiste. La séparation des pouvoirs est entendue, depuis la monarchie de Juillet environ³, comme impliquant une double exigence : l'indépendance des organes et la spécialisation des fonctions. Cette interprétation est dite « juriste » ou encore « séparatiste » par Eisenmann⁴. Cette double exigence est souvent résumée par l'énoncé suivant : chaque organe exerce de manière autonome, sans empiètement d'aucun autre, une seule mais entière fonction. On ajoute que, dans l'expression « séparation des pouvoirs », il faut entendre par pouvoir à la fois l'organe, séparation signifiant indépendance, mais aussi la fonction, séparation renvoyant dans ce cas à la spécialisation⁵. Spécialisation des fonctions et indépendance des organes signifient

¹ C. EISENMANN, « L'Esprit des lois et la séparation des pouvoirs », « Le système constitutionnel de Montesquieu et le temps présent » et, surtout, « La pensée constitutionnelle de Montesquieu », tous trois réunis dans C. EISENMANN, *Écrits de théorie du droit constitutionnel et d'idées politiques*, éd. Panthéon Assas, 2002, respectivement p. 565, p. 603 et p. 583.

² M. TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, *op. cit.* ; M. TROPER, « Les nouvelles séparations des pouvoirs », *op. cit.* ; F. HAMON et M. TROPER, *Droit constitutionnel*, *op. cit.* On a même pu parler de « doctrine "eisenmanno-tropérienne" » : O. BEAUD, « Michel Troper et la séparation des pouvoirs », *Droits* 2003, n° 37, p. 149. Parmi les conceptions proches de Michel Troper, citons M. BARBERIS, « La séparation des pouvoirs », dans M. TROPER et D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, Dalloz, 2012, Tome I, p. 706 ; « Le futur passé de la séparation des pouvoirs », *Pouvoirs* 2012, n° 143, p. 5 ; ou encore, avec une terminologie quelque peu différente, R. GUASTINI, *Leçons de théorie constitutionnelle*, *op. cit.*

³ Pour Michel Troper, Berriat de Saint Prix est le premier à proposer cette interprétation du texte de Montesquieu : M. TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, *op. cit.*, p. 207.

⁴ C. EISENMANN, « La pensée constitutionnelle de Montesquieu », *op. cit.*, spéc. p. 585. On parle aussi de « séparation rigide et étanche » : A.-M. LE POURHIET, *Droit constitutionnel*, 9^e éd., Economica, 2018, p. 130.

⁵ M. BARBERIS, « La séparation des pouvoirs », *op. cit.*, spéc. p. 714.

que les trois fonctions de l'État sont exercées en totalité et exclusivité par trois titulaires, qui se trouvent être trois organes qui, eux, sont indépendants les uns des autres.

Cette interprétation stricte de la séparation des pouvoirs est celle qui a donné lieu aux critiques ou encensements de la doctrine constitutionnaliste moderne. C'est aussi elle que les révolutionnaires feront « mythe »¹, fondant le « dogme »² français de la séparation des pouvoirs – d'ailleurs souvent utilisé *a posteriori* pour justifier des choix déjà faits d'organisation du pouvoir³. En 1958, Georges Vedel écrit cependant que « Montesquieu, réaliste s'il en fut et observateur aigu de la vie politique concrète, doit se retourner dans sa tombe s'il a connaissance des dogmes que de prétendus disciples veulent couvrir de son nom »⁴.

92. L'interprétation politique. Le texte de l'*Esprit des lois* a en réalité connu, après sa publication, une interprétation beaucoup plus proche de la pensée de Montesquieu, interprétation qualifiée de « politique » par Charles Eisenmann⁵. Au XVIII^e siècle ainsi que durant la première moitié du XIX^e siècle, la notion de séparation des pouvoirs est en réalité un principe purement négatif, sur lequel tous s'accordent : afin que la liberté soit garantie, il importe que les trois fonctions composant l'État⁶ ne soient pas cumulées dans les mains d'un même organe.

Mais une chose est de s'accorder sur non-cumul, une autre est d'organiser positivement le pouvoir. C'est précisément sur ce point que les Lumières justifient leur pluriel : presque chaque auteur propose son organisation positive des trois pouvoirs, sur le

¹ O. GOHIN, *Droit constitutionnel*, 3^e éd., LexisNexis, 2016, n° 1025 ; D. TURPIN, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 249 ; D. CHAGNOLLAUD, *Droit constitutionnel contemporain*, *op. cit.*, Tome I, n° 147. C.-M. PIMENTEL, « Le sanctuaire vide : la séparation des pouvoirs comme superstition juridique ? », *Pouvoirs* 2002, n° 102, p. 119. Pour une analyse plus nuancée, voyant dans le qualificatif de mythe la traduction d'une crise actuelle du constitutionnalisme, v. J.-P. FELDMAN, « La séparation des pouvoirs et le constitutionnalisme. Mythes et réalités d'une doctrine et de ses critiques », *RFD const.* 2010, p. 483.

² P. ARDANT et B. MATHIEU, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 30^e éd., LGDJ, 2018, n° 52 ; F. ROUVILLOIS, *Droit constitutionnel*, 6^e éd., Flammarion, Tome I, 2017, p. 180 ; M.-A. COHENDET, *Droit constitutionnel*, 3^e éd., LGDJ, 2017, n° 360 ; D. CHAGNOLLAUD, *Droit constitutionnel contemporain*, *op. cit.*, Tome I, n° 146.

³ I. BOUCOBZA, « Un concept erroné, celui de l'existence d'un pouvoir judiciaire », *op. cit.*

⁴ G. VEDEL, « Faux diagnostics et faux remède », *Le Monde*, 19 juillet 1958.

⁵ C. EISENMANN, « La pensée constitutionnelle de Montesquieu », *op. cit.*, spéc. p. 592.

⁶ On laissera aux constitutionnalistes l'historique et la prise de position sur la typologie à deux ou trois pouvoirs : v. M. TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, *op. cit.*, p. 43 et s. ; F. HAMON et M. TROPER, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, n° 115 ; G. BURDEAU, « Remarques sur la classification des fonctions étatiques », *op. cit.*

non-cumul desquels, encore une fois, tous s'accordaient, même Rousseau¹. C'est alors l'apport décisif de la thèse de Michel Troper que de permettre d'exposer en quelques lignes les deux grandes thèses de l'époque² : celle de la balance des pouvoirs et celle de la spécialisation.

La thèse de la spécialisation des pouvoirs, prônée par Rousseau, repose sur le fait que chaque organe exercera une seule des fonctions, cela n'emportant toutefois aucune indépendance. Bien au contraire, le pouvoir de faire la loi étant souverain, l'organe législatif, spécialisé dans l'exercice de la fonction homonyme, est naturellement au-dessus de l'organe exécutif.

La thèse de la balance des pouvoirs, elle, est développée par Montesquieu et repose aussi sur la supériorité du pouvoir législatif³. Mais le législatif étant la fonction la plus importante, il convient de la distribuer à plusieurs organes et non à un titulaire despotique et omnipotent. Pour garantir la liberté, « une simple division [...] ne suffirait pas. Il n'en résulterait pas forcément un équilibre parce que rien ne garantit que leurs opinions seraient différentes [...]. Il n'y aura donc d'équilibre permanent que s'il y a entre les organes partiels de la législation une opposition permanente d'intérêt »⁴. Cette distribution de la fonction législative entre plusieurs organes est opérée chez Montesquieu par l'attribution de facultés de statuer et de facultés d'empêcher :

« J'appelle *faculté de statuer*, le droit d'ordonner par soi-même, ou de corriger ce qui a été ordonné par un autre. J'appelle *faculté d'empêcher*, le droit de rendre nulle une résolution prise par quelque autre [...] et, quoique celui qui a la faculté d'empêcher puisse avoir aussi le droit d'approuver, pour lors cette approbation n'est autre chose qu'une déclaration qu'il ne fait point usage de sa faculté d'empêcher, et dérive de cette faculté. »⁵

Cette balance des pouvoirs, on l'a dit, ne vaut que pour le pouvoir législatif, auquel participera non seulement le Parlement mais aussi le roi, pourtant organe de l'exécutif, par l'intermédiaire d'un droit de promulgation et de veto des lois votées par la représentation

¹ V. F. HAMON et M. TROPER, *Droit constitutionnel*, op. cit., n° 91 ; A. ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, op. cit., p. 459 et s.

² M. TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, op. cit., p. 109 et s., spéc. p. 155 pour l'exposition synthétique des différents concepts utilisés à l'époque.

³ *Ibid.*, p. 125. La supériorité du législatif sur l'exécutif, admise par tous, apparaît comme « une donnée fondamentale de la grammaire du droit public de la Révolution française » : M. LAHMER, « Le Moment 1789 et la séparation des pouvoirs », *Jus politicum* 2014, n° 12, spéc. p. 3, en ligne.

⁴ M. TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, op. cit., p. 122.

⁵ MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, op. cit., Tome I, p. 298-299.

nationale. Qu'en est-il alors du pouvoir judiciaire ? C'est ici Mauro Barberis qui nous donne les clés de compréhension, puisqu'il voit dans l'organisation d'un pouvoir judiciaire « invisible et nul »¹ un principe de séparation des pouvoirs « au sens propre »², c'est-à-dire impliquant l'indépendance de l'organe et la spécialisation de la fonction... soit l'interprétation juriste des XIX^e et XX^e siècles ! Si l'analyse ne saurait être remise en cause, le vocabulaire peut prêter à confusion. Mais vocabulaire et analyse sont éclatants lorsque l'auteur remarque qu'avant de séparer les pouvoirs, il faut les distinguer³.

93. Les doctrines de *l'Esprit des lois*. À la suite de la doctrine exposée, nous proposons d'extraire de *l'Esprit des lois* les principes suivants :

- La *distinction* des pouvoirs, qui renvoie à une « théorie descriptive »⁴ des différents pouvoirs à l'œuvre.
- La *séparation* des pouvoirs, qui renvoie négativement à l'interdiction de cumul des pouvoirs distingués.
- La *distribution* des pouvoirs, qui renvoie à la répartition positive des pouvoirs. Deux mécanismes de distribution sont possibles :
 - La *balance* des pouvoirs, qui renvoie à la distribution d'un pouvoir entre différents organes.
 - L'*isolement* des pouvoirs, qui renvoie à la distribution d'un pouvoir à un seul organe, impliquant la spécialisation et l'indépendance dudit organe.

94. Le concept d'équilibre des pouvoirs. Qu'en est-il alors de l'*équilibre* des pouvoirs, que nous avons pourtant placé en titre de thèse ? C'est qu'entre interprétation politique (historiquement première) et interprétation juriste (chronologiquement seconde) de la séparation des pouvoirs, il a bien fallu choisir. L'interprétation juriste implique

¹ MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, *op. cit.*, Tome I, p. 296. V., affirmant que « le pouvoir judiciaire tient la dernière place » chez Montesquieu, C. DOUNOT, « Droit pénal et séparation des pouvoirs sous la Révolution : le pouvoir judiciaire victime d'empiètements », *Les nouveaux problèmes actuels de sciences criminelles* 2018, XXVIII, p. 17.

² M. BARBERIS, « La séparation des pouvoirs », *op. cit.*, spéc. p. 714.

³ *Ibid.*, spéc. p. 711.

⁴ *Ibid.* V. aussi D. G. LAVROFF, « Conclusion », dans A. PARIENTE (dir.), *La séparation des pouvoirs : théorie contestée et pratique renouvelée*, Dalloz, 2007, p. 139 spéc. p. 140-141 ; I. BOUCOBZA, « Un concept erroné, celui de l'existence d'un pouvoir judiciaire », *op. cit.*

l'indépendance de l'organe et la spécialisation dans la fonction exercée. Elle est de ce fait à la base des critiques les plus virulentes contre la théorie de la séparation des pouvoirs¹ : excès dans la recherche d'indépendance², modèle américain dont la stabilité tient du « miracle »³, « multiplication des pouvoirs »⁴, impossible division de la souveraineté⁵, etc. Surtout, tous les auteurs soulignent l'inévitable coopération entre les différents organes⁶. Cette interprétation juriste de la séparation des pouvoirs n'est, en pratique, pas viable, et a affaibli un concept qui ne sert aujourd'hui plus qu'à classer les différents régimes politiques du monde⁷. Aussi nous tournons-nous vers la séparation des pouvoirs entendue en son interprétation politique, conformément aux premières interprétations du texte de Montesquieu. La séparation des pouvoirs renvoie alors aux cinq concepts énoncés précédemment : la distinction, la séparation (interdiction de cumul) et la distribution (subdivisée en balance et isolement) des pouvoirs. Toutefois, afin d'éviter toute complication nous emploierons pour désigner cette conception globale le terme d'*équilibre des pouvoirs*, afin de faire aussi référence au résultat atteint, celui de pouvoirs distingués, répartis, pour certains balancés, pour d'autres isolés, mais tous équilibrés.

Reste un obstacle. Si l'on a loué les intérêts de ce que nous appelons l'*équilibre des pouvoirs*, soit l'interprétation originale politique de la séparation des pouvoirs, nous ne pouvons que constater, au vu des difficultés d'interprétation déjà mentionnées et du triomphe de l'interprétation juriste impliquant l'indépendance et la spécialisation, que le droit constitutionnel moderne, s'il s'est construit sur la séparation des pouvoirs, ne s'est

¹ Pour l'énoncé des différentes critiques, v. F. HAMON et M. TROPER, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, n° 88.

² Les révolutionnaires allant jusqu'à interdire toute entrée physique des membres de l'organe exécutif dans les locaux de l'organe législatif.

³ J. GICQUEL ET J.-E. GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, *op. cit.*, n° 603.

⁴ O. BEAUD, « La multiplication des pouvoirs », *op. cit.*

⁵ L. DUGUIT, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 164 ; F. ROUVILLOIS, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 185.

⁶ A. ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, *op. cit.*, p. 464 ; P. FOILLARD, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 24^e éd., Larcier, 2018, n° 132 ; L. FAVOREU *et al.*, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, n° 495. V. déjà A. SAINT GIRONS, *Essai sur la séparation des pouvoirs dans l'ordre politique, administratif et judiciaire*, Larose, 1881, p. 291 et s.

⁷ F. ROUVILLOIS, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 190. Pour le détail des applications étrangères de la séparation des pouvoirs, v. E. ZOLLER, *Droit constitutionnel*, 2^e éd., PUF, 1999, n° 162 et s ; J. OWONA, *Droits constitutionnels et institutions politiques du monde contemporain*, L'Harmattan, 2010, p. 123 et s. Certains regrettent aussi que la séparation des pouvoirs soit en France réduite à l'indépendance des juges : F. MÉLIN-SOUCRAMANIAN, « Avant-propos », dans A. PARIENTE (dir.), *La séparation des pouvoirs : théorie contestée et pratique renouvelée*, Dalloz, 2007, p. 1 spéc. p. 2 ; v. aussi P. AVRIL, « La séparation des pouvoirs sous la V^e République », dans S. BEAUME et B. FONTANA (dir.), *Les usages de la séparation des pouvoirs*, Michel Houdiard Éditeur, 2008, p. 130. Pour une analyse critique du critère de la séparation des pouvoirs pour classer les régimes, v. J.-P. CAMBY, « Séparation des pouvoirs, typologie des régimes », dans *L'État, le Droit, le Politique. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Colliard*, Dalloz, 2014, p. 111.

pas bâti sur la théorie de Montesquieu. Les infidélités au texte original sont, en droit constitutionnel, « sans importance : puisque celui-ci a subi l'influence d'une interprétation infidèle, peu importe en réalité que Montesquieu ait pu vouloir dire autre chose »¹. L'*Esprit* ne serait-il plus là ?

Rien n'est moins sûr, et des enseignements capitaux pourraient en être tirés dans le domaine de la procédure pénale.

§ 2. Du droit constitutionnel à la procédure pénale

95. Transposer. Au premier abord, équilibrer les pouvoirs est plutôt l'apanage du juriste de droit constitutionnel que du juriste de droit pénal qui s'intéresse peu à la théorie constitutionnelle² et qui lit le Bordelais pour sa conception des peines ou de la légalité. Jean Graven, lors du centenaire de l'*Esprit des lois*, analyse son apport au droit pénal et ne fait nulle mention de l'équilibre des pouvoirs³. Plus largement, la séparation des pouvoirs est essentiellement invoquée, en procédure pénale, dans son cadre classique de gestion des relations entre les trois pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire⁴ – notamment dans les discussions sur le statut du parquet⁵. Mais aucune transposition du concept constitutionnel d'équilibre des pouvoirs *au sein* de la phase préparatoire du procès pénal entendu comme

¹ P. ARDANT et B. MATHIEU, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, *op. cit.*, n° 55. L'hypothèse, plus radicale, a même été émise que la séparation des pouvoirs est aujourd'hui un principe « en réalité dénué de sens, dans la mesure où, depuis le XVIII^e siècle, il n'a cessé de se vider de sa substance jusqu'à devenir *une sorte de relique conceptuelle désormais vide de tout contenu* » : C.-M. PIMENTEL, « Le sanctuaire vide : la séparation des pouvoirs comme superstition juridique ? », *op. cit.*

² V. le constat fait par A. CAPPELLO, « Le contrôle des actes législatifs par le juge pénal », *Les nouveaux problèmes actuels de sciences criminelles* 2018, XXVIII, p. 35.

³ J. GRAVEN, « Montesquieu et le droit pénal », dans *La pensée politique et constitutionnelle de Montesquieu : bicentenaire de l'Esprit des lois*, Sirey, 1952, p. 209.

⁴ Ainsi Sylvie Cinamonti et Jean-Baptiste Perrier parlent-ils d'« empiètements » des autres pouvoirs sur le pouvoir judiciaire : v. S. CINAMONTI et J.-B. PERRIER, « Réflexions conclusives », *Les nouveaux problèmes actuels de sciences criminelles* 2018, XXVIII, p. 95. V. aussi J. BUISSON, « Le pouvoir judiciaire en cause ? », dans *Entre tradition et modernité : le droit pénal en contrepoint. Mélanges en l'honneur d'Yves Mayaud*, Dalloz, 2017, p. 479.

⁵ V. dernièrement J.-J. URVOAS, « L'enjeu de l'indépendance des magistrats pour la matière pénale. Mythes et réalités de l'indépendance de la justice », *Les nouveaux problèmes actuels de sciences criminelles* 2018, XXVIII, p. 75. V. aussi S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, *op. cit.*, n° 1480. Sur la question de l'indépendance du parquet, v. *infra* n° 541 et s.

lieu d'expression d'un pouvoir n'a, à notre connaissance, été proposée¹. Une telle transposition fait face à deux obstacles principaux : sa possibilité (A) et son utilité (B).

A. La possibilité de la transposition

96. Un simple rapport de pouvoir. La transposition en procédure pénale d'une des théories mères d'un droit différent, le droit constitutionnel, est-elle possible ? La réponse à cette question tient dans la nature de la théorie de Montesquieu, longtemps travestie par l'entreprise de mythification dont la séparation des pouvoirs a été l'objet. Loin de toute question de souveraineté, loin d'être un dogme, un paradigme ou autre formule magique, l'équilibre des pouvoirs doit être entendu pour ce qu'il est, à savoir un mode d'organisation et de répartition des pouvoirs, de fonctions, entre différents organes concourant à un mouvement plus général : chez Montesquieu l'État, chez nous la procédure pénale. C'est, là encore, Charles Eisenmann qu'il faut reprendre :

« La structure des corps est une chose, les rapports entre les corps en sont une autre ; et l'on peut fort bien concevoir qu'une formule de rapports proposée pour un système de corps donnés se laisse transposer à un système très différent, et qu'elle produise dans cette application des effets comparables à ceux de l'application originaire. Et de fait, c'est bien *une formule de rapports, détachable de la structure complète*, que la postérité a retenu de l'*Esprit des lois*. »²

En Italie, on a même pu noter la similarité entre, d'un côté, les rapports entre exécutif, législatif et judiciaire au plan constitutionnel et, de l'autre côté, les rapports entre les différentes fonctions à l'œuvre dans la phase préparatoire³.

97. La possibilité d'une transposition. Voilà ce qu'est l'équilibre des pouvoirs, une simple formule de rapports, pas plus, pas moins. Il convient d'insister nettement sur ce

¹ Le dernier numéro des *Nouveaux problèmes actuels de sciences criminelles* (2018, XXVIII) présente un dossier sur le thème de la séparation des pouvoirs en matière pénale, où sont abordés successivement les empiètements des pouvoirs exécutif et législatif sur le pouvoir judiciaire lors de la Révolution (Cyrille Dounot, p. 17), le contrôle de la loi (Aurélié Cappello, p. 35) et des actes administratifs par le juge (Jacques-Henri Robert, p. 53), l'affaire Fillon et les exigences de probité des parlementaires (Alexis Bavitot, p. 61) et le statut du parquet (Jean-Jacques Urvoas, p. 75).

² C. EISENMANN, « Le système constitutionnel de Montesquieu et le temps présent », *op. cit.*, spéc. p. 603-604 (nous soulignons).

³ F. RUGGIERI, *La giurisdizione di garanzia nelle indagini preliminari*, Giuffrè, 1996, p. 46.

point : nulle prétention à une transposition mot-à-mot, nulle velléité de « calque » pour la simple et bonne raison qu’il n’y a pas, au sein de la phase préparatoire du procès pénal, de « pouvoir » exécutif, législatif ou judiciaire. Pour autant, si l’équilibre des pouvoirs est une formule de rapports, la transposition en procédure pénale devient possible et, même, utile.

B. L’utilité de la transposition

98. Garantir les libertés. La procédure pénale est classiquement analysée comme l’autre face du droit pénal de fond, permettant notamment son application et rétablissant ainsi la paix sociale troublée par l’infraction¹. La procédure pénale représente la concrétisation absolue du monopole légitime de la contrainte propre à l’État, puisque le droit pénal, qui prévoit *sur le papier* des peines de privation de liberté, autrefois même la peine de mort – contenant donc une contrainte en puissance – trouve son expression physique, palpable dans la procédure pénale. La procédure pénale doit donc, *ipso facto*, être efficace² afin de prétendre restaurer la paix sociale³. Toutefois, et il s’agit là d’une conquête décisive de l’État de droit, cette efficacité ne doit pas se faire à tout prix. Aujourd’hui, une place très importante est donnée à la protection de la liberté. On aurait ainsi une tendance, en procédure pénale, à « concilier l’inconciliable »⁴, soit l’efficacité de la répression et la liberté des individus. En ce sens, « la procédure pénale est un art de l’équilibre »⁵. Or, la théorie de Montesquieu n’a-t-elle pas, de son côté, pour essence même

¹ V. par exemple E. DREYER et O. MOUYSSET, *Procédure pénale*, *op. cit.*, n° 2. Ce constat se retrouve aussi en Allemagne et en Italie : v. C. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, 25^e éd., C. H. Beck, 1998, p. 1-2 ; G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, Giuffrè, 2017, Tome I, p. 9.

² Nous avons bien conscience que la notion d’efficacité, brandie au soutien de nombreux arguments parfois antithétiques, n’est pas des plus claires, tout simplement parce que beaucoup ne précisent pas quelle efficacité ils visent : efficacité économique, managériale, quantitative, qualitative, etc. (v. D. SCALIA, « Conclusions », dans L. KENNES et D. SCALIA [dir.], *Du juge d’instruction vers le juge de l’enquête : analyse critique et de droit comparé*, Anthémis, 2017, p. 335, spéc. p. 336). Nous entendrons dans cette thèse l’efficacité de la procédure pénale comme sa capacité à parvenir à son objectif, c’est-à-dire l’application et la réalisation du droit pénal matériel au travers du constat des infractions, de la recherche de leurs auteurs, de la sécurisation des preuves, de la poursuite et du jugement des auteurs. En ce sens, l’efficacité est à distinguer de l’effectivité, comme le précise Philippe Conte : « Il semble que l’effectivité d’une règle dépende de son application : elle a été conçue pour cela et tel est donc son “effet” caractéristique. La règle inefficace est par conséquent celle qui n’est pas appliquée. [...] L’efficacité est autre : le terme renvoie au résultat de l’application – aux effets de l’effet » ; l’efficacité obligeant donc à « apprécier si son application produit le résultat souhaité » : P. CONTE, « Effectivité, inefficacité, sous-effectivité, surefficacité... : variations pour droit pénal », dans *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle. Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 125, spéc. p. 127.

³ L’aptitude d’un droit répressif à résorber ce trouble est naturellement, et heureusement, discutée, notamment par les théories abolitionnistes : v. M. COQUET, *De l’abolition du système pénal*, L’Irascible, 2016.

⁴ S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, *op. cit.*, n° 3.

⁵ P. VOULAND, « Quels changements pour la pratique ? », *AJ Pénal* 2010, p. 169.

que de chercher à avoir une action étatique efficace sans sacrifier la liberté¹ ? L'équilibre des pouvoirs est, dans son principe, la recherche désespérée d'une garantie aux libertés personnelles sans concessions sur l'efficacité, que cette efficacité soit institutionnelle et étatique en droit constitutionnel ou procédurale et répressive dans notre domaine. Quel droit plus attentatoire à la liberté que le droit pénal, qui marquait autrefois son empreinte dans le corps même des personnes ? Quel droit plus à la recherche d'efficacité² ? Ce droit pénal ne peut être appliqué sans une procédure pénale, sans un cheminement organisé légalement où différents organes interviennent, où diverses fonctions sont exercées. Aussi nous semble-t-il possible de transposer la notion d'équilibre des pouvoirs à la procédure pénale. L'autorité judiciaire n'est-elle pas « gardienne de la liberté individuelle »³ ?

99. De la nécessité de transposer le concept d'équilibre des pouvoirs en procédure pénale. Le concept, à l'origine constitutionnel, d'équilibre des pouvoirs, est donc riche d'enseignement pour le pénaliste. Il peut certainement servir d'outil utile à un rééquilibrage de la procédure. D'ailleurs, si la doctrine ne semble pas proposer de transposition du concept constitutionnel d'équilibre des pouvoirs, certains appellent à repenser les relations entre acteurs. Ainsi Pascal Beauvais appelle à « construire un système polycentrique, doté de pouvoirs et de contre-pouvoirs, fondé sur la loi et le débat contradictoire (modèle de la justice pénale) sans perdre l'efficacité que permet l'action unitaire de l'État (modèle de la politique pénale) »⁴.

¹ S. BEAUME et B. FONTANA, « Préface », dans S. BEAUME et B. FONTANA (dir.), *Les usages de la séparation des pouvoirs*, Michel Houdiard Éditeur, 2008, p. 7 spéc. p. 10-11 ; J. BOUDON, *Manuel de droit constitutionnel*, PUF, 2015, Tome I, n° 70.

² J.-P. JEAN, « De l'efficacité en droit pénal », dans *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel*, Cujas, 2006, p. 135.

³ Constitution française, art. 66. Observons toutefois que la notion de liberté individuelle se réduit aujourd'hui à peau de chagrin, provoquant l'inquiétude légitime de la doctrine : G. CANIVET, « Pathologie de la garantie de la liberté individuelle : le syndrome de la confusion », dans *Humanisme et justice. Mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage*, Dalloz, 2016, p. 323 ; J. BUISSON, « Le pouvoir judiciaire en cause ? », *op. cit.* ; G. DRAGO, « Liberté individuelle et Constitution. Quels principes pour quels juges ? », dans *Entre tradition et modernité : le droit pénal en contrepoint. Mélanges en l'honneur d'Yves Mayaud*, Dalloz, 2017, p. 529. V. déjà D. THOMAS, « L'évolution de la procédure pénale française contemporaine : la tentation sécuritaire », dans *Le champ pénal. Mélanges en l'honneur du professeur Reynald Ottenhof*, Dalloz, 2006, p. 53, spéc. p. 63 et s.

⁴ P. BEAUVAIS, « Politique pénale et séparation des pouvoirs », dans *Politique(s) criminelle(s). Mélanges en l'honneur du professeur Christine Lazerges*, Dalloz, 2014, p. 87 spéc. p. 97. L'importance de l'organisation des pouvoirs a aussi été soulignée en doctrine allemande par Volker Key : « L'équilibre des pouvoirs entre la police, le ministère public et la juridiction en procédure pénale est sans doute l'élément le plus importante

100. L'objet de ces réflexions, cet équilibre des pouvoirs, avait été jusqu'à présent approché uniquement de manière négative par le constat d'un déséquilibre et d'une confusion entre les pouvoirs et les droits. Dans la recherche d'une définition positive de ces concepts, l'inspiration publiciste a prédominé, le droit pénal et sa procédure relevant par leur définition même du droit public.

L'étude du concept de *pouvoir* a débouché sur la distinction de trois puis quatre concepts :

- Le *pouvoir-fonction*, qui consiste en une activité finalisée ayant un objet précisément circonscrit qui lui donne sa spécificité ;
- Le *pouvoir-organe*, qui désigne tout élément organisé de l'appareil étatique participant de manière cohérente à la structure d'une institution plus large ;
- Le *pouvoir-compétence*, qui désigne l'aptitude reconnue à un organe d'exercer une ou plusieurs fonctions données ;
- Le *pouvoir-prérogative*, qui désigne une faculté juridique précise reconnue à l'organe compétent en considération de l'exercice de sa ou de ses fonctions.

d'une réelle séparation des pouvoirs» (cité par H.-C. SCHAEFER, « Zur Entwicklung des Verhältnisses Staatsanwaltschaft-Polizei », dans *Festschrift für Ernst-Walter Hanack zum 70. Geburtstag*, Walter de Gruyter, 1999, p. 191, spéc. p. 205 : « Die Ausbalancierung der Machtbefugnisse zwischen Polizei, Staatsanwaltschaft und Gericht im Strafverfahrensrecht ist das vielleicht wichtigste Stück an realer Gewaltenteilung »).

L'analyse de la théorie constitutionnelle de la séparation des pouvoirs a ensuite permis de préciser ce que nous entendons par *équilibre des pouvoirs*, expression se ramifiant en plusieurs concepts :

- La *distinction* des pouvoirs, qui renvoie à une « théorie descriptive »¹ des différents pouvoirs à l'œuvre.
- La *séparation* des pouvoirs, qui renvoie négativement à l'interdiction de cumul des pouvoirs distingués.
- La *distribution* des pouvoirs, qui renvoie à la répartition positive des pouvoirs. Deux mécanismes de distribution sont possibles :
 - La *balance* des pouvoirs, qui renvoie à la distribution d'un pouvoir entre différents organes.
 - L'*isolement* des pouvoirs, qui renvoie à la distribution d'un pouvoir à un seul organe, impliquant la spécialisation et l'indépendance dudit organe.

C'est à la lumière de ces concepts, « grille d'interprétation des règles positives »², qu'il convient maintenant de relire la phase préparatoire de la procédure pénale.

¹ M. BARBERIS, « La séparation des pouvoirs », *op. cit.*, spéc. p. 711. V. aussi D. G. LAVROFF, « Conclusion », *op. cit.*, spéc. p. 140-141.

² F. COLONNA D'ISTRIA, « Le concept de concept juridique », *op. cit.*

CHAPITRE 2

RELIRE LA PROCÉDURE

101. Les pouvoirs à l'œuvre dans la phase préparatoire du procès pénal. Les développements précédents ont permis de façonner nos concepts de pouvoir-fonction, de pouvoir-organe, de pouvoir-compétence et de pouvoir-prérogative de manière abstraite. Il convient maintenant d'appliquer ces concepts à l'organisation de la phase préparatoire du procès pénal. Autrement dit, il s'agit de s'intéresser au premier sens de l'équilibre des pouvoirs, celui d'une *distinction des pouvoirs* : quels sont les pouvoirs-fonctions, les pouvoirs-organes, les pouvoirs-compétence et les pouvoirs-prérogatives impliqués dans cette phase procédurale ? Dans cette recherche des pouvoirs, l'éclairage comparatiste sera souvent utile.

102. Imbrication des pouvoirs. Les différents pouvoirs intervenant dans la phase préparatoire du procès pénal entretiennent nécessairement des rapports étroits qui rendent difficile une présentation compartimentée. D'une manière générale, on peut dire qu'un pouvoir-organe sera doté d'un pouvoir-compétence d'exercer un ou plusieurs pouvoirs-fonctions au moyen de pouvoirs-prérogatives. Pourraient ainsi être envisagées les combinaisons suivantes : la police (organe) peut (compétence) enquêter sur les faits (fonction) en opérant des relevés topographiques sur les lieux de l'infraction (prérogative), le parquet est compétent pour décider d'exercer l'action publique en classant l'affaire, le juge est compétent pour enquêter sur les faits en ordonnant une expertise scientifique des pièces à conviction, etc. Il faut donc opter pour une présentation qui permette au mieux de saisir les pouvoirs à l'œuvre dans la phase préparatoire.

103. Centralité du pouvoir-fonction. Parmi ces quatre pouvoirs, un est absolument capital : le pouvoir-fonction. La fonction est la pièce maîtresse de notre réflexion sur l'équilibre des pouvoirs. Ce n'est pas l'organe qui dicte sa fonction, ses prérogatives et sa

compétence mais bien l'inverse¹. Ce qui est fait (l'activité, la fonction) compte plus que celui qui le fait (l'organe), car la procédure pénale n'est qu'une suite d'actes permettant, étymologiquement, d'aller de l'avant. Ce que ressent l'individu, ce n'est pas tant l'activité du juge ou de la police en particulier que des investigations qui mettent à mal plusieurs de ses droits, comme le droit au respect de la vie privée, peu important l'organe les effectuant. En ce sens, le pouvoir-fonction, parce qu'il colle à la réalité sans être pour autant affecté du vice de quasi-infinité des pouvoirs-prérogatives qu'on ne peut véritablement dénombrer, doit être au point de départ d'une recherche d'un équilibre des pouvoirs dans la phase préparatoire du procès pénal.

Ceci explique que nous envisagerons d'abord la question des pouvoirs-fonctions (section 1) avant d'étudier plus rapidement la distinction des pouvoirs-compétences, pouvoirs-prérogatives et pouvoirs-organes dans la phase préparatoire du procès pénal (section 2). Si l'on trouvera un peu d'organes, de prérogatives et de compétences dans l'étude de la fonction, et vice-versa, nous avons choisi d'isoler et de commencer par l'étude des pouvoirs-fonctions au regard de leur importance dans notre réflexion. Au demeurant, il s'agit sans doute des pouvoirs les moins évidents et les plus difficiles à déterminer dans la phase préparatoire du procès pénal.

Section 1

Les pouvoirs-fonctions dans la phase préparatoire du procès pénal

104. La mention de *fonctions* dans la phase préparatoire du procès pénal provoque un sentiment de déjà-vu. En effet, cette notion n'est pas étrangère à la doctrine qui, lorsqu'elle parle de fonctions, fait généralement référence à des distinctions aujourd'hui classiques entre fonction de poursuites, d'instruction et de jugement ou encore entre fonctions d'investigation et de juridiction. Ces approches, pour classiques qu'elles soient, doivent être mises à l'épreuve au regard de notre concept de pouvoir-fonction (§ 1). Cela nous poussera à nous concentrer sur ce qui fait la fonction, c'est-à-dire l'*objet* de l'activité, afin de déterminer les pouvoirs-fonctions à l'œuvre dans la phase préparatoire (§ 2).

¹ Pour une approche semblable, v. P. TCHERKESOFF, *Cohérence et légitimité du ministère public*, Thèse Paris 2, 2015, spéc. n° 8 et 15. V. aussi T. S. RENOUX, « L'apport constitutionnel à la réflexion sur l'évolution du ministère public », dans *Quel avenir pour le ministère public*, Dalloz, 2008, p. 33, spéc. p. 35.

§ 1. La mise à l'épreuve des distinctions classiques

105. Les pénalistes, lorsqu'ils s'intéressent aux fonctions dans la phase préparatoire du procès pénal, connaissent deux distinctions. La première est celle, historique, entre les fonctions de poursuite d'instruction et de jugement (A). La seconde, plus récente, tend à supplanter la première et se concentre sur le juge d'instruction pour critiquer le cumul des fonctions d'investigation et de juridiction (B).

A. La mise à l'épreuve de la distinction des fonctions de poursuite, de jugement et d'instruction

106. Une approche constructive suppose de savoir de quoi l'on parle. Aussi exposerons-nous la distinction entre les fonctions de poursuite, de jugement et d'instruction (1) avant d'en opérer une approche critique (2).

1. La présentation de la distinction

107. Un principe familier et évident¹. La distinction et la séparation des fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement est très souvent étudiée au titre des grands principes directeurs de la procédure pénale², ou à tout le moins au titre de son cadre institutionnel³. Pour faire simple, « séparer les fonctions de justice répressive revient à

¹ F. PARISI, *La séparation des fonctions de justice en matière pénale*, Thèse Montpellier 1, 2005, n° 1.

² J. PRADEL, *Procédure pénale*, 19^e éd., Cujas, 2017, n° 14 et s. ; P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Procédure pénale*, 4^e éd., Armand Colin, 2002, n° 71 et s. ; J. LEROY, *Procédure pénale*, 5^e éd., LGDJ, 2017, n° 43 ; B. BOULOC, *Procédure pénale*, 26^e éd., Dalloz, 2017, n° 85 ; V. toutefois, ne mentionnant pas en tant que tel le principe de séparation des fonctions mais indiquant que le juge, au titre du principe directeur d'impartialité, doit être soumis à une impartialité fonctionnelle : C. AMBROISE-CASTÉROT et P. BONFILS, *Procédure pénale*, 2^e éd., PUF, 2018, n° 222 ; E. VERNY, *Procédure pénale*, 6^e éd., Dalloz, 2018, n° 13 et s. V. aussi, étudiant la séparation des fonctions au titre de l'impartialité de la juridiction de jugement : F. FOURMENT, *Procédure pénale*, 14^e éd., Larcier, 2013, n° 559 et s. V. enfin, reliant la séparation des fonctions à la « règle » d'interdiction de l'autosaisine du juge : R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel : procédure pénale*, 5^e éd., Cujas, 2001, Tome II, n° 217.

³ S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, 11^e éd., LexisNexis, 2018, n° 115 ; M.-L. RASSAT, *Procédure pénale*, 3^e éd., Ellipses, 2017, n° 29 et s. V. aussi, abordant la séparation des fonctions comme principe d'organisation : B. BOULOC et H. MATSOPOULOU, *Droit pénal général et procédure pénale*, 21^e éd., Sirey, 2018, n° 394 et s. ; T. GARÉ et C. GINESTET, *Droit pénal. Procédure pénale*, 10^e éd., Dalloz, 2018, n° 352 et s. ; E. DREYER et O. MOUYSET, *Procédure pénale*, 2^e éd., LGDJ, 2019, n° 17 et s.

dissocier rigoureusement la fonction de poursuivre de celle d'instruire et la fonction de juger de celle de poursuivre et d'instruire. La poursuite est confiée au ministère public, l'instruction des affaires au juge d'instruction et le jugement aux juridictions répressives »¹. Certains ajoutent une fonction d'exécution confiée au juge d'application des peines². Des différentes études menées sur ce principe de séparation des fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement³, l'on peut tirer des enseignements sur son histoire, sa traduction juridique et son fondement.

108. Histoire de la distinction. Si les fonctions étaient déjà distinguées sous l'Ancien Régime, l'Ordonnance de 1670 connaissant notamment des étapes de la poursuite, de l'instruction et du jugement, il reste qu'aucune séparation n'est légalement prévue. Le ministère public, apparu au XIII^e siècle, se spécialise en revanche toujours plus dans la poursuite⁴, évinçant l'accusation privée⁵. La nécessité d'une séparation entre ces fonctions naît des débats révolutionnaires, d'abord sur la séparation entre la poursuite et le jugement, puis entre la poursuite et l'instruction. La question est tranchée par la loi du 7 Pluviôse an IX, dont le rapporteur Thiessé dira qu'elle impose « l'idée d'une partie publique poursuivante et d'un juge d'instruction avec une nette séparation »⁶. Ce seront les rédacteurs du Code d'instruction criminelle qui consacreront, partiellement, la séparation entre l'instruction et le jugement, non sans avoir discuté âprement du maintien de la séparation entre la poursuite et l'instruction – d'où l'opposition, fameuse, entre Merlin de Douai et Treilhard d'un côté, Cambacérès de l'autre⁷. Les trois séparations

¹ C. BERGOIGNAN-ESPER, *La séparation des fonctions de justice répressive*, PUF, 1973, p. 9.

² M.-L. RASSAT, *Procédure pénale*, *op.cit.*, n° 33 ; P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Procédure pénale*, *op.cit.*, n° 71.

³ À notre connaissance, deux études systématiques ont été faites sur cette question : F. PARISI, *La séparation des fonctions de justice en matière pénale*, *op.cit.* ; C. BERGOIGNAN-ESPER, *La séparation des fonctions de justice répressive*, *op.cit.*

⁴ F. PARISI, *La séparation des fonctions de justice en matière pénale*, *op.cit.*, n° 11.

⁵ « Dorénavant, et plus que jamais, il est vrai de dire qu'il n'y a qu'un véritable accusateur, le procureur du roi ou du seigneur ; la partie privée ne peut demander que des dommages-intérêts » : A. ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII^e siècle jusqu'à nos jours*, L. Larose et Forcel, 1882, p. 221.

⁶ THIESSÉ, cité par A. ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII^e siècle jusqu'à nos jours*, *op.cit.*, p. 452.

⁷ V. J. PRADEL, *Procédure pénale*, *op.cit.*, n° 16. Cambacérès l'emportera après une argumentation fameuse tenue au Conseil d'État lors des séances des 4 et 7 juin 1808 : « 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 [...]. Le procureur impérial serait un petit tyran qui ferait trembler la cité [...]. Tous les citoyens trembleraient s'ils voyaient dans les mêmes hommes le pouvoir de les accuser et celui de recueillir ce qui peut justifier leur accusation [...]. D'où la nécessité de placer auprès de lui un magistrat qui, n'étant pas la partie adverse du prévenu, conserve toute son impartialité ».

(poursuite/instruction, poursuite/jugement et instruction/jugement) seront reprises par le Code de procédure pénale. L'article préliminaire, inséré par la loi du 15 juin 2000 précise, lui, « garantir la séparation des autorités chargées de l'action publique et des autorités de jugement »¹ – l'absence de mention de l'instruction ayant pu être interprétée en France² mais aussi à l'étranger³, comme levée d'obstacle à la suppression du juge éponyme. Le Conseil constitutionnel, quant à lui, affirme « qu'en matière de délits et de crimes, la séparation des autorités chargées de l'action publique et des autorités de jugement concourt à la sauvegarde de la liberté individuelle »⁴.

109. Traduction juridique de la distinction. Le principe de séparation des fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement se traduit doublement par une répartition organique des pouvoirs (au ministère public la poursuite, au juge d'instruction l'instruction et aux juridictions de jugement le jugement) et par une série d'incompatibilités prévues par la loi⁵ ou la jurisprudence⁶. Surtout, certains considèrent que la séparation est parfois malmenée en pratique⁷. À titre d'exemple, Jean Pradel signale que « le parquet peut s'immiscer constamment dans la marche de l'instruction [...] en interjetant appel de toutes les ordonnances du juge »⁸.

110. Fondement de la distinction. Le fondement de la distinction et de la séparation des fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement a fortement évolué depuis la Révolution française. Fabrice Parisi a ainsi démontré que la séparation des fonctions, au moment de la Révolution, est pensée comme le pendant de la séparation des

¹ Code de procédure pénale français, art. préliminaire I al. 2. Cet alinéa n'était pas prévu dans le projet de loi initiale : v. C. LAZERGES, « De l'écriture à l'usage de l'article préliminaire du Code de procédure pénale », dans *Le champ pénal. Mélanges en l'honneur du professeur Reynald Ottenhof*, Dalloz, 2006, p. 71, spéc. p. 78.

² S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale, op.cit.*, n° 115.

³ E. AMODIO, « Giusto processo, *procès équitable* e *fair trial* : la riscoperta del giusnaturalismo processuale in Europa », *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 2003, p. 93.

⁴ Cons. const., 2 février 1995, n° 95-360 DC ; *JORF* du 7 février 1995. Sur cette décision, v. J. VOLFF, « Un coup pour rien ! L'injonction pénale et le Conseil constitutionnel », *D.* 1995, p. 201.

⁵ V. par exemple l'article 49 alinéa 2 du Code de procédure pénale affirmant que le juge d'instruction « ne peut, à peine de nullité, participer au jugement des affaires pénales dont il a connu en sa qualité de juge d'instruction ».

⁶ Pour les principaux arrêts, v. J. PRADEL, « 1° Fonctions judiciaires – séparation », dans J. PRADEL et A. VARINARD, *Les grands arrêts de la procédure pénale*, 9^e éd., Dalloz, 2016, p. 2.

⁷ V. F. PARISI, *La séparation des fonctions de justice en matière pénale, op.cit.*, n° 78. et s. ; C. BERGOIGNAN-ESPER, *La séparation des fonctions de justice répressive, op.cit.*, p. 47 et s. et 89 et s. ; J. PRADEL, *Procédure pénale, op.cit.*, n° 19 et 24 ; M.-L. RASSAT, *Procédure pénale, op.cit.*, n° 37 et s.

⁸ J. PRADEL, *Procédure pénale, op.cit.*, n° 19.

pouvoirs qui vient d'être consacrée en politique¹. Mais la séparation des pouvoirs n'implique fondamentalement que la séparation de la poursuite (reliée à l'exécutif) d'avec l'instruction et le jugement (confiés au pouvoir judiciaire), non la séparation de l'instruction et du jugement². Lorsque le Code d'instruction criminelle introduit la séparation entre l'instruction et le jugement, il donne un nouveau fondement à la séparation des fonctions : la préservation de l'impartialité de la juridiction de jugement³. Cette impartialité serait devenue, sous l'influence de la jurisprudence de la Cour EDH⁴, l'explication principale, voire unique, du principe de séparation des fonctions, induisant une concentration sur les seules incompatibilités et non plus sur la répartition des pouvoirs⁵. Il est vrai que certains

¹ L'auteur parle de « traduction » de la séparation des pouvoirs : F. PARISI, *La séparation des fonctions de justice en matière pénale*, *op.cit.*, n° 24.

² *Ibid.*, n° 15. Lors des discussions de la loi du 7 pluviôse an IX, Boulay affirme : « Le gouvernement, étant spécialement chargé de veiller au maintien de l'ordre public, doit être investi de tout le pouvoir nécessaire pour rechercher et faire punir les délits qui le troublent. C'est donc à des agents choisis par lui et soumis uniquement à son impulsion que l'exercice de ce pouvoir doit être confié. Mais là doit s'arrêter l'action du gouvernement. Tout ce qui est décision, soit en question de fait, soit en question de droit, doit être placé hors de son influence, et laissé à des hommes que l'on puisse regarder comme indépendants » (Propos tenus devant le Parlement lors de la séance du 3 pluviôse an IX, rapportés par F. PARISI, *Ibid.*, n° 17).

³ *Ibid.*, n° 18.

⁴ La Cour EDH a développé, au visa de l'article 6, une jurisprudence particulièrement fournie en matière d'impartialité et de cumul des fonctions que l'on pourrait résumer comme suit (pour plus de détail, v. J.-F. RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme*, 7^e éd., LGDJ, 2017, n° 392 et s. ainsi que le *Guide sur l'article 6 de la Convention EDH [volet pénal]* édité par la Cour EDH en 2014). La Cour distingue entre impartialité subjective et impartialité objective (Cour EDH, 1^{er} octobre 1982, n° 8692/79, *Piersack c. Belgique*, spéc. n° 30), que la doctrine préfère parfois renommer impartialité personnelle et impartialité fonctionnelle (S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, *op.cit.*, n° 406). La question de la séparation et du cumul des fonctions relève de l'impartialité fonctionnelle ou objective, c'est-à-dire qu'elle est indépendante du comportement personnel du magistrat en cause. Dans un premier temps, la Cour a eu une interprétation extrêmement rigoureuse de l'exigence d'impartialité objective/fonctionnelle, estimant par exemple qu'un juge d'instruction ne pouvait ensuite être assesseur de la cour d'assises ayant à juger l'individu à l'encontre duquel il avait émis un des trois mandats d'arrêt le concernant (Cour EDH, 26 octobre 1984, n° 9186/80, *De Cubber c. Belgique*, n° 29). Plus généralement, « tout juge ayant connu l'affaire à un titre ou à un autre ne [pouvait] plus faire partie de la juridiction de jugement » (J.-F. RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme*, *op.cit.*, n° 398). À partir de l'arrêt *Hauschildt c. Danemark* toutefois (24 mai 1989, n° 10846/83), la Cour analyse plus en détail les fonctions exercées par le magistrat en question, affirmant à titre général « qu'un juge de première instance ou d'appel, dans un système comme le système danois, ait déjà pris des décisions avant le procès, notamment au sujet de la détention provisoire, ne peut donc passer pour justifier en soi des appréhensions quant à son impartialité » (n° 50). Elle concède cependant que « certaines circonstances peuvent [...], dans une affaire donnée, autoriser une conclusion différente » (n° 51). Dans le cas *Hauschildt*, la Cour conclut finalement à la présence de ces circonstances particulière et constate la violation de l'article 6 aux motifs que, dans le système danois, ne peuvent être placées en détention provisoire, selon la loi, que les personnes à l'encontre desquelles il existe des « soupçons particulièrement renforcés » qu'elles aient commis les faits, ce qui implique une conviction « très claire » de culpabilité (n° 52). V. aussi, pour une affaire impliquant un juge de la chambre des appels correctionnels ayant confirmé un jugement rendu à l'encontre d'une personne dont il avait décidé, plus en amont de la procédure, le maintien en détention provisoire soulignant que le suspect « agissait en véritable professionnel du trafic », Cour EDH, 22 avril 2010, n° 29808/06, *Chesne c. France* (la Cour conclut à la violation de l'article 6). En revanche, l'exercice successif de la poursuite et du jugement ou de l'instruction au cours d'une même procédure est « radicalement impossible » (J.-F. RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme*, *op.cit.*, n° 400) : v. Cour EDH, 1^{er} octobre 1982, n° 8692/79, *Piersack c. Belgique*, n° 30.

⁵ F. PARISI, *La séparation des fonctions de justice en matière pénale*, *op.cit.*, n° 197 et s.

auteurs ne font aujourd'hui plus référence qu'à l'impartialité lorsqu'ils étudient la séparation des fonctions¹.

Le principe de distinction et de séparation des fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement recèle donc, derrière son apparente évidence, bien des nuances et rebondissements doctrinaux. Plus fondamentalement, des doutes émergent quant à sa pertinence dans le cadre de notre réflexion.

2. Les doutes sur la distinction

111. Doutes. Deux remarques peuvent être faites pour mettre en doute l'immanence de la séparation des fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement : la conception sous-jacente de la fonction et le rapport avec le principe d'impartialité.

112. Des fonctions-organes. Le principe de séparation des fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement ne semble que peu s'occuper des fonctions. En réalité, seuls comptent les organes. L'une des traductions juridiques de cette distinction est d'ailleurs le découpage de la procédure pénale en général et de sa phase préparatoire en particulier en différentes phases, chacune d'elle étant confiée à un organe² et portant quasiment son nom, à l'exception d'un ministère public que l'on aurait très bien pu appeler, sur le modèle de l'accusateur révolutionnaire, *poursuivant public* si ce n'était les différentes fonctions occupées par le parquet en dehors de la matière pénale³. La doctrine le reconnaît elle-même : il s'agit avant tout d'une distinction et séparation des organes⁴ ou des autorités⁵

¹ C. AMBROISE-CASTÉROT et P. BONFILS, *Procédure pénale, op.cit.*, n° 222 et s. ; E. VERNY, *Procédure pénale, op.cit.*, n° 13 et s. ; F. FOURMENT, *Procédure pénale, op.cit.*, n° 559 et s. *Contra* v. J. PRADEL, *Procédure pénale, op.cit.*, 2017, n° 14 ; E. DREYER et O. MOUYSSSET, *Procédure pénale, op.cit.*, n° 17. V. aussi, parlant de « règle d'impartialité interne à l'autorité judiciaire, qui n'a absolument pas la portée du principe de séparation des pouvoirs », P. BEAUVAIS, « Politique pénale et séparation des pouvoirs », dans *Politique(s) criminelle(s). Mélanges en l'honneur du professeur Christine Lazerges*, Dalloz, 2014, p. 87, spéc. p. 97.

² « À chaque étape du procès correspond une autorité spécifique » : T. GARÉ et C. GINESTET, *Droit pénal. Procédure pénale, op.cit.*, n° 353.

³ Sur lesquelles v. P. TCHERKESSOFF, *Cohérence et légitimité du ministère public, op.cit.*, n° 433 et s.

⁴ F. PARISI, *La séparation des fonctions de justice en matière pénale, op.cit.*, n° 34 : la séparation des organes est « l'essence » de la séparation des fonctions.

⁵ M.-L. RASSAT, *Procédure pénale, op.cit.*, n° 35.

plus que des fonctions. L'article préliminaire ne mentionne-t-il pas « la séparation des *autorités* chargées de l'action publique et des *autorités* de jugement »¹ ?

Le problème d'une telle conception, c'est qu'elle va à rebours de la nécessité déjà établie d'envisager la fonction indépendamment de l'organe² : ce n'est pas parce que l'on a trois organes, ou quatre avec la juridiction d'application des peines, que l'on a trois ou quatre fonctions. La fonction, parce qu'elle est une activité, c'est-à-dire une action, un bouleversement de la réalité, est le nœud central de l'équilibre des pouvoirs. L'envisager par le seul prisme de l'organe et distinguer une fonction de poursuite, une fonction d'instruction, une fonction de jugement – voire, au commencement, une fonction de police judiciaire³ – condamne *ab initio* la réflexion à tourner en rond. Qu'on ajoute un organe – par exemple, le juge des libertés et de la détention – et il faudrait ajouter une fonction, la protection des libertés ou la certitude de la détention. À l'inverse, qu'on supprime un organe – le juge d'instruction ou, pourquoi pas, le ministère public⁴ – et il faudrait supprimer une fonction. En réalité, si cette distinction a pour origine la séparation des pouvoirs, c'est une séparation des pouvoirs entendue au sens d'attribution à un organe spécialisé et indépendant d'une seule, entière et exclusive fonction, ce qui ne correspond en aucun cas à la théorie de Montesquieu⁵.

113. Un rapport biaisé avec l'impartialité. Quant au rapport avec le principe d'impartialité, qui serait aujourd'hui la seule raison d'être de la séparation des fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement, on peut douter de son sens logique dans le cadre de notre démarche. En effet, dire que « le principe séparatiste s'est réduit [sous l'influence du principe d'impartialité] aux incompatibilités de fonctions »⁶ n'est justifié que si l'on se

¹ Code de procédure pénale français, art. préliminaire I al. 2 (nous soulignons).

² V. *supra* n° 71.

³ Le Code de procédure pénale traite, en ses articles 22 et s., des « fonctionnaires et agents chargés de certaines fonctions de police judiciaire » (nous soulignons). V. aussi, parlant de « fonctions de police judiciaire », M.-L. RASSAT, *Procédure pénale, op.cit.*, p. 158. V. encore, soulignant le sens fonctionnel et organique de la police judiciaire, R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel : procédure pénale, op.cit.*, n° 236. V. enfin, écrivant que « la police judiciaire est d'abord une *activité* » donc, selon nos définitions, une fonction, S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale, op.cit.*, n° 643. Dans le même sens, v. J. PRADEL, *Procédure pénale, op.cit.*, n° 409.

⁴ V. D. SCALIA, « Conclusions », dans L. KENNES et D. SCALIA (dir.), *Du juge d'instruction vers le juge de l'enquête. Analyse critique et de droit comparé*, Anthémis, 2017, p. 335, spéc. p. 341-342 : « On peut se demander si notre débat n'a pas qu'un intérêt limité si le droit pénal de fond était réformé en profondeur [...]. Alors, peut-être seulement, il sera possible de supprimer le juge d'instruction, mais aussi, pourquoi pas...le ministère public ».

⁵ V. *supra* n° 91.

⁶ F. PARISI, *La séparation des fonctions de justice en matière pénale, op.cit.*, n° 402.

place dans une perspective historique, partant d'un principe acquis – la séparation des fonctions – apparu *avant* l'exigence renouvelée d'impartialité. Serait alors étudiée l'incidence de ce dernier sur le principe de séparation des fonctions¹. Or nos recherches sur l'équilibre des pouvoirs sont résolument tournées vers l'avenir, vers ce qui pourrait être fait en termes de répartition des pouvoirs. C'est dire que les rapports sont inversés : là où l'exigence d'impartialité s'est renforcée et a pris le pas sur une distinction déjà existante (poursuite, instruction jugement), nous réfléchissons à un équilibre des pouvoirs pour la phase préparatoire actuelle, qui baigne dans l'exigence européenne d'impartialité. L'impartialité est une exigence apparue avant nos recherches et doit donc être envisagée comme un guide pour une future répartition des pouvoirs, non comme une pression réductrice s'opérant sur une répartition déjà existante.

La première des distinctions classiques résiste ainsi mal à l'analyse, et l'on pense alors à se tourner vers une autre distinction plus récente, celle des fonctions d'investigation et de juridiction.

B. La mise à l'épreuve de la distinction des fonctions d'investigation et des fonctions juridictionnelles

114. Ici encore, nous commencerons par présenter la distinction entre les fonctions d'investigation et de juridiction (1) avant d'en opérer une approche critique (2).

1. La présentation de la distinction

115. Une distinction récente. Apparu plus récemment et ayant pour objet de réflexion un juge d'instruction qui cumulerait ces fonctions, le principe de distinction et de séparation des fonctions d'investigation et de juridiction peut être brièvement présenté en deux étapes fondamentales : le projet de réforme présenté par Henri Donnedieu de Vabres en 1946 et 1949 puis les rapports sur la mise en état des affaires pénales rendus par la

¹ V. la démarche suivie par Fabrice Parisi, remarquant que la séparation des fonctions date d'avant l'exigence d'impartialité et parlant d'« instrumentalisation » du principe séparateur : *Ibid.*, n° 3 et n° 24.

Commission Justice pénale et Droits de l'homme en 1989 et 1990. Une dernière étape peut être mentionnée, celle de la permanence de l'idée de la distinction, même si elle peine à se réaliser complètement.

116. Le projet Donnedieu de Vabres. À la Libération, Henri Donnedieu de Vabres est installé à la tête d'une commission chargée de réfléchir à un nouveau Code d'instruction criminelle¹. Si, sur bien des points, le projet ne fait que reprendre les propositions faites dans les années 1930 par une commission dirigée par Paul Matter², il se démarque en confiant au ministère public la poursuite et l'instruction, mettant à mal le principe classique de séparation des fonctions. En réalité, des discussions avaient déjà cours depuis le Congrès de l'Union internationale de droit pénal de 1899, où Émile Garçon, dont le fils Maurice fut membre de la commission Donnedieu de Vabres, avait plaidé pour la suppression de la fonction de recherche de la preuve du juge d'instruction au profit d'un juge d'instruction statuant sur la détention préventive ou autorisant les perquisitions³. De telles conclusions avaient été reprises par René Garraud en 1903 et 1912⁴. Mais la proposition d'Henri Donnedieu de Vabres est sans doute le premier projet de réforme commandé à une commission proposant un tel chamboulement. Les choses sont claires :

« La phase de l'instruction préparatoire est aujourd'hui dominée par le principe de séparation de l'instruction et de la poursuite. [...] En pratique, l'action du juge d'instruction est limitée par l'insuffisance de ses rapports avec la police judiciaire et par le caractère contradictoire qu'a revêtu de plus en plus l'information, tandis que le procureur de la République, disposant d'un rang supérieur dans la hiérarchie judiciaire, a la haute main sur l'instruction. À ce désaccord de la théorie et de la pratique il était urgent de remédier car il compromet à la fois l'efficacité des recherches et les intérêts légitimes des parties. [...]

À la séparation de l'instruction et de la poursuite succède, en définitive, une distinction plus normale : celle des fonctions d'inquisiteurs et des fonctions de juge. »⁵

Cette distinction nouvelle entre fonction d'investigation et fonction de juridiction est fondée sur trois critiques faites au système d'alors : le juge d'instruction est subordonné au ministère public, qui lui est hiérarchiquement supérieur et le note ; le juge d'instruction

¹ H. DONNEDIEU DE VABRES, « La réforme de la procédure pénale », *Rev. sc. crim.* 1946, p. 315 ainsi que *Rev. sc. crim.* 1949, p. 433, 617 et 796.

² *Ibid.*, p. 315.

³ M. ARNAL, *Le projet de Code d'instruction criminelle, les réformes qu'il introduit, les critiques qu'il soulève*, Thèse Paris, 1952, p. 97.

⁴ *Ibid.*, p. 98.

⁵ H. DONNEDIEU DE VABRES, « La réforme de la procédure pénale », *op.cit.*, p. 315.

n'est pas libre face à la défense ; l'information judiciaire, qui devient contradictoire, manque d'un arbitre¹. Le juge d'instruction est en conséquence supprimé pour devenir un juge *de l'instruction*. Mais le projet, qui fait « l'effet d'une bombe »², est profondément critiqué³. On a ainsi pu écrire que « supprimer [le juge d'instruction] serait instituer une dictature policière ou gouvernementale »⁴. Plus largement, le rapport a sans doute échoué parce qu'il n'envisageait aucune modification statutaire concernant le parquet⁵. La commission abandonne d'elle-même le projet. La commission Besson, qui lui succède, sera à l'origine du Code de procédure pénale de 1958 et reprendra la distinction classique entre fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement⁶.

117. La Commission Justice pénale et Droits de l'homme. En 1989 et 1990 paraissent successivement le rapport préliminaire et le rapport définitif sur la mise en état des affaires pénales rédigés par la Commission Justice pénale et droit de l'homme présidée par Mireille Delmas-Marty⁷. Véritable réflexion d'ensemble sur ce qu'est et doit être la phase préparatoire du procès pénal, le rapport suscite de nombreuses réactions⁸. Partant du principe que « la procédure pénale conduit du fait au droit »⁹ et recherchant une structure commune aux différentes phases de mise en état possibles, le rapport préliminaire note que « toute procédure pénale de mise en état suppose nécessairement [...] que soient exercées

¹ M. ARNAL, *Le projet de Code d'instruction criminelle, les réformes qu'il introduit, les critiques qu'il soulève, op.cit.*, p. 102-103.

² J. PRADEL, « De la réforme de l'instruction préparatoire », *D.* 1989, chron., p. 100.

³ S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale, op.cit.*, n° 69.

⁴ M. ARNAL, *Le projet de Code d'instruction criminelle, les réformes qu'il introduit, les critiques qu'il soulève, op.cit.*, p. 126.

⁵ C. LAZERGES, « Le rapport Léger : analyse des propositions », *AJ Pénal* 2009, p. 385.

⁶ Sur la genèse du Code de procédure pénale, v. S. ARIOLI, *La genèse du Code de procédure pénale de 1958 : exposé et mise en perspective*, Mémoire Lyon 3, 2017.

⁷ M. DELMAS-MARTY (prés.), *La mise en état des affaires pénales : Rapports de la Commission Justice pénale et Droits de l'homme*, La documentation française, 1989 et 1990.

⁸ V., pour les plus sceptiques, J. PRADEL, « La mise en état des affaires pénales. Propos sceptiques sur le rapport de la Commission justice pénale et droits de l'homme », *D.* 1990, p. 301 ; J.-L. SAURON, « Les vertus de l'inquisitoire ou l'État au service des droits », *Pouvoirs* 1990, n° 55, p. 53 ; M. DORWLING-CARTER, « Faut-il supprimer le juge d'instruction », *JCP G* 1990, I, 3458. V., pour une analyse beaucoup plus positive, les « lunettes allemandes » aidant, H. JUNG, « Vers un nouveau modèle du procès pénal ? Réflexions sur les rapports "La mise en état des affaires pénales" », *Rev. sc. crim.* 1991, p. 526.

⁹ M. DELMAS-MARTY (prés.), « Rapport préliminaire sur la mise en état des affaires pénales », dans *La Mise en état des affaires pénales : rapports, Commission justice pénale et droits de l'homme*, La Documentation française, 1990, p. 7, spéc. p. 11. En ce sens, l'infraction peut être analysée comme la « condition préalable à la mise en œuvre de la coercition » : v. H. VLAMYNCK, « La théorie de l'apparence : enquêtes préliminaires, de flagrance et enquêtes spécifiques de mort suspecte et de disparition inquiétante », *AJ Pénal* 2005, p. 322. V. auss., affirmant que la procédure pénale vise à appliquer le droit pénal matériel à un événement réel, D. DÖLLING, « Über das Ziel des Strafverfahrens », dans *Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag*, C.F. Müller, 2015, p. 679, spéc. p. 681.

deux fonctions, une fonction d'enquête et d'investigation sur les faits et une fonction juridictionnelle, consistant à contrôler la partie poursuivante et à garantir les droits de la défense »¹. S'interrogeant plus avant sur les principes devant régir la mise en état des affaires pénales, les auteurs déduisent de l'article 66 de la Constitution² et de l'article 5 de la Convention EDH un principe de garantie judiciaire selon lequel « un juge doit intervenir, dès la mise en état des affaires pénales, pour tous les actes relatifs aux libertés individuelles »³. La séparation des fonctions d'investigation et de juridiction apparaît alors comme le *prolongement* de la garantie judiciaire, impliquant l'impartialité⁴. Le rapport final de la commission, lui, fait état de nombreuses prises de position sur la question à la suite de la parution du rapport préliminaire : ont été exprimées des craintes sur la création d'un possible « super-policier », sur les conséquences quant au statut du parquet et sur l'augmentation du formalisme induit par la séparation⁵. La commission n'en maintient pas moins sa volonté de voir les fonctions d'investigation et les fonctions de juridiction séparées au sein de la phase préparatoire, les premières étant confiées au seul parquet, les secondes au seul juge. Elle exprime en quelques lignes les raisons de l'incompatibilité des fonctions d'investigation et de juridiction chez le juge d'instruction :

« Juridiquement, l'incompatibilité tient au fait que le juge, dans ses fonctions juridictionnelles, doit jouer le rôle d'un arbitre neutre et "paraître tel aux yeux de tous" [...] or la logique même des investigations lui impose de bâtir des hypothèses sur la culpabilité des uns et l'innocence des autres.

Matériellement, sa double tâche est extrêmement lourde et l'on observe, dès à présent, que le juge d'instruction est amené à sacrifier tantôt ses fonctions d'investigation par un abus des commissions rogatoires, tantôt ses fonctions juridictionnelles par un simulacre de débat contradictoire avant le placement en détention [...] et par une fâcheuse tendance à se contenter d'une motivation des plus sommaires. »⁶

¹ M. DELMAS-MARTY (prés.), « Rapport préliminaire sur la mise en état des affaires pénales », *op.cit.*, spéc. p. 17.

² Constitution française, art. 66 : « Nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi ».

³ M. DELMAS-MARTY (prés.), « Rapport préliminaire sur la mise en état des affaires pénales », *op.cit.*, spéc. p. 81

⁴ *Ibid.*, spéc. p. 82.

⁵ M. DELMAS-MARTY (prés.), « Rapport final sur la mise en état des affaires pénales », dans *La Mise en état des affaires pénales : rapports, Commission justice pénale et droits de l'homme*, La Documentation française, 1990, p. 105, spéc. p. 115.

⁶ *Ibid.*, spéc. p. 129 (nous soulignons).

118. Depuis 1990. Ces rapports consacrent définitivement la distinction des fonctions d'investigation et de juridiction. Toutefois, en dehors de l'instauration par la loi du 15 juin 2000 du juge de la liberté et de la détention compétent pour se prononcer sur le placement en détention provisoire – et encore, il ne s'agit pas d'une compétence exclusive¹ –, la séparation entre les deux fonctions peine à se réaliser, même si certains rapports postérieurs l'ont reprise². L'idée de la suppression du juge d'instruction, centre de l'analyse, semble aujourd'hui « abandonnée »³. Serait-ce une raison pour douter de la distinction ?

2. Les doutes sur la distinction

119. Doutes, bis. Par rapport à la distinction et la séparation des fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement, qui n'était en réalité qu'une distinction organique, les rapports de la Commission Justice pénale et Droits de l'homme semblent correspondre à notre approche de la fonction centrée sur l'objet de l'activité menée. En effet, la procédure étant pour le rapport un passage du fait au droit, l'investigation aurait plus pour objet le fait, tandis que la juridiction s'occuperait du droit. En ce sens, nous pourrions avoir trouvé nos deux pouvoirs-fonctions à l'œuvre dans la phase préparatoire du procès pénal. Toutefois, deux observations nous amènent à en douter. L'une concerne les définitions réelles des fonctions d'investigation et de juridiction. L'autre, qui en découle, prend la forme d'intuitions.

¹ Si le juge d'instruction clôt sa procédure par une ordonnance de renvoi devant le tribunal correctionnel, celle-ci met en principe fin à la détention provisoire. Cependant, par une ordonnance distincte spécialement motivée, le juge d'instruction peut décider du maintien de la détention jusqu'à la comparution devant le tribunal, si cette mesure vise à : empêcher les pressions sur les témoins et victimes, à protéger le prévenu, à garantir son maintien à la disposition de la justice *ou* à mettre fin à l'infraction ou prévenir son renouvellement : Code de procédure pénale français, art. 179 al. 2 et 3. Une question prioritaire de constitutionnalité avait été soulevée s'agissant de cette disposition, mais selon le motif que le juge d'instruction statuait alors sans débat contradictoire (à l'inverse du juge des libertés et de la détention). La Cour de cassation a refusé de renvoyer cette question, arguant du fait que « l'application des dispositions contestées de l'article 179 du code de procédure pénale intervient après que le juge d'instruction auquel l'information paraît terminée a délivré, en application de l'article 175 du même code, l'avis prévu par cet article, le mis en examen pouvant ensuite présenter des observations, de sa propre initiative ou après les réquisitions du procureur de la République ; qu'ainsi, la défense peut soumettre son argumentation au juge avant que celui-ci ne prenne sa décision sur un éventuel maintien en détention de la personne renvoyée devant le tribunal correctionnel » : v. Cass. crim., 15 février 2011, n° 10-90.122, bull. n° 24.

² V., par exemple, P. LÉGER (prés.), *Rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale*, 2009.

³ T. GARÉ et C. GINESTET, *Droit pénal. Procédure pénale*, *op.cit.*, n° 352.

120. Des définitions peu précises. La Commission propose de séparer les fonctions d'investigation et de juridiction. Pour autant, elle ne définit pas clairement ce qu'elle entend par fonction d'investigation, même si l'idée d'une procédure permettant un passage du fait au droit laisse entendre que l'investigation serait une fonction ayant pour objet les faits qu'il conviendrait d'établir. Plus précisément, le rapport préliminaire affirme que « pour passer du fait au droit il faut appréhender un fait dans toute sa complexité afin d'établir s'il est ou non prohibé par la loi pénale puis, dans l'affirmative, en rechercher l'auteur, c'est-à-dire réunir contre lui des preuves qui doivent être soumises à la critique »¹. Si l'on peut y voir une définition de l'investigation, la mention de l'appréciation de la violation de la loi laisse perplexe : ne s'agit-il pas là, plutôt, de la fonction juridictionnelle ? Lorsqu'il s'agit de définir cette dernière, la Commission écrit :

« Les actes relevant de la fonction juridictionnelle comprennent les actes relatifs aux libertés individuelles [...], y compris certains actes d'investigation lorsqu'ils mettent en cause les libertés individuelles. Ils comprennent également la vérification de la régularité de la procédure de mise en état. Selon la solution retenue, la clôture de la mise en état pourrait aussi relever de la fonction juridictionnelle. »²

Alors que la fonction d'investigation est, semble-t-il, définie par son objet, c'est-à-dire qu'elle correspond pour nous à un pouvoir-fonction, la fonction juridictionnelle est analysée par ses actes qui, forcément, ont plusieurs objets, telles que les libertés, la régularité de la procédure, etc. Si l'on s'intéresse à la fonction juridictionnelle du point de vue de son objet, celui-ci consiste, dans son acception courante, à *dire le droit et trancher les litiges*³. Or le juge qui autorise, comme le prévoit le rapport, une perquisition, acte d'investigation portant atteinte aux libertés demandé par le seul ministère public en l'absence de débat contradictoire – ce juge, tranche-t-il un litige ? De même, le véritable objet de son activité est-il de dire le droit applicable à l'espèce (la solution serait alors : l'article X du Code de procédure pénale s'applique) ou de garantir les droits et libertés (la solution serait alors : compte tenu des dispositions légales, les libertés ne sont pas

¹ M. DELMAS-MARTY (prés.), « Rapport préliminaire sur la mise en état des affaires pénales », *op.cit.*, spéc. p. 14.

² *Ibid.*, spéc. p. 82 (nous soulignons).

³ D. D'AMBRA, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, LGDJ, 1994. La fonction juridictionnelle sera étudiée plus en détail lors de la recherche des objets de la phase préparatoire du procès pénal : v. *infra* n° 143 et s.

considérées comme violées par l'acte demandé par le ministère public, qu'en conséquence j'autorise) ?

121. Intuitions. De cette définition difficile de la fonction juridictionnelle comme pouvoir-fonction naissent deux intuitions : le retour de l'organe et la pluralité d'objets de la phase préparatoire du procès pénal.

Lorsque la Commission définit la fonction d'investigation, elle le fait par son objet, et c'est en considération de son objet qu'elle l'attribue totalement au pouvoir-organe ministère public, considérant que « par son organisation, par les moyens dont il dispose et par son expérience quotidienne des relations avec les services de police judiciaire, le ministère public paraît l'autorité la plus apte à mener l'enquête avec une efficacité et une célérité accrues »¹. En revanche, en définissant la fonction juridictionnelle comme certains actes, qu'elle attribue au juge, la Commission laisse naître l'intuition d'un retour du refoulé : ne parlerait-elle pas de fonction juridictionnelle pour désigner les actes du juge alors qu'il faudrait, dans notre conception du pouvoir-fonction, parler de la fonction juridictionnelle pour désigner une activité procédurale ayant un objet précis imposant de la confier à tel ou tel organe ? Autrement dit, les rapports sur la mise en état des affaires pénales ne qualifieraient-ils pas la fonction juridictionnelle par son organe, le juge ?

La (re)lecture de la définition de la fonction juridictionnelle par la Commission fait naître une seconde intuition à la lecture des actes relevant de la fonction juridictionnelle :

« Les actes relevant de la fonction juridictionnelle comprennent les actes relatifs aux libertés individuelles [...], y compris certains actes d'investigation lorsqu'ils mettent en cause les libertés individuelles. Ils comprennent également la vérification de la régularité de la procédure de mise en état. Selon la solution retenue, la clôture de la mise en état pourrait aussi relever de la fonction juridictionnelle. »²

Peut-on admettre de manière si catégorique que, nous qui cherchons les pouvoirs-fonctions dans la phase préparatoire du procès pénal, celle-ci n'ait que *deux objets*, les investigations et le droit ? Les libertés individuelles, les investigations ou la régularité de la procédure ne sont-elles pas des objets distincts de la phase préparatoire du procès pénal ? La comparaison des droits alimente cette intuition. En Italie, le juge pour les enquêtes

¹ M. DELMAS-MARTY (prés.), « Rapport final sur la mise en état des affaires pénales », *op.cit.*, spéc. p. 133.

² M. DELMAS-MARTY (prés.), « Rapport préliminaire sur la mise en état des affaires pénales », *op.cit.*, spéc. p. 82 (nous soulignons).

préliminaires est décrit comme un juge contrôleur des investigations, des mesures de sûreté et de la clôture de la phase préparatoire, mais aussi comme un juge présidant à la formation anticipée de la preuve avant l'audience et comme un juge pouvant, dans certains cas, décider de l'affaire¹. En Allemagne, le juge de l'enquête est désigné, par exemple, comme ayant un rôle de protection des droits², de contrôleur par son double regard sur l'activité du parquet³ mais aussi d'investigateur d'urgence⁴.

122. Le dépassement des distinctions classiques. Si la distinction entre les fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement a très vite été mise en doute au regard de notre concept de pouvoir-fonction indépendant de toute référence à l'organe, la distinction entre fonction d'investigation et fonction juridictionnelle, malgré ses imperfections, a pu servir de base à une intuition forte, celle d'une grande pluralité d'objets et donc de pouvoirs-fonctions dans la phase préparatoire du procès pénal. C'est par la recherche de ces objets que nous pourrions dépasser les distinctions classiques et déterminer les pouvoirs-fonctions à l'œuvre dans cette phase préparatoire.

§ 2. La détermination d'une nouvelle distinction

123. Pour déterminer les pouvoirs-fonctions à l'œuvre dans la phase préparatoire du procès pénal, pour les « définir avec précision »⁵, il convient d'abord de rechercher les objets de la phase préparatoire. En effet, le pouvoir-fonction étant une activité finalisée ayant un objet précisément circonscrit qui lui donne sa spécificité, nous serons capables, connaissant ces objets, de déterminer l'activité finalisée s'exerçant sur chacun d'entre eux

¹ E. ZAPPALÀ, « Le funzioni del giudice nella fase delle indagini preliminari », dans *Le nuove disposizioni sul processo penale*, CEDAM, 1989, p. 49.

² On parle de *Rechtsschutz* : v. par exemple Y.-H. LIN, *Richtervorbehalt und Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe*, Peter Lang, 1998.

³ On parle de *Vier-Augen-Prinzip* : v. par exemple M. RABE VON KÜHLEWEIN, *Der Richtervorbehalt im Polizei- und Strafprozessrecht*, Peter Lang, 2001, p. 414.

⁴ On parle alors de *Notstaatsanwalt*, mot à mot « procureur d'urgence » : v. par exemple H.-H. KÜHNE, *Strafprozessrecht*, 9^e éd., C. F. Müller, 2015, n^o 312.

⁵ *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e éd., s. v. « Déterminer ».

et, donc, de définir les différents pouvoirs-fonctions. Ce faisant, il faut s'intéresser à « ce sur quoi porte »¹ l'activité procédurale.

Quoi qu'il en soit, si l'on sait ce que l'on recherche, il convient de préciser de nouveau le cadre de cette quête : la phase préparatoire du procès pénal. Celle-ci a été définie comme *l'ensemble temporel et matériel courant de la naissance de l'action publique à la décision de la mettre ou non en mouvement* – l'inclusion dans cette phase du juge d'instruction ayant pu et dû provoquer, à dessein, un certain malaise chez le lecteur². Si la présence de certains objets que sont les faits, l'action publique, la procédure elle-même et les droits et libertés peut être établie avec certitude (A), l'existence d'un objet droit et donc d'une fonction juridictionnelle est, elle, incertaine (B).

A. La présence certaine des faits, de l'action publique, de la procédure et des droits et libertés

124. Afin de mieux rechercher et déterminer les objets de la phase préparatoire du procès pénal, l'approche doit être débarrassée de toute distinction préalable et repartir du début : un acte contraire à l'ordre social prévu et puni par la loi vient d'être réalisé³. L'État, groupe social organisé et institutionnalisé, est par son existence même le seul à pouvoir réagir. Mais sur quoi va-t-il (ré)agir ?

C'est en répondant à cette question qu'apparaîtront les différents objets, donc les différents pouvoirs-fonctions. À ce titre, il est certain que l'État, dans le cadre de la phase préparatoire du procès pénal, va concentrer son activité sur les faits (1), sur l'action publique (2), sur la procédure elle-même (3) et sur les droits et libertés (4).

Plus précisément, pour passer de chaque objet au pouvoir-fonction correspondant, il convient de savoir *ce qu'est l'objet lui-même* puis *d'identifier l'activité finalisée* qui s'exerce sur cet objet. Nous pourrons alors *définir le pouvoir-fonction* considéré et indiquer certains des *pouvoirs-prérogatives* qui lui sont attachés.

¹ *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e éd., s. v. « Objet », sens II.

² Sur les justifications de notre définition, v. *supra* n° 13.

³ Il s'agit de la définition de l'infraction donnée par A. BEZIZ-AYACHE, *Dictionnaire de droit pénal général et procédure pénale*, 6^e éd., Ellipses, 2016, s. v. « Infraction ».

1. Les faits et la fonction d'investigation

125. Qu'entendons-nous par l'objet « faits » ? Le premier objet de toute procédure pénale, ce sont des faits. En ce sens, il s'agit bien de passer du fait au droit¹ et le procès reste « un retour sur le passé d'un fait décrié »². Le meurtre, avant d'être un meurtre, est le *fait* pour M. X d'avoir tiré dans la poitrine de M. Y. C'est le *fait* que le projectile ait impacté et traversé l'enveloppe charnelle de M. Y. C'est le *fait* que le cœur de M. Y, touché par la balle, se soit arrêté de battre. La procédure pénale commence par un fait, par une modification de l'ordre matériel des choses. En ce sens, il s'agit encore et toujours d'une procédure *réactive*, intervenant *a posteriori* par rapport à des faits. De nombreux auteurs soulignent pourtant la tendance actuelle à promouvoir l'enquête dite proactive, qu'ils définissent comme « l'ensemble des investigations utilisant le plus souvent des techniques spéciales pour prévenir la commission probable d'infractions ou *détecter des infractions déjà commises* mais encore inconnues »³. Mais si le but est de détecter des infractions déjà commises, alors la logique d'une procédure réactive intervenant *a posteriori* est toujours présente. Comme le remarque Mathias Murbach-Vibert, les auteurs « conditionnent le recours à l'enquête proactive à des “soupçons sérieux”, “raisons de penser”, “présomption”, “soupçons graves”, “soupçon sérieux d'une infraction grave” »⁴, ce qui suppose quoi qu'il en soit des faits comme point de départ.

126. L'activité finalisée opérant sur les faits. Quelle est, maintenant, l'activité finalisée portant sur ces faits ? Le but étant de passer du fait au droit, il convient d'*établir*

¹ M. DELMAS-MARTY (prés.), « Rapport préliminaire sur la mise en état des affaires pénales », *op.cit.*, spéc. p. 11. V. aussi J. PRADEL, « Introduction (les investigations policières) », dans J. LEBLOIS-HAPPE (dir.), *Les investigations policières. Die polizeilichen Ermittlungen*, PUAM, 2012, p. 9, spéc. p. 10.

² V. LAMANDA, « Préface », dans S. GUINCHARD et J. BUISSON (dir.), *Les transformations de la justice pénale*, Dalloz, 2014, p. 1.

³ J. PRADEL, « De l'enquête pénale proactive : suggestions pour un statut légal », *D.* 1998, p. 57. V. aussi P. BEAUVAIS, « La nouvelle surveillance pénale », dans *Humanisme et justice. Mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage*, Dalloz, 2016, p. 259. Ce mouvement serait particulièrement criant en matière de lutte contre le terrorisme : v. J. ALIX, « Quelle place pour le droit pénal dans la lutte contre le terrorisme ? », dans *Humanisme et justice. Mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage*, Dalloz, 2016, p. 423. En résulteraient de profondes confusions dangereuses pour les droits et libertés : v. O. CAHN, « Le dispositif antiterroriste français est-il une loi d'exception ? », dans *Humanisme et justice. Mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage*, Dalloz, 2016, p. 453.

⁴ M. MURBACH-VIBERT, *Les pouvoirs d'investigation en droit français*, Thèse Lyon 3, 2010, Tome I, p. 111. V. aussi, relevant que la récente visite de sécurité intérieure prévue par la loi du 30 octobre 2017 est « réactive à [la fréquentation d'un lieu] par une personne au comportement reprochable qui, sans “forçage » exagéré de

ces faits, de savoir ce qu'il s'est passé, qui était présent, dans quel état, à quelle heure, etc. En France, on parlera de la « recherche [...] des infractions à la loi pénale »¹, donc des faits, mais aussi de « manifestation de la vérité »², sous-entendu des faits, ou d'investigations. En Italie, le vocabulaire est plus technique et neutre que la « manifestation » française puisque l'on parle de reconstruction³ (*ricostruzione*) ou de vérification⁴ (*accertamento*) des faits voire, plus largement, d'investigation (*indagine*)⁵. En Allemagne, enfin, le Code de procédure pénale impose d'éclaircir (*Sachverhaltsaufklärung*) et d'explorer/rechercher (*erforschen*) les faits⁶ – quand on ne parle pas plus généralement de détermination, d'investigation des faits (*Ermittlung*)⁷. L'activité en cause est donc une entreprise de clarification, d'établissement. Pour autant, l'on peut se poser la question de la preuve : l'établissement des faits, dans la phase préparatoire du procès pénal, a-t-il pour but de les prouver ?

127. Excursus : l'investigation a-t-elle pour but de prouver les faits ? Si l'on définit la preuve comme « tout moyen permettant d'affirmer l'existence ou la non-existence d'un fait donné ou encore l'exactitude ou la fausseté d'une proposition »⁸, assurément. Pourtant, en France, la phase préparatoire n'a en théorie pas pour objectif de former la preuve mais seulement de fournir des matériaux, insérés au dossier de la procédure, en vue

qualification, devrait pouvoir justifier une perquisition pénale », F. FOURMENT, « La visite de sécurité intérieure, substitut de la perquisition pénale », *Gaz. Pal.* 23 janvier 2018, p. 82.

¹ Code de procédure pénale français, art. 41 al. 1.

² Code de procédure pénale français, art. 81 al. 1.

³ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 348 al. 1 : « Même après la communication de l'information sur l'infraction au procureur, la police judiciaire continue à remplir les fonctions indiquées à l'art. 55 en recueillant tous les éléments utiles à la reconstruction des faits et à l'identification des auteurs » (« Anche successivamente alla comunicazione della notizia di reato, la polizia giudiziaria continua a svolgere le funzioni indicate nell'articolo 55 raccogliendo in specie ogni elemento utile alla ricostruzione del fatto e alla individuazione del colpevole »).

⁴ Code de procédure pénale Italie (*Codice di procedura penale*), art. 358 al. 1 : « Le ministère public accomplit toutes les activités nécessaires aux fins indiquées à l'article 326 et décide de toute vérification des faits et circonstances en faveur de la personne soumise à l'enquête » (« Il pubblico ministero compie ogni attività necessaria ai fini indicati nell'articolo 326 e svolge altresì accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini »).

⁵ Ainsi la phase préparatoire est-elle dénommée *fase delle indagini preliminari*.

⁶ Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 160 al. 1 : « Obligation d'éclaircir les faits. Dès que le ministère public a connaissance, par une dénonciation ou toute autre voie, de l'éventualité d'une infraction, il doit, en vue de se prononcer sur la nécessité de mettre en mouvement l'action publique, rechercher et explorer les faits » (« Pflicht zur Sachverhaltsaufklärung. Sobald die Staatsanwaltschaft durch eine Anzeige oder auf anderem Wege von dem Verdacht einer Straftat Kenntnis erhält, hat sie zu ihrer Entschließung darüber, ob die öffentliche Klage zu erheben ist, den Sachverhalt zu erforschen »).

⁷ Ainsi la phase préparatoire est-elle dénommée *Ermittlungsverfahren*.

⁸ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel. Procédure pénale*, 5^e éd., Cujas, 2001, Tome II, n° 140.

de la formation de la preuve lors de l'audience¹. En effet, le principe de présomption d'innocence impose de ne parler de preuve que lorsque le juge aura justifié sa décision finale sur tel ou tel élément. Serge Guinchard et Jacques Buisson soulignent néanmoins que la preuve obéit essentiellement à une logique factuelle, se structurant tout au long de la procédure et ce dès la phase préparatoire, ce qui n'est pas sans paradoxe :

« C'est d'ailleurs là que se situe toute l'ambiguïté de la théorie de la preuve, dans cette sorte de décalage qui existe entre le factuel et le juridique. En effet, factuellement l'officier de police judiciaire, le procureur de la République, le juge d'instruction réunissent des éléments de preuve à l'encontre d'une personne ; des indices qui deviennent des charges, alors que juridiquement cette personne reste présumée innocente jusqu'à ce qu'elle ait été jugée. »²

En *Allemagne*, la formation de la preuve³ est marquée par deux principes fondamentaux, l'oralité du procès et le principe d'immédiateté, qui imposent que le juge fonde son intime conviction uniquement sur le contenu des débats qui ont eu lieu devant lui de manière ininterrompue⁴. Cela concerne aussi les documents écrits⁵ qui doivent donc être relus lors de l'audience, expliquant la longueur de la phase principale – on parle parfois de *Mammut-Prozess* ou de *Maxi-Prozess*. Ainsi s'est terminé à Munich en juillet 2018 le procès des membres du groupuscule néonazi *Nationalsozialistischer Untergrund (NSU-Prozess)* ouvert le 6 mai 2013, l'audience s'étant étalée sur quatre cent trente-huit jours⁶. Sans doute en contrepois à ce principe d'immédiateté, la jurisprudence est très stricte vis-à-vis des retards de procédures : le 4 janvier 2019, le tribunal régional supérieur de Brandebourg a remis en liberté Maïk Schneider, ancien membre du parti national

¹ Ainsi les procès-verbaux réalisés lors de la phase préparatoire ne valent en principes « qu'à titre de simples renseignements », l'une des exceptions majeures étant les procès-verbaux constatant des contraventions : v. Code de procédure pénale français, arts. 430 et 537.

² S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale, op.cit.*, n° 480. V. aussi M.-L. RASSAT, *Procédure pénale, op.cit.*, n° 236 ; J. BUISSON, *Rép. pénal Dalloz*, s. v. « Preuve », novembre 2017, n° 3.

³ Pour une présentation du droit allemand de la preuve, v. J. LEBLOIS-HAPPE, X. PIN et J. WALTHER, « Chronique de droit pénal allemand », *RID pén.* 2009/1, vol. 80, p. 271.

⁴ Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 261 : « Le tribunal décide de la preuve au regard de sa libre conviction issue du contenu des débats » (« Über das Ergebnis der Beweisaufnahme entscheidet das Gericht nach seiner freien, aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpften Überzeugung »). V. aussi Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 229 al. 1 : « Les débats ne peuvent être interrompus sur une période supérieure à trois semaines » (« Eine Hauptverhandlung darf bis zu drei Wochen unterbrochen werden »).

⁵ Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 249 al. 1. Il existe cependant certaines exceptions aux §§ 249 al. 2, 257a et 420.

⁶ Il s'agit du plus long procès de l'histoire de l'Allemagne réunifiée, qui aurait coûté trente millions d'euros : voir le billet « NSU-Prozess kostete 30 Millionen Euro », *LTO* 11 octobre 2018, accessible en ligne sur https://www.lto.de/persistent/a_id/31455/ (consulté le 4 janvier 2019).

démocrate (*Nationaldemokratische Partei Deutschlands* ou *NPD*) détenu provisoirement depuis trois ans dans une affaire d'incendie de centre d'aide aux migrants, au motif que les retards évitables causés par les dysfonctionnements de la justice étaient de l'ordre de six mois¹. Malgré ce dogme de l'immédiateté, le Code allemand prévoit qu'à titre exceptionnel certains actes effectués lors de la phase préparatoire puissent ne pas l'être à nouveau lors de la phase principale. Il en va ainsi, par exemple, des interrogatoires de certains témoins qui ne peuvent plus déposer lors de l'audience ou lorsque les différentes parties sont d'accord, les procès-verbaux d'interrogatoire étant alors lus à l'audience en vertu du principe d'oralité². Pour Helmut Satzger, ces possibilités toujours plus nombreuses d'administration de la preuve dès la phase préparatoire sont le signe d'un changement profond de la procédure pénale par rapport à sa conception classique héritée du code impérial³.

En *Italie*, le Code de procédure pénale de 1989 a représenté un véritable changement de système, le point névralgique des débats ayant été, dès le départ, la question de la valeur probante des éléments recueillis lors de la phase préliminaire⁴. Les critiques contre le Code précédent, dit Code Rocco, concernaient l'emprise de la phase préparatoire sur la phase principale où les témoins ne comparaissaient que pour maintenir, d'un simple « *confermo!* », leurs dépositions faites lors de la phase préparatoire et versées au dossier⁵. On a ainsi pu parler d'hypothèque de l'instruction sur le jugement⁶. Est alors adoptée une architecture procédurale censée garantir « l'imperméabilité »⁷ de la phase principale,

¹ V. M. SEHL, « OLG zu überlanger Verfahrensdauer: Brandenburg lässt verurteilten Neonazi-Brandstifter frei », *LTO* 3 janvier 2019, accessible en ligne sur https://www.lto.de/persistent/a_id/33013/ (consulté le 4 janvier 2019).

² Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 251. Pour un exposé détaillé, v. W. BEULKE et S. SWOBODA, *Strafprozessrecht*, 14^e éd., C.F. Müller, 2018, n° 410 et s.

³ H. SATZGER, *Chancen und Risiken einer Reform des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens: Gutachten C zum 65. Deutschen Juristentag*, C.H. Beck, 2004, p. C35 et s.

⁴ G. LATTANZI, « La prova e il dibattimento. Introduzione », dans *Il rito accusatorio a vent'anni dalla grande riforma. Continuità, fratture, nuovi orizzonti*, Giuffrè, 2012, p. 157.

⁵ V. par exemple les interventions de Vittorio Chiusano, avocat, et de Giorgi Lattanzi, juge à la Cour de cassation, dans *Il giudice per le indagini preliminari dopo cinque anni di sperimentazione*, Giuffrè, 1996, respectivement p. 113 et p. 225, spéc. p. 230.

⁶ Il s'agit du terme communément employé par la doctrine pour critiquer l'emprise de la phase d'instruction sur la phase de jugement : v. not. G. CONSO *et al.*, *Compendio di procedura penale*, 8^e éd., CEDAM, 2016, p. LVIII.

⁷ A. SCALFATI, « Vent'anni senza tregua », dans *Il Codice di procedura penale in vent'anni di riforme : frammenti di una costante metamorfosi*, Giappichelli, 2009, p. 171, spéc. n° 6 ; D. SIRACUSANO, « Relazione di sintesi », dans *Il rito accusatorio a vent'anni dalla grande riforma. Continuità, fratture, nuovi orizzonti*, Giuffrè, 2012, p. 465, spéc. n° 3. V. aussi, parlant de « césure » : P. L. VIGNA, « Le indagini preliminari », dans E. AMODIO *et al.*, *Il nuovo processo penale. Dalle indagini preliminari al dibattimento*, Giuffrè, 1989, p.1, spéc. p. 4 et s.

unique lieu de formation de la preuve, car seule à même de garantir le contradictoire¹. Cette imperméabilisation se réalise par le double dossier² ainsi que par la restriction de l'activité d'investigation lors de la phase préparatoire aux « seules investigations nécessaires aux déterminations inhérentes à la décision d'exercice de l'action publique »³. De plus, deux dispositions cadent la procédure, l'une affirmant qu'une déclaration recueillie antérieurement mais lue lors de l'audience pour la contestation d'un témoignage fait lors des débats « ne peut pas constituer une preuve des faits qui y sont affirmés »⁴, l'autre prohibant les témoignages indirects des agents de police sur les déclarations qui leur ont été faites lors de la phase préliminaire⁵. Toutefois, sont prévues *ab initio* et par exception des hypothèses où les actes de la phase préparatoire seront versés au dossier et alimenteront ainsi le débat sur la preuve à l'audience⁶. Les deux hypothèses principales sont les actes insusceptibles d'être répétés à l'audience (perquisition, saisie, etc.)⁷ et la procédure de l'incident probatoire (*incidente probatorio*), principale innovation du Code en matière de

¹ Il s'agit d'un point central de l'esprit du Code de 1989 : v. E. ZAPPALÀ, « Le funzioni del giudice nella fase delle indagini preliminari », *op.cit.*, spéc. n° 1. Sur l'importance du contradictoire comme meilleur moyen de formation de la preuve en procédure pénale italienne, v. les contributions d'Alessandro Pasta (« Dall'epistème alla critica : il diritto alla prova dell'accusato »), de Simona Carlotta Sagnotti (« Il contraddittorio : una riflessione filosofico-giuridica ») et de Sergio Lorusso (« I molteplici volti del contraddittorio : dalle regole costituzionali all'attuazione legislativa ») dans F. R. DINACCI (dir.), *Processo penale e Costituzione*, Giuffrè, 2010, respectivement p. 289, p. 331 et p. 345.

² V. *supra* n° 7.

³ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 326 : « Il pubblico ministero e la polizia giudiziaria svolgono, nell'ambito delle rispettive attribuzioni, le indagini necessarie per le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale ».

⁴ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 500 al. 3 (version originale) : « La dichiarazione utilizzata per la contestazione [...] non può costituire prova dei fatti in essa affermati. Può essere valutata dal giudice per stabilire la credibilità della persona esaminata ».

⁵ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 195 al. 4 (version originale).

⁶ En parallèle, sont aussi prévues *ab initio* une foule de procédures alternatives à l'audience supposant toutes la mise en mouvement de l'action publique. L'idée est simple : assurer un débat complet et indépendant de l'influence de la phase préparatoire, mais seulement dans les cas où l'organisation même d'un débat est vue comme essentielle. Sur ce point, v. G. CONSO, « Problemi di metodo e scelte di fondo », dans *Le nuove disposizioni sul processo penale*, CEDAM, 1989, p. 169, spéc. n° 3. Les procédures alternatives continuent aujourd'hui d'être l'un des outils principaux de déflation des procédures, les différentes lois cherchant à les favoriser : v. G. SPANGHER, « Il progetto Orlando di riforma del codice di procedura penale », dans A. LUMINOSO (dir.), *Diritto e crisi*, Giuffrè, 2016, p. 353, spéc. p. 357 et s. Le premier président de la Cour de cassation Giovanni Mammona a toutefois noté, lors de la rentrée judiciaire 2019, la faible incidence de ces procédures spéciales : v. G. MAMMONE, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2018*, 25 janvier 2019, p. 23, accessible en ligne sur www.discrimen.it (consulté le 24 mars 2019).

⁷ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 431. Sur cette notion et les dangers de son utilisation abusive, v. F. GIUNCHEDI, « Accertamenti tecnico-scientifici non ripetibili e giusto processo : una frattura in continua espansione », dans *Il rito accusatorio a vent'anni dalla grande riforma. Continuità, fratture, nuovi orizzonti*, Giuffrè, 2012, p. 133. Sur l'importance de cette notion entraînant l'inapplication du principe contradictoire dans la formation de la preuve, v. A. NAPPI, « Intervento », dans *Il giudice per le indagini preliminari dopo cinque anni di sperimentazione*, Giuffrè, 1996, p. 217.

preuve¹. Il s'agit d'une sorte de mini-audience sur la preuve organisée lors de la phase préparatoire s'il est à craindre que la preuve ne disparaisse d'ici à l'ouverture de la phase principale². Il s'agit alors d'anticiper la formation de la preuve³. Mais un mouvement de contre-réforme oppose, tout de suite⁴ après la parution du Code, le législateur et la Cour constitutionnelle, justement sur cette question de la valeur probante des actes réalisés pendant la phase des enquêtes préliminaires, c'est-à-dire la phase préparatoire. On a pu parler de trahison de la réforme⁵.

On peut résumer cette controverse en trois étapes⁶. En 1992, tout d'abord, la Cour constitutionnelle, par trois décisions, vient « démolir »⁷ les digues posées par le législateur entre phase préparatoire et phase décisive en censurant les dispositions sur l'imperméabilité⁸. On parle parfois *d'annus horribilis*⁹. La principale conséquence est la « neutralisation »¹⁰ de l'incident probatoire, qui ne sert plus à grand-chose puisque le parquet est assuré de pouvoir utiliser directement lors des débats les actes antérieurs accomplis unilatéralement¹¹. Étonnamment, le législateur s'empresse d'acter dans la loi la contre-réforme¹². Deux raisons contextuelles semblent expliquer cette soumission¹³. Les années 1990 sont d'abord marquées par l'émergence de la criminalité organisée, en particulier mafieuse, et l'heure n'est pas à donner des garanties : l'année 1992, en

¹ D. SIRACUSANO, « Il nuovo codice di procedura penale : realtà e prospettive », dans *Le nuove disposizioni sul processo penale*, CEDAM, 1989, p. 11, spéc. n° 2.

² Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), arts. 392 et s.

³ E. APRILE et P. SILVESTRI, *Le indagini preliminari e l'archiviazione*, Giuffrè, 2011, p. 657.

⁴ La première saisine de la Cour constitutionnelle a lieu le 6 novembre 1989, soit à peine deux semaines après l'entrée en vigueur du nouveau Code : F. R. DINACCI, « Introduzione : verso un costituzionalismo dei valori », dans F. R. DINACCI (dir.), *Processo penale e Costituzione*, Giuffrè, 2010, p. XI, spéc. note 6 p. XIII.

⁵ A. BIONDI, « Intervento », dans *Il giudice per le indagini preliminari dopo cinque anni di sperimentazione*, Giuffrè, 1996, p. 147.

⁶ Pour plus de détails, v. P. FERRUA, *Il giusto processo*, 3^e éd., Zanichelli, 2012, p. 3 et s.

⁷ *Ibid.*, p. 3.

⁸ Cour constitutionnelle italienne, 22 janvier 1992, n° 24 ; Cour constitutionnelle italienne, 18 mai 1992, n° 254 et n° 255. La censure a lieu au non d'un principe de « non dispersion de la preuve », qu'un auteur a pu qualifier de « fantôme » : v. S. LORUSSO, « I molteplici volti del contraddittorio : dalle regole costituzionale all'attuazione legislativa », dans F. R. DINACCI (dir.), *Processo penale e Costituzione*, Giuffrè, 2010, p. 345, spéc. p. 355.

⁹ V. encore récemment A. MACCHIA, « La riforma del giudizio abbreviato e degli altri riti speciali », *Diritto penale contemporaneo*, 24 novembre 2017, accessible en ligne sur www.penalecontemporaneo.it (consulté le 24 mars 2019).

¹⁰ P. FERRUA, « Il GIP e l'acquisizione delle prove », dans *Il giudice per le indagini preliminari dopo cinque anni di sperimentazione*, Giuffrè, 1996, p. 51, spéc. n° 2.

¹¹ G. GIOSTRA, « La riforma dell'incidente probatorio », *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 1995, p. 661.

¹² Décret-loi n° 306 du 8 juin 1992, converti par la loi n° 356 du 7 août 1992.

¹³ G. LATTANZI, « La prova e il dibattimento. Introduzione », *op.cit.*, spéc. 158.

particulier, est marquée par l'assassinat des juges Giovanni Falcone et Paolo Borsellino¹. À la même époque, s'amorce ensuite l'opération *mani pulite*, qui met au jour un vaste système de corruption entre le monde politique et le milieu des affaires (*Tangentopoli*)², entraînant « un soupçon d'autoprotection »³ sur toutes les interventions du législateur qui iraient contre les juges. La deuxième étape a lieu en 1997, lorsque le législateur, la tempête passée, interdit à nouveau l'utilisation des déclarations faites antérieurement par une personne accusée dans le cadre d'une autre procédure qui se prévaut ensuite de son droit au silence⁴. Mais la Cour constitutionnelle résiste et déclare la disposition une nouvelle fois contraire à la Constitution⁵. Les réactions sont cette fois très dures, « libératoires d'un ressentiment accumulé »⁶. Commence alors la troisième et dernière étape, visant à contourner la fronde en remaniant directement la Constitution. C'est chose faite en 1999 avec la modification de l'article 111 de la Constitution⁷ introduisant expressément le principe d'un « juste procès » mené dans le plein respect du contradictoire, dans la limite toutefois des exceptions limitativement énumérées et toutes marquées par une stricte réserve de la loi. Le législateur ordinaire reconstruira ensuite un barrage probatoire entre les phases⁸, même si les nouvelles limites ne sont que partielles⁹. En dernière analyse, une

¹ Certains des opposants au nouveau Code parlaient alors de Code rédigé pour la mafia : v. l'état des lieux proposé par E. AMODIO, « Il "dopo-riforma" del processo penale italiano nel tempo delle riforme in Europa », *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 1991, p. 787.

² L'opinion publique est alors clairement du côté de la magistrature. Pour une idée, romancée, de l'ambiance de cette année particulière, v. la série créée par A. FABBRI, L. RAMPOLDI et S. SARDOLA, 1992, 2015, 10 épisodes.

³ P. FERRUA, *Il giusto processo, op.cit.*, p. 8.

⁴ Loi n° 267 du 7 août 1997.

⁵ Cour constitutionnelle italienne, 14 octobre 1998, n° 361.

⁶ P. FERRUA, *Il giusto processo, op.cit.*, p. 12. Les avocats décideront d'une semaine d'absence aux audiences.

⁷ Loi constitutionnelle n° 2 du 23 novembre 1999.

⁸ Loi n° 63 du 1^{er} mars 2001.

⁹ Ainsi, l'article 500 prévoyait dans sa version d'origine que « la déclaration utilisée pour la contestation [d'un témoignage à l'audience] ne peut constituer la preuve des faits qui y sont affirmés. Elle peut être appréciée par le juge afin de déterminer la crédibilité de la personne déposante » (« La dichiarazione utilizzata per la contestazione [...] non può costituire prova dei fatti in essa affermati. Può essere valutata dal giudice per stabilire la credibilità della persona esaminata »). Depuis la loi de 2001, l'interdiction formelle d'utilisation à des fins probatoires a disparue, l'article mentionnant simplement la possibilité d'utiliser les déclarations pour estimer la crédibilité du témoin déposant à l'audience. De même, alors que l'article 195 prévoyait en 1989 que « les officiers et agents de police judiciaire ne peuvent pas déposer sur le contenu des déclarations qu'ils ont acquises des témoins » (« Gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria non possono deporre sul contenuto delle dichiarazioni acquisite da testimoni »), aujourd'hui le Code limite cette interdiction aux seules dépositions obtenues lors de la phase préparatoire par les policiers dans le cadre des informations sommaires (*sommario informazioni*, c'est-à-dire des informations recueillies par la police auprès de personnes informées, c'est-à-dire des personnes disposant d'informations utiles aux investigations, qui ne seront témoins que lorsqu'elles déposeront devant le juge) et en cas de dépôt de plainte orale : v. Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 195 al. 4 renvoyant aux arts. 351 et 357 al. 2 a) et b). Pour plus de détails, v. O. DOMINIONI *et al.*, *Procedura penale*, 6^e éd., Giappichelli, 2018, p. 628 et s. Pour une analyse critique, v. R. GIANNUZZI, « La laconica espressione "negli altri casi" ed il mitigato rigore del divieto di

atténuation de ce principe d'imperméabilité des phases demeure : le développement des nouveaux moyens d'investigations techniques et scientifiques a pour conséquence une forte augmentation des actes ne pouvant être refaits à l'audience (prélèvement, analyse, géolocalisation, écoutes, etc.), qui sont donc réalisés dès la phase préparatoire et insérés directement dans le dossier transmis au juge de l'audience. Le principe d'imperméabilité a été pensé et ne pouvait tenir qu'à une époque où prédominait encore la preuve testimoniale. L'association nationale des magistrats a d'ailleurs proposé en novembre 2018 d'élargir un peu plus les hypothèses de lecture à l'audience d'actes réalisés lors de l'enquête et non versés au dossier des débats¹.

En conséquence, la comparaison des droits montre que l'on ne peut isoler totalement l'activité d'établissement, recherche ou exploration des faits de la question de la preuve. Il s'agit en réalité d'une seule et même activité, à laquelle on donnera une valeur probante ou, mieux, une potentialité de valeur probante soit immédiatement par son insertion dans le dossier de la procédure, soit médiatement par l'accomplissement de certaines formalités (incident probatoire, lecture à l'audience) introduisant l'acte et son résultat dans le champ cognitif du juge de jugement.

128. Définition de la fonction d'investigation. Aussi pouvons-nous maintenant définir *notre pouvoir-fonction d'investigation comme l'activité visant à rechercher, explorer et établir les faits, c'est-à-dire ce qu'il s'est passé, dans une optique médiate ou immédiate de preuve.*

129. Les prérogatives de l'investigation. Ainsi entendu, quels pouvoirs-prérogatives implique le pouvoir-fonction d'investigation ? Établir les faits, ce qu'il s'est passé, implique non seulement d'agir sur des choses – ainsi d'un relevé typographique sur les lieux des faits, d'une prise de photographie du trottoir où a été découvert un corps ou d'une perquisition, etc. – mais aussi sur des personnes – ainsi du prélèvement sanguin ou

testimonianza *de relato* della polizia giudiziaria », dans *Il rito accusatorio a vent'anni dalla grande riforma. Continuità, fratture, nuovi orizzonti*, Giuffrè, 2012, p. 87.

¹ ASSOCIAZIONE NAZIONALE MAGISTRATI, *Proposte di riforma in materia di diritto e processo penale*, 2018, p. 21. L'association propose de compléter l'article 511 du Code de procédure pénale pour prévoir que le juge peut décider que lecture soit faite d'actes rédigés par la police judiciaire, par l'administration ou par tout autre organe étatique lorsque ces actes ont pour fonction de renseigner sur le *déroulement* et la *rédaction* des actes d'enquêtes et non sur les hypothèses d'investigation faites lors de l'enquête.

d'un test ADN. Ici, la personne n'est pas l'objet de l'activité, ce sont bien les faits, mais pour parvenir à éclaircir les faits il est nécessaire d'investiguer aussi sur la personne. L'objet d'une prise de sang pour déterminer la présence ou non d'alcool dans le sang n'est pas la personne et son sang, mais bien l'établissement de ce qu'il s'est passé, par exemple un accident de la route suivi d'une fuite du conducteur fautif. Comprendre l'enchaînement des événements, établir les faits suppose de savoir qui était là, dans quelle condition, quelles actions ont été réalisées, etc. On le voit, le pouvoir-fonction d'investigation a une vocation englobante et les pouvoirs-prérogatives qui y sont attachés sont extrêmement nombreux. Mathias Murbach-Vibert, dans un essai de théorie générale de l'acte d'investigation, recense pas moins de deux milles titres¹. On pressent dès lors les problèmes posés par la fonction d'investigation au regard des droits et libertés². Quoi qu'il en soit, les faits connus et explorés, il faudra ensuite se prononcer sur la mise en mouvement de l'action publique.

2. L'action publique et la fonction de décision de sa mise en mouvement

130. Qu'entendons-nous par « action publique » ? Nous avons défini la phase préparatoire du procès pénal comme l'ensemble temporel et matériel courant de la naissance de *l'action publique* à la décision de la mettre en mouvement ou non – y incluant pourtant dans un premier temps, tradition oblige, l'instruction³. L'action publique est donc, à l'évidence, l'un des objets de la phase préparatoire.

Mais qu'est-ce que l'action publique ? À première vue, il s'agit de « l'action publique pour l'application des peines », comme nous l'indique le premier article du Code de procédure pénale⁴. L'action publique est ici définie par son seul but, et l'interrogation sur *ce qu'elle est*, et non sur ce à quoi elle sert, demeure. Les ouvrages spécialisés donnent une définition de l'action publique comme une action en justice⁵. Certains vont plus loin et

¹ M. MURBACH-VIBERT, *Les pouvoirs d'investigation en droit français*, *op.cit.*

² Sur cette question, v. *infra* n° 217.

³ Sur les raisons de ce hiatus, v. *supra* n° 13.

⁴ Dans le même sens, v. déjà F. HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle*, 2^e éd., Plon, 1866, Tome I, n° 469 et 477 ; J.-H.-C. MANGIN, *Traité de l'action publique et de l'action civile en matière criminelle*, 3^e éd., Larose, 1876, Tome I, n° 1 et 3.

⁵ S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, *op.cit.*, n° 1131 et s. ; C. AMBROISE-CASTÉROT et P. BONFILS, *Procédure pénale*, *op.cit.*, n° 87 ; J. LEROY, *Procédure pénale*, *op.cit.*, n° 363 ; J.-C. SOYER, *Droit pénal et procédure pénale*, 21^e éd., LGDJ, 2012, n° 683 ; B. BOULOC, *Procédure pénale*, *op.cit.*, n° 172 ; C.

mentionnent qu'il faut entendre l'action en justice au sens que lui donne le Code de procédure civile, c'est-à-dire comme « le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée [et], pour l'adversaire, [...] le droit de discuter le bien-fondé de cette prétention »¹. Le problème reste que l'action en justice fait partie des notions les plus discutées en procédure civile, y compris après l'adoption du nouveau Code de procédure civile². Comme le notait Henri Vizioz, l'action en justice « touche aux problèmes les plus généraux de l'organisation juridique, au problème du droit lui-même »³. On a pourtant pu noter un désintérêt des pénalistes pour les débats sur l'action en justice, qu'ils étudient bien plus en opposition à l'action civile que pour elle-même⁴. Le problème étant qu'étudier l'action publique par opposition à l'action civile revient à se concentrer sur les acteurs et non sur les fonctions. On étudiera alors le ministère public, puis la notion de partie civile et les rapports entre les deux. À notre connaissance, parmi les manuels récents, seuls les ouvrages généraux de Roger Merle et André Vitu⁵ d'une part, et de Philippe Conte et Patrick Maistre du Chambon⁶ d'autre part font état des différents conflits animant la science civiliste.

SOURZAT, *Procédure pénale*, 2^e éd., Larcier, n° 506 et 507 ; E. VERGÈS, *Procédure pénale*, 5^e éd., LexisNexis, 2017, n° 146.

¹ Code de procédure civile français, art. 30. V. J. PRADEL, *Procédure pénale, op.cit.*, n° 231 ; E. VERNY, *Procédure pénale, op.cit.*, n° 155 ; J. SEGAUD, *Essai sur l'action publique*, Thèse Reims, 2010, n° 3 ; A. GOGORZA, « L'autorisation judiciaire pendant la phase policière. Libres propos sur la notion d'acte juridictionnel en procédure pénale », *Rev. sc. crim.* 2017, p. 247.

² Pour une vision d'ensemble des théories de l'action en justice en procédure civile, v. E. JEULAND, *Droit processuel général*, 4^e éd., Montchrestien, 2018, n° 282 et s. ; L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, 2^e éd., PUF, 2013, n° 77 et s. ainsi que N. CAYROL, *Rép. proc. civ. Dalloz*, s. v. « Action en justice », mars 2013, n° 15 et s.

Pour l'exposé détaillées des théories classiques, y compris les théories étrangères, v. H. VIZIOZ, *Études de procédure*, Dalloz, 1956 rééd. 2011, p. 127 et s. ainsi que S. AMRANI-MEKKI et Y. STRICKLER, *Procédure civile*, PUF, 2014, n° 21 et s.

Pour les prises de position des différents auteurs, v., par ordre chronologique : H. VIZIOZ, *Études de procédure, op.cit.*, p. 127 et s. ; H. MOTULSKY, « Le droit subjectif et l'action en justice », dans H. MOTULSKY, *Écrits, études et notes de procédure civile*, Dalloz, 1973, rééd. 2010, p. 85 ; M. BANDRAC, « L'action en justice, droit fondamental », dans *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, 1996, p. 1 ; G. BOLARD, « Notre belle action en justice », dans *De code en code. Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr*, Dalloz, 2009, p. 17 ; G. WIEDERKEHR, « La notion d'action », dans S. AMRANI-MEKKI (dir.), *Procédure civile et procédure pénale. Unité et diversité ?*, Bruylant, 2014, p. 79.

³ H. VIZIOZ, *Études de procédure, op.cit.*, p. 128.

⁴ Constat fait par S. AMRANI-MEKKI, « Introduction générale », dans S. AMRANI-MEKKI (dir.), *Procédure civile et procédure pénale. Unité et diversité ?*, Bruylant, 2014, p. 9, spéc. n° 11.

⁵ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel. Procédure pénale, op.cit.*, n° 24.

⁶ P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Procédure pénale, op.cit.*, n° 157.

Pour faire simple, l'*action en justice* est aujourd'hui distinguée du *droit substantiel* lui-même et de la *demande en justice*. Cette approche, selon Étienne Vergès¹, peut être transposée à la procédure pénale. L'action publique n'est tout d'abord pas le droit de punir, qui appartient à l'État « dès qu'une infraction pénale est commise »². Ainsi, c'est bien l'action qui est prescrite ou conditionnée à une autorisation ou plainte préalable, non le droit de punir³. Mais l'action publique n'est pas non plus la demande en justice, elle la précède⁴. Seule la demande en justice saisit la juridiction et introduit l'instance⁵. Cette distinction entre le droit, l'action et la demande peut se retrouver à l'étranger.

En Allemagne, l'action publique (*die öffentliche Klage*) est définie comme « la demande faite au tribunal de se saisir d'une affaire pénale »⁶. Mais le parquet doit émettre un acte d'accusation (*Anklageschrift*), condition procédurale à la saisine du tribunal⁷. Ce tribunal, s'il prononce une condamnation, réalisera la prétention punitive, le droit de punir de l'État (*der staatliche Strafanspruch*)⁸.

En Italie, l'action pénale (*azione penale*), a été densément étudiée⁹, la Constitution mentionnant même le terme¹⁰. Pour Paolo de Lalla, « le concept d'action publique a toujours représenté une des étapes préliminaires obligatoires de toute reconstruction

¹ E. VERGÈS, « La notion d'action », dans S. AMRANI-MEKKI (dir.), *Procédure civile et procédure pénale. Unité et diversité ?*, Bruylant, 2014, p. 89.

² R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel. Procédure pénale*, *op.cit.*, n° 25.

³ V. aussi, distinguant action publique et droit de punir mais remarquant qu'« à la vérité, dans un État de droit, l'action publique est consubstantielle au droit de punir qui ne peut se réaliser par d'autres voies » : P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Procédure pénale*, *op.cit.*, n° 157.

⁴ E. VERGÈS, « La notion d'action », *op.cit.*, spéc. p. 93. La demande en justice est en ce sens la « traduction processuelle » de l'action en justice : v. C. CHAINAIS *et al.*, *Procédure civile*, 34^e éd., Dalloz, 2018, n° 126.

⁵ P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Procédure pénale*, *op.cit.*, n° 157. V. aussi N. CAYROL, « La saisine du juge », dans *De code en code : Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr*, Dalloz, 2009, p. 99, spéc. p. 100.

⁶ C. ROXIN et B. SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, 29^e éd., C.H. Beck, 2017, p. 329 : « Die Klage ist das Begehren an das Gericht, in einer Strafsache selbständig tätig zu werden ».

⁷ Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung, StPO*), §§ 170 et 200. V. Meyer Goßner/Schmitt, § 170 Rn. 4.

⁸ V. W. BEULKE et S. SWOBODA, *Strafprozessrecht*, *op.cit.*, n° 3 ; C. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, 25^e éd., C.H. Beck, 1998, p. 6. Ce terme est aussi employé par la Cour constitutionnelle fédérale : v. par exemple Cour constitutionnelle fédérale allemande, 15 janvier 2009, 2 BvR 2044/07 (BVerfGE 122, 248) et, déjà, Cour constitutionnelle fédérale allemande, 3 mai 1966, 1 BvR 58/66 (BVerfGE 20, 45).

⁹ V. notamment V. GAROFOLI (dir.), *L'azione penale tra obbligatorietà e discrezionalità*, Giuffrè, 2009 ; G. MONACO, *Pubblico ministero ed obbligatorietà dell'azione penale*, Giuffrè, 2003 ; M. CHIAVARIO, *L'azione penale tra diritto e politica*, CEDAM, 1995 ; P. DE LALLA, *Il concetto legislativo di azione penale*, Casa editrice dott. Eugenio Jovene, 1966 ; S. RANIERI, *L'azione penale*, S. A. Istituto editorialie scientifico Milano, 1928 ; M. BONETTI, *Ministro della giustizia e azione penale*, CEDAM, 2008.

¹⁰ Constitution italienne, art. 112 : « Le ministère public a l'obligation d'exercer l'action pénale ».

conceptuelle du procès pénal »¹. D'une manière générale, la doctrine pénaliste italienne a d'abord tenté de transposer le concept d'action en justice dégagée par les civilistes mais aussi les controverses l'accompagnant, sans égards aux particularités de la procédure pénale. Cette attitude a été dûment critiquée² et, aujourd'hui, l'*azione penale* peut être définie comme « le droit de saisir la juridiction pénale »³, ou encore comme « le pouvoir de présenter une demande au juge en vue de l'établissement du droit de punir, déterminant ainsi, à chaque fois, l'objet particulier de chaque procès pénal »⁴ – bref, l'action est l'impulsion visant à ce que la fonction juridictionnelle soit exercée et l'ordre concrétisé⁵. Mais pour saisir la juridiction, le parquet formulera l'accusation (*l'imputazione*) en rédigeant une demande de renvoi en jugement (*richiesta di rinvio a giudizio*)⁶, qui constitue « l'acte introductif de l'audience préliminaire »⁷, première étape de la phase décisive (*processo*)⁸ où un juge indépendant, le juge de l'audience préliminaire, va, lors d'une audience totalement contradictoire, opérer un rôle de « filtre des accusations hasardeuses »⁹. Le but est alors de créer « un premier lieu de contrôle juridictionnel, marqué par l'écoute des raisons avancées par les deux parties afin d'examiner la consistance de l'initiative de l'organe d'accusation et afin d'éviter – à l'accusé et à la collectivité – les coûts (pas seulement économiques) d'une audience de jugement non nécessaire »¹⁰. Si, la

¹ P. DE LALLA, *Il concetto legislativo di azione penale*, *op.cit.*, p. 11 : « Il concetto di azione penale ha sempre rappresentato una delle premesse obbligate a qualsiasi ricostruzione concettuale del processo penale ».

² V. en particulier le chapitre premier de l'ouvrage de M. CHIAVARIO, *L'azione penale tra diritto e politica*, CEDAM, *op.cit.*, p. 17 et s., ou encore F. CORDERO, *Procedura penale*, 9^e éd., Giuffrè, 1988, p. 36 et s.

³ M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, 7^e éd., Utet, 2017, p. 141 : « il diritto di adire la giurisdizione penale ».

⁴ G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, Giuffrè, 2017, Tome I, p. 165 : « potere di presentare domanda al giudice per l'accertamento del dovere di punire, parimenti determinando volta a volta l'oggetto particolare di ogni processo penale ». Dans le même sens v. G. MONACO, *Pubblico ministero ed obbligatorietà dell'azione penale*, *op.cit.*, p. 162.

⁵ V. en ce sens C. VALENTINI, « L'obbligatorietà dell'azione penale tra criteri di priorità e garanzia di eguaglianza », dans F. R. DINACCI (dir.), *Processo penale e Costituzione*, Giuffrè, 2010, p. 127, spéc. p. 132 et s.

⁶ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 405.

⁷ M. BARGIS *et al.*, *Compendio di procedura penale*, 9^e éd., CEDAM, 2018, p. 611.

⁸ P. TONINI, *Lineamenti di diritto processuale penale*, 16^e éd., Giuffrè, 2018, p. 28.

⁹ O. DOMINIONI *et al.*, *Procedura penale*, *op.cit.*, p. 477.

¹⁰ M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, *op.cit.*, p. 535 : « fornire una prima sede di controllo giurisdizionale, nella logica di un contestuale ascolto delle ragioni delle parti, per vagliare la consistenza dell'iniziativa portata avanti dall'organo dell'accusa e per evitare – all'imputato e alla collettività – i costi (non soltanto economici) di un dibattito non necessario ». Pour une présentation détaillée du système italien, v. Annexe n° 1 p. 748.

juridiction de jugement saisie, une condamnation est prononcée, c'est le droit de punir (*diritto di punire*)¹ ou, mieux, le *pouvoir* de punir (*potere di punire*)² qui se trouve établi.

Qu'est-ce alors que l'action publique, si elle n'est ni le droit de punir, ni la demande en justice ? Si l'action en justice est la possibilité reconnue de s'adresser à une juridiction pour qu'elle se prononce sur une prétention en disant le droit³, alors l'action publique – que l'on ferait peut-être bien, sur le modèle italien, d'appeler action *pénale*⁴ – est *la possibilité juridiquement reconnue de s'adresser à un organe détenteur de la juridiction pénale pour qu'il tranche en droit une prétention émanant du droit de punir*⁵. La définition de l'article 1^{er} du Code de procédure pénale est donc par trop étroite⁶.

131. L'activité finalisée opérant sur l'action publique. Si l'on sait maintenant un peu mieux ce qu'est l'action publique, objet de la phase préparatoire du procès pénal, il nous faut encore déceler l'activité finalisée s'exerçant sur cet objet pour appréhender notre pouvoir-fonction. Cela est, en vérité, assez simple : l'activité ayant pour objet l'action publique lors de la phase préparatoire du procès pénal est celle de décider de son exercice ou de son non-exercice, c'est-à-dire de sa mise en mouvement ou non.

132. Définition de la fonction de décision sur la mise en mouvement de l'action publique. Nous sommes maintenant dans la capacité de définir *un pouvoir-fonction de décision sur la mise en mouvement de l'action publique comme l'activité visant à décider de faire usage ou non de la possibilité juridiquement reconnue de s'adresser à un organe*

¹ G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, *op.cit.*, p. 165.

² Certains auteurs ont critiqué l'idée d'un droit de punir, qui ferait naître une prétention punitive (*pretesa punitiva*), soit parce que cela relierait trop le droit pénal substantiel à la procédure pénale (P. DE LALLA, *Il concetto legislativo di azione penale*, *op.cit.*, p. 30), soit parce qu'imaginer « que de chaque crime germerait une prétention punitive de l'État est une image pour le moins animiste/spirituelle » (F. CORDERO, *Procedura penale*, *op.cit.*, p. 11 : « che da ogni reato germogli una pretesa punitiva dello Statot, ecco un'immagine alquanto animistica »). V. en France, parlant du droit pénal comme de « la branche du droit qui définit l'exercice par la société du pouvoir de punir » : X. PIN, *Droit pénal général*, 10^e éd., Dalloz, 2018, n° 2.

³ P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Procédure pénale*, *op.cit.*, n° 157.

⁴ *Contra* v. M.-L. RASSAT, « Le projet de réforme de la procédure pénale », *JCP G* 2010, act. 369.

⁵ V., affirmant que « le droit de poursuivre [...] n'est autre chose que le droit de provoquer l'exécution des lois pénales » : J.-H.-C. MANGIN, *Traité de l'action publique et de l'action civile en matière criminelle*, *op.cit.*, n° 12. En ce sens, il nous paraît inexact de dire que l'action publique réalise le droit de punir, puisque la réalisation du droit de punir incombe plus vraisemblablement à la fonction juridictionnelle (sur laquelle v. *infra* n° 144 et s.). *Contra* v. G. BEAUSSONIE, « Repenser l'action publique ? », dans J. LEROY (dir.), *Faut-il rethéoriser le droit pénal ?*, LGDJ, 2017, p. 147, spéc. p. 148.

⁶ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel. Procédure pénale*, *op.cit.*, p. 42 ; P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Procédure pénale*, *op.cit.*, n° 157.

détenteur de la juridiction pénale pour qu'il tranche en droit une prétention émanant du droit de punir.

133. Les prérogatives de la décision de mise en mouvement de l'action publique. Un tel pouvoir-fonction, dont l'importance éclate à son énoncé, suppose des pouvoirs-prérogatives importants, qui se répartissent entre les deux issues possibles : la décision d'exercice ou la décision de non-exercice¹. Dans chacun des deux cas, l'on peut imaginer des pouvoirs-prérogative de demande, d'autorisation, de contrôle, etc.

3. La procédure et la fonction de sa protection

134. Qu'entendons-nous par « procédure » ? Dire que la procédure elle-même serait un objet de la phase préparatoire du procès pénal peut *a priori* surprendre et faire craindre une mise en abime plus inutile qu'autre chose. Toutefois, si la procédure pénale se définit comme « la mise en œuvre du droit pénal de fond par des lois de forme, à tous les stades de la réaction sociale, dès la commission de l'infraction, en tout cas dès sa révélation, sans pour autant aller jusqu'à un procès devant une juridiction de jugement »², et si nous entendons par « la procédure » la mise en œuvre dans un cas d'espèce précis du droit pénal de fond par l'application à ce cas d'espèce des lois de formes etc., alors « la procédure » devient un objet de la phase préparatoire. La procédure, en tant qu'activité globale visant à l'efficacité, c'est-à-dire à l'application et à la réalisation exactes du droit pénal matériel³, est bien un objet en tant que tel de la phase préparatoire du procès pénal. Un exemple : lorsque le juge des libertés et de la détention, sur requête du procureur de la République, ordonne des mesures conservatoires sur les biens de la personne mise en examen « afin de garantir le paiement des amendes encourues »⁴, l'objet est bien la procédure, dont on vient assurer l'efficacité, c'est-à-dire l'application et la réalisation exacte, jusque dans son exécution, du droit matériel. De même, lorsque le juge d'instruction décide ou saisit le juge

¹ Le cas des mesures alternatives aux poursuites, qui pourraient être analysées comme des « premiers essais » avant de décider de mettre en mouvement l'action publique, nous paraît plus relever, en réalité, de la fonction juridictionnelle, ce qui n'est pas sans poser problème : v. *infra* n° 149.

² S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, *op.cit.*, n° 2.

³ « Le procès pénal est l'unique et inévitable instrument de réalisation du droit substantiel » : G. TRANCHINA, « Processo penale e società », *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 1986, p. 198 (« [il] processo penale [...] si presenta come l'unico, l'inevitabile strumento di realizzazione del diritto sostantivo »).

⁴ Code de procédure pénale français, art. 406-166 al. 1.

des libertés et de la détention d'une demande de mesure de sûreté (contrôle judiciaire, assignation à résidence sous surveillance électronique ou détention provisoire) pour éviter le risque de fuite de la personne mise en examen, l'objectif est d'éviter que la procédure ne se déroule *in absentia*. L'atteinte aux droits et libertés n'est donc pas l'objet premier de l'activité, mais bien sa conséquence.

135. L'activité finalisée opérant sur la procédure. Lorsque la procédure s'intéresse à elle-même, elle le fait dans un but de se protéger et de garantir sa bonne marche, donc son efficacité. La procédure pénale ne doit pas être troublée par quoi que ce soit : trouble à l'ordre public, perte en cours de procédure d'un objet sur lequel la sentence finale risque de s'appliquer, disparition fortuite d'un témoin, fuite de la personne, etc. L'idée est ici de garantir que la machine soit bien huilée et isolée de tout cahotement ou nid de poule sur la voie qu'elle emprunte pour conduire du fait au droit¹. En somme, il s'agit d'assurer la sûreté et la conservation de la procédure.

L'idée d'une activité propre visant à garantir la bonne marche de la procédure, donc à la protéger, s'inspire des solutions italiennes. Le Code de procédure pénale italien consacre en effet un livre entier aux mesures dites de précaution (*misura cautelari*)², véritable « sous-système normatif »³ à l'intérieur du Code. Paolo Tonini définit ces actes comme « les mesures provisoires immédiatement exécutoires visant à éviter que l'écoulement du temps ne concrétise l'un des dangers suivants : un danger pour l'élucidation des faits, un danger pour l'exécution de la sentence, un danger d'aggravation des conséquences de l'infraction ou de commission d'infractions ultérieures »⁴. C'est dire qu'ici l'objet est bien la procédure elle-même, dans ses différentes composantes qu'il convient d'assurer. La mention des investigations pourrait cependant faire douter de notre raisonnement : n'avons-nous pas établi une fonction spécifique d'investigation ayant pour

¹ Rappelons qu'étymologiquement, *procedere* signifie aller de l'avant.

² Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), arts. 272 et s. Le livre IV du Code est divisé en deux titres, suivant que ces mesures de précaution/protection sont personnelles ou réelles. Pour un exposé détaillé, v. O. DOMINIONI *et al.*, *Procedura penale, op.cit.*, p. 367 et s. V., parlant de « mesures de prudence », R. PARIZOT, *La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité organisée. Le cas symptomatique de l'association de malfaiteurs et du blanchiment en France et en Italie*, LGDJ, 2010, n° 18.

³ M. BARGIS *et al.*, *Compendio di procedura penale, op.cit.*, p. 385.

⁴ P. TONINI, *Lineamenti di diritto processuale penale, op.cit.*, p. 230 : « Le misure cautelari sono quei provvedimenti provvisori e immediatamente esecutivi, che sono finalizzati ad evitare che il trascorrere del tempo possa provocare uno dei seguenti pericoli: 1) il pericolo per l'accertamento del fatto storico; 2) il pericolo per l'esecuzione della sentenza; 3) il pericolo che si aggravino le conseguenze del reato o che venga agevolata la commissione di ulteriori reati ».

objet les faits ? La différence entre la fonction d'investigation et la fonction de protection de la procédure réside dans le fait que la protection de la procédure implique de garantir les investigations¹ en conservant telle ou telle pièce ou objet, ou en garantissant la présence de la personne aux investigations nécessitant sa présence. Notons enfin qu'en Allemagne, la doctrine a certes pu distinguer entre mesures visant à prouver l'infraction et mesures visant à garantir l'exécution de la procédure mais, semble-t-il, davantage dans une optique de protection des droits fondamentaux qu'en considération de la procédure comme objet propre à protéger².

136. Définition de la fonction de protection de la procédure. Aussi sommes-nous en mesure de définir *un pouvoir-fonction de protection de la procédure comme l'activité visant à assurer la bonne marche et l'efficacité de la procédure – la procédure étant entendue comme une suite d'actes ambitionnant de passer du fait au droit et de réaliser complètement ce dernier.*

137. Les prérogatives de la protection de la procédure. Un tel pouvoir-fonction suppose, pour être mené à bien, une foule de pouvoirs-prérogatives : placer en détention provisoire une personne mise en cause, dépayser une affaire face au risque de trouble à l'ordre public qui perturberait la bonne marche de la procédure, opérer une saisie conservatoire, mais encore *placer en garde à vue*. En effet, la lecture des objectifs de cette dernière mesure laisse peu de place au doute : « *permettre* l'exécution des investigations impliquant la présence ou la participation de la personne, *garantir* la présentation de la personne devant le procureur de la République afin que ce magistrat puisse apprécier la suite à donner à l'enquête, *empêcher* que la personne ne modifie les preuves ou indices matériels, *empêcher* que la personne ne fasse pression sur les témoins ou les victimes ainsi que sur leur famille ou leurs proches, *empêcher* que la personne ne se concerte avec d'autres personnes susceptibles d'être ses coauteurs ou complices, garantir la mise en œuvre des

¹ « La détention provisoire, même quand elle tend à prévenir l'altération des preuves, n'a qu'une valeur négative et conservatoire, bien différente de l'activité positive ayant pour but la manifestation de la vérité » : R. VOUIN, « La détention provisoire », *D.* 1970, chron. XL, p. 191.

² On parle, pour les mesures visant à prouver l'infraction, de *beweissichernde strafprozessuale Grundrechtseingriffe* et, pour les mesures visant à garantir la procédure, de *vollstreckungssichernde strafprozessuale Grundrechtseingriffe*. V. par exemple J. BRÜNING, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, Nomos, 2005, p. 119 et s.

mesures destinées à faire cesser le crime ou le délit »¹... il s'agit bien de *protéger* la procédure, non d'investiguer. D'autant qu'en Allemagne comme en Italie, l'équivalent de les mesures de rétention policières sont vues comme les préalables à un placement en détention provisoire². On pressent, en dernière analyse, l'atteinte potentielle aux droits et libertés lors de l'exercice de ce pouvoir-fonction de protection de la procédure.

4. Les droits et libertés et la fonction de leur garantie

138. Qu'entendons-nous par droits et libertés ? Si la liberté, en son sens le plus pur, peut être vue dans le fait de n'avoir besoin de personne ni de quoi que ce soit³, ou encore comme « le bienfait suprême consistant pour un individu [...] à vivre hors de tout esclavage, servitude, oppression, sujétion ou domination intérieure ou étrangères »⁴, les libertés, au pluriel, désignent « l'exercice sans entrave garanti par le Droit de telle faculté ou activité »⁵. Cette entrave à l'exercice des libertés peut être le fait soit d'un autre particulier, dans l'hypothèse d'une relation horizontale, soit de l'appareil étatique dans le cas d'une relation verticale. Les individus vont ainsi disposer de droits pour garantir leurs libertés : droit au respect de la vie privée, droit à l'intégrité physique, droit d'aller et de venir, etc. Certaines libertés et certains droits se voient reconnaître une valeur normative particulière, supralégale, et deviennent alors *fondamentaux*⁶. La fundamentalité des droits

¹ Code de procédure pénale français, art. 62-2 (nous soulignons).

² Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 114 et s. En Italie, la solution est médiane, puisque la personne arrêtée par la police doit être immédiatement conduite devant le procureur qui pourra interroger la personne avant de la faire comparaître devant le juge pour l'enquête préliminaire qui validera l'arrestation et la privation de liberté subséquente et se prononcera sur les éventuelles mesures de sûretés (*misura cautelari*, mot-à-mot mesures de protection ou de précaution) demandées par le parquet.

³ F. TERRÉ, « Sur la notion de libertés et droits fondamentaux », dans R. CABRILLAC (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 24^e éd., 2018, p. 4, spéc. n° 2.

⁴ *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., PUF, 2014, s. v. « Liberté », sens I.

⁵ *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., PUF, 2014, s. v. « Liberté », sens II.

⁶ Les auteurs distinguent en effet souvent les libertés publiques des droits et libertés fondamentaux du point de vue du niveau de consécration normative. Ainsi Patrick Wachsmann écrit-il que les libertés publiques ont pour objet « de savoir dans quelle mesure le droit consacre au profit des individus ou des groupes telle ou telle liberté », tandis que la notion de libertés fondamentales « entend essentiellement traduire la place croissante qu'occupe, dans la définition des libertés publiques, la jurisprudence constitutionnelle » (P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, 8^e éd., Dalloz, 2017, n° 2 et 5). Pour François Terré, qui reprend Louis Favoreu, « les droits et libertés fondamentaux sont, en premier lieu, protégés contre le pouvoir exécutif mais aussi contre le pouvoir législatif ; alors que les libertés publiques – au sens du droit français classique – sont essentiellement protégées contre le pouvoir exécutif », cette différence étant permise par la reconnaissance au niveau constitutionnel, régional et international des droits et libertés fondamentaux (F. TERRÉ, « Sur la notion de libertés et droits fondamentaux », *op.cit.*, spéc. n° 17). Philippe Collet, lui, développe longuement la différence entre les différentes libertés. Pour lui, les libertés publiques sont l'organisation par l'État du libre

est d'inspiration allemande, où l'on parle de *Grundrechte*¹. Mais là où le juriste allemand et le juriste italien disposent d'une Loi fondamentale et d'une Constitution commençant par énumérer les droits considérés comme fondamentaux², le juriste français se rapportera plus à la Convention EDH où à la jurisprudence du Conseil constitutionnel, qui ne tient toutefois pas la comparaison avec ses grandes sœurs allemande³ et italienne⁴. Les droits et libertés – qu'un fameux ouvrage étudie ensemble⁵ – jaillissent comme objet de la procédure en résonance aux pouvoirs-fonctions d'investigation et de protection de la procédure. Pour rappel, le pouvoir-fonction d'investigation a été défini comme l'activité visant à rechercher, explorer et établir les faits, c'est-à-dire ce qu'il s'est passé, dans une optique médiate ou immédiate de preuve. Le pouvoir-fonction de protection de la procédure, lui, désigne l'activité visant à assurer la bonne marche et l'efficacité de la procédure. Ces pouvoirs-fonctions s'accompagnent de pouvoirs-prérogatives : perquisition, garde à vue, relevés topographiques, prélèvement d'échantillon sanguin, écoutes téléphoniques, placement en détention provisoire, saisie conservatoire, dépaysement de l'affaire, etc. La majorité de ces

exercice de certaines facultés. Ces libertés publiques se sont construites, au départ, par opposition à la liberté individuelle (au singulier), entendue au sens de sûreté, mais traversent aujourd'hui une crise car étant devenues beaucoup trop compréhensives. Les libertés fondamentales, qu'il serait « précieux et sans grand intérêt » de distinguer des droits fondamentaux, sont d'inspiration allemande et tendent à devenir un véritable standard juridique. Surtout, elles bénéficient d'une protection constitutionnelle, là où les libertés publiques sont régies par le simple principe de légalité. L'auteur préfère, en dernière analyse, parler *des* libertés individuelles (au pluriel), dépassant la sûreté à laquelle est aujourd'hui cantonnée la notion de « liberté individuelle » (au singulier) de l'article 66 de la Constitution : v. P. COLLET, *L'acte coercitif en procédure pénale*, éd. Panthéon-Assas, 2018, n° 534 et s. V. enfin, définissant les libertés publiques comme celles « qui impliquent, pour s'exercer, une reconnaissance officielle par le pouvoir et une protection de sa part », M. DRAN, *Le contrôle juridictionnel et la garantie des libertés publiques*, LGDJ, 1968, p. 3.

¹ M. FROMONT, « Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République fédérale d'Allemagne », dans *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Cujas, 1977, p. 49.

² Loi fondamentale allemande (*Grundgesetz* ou *GG*), arts. 1 et s. ; Constitution italienne (*Costituzione della Repubblica italiana*), arts. 13 et s. (au sein, toutefois, d'une première partie intitulée « droits et devoirs des citoyens »).

³ P. WACHSMANN, *Libertés publiques, op.cit.*, n° 5. V. aussi, parlant de « rayonnement de la Constitution allemande » et de « l'activité jurisprudentielle incessante et essentielle de la Cour constitutionnelle » : S. GUINCHARD *et al.*, *Droit processuel*, 10^e éd., Dalloz, 2019, n° 213 ALL. La vie à Karlsruhe n'est pour autant pas un long fleuve tranquille. En novembre 2018, les critiques ont fusé lors de la nomination de Stephan Harbarth, avocat proche de la CDU ayant représenté Volkswagen lors du scandale des tests diesels : v. P. LORENZ, « Bundesverfassungsgericht : Stephan Harbarth soll Nachfolger von Kirchhof werden », *LTO* 9 novembre 2018, accessible en ligne sur https://www.lto.de/persistent/a_id/32003/ (consulté le 24 mars 2019). Un peu plus tôt dans l'année, le président de la Cour constitutionnelle fédérale, Andreas Voßkuhle, était sorti de sa réserve pour critiquer, lors d'une interview donnée au *Süddeutsche Zeitung*, la charge menée contre la justice par le ministre de l'Intérieur Horst Seehofer. Ce dernier avait parlé de règne de l'injuste, du non-droit (*Herrschaft des Unrechts*), semblant faire un parallèle entre la situation actuelle de l'Allemagne et l'époque nazie : v. « Aussagen des BVerfG-Präsidenten provozieren Seehofer : Voßkuhle sollte "nicht Sprachpolizei sein" », *LTO* 26 juillet 2018, accessible en ligne sur www.lto.de/persistent/a_id/30003/ (consulté le 24 mars 2019).

⁴ V., parlant d'« emprise très large » de la Constitution et de la Cour constitutionnelle italienne sur le droit processuel au sens large : S. GUINCHARD *et al.*, *Droit processuel, op.cit.*, n° 213 ITA.

⁵ R. CABRILLAC (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 24^e éd., 2018.

pouvoirs-prérogatives entre à l'évidence en conflit avec plusieurs droits et libertés considérés comme fondamentaux, comme le droit à la propriété, le droit à la vie privée ou encore le droit à l'intégrité corporelle. Philippe Collet estime que quatre groupes de droits et libertés peuvent être atteints lors d'une procédure pénale : la liberté individuelle et la liberté d'aller et de venir ; le droit au respect de l'intégrité physique, se dessinant alors en arrière-plan la sacro-sainte dignité humaine ; le droit au respect de la vie privée, du domicile et de la correspondance ; et, enfin, le droit de propriété¹.

Une question pourrait toutefois se poser : les droits et libertés ne sont-ils pas en réalité un objet commun aux pouvoirs-fonctions d'investigation et de protection de la procédure plus qu'un objet à part entière ? À partir du moment où le pouvoir-fonction est vu comme une activité finalisée ayant *un objet précisément circonscrit* qui lui donne sa spécificité, dire que les fonctions d'investigation et de protection de la procédure auraient pour objet les libertés signifierait qu'elles seraient une seule et même fonction. Cela emporterait alors que, par exemple, la prise d'échantillon sanguin aurait pour *objet spécifique* le droit à l'intégrité physique, comme le placement en détention provisoire aurait pour *objet spécifique* la liberté d'aller et de venir. Or l'on ne place pas en détention provisoire pour placer en détention provisoire, ni ne prélève d'échantillon sanguin pour prélever un échantillon sanguin. L'atteinte aux libertés est en réalité un *moyen* en même temps que la *conséquence* de la volonté d'atteindre soit l'objet « faits », que l'on cherche à rechercher, explorer et établir, soit l'objet « procédure », que l'on cherche à protéger². Les libertés, par les atteintes qui leur sont portées, deviennent *un objet propre* de la procédure pénale qui, dans un État de droit, doit les garantir. La doctrine voit d'ailleurs dans la protection de la liberté un des buts de la procédure pénale³. Mais l'un des paradoxes les plus profonds de la procédure pénale, c'est qu'elle est appelée à garantir les libertés alors

¹ P. COLLET, *L'acte coercitif en procédure pénale*, *op.cit.*, n° 565 et s. Dans le même sens, v. S. PELLÉ, « Repenser le pouvoir de contrainte policier et judiciaire », dans J. LEROY (dir.), *Faut-il rethéoriser le droit pénal ?*, LGDJ, 2017, p. 163.

² En ce sens, la contrainte, l'atteinte aux droits et libertés, est bien « un instrument de l'efficacité des investigations » et, rajoutons-nous, de la protection de la procédure : S. PELLÉ, « Repenser le pouvoir de contrainte policier et judiciaire », *op.cit.*, spéc. p. 164. *Contra* v. M. MURBACH-VUIBERT, *Les pouvoirs d'investigation en droit français. Essai d'une théorie générale*, Thèse Lyon 3, 2010, p. 22 et 25

³ Il s'agit d'un but classiquement donné à la procédure pénale, ce dans les trois pays étudiés : v. par exemple S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, *op.cit.*, n° 3 ; C. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, *op.cit.*, p. 2 ; F. CORDERO, *Procedura penale*, *op.cit.*, p. 21 (parlant de *diginità*).

même que, par essence, elle leur porte atteinte. En ce sens, il faut ici affirmer que *toute procédure pénale est en soi une atteinte aux libertés*.

139. L'activité finalisée opérant sur les droits et libertés. Si les libertés sont un objet de la phase préparatoire du procès pénal, quelle activité finalisée s'exerce sur elles ? La réponse, ici, est simple : il s'agit d'une activité de *garantie*. En Allemagne, le juge de l'enquête est désigné, par exemple, comme ayant un rôle de protection des droits¹, tandis qu'en Italie on a pu parler d'une juridiction de garantie (des droits) dans la phase préparatoire². Cette garantie est réalisée lorsque les conditions posées par la norme pour justifier la mise à mal d'une liberté sont observées.

140. La définition de la fonction de garantie des droits et libertés. Aussi pouvons-nous définir, au sein de la phase préparatoire du procès pénal, *un pouvoir-fonction de garantie des droits et libertés comme l'activité visant à assurer l'observation des conditions normatives aux atteintes aux droits et libertés rendues nécessaires par l'exercice des pouvoirs-fonctions d'investigation et de protection de la procédure*. Le pouvoir-fonction de garantie des droits et libertés apparaît ici comme intrinsèquement lié à l'investigation et à la protection de la procédure tout en formant, rappelons-le, un pouvoir-fonction autonome, car doté d'un objet spécifique – les libertés – que l'investigation et la protection de la procédure n'envisagent que comme moyen et non comme objet.

141. Les prérogatives de la garantie des droits et libertés. Le pouvoir-fonction de garantie des droits et libertés implique, à l'évidence, des pouvoirs-prérogatives de contrôle des activités d'investigation ou de protection de la procédure. On peut envisager le pouvoir-prérogative de contrôle *a posteriori* d'une mesure particulière exécutée dans le cadre de la fonction d'investigation ou de protection de la procédure et portant atteinte aux libertés, par exemple une perquisition, une sonorisation d'un local à usage d'habitation ou encore une saisie, conservatoire ou probatoire. Il en va ainsi, en droit français, de la validation par le parquet ou le juge d'instruction de la mesure de géolocalisation décidée

¹ On parle de *Rechtsschutz* : v. par exemple Y.-H. LIN, *Richtervorbehalt und Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe*, op.cit.

² F. RUGGIERI, *La giurisdizione di garanzia nelle indagini preliminari*, Giuffrè, 1996.

en urgence par le procureur l'officier de police judiciaire¹. Citons aussi, en droit allemand, la validation par le juge de l'enquête des saisies postales décidées en urgence par le ministère public² et, en droit italien, la validation par le juge pour les enquêtes préliminaires de l'interception des communications décidées par le parquet en urgence³. Mais pourraient aussi être attachées au pouvoir-fonction de garantie des droits et libertés des pouvoirs-prérogatives intervenant *a priori* et prenant la forme d'autorisation de certaines ou de toutes les mesures attentatoires aux libertés : autorisation par le juge des libertés et de la détention d'une perquisition en enquête préliminaire malgré le refus de la personne⁴ ; autorisation par le juge de l'enquête allemand d'une perquisition⁵ ; autorisation par le juge des enquêtes préliminaires italien d'une interceptions de communications⁶.

142. Reprise. Une infraction vient d'être commise. L'État réagit, car il doit décider s'il met en mouvement son action publique. Pour ce faire, il doit établir les faits, savoir ce qu'il s'est passé et, dès maintenant ou en prévision du jugement, le prouver. Plus largement, étant le seul à pouvoir intervenir du fait de l'interdiction de la vengeance privée, il doit protéger la procédure qu'il mène de tout trouble envisageable sur le chemin du fait vers le droit. Parce qu'il doit savoir ce qu'il s'est passé et en même temps s'assurer que la procédure ira à son terme et réalisera le droit matériel, l'État porte atteinte à des libertés qu'en tant qu'État de droit il est censé garantir. Aussi doit-il veiller – et l'on se demande si le Janus n'est pas ici, finalement – à porter atteinte aux libertés tout en les protégeant, c'est-à-dire en observant les normes qu'il a lui-même, premier à attenter aux libertés, édictées pour déterminer les conditions dans lesquelles l'atteinte aux libertés est jugée acceptable.

¹ Code de procédure pénale français, art. 230-35.

² Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 100 al. 4.

³ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 267.

⁴ Code de procédure pénale français, art. 76 al. 4. Cela suppose que les nécessités de l'enquête relative à un crime ou à un délit puni d'une peine d'emprisonnement d'une durée égale ou supérieure à cinq ans l'exigent ou que la recherche de biens dont la confiscation est prévue à l'article 131-21 du Code pénal le justifie.

⁵ Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 105. Une compétence d'urgence est néanmoins prévue pour la ministère public.

⁶ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 267.

En dernière analyse, les pouvoirs-fonctions à l'œuvre dans la phase préparatoire du procès pénal sont les suivants :

- **Un pouvoir-fonction *d'investigation*, activité visant à rechercher, explorer et établir les faits, c'est-à-dire ce qu'il s'est passé dans une optique médiate ou immédiate de preuve ;**
- **Un pouvoir-fonction de *décision sur la mise en mouvement de l'action publique*, activité visant à décider de faire usage ou non de la possibilité juridiquement reconnue de s'adresser à un organe détenteur de la juridiction pénale pour qu'il tranche en droit une prétention émanant du droit de punir ;**
- **Un pouvoir-fonction de *protection de la procédure*, activité visant à assurer la bonne marche et l'efficacité de la procédure comprise (celle-ci étant entendue comme une suite d'actes ambitionnant de passer du fait au droit et de réaliser complètement ce dernier) ;**
- **Un pouvoir-fonction de *garantie des droits et libertés*, activité visant à assurer l'observation des conditions normatives aux atteintes aux droits et libertés rendues nécessaires par l'exercice des pouvoirs-fonctions d'investigation et de protection de la procédure.**

Reste une question lancinante : où est la fonction juridictionnelle ?

B. La présence incertaine d'une fonction juridictionnelle

143. Notre recherche des pouvoirs-fonctions dans la phase préparatoire du procès pénal n'a pas conduit à définir de fonction juridictionnelle, alors même qu'il s'agit d'une des fonctions classiquement avancées dans la critique du juge d'instruction. Lors de l'étude des rapports de la Commission Justice pénale et Droits de l'homme, ont déjà été émis des doutes sur la présence d'une fonction juridictionnelle dans la phase préparatoire, notamment sur la possible définition de cette fonction par l'organe et non par son objet¹.

¹ V. *supra* n° 120.

Existe-t-il, alors, un pouvoir-fonction juridictionnel dans la phase préparatoire du procès pénal ?

Les pouvoirs-fonctions ont jusqu'à présent été définis en recherchant leur objet. L'absence de résultat de cette méthode quant à la fonction juridictionnelle, pourtant largement admise, nous pousse à inverser le raisonnement et à définir d'abord la fonction (1) pour ensuite vérifier la présence de son objet dans la phase préparatoire et constater que la fonction juridictionnelle est toute entière comprise dans la seule phase décisive (2).

1. La difficile définition de la fonction juridictionnelle

144. Diversités des approches. La notion de fonction juridictionnelle, est l'une des plus discutées en droit, sans doute parce qu'elle est « la première des fonctions »¹. Les débats animent ou ont animé tant le droit public que le droit privé, avec cette différence que les publicistes chercheraient à savoir, parmi les autorités administratives, lesquelles sont des juridictions, tandis que les privatistes souhaiteraient déterminer parmi les actes du juge – dont le caractère de juridiction ne pose pas de problème – ceux revêtant un caractère proprement juridictionnel². En dernière analyse, deux approches principales ont été proposées : une approche formelle, se fondant sur des éléments essentiellement procéduraux, et une approche matérielle, essayant de saisir l'essence de cette fonction³. Si l'on pressent déjà laquelle aura notre préférence, il convient de les exposer rapidement toutes deux⁴, avec en tête cet avertissement de Georges Wiederkehr : « lorsque la controverse porte sur les concepts fondamentaux du droit et plus spécialement du droit judiciaire, il ne faut sans doute pas espérer qu'elle aboutisse à une conclusion incontestable, ni même vraisemblable »⁵.

¹ S. RIALS, « L'office du juge », *Droits* 1989, n° 9, p. 3, spéc. p. 4.

² V. P. THÉRY, « La notion de juridiction », dans S. AMRANI-MEKKI (dir.), *Procédure civile et procédure pénale. Unité et diversité ?*, Bruylant, 2014, p. 35, spéc. n° 17. Pour un titre évocateur, v. M. BANDRAC, « De l'acte juridictionnel, et de ceux des actes du juge qui ne le sont pas », dans *Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à Pierre Drat*, Dalloz, 2000, p. 171.

³ Pour la présentation détaillée de ces approches, v. C. CHAINAIS *et al.*, *Procédure civile, op.cit.*, n° 1067 et s.

⁴ Pour une présentation détaillée des différentes théories, v. H. VIZIOZ, *Études de procédure, op.cit.*, p. 58 et s.

⁵ G. WIEDERKEHR, « Qu'est-ce qu'un juge ? », dans *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, 1996, p. 575, spéc. p. 575. V. aussi, affirmant que la fonction

145. Insuffisance des approches formelles et mixtes. L'approche formelle consiste essentiellement à dire que les éléments de la fonction juridictionnelle sont un organe institué par le législateur, doté d'une procédure propre – la procédure contradictoire – rendant une décision obligatoire¹. Au sein de cette approche, qui voit dans les critères formels, organiques et procéduraux les clés de la juridiction, on retrouve Raymond Carré de Malberg, pour qui la fonction juridictionnelle ne se distingue de la fonction administrative que de manière organique et formelle², ou encore Marcel Waline, pour qui la fonction juridictionnelle se résume à l'autorité de la chose jugée³. Cette approche purement formelle se retrouve aussi chez certains auteurs allemands, affirmant que la *juris dictio* (*Rechtsprechung*) doit être entendue, au sens de l'article 92 de la Loi fondamentale, comme toutes les attributions que ce texte constitutionnel confie au juge ou aux tribunaux⁴, ou encore que la juridiction consiste en « la détermination (contraignante) de ce qui est (dans un cas particulier ou en général) conforme au droit par un tiers indépendant et non impliqué »⁵.

Plus largement, on note parfois une utilisation des critères formels en même temps que des critères matériels. Il en va ainsi de Maurice Hauriou qui, définissant la juridiction par le contentieux d'un point de vue social et non juridique, exige « une contestation que les parties ont accepté de soumettre à un juge public, afin que celui-ci lui donne une solution pacifique »⁶. La contestation, la dispute est l'élément essentiel : « une instance n'est qu'une longue contestation »⁷. Pour Henri Vizioz, cette approche mêle éléments formels (un juge public statuant selon une procédure contradictoire) et éléments matériels (une

juridictionnelle constitue « l'un de ces problèmes juridiques qui ne procurent jamais à celui qui les étudie une impression de complète satisfaction » : C. CHAINAIS *et al.*, *Procédure civile*, *op.cit.*, n° 1065.

¹ V. P. THÉRY, « La notion de juridiction », *op.cit.*, n° 18.

² « En tant qu'elle se borne à appliquer les lois existantes sans créer de solutions nouvelles, la juridiction n'est pas, au point de vue matériel, une fonction essentiellement différente de l'administration ; et, sous ce rapport, il ne peut donc être distingué dans l'État que deux fonctions principales » : R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Dalloz, 1920-1922 rééd. 2004, Tome I, n° 255.

³ M. WALINE, « Du critère des actes juridictionnels », *RDJ* 1933, p. 565.

⁴ V. *Jarass/Pieroth GG*, art. 92 Rn 2.

⁵ G. PRECHTEL, *Das Verhältnis der Staatsanwaltschaft zum Ermittlungsrichter. Eine kritische Betrachtung der Mitwirkung des Richters im Ermittlungsverfahren, insbesondere zur Bedeutung des § 162 StPO*, VVF, 1995, p. 103 : « Rechtsprechung kann man inhaltlich am zutreffendsten umschreiben als (verbindliche) Feststellung durch einen unabhängigen und unbeteiligten Dritten, was (im Einzelfall oder generell) rechtens ist ».

⁶ M. HAURIOU, « Les éléments du contentieux administratif », *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, 2^e série, Tome 1, 1905, p. 1 spéc. p. 13.

⁷ M. HAURIOU, « Les éléments du contentieux administratif », *op.cit.*, spéc. p. 15.

contestation)¹. De même, Gaston Jèze donne une définition de l'acte juridictionnel et, au-delà, de la fonction juridictionnelle, que l'on peut résumer comme suit : il s'agit de la constatation d'une chose contestée ou contestable insusceptible de se modifier d'un instant à l'autre, constatation tenue par la loi pour vérité légale². Outre-Rhin, c'est une position semblable que tient la Cour constitutionnelle, qui retient qu'il y a juridiction lorsqu'il s'agit de « clarifier de manière définitive et contraignante la situation juridique issue d'un litige dans le cadre de procédures spécialement réglementées »³. En Italie, l'accent est mis sur le caractère tiers du juge devant intervenir (*terzietà*) mais aussi sur la procédure contradictoire appliquée⁴. Citons, enfin, la conception mixte, mêlant forme et fond, qu'a la Cour EDH de la fonction juridictionnelle, définissant le tribunal exerçant une telle fonction comme l'organe ayant pour but de « trancher, sur la base de normes de droit et à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence »⁵.

Ces approches formelles et mixtes ne correspondent toutefois pas à notre vision des pouvoirs-fonctions, qui doivent être définis matériellement selon leur objet, et non

¹ H. VIZIOZ, *Études de procédure*, *op.cit.*, p. 117. Notons d'ailleurs que pour Maurice Hauriou, le contradictoire, c'est-à-dire la forme, est intimement lié avec la contestation, c'est-à-dire le fond : « Si toute procédure contentieuse tend à s'organiser comme un débat contradictoire et si tout débat contradictoire lui-même tend à s'extérioriser en un débat oral à l'audience publique, c'est sans doute pour donner des garanties aux justiciables ; mais, justement, les garanties ne se trouvent dans cette voie que parce que la procédure contradictoire s'adapte exactement au fond du litige qui est une contestation, et parce que la discussion contradictoire est le seul moyen de soumettre au juge tous les éléments de la contestation » (M. HAURIOU, « Les éléments du contentieux administratif », *op.cit.*, p. 15. On a pourtant pu classer Maurice Hauriou parmi les auteurs ayant adopté une conception matérielle de la fonction juridictionnelle : v. C. CHAINAIS *et al.*, *Procédure civile*, *op.cit.*, n° 1072.

² G. JÈZE, « L'acte juridictionnel et la classification des recours contentieux », *RDP* 1909, p. 667. V. aussi M. DRAN, *Le contrôle juridictionnel et la garantie des libertés publiques*, *op.cit.*, p. 25 et s.

³ Cour constitutionnelle fédérale allemande, 8 février 2001, 2 BvF 1/00 (BVerfGE 103, 111), spéc. n° 112 : « Kennzeichen rechtsprechender Tätigkeit ist daher typischerweise die letztverbindliche Klärung der Rechtslage in einem Streitfall im Rahmen besonders geregelter Verfahren ». À cela s'ajout « un noyau de domaines traditionnellement juridictionnels » (*der traditionelle Kernbereich der Rechtsprechung*), composée notamment, en matière pénale, de l'infliction d'une peine, y compris pécuniaire (Cour constitutionnelle fédérale allemande, 4 juillet 1967, 2 BvL 10/62 [BVerfGE 22, 125]). Pour l'exposé et la critique des différentes conceptions de la juridiction en Allemagne, v. J. BRÜNING, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, *op.cit.*, p. 82 et s.

⁴ V. Constitution italienne (*Costituzione della Repubblica italiana*), art. 111, al. 1 et 2 : « La juridiction s'exerce au moyen du juste procès réglementé par la loi. Tout procès a lieu dans le respect du principe de la contradiction, dans d'égales conditions pour les parties, devant un juge arbitre et impartial ». V. aussi les contributions de Gustavo Pansini (« Terzietà ed imparzialità : da attributi della funzione di giudizio a presupposti processuali ») et de Giuseppe Santalucia (« Autonomia e indipendenza dei magistrati : dall'ordinamento giudiziario al processo ») dans F. R. DINACCI (dir.), *Processo penale e Costituzione*, Giuffrè, 2010, respectivement p. 49 et p. 85. Plus généralement, l'utilisation doctrinale du concept de fonction juridictionnelle est, en Italie, marqué par de forts conflits idéologiques étudiés par I. BOUCOZBA, *La fonction juridictionnelle. Contribution à une analyse des débats doctrinaux en France et en Italie*, Dalloz, 2006.

⁵ Cour EDH, 22 octobre 1984, n° 8790/79, *Sramek c. Autriche*, spéc. n° 36.

formellement selon leur organe ou la procédure mise en œuvre devant eux. C'est pourquoi il nous faut rechercher une définition matérielle de la fonction juridictionnelle.

146. Essai d'une approche matérielle de la fonction juridictionnelle pénale. La définition matérielle la plus courante de la fonction juridictionnelle est celle lui donnant pour objet de dire le droit et de trancher les litiges, définition adoptée, au moins comme point de départ, par Dominique d'Ambra¹, Phillippe Théry², Georges Wiederkehr³, Jean de Soto⁴, Monique Bandrac⁵ ou encore Jacques Leroy⁶. Loïc Cadiet et Emmanuel Jeuland, eux, définissent simplement la juridiction comme la *juris dictio*, c'est-à-dire le fait de dire le droit⁷. En Italie, Mario Chiavario écrit que la juridiction renvoie au fait de « déclarer, au nom de toute une collectivité organisée, quelle est la solution que, selon le droit, doit recevoir une controverse concrète »⁸. La question est alors de savoir si par dire le droit, on entend laisser au juge un certain pouvoir créateur⁹. Le principal problème, pour le cadre de notre recherche, c'est que le droit pénal est parfois dit en l'absence de contestation, en l'absence de litige ou de controverse. Le mis en cause, même s'il ne *conteste* pas les faits, sera jugé¹⁰. Comme le souligne Serge Guinchard, « la particularité de la procédure pénale par rapport à la procédure civile, c'est déjà qu'elle constitue l'application obligatoire du droit pénal, lequel se conçoit mal sans procès, donc sans procédure »¹¹. En d'autres termes, le droit pénal ne se réalise que par la procédure, peu important la présence d'une véritable contestation. Juger n'est donc pas nécessairement résoudre un litige.

¹ D. D'AMBRA, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, *op.cit.*

² P. THÉRY, « La notion de juridiction », *op.cit.*, spéc. n° 21.

³ G. WIEDERKEHR, « Qu'est-ce qu'un juge ? », dans *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, 1996, p. 575, spéc. p. 577.

⁴ J. DE SOTO, « La notion de juridiction », *D.* 1956, chron. IX, p. 45.

⁵ M. BANDRAC, « De l'acte juridictionnel, et de ceux des actes du juge qui ne le sont pas », dans *Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à Pierre Drat*, Dalloz, 2000, p. 171, spéc. n° 1.

⁶ J. LEROY, « Réflexions sur l'injusticiabilité en matière pénale », dans *Entre tradition et modernité : le droit pénal en contrepoint. Mélanges en l'honneur d'Yves Mayaud*, Dalloz, 2017, p. 113, spéc. p. 114.

⁷ L. CADIE ET E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 10^e éd., LexisNexis, 2017, n° 79.

⁸ M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, *op.cit.*, p. 5 : « il termine indica [...] la funzione [...] di dichiarare, a nome di un'intera collettività organizzata, quale sia la soluzione che, secondo diritto, una concreta controversia deve ricevere ».

⁹ P. THÉRY, « La notion de juridiction », *op.cit.*, spéc. n° 21.

¹⁰ E. JEULAND, *Droit processuel général*, *op.cit.*, n° 17.

¹¹ S. GUINCHARD, « Une vision renouvelée de leurs relations dans l'émergence d'un droit processuel humaniste », dans S. AMRANI-MEKKI (dir.), *Procédure civile et procédure pénale. Unité et diversité ?*, Bruylant, 2014, p. 27, spéc. p. 28. Dans le même sens, v. G. TRANCHINA, « Processo penale e società », *op.cit.*, p. 198.

Plus que de litige, il faudrait sans doute parler, à la suite de Léon Duguit¹, de Roger Bonnard² ou encore d'Henri Vizioz³ de prétention unilatérale : « la prétention émise [...] consiste à soutenir qu'il y a quelque chose de contraire au droit, qu'il s'est produit une atteinte à l'ordonnement juridique et que cette chose contraire au droit doit être supprimée, que l'atteinte à l'ordonnement juridique doit être réparée »⁴. Nous rejoignons donc Henri Vizioz lorsqu'il écrit qu'il y a juridiction « toutes les fois que l'agent public intervient pour trancher une question de droit, c'est-à-dire toutes les fois qu'il est appelé à se prononcer sur une prétention d'ordre juridique »⁵. La juridiction consiste donc à dire le droit pour trancher une prétention.

Quelle traduction en droit et en procédure pénale ? Si la juridiction consiste en dire le droit pour trancher une prétention juridique, *la juridiction pénale consiste à dire le droit pénal pour trancher une prétention (juridique) pénale*. Ce qui ne nous avance guère. Qu'est-ce que le droit pénal et cette prétention juridique qui y serait attachée ? Le droit pénal est « la branche du droit à l'occasion de laquelle une sanction spécifique – la peine – est prononcée, au nom de la société, suite au trouble ou au risque de trouble à l'ordre public causé par la transgression, dans certaines circonstances, d'une norme tenue pour essentielle »⁶. En d'autres termes, il s'agit de « la branche du droit qui définit l'exercice par la société du pouvoir de punir »⁷. La prétention juridique, elle, a pu être définie comme le fait de « soutenir qu'il y a quelque chose de contraire au droit »⁸, ou encore comme « l'affirmation en justice tendant à réclamer quelque chose »⁹. Si l'on rappelle que le droit pénal n'a vocation à se réaliser qu'en cas de violation et uniquement par l'intermédiaire de la procédure pénale, alors *la juridiction pénale consiste vraisemblablement à dire en droit que la loi pénale a été violée par une personne et que la prétention punitive de l'État de voir une telle violation constatée puis le droit pénal réalisé est fondée. La juridiction pénale*

¹ L. DUGUIT, « L'acte administratif et l'acte juridictionnel », *RDP* 1906, p. 413.

² R. BONNARD, « La conception matérielle de la fonction jurisprudentielle », dans *Mélanges R. Carré de Malberg*, Sirey, 1933, rééd. Topos Verlag et Edouard Duchemin 1977, p. 3.

³ H. VIZIOZ, *Études de procédure*, *op.cit.*

⁴ R. BONNARD, « La conception matérielle de la fonction jurisprudentielle », *op.cit.*, p. 17.

⁵ H. VIZIOZ, *Études de procédure*, *op.cit.*, p. 93 (nous soulignons).

⁶ E. DREYER, *Droit pénal général*, 4^e éd., LexisNexis, 2016, n° 2. V. aussi, affirmant que le droit pénal est celui qui « détermine les actes que le législateur estime contraires à l'ordre social, définit ainsi les infractions, apprécie la culpabilité du délinquant et organise les sanctions », A. BEZIZ-AYACHE, *Dictionnaire de droit pénal général et procédure pénale*, 6^e éd., Ellipses, 2016, s. v. « Droit pénal (objet-branches) ».

⁷ X. PIN, *Droit pénal général*, *op.cit.*, n° 1.

⁸ R. BONNARD, « La conception matérielle de la fonction jurisprudentielle », *op.cit.*, spéc. p. 17.

⁹ *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., PUF, 2014, s. v. « Prétention », sens I.

se résume donc à la question de savoir puis de déclarer que la loi pénale a été violée par une personne et que le pouvoir de punir doit être exercé¹.

L'objet de la fonction juridictionnelle pénale est donc le droit pénal et la prétention à sa réalisation qui en découle. L'activité finalisée s'opérant sur cet objet est la déclaration de la violation ou de la non-violation.

Ainsi définie, retrouve-t-on une fonction juridictionnelle dans la phase préparatoire du procès pénal ?

2. L'introuvable fonction juridictionnelle

147. Une absence logique. Pour savoir si la phase préparatoire du procès pénal connaît en son sein une fonction juridictionnelle, il suffit de savoir si, lors de cette phase, il est question de dire, en droit, que la loi pénale a été violée par une personne et que la prétention punitive de l'État est fondée, c'est-à-dire que le pouvoir de punir doit être exercé. En réalité, l'absence de fonction juridictionnelle lors de notre recherche des objets de la phase préparatoire s'explique logiquement. Sachant que cette dernière a été définie comme l'ensemble temporel et matériel courant de la naissance de l'action publique à la décision de la mettre ou non en mouvement², et qu'il faudrait entendre par action publique la possibilité juridiquement reconnue de s'adresser à un organe détenteur de la juridiction pénale pour qu'il tranche en droit une prétention émanant du droit de punir³, la fonction juridictionnelle ne peut qu'être absente de la phase préparatoire. En effet, l'exercice de l'action publique étant le préalable à la juridiction pénale, et la phase préparatoire s'arrêtant à la décision d'exercer ou non l'action publique, la fonction juridictionnelle relève de la seule et unique phase décisive. Surgit de nouveau le malaise de l'instruction, qu'on ne sait finalement pas trop où placer : si la tradition – que nous privilégions pour l'instant⁴ – la rattache à la phase préparatoire, la logique procédurale voudrait qu'on la rabatte dans la phase décisive. Précisons encore une fois qu'il s'agit, dans cette étude, d'entendre la

¹ « Dans le procès pénal [...] l'objet de la décision consiste purement et simplement en le devoir de punir, affirmé ou nié suivant l'existence ou non de l'infraction » : F. CORDERO, *Procedura penale, op.cit.*, p. 12 : « Nel processo penale [...] il tema della decisione consiste nel puro e semplice dovere di punire, affermato o negato secondo che sia o meno risultata l'esistenza del reato ».

² V. *supra* n° 9.

³ V. *supra* n° 146.

⁴ V. *supra* n° 13.

fonction juridictionnelle comme un pouvoir-fonction, c'est-à-dire comme une activité finalisée ayant un objet spécifique. En ce sens, la fonction juridictionnelle est approchée indépendamment de l'organe : ce n'est pas parce que le juge intervient dans la phase préparatoire du procès pénal qu'il faut conclure à une fonction juridictionnelle, de la même manière que, si nous avons conclu à la présence d'une fonction juridictionnelle, rien n'aurait obligé à en tirer la nécessaire présence du juge dans cette phase. Une phase préparatoire entendue sans pouvoir-fonction juridictionnel n'implique pas l'absence du juge, de même qu'une phase préparatoire envisagée comme comprenant un tel pouvoir-fonction n'oblige en rien à la présence du juge ! Trois exemples clarifieront peut-être ces propos : la détention provisoire, les ordonnances du juge d'instruction et l'incident probatoire.

Les phases préparatoires française¹, allemande² et italienne³ connaissent toutes du prononcé du placement en détention provisoire par le juge, qu'il soit juge des libertés et de la détention, juge de l'enquête (*Ermittlungsrichter*) ou juge pour les enquêtes préliminaires (*giudice per le indagini preliminari*). Le juge français est saisi par un autre juge, le juge d'instruction, ou, dans un cas particulier, par le ministère public⁴ ; les juges allemand et italien sont saisis par le parquet. Ces juges, lorsqu'ils décident ou refusent le placement en détention provisoire, déclarent-ils, en droit, que la personne a violé la loi pénale et que la prétention punitive de l'État est fondée ? La réponse n'est pas évidente. Le juge qui prononce le placement en détention provisoire dit bien plus que l'atteinte à la liberté d'aller et de venir de la personne est justifiée par les critères légalement prévus. En d'autres termes, il intervient dans une fonction de garantie des libertés mises en danger par l'exercice de la fonction de protection de la procédure qui pousse le ministère public (ou un autre juge, pour le cas français) à demander l'incarcération d'un individu. Le juge décidant du placement en détention provisoire n'exerce pas de pouvoir-fonction juridictionnel. Il en va de même pour le juge d'instruction.

¹ Code de procédure pénale français, art. 137-1

² Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 114.

³ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 279.

⁴ En cas de crime ou de délit puni de dix ans d'emprisonnement, si le procureur de la République demande au juge d'instruction de saisir le juge des libertés et de la détention aux fins de placement en détention provisoire pour certains motifs énumérés mais que le juge d'instruction refuse, le parquet peut directement saisir le juge des libertés et de la détention : v. Code de procédure pénale français, art. 137-4. Pour une approche critique de ce mécanisme, v. C. GUÉRY, « Une détention provisoire exceptionnelle...mais souhaitable », *AJ Pénal* 2004, p. 238.

En France, le juge d'instruction rend en effet plusieurs actes considérés comme juridictionnels – le malaise revient – car susceptibles de recours¹. Philippe Collet en mentionne les principaux² : ordonnance d'incompétence ou de dessaisissement, ordonnance d'ouverture de l'information, ordonnance de refus d'informer, ordonnance d'irrecevabilité de l'action de la partie civile, ordonnance fixant le montant de la consignation à verser par la partie civile, ordonnance répondant aux demandes d'acte du ministère public ou des parties privées, ordonnance de restitution ou de refus de restitution d'un objet placé sous main de justice, ordonnance de fermeture d'établissement dans des affaires de trafic de stupéfiants ou de traite des êtres humains, ordonnance du juge des libertés et de la détention ou du juge d'instruction décidant d'une mesure de sûreté, ordonnance de prolongation de la détention provisoire ou de remise en liberté, ordonnance de continuation de l'instruction, ordonnances de règlement, de renvoi, de mise en accusation ou de non-lieu. Pourtant, dans aucun de ces cas, le juge d'instruction ne dit que la loi pénale a été, ou non, violée, ni que la prétention punitive de l'État est fondée et que le pouvoir de punir doit être exercé. Pas même lors du renvoi, de la mise en accusation ou du non-lieu : sont alors vérifiées les conditions à la saisine de la juridiction de jugement qui, elle, sera chargée d'exercer le pouvoir-fonction juridictionnel³. Le malaise causé par l'instruction redouble donc. Ce raisonnement est d'ailleurs le même pour le classement sans suite, étudié plus avant⁴.

En Italie, il est possible dès la phase préparatoire d'avoir une audience contradictoire devant le juge pour les enquêtes préliminaires : l'incident probatoire⁵. Cette

¹ V. R. GASSIN, « Les mesures d'administrations judiciaire en procédure pénale », dans *Justices et droits du procès. Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Dalloz, 2010, p. 951.

² P. COLLET, *L'acte coercitif*, éd. Panthéon-Assas, 2018, n° 199 et s.

³ Surgit alors le paradoxe propre à la phase d'instruction française. Alors même que le pouvoir-fonction de décision de mise en mouvement de l'action publique a déjà été exercé, qui devrait signer la fin de la phase préparatoire et le début de la phase décisive – c'est-à-dire de l'exercice du pouvoir-fonction juridictionnel – l'instruction préparatoire représente un *no man's land fonctionnel*, où sont à nouveau exercés les pouvoirs-fonctions d'investigations, de protection de la procédure et de garantie des droits déjà mis en œuvre pendant l'enquête. Sur l'illogisme propre à l'instruction préparatoire, v. *infra* n° 212 et s.

⁴ V. *infra* n° 148.

⁵ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), arts. 392 et s. Pour une analyse très critique de ce mécanisme à la parution du Code, v. A. VIVIANI, *Il nuovo codice di procedura penale : una riforma tradita*, Spirali/Vel, 1989, p. 57 et s. Pour une analyse plus positive, v. M. BARGIS, « L'incidente probatorio », *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 1990, p. 1328. Pour une analyse appelant à la retenue dans l'utilisation de ce mécanisme, sous peine de revenir à une instruction qui ne dirait pas son nom, v. G. CONSO, « Problemi di metodo e scelte di fondo », *op.cit.*, spéc. n° 5. Dans les années qui ont suivi la parution du Code, l'utilité de l'incident probatoire a été fortement réduite par les assauts de la contre-réforme menée par la Cour constitutionnelle (sur laquelle v. *supra* n° 127). Mais différents textes ont, à partir du milieu des années quatre-vingt-dix, redonné un peu de vigueur au mécanisme : v. G. BIONDI, « L'istituto dell'incidente probatorio, dagli albori del Codice di rito alle prospettive de iure condendo », dans *Il rito accusatorio a vent'anni dalla*

procédure constitue une exception à l'interdiction de principe de formation de la preuve dans la phase préalable à l'audience. Schématiquement, lorsqu'une preuve risque de disparaître ou lorsque l'on souhaite protéger de l'audience un témoin particulièrement fragile, le ministère public ou le mis en cause peuvent demander que le juge des enquêtes préliminaires procède au recueil et à la formation de la preuve. Le juge doit, s'il accueille la demande¹, organiser une audience contradictoire où la preuve est administrée selon la forme prévue lors des débats et à laquelle assistent nécessairement le parquet et la défense². Ici, tous les ingrédients sont réunis pour conclure à la fonction juridictionnelle : un juge, deux parties, un débat contradictoire. Pour autant, le juge italien ne déclare pas, par l'incident probatoire, que la personne mise en cause a violé la loi pénale, ni que la prétention punitive de l'État est fondée. Il intervient pour garantir une preuve qui risque de disparaître ou la déposition d'un témoin fragile susceptible de ne pas supporter l'audience principale. Une fois l'incident probatoire terminé, les procès-verbaux, choses et documents acquis sont transmis au ministère public et plus tard versés au dossier des débats, contrairement, en principe, aux autres actes de la phase préparatoire. Le juge intervient donc pour protéger la procédure et n'exerce pas un pouvoir-fonction juridictionnel.

Le pouvoir-fonction juridictionnel paraît ainsi absent de la phase préparatoire du procès pénal, celle-ci ayant en réalité pour objet ce qui conditionne l'activation de la juridiction : la décision sur la mise en mouvement de l'action publique. Mais cela n'exclut en aucun cas la présence d'un juge dans cette phase, ni d'une procédure particulière comme le contradictoire. Seulement, ce juge ou cette procédure seront présents en considération des véritables pouvoirs-fonctions de la phase préparatoire que sont l'investigation, la décision de mise en mouvement de l'action publique, la protection de la procédure et la garantie des droits et libertés. De même, cela ne signifie pas que la phase préparatoire soit une procédure hors droit, bien au contraire. Cela signifie juste que les organes, s'ils respectent voire considèrent le droit, ne le *disent* pas.

grande riforma. Continuità, fratture, nuovi orizzonti, Giuffrè, 2012, p. 75. Les différentes interventions législatives ont toutefois mis à mal la cohérence de l'incident probatoire, qui peut aujourd'hui être mis en œuvre tant en cas de risque de perte de preuve (philosophie originelle) que sur simple demande des parties (nouvelle philosophie visant à protéger certains témoins par exemple), d'où la proposition de revenir à l'exigence de risque de perte de preuve sans pour autant inscrire de liste limitative de ces cas dans le Code : v. P. RENON, « Linee per una riforma dell'incidente probatorio », dans *Il rito accusatorio a vent'anni dalla grande riforma. Continuità, fratture, nuovi orizzonti*, Giuffrè, 2012, p. 139.

¹ Le juge rejettera la demande si elle ne correspond pas aux exigences de fond de l'article 392 (hypothèses d'incident probatoire) ou de formes de l'article 393 (demande en incident probatoire).

² Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 401.

Il reste que deux cas pourraient être les symptômes de la présence réelle d'un pouvoir-fonction juridictionnel : le classement sans suite (sec) et les alternatives aux poursuites.

148. Le cas du classement sans suite. Si l'action publique est la possibilité juridiquement reconnue de s'adresser à un organe détenteur de la juridiction pénale pour qu'il tranche en droit une prétention émanant du droit de punir, et si la phase préparatoire du procès pénal peut se clore avec la décision de ne pas exercer cette action, n'entreverrait-on pas ici une fonction juridictionnelle ? Il semble en réalité difficile de conclure qu'en décidant de ne pas exercer une possibilité offerte de voir se réaliser la juridiction pénale, le classement participe de cette fonction... Si nous décidons de ne pas mettre en mouvement l'action publique, nous ne *déclarons* pas que la loi pénale n'a pas été violée et que la prétention punitive est infondée. Nous considérons simplement qu'il ne convient pas de faire usage de cette possibilité d'activation de la juridiction au regard de considérations légales (légalité des poursuites) ou d'opportunité (opportunité des poursuites). C'est-à-dire que le classement sans suite traite des conditions de la mise en mouvement de l'action publique et est donc clairement intégré au pouvoir-fonction du même nom. La légalité comme l'opportunité des poursuites posent des conditions à la mise en mouvement de l'action publique¹, c'est-à-dire à la décision d'activer le pouvoir-fonction juridictionnel. Si un classement sans suite est motivé par le fait qu'une agression sexuelle n'est pas constituée, il n'est pas affirmé, en réalité, que la loi n'a pas été violée et que le pouvoir de punir ne doit pas être exercé, mais au contraire que *les conditions pour demander la détermination de la violation de la loi et de la nécessité d'exercer le pouvoir de punir – en l'espèce des soupons d'agression sexuelle – ne sont pas réunies*. De même, lorsqu'une affaire est classée car aucun auteur n'a été identifié dans une affaire de vol, il n'est pas soutenu que l'article 311-1 du Code pénal n'a pas été violé et que le pouvoir de punir ces faits ne doit pas être exercé. Au contraire, il est affirmé que *les conditions pour demander la détermination de la violation de l'article 311-1 du Code pénal et de la nécessité d'exercer le pouvoir de punir – en l'espèce la présence d'une personne à qui infliger une peine – ne sont pas réunies*². Cette analyse est confirmée par le fait que, dans les trois pays

¹ La seule différence entre les deux systèmes étant le caractère purement légal ou non de ces conditions.

² Ce qui pose d'ores et déjà la question de la place et de la nature de l'information judiciaire, qui intervient après l'exercice du pouvoir-fonction de décision sur la mise en mouvement de l'action publique alors même qu'elle a un but similaire à l'enquête policière : v. *infra* n° 212 et s.

étudiés, le classement sans suite n'est jamais définitif : ce n'est pas parce que les conditions pour activer la juridiction ne sont pas réunies à un instant T qu'elles ne le seront pas plus tard.

En France, il est coutume de dire que le classement sans suite est un acte provisoire qui « ne signifie pas nécessairement que [le parquet] n'envisage pas, à terme, de poursuivre la ou les personnes impliquées »¹. La jurisprudence considère ainsi que la décision de ne pas mettre en mouvement l'action publique n'est jamais définitive², sauf bien entendu si celle-ci est éteinte. Dans un tel cas de classement pour extinction de l'action publique, ne fait-on alors pas face à l'exercice d'un pouvoir-fonction juridictionnel, puisque la décision prise de classer sans suite ne peut alors qu'être définitive ? L'action se distingue du pouvoir de punir, qui lui préexiste³. Or la juridiction a pour objet de dire en droit que la loi pénale a été violée par une personne et que la prétention punitive de l'État de voir constater une telle violation puis réaliser son droit de punir est fondée. C'est-à-dire que la juridiction traite avant tout du droit de punir, qui préexiste à l'action. La prescription ou l'extinction de l'action publique n'affecte pas le droit de punir en tant que tel⁴. Si des faits de viol sont prescrits et que je classe l'affaire, je ne soutiens pas que l'article 222-23 du Code pénal n'a pas été violé et que le droit de punir de l'État ne doit pas être réalisé, je dis au contraire *que je ne peux pas soutenir une quelconque position juridique sur la violation de l'article 222-23 et sur le droit de punir, ce qui n'empêche pas que dans la réalité, l'article a bien été violé et que le droit de punir existe bel et bien*. Le classement sans suite, même motivé par la prescription ou plus généralement par l'extinction de l'action publique, ne saurait donc, en réalité, intégrer la fonction juridictionnelle⁵.

Cette approche se retrouve en Italie où, alors même que le classement sans suite est prononcé par le juge pour les enquêtes préliminaires sur demande du parquet, le classement

¹ S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale, op.cit.*, n° 1483.

² V. notamment Cass. crim., 6 juin 1952, bull. n° 142 ; Cass. crim., 5 décembre 1972, bull. n° 375 ; *Rev. sc. crim.* 1977, p. 716, obs. ROBERT ; Cass. crim., 12 mai 1992, n° 92-81.080, bull. 186 ; *D.* 1992, p. 427, note MAYER ; *Rev. sc. crim.* 1992, p. 606, obs. BRAUNSCHWEIG.

³ « Le droit existe ou a existé : il est tout simplement impossible de l'exercer ou de l'exercer encore » : S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale, op.cit.*, n° 1373.

⁴ J. LELIEUR, « Convergences et divergences à propos de la prescription de l'action publique », dans J. LEBLOIS-HAPPE (dir.), *Vers un nouveau procès pénal ? Neue Wege des Strafprozesses*, Société de législation comparée, 2008, p. 17.

⁵ Cette solution vaut *a fortiori* pour le cas de l'ordonnance de non lieu. Si nous avons défini la phase préparatoire du procès pénal, objet de nos réflexions, comme l'ensemble temporel et matériel courant de la naissance de l'action publique à la décision de la mettre ou non en mouvement, nous avons pourtant, afin de répondre à la tradition française mais aussi de souligner le malaise qu'elle crée dans la logique même de la procédure, inclus dans la phase préparatoire l'information judiciaire (v. *supra* n° 13). Celle-ci peut se terminer

n'est pas définitif puisque ce même juge peut autoriser la reprise des investigations sur demande du ministère public¹.

En Allemagne, les choses sont un peu plus compliquées et peuvent être résumées comme suit² : le classement sans suite prononcé lors de la phase préparatoire n'est jamais définitif, à une exception près. Lorsque le classement d'un *délit* est prononcé en raison de l'accomplissement par le mis en cause de certaines obligations ou injonctions (*Auflagen und Weisungen*), il s'agit d'un classement définitif, la seule dérogation étant l'apparition d'éléments faisant penser à un crime et non à un délit³. Si cela peut faire douter de notre raisonnement, il convient de remarquer que cette exception concerne moins le classement sans suite sec – qui ne paraît donc pas relever matériellement de la fonction juridictionnelle, peu important l'organe et la procédure – que le classement pris à la suite d'alternatives aux poursuites.

149. Le cas des alternatives aux poursuites. La notion d'alternatives aux poursuites consiste, dans l'idée, à offrir une alternative au choix dual entre classement et poursuite. Leur rapide présentation peut faire naître des doutes quant à l'absence de fonction juridictionnelle dans la phase préparatoire.

Les alternatives aux poursuites, en droit français, sont de trois sortes, avec une certaine gradation⁴ : la transaction et la convention judiciaire d'intérêt public, les alternatives simples comme la médiation, et la composition pénale, « alternative punitive »⁵. Sur ces trois alternatives, seule la composition pénale exige expressément que la personne reconnaisse avoir commis les faits⁶. La mise en œuvre d'une convention

par une ordonnance de non-lieu, motivée en fait ou en droit. Cette ordonnance n'éteint pas l'action publique (S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, *op.cit.*, n° 1847). En revanche, l'ordonnance de non-lieu motivée en droit dispose d'une autorité absolue et définitive de chose jugée (*ibid.*). Le raisonnement reste cependant le même : l'ordonnance de non lieu affirme que l'action publique – qui a, selon l'analyse schizophrénique traditionnelle, été exercée – ne doit finalement plus être mise en mouvement parce que les conditions pour le passage à la fonction juridictionnelle ne sont pas réunies.

¹ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 414 : « En cas de classement sans suite prononcé conformément aux articles précédents, le juge autorise par décret motivé la réouverture des enquêtes sur demande du ministère public motivée par l'exigence de nouvelles investigations » (« Dopo il provvedimento di archiviazione emesso a norma degli articoli precedenti, il giudice autorizza con decreto motivato la riapertura delle indagini su richiesta del pubblico ministero motivata dalla esigenza di nuove investigazioni »).

² Pour une présentation détaillée, v. H.-H. KÜHNE, *Strafprozessrecht*, *op.cit.*, n° 580 et s.

³ Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 153 a al. 1.

⁴ J. LEBLOIS-HAPPE, « De la transaction à la composition pénale », *JCP G* 2000, I, 198.

⁵ S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, *op.cit.*, n° 1519.

⁶ Code de procédure pénale français, art. 41-2.

d'intérêt judiciaire public suppose, elle, qu'une personne morale soit « mise en cause »¹ pour un ou plusieurs délits rentrant dans son champ d'application. En revanche, les dispositions relatives à la transaction par officier de police judiciaire et aux alternatives simples ne mentionnent pas de reconnaissance ou de mise en cause. La dernière circulaire en date sur la mise en œuvre des procédures alternatives pose cependant comme principe directeur « une prise de décision rapide, *sans ambiguïté sur la reconnaissance des faits* et sur les éventuels préjudices subis par la victime »². La reconnaissance des faits semble donc une condition des alternatives. De plus, ces différentes mesures supposent, à l'évidence, une infraction. Enfin, les alternatives vont se traduire par une décision du parquet, validée ou homologuée par le juge sauf alternative simple et certaines amendes de composition³, qui va indiquer à la personne mise en cause des actes ou interdictions : médiation, paiement d'une amende transactionnelle, remise du permis de port d'armes, etc. Si ces actes sont accomplis et ces interdictions respectées, la composition pénale, la transaction et la convention d'intérêt judiciaire public entraînent extinction de l'action publique, et donc impossibilité de son exercice – ce qui, rappelons-le, n'entrave en rien l'existence du droit ou pouvoir de punir qui préexiste à l'action⁴. Seules les alternatives simples laissent ouverte la décision sur l'exercice de l'action publique⁵.

N'aurait-on pas ici affaire à l'exercice d'une fonction juridictionnelle ? Celle-ci doit être envisagée, rappelons-le, du seul point de vue matériel, indépendamment de l'organe, comme l'activité consistant à dire en droit que la loi pénale a été violée par une personne et que la prétention punitive de l'État de voir constatée une telle violation puis réalisé le pouvoir de punir est fondée. Le procureur, décidant d'un rappel à la loi pour un auteur de vol, ne *dit-il* pas que cette personne a violé l'article 311-1 du Code pénal et que la prétention

¹ Code de procédure pénale français, art. 41-1-2

² Circulaire du Ministère de la Justice n° JUSD1714357C du 12 mai 2017, spéc. p. 2 (nous soulignons).

³ La loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice vient en effet de supprimer l'homologation par le juge de la composition pénale lorsqu'elle concerne une infraction punie d'au maximum trois ans d'emprisonnement et que la composition pénale consiste en une amende de composition d'au maximum trois mille euros ou bien en la remise d'une chose dont la valeur n'excède pas trois mille euros. Le Conseil constitutionnel a validé cette disposition (Cons. const., 21 mars 2019, n° 2019-778 DC, considérant 270 ; *JORF* du 24 mars 2019). V. déjà J. LEBLOIS-HAPPE, « De la transaction à la composition pénale », *op.cit.* En conséquence, la transaction par officier de police judiciaire est supprimée.

⁴ « Le droit existe ou a existé : il est tout simplement impossible de l'exercer ou de l'exercer encore » : S. Guinchard et J. Buisson, *Procédure pénale, op.cit.*, n° 1373.

⁵ Cass. crim., 21 juin 2011, n° 11-80.003, bull. n° 141 ; *D.* 2011, p. 2349, obs. PERRIER ainsi que p. 2379, obs. DESPREZ ; *AJ Pénal* 2011, p. 584, obs. BELFANTI ; *D.* 2012, p. 2118, chron. PRADEL ; *JCP G*, note 1453 LUDWICZAK ; *Procédures* 2011, comm. 312 BUISSON ; *Gaz. Pal.* 19 juillet 2011, p. 18, obs. DETRAZ. V. aussi Cass. crim., 17 janvier 2012, n° 10-88.226, bull. n° 12 ; *D.* 2012, p. 2118, chron. PRADEL. V. dernièrement Cass. crim., 13 juin 2018, n° 17-81.849, inédit.

punitive de l'État est fondée à son encontre ? Certes, cette prétention, fondée, se réalise par le simple rappel à l'auteur de ses obligations légales. Mais n'est-ce pas là l'un des modes nouveaux de réalisation du droit pénal et du pouvoir de punir ? Cela confirmerait en partie l'analyse de Xavier Pin qui qualifie la juridiction pénale d'« organe indépendant et impartial qui a le pouvoir légal de *donner une réponse juridique à la commission de l'infraction*, à condition toutefois d'admettre que *la réponse pénale est aujourd'hui très variée* »¹. Si notre analyse dévie de la conception organique et formelle, nous nous rattachons complètement à l'idée de réponse juridique. Celle-ci correspond, dans notre définition de la fonction juridictionnelle, à la réalisation du droit pénal que vise la prétention punitive de l'État, réalisation qui ne peut advenir que si la loi pénale a été déclarée violée. Au demeurant, notre analyse des mesures alternatives aux poursuites comme relevant de la fonction juridictionnelle est confirmée par les craintes récurrentes de la doctrine voyant dans le procureur de la République un « quasi-juge »², ou un juge avant le juge en Allemagne (*Richter vor dem Richter*)³ – cette qualification pouvant sans doute s'étendre au

¹ X. PIN, « La notion de juridiction (le point de vue d'un pénaliste) », dans S. AMRANI-MEKKI (dir.), *Procédure civile et procédure pénale. Unité et diversité ?*, Bruylant, 2014, p. 57, spéc. p. 61 (nous soulignons). V. aussi, admettant le caractère répressif des différentes alternatives – en dehors de la simple réparation du préjudice – et concluant à « un nouveau paradigme de la sanction » : J.-B. PERRIER, *La transaction pénale*, LGDJ, 2014, n° 674 et s.

² V. P. TCHERKESOFF, *Cohérence et légitimité du ministère public*, *op.cit.*, n° 307 ; P. BEAUVAIS, « Politique pénale et séparation des pouvoirs », *op.cit.*, spéc. p. 101 ; J.-L. NADAL (prés.), *Refonder le ministère public : rapport de la Commission de modernisation de l'action publique*, 2013, p. 3 ; J.-C. SAINT-PAU, « Le ministère public concurrence-t-il le juge du siège ? », *Dr. pén.* 2007, étude 14 ; J.-P. JEAN, « Le ministère public français au regard de la justice pénale d'Europe », *AJ Pénal* 2011, p. 106 ; X. PIN, « La notion de juridiction (le point de vue d'un pénaliste) », *op.cit.*, spéc. p. 69 ; A. OUDOUL, *L'impartialité des magistrats dans la procédure pénale française à l'aune du droit de la Convention EDH*, Thèse Université d'Auvergne, 2016, n° 807 ; CNCDH, 29 avril 2014, *Avis sur la refondation de l'enquête pénale*. Cette crainte est aussi partagée par un auteur plus civiliste : v. L. CADIET, 'Introduction à un cours de droit institutionnel de la justice', dans *Humanisme et justice : Mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage*, Dalloz, 2016, p. 289, spéc. note 88. V., parlant plus pudiquement d'« ambiguïté par rapport au rôle respectif du juge et du magistrat du ministère public » : G. CLÉMENT, 'Les métamorphoses du ministère public en matière pénale', dans *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel*, Cujas, 2006, p. 271, spéc. p. 284. V., parlant plus clairement du parquet comme 'le premier juge pénal', M. ROBERT, 'Les propositions du rapport Léger : point de vue d'un parquetier', *AJ Pénal* 2009, p. 393. V. encore C. SAAS, 'De la composition pénale au plaider coupable : le pouvoir de sanction du procureur', *Rev. sc. crim.* 2004, p. 827 ; H. LECLERC, 'Le temps de la réflexion est indispensable', *AJ Pénal* 2010, p. 167 ; P. PONCELA, 'Quand le procureur compose avec la peine', *Rev. sc. crim.* 2002, p. 638 ; P. PONCELA 'Quand le procureur compose avec la peine (bis)', *Rev. sc. crim.* 2003, p. 139.

³ Expression due à E. KAUSCH, *Der Staatsanwalt. Ein Richter vor dem Richter ? Untersuchung zum §153a StPO*, Duncker & Humblot, 1980. V. en français J. LEBLOIS-HAPPE, « Éléments de cohérence de la procédure pénale allemande. L'équilibre entre les prérogatives du ministère public et celle du juge dans la phase préliminaire du procès », dans *La procédure pénale en quête de cohérence*, Dalloz, 2007, p. 241, spéc. p. 250 et s. V. aussi, se demandant si le procureur est un juge avant le juge ou à la place du juge, H. HENRION et N. SALDITT, « Le ministère public allemand, une institution ambivalente », dans C. LAZERGES (dir.), *Figures du parquet*, PUF, 2006, p. 29, spéc. p. 39 et s.

policiers qui effectuaient une transaction pénale¹. Si l'on n'ose franchir le pas organique, on passera le Rubicon matériel : l'alternative aux poursuites participe de la fonction juridictionnelle². Camille Viennot parle, après avoir défini la fonction de juger d'un point de vue matériel, de la nécessité « de faire entrer dans les figures du juge le procureur de la République »³.

Reste toutefois un problème logique : le Code français précise que ces alternatives aux poursuites ont lieu *avant* la mise en mouvement de l'action publique. Or l'action publique a été définie comme la possibilité d'activer la fonction juridictionnelle, qui relève de la phase décisive. Nous nous retrouvons donc, avec les alternatives aux poursuites, face à l'exercice d'une fonction juridictionnelle pénale non seulement au sein de la phase préparatoire mais surtout sans exercice préalable d'une action !

Cet illogisme pourrait avoir comme solution de considérer que la norme a tort et que la décision de recourir à une alternative simple, une transaction ou une composition revient à décider d'exercer l'action publique⁴. Cette intuition serait alimentée non seulement par la tendance de la doctrine à voir une évolution de la notion d'opportunité des

¹ V., relevant que l'OPJ dispose à présent d'un « pouvoir de sanction », H. ROUIDI, « Du pouvoir de l'OPJ de transiger sur l'action publique », *Dr. pén.* 2016, étude 2. L'auteur note toutefois que la transaction apparaît plus comme un préalable aux alternatives aux poursuites (!) que comme une véritable alternative, ceci en raison de ses effets. *Contra*, v. N. JEANNE, « Réflexions sur la transaction pénale par officier de police judiciaire », *Rev. sc. crim.* 2016, p. 1. La transaction par OPJ a été supprimée par la loi du 23 mars 2019.

² Philippe Conte analyse plus particulièrement la composition pénale comme témoignant d'une nouvelle action dans le procès, l'action à fin publique, différente dans son mécanisme de l'action publique puisque dans le cas de l'action à fin publique, le litige n'existe pas : P. CONTE, « La nature juridique des procédures "alternatives aux poursuites" : de l'action publique à l'action à fin publique ? », dans *Mélanges offerts à Raymond Gassin*, PUAM, 2007, p. 189. Si cette analyse démontre le casse-tête juridique que représente la volonté de maintenir la théorie des mesures alternatives aux poursuites ne supposant pas l'exercice de l'action (publique), elle omet cependant de considérer que l'action publique peut tout à fait être exercée même s'il n'y a pas de litige, ainsi lorsque l'individu reconnaît les faits reprochés (E. JEULAND, *Droit processuel général*, *op.cit.*, n° 17). Dans le sens d'une approche des alternatives aux poursuites intégrées à la fonction juridictionnelle, v. P. TCHERKESOFF, *Cohérence et légitimité du ministère public*, *op.cit.*, n° 382. V. encore, parlant de « l'intervention du parquet en tant que juge », C. SAAS, « Les procédures simplifiées de traitement des délits en France et en Allemagne : un jugement sans procès ? », dans J. LEBLOIS-HAPPE (dir.), *Vers un nouveau procès pénal ? Neue Wege des Strafprozesses*, Société de législation comparée, 2008, p. 39, spéc. p. 42 et s. V. enfin, affirmant que la diffusion des alternatives aux poursuites « met en évidence le caractère judiciaire de la fonction des parquets » : A. PERRODET, *Étude pour un ministère public européen*, LGDJ, 2001, n° 150.

³ C. VIENNOT, *Le procès pénal accéléré. Étude des transformations du jugement pénal*, Dalloz, 2012, n°51.

⁴ V., affirmant que le procureur « a les possibilités de poursuivre, de ne pas poursuivre ou encore de *poursuivre autrement* » : P. COUV RAT, « Contractualisation en matière pénale, en général », dans L. CADIET et L. RICHER (dir.), *Réforme de la justice. Réforme de l'État*, PUF, 2003, p. 198, spéc. p. 199 (nous soulignons). V. aussi, écrivant que la transaction « éteint l'action pénale de la même manière que si cette dernière avait été exercée et menée à son terme » : J. LEBLOIS-HAPPE, *Quelles réponses à la petite délinquance ? Étude du droit répressif français sous l'éclairage comparé du droit répressif allemand*, PUAM, 2002, Tome II, n° 1172 (nous soulignons).

poursuites vers celle de légalité de la *réponse pénale*¹ ou à considérer que la réussite d'une alternative simple devrait entraîner le classement définitif², mais encore par la comparaison des droits. En effet, nous avons pu montrer que l'équivalent allemand de la composition pénale était le seul cas de « classement » définitif³. De même, si l'Italie connaît elle aussi des procédures dites spéciales, que l'on peut assimiler pour partie à nos procédures alternatives, elles supposent toutes l'exercice de l'action publique⁴. Cette approche de la décision de recourir à une alternative aux poursuites confirmerait par la même occasion le dépassement complet du vieil article 1^{er} du Code de procédure pénale et de « son action publique pour l'application des peines ». Si la mise en mouvement de l'action publique est la condition du passage à la phase décisive, si cette phase décisive est marquée par l'exercice du pouvoir-fonction juridictionnel, et si les alternatives aux poursuites relèvent d'un tel pouvoir-fonction, alors les alternatives supposent qu'ait été exercé le pouvoir-fonction de décision de mise en mouvement de l'action publique. Les mesures dites improprement alternatives aux poursuites relèvent, à l'inverse de la décision de classement, de la fonction juridictionnelle. Or parce que cette fonction juridictionnelle suppose l'exercice de l'action publique, qui signe la fin de la phase préparatoire, les alternatives aux

¹ V. notamment J. SÉGAUD, *Essai sur l'action publique*, *op.cit.*, n° 819 et s. V. aussi G. ACCOMANDO et C. GUÉRY, « Le ministère public en Europe », dans *Le Parquet dans la République. Vers un nouveau ministère public ?*, Association d'Études et de recherches de l'École nationale de la magistrature, 1996, p. 29, spéc. p. 32 : « on semble se diriger vers une opportunité légale, c'est-à-dire un système d'opportunité qui puisse être contrôlé et présenter une plus grande transparence ou vers un système de légalité différenciée, c'est-à-dire qui signifiera véritablement obligation de poursuites pour les infractions les plus graves mais possibilité de mise en place de procédures alternatives pour les infractions les moins graves ».

² V. notamment J.-B. PERRIER, « Alternatives aux poursuites : l'orthodoxie juridique face à l'opportunité pratique », *D.* 2011, p. 2349 ; J.-B. PERRIER, *La transaction pénale*, *op.cit.*, n° 105 ; F. LUDWICZAK, « Procédures alternatives aux poursuites et action publique : entre apparence de conformité et quête de cohérence », *JCP G* 2011, note 1453 ; O. SAUTEL, « Les alternatives aux poursuites. Un exemple de "dérive" », dans *Politique(s) criminelle(s). Mélanges en l'honneur du professeur Christine Lazerges*, Dalloz, 2014, p. 797.

³ Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 153a. V. *supra* n° 148. Pour une approche critique, v. J. BRÜNING, « Die Einstellung nach § 153a StPO. Moderner Ablasshandel oder Rettungsanker der Justiz ? », *ZIS* 12/2015, p. 586 ainsi que M. DEITERS, « Plädoyer für die Abschaffung des § 153a StPO und die Einführung eines neuen abgekürzten Verfahrens », *GA* 2015, p. 371. V. aussi, en français, J. LEBLOIS-HAPPE, *Quelles réponses à la petite délinquance ? Étude du droit répressif français sous l'éclairage comparé du droit répressif allemand*, *op.cit.*, n° 1570 et s.

⁴ P. TONINI, *Lineamenti di procedura penale*, *op.cit.*, p. 341 ; C. MAURO, « Quelle politique pénale en Italie ? », *AJ Pénal* 2012, p. 452. Sur ces procédures spéciales, qui sont, en un sens, plus des alternatives à la procédure qu'à la poursuite, v. R. PARIZOT, « Au nom de l'indépendance : le ministère public en Italie », dans C. LAZERGES (dir.), *Figures du parquet*, PUF, 2006, p. 105, spéc. p. 112 et s. V. aussi Annexe n° 1 p. 748.

poursuites ne relèvent pas de la phase préparatoire, mais de la phase décisive¹. *Il n'y a donc pas de fonction juridictionnelle lors de la phase préparatoire de premier degré.*

150. Des fonctions aux autres pouvoirs. Quatre pouvoirs-fonctions sont donc exercés lors de la phase préparatoire : l'investigation, la décision sur l'exercice de l'action publique, la protection de la procédure et la garantie des droits et libertés. Cette phase procédurale ne semble par contre pas comprendre de fonction juridictionnelle. Quoi qu'il en soit, ces pouvoirs-fonctions sont exercés par des organes compétents dotés de prérogatives adéquates.

Section 2

Les pouvoirs-organes, les pouvoirs-prérogatives et les pouvoirs-compétences dans la phase préparatoire du procès pénal

151. Armés de nos concepts de pouvoirs-organes, de pouvoirs-prérogatives et de pouvoirs-compétences, la relecture de la phase préparatoire du procès pénal ne pose que de faibles difficultés au regard de celles éprouvées avec le pouvoir-fonction. En effet, si la détermination des pouvoirs-organes suppose de revaloriser l'organe policier (§ 1), celle des pouvoirs-prérogatives et des pouvoirs-compétences qui leur sont reconnus est relativement simple (§ 2).

§ 1. L'identification des pouvoirs-organes

152. Lors de la formation de nos concepts de pouvoirs, nous avons défini le pouvoir-organe comme *un élément organisé de l'appareil étatique participant de manière cohérente à la structure d'une institution plus large*. Relisant la phase préparatoire du procès pénal, viennent immédiatement à l'esprit les deux organes judiciaires traditionnels que sont le

¹ Ce qui impliquerait donc que leur réussite éteigne l'action publique et, surtout, qu'aucune décision de classement sans suite ne soit nécessaire, l'action publique ayant déjà été mise en mouvement.

juge et le ministère public (A). À ces deux organes doit toutefois s'ajouter un véritable organe policier (B).

A. La reprise des organes judiciaires de la phase préparatoire du procès pénal

153. Les organes judiciaires classiques que sont le juge et le ministère public se retrouvent dans les phases préparatoires des trois pays étudiés. Leur intervention obéit cependant à des organisations différentes dans chacun des États. Le ministère public n'est ainsi pas le même en France, en Allemagne et en Italie. Étudier l'organisation, c'est étudier comment sont ordonnés¹ les juges et le ministère public dans la phase préparatoire. En d'autres termes, comment est agencé l'organe-juge qui intervient dans la phase préparatoire du procès pénal ? Et l'organe-ministère public ? Ce sont ces organisations du juge (1) et du ministère public (2) dans la phase préparatoire qu'il convient de présenter. La question du statut en revanche, notamment celle de l'indépendance vis-à-vis du pouvoir politique, relèvera de l'étude des garanties propres à empêcher un retour du déséquilibre². En effet, dans notre approche centrée sur les pouvoirs-fonctions, « les fonctions doivent dicter le statut et non l'inverse »³.

1. L'organisation du juge dans la phase préparatoire

154. La notion de juge et sa présence dans la phase préparatoire. Par juge, il faut entendre, en un sens purement organique, le magistrat du siège, par opposition au magistrat du parquet. Le magistrat désigne, « au sens strict, toute personne appartenant au corps judiciaire et investie, à titre professionnel, du pouvoir de rendre la justice (magistrat du siège) ou de la requérir au nom de l'État (magistrat du parquet) »⁴. La définition du juge est donc classiquement associée à sa fonction de rendre la justice, à sa fonction de

¹ *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e éd., s. v. « Organisation », sens 1.

² V. *infra* n° 513 et s.

³ P. TCHERKESOFF, *Cohérence et légitimité du ministère public*, op .cit., n° 8.

⁴ *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., PUF, 2014, s. v. « Magistrat », sens 1.

juridiction¹. Problème : nous penchons pour l'absence de fonction juridictionnelle dans la phase préparatoire². Question : le juge n'aurait-il rien à faire là ?

Au regard de sa définition classique, une phase préparatoire sans présence d'un organe-juge pourrait en effet très bien s'envisager³. Toutefois, un juge intervient dans les phases préparatoires française, allemande et italienne. Surtout, l'équilibre des pouvoirs ayant pour but, en son sens négatif de séparation des pouvoirs⁴, d'éviter le cumul de tous les pouvoirs-fonctions, et ces fonctions étant au nombre de quatre⁵, la présence du juge comme organe supplémentaire au ministère public et à la police apparaît nécessaire. D'autant que nous avons pu préciser que l'absence de pouvoir-fonction juridictionnel au sens matériel n'impliquait en rien l'absence d'un pouvoir-organe juge⁶. La présence d'un tel organe dans la phase préparatoire s'impose notamment par sa position en principe externe à la procédure – le juge d'instruction semblant l'exception malheureuse confirmant la règle⁷. L'organe-juge, nécessaire dans la phase préparatoire, n'est pas organisé de la même manière dans les trois pays étudiés ni même à l'intérieur d'un pays.

155. L'organisation du juge dans la phase préparatoire française. L'organe juge, dans la phase préparatoire du procès pénal français, est organisé de deux façons différentes selon qu'il s'agit du juge d'instruction ou du juge des libertés et de la détention. Dans les deux cas, la formation initiale est la même⁸.

¹ C'est d'ailleurs l'un des sens que donne le Vocabulaire juridique au mot « juge » : v. *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., PUF, 2014, s. v. « Juge », sens 1.

² V. *supra* n° 147 et s.

³ V., parlant de « contradiction » du modèle italien d'un juge intervenant dans la phase préparatoire, M. FERRAIOLI, *Il ruolo di garante del giudice per le indagini preliminari*, 4^e éd., CEDAM, 2014, p. 111 et s.

⁴ Le concept d'équilibre des pouvoirs renvoie à quatre opérations : la distinction des pouvoirs, théorie descriptive ; la séparation des pouvoirs, interdiction de cumul des pouvoirs distingués ; la balance des pouvoirs, opération de distribution d'un pouvoir entre différents organes ; l'isolement des pouvoirs, opération de distribution d'un pouvoir à un seul organe spécialisé et indépendant. V. *supra* n° 93.

⁵ Il s'agit des fonctions d'investigation, de décision de mise en mouvement de l'action publique, de protection de la procédure et de garantie des droits et libertés : v. *supra* n° 123 et s.

⁶ V. *supra* n° 147 et s.

⁷ Pour rappel, bien que nous ayons défini la phase préparatoire du procès pénal comme l'ensemble temporel et matériel courant de la naissance de l'action publique à la décision de la mettre ou non en mouvement, nous avons choisi, afin de respecter la tradition française et de souligner le malaise logique qu'elle provoque, d'inclure, au départ de nos réflexions, l'instruction dans la phase préparatoire : v. *supra* n° 13.

⁸ Sur laquelle v. Annexe n° 1 p. 731.

Le juge d'instruction, « vitrine du procès pénal français »¹, est un juge unique chargé, au sein de la phase préparatoire, de diriger l'information judiciaire². Nommé à la fois comme juge et comme juge d'instruction près le tribunal de grande instance par décret du président de la République³, le juge d'instruction est un juge spécialisé qui ne peut toutefois exercer ses fonctions plus de dix ans au sein d'un même tribunal⁴. Il y a au moins un juge d'instruction par tribunal de grande instance. Depuis la loi du 5 mars 2007, les tribunaux comptant plus de deux juges d'instruction sont considérés comme étant dotés de pôles de l'instruction, qui disposent de compétences prioritaires par rapport aux autres tribunaux du ressort de la cour d'appel non dotés d'un tel pôle⁵. Ce dispositif vient compléter les mécanismes de co-saisine de juges d'instruction pour les affaires complexes et/ou graves⁶. Cette même loi, prise en réaction à l'affaire Outreau, scandale judiciaire dont les conséquences ont raisonné jusqu'à l'étranger⁷, avait prévu la possibilité d'une instruction collégiale⁸ mais ses dispositions, dont l'entrée en vigueur avait sans cesse été reportée, ont été définitivement abrogées en 2016⁹. La désignation du magistrat instructeur

¹ H. JUNG, « Frankreich und seine (Straf)Richter – Eine Fallstudie zum "Outreau-Verfahren" und seiner parlamentarischen Aufarbeitung », dans *Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag*, C.F. Müller, 2007, p. 237, spéc. p. 246 (en français dans le texte !).

² Pour une présentation historique de l'organe juge d'instruction, v. C. GUÉRY et P. CHAMBON, *Droit et pratique de l'instruction préparatoire*, 10^e éd., Dalloz, 2017, n° 11.05 ; D. SALLAS, « Note sur l'histoire de l'instruction préparatoire en France », annexe à M. DELMAS-MARTY (prés.), *La mise en état des affaires pénales : Rapports de la Commission Justice pénale et Droits de l'homme*, *op.cit.*, p. 241. V. plus récemment S. BLOT-MACCAGNAN et G. CALLEMEIN (dir.), *Du lieutenant criminel au juge d'instruction. Évolutions historiques et défis contemporains*, PUR, 2018.

³ Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, arts. 28 al. 2 et 28-3 al. 2.

⁴ Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, art. 28-3. Sous le Code d'instruction criminelle et jusqu'en 1987, les fonctions étaient exercées pour trois ans renouvelables, le juge étant tacitement reconduit (Code d'instruction criminelle, art. 55 ; Cass. crim., 5 juin 1984, n° 84-91.677, bull. n° 207).

⁵ Code de procédure pénale français, art. 52-1. Sur les pôles de l'instruction, v. J. BUISSON, « Réforme de la procédure pénale », *Procédures* 2008, comm. 87 ; H. MATSOPOULOU, « Pôle de l'instruction est cosaisine : en attendant la collégialité... À propos du décret n° 2008-54 du 16 janvier 2008 », *JCP G* 2008, act. 106 ; D. KARSENTY, « Réflexions sur la mise en œuvre des pôles de l'instruction au regard des droits fondamentaux », *JCP G* 2008, I, 121.

⁶ Code de procédure pénale français, art. 83 al. 2. Sur la cosaisine, et plus spécifiquement sur les différence entre cosaisine, pôle de l'instruction et collégialité, v. C. GIUDICELLI, « Le juge d'instruction évoluera ou disparaîtra », *AJ Pénal* 2009, p. 68.

⁷ V. H. JUNG, « Frankreich und seine (Straf)Richter – Eine Fallstudie zum "Outreau-Verfahren" und seiner parlamentarischen Aufarbeitung », *op.cit.*, p. 237 ; A. C. AMATO MANGIAMELI, « Dal pre-giudizio al giudizio. Note in margine al sistema della prova », *Rivista internazionale di filosofia del diritto* 2007, fasc. 1, p. 47.

⁸ V. J. LEBLOIS-HAPPE, « Quelle collégialité pour l'instruction en 2010 ? », *D.* 2008, p. 2101.

⁹ Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle. V. T. CASSUTO, « La fin du collège de l'instruction : Beaucoup de bruit pour rien ou La Comédie des erreurs ? », *Dalloz actualité*, 31 mai 2016 ; J. LEBLOIS-HAPPE, « La loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle et la mise en état des affaires pénales – *quo vadis* ? », *D.* 2017, p. 873. Il faut dire que la collégialité de l'instruction est un de ces serpents de mer dont rafole la procédure pénale : prévue en 1985 (loi n°85-1303 du 10 décembre 1985), abrogé en 1987 (loi n° 87-1062 du 30 décembre 1987), reprévue et réabrogée en 1993 (loi n° 93-2 du 4 janvier

pour chaque affaire est faite par le président du tribunal¹, le juge d'instruction exerçant en principe ses fonctions à temps plein².

Le juge des libertés et de la détention intervient, lui, seulement de manière ponctuelle dans la phase préparatoire, lors de l'enquête ou lors de l'information, contrairement au juge d'instruction qui, une fois saisi, est titulaire de la procédure. Créé par la loi du 15 juin 2000 afin de décider du placement en détention provisoire sur demande du juge d'instruction³, le juge des libertés et de la détention a longtemps été un juge non spécialisé, c'est-à-dire qu'il était nommé comme magistrat du siège non spécialisé près un tribunal par décret du président de la République après avis conforme du Conseil supérieur de la magistrature. C'était ensuite le président de la juridiction qui le désignait par ordonnance interne aux fonctions de juge des libertés et de la détention. Depuis la loi organique du 8 août 2016, le juge des libertés est devenu un juge spécialisé, un « vrai »⁴ juge nommé *en ses fonctions* par décret du président de la République, ce que la doctrine a salué⁵. Signalons enfin que ce juge intervient aussi en dehors de la phase préparatoire, notamment dans la phase d'application des peines, mais aussi en dehors du contentieux pénal, par exemple en matière de privation de liberté des étrangers⁶.

1993 et loi n° 93-992 du 10 août 1993), re-reprévue en 2007 (loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale), reportée continuellement, elle est finalement re-réabrogée sans cérémonie en 2016 (loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016).

¹ Code de procédure pénale français, art. 83.

² V. M.-L. RASSAT, *Procédure pénale*, *op.cit.*, n° 71.

³ Ses attributions ont largement évolué, notamment avec le phénomène de diffusion de la contrainte.

⁴ J. LEBLOIS-HAPPE, « La loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle et la mise en état des affaires pénales – *quo vadis* ? », *op.cit.*, p. 873.

⁵ V. notamment D. ACQUARONE, « La nomination du juge des libertés et de la détention par décret », *D.* 2016, p. 1488 ; D. REBUT, « La nécessaire reconnaissance du statut du JLD », *JCP G* 2016, doctr. 209. Il semblerait que la modification soit due à la crise de vocations affectant le métier de juges des libertés et de la détention : v. C. FLEURIOT, « La fonction de juge des libertés restera-t-elle mal-aimée ? », *Dalloz actualité*, 18 novembre 2016. V. aussi, soulignant non seulement la nouvelle attractivité de la profession mais aussi le renforcement de l'indépendance du juge des libertés par rapport aux pouvoirs internes à la juridiction, UNION SYNDICALE DE LA MAGISTRATURE, « Loi organique du 8 août 2016 : les principales modifications », *Le nouveau pouvoir judiciaire* 2016, n° 416, p. 2. On avait déjà appelé, dix ans auparavant, à la création d'un véritable statut de juge spécialisé : M. SEURIN, « De la loi du 15 juin 2000 à la loi du 9 mars 2004. Quel avenir pour l'instruction préparatoire ? », dans *Le droit pénal à l'aube du troisième. Mélanges offerts à Jean Pradel*, Cujas, 2006, p. 565, spéc. p. 573. V. toutefois, notant que la nouvelle loi ne semble pas avoir eu l'effet escompté sur l'attractivité de la fonction, A.-L. BERGÈRE, « Le juge des libertés et de la détention, entre indépendance statutaire et dépendances matérielles », *AJ Pénal* 2019, p. 120. V. déjà, soulignant que la nouvelle loi ne règlera pas les problèmes de moyens ni de cohérence des dispositions applicables au juge des libertés et de la détention : F. WINCKELMULLER, *La mutation de la mise en état des affaires pénales à l'épreuve des droits européens*, Thèse Strasbourg, 2017, Tome I, n° 447 et s.

⁶ Pour une présentation complète, v. C. LACROIX, *Rép. pénal Dalloz*, s. v. « Juge des libertés et de la détention », février 2018 ainsi que P. LE MONNIER DE GOUVILLE, *Le juge des libertés et de la détention*, Thèse Paris 2, 2011.

156. L'organisation du juge dans la phase préparatoire allemande. L'organe juge, dans la phase préparatoire allemande, est organisé d'une double manière, intervenant dans tous les cas *ad acta*, c'est-à-dire de manière ponctuelle. Le juge n'est pas titulaire d'une « portion » de la phase préparatoire. La formation initiale est la même pour tout juge du siège et, plus largement, pour toutes les professions juridiques, impliquant la réussite de deux examens d'État¹.

L'organisation principale est celle du juge de l'enquête (*Ermittlungsrichter*), les Allemands ayant supprimé le juge d'instruction (*Untersuchungsrichter*) en 1974². En revanche, le juge de l'enquête allemand *n'est pas nommé directement dans ses fonctions comme magistrat spécialisé*³. En effet, le juge est d'abord nommé...juge, la procédure différant suivant que l'on considère le niveau fédéral ou le niveau des Länder⁴. C'est ensuite le président de la juridiction qui le désignera comme juge de l'enquête⁵. Si, au sein d'une juridiction, le président désigne plusieurs juges de l'enquête, il répartira les tâches entre eux, pouvant en spécialiser certains dans des domaines particuliers comme la question des interrogatoires⁶. Les fonctions de juge de l'enquête sont, en principe, occupées par un ou plusieurs juges uniques au sein du *Amstgericht*, tribunal cantonal. Ce sont ces juges qui interviendront en priorité dans la phase préparatoire du procès pénal⁷. Depuis 2008, le Code prévoit une concentration des compétences pour une même affaire auprès du juge de l'enquête du tribunal cantonal du siège du parquet chargé de l'enquête⁸. Était auparavant

¹ V. Annexe n° 1 p. 739.

² Pour une approche historique du juge de l'enquête et du juge d'instruction en Allemagne, v. *infra* n° 198 et s., ainsi que G. PRECHTEL, *Das Verhältnis der Staatsanwaltschaft zum Ermittlungsrichter. Eine kritische Betrachtung der Mitwirkung des Richters im Ermittlungsverfahren, insbesondere zur Bedeutung des § 162 op.cit.*, p. 9 et s.

³ V., plaçant la création d'un juge des libertés spécialisé (*Freiheitsrichter*), D. HELMKEN, « Reform des Richtervorbehalts : vom Palliativum zum effektiven Grundrechtsschutz », *StV* 3/2003, p. 193.

⁴ Au niveau fédéral, la Loi fondamentale précise que les juges de la Cour fédérale de justice (*Bundesgerichtshof*) sont nommés conjointement par le ministre fédéral de la justice et une commission composée par les ministres de la Justice des *Länder* et un nombre égal de membres élus par le *Bundestag* (Loi fondamentale allemande, art. 95 al. 2). En ce qui concerne la nomination des juges dans les *Länder*, c'est-à-dire les juges du tribunal cantonal, du tribunal régional et du tribunal régional supérieur, la Constitution permet aux *Länder* de prendre une loi instaurant un même mécanisme de nomination conjointe par le ministre de la Justice du *Land* et une commission (art. 98 al. 4). L'avis du président de la juridiction est à recueillir avant toute nomination (Loi allemande sur les juges [*Deutsches Richterergesetz*, ou *DRiG*], § 57). À notre connaissance, la plupart des Länder ont opté pour une telle procédure.

⁵ Loi d'organisation judiciaire allemande (*Gerichtsverfassungsgesetz* ou *GVG*), § 21e.

⁶ G. PRECHTEL, *Das Verhältnis der Staatsanwaltschaft zum Ermittlungsrichter. Eine kritische Betrachtung der Mitwirkung des Richters im Ermittlungsverfahren, insbesondere zur Bedeutung des § 162 StPO, op.cit.*, p. 3.

⁷ Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 162 al. 1.

⁸ Loi du 21 décembre 2007.

compétent le juge de l'enquête du tribunal cantonal du lieu où devait être exécuté l'acte demandé, ce qui entraînait l'intervention de nombreux juges de l'enquête différents, qui connaissaient moins bien le dossier face à un représentant du ministère public unique chargé de l'affaire¹. La figure du juge de l'enquête est aussi présente au niveau du tribunal régional supérieur (*Oberlandesgericht*, ou *OLG*)² et même au niveau de la Cour fédérale de justice (*Bundesgerichtshof*, ou *BGH*)³. Ces juges de l'enquête du OLG et du BGH *pourront* intervenir pour des infractions spécialement visées comme la haute trahison ou une des infractions punies par le Code pénal international allemand⁴. En ce qui concerne plus particulièrement le juge de l'enquête de la Cour fédérale de justice, sa compétence suppose que la procédure en cause soit menée par le procureur fédéral général⁵, ce qui est très rare. Dans tous les cas, le juge de l'enquête du tribunal cantonal reste compétent⁶.

L'autre organisation possible de l'organe juge dans la phase préparatoire allemande est la chambre de protection de l'État (*Staatsschutzkammer*), qui siège près le tribunal régional (*Landgericht*)⁷. Elle est composée de trois juges professionnels désignés par le président de la juridiction⁸. Elle interviendra, de manière très ponctuelle, en cas de sonorisation de locaux à usage d'habitation et, depuis 2017, en cas de « perquisitions

¹ V. les critiques faites, avant la loi de 2007, par H. SATZGER, *Chancen und Risiken einer Reform des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens : Gutachten C zum 65. Deutschen Juristentag*, op.cit., p. C123.

² Loi d'organisation judiciaire allemande (*Gerichtsverfassungsgesetz* ou *GVG*), § 116 al. 1.

³ Loi d'organisation judiciaire allemande (*Gerichtsverfassungsgesetz* ou *GVG*), § 130 al. 1

⁴ Loi d'organisation judiciaire allemande (*Gerichtsverfassungsgesetz* ou *GVG*), §§ 120 et 120 b. Le Code pénal international (*Völkerstrafgesetzbuch* ou *VStGB*) est entré en vigueur en 2001 suite à la signature par l'Allemagne du Statut de Rome portant création de la Cour pénale internationale.

⁵ Sur l'organisation du parquet allemand, v. *infra* n° 161.

⁶ *MüKoStPO/Kölbel StPO* § 169 Rn. 4.

⁷ Loi d'organisation judiciaire allemande (*Gerichtsverfassungsgesetz* ou *GVG*), § 74a.

⁸ Loi d'organisation judiciaire allemande (*Gerichtsverfassungsgesetz* ou *GVG*), §§ 21e et 76.

informatiques » (*Online-Durchsuchung*)¹, ce qui ruine quelque peu le principe de concentration des compétences auprès du juge de l'enquête².

157. L'organisation du juge dans la phase préparatoire italienne. L'organe-juge, dans la phase préparatoire italienne, n'intervient plus que dans une seule organisation, celle du juge pour les enquêtes préliminaires (*giudice per le indagini preliminari* ou *GIP*), le nouveau Code de procédure pénale ayant supprimé le juge d'instruction (*giudice istruttore*)³. La formation initiale du juge pour les enquêtes préliminaires est la même que pour ses autres collègues du siège et du parquet⁴. Ce juge intervient *ad acta*, n'étant pas titulaire de la phase préparatoire.

Le juge pour les enquêtes préliminaires est, comme tout juge, nommé par le Conseil supérieur de la magistrature⁵. Il n'est alors pas encore spécialisé en ses fonctions. Il n'est que juge et est affecté à un tribunal. Auprès de tout tribunal ordinaire italien existe un poste de juge pour les enquêtes préliminaires. Les tribunaux italiens *peuvent* de plus être organisés en sections. Si tel est le cas, il est fait obligation de prévoir une section chargée des activités de juge pour les enquêtes préliminaires mais aussi de juge de l'audience préliminaire (*giudice dell'udienza preliminare* ou *GUP*), ce dernier organe intervenant dans la portion de la phase décisive insérée entre l'exercice de l'action publique et l'audience de jugement⁶. Sont donc regroupés dans une même section ou dans un même office des juges ayant vocation à assumer des fonctions pendant la phase préparatoire (juge

¹ Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 100°. Cet article a été réécrit par la loi du 17 août 2017. Auparavant, la compétence de la chambre de protection de l'État n'était prévue que pour les sonorisations de locaux à usage d'habitation. Les perquisitions informatiques, elles, sont définies comme « l'accès clandestin des autorités d'investigation à un système informatique utilisé par la personne » (*Meyer-Goßner/Schmitt StPO* § 100b Rn. 1 : « Dabei handelt es sich um den verdeckten Zugriff der Ermittlungsbehörden auf ein von dem Betroffenen genutztes informationstechnisches System »). Faute de fondement légal, la Cour fédérale de justice avait refusé toute validité d'une telle mesure (Cour fédérale de justice allemande, 31 janvier 2007, StB 18/06 [BGHSt 51, 211] ; v. J. LEBLOIS-HAPPE, X. PIN et J. WALTHER, « Chronique de droit pénal allemand », *op.cit.*, p. 621). La loi du 17 août 2017 crée donc un fondement textuel à cette mesure (§ 100b du Code) et en régleme la procédure sur le modèle – intensité de l'ingérence dans les droits fondamentaux oblige – des sonorisations de locaux à usages d'habitation.

² G. SCHÄFFER, « Vom Umgang mit dem Ermittlungsrichter », dans *Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag*, De Gruyter, 2011, Tome II, p. 1299 p. 1307.

³ Pour une approche historique des juges dans la phase préparatoire italienne, v. *infra* n° 202 et s., ainsi que M. FERRAIOLI, *Il ruolo di garante del giudice per le indagini preliminari*, *op.cit.*, p. 6 et s.

⁴ V. Annexe, n° 1 p. 748.

⁵ Constitution italienne, art. 105 : « Le recrutement, les affectations et les mutations, les avancements et les mesures disciplinaires concernant les magistrats relèvent de la compétence, selon les règles de l'organisation judiciaire, du Conseil supérieur de la magistrature, selon les règles sur l'organisation judiciaire ».

⁶ Décret royal n° 12 du 30 janvier 1941, art. 46. V. Annexe n° 1 p. 748.

pour les enquêtes préliminaires ou *GIP*) mais aussi pendant la phase décisive (juge de l'audience préliminaire ou *GUP*). Ce choix a en réalité été fait en 1989 pour des considérations budgétaires¹. Un décret législatif du 19 février 1998 est cependant venu préciser que, pour une même procédure, le juge pour les enquêtes et le juge pour l'audience préliminaire doivent être des personnes différentes². L'assignation d'un juge à la section, s'il y en a une, ou au poste de *GIP* est faite sur la base d'un décret pris au minimum tous les trois ans par le ministre de la Justice, en conformité avec les délibérations du Conseil supérieur de la magistrature, elles-mêmes prises sur proposition des présidents de cours d'appel³. Le président de la Cour d'appel ne peut proposer à l'intégration de l'office ou de la section *GIP-GUP* que des juges exerçant depuis plus de trois ans, dont au moins deux ans en tant que juge des débats⁴. De plus, l'exercice des fonctions de juge pour les enquêtes préliminaires est limité à dix ans au sein d'une même juridiction⁵. Enfin, signalons qu'il existe un principe de concentration auprès du même juge pour les enquêtes préliminaires (personne physique) pour les actes d'une procédure considérée⁶.

En principe, interviendra le juge pour les enquêtes préliminaires du tribunal ordinaire de l'arrondissement où l'infraction a été commise⁷. Des règles particulières s'appliquent toutefois en matière mafieuse et terroriste où, la procédure étant dirigée par le ministère public du district et non de l'arrondissement, sera compétent le juge pour les enquêtes préliminaires du tribunal du chef-lieu du district où l'infraction a été commise⁸.

158. Du siège au parquet. L'intervention de l'organe juge dans la phase préparatoire, si elle est un élément commun aux trois systèmes étudiés, présente toutefois des organisations bien différentes. Se détache notamment le fameux juge d'instruction français, qui a vu ses homologues allemands et italiens disparaître à quelques années

¹ V. M. FERRAIOLI, *Il ruolo di garante del giudice per le indagini preliminari*, op.cit., p. 104.

² Décret législatif n° 51 du 19 février 1998, art. 6 ayant modifié l'art. 7 ter al. 1 de la loi d'organisation judiciaire.

³ Loi d'organisation judiciaire italienne, art. 7 bis al. 1.

⁴ Décret royal n° 12 du 30 janvier 1941, art. 7 bis al. 2 bis et décret législatif n° 160 du 5 avril 2006, art. 13. V., déplorant ce choix, N. D'ARGENTO, « Intervento », dans *Il giudice per le indagini preliminari dopo cinque anni di sperimentazione*, Giuffrè, 1996, p. 187.

⁵ Décret royal n° 12 du 30 janvier 1941, art. 7 bis al. 2 ter, renvoyant à une délibération du Conseil supérieur de la magistrature pris le 13 mars 2008.

⁶ Décret royal n° 12 du 30 janvier 1941, art. 7 ter al. 1.

⁷ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 8.

⁸ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 328 al. 1 bis à quater. Pour une présentation détaillée, v. M. FERRAIOLI, *Il ruolo di garante del giudice per le indagini preliminari*, op.cit., p. 61 et s.

d'intervalle. En Italie et en Allemagne, le modèle choisi depuis la suppression du juge d'instruction est celui d'une réserve du juge intervenant en matière de droits et libertés¹. Mais l'organe-juge n'est pas le seul organe judiciaire de la phase préparatoire : le consensus se fait aussi sur la présence du ministère public.

2. L'organisation du ministère public dans la phase préparatoire

159. Permanence du parquet². La présence du ministère public dans la phase préparatoire du procès pénal est une constante dans les trois pays étudiés, avec toutefois une organisation différente.

160. L'organisation du parquet dans la phase préparatoire française. La naissance du ministère public est traditionnellement vue dans l'institution du procureur du roi aux XII^e/XIV^e siècle, lui-même issu de l'évolution d'un organe chargé du recouvrement des créances fiscales au nom de la Couronne³, même si son organisation définitive est le fruit de l'époque napoléonienne⁴. À l'heure actuelle, le parquet français est organisé de manière hiérarchique et accolée à l'architecture juridictionnelle. Le ministère public est en effet représenté auprès de toutes les juridictions répressives⁵, desquelles il « fait nécessairement partie »⁶. Il reçoit la même formation initiale que son collègue du siège⁷.

Dans la phase préparatoire du procès pénal, interviendra majoritairement le procureur de la République et ses substituts, c'est-à-dire l'office du ministère public près le tribunal de grande instance. Le procureur de la République est assisté dans ses fonctions par des substituts sur lesquels il a autorité⁸. Pourra aussi intervenir le procureur général près

¹ V. *infra* n° 293 et s.

² C. LAZERGES, « Introduction », dans C. LAZERGES (dir.), *Figures du parquet*, PUF, 2006, p. 15, spéc. p. 17.

³ V. J. BERRIAT-SAINT-PRIX, *Remarques sur l'origine de l'institution du ministère public en France*, *Moniteur universel*, 1842, pour qui cette institution était elle-même inspirée d'un organe romain... Pour une approche historique du ministère public français, v. J.-M. CARBASSE (dir.), *Histoire du parquet*, PUF, 2000 ainsi qu'A. PERRODET, *Étude pour un ministère public européen*, *op.cit.*, n° 8 et s.

⁴ J.-P. DINTILHAC, « Juges et procureurs », dans S. GUINCHARD et J. BUISSON (dir.), *Les transformations de la justice pénale*, Dalloz, 2014, p. 107, spéc. p. 108.

⁵ Code de procédure pénale français, art. 32 al. 1.

⁶ Cass. crim., 9 mai 1985, n° 84-92.130, bull. n° 178.

⁷ V. Annexe n° 1 p. 731.

⁸ Code de procédure pénale français, art. 39.

la Cour d'appel, notamment dans ses prérogatives de surveillance de la police judiciaire. Ce procureur général est assisté dans ses fonctions de substituts sur lesquels il a autorité¹.

161. L'organisation du parquet dans la phase préparatoire allemande. En Allemagne, le premier ministère public allemand – entendez prussien et libre de toute « incitation » napoléonienne – entre en activité en 1846, ici aussi suite à l'évolution d'une institution chargée du recouvrement des créances de l'État (*der Fiskalat*)². État fédéral, l'Allemagne connaît en réalité plusieurs parquets. Il y a tout d'abord les ministères publics des *Länder* (*Staatsanwalt*), puis le ministère public de la Fédération (*Bundesanwaltschaft*). En tout état de cause, comme en France, le ministère public doit être représenté auprès de chaque juridiction³.

Au niveau de la Fédération, le procureur fédéral général est assisté de plusieurs avocats fédéraux sur lesquels il a autorité.

Au niveau des *Länder*, existent en principe trois ministères publics. Tout d'abord, un parquet est instauré près le tribunal régional supérieur, mené par un procureur général. Existe ensuite un parquet près le tribunal régional mené par un procureur supérieur. Enfin, il existe un parquet près le tribunal cantonal, qui est en pratique souvent constitué des membres du parquet du tribunal régional⁴. Au niveau du parquet près le tribunal régional supérieur ainsi que celui près le tribunal régional, le procureur peut retirer à l'un de ses substituts une affaire pour la suivre lui-même⁵, mais peut aussi exercer un droit de substitution sur tous les parquets de son ressort en choisissant un autre représentant du ministère public pour suivre une affaire que le parquetier désigné à l'origine⁶.

Dans le cadre de la phase préparatoire du procès pénal, la compétence du ministère public suit les règles de la compétence des juridictions, matériellement et territorialement. Or le tribunal cantonal, le tribunal régional et le tribunal régional supérieur sont tous

¹ Code de procédure pénale français, art. 34.

² H.-H. KÜHNE, *Strafprozessrecht*, *op.cit.*, n° 133.1. Pour une approche historique du ministère public allemand, v. E. S. CARSTEN et E. C. RAUTENBERG, *Die Geschichte der Staatsanwaltschaft in Deutschland bis zur Gegenwart*, 3^e éd., Nomos, 2015.

³ Loi d'organisation judiciaire allemande (*Gerichtsverfassungsgesetz* ou *GVG*), § 141.

⁴ V. W. BEULKE et S. SWOBODA, *Strafprozessrecht*, *op.cit.*, 2018, n° 81.

⁵ On parle de *Devolutionsrecht* : v. loi d'organisation judiciaire allemande (*Gerichtsverfassungsgesetz* ou *GVG*), § 145 al. 1.

⁶ On parle de *Substitutionsrecht* : v. loi d'organisation judiciaire allemande (*Gerichtsverfassungsgesetz* ou *GVG*), § 145 al. 1. Sur le statut du ministère public allemand, v. *infra* n° 522 et s.

potentiellement compétents en première instance suivant l'infraction considérée¹. De plus, pour les infractions relevant en première instance du tribunal général supérieur – essentiellement des infractions contre l'État –, le parquet près la Cour fédérale de justice peut décider d'évoquer l'affaire². En somme, ce sont tous les parquets qui sont susceptibles d'intervenir dans la phase préparatoire allemande.

162. L'organisation du parquet dans la phase préparatoire italienne. Si les origines de l'institution du ministère public sont généralement considérées comme françaises, notons qu'en Italie certains ont vu comme possible ancêtre du parquet l'institution de l'*Avogaria del Comune* de la République de Venise, au XII^e siècle. Ici encore, il s'agit d'un office du fisc qui fut chargé de faire respecter la loi³. Le ministère public italien reçoit aujourd'hui la même formation initiale que son collègue du siège et répond aux mêmes conditions de nomination⁴. À la différence de ses homologues français et allemand, il n'est pas organisé de manière hiérarchique mais de manière « diffuse »⁵, c'est-à-dire qu'il n'y a en principe pas de lien entre parquet près la cour d'appel et parquet près le tribunal, ni même entre parquets d'un même niveau territorial⁶. Dans le cadre de la phase préparatoire du procès, plusieurs organisations du ministère public sont quoi qu'il en soit possibles.

¹ V. Annexe n° 1 p. 739.

² Loi d'organisation judiciaire allemande (*Gerichtsverfassungsgesetz* ou *GVG*), § 142a. Mi-février 2019, à la suite de plusieurs alertes à la bombe envoyées par lettres à différentes juridictions par un groupuscule revendiquant une offensive nationale-socialiste, le procureur général fédéral a annoncé avoir mis en place une surveillance particulière des différentes enquêtes ouvertes dans les *Länder*, ce qui pourrait déboucher sur une évocation de l'affaire au niveau fédéral : v. « Drohbriefe der "Nationalsozialistischen Offensive : Ermittelt bald der Generalbundesstaatsanwalt ? », *LTO* 14 février 2019, accessible en ligne sur www.lto.de/persistent/a_id/33869/ (consulté le 24 mars 2019).

³ Pour plus de détail, v. G. MONACO, *Pubblico ministero ed obbligatorietà dell'azione penale*, op.cit., p. 15 et s. Pour une approche historique du ministère public italien, v. A. GUSTAPANE, *Il ruolo del pubblico ministero nelle costituzione italiana*, BUP, 2012, p. 5 et s.. Plus généralement, v. A. MENICONI, *Storia della magistratura italiana*, Il Mulino, 2012. Pour un historique en français, v..

⁴ V. Annexe n° 1 p. 748.

⁵ En Italie, l'autorité judiciaire est souvent présentée comme un « pouvoir diffus » (*potere diffuso*), son statut garantissant l'indépendance externe mais aussi interne de chaque membre, juge comme parquetier. Ce terme a pour la première fois été avancé, semble-t-il, par E. CAPACCIOLI, « Forma e sostanza dei provvedimenti relativi ai magistrati ordinari », *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 1964, p. 272, spéc. note 4. Il a ensuite été repris par la Cour constitutionnelle (22 octobre 1975, n° 231). V. I. BOUCOBZA, *La fonction juridictionnelle. Contribution à une analyse des débats doctrinaux en France et en Italie*, op.cit., n° 91.

⁶ Des mécanismes très détaillés de résolution des conflits entre offices du ministère public sont cependant prévus : v. Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), arts. 54 et s.

Intervient d'abord et surtout le procureur de la République près le tribunal ordinaire¹. Sa compétence territoriale est attachée à celle du juge, c'est-à-dire que sera en principe compétent le procureur près le tribunal ordinaire du lieu de commission de l'infraction². Signalons toutefois que, dans les hypothèses d'infractions mafieuses ou terroristes, ce sera le ministère public du tribunal du chef-lieu du district où les faits ont été commis qui sera compétent³. On parle de direction antimafia de district, chapeautée par une direction et un parquet national antimafia.

Peut ensuite intervenir le procureur général près la cour d'appel, dans un cas très particulier. En principe, il n'y a pas de lien hiérarchique entre parquets généraux et parquets près les tribunaux. Toutefois, s'établit entre les deux toute une série de « canaux de transmission des informations »⁴, notamment une communication hebdomadaire des informations reçues sur la commission d'infractions (*notizia di reato*)⁵ ou quant à la coopération entre différents parquets. Le Code de procédure pénale régit minutieusement les cas où le procureur général va pouvoir ou devoir évoquer l'affaire et prendre en charge les enquêtes préliminaires⁶. L'évocation de la procédure (*avocazione*) par le procureur général sera par exemple obligatoire lorsque le ministère public près le tribunal n'a pas décidé de l'exercice ou non de l'action publique dans le délai légalement prévu⁷. Est en revanche facultative l'évocation de la procédure lorsque le juge pour les enquêtes préliminaires, auquel le procureur de la République a demandé le classement de la procédure, déclare recevable l'opposition de la victime à un tel classement⁸.

¹ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 51. Sur l'organisation judiciaire italienne, v. Annexe n° 1 p. 748.

² Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), arts. 8 et 51 al. 3.

³ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), al. 3 bis et s.

⁴ M. BARGIS *et al.*, *Compendio di procedura penale, op.cit.*, p. 58 : « Nel corso delle indagini preliminari si apre una serie di canali informativi tra procure della Repubblica e relative procure generale presso la corte d'appello, e viceversa ».

⁵ Décret législatif n° 271 du 28 juillet 1989 portant normes d'application, de coordination et de transition vers le Code de procédure pénale, art. 127. La notion de *notizia di reato* est particulièrement difficile à saisir pour le juriste étranger. Pour plus de détails, v. *infra* n° 434 et s.

⁶ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), arts. 372 al. 1a et b et 1bis, 410 al. 3, 412 al. 1 et 2 et 421 bis al. 2

⁷ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 412 al. 1. Sur la question du délai des enquêtes préliminaires italiennes, dont la complexité historique a été renforcée par la dernière loi n° 103 du 23 juin 2017, v. *infra* n° 425 et s.

⁸ S'en suit alors une audience contradictoire, devant le juge pour les enquêtes préliminaires, à l'issue de laquelle ce dernier peut décider du classement sans suite ou bien le refuser, ordonnant au ministère public soit d'accomplir des investigations ultérieures dans un délai donné, soit d'exercer l'action publique sous dix

163. Des organes judiciaires à l'organe policier. À l'étude des différents organes-ministères publics, il semble que ce soit le *pubblico ministero* italien qui se détache par son organisation horizontale et non hiérarchisée. Quoi qu'il en soit, le ministère public fait partie, comme le juge, des organes naturels – sans doute parce que judiciaires – de la phase préparatoire. Il en va autrement de la présence d'un véritable pouvoir-organe policier.

B. L'admission d'un organe policier de la phase préparatoire du procès pénal

164. La place « ambivalente »¹ de la police. L'étude de la police judiciaire est marquée, en France, par une profonde ambiguïté, soulignée par Roger Merle et André Vitu : « le même mot désigne ainsi, à la fois, les actes et les agents qui les accomplissent et revêt donc un sens *fonctionnel* et un sens *organique* »². Et lorsque la police est étudiée dans sa composition, sa qualification varie, dénotant parfois l'idée d'une moindre importance, ou en tout cas d'une moindre noblesse par rapport au juge et au parquet : organe parajudiciaire d'élaboration du dossier de la procédure³, auxiliaire des magistrats⁴, organe de police opposé à des organes de justice⁵ ou encore auxiliaire de la justice répressive au même titre, alors, que le parquet⁶. Certains auteurs parlent toutefois plus neutrement, et plus justement,

jours. Sur la procédure italienne de classement sans suite, résultant du principe de légalité des poursuites, v. *infra* n° 235 et s. ainsi que F. VARONE, *L'archiviazione della notizia di reato*, Giuffrè, 2015.

¹ S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale, op.cit.*, n° 643 mais aussi T. GARÉ et C. GINESTET, *Droit pénal. Procédure pénale, op.cit.*, n° 421.

² R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel. Procédure pénale, op.cit.*, n° 236. Cette présentation de la police judiciaire à la fois organe et fonction est aujourd'hui classique : v. S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale, op.cit.*, n° 643 ; T. GARÉ et C. GINESTET, *Droit pénal. Procédure pénale, op.cit.*, n° 421 ; G. ROUSSEL, *Procédure pénale*, 9^e éd., Vuibert, 2018, n° 447 ; E. VERNY, *Procédure pénale, op.cit.*, n° 35 ; J. PRADEL, *Procédure pénale, op.cit.*, n° 409 ; M.-L. RASSAT, *Procédure pénale, op.cit.*, n° 158 ; B. BOULOC, *Procédure pénale, op.cit.*, n° 408 ; C. SOURZAT, *Droit pénal et procédure pénale*, 2^e éd., Larcier, 2016, n° 779 ; F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, 4^e éd., Economica, 2015, n° 857 ; F. FOURMENT, *Procédure pénale, op.cit.*, n° 105 ; P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Procédure pénale, op.cit.*, n° 254. Coralie Ambroise-Castérot et Philippe Bonfils étudient, eux, d'abord la police judiciaire (organes) puis les enquêtes et les actes d'enquête de police (ce qui correspondrait à l'acception fonctionnelle de la police judiciaire) : v. C. AMBROISE-CASTÉROT et P. BONFILS, *Procédure pénale, op.cit.*, n° 302 et s. Etienne Vergès, lui, détaille d'abord l'organisation et les missions de la police judiciaire avant de s'intéresser à sa composition : v. E. VERGÈS, *Procédure pénale, op.cit.*, n° 264 et s. Notons enfin que le ministère public, lui aussi, peut parfois désigner aussi bien la fonction que l'organe l'exerçant : v. I. BOUCOBZA, *La fonction juridictionnelle. Contribution à une analyse des débats doctrinaux en France et en Italie*, *op.cit.*, n° 98.

³ S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale, op.cit.*, n° 218 et s.

⁴ J. PRADEL, *Procédure pénale, op.cit.*, n° 408 et s.

⁵ B. BOULOC, *Procédure pénale, op.cit.*, n° 406 et 407.

⁶ M.-L. RASSAT, *Procédure pénale, op.cit.*, n° 155 et s.

de la police comme un « organe »¹. Cette ambivalence se retrouve en Italie² mais aussi en Allemagne³. En somme, dans l'analyse classique, « aucun des pouvoirs qu'exerce la police ne lui appartient en propre »⁴.

La définition donnée du pouvoir-organe ainsi que l'absence d'un pouvoir-fonction de police judiciaire dans la phase préparatoire imposent de reconnaître un véritable organe policier (1) et de l'intégrer à notre réflexion par l'étude de son organisation dans la phase préparatoire du procès pénal (2).

1. Les raisons de l'admission

165. Rappel de la définition du pouvoir-organe. Par pouvoir-organe il faut entendre tout élément organisé de l'appareil étatique participant de manière cohérente à la structure d'une institution plus large – dans cette recherche, la phase préparatoire du procès pénal. Si le caractère organisé des forces de police, pour multiples qu'elles puissent être, ne fait pas de doute, encore faut-il qu'elles participent de manière cohérente à la phase préparatoire du procès pénal. Ce n'est qu'à cette condition que nous pourrions plaider pour une revalorisation de la police en tant que véritable organe.

166. La participation de la police à la phase préparatoire du procès pénal. La participation de la police à la phase préparatoire du procès pénal relève, dans les faits, de l'évidence. La police, quel que soit l'État étudié, participe à la procédure. Quelques exemples suffiront à convaincre.

En France, la police interviendra de manière continue tout au long de la phase préparatoire du procès pénal. C'est par exemple elle qui recevra les plaintes c'est-à-dire les

¹ V. C. AMBROISE-CASTÉROT et P. BONFILS, *Procédure pénale*, *op.cit.*, n° 302 ; E. VERNY, *Procédure pénale*, *op.cit.*, n° 34 et s. ; P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Procédure pénale*, *op.cit.*, n° 255 et s. Roger Merle et André Vitu, eux, étudie la police au titre des autorités de poursuites, à la suite du ministère public : R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel. Procédure pénale*, *op.cit.*, n° 236.

² V. par exemple M. BARGIS *et al.*, *Compendio di procedura penale*, *op.cit.*, p. 77 ; M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, *op.cit.*, p. 160.

³ V. J. WALTHER, « Les pouvoirs d'enquête de la police aux confins du droit pénal. Entre "polices administratives" et administrations "quasi-policières" », dans J. LEBLOIS-HAPPE (dir.), *Les investigations policières. Die polizeilichen Ermittlungen*, PUAM, 2012, p. 65, spéc. p. 73.

⁴ M. DELMAS-MARTY (dir.), *Procédures pénales d'Europe*, PUF, 1995, p. 401.

informations qu'une infraction a possiblement été commise¹ ; qui se déplacera sur les lieux de commission d'une infraction flagrante pour y procéder à toutes constatations utiles², y compris des prélèvements externes sur toute personne présente³ ; qui décidera d'un placement en garde à vue⁴ ; qui exécutera les directives du ministère public lors de la phase d'enquête⁵ ; qui exécutera les commissions rogatoires du juge d'instruction au cours de l'information judiciaire⁶ ; qui procédera d'initiative aux perquisitions dans la phase d'enquête⁷ ; qui procédera à la sonorisation demandée par le ministère public et autorisée par le juge des libertés et de la détention ou décidée par le juge d'instruction, au besoin en requérant un agent qualifié pour l'installation du dispositif technique⁸ ; qui constatera les infractions et en informera le procureur de la République⁹ ; qui ouvrira *proprio motu* une procédure pénale sous la forme d'une enquête préliminaire¹⁰ ; etc.

En Allemagne aussi, la police participe de manière extrêmement intense à la phase préparatoire du procès pénal. C'est elle qui, de sa propre initiative, va pouvoir procéder à des investigations corporelles sur un suspect non consentant en cas d'urgence¹¹ ; prendre toute mesure nécessaire à l'éclaircissement des faits¹² ; prendre des mesures anthropométriques sur un suspect même non consentant¹³ ; requérir un opérateur de télécommunication aux fins de communications de certaines données stockées sur les serveurs¹⁴ ; bénéficier d'une clause générale de pouvoirs d'investigation lui permettant d'accomplir tout acte d'investigation de toute nature non spécifiquement régi par la loi¹⁵ ; interroger le suspect¹⁶ ; réaliser une perquisition ou une saisie en cas d'urgence¹⁷. Sous la direction du procureur, c'est encore elle qui va exécuter tous les actes qui lui sont

¹ Code de procédure pénale français, art. 15-3.

² Code de procédure pénale français, art. 54.

³ Code de procédure pénale français, art. 55-1.

⁴ Code de procédure pénale français, art. 62-2.

⁵ Code de procédure pénale français, art. 14 al. 1.

⁶ Code de procédure pénale français, art. 14 al. 2.

⁷ Code de procédure pénale français, arts. 56 et 76.

⁸ Code de procédure pénale français, arts. 706-96 et s.

⁹ Code de procédure pénale français, art. 14 al. 1.

¹⁰ Code de procédure pénale français, art. 75 al. 1.

¹¹ Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 81a.

¹² Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 163.

¹³ Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 81 b.

¹⁴ Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 100 j.

¹⁵ Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 163.

¹⁶ Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 163a.

¹⁷ Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 105, 111 b et 111e.

délégués¹ : examen corporel d'une personne non consentante autre que le suspect², saisie probatoire³, saisie d'envois postaux⁴, écoutes des télécommunications⁵, recours à un système d'*IMSI Catcher*⁶, établissement de points de contrôle dans les lieux d'accès publics avec fouille et vérification d'identité⁷, etc.

Qu'on passe les Alpes et le constat sera le même. C'est la police italienne qui va de sa propre initiative constater les infractions, faire cesser leur effet et sécuriser les sources de preuve⁸, entreprendre de sa propre initiative tout acte nécessaire à l'établissement des faits⁹, effectuer toutes constatations et tous relevés sur les lieux de l'infraction¹⁰, retenir la personne jusqu'à douze heures aux fins d'identification¹¹, opérer une captation vidéo de comportements (non de communications) dans les lieux publics¹², arrêter la personne en cas de flagrance¹³, etc. Elle va se voir de plus déléguer tout acte d'enquête par le procureur de la République (à l'exception de l'interrogatoire du suspect privé de liberté)¹⁴ : perquisition¹⁵, saisie probatoire¹⁶, restitution des objets de saisies probatoires¹⁷, interception de communications¹⁸, prélèvement coercitif dans le cadre d'une expertise¹⁹, arrestation de la personne en dehors des cas de flagrance²⁰, etc.

Ces listes se suffisent à elles-mêmes : la police participe bien à la phase préparatoire du procès pénal. Surtout, elle y participe de manière *cohérente*, c'est-à-dire en « concordance étroite »²¹ avec les autres pouvoirs-organes à l'œuvre et leur activité. Le constat s'impose : la police doit être considérée comme le troisième pouvoir-organe de la

¹ Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 161.

² Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 81c.

³ Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 98.

⁴ Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 100.

⁵ Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 100 b.

⁶ Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 100i.

⁷ Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 111.

⁸ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), arts 55 et 348 al. 1.

⁹ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 348 al. 3 et 4.

¹⁰ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 354.

¹¹ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 349.

¹² Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 189.

¹³ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), arts. 380 et 381.

¹⁴ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), arts. 348 al. 3 et 370.

¹⁵ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), arts. 247 et s.

¹⁶ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 253.

¹⁷ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 355.

¹⁸ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 267.

¹⁹ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 359 bis.

²⁰ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 384.

²¹ *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e éd., s. v. « Cohérence ».

phase préparatoire du procès pénal, peut-être même le premier. Cela entraîne nécessairement sa revalorisation.

167. La revalorisation de la police. La police est ainsi un véritable organe de la procédure. Dans les trois systèmes, la littérature reconnaît d'ailleurs que la police gère en pratique la majorité des procédures dans leur phase préparatoire¹, mais ce phénomène de policiarisation de la procédure ne semble pas pousser la doctrine à intégrer la police dans la réflexion sur les rapports de pouvoir, en tout cas en France, même si l'on reconnaît que le travail policier est devenu « la pierre angulaire de la décision d'orientation »² du parquet. Jean Pradel écrit ainsi que « la police judiciaire, au cœur de la recherche des preuves, agissant sous la direction et le contrôle des magistrats, ce sont des pouvoirs des magistrats [...] qu'il faut traiter »³. En Allemagne, le thème des rapports entre police et autorité judiciaire (juge et ministère public) lors de la phase préparatoire a donné lieu à des travaux importants, notamment quant à l'émergence d'une certaine policiarisation de la procédure⁴. En Italie, les dispositions sur la police sont insérées dans le Code de procédure pénale au sein du premier livre sur les sujets de la procédure, au même titre que le juge ou le ministère public ce qui a pu être considéré comme une valorisation de son rôle⁵, même si l'on parle toujours de l'activité de police judiciaire menée par un corps auxiliaire de l'autorité judiciaire⁶.

Au vu des listes d'exemples précédemment données, il faut intégrer la police comme véritable pouvoir-organe dans la réflexion sur l'équilibre des pouvoirs⁷. *Comment en effet réfléchir à l'équilibre des pouvoirs en excluant de la réflexion un des organes les plus présents dans la phase préparatoire du procès pénal ?* C'est conscient de la nécessité

¹ Pour la France, v. notamment J. LEBLOIS-HAPPE, « Police et justice – quels rapports ? », dans J. LEBLOIS-HAPPE (dir.), *Les investigations policières. Die polizeilichen Ermittlungen*, PUAM, 2012, p. 117, spéc. p. 121 et s. Pour l'Allemagne, v. notamment J. BRÜNING, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, *op.cit.*, p. 26. Pour l'Italie, v. notamment, notant un déplacement du centre de gravité au profit de la police, M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, *op.cit.*, p. 161-162.

² F. DEBOVE, « La justice pénale instantanée, entre miracles et mirages », *Dr. pén.* 2006, étude 19.

³ J. PRADEL, « L'enquête pénale aujourd'hui : vers une stabilisation dans l'équilibre ? », *D.* 2014, p. 1647.

⁴ V. *supra* n° 22.

⁵ M. BARGIS *et al.*, *Compendio di procedura penale*, *op.cit.*, p. 77.

⁶ V. par exemple M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, *op.cit.*, p. 160. V. aussi, parlant de fonction de police judiciaire, O. DOMINIONI, *Procedura penale*, *op.cit.*, p. 126.

⁷ V., affirmant que les temps où la police n'agissait que comme bras droit du ministère public sont révolus, B. ELSNER, « Das Verhältnis zwischen Staatsanwaltschaft und Polizei im Wandel », *SIK Journal* 2/2008, p. 39.

d'un pouvoir-organe policier qu'il faut présenter l'organisation de la police dans la phase préparatoire du procès pénal.

2. L'organisation de la police dans la phase préparatoire

168. La double structure des forces de police. Dans les trois pays étudiés, les forces de police revêtent une double structure. La première est leur structure interne, en tant que forces publiques. Ainsi, en France, les grades de commissaires ou de lieutenant de police. La seconde est propre à leur intervention dans la phase préparatoire, qui suppose une architecture spécifique, avec des qualités et habilitations différentes (officier de police judiciaire, par exemple). C'est cette organisation de la police dans la phase préparatoire qui nous intéressera ici afin de mieux cerner ses modalités d'interventions dans la procédure pénale objet de nos réflexions.

169. La police dans la phase préparatoire française. Les forces de police françaises, dans leur organisation propre à la phase préparatoire du procès pénal, disposent en parallèle de « capacités judiciaires »¹ différenciées par ordre dégressif des pouvoirs pouvant être exercés : l'officier de police judiciaire, l'agent de police judiciaire et l'agent de police judiciaire adjoint². Seul le premier peut exercer toutes les prérogatives confiées à la police par le Code de procédure pénale. L'officier de police judiciaire doit recevoir une habilitation à exercer de la part du procureur général près la Cour d'appel³.

170. La police dans la phase préparatoire allemande. En Allemagne, l'étude de l'organisation de la police dans la phase préparatoire du procès pénal suppose de distinguer entre les membres des forces de police disposant de la qualité d'enquêteur (*Ermittlungspersonen*) des autres membres.

Les fonctionnaires de police disposant de la qualité d'enquêteur sont les principaux intervenants à la phase préparatoire. En effet, ils sont les interlocuteurs privilégiés du

¹ J. BUISSON, *Police, pouvoirs et devoirs*, 2^e éd., Dalloz, 2019, p. 58 et s.

² Jacques Buisson parle respectivement de « capacité de droit commun », de « capacité d'attribution » et de « capacité d'attribution rognée » : *Ibid.*, p. 60, 63 et 64.

³ Code de procédure pénale français, arts. 16 et R 13 et s.

ministère public, qui peut leur donner de véritables ordres (*Anordnung*)¹. L'attribution d'une telle qualité est prévue par la loi fédérale d'organisation judiciaire, qui renvoie toutefois pour le détail aux normes des différents *Länder*². Le gouvernement de Basse-Saxe, par exemple, a précisé par un décret du 10 décembre 2014 les différents fonctionnaires de police titulaires de la qualité d'enquêteur indiquant les grades concernés³. Chaque *Land* possède donc sa propre législation⁴. D'une manière générale, l'écrasante majorité des membres des forces de police dispose de la qualité d'enquêteur, puisque seuls les plus hauts gradés et les agents à l'essai en sont dépourvus⁵. Signalons que ces enquêteurs étaient auparavant qualifiés d'auxiliaires du ministère public (*Hilfsorgan der Staatsanwaltschaft*). En 2004, un changement de terminologie a été opéré au profit de la dénomination plus neutre d'enquêteurs (*Ermittlungspersonen*), preuve s'il en était que la police a vu son rôle se renforcer dans la phase préparatoire du procès pénal⁶. La Cour

¹ Loi d'organisation judiciaire allemande (*Gerichtsverfassungsgericht* ou *GVG*), § 152 al. 1 : « Les enquêteurs du ministère public sont en cette qualité obligés d'exécuter les ordres prescrits par le parquet du ressort ainsi que par leurs supérieurs hiérarchiques » (« Die Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft sind in dieser Eigenschaft verpflichtet, den Anordnungen der Staatsanwaltschaft ihres Bezirks und der dieser vorgesetzten Beamten Folge zu leisten »).

² Loi d'organisation judiciaire allemande (*Gerichtsverfassungsgericht* ou *GVG*), § 152 al. 2 : « Les gouvernements des Länder sont autorisés par à désigner les groupes de fonctionnaires et d'employés auxquels cette disposition s'applique » (« Die Landesregierungen werden ermächtigt, durch Rechtsverordnung diejenigen Beamten- und Angestelltengruppen zu bezeichnen, auf die diese Vorschrift anzuwenden ist »).

³ Verordnung über die Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft vom 28. November 2014 (StAErmPersV ND), § 1 al. 3.

⁴ Pour le *Baden-Württemberg*, v. Verordnung der Landesregierung über die Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft vom 12. Februar 1996 (StAHiBV BW, GBl. 1996, 184) ; pour la *Bavière*, v. Verordnung über die Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft vom 21. Dezember 1995 (GVBl. 1996 S. 4, BayRS 300-1-2-J) ; pour *Berlin*, v. Verordnung über die Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft vom 25. Oktober 2005 ; pour le *Brandenburg*, v. Verordnung über die Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft vom 28. Dezember 1995 (GVBl.II/96, [Nr. 07], S.62) ; pour *Brême*, v. Verordnung über die Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft (Brem.GBl. 1995, 529) ; pour *Hambourg*, v. Verordnung über die Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft vom 2. April 1996 (HmbGVBl. 1996, S. 44) ; pour la *Hesse*, v. Verordnung über die Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft vom 26. September 2011 (GVBl. I S. 582 ; GVBl. II 24-44) ; pour le *Mecklenbourg-Poméranie-Occidentale*, v. Verordnung über die Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft vom 2. Juli 1996 (GVBl. M-V S. 311) ; pour la *Rhénanie-du-Nord-Westphalie*, v. Verordnung über die Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft (GV. NW. 1996 S. 180) ; pour la *Rhénanie-Palatinat*, v. Landesverordnung über die Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft vom 19. Juni 2013 (StAHiBV RP 2013 ; GVBl. 2013, 263) ; pour la *Sarre*, v. Verordnung über die Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft vom 11. Juli 1996 (Amtsblatt 1996, S. 784) ; pour la *Saxe*, v. Verordnung über die Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft vom 5. April 2005 (SächsGVBl. S. 72) ; pour la *Saxe-Anhalt*, v. Verordnung über die Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft vom 9. August 2001 (StAHiBV ST ; GVBl. LSA 2001, 334) ; pour le *Schleswig-Holstein*, v. Landesverordnung über Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft vom 23. August 2010 (StAHiBV SH 2010 ; GVBl. 2010, 568) ; pour la *Thuringe*, v. Thüringer Verordnung über die Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft (ThürErmStA) vom 8. August 2015 (GVBl. S. 143).

⁵ J. BRÜNING, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, op.cit, p. 27 ; B. ELSNER, *Entlastung der Staatsanwaltschaft durch mehr Kompetenzen für die Polizei ? Eine deutsch-niederländisch vergleichende Analyse in rechtlicher und rechtstatsächlicher Hinsicht*, Universitätsverlag Göttingen, 2008, p. 243.

⁶ Changement opéré par la première loi de modernisation de la justice du 1^{er} septembre 2004. Cette modification a été motivée par le fait que l'ancienne dénomination ne correspondait plus à la réalité des tâches

fédérale administrative (*Bundesverwaltungsgericht* ou *BVerwG*) a pu écrire que le ministère public sans la police serait une « tête sans mains »¹.

Les autres fonctionnaires de police qui ne disposent pas de la qualité d'enquêteurs n'interviennent dans la phase préparatoire du procès pénal et ne deviennent interlocuteurs du ministère public que par le biais de requêtes (*Ersuchen*) du procureur – la différence de vocabulaire soulignant une différence de subordination par rapport au personnel enquêteur². Cette requête est généralement adressée au chef de service, qui désignera les agents non-enquêteurs chargés de réaliser les mesures demandées³.

Quoi qu'il en soit, tous les membres des forces de polices doivent répondre aux réquisitions ou ordres du ministère public⁴.

171. La police dans la phase préparatoire italienne. En Italie, la police, « oreilles et bras »⁵ du parquet, est considérée comme l'un des protagonistes des enquêtes préliminaires en même temps qu'organe collaborateur de l'autorité judiciaire. Quant à son organisation dans la phase préparatoire du procès pénal elle est, en plus des grades internes à chaque force de police, double.

Le Code de procédure pénale organise d'abord les qualités d'officier de police judiciaire et d'agents de police judiciaire⁶. La distinction est d'importance, puisque seuls les officiers de police judiciaire disposeront des pouvoirs-prérogatives les plus importants

confiées à la police : v. B. ELSNER, « Das Verhältnis zwischen Staatsanwaltschaft und Polizei im Wandel », *SIK Journal* 2/2008, p. 39. Sur l'évolution des dispositions législatives régissant les rapports entre ministère public et police, v. la contribution fondamentale de P. RIESS, « Die Entwicklung der gesetzlichen Aufgabenverteilung im Ermittlungsverfahren im deutschen Strafprozess », dans *In dubio pro libertate : Festschrift für Klaus Volk*, C.H. Beck, 2009, p. 559. On présente toutefois encore la police comme l'auxiliaire du ministère public : v. W. BEULKE et S. SWOBODA, *Strafprozessrecht*, *op.cit.*, n° 73 et s.

¹ Cour fédérale administrative allemande, 3 décembre 1974, I C 11.73 (BVerwGE 47, 255, 263), spéc. n° 22.

² W. BEULKE et S. SWOBODA, *Strafprozessrecht*, *op.cit.*, n° 102.

³ J. BRÜNING, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, *op.cit.*, p. 27.

⁴ Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 161 al. 1.

⁵ M. BARGIS *et al.*, *Compendio di procedura penale*, *op.cit.*, p. 77.

⁶ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 57. D'après cette disposition, et en dehors de la législation spéciale, ont qualité d'officier de police judiciaire : les directeurs, commissaires, inspecteurs, surintendants et les autres membres de la police d'État auxquelles l'administration de la sécurité publique reconnaît une telle qualité ; les officiers supérieurs et inférieurs ainsi que les sous-officiers des *carabinieri*, de la *guardia di finanza*, de la police pénitentiaire et du corps forestier de l'État, ainsi que les membres des dites forces à qui l'administration reconnaît une telle qualité ; le maire des communes où ne siège pas un officier de la police d'État ou un commandant des *carabinieri* ou de la *guardia di finanza*. Ont la qualité d'agent de police judiciaire les personnes suivantes : le personnel de la police d'État auquel l'administration de la sécurité publique reconnaît une telle qualité ; les *carabinieri*, les *guardie di finanza*, les membres de la police pénitentiaires, les gardes forestiers et, dans la limite de leur circonscription, les gardes provinciaux et communaux lorsqu'ils sont en service.

comme la réception d'une plainte faisant état de la volonté que l'auteur soit poursuivi (*querela*)¹, les perquisitions sur délégation du procureur ou d'initiative², la rédaction des procès-verbaux³, etc. Signalons que pour les enquêtes relatives aux délits d'association mafieuse seront compétents les officiers de la direction des enquêtes antimafia instituée en 1991⁴.

Parallèlement à la distinction entre officiers et agents de police judiciaire, le Code de procédure pénale organise la police, dans la phase préparatoire du procès pénal, en deux unités différentes : les services de police judiciaire et les sections de police judiciaire⁵.

Les *services* de police judiciaire sont institués et dotés du contingent d'hommes nécessaires par le ministre de l'Intérieur en concertation avec le ministre de la Justice⁶. Ces services sont composés de tous les bureaux et unités de police exerçant de manière prioritaire et continue les fonctions attribuées à la police par le Code de procédure pénale⁷. Ils demeurent gérés par les instances gestionnaires des forces de police correspondantes.

Les *sections* de police judiciaire, en revanche, sont placées juridiquement et physiquement près le procureur de la République. La composition de ces sections est particulièrement réglementée : elles ne peuvent comporter que des officiers ou agents de police judiciaire de certaines forces de police, leurs membres doivent être au minimum deux fois plus nombreux que le nombre de magistrats du parquet auquel la section est affectée et deux tiers des effectifs doivent être des officiers de police judiciaire⁸. Tous les membres d'une section de police judiciaire ont déjà exercé leurs fonctions dans un service de police judiciaire, assurant donc une très bonne liaison entre les deux structures⁹. Ces

¹ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 337 al. 1.

² Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), arts. 247 al. 3 et 352.

³ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), arts. 373 al. 6.

⁴ Décret-loi n° 345 du 29 octobre 1991.

⁵ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 56.

⁶ Loi n° 121 du 1^{er} avril 1981, art. 17.

⁷ Décret législatif n° 271 du 28 juillet 1989 portant normes d'application, de coordination et de transition vers le Code de procédure pénale, art. 12 : « sono servizi di polizia giudiziaria tutti gli uffici e le unità ai quali è affidato dalle rispettive amministrazioni o dagli organismi previsti dalla legge il compito di svolgere in via prioritaria e continuativa le funzioni indicate nell'articolo 55 del codice. ».

⁸ Décret législatif n° 271 du 28 juillet 1989 portant normes d'application, de coordination et de transition vers le Code de procédure pénale, arts. 5 et 6. La composition des sections est décidée tous les deux ans par décret du ministre de la Justice pris en concertation avec les ministres de l'Intérieur, de la défense et des finances.

⁹ M. BARGIS *et al.*, *Compendio di procedura penale*, *op.cit.*, p. 83.

sections sont gérées directement par le ministère public et aucun de ses membres ne peut être muté ou transféré sans son autorisation¹.

172. De l'organe à sa compétence et ses prérogatives. Les différents pouvoirs-organes de la phase préparatoire que sont le juge, le ministère public et la police présentent donc, au-delà de leur permanence dans les trois pays étudiés, quelques différences d'organisation qu'il convenait de mettre rapidement en lumière afin de comprendre le fonctionnement actuel des organes de la phase préparatoire du procès pénal dans les différents pays étudiés². Mais ces différents pouvoirs-organes, pour intervenir dans la phase préparatoire, doivent être titulaires de pouvoirs-compétences et de pouvoirs-prérogatives.

§ 2. L'identification des pouvoirs-prérogatives et des pouvoirs compétences

173. Le concept de pouvoir-prérogative ayant surgi lors de l'étude du pouvoir-compétence³, leur identification conjointe s'impose lors de la relecture de la phase préparatoire du procès pénal. Aussi présenterons-nous de manière synthétique les éléments essentiels des différents pouvoirs-prérogatives (A) et pouvoirs-compétences (B) à l'œuvre dans la phase préparatoire.

A. La présentation des pouvoirs-prérogatives

174. Lors de l'élaboration des concepts de pouvoirs, le pouvoir-prérogative a été défini comme une faculté juridique précise reconnue à l'organe compétent en considération de l'exercice de sa ou de ses fonction(s). Les pouvoirs-prérogatives sont, on l'imagine, très nombreux dans la phase préparatoire du procès pénal (1). De plus, leur définition même implique des rapports étroits vis-à-vis des pouvoirs-fonctions, organes et compétences (2).

¹ Décret législatif n° 271 du 28 juillet 1989 portant normes d'application, de coordination et de transition vers le Code de procédure pénale, arts. 10 et 11.

² Toute comparaison passe, on l'a dit, par de nécessaires étapes de droit étranger : v. *supra* n° 47.

³ V. *supra* n° 82 et s.

1. La multiplicité des pouvoirs-prérogatives

175. Quelques exemples. Les pouvoirs-prérogatives représentent le *comment* du pouvoir¹, c'est-à-dire qu'ils sont fortement ancrés dans le réel. Ce sont eux qui réalisent matériellement le pouvoir-fonction dans la phase préparatoire du procès pénal, s'exerçant directement sur les personnes ou les choses. On pressent donc que, peu importe le pays étudié, les pouvoirs-prérogatives sont innombrables dans la phase préparatoire. Doivent ainsi être considérés comme des pouvoirs-prérogatives : le placement en garde à vue, spécificité française² ; l'arrestation et ses équivalents italiens (*fermo* ou *arresto*) et allemand (*vorläufige Festnahme*)³ ; le placement en détention provisoire et ses équivalents italien (*custodia cautelare in carcere*) et allemand (*Untersuchungshaft*)⁴ ; la demande du ministère

¹ V. *supra* n° 82 et s.

² Code de procédure pénale français, arts. 62-2 et s.

En Allemagne, la privation de la personne par les forces de police est toujours le préalable à une demande de placement en détention provisoire, donc à la présentation au juge.

En Italie, la solution est médiane, puisque la personne arrêtée par la police doit être immédiatement conduite devant le procureur qui pourra interroger la personne avant de la faire comparaître devant le juge pour l'enquête préliminaire qui validera l'arrestation et la privation de liberté subséquente et se prononcera sur les éventuelles mesures de sûreté (*misura cautelari*, mot-à-mot mesures de protection ou de précaution) demandées par le parquet.

³ Code de procédure pénale français, art. 73. L'arrestation sans mandat préalable est un acte de flagrance, et l'on distingue entre arrestation par les forces publiques, qui est la règle, et arrestation par un particulier.

En Allemagne, on distingue aussi l'arrestation en flagrance par tout particulier (*Jedermann-Festnahmerecht*) et celle réalisée par les forces publiques. L'arrestation par un particulier est conditionnée par la flagrance et par un motif d'arrestation au choix entre les soupçons de fuite de la personne et l'impossibilité d'établir son identité. L'arrestation par les forces publiques est conditionnée par la flagrance mais aussi par le péril en la demeure (*Gefahr im Verzug*) due à l'impossibilité d'obtenir à temps un mandat de placement en détention provisoire par le juge de l'enquête. Cela suppose donc que les conditions d'un tel mandat soient réunies. Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 127.

En Italie, le Code de procédure pénale distingue entre l'*arresto* et le *fermo* suivant que les conditions de la flagrance sont ou non réunies. L'*arresto*, arrestation en flagrance, est possible par un simple particulier ou par la force publique. La force publique est d'ailleurs obligée de procéder à l'arrestation en flagrance pour certaines infractions déterminées, comme le vol aggravé ou les violences sexuelles. Le particulier, lui, ne peut procéder à l'*arresto* que dans les cas où celui-ci serait obligatoire pour la police. Enfin, le *fermo*, arrestation en l'absence de flagrance, doit en principe être ordonné par le ministère public, la police pouvant y procéder d'office lorsque le ministère public n'est pas joignable. Dans tous les cas, l'*arresto* ou le *fermo* doivent être validés par le juge pour les enquêtes préliminaires qui entendra la personne soumise à la mesure et se prononcera sur les éventuelles mesures de sûreté (*misura cautelari*, mot-à-mot mesures de protection ou de précaution) demandées par le parquet. Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), arts. 379 et s.

⁴ Code de procédure pénale français, arts. 143-1 et s.

En Allemagne, le juge de l'enquête commence par émettre, sur demande du ministère public, un mandat de détention sans audition préalable de la personne (*Haftbefehl*). En exécution de ce mandat, la personne est arrêtée puis conduite devant lui, en principe sous un jour (Loi fondamentale allemande, art. 104). Le juge, après avoir interrogé la personne, peut décider de confirmer le mandat, de l'annuler ou de le suspendre. Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), §§ 112 et s.

En Italie, le juge pour les enquêtes préliminaires décide sur demande du parquet, et si les conditions de la détention provisoire sont réunies, du placement de la personne en détention provisoire. La personne n'est donc pas entendue avant la prise de décision. Sur le fondement de cette décision, dont l'exécution relève du

public au juge d'instruction de se voir communiquer le dossier¹ ; l'émission de directives ou de commissions rogatoires à l'égard de certains organes² ; la demande de sonorisation d'un domicile³ ; l'autorisation de la sonorisation d'un domicile⁴ ; la décision de

ministère public, l'individu est interpellé et placé en détention par la police. Dans les cinq jours, la personne est présentée au juge pour les enquêtes préliminaires pour un interrogatoire de garantie (*interrogatorio di garanzia*), auquel la présence du défenseur est obligatoire. À l'issue de cet interrogatoire, le juge confirme, révoque ou substitue à la détention provisoire une autre mesure de sûreté. Précisons qu'entre le moment de l'interpellation de la personne et la présentation au juge, le ministère public n'a en principe pas le droit de l'interroger. Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), arts. 273 à 275, 279, 280, 285, et 291 et s.

¹ Code de procédure pénale français, art. 82.

² En France, le parquet peut adresser des directives à la police en sa qualité de directeur de la police judiciaire. Au sein du ministère public, organisé de manière hiérarchique, le garde des Sceaux peut prendre des instructions générales à destination des procureurs généraux, qui peuvent eux-mêmes rendre des directives générales ou particulières aux procureurs de la République. Enfin, le juge d'instruction peut délivrer des commissions rogatoires, véritables délégations de pouvoirs, à la police judiciaire mais aussi à tout autre juge. Code de procédure pénale français, arts. 30, 36, 37, 39-3, 81 et 151.

En Allemagne, le ministère public, en tant que maître de la phase préparatoire (*Herrin des Ermittlungsverfahrens*) peut délivrer des injonctions aux forces de police (*Anordnung* ou *Ersuchen* suivant la force de police). Corps hiérarchiquement organisé, le parquet allemand connaît des injonctions individuelles et générales du ministre de la Justice du Land ou de la Fédération suivant le niveau considéré (*externes Weisungsrecht*), mais aussi des injonctions individuelles et générales des supérieures hiérarchiques (*internes Weisungsrecht*). Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 161 ; Loi allemande d'organisation judiciaire (*Gerichtsverfassungsgesetz* ou *GVG*), §§ 147 et 152.

En Italie, le ministère public, en tant que maître de la phase préparatoire (*dominus delle indagini preliminari*), peut adresser aux forces de police des délégations ou des directives (*deleghe* ou *direttive*). La police, qui est à la disposition directe de l'autorité judiciaire (Constitution italienne, art. 109), est tenue de les exécuter. En revanche, l'organisation du parquet n'étant en principe marquée par aucune dépendance externe vis-à-vis du ministre de la Justice ni même interne entre les différents parquets, il n'existe pas de directives ou délégations à proprement parler au sein du ministère public. Code de procédure pénale italien, arts. 55 et s. et 348.

³ En France, la sonorisation sera demandée par le ministère public au juge des libertés et de la détention au cours d'une enquête en matière de criminalité organisée et de terrorisme (Code de procédure pénale français, art. 706-93) ou bien conseillée en pratique par la police judiciaire au juge d'instruction si celui-ci ne prend pas l'initiative de la décision.

En Allemagne, la sonorisation du domicile (*große Lauschangriff*) sera demandée par le ministère public non au juge de l'enquête mais à la chambre de protection de l'État, formation particulière du *Landgericht*. L'exécution de la mesure relève du parquet. Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), §§ 100 c et 100 e ; Loi allemande d'organisation judiciaire (*Gerichtsverfassungsgesetz* ou *GVG*), § 74a.

En Italie, la sonorisation d'un domicile, dite interception de communications entre personnes présentes (*intercettazione di comunicazioni tra presenti*) n'est possible que pour des infractions déterminées et s'il y a lieu de croire qu'une activité infractionnelle s'y déroule. Le ministère public demandera la mesure au juge pour les enquêtes préliminaires, sauf urgence. L'exécution de la mesure relève du parquet. Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), arts. 266 et 267.

⁴ En France, la sonorisation du domicile sera autorisée en phase d'enquête par le juge des libertés et de la détention (Code de procédure pénale français, art. 706-96).

En Allemagne, la sonorisation du domicile sera autorisée par la chambre de protection de l'État, formation particulière du *Landgericht*, ou, en cas d'urgence, par son président. Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 100 c et 100 e ; Loi allemande d'organisation judiciaire (*Gerichtsverfassungsgesetz* ou *GVG*), § 74a.

En Italie, la mesure sera autorisée lors de la phase préparatoire par le juge pour les enquêtes préliminaires, sauf décision en urgence du ministère public que le juge devra confirmer dans les quarante-huit heures. Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 267.

sonorisation d'un domicile¹ ; la prérogative de se voir demander son avis avant la décision d'une sonorisation d'un domicile² ; la demande d'incident probatoire en Italie³ ; la demande d'interrogatoire du parquet au juge de l'enquête allemand⁴ ; la défense faite à des personnes de quitter des lieux⁵ ; etc.

176. L'impossible décompte. Les pouvoirs-prérogatives à l'œuvre dans la phase préparatoire du procès pénal sont en réalité indénombrables. Il n'est donc pas question ici de procéder à une litanie de tous les pouvoirs-prérogatives, puisqu'il faudrait consacrer à cet inventaire à la Prévert de (trop) longues pages qui, en plus de recopier les dispositions législatives, n'aiderait sans doute pas la réflexion. Ce qu'il convient de souligner, en revanche, c'est l'articulation des pouvoirs-prérogatives avec les autres pouvoirs à l'œuvre dans la phase préparatoire.

¹ En France, la sonorisation du domicile sera décidée par le juge d'instruction lors de l'information judiciaire (Code de procédure pénale français, art. 706-96-1). L'Italie et l'Allemagne, ne connaissant plus d'une phase d'instruction, ne présentent pas une telle hypothèse.

² En France, le juge d'instruction qui souhaite décider une sonorisation doit demander l'avis du ministère public (Code de procédure pénale français, art. 706-96-1). L'Italie et l'Allemagne, ne connaissant plus d'une phase d'instruction, ne présentent pas une telle hypothèse.

³ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), arts. 392 et s. Il s'agit d'une procédure visant, dès la phase préparatoire, à former la preuve dans des conditions similaires à celles du débat (contradictoire, audience, etc.).

⁴ Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 162. Le ministère public peut en effet demander au juge de l'enquête d'interroger un témoin dès la phase préparatoire afin de garantir l'utilisabilité du témoignage lors de l'audience. Sur la question de la preuve en procédure pénale allemande, v. *supra* n° 127.

⁵ Code de procédure pénale français, art. 61.

En Allemagne, ce droit est déduit de la clause générale de compétence de la police lors de la phase préparatoire du § 163 al. 1 : « Les autorités et fonctionnaires des services de police ont l'obligation de rechercher les infractions et de prendre toutes mesures immédiatement nécessaires, pour empêcher qu'on obscurcisse les faits » (« Die Behörden und Beamten des Polizeidienstes haben Straftaten zu erforschen und alle keinen Aufschub gestattenden Anordnungen zu treffen, um die Verdunkelung der Sache zu verhüten »). En Italie, si le Code de procédure pénale interdit expressément (art. 381 al. 4 bis) l'arrestation des témoins sur le seul fondement des délits de délivrance de fausses informations (Code pénale italien, art. 371 bis) et d'entrave à la justice favorisant l'impunité de l'auteur de l'infraction (Code pénal italien, art. 378), rien n'empêche *a priori* de leur faire défense de quitter les lieux pour récolter leurs informations. On parle, lors de la phase préparatoire, d'informations sommaires et non de témoignages, imperméabilité des phases oblige : v. *supra* n° 127.

2. Les rapports entre les pouvoirs-prérogatives et les autres pouvoirs

177. Une imbrication certaine. Les exemples de pouvoirs-prérogatives que nous avons pu donner, si on les développe un peu plus, montrent leur imbrication dans les relations de pouvoir à l'œuvre dans la phase préparatoire. Ainsi, la demande de sonorisation d'un domicile sera faite dans les trois systèmes par le ministère public auprès du juge et devra obéir à certains présupposés de nécessité au regard des investigations¹. Existence donc des liens étroits avec les autres pouvoirs, qu'il convient de rapidement préciser.

178. Pouvoirs-prérogatives et pouvoirs-fonctions. En réalité, une prérogative, avant d'être attachée par le droit positif à un organe considéré, est dépendante d'une fonction particulière. L'existence des prérogatives permet la réalisation des fonctions, en ce sens que les pouvoirs-prérogatives matérialisent les activités finalisées à objet spécifique que sont les pouvoirs-fonctions². Ainsi une sonorisation d'un lieu à usage d'habitation permet l'exercice de la fonction d'investigation. L'étude d'une fonction a nécessairement entraîné l'énoncé de certains de ses pouvoirs-prérogatives les plus importants, de même

¹ En France, la sonorisation d'un domicile ne sera autorisée par le juge des libertés et de la détention, ou décidée par le juge d'instruction, qu'en cas d'enquête ou d'instruction pour des faits relevant de la criminalité organisée et/ou du terrorisme et en considération des « nécessités » de l'enquête ou de l'information : v. Code de procédure pénale français, arts. préliminaire, 706-96 et 706-96-1.

En Allemagne, la sonorisation d'un domicile est particulièrement encadrée, au regard notamment du droit fondamental à l'inviolabilité du domicile (Loi fondamentale allemande, art. 13). La mesure ne sera autorisée par la chambre de protection de l'État du *Landgericht* qu'à une quadruple condition : 1) des faits précis permettent de penser que la personne a commis ou tenté de commettre une des infractions particulièrement graves énumérées ; 2) le cas d'espèce est lui-même particulièrement grave ; 3) des indices matériels permettent de penser que la sonorisation permettra de capter des propos du mis en cause d'une valeur significative au regard de l'établissement des faits ou de la détermination de la résidence d'un autre mis en cause ; 4) l'établissement des faits ou la détermination du lieu de résidence d'un autre mis en cause serait, en l'absence de sonorisation, excessivement compliqué voire voué à l'échec. Ajoutons que la sonorisation ne sera en principe décidée que si des indices matériels permettent de penser que la mesure n'entraînera pas la captation de propos relevant de l'intimité de la vie privée, étant bien sûr entendu qu'une conversation sur les infractions commises ne ressort pas de cette intimité. Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 100c.

En Italie, la sonorisation d'un domicile, dont l'inviolabilité est constitutionnellement protégée (Constitution italienne, art. 16), n'est possible que pour certaines infractions limitativement énumérées comme la contrebande, la manipulation de marché ou les infractions punies d'une peine minimale de plus de cinq années d'emprisonnement. De plus, il faut qu'existent des motifs fondés de penser que l'activité infractionnelle se réalise au domicile considéré. Sont enfin exigés des indices graves de commission des faits ainsi que le caractère absolument indispensable de la mesure à prendre. Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), arts. 266 et 267.

² Le pouvoir-fonction a été défini comme une activité finalisée ayant un objet précisément circonscrit qui lui donne sa spécificité : v. *supra* n° 72 et s.

que la distribution d'une fonction à un ou plusieurs organes considérés amènera nécessairement à la distribution des prérogatives attachées. C'est dire que l'énoncé méthodique des différents pouvoirs-prérogatives à l'œuvre dans la procédure pénale, en plus d'être impossible, n'aurait aucune utilité. Cela explique aussi que les pouvoirs-prérogatives ne constituent pas le centre de nos propos, mais sont apparus à titre d'exemple lors de l'étude des différents pouvoirs-fonctions dans la phase préparatoire du procès pénal. Reste à expliciter le critère d'attribution d'une prérogative à un organe particulier.

179. Pouvoirs-prérogatives et pouvoirs-organes. À l'évidence, un pouvoir-prérogative va être attaché à un ou à plusieurs pouvoirs-organes au regard des fonctions qui leurs sont attribuées. Ainsi, la demande de sonorisation d'un domicile est une prérogative du ministère public en droit français, italien et allemand. Cette prérogative s'exercera vis-à-vis d'un autre pouvoir-organe, en l'occurrence le juge. Mais tous les pouvoirs-prérogatives ne font pas le lien entre deux ou plusieurs pouvoirs-organes. Ainsi, le pouvoir-prérogative de placer une personne en garde à vue appartient à l'officier de police judiciaire et s'exerce vis-à-vis d'une personne privée. C'est dire que la prérogative découlant de l'article 62-2 du Code de procédure pénale français ne met pas en relation plusieurs organes. En revanche, les prérogatives de contrôle de la garde à vue par le procureur de la République ou encore celle, pour ce même procureur, d'ordonner à la police de placer une personne en garde à vue s'exercent d'un organe vers un autre¹. Une même mesure (la garde à vue) est donc constituée d'une multitude de pouvoirs-prérogatives qui, s'ils ne s'exercent pas toujours entre organes, sont toujours attribués à un organe. Reste toutefois à préciser les rapports entre prérogatives et compétences.

180. Pouvoirs-prérogatives et pouvoirs-compétences. Lors de l'étude conceptuelle des pouvoirs, la notion de pouvoir-prérogative a émergé suite à l'étude du pouvoir-compétence, ce dernier ne répondant qu'au *pourquoi* et non au *comment* du pouvoir². Les deux sont donc fortement liés. Si un pouvoir-prérogative est attribué à un certain pouvoir-organe en considération d'un pouvoir-fonction particulier, il reste que la condition d'exercice de cette prérogative est la compétence de l'organe à exercer cette fonction. Dans la phase préparatoire française, la décision de d'opérer un prélèvement

¹ Code de procédure pénale français, arts. 62-3 et 63.

² V. *supra* n° 82 et s.

sanguin sur une personne (prérogative) est prise par la police (organe) dans le cadre d'une activité d'investigation (fonction) dont l'exercice lui est attribué par la loi (compétence). En d'autres termes, la prérogative, qui baigne dans la réalité matérielle, dépend de la compétence.

B. La présentation des pouvoirs-compétences

180-1. Lors de l'élaboration des concepts de pouvoirs, nous avons indiqué qu'il fallait entendre par pouvoir-compétence l'aptitude reconnue à un organe d'exercer une ou plusieurs fonctions données. La phase préparatoire du procès pénal reconnaît trois pouvoirs-compétences (1), qui entretiennent des rapports particuliers avec les pouvoirs-organes, fonctions et prérogatives (2).

1. La reconnaissance de trois pouvoirs-compétences

181. Trois organes, trois compétences. Si le pouvoir-compétence est une aptitude reconnue à un *organe*, alors nous devons conclure immédiatement à la présence de trois pouvoirs-compétences : le pouvoir-compétence du juge, le pouvoir-compétence du ministère public et le pouvoir-compétence de la police. L'établissement des pouvoirs-compétences ne pose donc pas de réel problème dans le cadre de la phase préparatoire du procès pénal. Bien plus intéressante est la question de la source de ces pouvoirs-compétences. En d'autres termes : de quoi sont issues les compétences du juge, du ministère public et de la police dans la phase préparatoire ?

182. La reconnaissance des pouvoirs-compétences. La reconnaissance d'un pouvoir-compétence peut avoir lieu à plusieurs niveaux : constitutionnel, légal, jurisprudentiel voire simplement pratique. En réalité, il n'y a pas une source de compétence mais bien un entrelacs de reconnaissances à plusieurs niveaux. C'est à partir de ces multiples reconnaissances que peut être reconstruit et étudié le pouvoir-compétence d'un organe donné. Ainsi la compétence du ministère public d'exercer ses différentes fonctions

lors de la phase préparatoire du procès pénal découle, quel que soit le système étudié, d'un véritable réseau de dispositions.

En France, la reconnaissance du pouvoir-compétence du ministère public commence avec la Constitution qui reconnaît l'autorité judiciaire comme « gardienne des libertés individuelles »¹. S'ajoute à cela la jurisprudence constante du Conseil constitutionnel ainsi que la législation organique intégrant à l'autorité judiciaire le siège et le parquet². Le Code de procédure pénale complète cette compétence en lui attribuant par exemple l'exercice de l'action publique³. Enfin, même la pratique peut jouer un rôle dans la reconnaissance d'un pouvoir-compétence puisque c'est elle qui est à l'origine historique de la reconnaissance des alternatives aux poursuites, en particulier de la médiation⁴, ensuite consacrées par le législateur⁵.

En Allemagne, le pouvoir-compétence du ministère public obéit à la même intrication de reconnaissances. Si la Constitution ne mentionne pas le parquet dans la définition de la juridiction, la confiant aux seules juges⁶, la jurisprudence constitutionnelle lui attribue une fonction d'organe nécessaire de l'administration de la justice⁷. Le Code de procédure pénale complète le tout en lui donnant la direction des investigations⁸. La

¹ Constitution française, art. 66 al. 2.

² Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, art. 1 ; Cons. const., 11 août 1993, n° 93-326 DC, considérant n° 5 ; *JORF* du 15 août 1993 ; Cons. const., 22 avril 1997, n° 97-389 DC, considérant n° 61 ; *JORF* du 25 avril 1997 ; Cons. const., 29 août 2002, n° 2002-461 DC, considérant n° 74 ; *JORF* du 10 septembre 2002 ; Cons. const., 20 novembre 2003, n° 2003-484 DC, considérant n° 75 ; *JORF* du 27 novembre 2003 ; Cons. const., 2 mars 2004, n° 2004-492 DC, considérant n° 98 ; *JORF* du 10 mars 2004 ; Cons. const., 30 juillet 2010, n° 2010-14/22 QPC, considérant n° 26 ; *JORF* du 31 juillet 2010 ; Cons. const., 17 décembre 2010, n° 2010-80 QPC, considérant n° 11 ; *JORF* du 19 décembre 2010 ; Cons. const., 6 mai 2011, n° 2011-125 QPC, considérant n° 8 ; *JORF* du 7 mai 2011 ; Cons. const., 22 juillet 2016, n° 2016-555 QPC, considérant n° 10 ; *JORF* du 24 juillet 2016 ; Cons. const., 8 décembre 2017, n° 2017-680 QPC, considérant n° 6 ; *JORF* du 9 décembre 2017.

³ Code de procédure pénale français, art. 31.

⁴ S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale, op.cit.*, n° 1498. Pour l'expérience particulière de la ville de Valence, v. G. APPAP, « Favoriser la conciliation pénale », *Rev. sc. crim.* 1990, p. 633. V. aussi C. LAZERGES, « Médiation pénale, justice pénale et politique criminelle », *Rev. sc. crim.* 1997, p. 186.

⁵ V., pour la médiation, la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale. Notons que cette légalisation de la médiation pénale n'était pas prévue par le projet de loi initialement discuté mais a été ajouté par amendement parlementaire : v. J. LEBLOIS-HAPPE, « La médiation pénale comme mode de réponse à la petite délinquance : état des lieux et perspectives », *Rev. sc. crim.* 1994, p. 525.

⁶ Loi fondamentale allemande (*Grundgesetz* ou *GG*), art. 92 : « Le pouvoir de rendre la justice est confié aux juges [...] ».

⁷ Cour constitutionnelle fédérale allemande, 15 novembre 1971, 2 BvF 1/70 (BVerfGE 32, 199), spéc. n° 58.

⁸ Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), §§ 160 al. 1 et 161 al. 1 : « Dès que le ministère public a connaissance, par une dénonciation ou toute autre voie, de l'éventualité d'une infraction, il doit, en vue de se prononcer sur la nécessité de mettre en mouvement l'action publique, enquêter sur les faits » ; « Afin de parvenir aux buts mentionnés au § 160 al. 1 à 3, le ministère public est habilité à requérir des informations et renseignements de toute autorité, ainsi qu'à exécuter lui-même, ou faire exécuter par les fonctionnaires des services de police, tout acte d'investigation de toute nature, tant qu'une disposition légale

jurisprudence judiciaire, elle, a par exemple pu lui reconnaître une certaine marge dans l'appréciation du seuil de soupçon initial l'obligeant à ouvrir une enquête, dans la limite du respect de l'article 6 de la Convention EDH¹. L'Allemagne étant, sur le papier², un pays de légalité des poursuites, l'enquête est en effet obligatoire à partir d'un certain seuil de soupçons qu'une infraction a été commise – on parle de soupçon initial (*Anfangsverdacht*)³. La pratique, enfin, semble attribuer au parquet des possibilités d'atteinte aux libertés sans autorisation du juge par une utilisation très fréquente de la clause d'urgence⁴. Si, en principe, une mesure attentatoire aux libertés doit être décidée par un juge, une compétence

particulière ne régit autrement ses pouvoirs » (« Sobald die Staatsanwaltschaft durch eine Anzeige oder auf anderem Wege von dem Verdacht einer Straftat Kenntnis erhält, hat sie zu ihrer Entschließung darüber, ob die öffentliche Klage zu erheben ist, den Sachverhalt zu erforschen » ; « Zu dem in § 160 Abs. 1 bis 3 bezeichneten Zweck ist die Staatsanwaltschaft befugt, von allen Behörden Auskunft zu verlangen und Ermittlungen jeder Art entweder selbst vorzunehmen oder durch die Behörden und Beamten des Polizeidienstes vornehmen zu lassen, soweit nicht andere gesetzliche Vorschriften ihre Befugnisse besonders regeln »).

¹ Cour fédérale de justice allemande, 12 janvier 2005, 5 StR 191/04.

² Sur l'abandon pratique du principe de légalité des poursuites, v. R. HAMM, « Quo vadis Strafprozess ? », dans *Festschrift für Egon Müller*, Nomos, 2008, p. 235, spéc. p. 239.

³ Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), §§ 152 a/2 et 160 al. 1. Le soupçon initial suppose qu'il « apparaisse possible, d'après l'expérience criminalistique, qu'une infraction poursuivable ait été commise » (MüKoStPO/Peters *StPO* § 152 Rn. 35 : « [...] wenn es nach kriminalistischer Erfahrung möglich erscheint, dass eine verfolgbare Straftat begangen worden ist »). Le principe de légalité impose de plus d'enquêter sur les faits constitutifs d'infraction signalés aux autorités, cette obligation s'appliquant tant pour le parquet que pour la police (D. DÖLLING, « Polizei und Legalitätsprinzip », dans C. GEISLER (dir.), *Das Ermittlungsverhalten der Polizei und die Einstellungspraxis der Staatsanwaltschaften*, KrimZ, 1999, p. 39). Mais les éléments constitutifs de l'infraction doivent être réunis. Mi-février 2019, le procureur de Traunstein a ainsi refusé d'ouvrir une enquête et, donc, de poursuivre Andras Winhart, membre du parti d'extrême droite *Alternative für Deutschland* (AfD), qui avait fait le lien lors d'un débat électoral entre « nègre » et « maladie » (« Lorsqu'un nègre éternue près de moi, je dois savoir s'il est ou non malade »). Selon le ministère public, les éléments d'appel à la haine ne sont pas réunis : v. M. AMOS, « Keine Ermittlungen gegen AfD-Politiker : Vom "Neger" und seinen Krankheiten », *LTO* 12 février 2019, accessible en ligne sur www.lto.de/persistent/a_id/33819/ (consulté le 24 mars 2019). La notion de soupçon initial est propice à interprétation et il semble que le seuil exigé soit, en réalité, assez bas : v. H.-C. SCHAEFFER, « Staatsanwaltliches Ermittlungsverfahren und Vorverurteilung – eine zwingende Folge ? », dans *Festschrift für Egon Müller*, Nomos, 2008, p. 623, spéc. p. 630 ; E. C. RAUTENBERG, « Die deutsche Staatsanwaltschaft im Wandel der Zeiten », dans *Die Zukunft von Staatsanwaltschaft und Kriminalpolizei in Deutschland*, Clear Canvas, 2013, p. 19, spéc. p. 22. Pour une analyse de la notion, v. H. SATZGER, « Im Anfang war das Verdacht – oder nicht ? », dans *Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag*, op. cit., p. 1009. La question a agité la doctrine de savoir si des enquêtes pouvaient avoir lieu préalablement à tout *Anfangsverdacht* : v. L. SENGE, « Zur Zulässigkeit staatsanwaltlicher Vorermittlungen », dans *Festschrift für Reiner Hamm*, De Gruyter, 2008, p. 702 ; B. WÖLF, « Vorermittlungen der Staatsanwaltschaft », *JuS* 2001, p. 478.

⁴ V. O. BACKES et al., *Kurzfassung des Abschlußberichtes zum Forschungsprojekt "Wirksamkeitsbedingungen von Richtervorhalten bei Telefonüberwachungen"*, Université de Bielefeld, 2002, p. 10 (accessible en ligne) ; J. BRÜNING, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, op.cit., p. 200 et C. BITZIGEIO, *Der Richtervorbehalt im Spannungsfeld normativer Anforderungen und polizeilicher Praxis*, Verlag für Polizeiwissenschaft, 2015, p. 1 ainsi que p. 28 et s. V. *infra* n° 364.

d'urgence est prévue pour de nombreux actes au profit du ministère public voire de la police¹.

En Italie, enfin, le pouvoir-compétence du ministère public dans la phase préparatoire résulte aussi de l'imbrication de plusieurs niveaux de reconnaissance. La Constitution lui confie ainsi la tâche d'exercer l'action publique². Si la jurisprudence constitutionnelle précise cette compétence en déniait tout monopole constitutionnel du parquet en la matière³, le Code de procédure pénale participe lui aussi de la reconnaissance du pouvoir-compétence du ministère public en lui reconnaissant un monopole *législatif* d'exercice de l'action publique⁴. Le tout est complété par la jurisprudence judiciaire qui, après des hésitations et dans certains cas seulement, lui donne la possibilité de classer directement une affaire alors même qu'en principe le classement sans suite devrait découler d'une décision du juge pour les enquêtes préliminaires⁵. Enfin, la pratique prend elle aussi part à la reconnaissance du pouvoir-compétence du ministère public puisqu'elle semble admettre, *contra constitutionem* et suivant les juridictions, une certaine opportunité des poursuites⁶.

Au-delà de sa reconnaissance se pose la question des rapports entre les pouvoirs-compétences et les autres pouvoirs à l'œuvre dans la phase préparatoire du procès pénal.

¹ Il en va par exemple ainsi de la perquisition : v. Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 105.

² Constitution italienne (*Costituzione della Repubblica italiana*), art. 112 : « Le ministère public a l'obligation d'exercer l'action pénale ».

³ V. Cour constitutionnelle italienne, 24 mai 1967, n° 61 ; Cour constitutionnelle italienne, 9 juillet 1970, n° 123 ; Cour constitutionnelle italienne, 26 juillet 1970, n° 84.

⁴ Décret législatif n° 271 du 28 juillet 1989 portant normes d'application, de coordination et de transition vers le Code de procédure pénale, art. 231 : « Sont abrogés les dispositions de toute loi ou décret prévoyant l'exercice de l'action publique par des organes autres que le ministère public » (« Sono abrogate le disposizioni di leggi o decreti che prevedono l'esercizio dell'azione penale da parte di organi diversi dal pubblico ministero »).

⁵ On parle du pouvoir de *cestinazione*, que l'on pourrait traduire par « mise à la poubelle ». Après un conflit de sections au sein de la Cour de cassation, certaines autorisant un tel classement (Cour de cassation italienne, 2^e section pénale, 17 mai 2000, n° 2756, *Bonacina*), d'autres le refusant (Cour de cassation italienne, 3^e section pénale, 5 décembre 1990, *Micheletti* ; Cour de cassation italienne, 6^e section pénale, 11 février 1991, *Loffredo*), les sections réunies ont tranché pour la possibilité d'un classement d'office dans les seuls cas où l'information reçue par le parquet ne correspond pas à l'information qu'une infraction a été commise (*notizia*), seule à même de déclencher le principe de légalité et donc la nécessaire autorisation du juge à un éventuel classement (Cour de cassation italienne, sections pénales réunies, 22 novembre 2000, n° 34).

⁶ L'article 112 de la Constitution italienne impose en effet la légalité des poursuites. Sur la reconnaissance pratique de cas d'opportunité, v. les différents témoignages recueillis en annexe à l'ouvrage de M. L. ZANIER, *L'accusa penale in prospettiva socio-giuridica*, FrancoAngelli, 2012, p. 127 et s.

2. Les rapports entre les pouvoirs-compétences et les autres pouvoirs

183. Pouvoirs-compétences et pouvoirs-organes. Le pouvoir-compétence a été défini comme l'aptitude reconnue à un organe d'exercer une ou plusieurs fonctions données. Les rapports entre la compétence et l'organe sont donc aisés à établir : la définition même de la première implique qu'il y en ait autant que de seconds : à chaque organe va correspondre un pouvoir-compétence. Surtout, la compétence est, pour l'organe, fondamentale : c'est ce qui lui permet d'exercer, de s'activer. L'organe, parce qu'il est titulaire de la compétence, va pouvoir exercer les différentes fonctions qui lui sont assignées. Le ministère public ne pourra exercer aucune de ses fonctions s'il n'est pas compétent à le faire.

184. Pouvoirs-compétences et pouvoirs-fonctions. Le pouvoir-compétence se rapporte directement au pouvoir-fonction puisque, si la compétence est attribuée à un organe, elle concerne avant tout l'exercice d'une fonction. En d'autres mots, si le ministère public est reconnu compétent...il l'est bien pour quelque chose, c'est-à-dire pour exercer la fonction de décision sur l'exercice de l'action publique et/ou la fonction d'investigation.

185. Pouvoirs-compétences et pouvoirs-prérogatives. Si la compétence est le pourquoi du pouvoir, les prérogatives en sont le comment, c'est-à-dire la matérialisation de l'exercice par l'organe compétent de la fonction qui lui est assignée. Ainsi, la compétence de la police (organe) va expliquer qu'elle enquête sur les faits (fonction) en pouvant notamment décider de recourir à la mesure de garde à vue (prérogative).

186. Le pouvoir-compétence comme premier et dernier des pouvoirs. Le pouvoir compétence apparaît chronologiquement comme le premier et le dernier des pouvoirs. Le premier, car il explique tout le droit positif. Le dernier, car dans l'ordre d'une réalisation d'un éventuel nouvel équilibre, il interviendra à la toute fin, une fois que les fonctions et leurs différentes prérogatives auront été distribuées entre les organes.

187. La relecture de la phase préparatoire du procès pénal à la lumière de nos concepts de pouvoirs a donné des résultats parfois surprenants.

S'agissant des pouvoirs-fonctions, les distinctions classiques entre l'instruction, la poursuite et le jugement mais aussi entre la juridiction et l'investigation ont été mises à mal, définissant l'une comme l'autre la fonction par l'organe. Recherchant les *objets* des activités déployées dans la phase préparatoire, quatre pouvoirs-fonctions ont émergé : l'investigation, la décision de mise en mouvement de l'action publique, la protection de la procédure et la garantie des droits et libertés. La question d'un éventuel pouvoir-fonction juridictionnel a dû faire l'objet de développements spécifiques pour conclure à l'absence d'un tel pouvoir.

La quête des pouvoirs-organs a conduit à une solution d'apparence classique en reprenant la trilogie juge/parquet/police. La police a toutefois fait l'objet d'une véritable revalorisation en ce qu'elle doit être considérée comme un organe à part entière participant à la phase préparatoire au même titre que le couple traditionnel du siège et du parquet. La police (judiciaire) n'est donc pas une activité, pas une fonction, mais bien un organe, un élément organisé de l'appareil étatique participant de manière cohérente à la procédure.

Les pouvoirs-prérogatives, eux, n'ont pu être recherchés qu'au travers d'exemples, étant donné leur caractère indénombrable : placement en garde à vue, demande de prolongation, autorisation de prolongation, décision de lever la mesure, etc.

Quant aux pouvoirs-compétences, leur recherche n'a posé aucune difficulté, puisque la compétence est rattachée à un organe. Il existe donc trois pouvoirs-compétences : celui du juge, celui du ministère public et celui de la police.

CONCLUSION DU TITRE I

188. Le concept de pouvoir. La réflexion sur l'équilibre des pouvoirs a été amorcée en réaction au déséquilibre global de la phase préparatoire française dénoncé par la doctrine. Alors que l'on cherche le plus souvent à compenser une augmentation des pouvoirs des acteurs institutionnels par des droits donnés aux personnes privées, nous avons proposé de nous concentrer sur les seuls et déjà complexes rapports de pouvoir entre le juge, le ministère public et la police, préalable indispensable à la recherche d'un équilibre plus global. Pour ce faire, il fallait d'abord réfléchir au concept même de pouvoir, particulièrement polysémique. Cela a abouti à la distinction de plusieurs pouvoirs :

Le pouvoir-*fonction*, qui consiste en une activité finalisée ayant un objet précisément circonscrit qui lui donne sa spécificité.

Le pouvoir-*organe*, qui désigne tout élément organisé de l'appareil étatique participant de manière cohérente à la structure d'une institution plus large.

Le pouvoir-*compétence*, qui désigne l'aptitude reconnue à un organe d'exercer une ou plusieurs fonctions données.

Le pouvoir-*prérogative*, qui réside dans une faculté juridique précise reconnue à l'organe compétent en considération de l'exercice de sa ou de ses fonctions.

189. Le concept d'équilibre des pouvoirs. Ces pouvoirs ont ensuite été intégrés à un concept plus large, celui d'équilibre des pouvoirs, tiré de l'œuvre de Montesquieu. Cet équilibre des pouvoirs se ramifie en plusieurs idées.

Il s'agit tout d'abord de la *distinction des pouvoirs*, qui renvoie à la description des différents pouvoirs à l'œuvre.

Dépassée la description, l'équilibre peut renvoyer de manière négative à la *séparation des pouvoirs*, qui correspond à l'interdiction de cumul des pouvoirs distingués.

La *distribution* positive des pouvoirs peut ensuite se fonder sur deux mécanismes différents : un mécanisme de *balance des pouvoirs*, qui renvoie à la distribution d'un même pouvoir entre différents organes, et un mécanisme d'*isolement des pouvoirs*, qui renvoie à

la distribution d'un pouvoir à un seul organe, impliquant la spécialisation et l'indépendance dudit organe.

190. La distinction des pouvoirs. Armés de ces concepts, un pas supplémentaire a été franchi dans la réflexion en recherchant les pouvoirs à l'œuvre dans la phase préparatoire du procès pénal. Il s'agissait alors de décrire les pouvoirs, en particulier les pouvoirs-fonctions et les pouvoirs-organes. Les pouvoirs-prérogatives, eux, sont presque indénombrables et le pouvoir-compétence, premier et dernier des pouvoirs, sera attribué à chacun des trois organes (juge, parquet, police) en considération des fonctions qu'ils exercent. S'agissant des *pouvoirs-fonctions*, l'analyse du déroulement de la phase préparatoire nous a conduit à en identifier quatre :

Existe tout d'abord un pouvoir-fonction d'*investigation*, activité visant à rechercher, explorer et établir les faits, c'est-à-dire ce qu'il s'est passé, dans une optique médiate ou immédiate de preuve.

La phase préparatoire prend ensuite fin lors qu'est exercé le pouvoir-fonction *de décision de mise en mouvement de l'action publique*, défini comme l'activité visant à décider de faire usage ou non de la possibilité juridiquement reconnue de s'adresser à un organe détenteur de la juridiction pénale pour qu'il tranche en droit une prétention émanant du droit de punir.

Parce que la procédure est une voie du droit au fait, et que ce cheminement doit être le moins troublé possible, est de plus exercé un pouvoir-fonction *de protection de la procédure*. Il s'agit de l'activité visant à assurer la bonne marche et l'efficacité de la procédure comprise en sa globalité comme suite d'actes ambitionnant de passer du fait au droit et de réaliser complètement ce dernier.

Enfin, parce que les différents pouvoirs-fonctions sont susceptibles, dans leur exercice, de porter atteintes aux droits et libertés, doit être exercée un pouvoir-fonction *de garantie des droits et libertés*, défini comme l'activité visant à assurer l'observation des conditions normatives aux atteintes aux droits et libertés rendues nécessaires par l'exercice des pouvoirs-fonctions d'investigation et de protection de la procédure.

Il n'existe en revanche pas de pouvoir-fonction juridictionnel à l'œuvre dans la phase préparatoire du procès pénal. La fonction juridictionnelle, visant à dire en droit que

la loi pénale a été violée et que la prétention punitive de l'État de voir une telle violation constatée puis le droit pénal réalisé est fondée, est conditionnée par la mise en mouvement de l'action publique, et ressort donc de la phase décisive. Les alternatives aux poursuites, elles, relèvent bien de la fonction juridictionnelle et devraient donc être considérées, contre le système, comme impliquant la mise en mouvement de l'action publique et participant de la phase décisive.

S'agissant des *pouvoirs-organes* intervenant dans la phase préparatoire du procès pénal, le diptyque traditionnel juge/ministère public a été complété par l'adjonction de la police comme véritable organe de la procédure. Il s'agit même, en pratique, de l'organe principal.

Mais le tout n'est pas de tailler. Encore faut-il recoudre.

TITRE II
DISTRIBUER LES POUVOIRS

191. Le pouvoir-fonction, pouvoir décisif. Parmi nos quatre concepts de pouvoir, pour l'instant éparpillés façon puzzle, celui de pouvoir-fonction est absolument central. C'est bien la fonction, l'activité effectuée – ce que l'on fait – qui doit dicter l'équilibre des pouvoirs. Si les fonctions sont bien réparties, le reste suivra. Ces fonctions sont, dans la phase préparatoire du procès pénal, au nombre de quatre : le pouvoir-fonction *d'investigation*, le pouvoir-fonction *de décision de mise en mouvement de l'action publique*, le pouvoir-fonction *de protection de la procédure* et le pouvoir-fonction *de garantie des droits et libertés*.

192. Les mécanismes de distribution des pouvoirs. Le concept d'équilibre des pouvoirs, puisé dans l'œuvre de Montesquieu, renvoie en réalité à trois principes : la distinction, la séparation et la distribution des pouvoirs¹. Passée la phase de distinction, il s'agirait donc d'opérer une séparation des pouvoirs. En réalité, la séparation des pouvoirs renvoie à une doctrine purement négative : aucun organe ne doit cumuler l'exercice complet de plusieurs fonctions. La séparation des pouvoirs doit donc être une référence dans notre entreprise de *distribution positive des pouvoirs*. Cette distribution peut se réaliser par un mécanisme de balance et/ou d'isolement.

- L'opération de *balance* consiste à partager l'exercice d'une fonction entre différents organes.
- L'opération d'*isolement* consiste à spécialiser un organe dans l'exercice d'une seule, unique et exclusive fonction.

193. Considération : toute procédure pénale est liberticide *per se*. Quoi qu'il en soit, cette approche de l'équilibre des pouvoirs dans la phase préparatoire du procès pénal est motivée par une considération essentielle, qui tient au risque inhérent à toute procédure pénale. Celle-ci est en soi un danger pour les libertés et les individus, innocents comme coupables. L'idée *d'une procédure pénale par essence liberticide* apparaît fondamentale pour approcher au mieux l'équilibre des pouvoirs². Parce qu'elle réalise le droit pénal, droit de punir, et parce que *n'importe qui* peut être impliqué dans une procédure pénale *par*

¹ V. *supra* n° 93 et s.

² V., écrivant au sujet de la législation pénale qu'elle est « la seule branche du droit qui soit par nature liberticide », P. BEAUVAIS et M. MASSÉ, « Questions prioritaires de constitutionnalité : nouvelles perspectives », *AJ Pénal* 2011, p. 274.

*hasard*¹, la phase préparatoire du procès pénal doit être cadenassée *ab initio* par une répartition des pouvoirs. Envisager cette distribution des pouvoirs nécessite d'acter que dans chaque procédure se joue et se rejoue l'État de droit. Cela impose que les pouvoirs-fonctions d'investigation et de décision de mise en mouvement de l'action publique (Chapitre 1), mais aussi ceux de protection de la procédure et de garantie des droits et libertés (Chapitre 2) soient, au choix, balancés ou isolés, mais jamais entièrement cumulés. Cette distribution doit, dans cette première partie de nos réflexions, s'envisager, en quelque sorte, idéalement, afin de s'approcher le plus possible de l'équilibre des pouvoirs. Les éventuelles et nécessaires adaptations de la distribution proposée – notamment en cas d'urgence – relèvent, elles, des conditions de mise en œuvre propres à empêcher un retour du déséquilibre, étudiées en seconde partie².

Chapitre 1 : Distribuer les fonctions d'investigation et de décision de la mise en mouvement de l'action publique.

Chapitre 2 : Distribuer les fonctions de protection de la procédure et de garantie des droits et libertés.

¹ Cela est particulièrement souligné par la doctrine allemande : v. C.-F. STUCKENBERG, « Justizpflicht und Verdacht », dans *Strafe und Prozess im freiheitlichen Rechtsstaat. Festschrift für Hans-Ulrich Paeffgen zum 70. Geburtstag*, 2015, p. 483, spéc. p. 490 et 499.

² V. *infra* n° 316 et s.

CHAPITRE 1

DISTRIBUER LES FONCTIONS D'INVESTIGATION ET DE DÉCISION DE MISE EN MOUVEMENT DE L'ACTION PUBLIQUE

194. Liens entre l'investigation et la décision de mise en mouvement de l'action publique. L'investigation, activité visant à rechercher, explorer et établir les faits, c'est-à-dire ce qu'il s'est passé, dans une optique médiate ou immédiate de preuve, entretient des liens très étroits avec la décision de mettre en mouvement l'action publique. En effet, pour décider de mettre en mouvement ou non l'action publique, il faut impérativement savoir ce qu'il s'est passé. En d'autres termes, l'investigation nourrit la décision de mise en mouvement de l'action publique. Aussi convient-il d'abord de distribuer la fonction d'investigation (Section 1) pour en déduire les conséquences sur la distribution de la fonction de décision de mise en mouvement de l'action publique (Section 2).

Rappelons à titre préalable les deux mécanismes de distribution des pouvoirs : la balance des pouvoirs, qui consiste à partager l'exercice d'une fonction entre différents organes, et l'isolement des pouvoirs, qui consiste à spécialiser un organe dans l'exercice d'une seule, unique mais exclusive fonction.

Section 1

La distribution de la fonction d'investigation

195. Le choix de la balance. La procédure pénale servant à passer du fait au droit¹, l'investigation est primordiale puisqu'elle sert à connaître les faits, point de départ de l'*iter* procédural. Cette activité nécessite, à l'évidence, beaucoup d'efforts et de moyens, tant humains que juridiques ou financiers. On sait aussi que sont attachées à la fonction d'investigation de nombreuses prérogatives portant atteinte aux droits fondamentaux de la personne que sont la propriété, la liberté d'aller et de venir, la protection de la vie privée

¹ M. DELMAS-MARTY (prés.), « Rapport préliminaire sur la mise en état des affaires pénales », dans *La Mise en état des affaires pénales : rapports, Commission justice pénale et droits de l'homme*, La Documentation française, 1990, p. 7, spéc. p. 11.

du domicile et de la correspondance, ou encore le respect de l'intégrité physique. Ces trois caractéristiques du pouvoir-fonction d'investigation – importance pour la réussite de la procédure, exigences de moyens importants, atteintes inéluctables aux droits fondamentaux – nous poussent à opter, dans la distribution, pour le mécanisme de la *balance des pouvoirs* afin d'éviter tout abus. En d'autres mots, il convient de répartir le pouvoir-fonction d'investigation entre plusieurs organes de la phase préparatoire.

Mais si l'investigation doit être distribuée entre plusieurs organes, encore faut-il déterminer qui du juge, du parquet et de la police paraissent les plus aptes à devenir titulaires de cette fonction, sachant que la balance des pouvoirs implique inéluctablement une titularité partagée. Nous sommes d'avis qu'il faudrait exclure la titularité du juge, contrairement à ce qui se fait actuellement en France (§1). Ce n'est qu'une fois cette exclusion justifiée que nous pourrions envisager le détail de la distribution de la fonction d'investigation entre le ministère public et la police (§2).

§1. L'exclusion de la titularité du juge

196. La question du juge d'instruction. Exclure le juge de la titularité de la fonction d'investigation revient, en termes clairs, à plaider pour la suppression du juge d'instruction, juge pourtant séculaire et fortement ancré dans la culture juridique française. Admettons-le : si nous partions la fleur au Code persuadés du caractère indispensable de ce juge typiquement français, la comparaison des droits a fissuré au fur et à mesure nos convictions pour finalement nous faire épouser la cause adverse. De résistant, encore et toujours, à l'envahisseur, serions-nous devenus Iago ? Nous pensons plutôt avoir tiré de la comparaison des droits (A) un certain désappointement face à « l'acharnement thérapeutique »¹ français (B).

¹ M. LEMONDE, cité par G. STRAEHLI, « Les impératifs d'un système d'instruction préparatoire en matière criminelle et pour les affaires complexes : les différentes réponses actuelles », *Dr. pén.* 2009, dossier 4.

A. Les exclusions étrangères

197. Du juge d'instruction vers le juge de l'enquête¹. L'Allemagne et l'Italie ont connu le juge d'instruction, directement importé du modèle napoléonien. Pour autant, après plus d'un siècle de bons et loyaux services, ces deux pays ont décidé, à quelques années d'écart, de supprimer ce juge dont la France n'arrive pas à se séparer. Pour mieux approcher un nouvel équilibre des pouvoirs mais aussi pour exclure le juge de la titularité du pouvoir-fonction d'investigation, il convient au préalable de saisir les raisons des exclusions étrangères. Pourquoi a-t-on supprimé le juge d'instruction en Allemagne (1) puis en Italie (2) ? Des expériences étrangères se dégagent quelques leçons (3).

1. L'expérience allemande

198. Jusqu'au Code impérial de procédure pénale. Pour bien comprendre les tenants et aboutissants de la suppression du juge d'instruction allemand (*Untersuchungsrichter*), il faut remonter au XIX^e siècle, avant même l'unification et la fondation de l'Empire. Le droit, ou plutôt les droits applicables aux États allemands sont alors d'« une diversité extrême, entre modernité et archaïsme »², puisque cohabitent le Code d'instruction criminelle, applicable sur la rive gauche du Rhin jusqu'au Code impérial³, des versions plus ou moins remaniées de la Carolina, ordonnance prise par Charles Quint pour tout le Saint Empire romain germanique en 1532⁴, et des Codes propres aux différents États⁵. Dans beaucoup d'États, la procédure pénale est marquée par la figure

¹ L. KENNES et D. SCALIA (dir.), *Du juge d'instruction vers le juge de l'enquête. Analyse critique et de droit comparé*, Anthémis, 2017.

² J. WALTHER, « Se passer du juge d'instruction à la lumière allemande ? », dans L. KENNES et D. SCALIA (dir.), *Du juge d'instruction vers le juge de l'enquête. Analyse critique et de droit comparé*, Anthémis, 2017, p. 141, spéc. p. 145.

³ Sur l'influence française sur la procédure pénale allemande avant l'unité, v. T. GERGEN, « Der Einfluss des Code d'instruction criminelle in den deutschen Territorien », dans H. JUNG, J. LEBLOIS-HAPPE et C. WITZ (dir.), *200 Jahre Code d'instruction criminelle – Le bicentenaire du Code d'instruction criminelle*, Nomos, 2010, p. 40.

⁴ Pour le détail de la procédure prévue par la Carolina, v. A. IGNOR, *Geschichte der Strafprozesses in Deutschland 1532-1846*, Paderborn, 2002, p. 41 et s.

⁵ Ainsi les Codes bavarois rédigés par Paul Johann Anselm von Feuerbach au début du XIX^e siècle. Sur les pénalistes historiques allemands, v. T. VORMBAUM, *Moderne deutsche Strafrechtsdenker*, Springer, 2011.

d'un juge omnipotent dès la phase préparatoire, sans séparation entre l'accusation et le jugement – nous dirions qu'il s'agissait d'un modèle inquisitoire pur.

Après la fin de l'épopée napoléonienne, et alors que le Code d'instruction criminelle reste en vigueur dans les territoires à gauche du Rhin, le modèle français continue de fournir la matière principale aux discussions sur la réforme de la procédure pénale, notamment parce qu'il a été appliqué sur bon nombre de territoires faisant partie de la nouvelle Confédération germanique après le Congrès de Vienne. Les discussions sur la procédure pénale sont alors brûlantes, touchant toute la société¹. Le modèle du juge tout puissant, qualifié d'inquisitoire et présent dans bon nombre d'États autoritaires telle la Prusse, va progressivement être remplacé par le modèle dit inquisitoire réformé (*reformierter Inquisitionsprozess*)² avec l'introduction d'un ministère public chargé de l'accusation, le juge n'étant donc plus omnipotent. Les gouvernants semblent ainsi répondre aux appels du peuple, notamment à la Constitution de l'Église de Saint-Paul de 1849. Dans le cadre des révolutions agitant l'Europe en 1848-1849, les États germaniques sont touchés à partir de mars 1848 (on parle de la *Märzrevolution*) par des soulèvements populaires ayant notamment pour fond la question de l'unité allemande et aboutissant à l'élection d'un parlement national siégeant à Francfort de mai 1848 à mai 1849, plus précisément au sein de l'Église Saint-Paul (*Paulskirche*). Ce parlement donne, les 27 et 28 mars 1849, sa première constitution démocratique à l'Allemagne. Ce texte contient, pour ce qui nous intéresse, deux dispositions majeures insérées dans la section sur les droits fondamentaux du peuple allemand : la consécration de l'indépendance des juges³ et l'institution du principe d'accusation⁴ selon lequel « une juridiction ne peut connaître de faits en l'absence de l'introduction formelle d'une accusation »⁵. Se profile alors la séparation du juge et du ministère public, effectivement introduite en Prusse en 1846, voire dès 1832 dans l'État de Baden. Mais si les gouvernants, malgré la restauration, maintiennent les réformes, c'est

¹ T. VORMBAUM, *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, 3^e éd., Springer, 2016, p. 84.

² C. ROXIN, G. ARTZ et K. TIEDEMANN, *Einführung in das Strafrecht und Strafprozessrecht*, 6^e éd., C. F. Müller, 2013, p. 89.

³ Constitution de l'Église de Saint-Paul (*Paulskircheverfassung*), section IV, art. X, § 175 : « Le pouvoir judiciaire est exercé de manière autonome par les juridictions » (« Die richterliche Gewalt wird selbstständig von den Gerichten geübt »). V. aussi le § 177 : « Aucun juge ne peut être démis de ses fonctions ou se voir limiter son rang ou sa rémunération si ce n'est en vertu d'un jugement pris en application du droit » (« Kein Richter darf, außer durch Urtheil und Recht, von seinem Amt entfernt, oder an Rang und Gehalt beeinträchtigt werde »).

⁴ Constitution de l'Église de Saint-Paul (*Paulskircheverfassung*), section IV, art. X, § 179 : « En matière pénale s'applique le principe d'accusation » (« In Strafsachen gilt der Anklageprozeß »).

⁵ H.-H. KÜHNE, *Strafprozessrecht*, 9^e éd., C. F. Müller, 2015, n° 311.

avant tout de manière opportuniste, ayant bien compris les avantages qu'offre le système napoléonien où, certes, le juge est indépendant, mais où le ministère public est un maître de l'accusation aux ordres de l'exécutif¹. Ce sont ces dérives autoritaires qui pousseront à mettre face au ministère public un juge d'instruction lors de l'élaboration du Code impérial de procédure pénale².

199. Le Code impérial de procédure pénale. Le Code impérial de procédure pénale (*Reichsstrafprozessordnung*) adopté en 1877 et entré en vigueur en 1879 propose, de manière succincte, la phase préparatoire suivante.

En application du principe d'accusation³, le rôle du ministère public, qui détient le monopole de l'exercice de l'action publique⁴, est d'enquêter à charge et à décharge afin de décider d'exercer ou non l'action publique⁵. Cette décision est encadrée par le principe de légalité : si les conditions posées par la loi sont remplies, le parquet devra mettre en mouvement l'action. Dans le cadre de l'enquête, il peut (faire) procéder à « des recherches de toute nature »⁶. Si, pendant les investigations, le parquet estime devoir procéder à certains actes particulièrement graves ou destinés à acquérir une certaine valeur probante, telle l'audition sous serment, il doit en faire la demande au juge du tribunal cantonal⁷. Ce

¹ T. VORMBAUM, *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, op. cit., p. 84. V., en français, H. HENRION et N. SALDITT, « Le ministère public allemand, une institution ambivalente », dans C. LAZERGES (dir.), *Figures du parquet*, PUF, 2006, p. 29.

² G. PRECHTEL, *Das Verhältnis der Staatsanwaltschaft zum Ermittlungsrichter. Eine kritische Betrachtung der Mitwirkung des Richters im Ermittlungsverfahren, insbesondere zur Bedeutung des § 162 StPO*, VVF, 1995, p. 10 et 20.

³ Code impérial de procédure pénale (*Reichsstrafprozessordnung* ou *RstPO*), § 151 : « L'ouverture d'une instruction judiciaire est subordonnée à l'introduction d'une accusation » (Traduction reprise de F. DAGUIN, *Code de procédure pénale allemand traduit et annoté*, F. Pichon Librairie, 1884).

⁴ Code impérial de procédure pénale (*Reichsstrafprozessordnung* ou *RstPO*), § 152 : « La mission d'intenter l'accusation publique est confiée au ministère public » (Traduction reprise de F. DAGUIN, *Code de procédure pénale allemand traduit et annoté*, F. Pichon Librairie, 1884).

⁵ Code impérial de procédure pénale (*Reichsstrafprozessordnung* ou *RstPO*), § 158 : « Aussitôt que le ministère public aura été avisé par une dénonciation ou autrement, qu'un acte punissable est présumé avoir été commis, il devra s'enquérir de l'état réel des choses, en vue de décider s'il y a lieu d'intenter l'accusation publique » (Traduction reprise de F. DAGUIN, *Code de procédure pénale allemand traduit et annoté*, F. Pichon Librairie, 1884).

⁶ Code impérial de procédure pénale (*Reichsstrafprozessordnung* ou *RstPO*), § 159 (Traduction reprise de F. DAGUIN, *Code de procédure pénale allemand traduit et annoté*, F. Pichon Librairie, 1884).

⁷ Code impérial de procédure pénale (*Reichsstrafprozessordnung* ou *RstPO*), § 160 : « Lorsque le ministère public estimera qu'un acte d'instruction judiciaire est nécessaire, il remettra ses conclusions au juge de bailliage dans le ressort duquel l'opération devra avoir lieu » (Traduction reprise de F. DAGUIN, *Code de procédure pénale allemand traduit et annoté*, F. Pichon Librairie, 1884).

système se maintient après la chute de l'Empire. Le Code impérial est alors simplement republié sous le titre de Code de procédure pénale (*Strafprozessordnung*)¹.

À l'issue des investigations, lorsque le parquet estime l'accusation motivée, il saisira le juge d'instruction (*Voruntersuchungsrichter*) ou directement une juridiction de jugement par un acte d'accusation (*Anklageschrift*). L'instruction judiciaire est, avec le Code de 1877, obligatoire pour les crimes de sang² et les délits commis par voie de presse³. Lorsqu'une instruction est ouverte, c'est le juge d'instruction qui la dirige⁴ et mène les investigations. Le procureur allemand n'est donc pas encore ce maître de la procédure préparatoire (*Herrin des Vorverfahrens*) qu'il est aujourd'hui⁵.

200. Nazisme et juge d'instruction. Sous le régime nazi, la doctrine prône l'abolition du juge d'instruction au profit d'un ministère public tout puissant au nom de la fin du mythe de la séparation des pouvoirs⁶. Si un projet de nouveau Code de procédure pénale est présenté en 1939, la Seconde Guerre mondiale empêche son adoption. Le régime préférera alors user de la voie réglementaire pour modifier de nombreuses fois le Code, augmentant sans cesse les pouvoirs du parquet dans la phase préparatoire⁷. À partir du quatrième décret de facilitation de l'exercice de la fonction judiciaire du 13 décembre 1944, le procureur évince totalement le juge⁸ jusqu'à ce que la loi de rétablissement de l'unité du

¹ Le *Strafprozessordnung* actuellement en vigueur est en réalité une republication au journal officiel du 7 avril 1987. Il n'y a donc pas eu de nouveau Code de procédure pénale en Allemagne, à la différence des expériences française ou italienne.

² J. WALTHER, « Se passer du juge d'instruction à la lumière allemande ? », *op. cit.*, spéc. p. 146.

³ Plus précisément, l'instruction est obligatoire pour les affaires relevant du tribunal de l'Empire et de la cour d'assises, facultative et sur demande du ministère public ou de l'inculpé pour les affaires relevant des tribunaux régionaux, et interdite sauf connexité pour les faits relevant des tribunaux d'échevins : v. Code impérial de procédure pénale (*Reichsstrafprozessordnung* ou *RstPO*), § 176.

⁴ Code impérial de procédure pénale (*Reichsstrafprozessordnung* ou *RstPO*), § 182.

⁵ E. C. RAUTENBERG, « Die deutsche Staatsanwaltschaft im Wandel der Zeiten », dans *Die Zukunft von Staatsanwaltschaft und Kriminalpolizei in Deutschland*, Clear Canvas, 2013, p. 19.

⁶ V. les développements détaillés de W.-P. KOCH, *Die Reform des Strafverfahrensrechts im Dritten Reich unter besonderer Berücksichtigung des StVO-Entwurf 1939*, *op. cit.*, p. 112 et s.

⁷ W.-P. KOCH, *Die Reform des Strafverfahrensrechts im Dritten Reich unter besonderer Berücksichtigung des StVO-Entwurf 1939*, *ibid.*, p. 233 et s.

⁸ G. PRECHTEL, *Das Verhältnis der Staatsanwaltschaft zum Ermittlungsrichter. Eine kritische Betrachtung der Mitwirkung des Richters im Ermittlungsverfahren, insbesondere zur Bedeutung des § 162 StPO*, *op. cit.*, p. 46.

droit du 12 septembre 1950 (*Gesetz zur Wiederherstellung der Rechtseinheit*) revienne, plus ou moins, à l'état d'avant 1933¹.

201. La réforme de 1974. La première loi de réforme de la procédure pénale, adoptée le 9 décembre 1974 et entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1975, *supprime la figure du juge d'instruction*². Le projet de loi a pour objectif principal d'accélérer et condenser la procédure dans l'intérêt du mis en cause et du renforcement de la lutte contre la délinquance³. Ce but est réalisé, outre la suppression de l'instruction judiciaire, par la prévision d'une obligation de comparution des témoins devant le parquet les convoquant (auparavant réservée au juge d'instruction), par l'admission de la consultation par le ministère public des documents saisis lors d'une perquisition (*idem*) et, enfin, par la prévision de contrôles par le juge lors de la phase préparatoire au regard des possibilités d'atteintes aux droits nouvellement reconnues au procureur. Les motivations de ce texte permettent de mieux comprendre les circonstances du décès de l'*Untersuchungsrichter*.

Les rédacteurs de la loi commencent par rappeler le passage, dans l'histoire juridique allemande, de la figure d'un juge tout puissant à un procès réformé marqué par la séparation d'un ministère public chargé de l'accusation et d'un juge d'instruction repassant obligatoirement (ou quasiment) derrière lui en ce qui concerne l'investigation⁴. Surtout, les rédacteurs font état d'un besoin urgent d'une réforme d'ensemble de la procédure pénale, pour les motifs suivants⁵ : le Code de procédure pénale repose encore sur une conception propre au XIX^e siècle ; la Constitution impose de réaliser un État de droit social ; la réforme du droit pénal matériel a modifié le sens du droit pénal et de la peine ; les causes et manifestations de la criminalité ont profondément évolué depuis 1877 ; la doctrine de

¹ Toute la législation nazie n'est pas pour autant annulée. Ainsi, la procédure d'adhésion (*Adhäsionsverfahren*), par laquelle la victime peut d'exercer son action civile en dommages-intérêts au cours d'une procédure pénale, est issue d'un décret de 1943 : v. H. HENRION, « Y a-t-il une place pour la victime en procédure pénale allemande », dans C. LAZERGES (dir.), *La victime sur la scène pénale en Europe*, PUF, 2008, p. 25, spéc. p. 28. De même, l'appareil judiciaire reste composé pour partie de magistrats ayant servi sous le nazisme : v. J. SCHMID, « Après la dénazification, la "renazification" ? La réintégration des magistrats en Allemagne d'après-guerre (1945-1968) », *Droit et Société* 2016, p.159.

² Sur ce texte, v. J. HERRMANN, « Die Strafprozeßreform vom 1. 1. 1975 », *JuS* 1976, p. 413 ; P. RIEB, « Der Hauptinhalt des Ersten Gesetzes zur Reform des Strafverfahrensrechts », *NJW* 1975, p. 81.

³ Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Reform des Strafverfahrensrechts (1. StVRG), Deutscher Bundestag, 7. Wahlperiode, Drucksache 7/551, p. 31 : « Sein Hauptziel ist es, das Verfahren zu beschleunigen und zu straffen und damit einerseits dem Anspruch des Beschuldigten auf Durchführung des Verfahren in einer angemessenen Zeit gerecht zu werden, andererseits einen weiteren wirkungsvollen Beitrag zur Verbesserung der Verbrechensbekämpfung zu leisten ».

⁴ *Ibid.*, p. 31 et s.

⁵ *Ibid.*, p. 32 et s.

procédure pénale et la jurisprudence ont fortement amélioré les bases dogmatiques de la procédure pénale et ont produit de nouvelles connaissances.

Lorsqu'il en arrive à la suppression du juge d'instruction, le législateur avance plus précisément cinq arguments¹. Tout d'abord, il est nécessaire, au regard des exigences constitutionnelles et notamment au regard de la séparation des pouvoirs, de limiter l'activité du juge dans la phase préparatoire à un contrôle des atteintes aux droits et libertés. Ensuite, il convient d'accélérer la procédure ; or l'instruction est souvent une perte de temps, car le juge se contente d'interroger l'individu mis en cause avant de renvoyer l'affaire en jugement. Ce d'autant plus, et il s'agit des troisième et quatrième arguments, que la méfiance à l'encontre du parquet n'a plus lieu d'être dans l'Allemagne de la Loi fondamentale garantissant le respect de la loi, du droit et des droits, de même que l'instruction n'offre plus de garanties supplémentaires à la défense par rapport à l'enquête du procureur. Enfin, est avancée la faible quantité d'instructions ouvertes – entre 1,70 % et 14,34 % des affaires jugées suivant les juridictions en 1971. Seules les procédures de première instance devant le tribunal régional supérieur, qui concernent des faits graves, sont précédées pour 43,64 % d'entre elles d'une instruction judiciaire (ce qui ne renvoie, en réalité, qu'à vingt-quatre affaires pour l'année 1971)². Ces différentes motivations se retrouvent en doctrine³. Le juge d'instruction allemand meurt sans un bruit le 1^{er} janvier 1975, les derniers des *Untersuchungsrichter* continuant de s'occuper des instructions ouvertes avant l'entrée en vigueur de la réforme⁴. Quelques années plus tard, son cousin italien allait connaître une fin beaucoup plus violente.

¹ Entwurf eines Ersten Gesetze zur Reform des Strafverfahrensrechts (1. StVRG), Deutscher Bundestag, 7. Wahlperiode, Drucksache 7/551, p. 37-40.

² *Ibid.*, p. 130-131.

³ Pour une présentation détaillée, et en français, v. J. WALTHER, « Se passer du juge d'instruction à la lumière allemande ? », *op. cit.*, p. 141.

⁴ Ersten Gesetze zur Reform des Strafverfahrensrechts (1. StVRG), 9 décembre 1974, art. 11 (2).

2. L'expérience italienne

202. Les premiers Codes. Ici encore, il faut remonter dans le temps et étudier rapidement les différents codes italiens pour saisir l'ampleur de la « révolution d'octobre 1989 »¹.

L'Italie unifiée se dote d'un Code de procédure pénale en 1865, dont le schéma reprend assez classiquement la tradition napoléonienne. Le ministère public est notamment considéré comme un représentant du pouvoir exécutif près l'appareil judiciaire². Il est cependant soumis au principe de légalité des poursuites³ et doit obligatoirement saisir le juge d'instruction en dehors des cas possibles de citation directe⁴. Dès la parution du Code sont proposées de nombreuses réformes⁵, y compris l'abolition du tout jeune juge d'instruction et son remplacement par une phase préliminaire entre les mains du ministère public⁶.

Le premier Code italien est remplacé, déjà sur la base d'un mécanisme de délégation parlementaire⁷, par le décret royal du 27 février 1913. Suite aux critiques faites au précédent texte, les rapports entre parquet et juge d'instruction sont substantiellement modifiés au profit du premier, qui acquiert dans certaines hypothèses des pouvoirs d'instruction⁸. On distingue à partir de cette date, et jusqu'à la grande réforme de 1989, deux types d'instruction. La première est l'instruction dite sommaire, effectuée par le ministère public

¹ E. AMODIO, « Come eravamo. Il ruolo dei giuristi nella elaborazione del codice », dans *Il rito accusatorio a vent'anni dalla grande riforma. Continuità, fratture, nuovi orizzonti*, Giuffrè, 2012, p. 1.

² Décret n° 2626 du 6 décembre 1865 sur l'organisation judiciaire du Royaume d'Italie, art. 129 : « le ministère public est le représentant du pouvoir exécutif auprès de l'Autorité judiciaire et est placé sous la direction du ministre de la justice » (« Il Pubblico Ministero è il rappresentante del potere esecutivo presso l'autorità giudiziaria, ed è posto sotto la direzione del ministro della giustizia »).

³ Code de procédure pénale italien de 1865, art. 1 : « Tout fait coupable donne lieu à une action pénale » (Traduction reprise de H. MARCY, *Code de procédure pénale du Royaume d'Italie*, Librairie A. Maresquaine, 1881).

⁴ Code de procédure pénale italien de 1865, art. 43 : « Quand parviendront au Procureur du Roi des dénonciations, des plaintes, des procès-verbaux, des rapports ou indications d'un fait punissable relevant de son ministère, il fera sans retard, au juge d'instruction, les réquisitions opportunes pour la recherche du fait et la découverte des auteurs et des complices ; à moins qu'il ne soit dans le cas de requérir par voie de citation directe, telle qu'elle est portée dans le troisième paragraphe de l'art. 471 ; auquel cas il pourra procéder directement aux informations préliminaires qu'il reconnaîtrait opportunes » (Traduction reprise de H. MARCY, *Code de procédure pénale du Royaume d'Italie*, Librairie A. Maresquaine, 1881).

⁵ Sur les débats de l'époque, v. A. SANTANGELO CORDANI, « Il dibattito dottrinale sull'azione penale in età postunitaria », dans *Studi in onore di Giorgio De Nova*, Giuffrè, 2015, p. 2725.

⁶ V. M. NATALE, « Una breve riflessione sul codice di rito del 1913 : azione penale, pubblico ministero e giudice istruttore tra modello misto e suggestioni accusatorie », *Historia ed ius*, 3 (2013), paper 9, spéc. p. 8.

⁷ Loi n° 598 du 20 juin 1912.

⁸ V. F. RUGGIERI, *La giurisdizione di garanzia nelle indagini preliminari*, Giuffrè, 1996, p. 72 et s.

et concernant les délits les moins graves. L'issue en est généralement la citation directe. La seconde est l'instruction formelle, œuvre du juge d'instruction. Mais les cadres se brouillent par rapport au Code de 1865, puisque le parquet peut accomplir certains actes réservés en principe au juge d'instruction et à l'instruction formelle, à condition de respecter les dispositions de l'instruction formelle¹. Le ministère public devient ainsi « une figure hybride »², entre le procureur napoléonien et le juge d'instruction. On aboutit à ce que l'on a qualifié « d'instruction mixte »³. D'un point de vue plus général, le système reste caractérisé par une phase préparatoire conséquente influençant fortement la phase des débats.

203. Juge d'instruction et fascisme. Le Code de 1913 est balayé par l'ère fasciste, qui se dote de son propre Code de procédure pénale en 1930, dit Code Rocco⁴ et présenté à l'époque comme « l'expression la plus élevée de la pensée scientifique moderne »⁵. Le but est d'affirmer l'autorité de l'État :

« Les applications procédurales des doctrines démocratiques et libérales, selon lesquelles l'individu est mis face à l'État, l'autorité est considérée comme accablant de manière insidieuse l'individu et où l'accusé, même pris en flagrant délit, est présumé innocent, sont totalement éliminées, de même que la tendance générale favorable aux délinquants, fruit d'un sentimentalisme aberrant et malsain ayant grandement affaibli la répression et favorisé l'expansion de la criminalité. »⁶

La phase préparatoire est marquée par une forte augmentation des pouvoirs du parquet, agent de l'exécutif. Le placement en détention provisoire devient obligatoire pour

¹ Code de procédure pénale italien de 1913, art. 278. L'article mentionne les inspections, les fouilles personnelles et les saisies. En conséquence du respect des formes de l'instruction formelle, ces actes avaient valeur de preuve lors de l'audience.

² M. NATALE, « Una breve riflessione sul codice di rito del 1913 : azione penale, pubblico ministero e giudice istruttore tra modello misto e suggestioni accusatorie », *Historia ed ius*, 3 (2013), paper 9, spéc. p. 8.

³ *Ibid.*

⁴ Du nom du ministre de la Justice de l'époque, Alfredo Rocco, qui ne doit pas être confondu avec son frère, Arturo, éminent pénaliste. Sur l'attitude des juristes universitaires lors de la fin du fascisme et du passage à la République, v. E. DE CRISTOFARO, « Giuristi e cultura giuridica dal fascismo alla Repubblica (1940-1948), *Laboratoire italien* 12/2012, disponible en ligne sur openedition.org.

⁵ V. l'historique scientifique du Code Rocco proposé par M. N. MILETTI, « La scienza nel codice. Il diritto processuale penale nell'Italia fascista », dans L. GARLATI (dir.), *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, Giuffrè, 2010, p. 57 : « la più elevata espressione del moderno pensiero scientifico ».

⁶ A. ROCCO, « Relazione del Guardasigilli al Progetto preliminare di un nuovo Codice di Procedura Penale », cité par A. CAPONE, *Storia, cultura e principi del processo penale*, Reggio Calabria, Università degli Studi Mediterranea, 2016, p. 45 (accessible en ligne sur <https://www.unirc.it>) : « Le applicazioni processuali delle dottrine demo-liberali, per cui l'individuo è posto contro lo Stato, l'Autorità è considerata come insidiosa sopraffattrice del singolo e l'imputato, quand'anche sorpreso in flagranza, è presunto innocente, sono del

certaines infractions punies au-delà d'un certain seuil (*cattura obbligatoria*) et peut parfois être décidé par le procureur sans recours au juge. On conserve toutefois la distinction entre instruction sommaire et instruction formelle. L'influence de la phase préliminaire sur la phase des débats est extrêmement forte, puisque la lecture des actes d'instruction, voire même des actes effectués par la police judiciaire avant toute ouverture d'une instruction, devient la règle lors de l'audience¹.

204. Gestation d'une réforme. Suite à l'adoption de la première Constitution républicaine du pays le 27 décembre 1947², il devient vite évident que le Code Rocco est en conflit ouvert avec les dispositions constitutionnelles. D'où deux mouvements parallèles³.

Le premier consiste, pour le législateur mais aussi pour les juges de la *Consulta*⁴, à modifier ponctuellement le Code afin de le mettre en conformité à la Constitution. Cela commence dès 1955, avec une série de modifications concernant l'instruction formelle, conduite par le juge d'instruction, modifications que la Cour constitutionnelle s'empresse d'étendre à l'instruction sommaire dirigée par le parquet. Il en résulte un système qualifié de « garantisme inquisitoire »⁵ et parfois critiqué : ainsi est dénoncée la « superposition »⁶ des instructions sommaire et formelle, ou encore l'inadaptation des bases structurelles du

tutto eliminate, insieme a quella generica tendenza favorevole per i delinquenti, frutto di un sentimentalismo aberrante e morboso, che ha tanto indebolito la repressione e favorito il dilagare della criminalità ».

¹ Code de procédure pénale italien de 1930, arts. 462, 463 et 466.

² La Constitution italienne, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1948, est indubitablement prise en réaction à la période autoritaire, comme le sera la *Grundgesetz* allemande en 1949. À la libération de Rome en 1944, le nouveau gouvernement émet un décret prévoyant que le choix entre la forme monarchique et républicaine du pays devra être remis au peuple lors de l'élection d'une assemblée constituante. En attendant que ces élections puissent avoir lieu – l'Italie étant coupé en deux, et en proie à une guerre civile – est instituée la trêve institutionnelle (*tregua istituzionale*), imposant qu'aucune mesure du pouvoir politique ne viennent faire pencher la balance entre l'une ou l'autre des options. Après la chute de la République de Salò en 1945, le choix est fait de procéder à un référendum sur la question monarchique. Celui-ci a lieu le 2 juin 1946 et l'option républicaine l'emporte d'une majorité plutôt courte (54,27 % des suffrages exprimés). Le même jour, sont élus les membres de l'assemblée constituante, qui mettra donc un peu plus d'un an et demi à rédiger le texte fondamental. Sur les premières décennies, mouvementées, de la République italienne, v. M. LAZAR, « Une République incertaine, de 1945 à la fin des années 1980 », dans M. LAZAR (dir.), *L'Italie contemporaine*, Fayard, 2009, p. 27.

³ V. le témoignage de G. VASSALLI, « Introduzione », dans L. GARLATI (dir.), *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, Giuffrè, 2010, p. 9.

⁴ Le *palazzo della Consulta* est le siège de la Cour constitutionnelle italienne depuis son instauration place du Quirinale, en face du *Palazzo del Quirinale*, siège de la présidence de la République.

⁵ L'expression (*garantismo inquisitorio*) est due à Ennio Amodio dans les années soixante-dix : v. E. AMODIO, « Verso una storia della giustizia penale in età moderna e contemporanea », *Criminalia* 2010, p. 11.

⁶ M. FERRAIOLI, *Il ruolo di garante del giudice per le indagini preliminari*, 4^e éd., CEDAM, 2014, note 15 p. 10.

Code Rocco aux greffes constitutionnelles. Surtout, les critiques redoublent quant au conditionnement, quant à l'« hypothèque »¹ posée par l'instruction sur le juge des débats.

Cela explique le second mouvement, de fond, visant à *une refonte complète du Code* à partir des années soixante². Les différentes propositions sont marquées par la volonté farouche de mettre fin à l'influence de la phase préparatoire sur la phase des débats³. D'où l'idée d'un système où la formation de la preuve a réellement lieu lors de l'audience, dans le respect du contradictoire et devant un juge tiers et impartial. Chose étonnante, cela n'emporte pas, jusqu'à la loi de délégation du 16 février 1987, base du nouveau Code, la suppression du juge d'instruction mais plutôt la limitation très forte de la phase préparatoire et du rôle du juge. Ainsi le projet préliminaire présenté en 1978 sur le fondement d'une première loi de délégation prise en 1974⁴ conserve la figure du juge d'instruction, même atrophiée : le juge, devenu juge des actes d'instruction, ne peut accomplir que les actes limitativement énumérés par la loi. De plus, la phase préparatoire est enserrée dans des délais stricts : le ministère public a trente jours à partir de l'information de la commission d'une infraction (*notizia di reato*) pour se décider sur l'action publique, sinon il doit impérativement saisir le juge des actes d'instruction. S'ouvre alors une phase où le juge ne peut accomplir que certains actes prévus par la loi, mais qui peut durer jusqu'à trente mois. Ce projet n'aboutira pas, pour deux raisons. Tout d'abord, on se rend vite compte que la conservation de la figure du juge d'instruction, même si son activité est limitée, fait courir le risque du maintien dans le nouveau système d'une phase d'instruction⁵ que tous s'accordent pourtant à vouloir rejeter dans les limbes de l'histoire de la procédure pénale. Il faut ensuite noter les oppositions politiques, liées au contexte de l'Italie de l'époque : le projet (1974-1978) est en effet discuté en pleines années de plomb (*anni di piombo*)⁶,

¹ Il s'agit du terme communément employé par la doctrine pour critiquer l'emprise de la phase d'instruction sur la phase de jugement : v. not. G. CONSO *et al.*, *Compendio di procedura penale*, 8^e éd., CEDAM, 2016, p. LVIII.

² V., relevant l'anachronisme du maintien d'un code hérité du fascisme dans un pays démocratique, A. GAITO, « Presentazione », dans *Le nuove disposizioni sul processo penale*, CEDAM, 1989, p. 1.

³ Pour l'exposé détaillé des différents projets, v. le premier chapitre de l'ouvrage de M. FERRAIOLI, *Il ruolo di « garante » del giudice per le indagini preliminari*, op. cit., p. 1 et s. Sur le projet le plus important des années soixante, dû à Francesco Carnelutti, v. O. MAZZA, « L'illusione accusatoria : Carnelutti e il modello dell'inchiesta preliminare di parte », dans L. GARLATI (dir.), *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, Giuffrè, 2010, p. 153.

⁴ Loi de délégation n° 108 du 3 avril 1974. Cette loi sera revotée pour cause de nouvelle législature et d'épuisement des délais en 1977.

⁵ M. BARGIS, « L'incidente probatorio », *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 1990, p. 1328.

⁶ V. M. LAZAR et M.-A. MATARD-BONUCCI (dir.), *L'Italie des années de plomb*, Autrement, 2010, en particulier les contributions de Franck Laffaille (« L'État de droit en Italie durant les années de plomb et sa perception par la tradition juridique française », p. 305) et de Gian Carlo Caselli et Armando Spataro (« La

marquées par l'émergence des terrorismes rouges et noirs. Est alors votée la législation d'urgence (*legislazione d'emergenza*)¹, visant notamment à faciliter le recours à la détention provisoire et à renforcer la lutte contre le terrorisme. Inutile de dire qu'un projet visant à refondre l'entier système de procédure pénale en supprimant son personnage phare avait peu de chance d'aboutir en des temps si troublés. Pourquoi alors ne pas avoir simplement promulgué le projet de 1978 à la sortie des années de plomb ? La réponse est simple : le juge d'instruction demeure².

205. La fin du *giudice istruttore*. D'où l'idée d'une nouvelle loi de délégation et surtout la ferme conscience de la nécessaire abolition du juge d'instruction. Non pas une reformulation, une rénovation ou un relooking, mais bien une élimination pure et simple du juge, de son office et de sa phase. Ce sont ici deux éléments fondamentaux : la suppression du juge d'instruction est la conséquence jugée inéluctable pour une véritable refondation de l'entière procédure et, puisque le juge d'instruction est le dernier obstacle sur la route, il faut l'annihiler et ne pas se contenter de retouches de façade.

C'est sur la base de ces deux fondamentaux que le Parlement va émettre la seconde – et dernière – loi de délégation en vue de la réalisation d'un nouveau Code de procédure pénale, le 16 février 1987. Cette loi est minutieusement détaillée³ en même temps que limpide lorsqu'elle affirme que « le Code de procédure pénale doit réaliser les principes de la Constitution et être conforme aux normes des conventions internationales ratifiées par l'Italie relatives aux droits de la personne et au procès pénal. Le Code doit de plus réaliser dans le procès pénal les caractéristiques du système accusatoire, selon les principes et critères qui suivent »⁴. La référence au système accusatoire doit cependant bien être

magistrature italienne durant les années de plomb », p. 372). Sur les conflits et mouvements sociaux précédant et alimentant les années de plomb, v. I. SOMMIER, « D'une crise sociale à l'autre. Des années 1940-1950 aux années de plomb », dans M. LAZAR (dir.), *L'Italie contemporaine*, Fayard, 2009, p. 55.

¹ Il s'agit d'un ensemble de lois prises en réaction aux années de plomb qui ont notablement augmenté les pouvoirs de police en amoindrissant l'intervention de l'autorité judiciaire. Ces lois, majoritairement temporaires, ont tout de même marqué de leur esprit certains pans de la procédure pénale italienne, notamment en matière de criminalité organisée : v. S. CENTONZE et L. GIOVEDÌ, *Terrorismo e legislazione d'emergenza*, Key, 2016, p. 53 et s. Sur le processus de sortie de la législation d'urgence au cours des années quatre-vingt, v. E. AMODIO, « Il processo penale nella parabola dell'emergenza », *Cassazione penale*, 1983, p. 2114.

² D. SIRACUSANO, « Il nuovo codice di procedura penale : realtà e prospettive », dans *Le nuove disposizioni sul processo penale*, CEDAM, 1989, p. 11, spéc. n° 2.

³ L'article 2 de la loi comprend pas moins de cent cinq directives à l'intention du législateur délégué. Certains ont déploré la longueur et parfois la complexité de la loi de délégation : v. M. CHIAVARIO, « Introduzione », dans *Il rito accusatorio a vent'anni dalla grande riforma*, Giuffrè, 2012, p. 7, spéc. p. 10.

⁴ Loi de délégation n° 81 du 16 février 1987, art. 2 al. 1 : « Il codice di procedura penale deve attuare i principi della Costituzione e adeguarsi alle norme delle convenzioni internazionali ratificate dall'Italia e relative ai

comprise : à l'inverse de ce que l'on peut parfois lire dans la doctrine française¹, il n'apparaît pas que l'Italie a simplement et radicalement opté pour la transposition d'un modèle de type étatsunien, paroxysme de l'accusatoire. Selon Ennio Amodio, membre de la commission Pisapia chargée de rédiger le projet définitif de Code de procédure pénale : « même si l'écho d'institutions propres au procès anglo-américain est indéniable, la rencontre des rédacteurs du Code avec cette culture résulte plus d'une convergence d'autocritiques sur le contenu du projet de 1978 que de l'importation directe d'un produit extérieur »². Cette commission Pisapia, véritable « table commune où se retrouvaient politiciens, juristes, magistrats et avocats avec la même dignité »³, rend son projet en 1988, transmis au Parlement mais aussi, chose remarquable, aux universités⁴, aux organisations professionnelles et au Conseil supérieur de la magistrature. Le texte, validé par le Parlement, devient le premier et seul Code de l'Italie Républicaine⁵. Ce code, dit Code Vassalli⁶, entre en vigueur le 24 octobre 1989, signant l'arrêt de mort du *giudice istruttore* et la naissance du *giudice per le indagini preliminari*, clé de voûte du nouveau système⁷.

diritti della persona e al processo penale. Esso inoltre deve attuare nel processo penale i caratteri del sistema accusatorio, secondo i principi ed i criteri che seguono ». On a pu souligner que la mention d'une réalisation du système accusatoire « selon les principes et critères qui suivent » tend à signifier non pas une transposition pure et simple du modèle accusatoire, mais une transposition sélective : v. G. CONSO, « Problemi di metodo e scelte di fondo », dans *Le nuove disposizioni sul processo penale*, CEDAM, 1989, p. 169, spéc. n° 3.

¹ V. par exemple M. DORWLING-CARTER, « Faut-il supprimer le juge d'instruction ? », JCP G 1990, I, 3458.

² E. AMODIO, « Affermazioni e sconfitte della cultura dei giuristi nella elaborazione del nuovo codice di procedura penale », *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 1996, n° 4, p. 899, spéc. p. 908 : « Anche se è innegabile l'eco di istituti radicati nel processo anglo-americano, l'incontro dei "giuristi del codice" con quella cultura è derivato da una convergenza frutto di autocritica sui contenuti del Progetto del 1978 piuttosto che dalla importazione diretta del prodotto estero ». *Contra* v. G. MONACO, *Pubblico ministero ed obbligatorietà dell'azione penale*, Giuffrè, 2003, p. 97.

³ E. AMODIO, « Come eravamo : il ruolo dei giuristi nella elaborazione del Codice », dans *Il rito accusatorio a vent'anni dalla grande riforma. Continuità, fratture, nuovi orizzonti, op. cit.*, spéc. p. 2. V. aussi l'intervention, dans le même ouvrage, de D. SIRACUSANO, « Relazione di sintesi », p. 465, spéc. p. 474.

⁴ V., saluant cette initiative, S. CAPRIOLI, « Saluto del preside della facoltà », dans *Le nuove disposizioni sul processo penale*, CEDAM, 1989, p. 7.

⁵ Ce caractère historique est souvent souligné par la doctrine : v. par exemple G. CONSO, « Problemi di metodo e scelte di fondo », *op. cit.*, spéc. n° 2 ; G. CASAROLI, « La notion européenne de tribunal impartial et indépendant et le système italien », *Rev. sc. crim.* 1990, p. 107.

⁶ Du nom du ministre de la Justice de l'époque, Giuliano Vassalli. V. E. AMODIO, « Giuliano Vassalli e il suo codice », *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 2010, p. 1808.

⁷ G. GAVOTTI, « Intervento », dans *Il giudice per le indagini preliminari dopo cinque anni di sperimentazione*, Giuffrè, 1996, p. 195, spéc. p. 196.

3. Leçons étrangères

206. Bilan. Que retenir de cette longue mais nécessaire histoire comparée de la suppression du juge d'instruction ? L'Allemagne et l'Italie présentent des attitudes différentes qui parfois se recourent.

207. Différences. La première différence, évidente, tient à l'ampleur du mouvement de suppression et au barnum attendant. Là où le *Untersuchungsrichter* meurt alors que « peu de voix se sont élevées [...] pour défendre ou pleurer le cher disparu »¹, le *giudice istruttore* est emporté par des rancœurs doctrinales alimentées et ressassées pendant plus de trente années. On a pu parler, en Italie, d'un facteur *h²* affligeant le juge d'instruction, pour *horror hereditatis*². Derrière cette différence baroque, l'on peut déceler des raisons structurelles tenant à l'organisation des procédures allemande et italienne. La suppression du juge d'instruction allemand ne s'accompagne pas d'un changement de procédure pénale – le Code n'est pas refondu mais simplement republié – tout simplement parce qu'il n'y en a pas besoin. En effet, dès le Code impérial de procédure pénale, le procureur peut, lors de son enquête, demander certains actes à un juge du tribunal cantonal, sans ouvrir pour autant une instruction judiciaire. C'est-à-dire que la figure du juge de l'enquête (*Ermittlungsrichter*) existe en Allemagne depuis 1877 ! En 1974, l'on pouvait ainsi se contenter d'un simple transfert de pouvoirs du *de cuius* vers le procureur. À l'inverse, l'Italie s'est bâtie sur le modèle du juge d'instruction titulaire de la fonction d'investigation. En conséquence, sa suppression impliquait un changement total de système – ou plutôt : un changement total de système ne pouvait avoir lieu que par l'élimination méthodique du *giudice istruttore*.

La seconde différence entre l'Italie et l'Allemagne tient à ce que cette dernière connaît encore, par exception, une activité investigatrice du juge de l'enquête puisque le ministère public va pouvoir lui demander d'effectuer lui-même certains actes

¹ J. WALTHER, « Se passer du juge d'instruction à la lumière allemande ? », *op. cit.*, spéc. p. 148.

² E. AMODIO, « Affermazioni e sconfitte della cultura dei giuristi nella elaborazione del nuovo codice di procedura penale », *op. cit.*, spéc. p. 909. V. aussi, insistant sur le fait que le nouveau juge pour les enquêtes préliminaires « ne reproduit en aucune manière la figure du juge instructeur », G. CASAROLI, « La notion européenne de tribunal impartial et indépendant et le système italien », *op. cit.*. Dans le même sens, v. M. CURTOTTI, « Intervento », *Il giudice per le indagini preliminari dopo cinque anni di sperimentazione*, Giuffrè, 1996, p. 163.

d'investigation, notamment les auditions sous serment ou l'interrogatoire de la personne soupçonnée, ceci afin de garantir une valeur probante à de tels actes¹. Cette disposition est cependant analysée, par les juges de Karlsruhe², comme un cas de coopération entre autorités, prévue par la Loi fondamentale elle-même³, le juge n'intervenant pas alors en tant que juridiction⁴. Un tel mécanisme est absent du système italien. Le mécanisme de l'incident probatoire, où l'une des parties va demander au juge pour les enquêtes préliminaires d'organiser un débat contradictoire permettant, dès la phase préparatoire, de donner valeur de preuve à un acte d'investigation, ne concerne en effet nullement l'investigation, qui reste du domaine exclusif du parquet⁵, mais seulement la possibilité de produire tel ou tel acte d'investigation déjà effectué lors de l'audience de jugement malgré le principe d'imperméabilité des phases⁶.

208. Convergences. Les expériences allemandes et italiennes de suppression du juge d'instruction se rapprochent, en revanche, quant à l'importance du contexte de la réforme. Dans les deux pays, les auteurs et le législateur mentionnent les exigences constitutionnelles. À chaque fois, il s'agit de mettre en conformité un Code datant ou durement touché par une période totalitaire, période que les nouvelles Constitutions entendent définitivement enterrer. L'Italie se démarque peut-être par sa réaction marquée au contexte politico-social : le premier projet de 1978 est, entre autres, resté lettre morte, car proposé en pleines années de plomb et la Cour constitutionnelle entamera une contre-réforme à la suite de la parution du Code de 1989 alors que l'Italie est secouée par les attentats mafieux et l'opération mains propres. Mais là encore, cette différence s'explique par l'ambition italienne d'une refondation de toute sa procédure pénale.

¹ Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 162.

² La Cour constitutionnelle fédérale allemande siège à Karlsruhe, au Bade-Wurtemberg.

³ Loi fondamentale allemande (*Grundgesetz* ou *GG*), art. 35 al. 1 : « Toutes les autorités de la Fédération et des Länder se prêtent mutuellement entraide judiciaire et administrative ». V. Cour constitutionnelle fédérale allemande, 27 avril 1971, 2 BvL 31/71 (BVerfGE 31, 43) ; Cour constitutionnelle fédérale allemande, 28 novembre 1957, 2 BvL 11/56 (BVerfGE 7, 183).

⁴ Contra v. G. PRECHTEL, *Das Verhältnis der Staatsanwaltschaft zum Ermittlungsrichter. Eine kritische Betrachtung der Mitwirkung des Richters im Ermittlungsverfahren, insbesondere zur Bedeutung des § 162 StPO*, *op. cit.*, spéc. p. 197 ; J. BRÜNING et M. WENSKE, « Der Ermittlungsrichter – Ein Hilfsorgan der Staatsanwaltschaft ? », *ZIZ* 7/2008, p. 340.

⁵ D. SIRACUSANO, « Il nuovo codice di procedura penale : realtà e prospettive », *op. cit.*, spéc. n° 2. Contra v. G. D. PISAPIA, « Il giudice per le indagini preliminari : bilancio di un quinquennio », dans *Il giudice per le indagini preliminari dopo cinque anni di sperimentazione*, Giuffrè, 1996, p. 3, spéc. n° 4.

⁶ Sur lequel v. *supra* n° 127.

Enfin, et c'est là un point rassurant, l'Allemagne et l'Italie ne se sont pas écroulées après avoir supprimé le juge d'instruction. Au contraire, trois ou quatre décennies plus tard, personne ne propose, à notre connaissance, de revenir à un juge titulaire de la fonction d'investigation¹. La comparaison des droits permet donc de se rassurer : il est possible de supprimer le juge d'instruction. Et au regard des motivations avancées en Allemagne et en Italie, on peut s'étonner de l'acharnement français.

B. L'acharnement français

209. Le juge qui ne voulait pas mourir. La question de la suppression ou du maintien du juge d'instruction, « figure emblématique »² du système français, a toujours été brûlante et sujette aux controverses. Jean Pradel écrit dès 1989 que « depuis plus de cent cinquante ans [aujourd'hui cent quatre-vingt], l'instruction préparatoire pose problème »³. Chaque rapport ou proposition provoque son lot de réactions doctrinales, voire médiatiques, si bien qu'il est impossible de recenser toutes les prises de position de chacun. La passion avec laquelle est débattue la suppression de ce juge n'est pas sans rappeler les tensions italiennes précédant la réforme de 1989, alors même que la présence depuis 2000 du juge des libertés et de la détention nous renvoie à l'Allemagne et à la cohabitation, pendant presque un siècle, d'un juge d'instruction avec un juge de l'enquête intervenant dans les investigations du procureur. Quoi qu'il en soit, il faut profiter de ce moment de répit – depuis l'avant-projet de 2010, aucun texte n'a cherché à supprimer le juge d'instruction⁴ – pour revenir sur les termes de la controverse (1) et prendre position (2) de

¹ V. le constat fait, pour l'Allemagne, par H. JUNG, « Vers un nouveau modèle du procès pénal ? Réflexions sur les rapports "La mise en état des affaires pénales" », *Rev. sc. crim.* 1991, p. 526. Pour l'Italie, v. le constat de M. CHIAVARIO, « Intervento », *op. cit.* Soulignons l'exception de Giovanni Puglisi, disant regretter « un peu » le juge d'instruction : G. PUGLISI, « Intervento », dans *Il giudice per le indagini preliminari dopo cinque anni di sperimentazione*, Giuffrè, 1996, p. 159.

² G. GIUDICELLI-DELAGE, « La figure du juge de l'avant-procès entre symboles et pratiques », dans *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel*, Cujas, 2006, p. 335, spéc. p. 339 ; M. SEURIN, « De la loi du 15 juin 2000 à la loi du 9 mars 2004. Quel avenir pour l'instruction préparatoire ? », dans *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel*, Cujas, 2006, p. 565.

³ J. PRADEL, « De la réforme de l'instruction préparatoire », *D.* 1989, chron., p. 100.

⁴ V., affirmant que l'idée de la suppression du juge d'instruction « est désormais abandonnée », T. GARÉ et C. GINESTET, *Droit pénal. Procédure pénale*, 10^e éd., Dalloz, 2018, n° 352. V. aussi, parlant de « mort programmée puis déprogrammée du juge d'instruction », S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, 11^e éd., LexisNexis, 2018, n° 104. V. déjà, d'un point de vue allemand, K. NITSCHMANN, « Untersuchungsrichter vs Staatsanwaltschaft – eine Strukturfrage. Überlegungen vor dem Hintergrund von Claude Chabrols Film "L'ivresse du pouvoir" », dans J. LEBLOIS-HAPPE (dir.), *Vers un nouveau procès pénal ? Neue Wege des Strafprozesses*, Société de législation comparée, 2008, p. 81, spéc. p. 93.

manière la plus dépassionnée possible. L'historique de l'apparition du juge d'instruction ainsi que son évolution, connus et reconnus¹, ne seront en revanche pas abordées frontalement au profit des termes actuels de la discussion.

1. Les termes de la discussion

210. Péchés². Les arguments militant pour ou contre la suppression du juge d'instruction sont aujourd'hui connus de tous³. Aussi ne ferons-nous que les passer brièvement en revue.

Les partisans de la suppression avancent sept arguments. Le premier est la comparaison des droits : nos voisins ayant supprimé le juge d'instruction entonneraient le *te deum*, tandis qu'il serait en France temps d'entonner un *requiem* joyeux pour son prochain enterrement⁴. Le second argument concerne le faible nombre d'instructions diligentées⁵. Alors qu'en 1965 le juge d'instruction connaissait 20 % des affaires poursuivies⁶, ce taux est aujourd'hui tombé à 2,8 %⁷. À cela s'ajouterait un faible apport qualitatif de l'instruction, qui consisterait à refaire une enquête quasiment complète⁸, diffusion de la contrainte aidant⁹... On a encore pu reprocher au juge d'instruction sa proximité avec le procureur, les médias et, d'une manière plus générale, le pouvoir politique¹⁰. Le cinquième argument concerne la mise à mal, par l'instruction judiciaire, de

¹ V. J. WALTHER, « L'évolution de l'instruction de 1808 à 2009 : chronique des turpitudes d'un modèle français en péril », dans H. JUNG, J. LEBLOIS-HAPPE et C. WITZ (dir.), *200 Jahre Code d'instruction criminelle – Le bicentenaire du Code d'instruction criminelle*, Nomos, 2010, p. 108. V. dernièrement S. BLOT-MACCAGNAN et G. CALLEMEIN (dir.), *Du lieutenant criminel au juge d'instruction. Évolutions historiques et défis contemporains*, PUR, 2018.

² Référence est faite à l'article de J. PRADEL, « Tous les péchés du juge d'instruction méritent-ils sa mise à mort ? », *D.* 2009, p. 438.

³ V., pour un résumé original, A. DECOCQ, « Dialogue des morts sur la réforme de la procédure pénale », dans *Justice et droit du procès. Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Dalloz, 2010, p. 939.

⁴ S. GUINCHARD, « Requiem joyeux pour l'enterrement annoncé du juge d'instruction », dans *Code pénal et Code d'instruction criminelle, Livre du Bicentenaire*, Dalloz, 2010, p. 257.

⁵ V. par exemple F. SAINT-PIERRE, « Qu'espérer de la commission Léger ? Une réforme d'ampleur de la justice pénale ! », *AJ Pénal* 2009, p. 171.

⁶ L. SCHENIQUE, *La réforme de la phase préparatoire du procès pénal*, L'Harmattan, 2014, n° 170.

⁷ Calcul effectué à partir des *Chiffres-clés de la Justice 2018*. V., parlant de « reflux quantitatif de l'instruction préparatoire », M. SEURIN, « De la loi du 15 juin 2000 à la loi du 9 mars 2004. Quel avenir pour l'instruction préparatoire ? », *op. cit.*, spéc. p. 574 et s.

⁸ V. M. GARREC, « La juridiction d'instruction est-elle indispensable ? », *JCP G* 1986, I, 3266. V. aussi, d'une manière plus surprenante, J. PRADEL, « De la réforme de l'instruction préparatoire », *op. cit.*

⁹ Sur l'incidence du phénomène de diffusion de la contrainte sur l'instruction judiciaire, v. *supra* n° 20 et s.

¹⁰ V., fustigeant les magistrats acceptant des décorations, S. GUINCHARD, « Requiem joyeux pour l'enterrement annoncé du juge d'instruction », *op. cit.*, spéc. p. 266 et s.

la présomption d'innocence, avant tout parce que l'ouverture d'une telle procédure serait, pour le public, synonyme de culpabilité¹.

Les deux derniers arguments sont, quant à eux, intimement liés et parmi les plus souvent avancés : le juge d'instruction serait un juge seul cumulant plusieurs fonctions incompatibles entre elles. Il est ici fait référence à la question du cumul des fonctions d'investigation et de juridiction² voire même de poursuites lorsque le juge met en examen un individu non visé par le réquisitoire introductif du procureur, renvoie en jugement ou met en accusation³. C'est parce que ce cumul de fonctions est considéré comme néfaste – on ne peut à la fois être juge, enquêteur et procureur – que l'isolement de ce Janus⁴, seul juge de la phase préparatoire jusqu'en 2000, attise les critiques. À titre de comparaison, la formation à juge unique du tribunal correctionnel, prévue depuis 1972 pour le jugement des délits les moins graves⁵, n'a jamais déchaîné autant de passions – les délits routiers étant, il est vrai, moins attractifs que la chasse à ce juge que rien n'arrête et rien ne commande⁶.

211. Indulgences. Les adeptes du maintien du juge d'instruction répondent essentiellement par six arguments. À la faible utilisation pratique de l'instruction judiciaire,

¹ V. O. TRILLES, *Essai sur le devenir de l'instruction préparatoire*, Thèse Toulouse I, 2005, p. 141 et s.

² V. principalement M. DELMAS-MARTY (prés.), *La mise en état des affaires pénales : Rapports de la Commission Justice pénale et Droits de l'homme*, *op. cit.*

³ J.-H. ROBERT, « L'étrange figure de l'action publique au cours de l'instruction préparatoire » dans *Humanisme et justice : Mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage*, Dalloz, 2016, p. 413, spéc. p. 416 ; S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, *op. cit.*, n° 106 et 350 ; S. GUINCHARD, « L'instrumentalisation de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme dans les débats français sur le statut du parquet », dans *Les droits de l'homme à la croisée des droits. Mélanges en l'honneur du professeur Frédéric Sudre*, LexisNexis, 2018, p. 315, spéc. p. 319-320 ; S. GUINCHARD, « Requiem joyeux pour l'enterrement annoncé du juge d'instruction », *op. cit.*, spéc. p. 276 ; D. REBUT, « L'arrêt Medvedyev et la réforme de la procédure pénale », *D.* 2010, p. 970 ; E. BONIS-GARÇON et O. DÉCIMA, « Le parquet et les sirènes de l'indépendance. À propos du projet de loi du 27 mars 2013 et du projet de loi constitutionnelle du 14 mars 2013 », *JCP G* 2013, act. 460 ; M. LEMONDE, « Le juge des libertés et de la détention : une réelle avancée ? », *Rev. sc. crim.* 2001, p. 51.

⁴ J. MICHAUD, « Le Janus de la magistrature », *Rev. sc. crim.* 1974, p. 666. Jean Michaud est, au demeurant, loin de se prononcer pour une dissociation des fonctions, arguant qu'il est bien difficile de faire un tri hermétique des différentes fonctions exercées. Le terme a aussi pu être employé en Italie pour désigner le juge d'instruction : v. S. D'ALESSANDRO, « Intervento », dans *Il giudice per le indagini preliminari dopo cinque anni di sperimentazione*, Giuffrè, 1996, p. 181.

⁵ Code de procédure pénale français, arts. 398 al. 3 et 398-1.

⁶ « Aucune puissance humaine, 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. En ce moment où philosophes, philanthropes et publicistes sont incessamment occupés à diminuer tous les pouvoirs sociaux, le droit conféré par nos lois aux juges d'instruction est devenu l'objet d'attaques d'autant plus terribles qu'elles sont presque justifiées par ce droit, qui, disons-le, est exorbitant. Néanmoins, pour tout homme sensé, ce pouvoir doit rester sans atteinte ; on peut, dans certains cas, en adoucir l'exercice par un large emploi de la caution ; mais la société, déjà bien ébranlée par l'inintelligence et par la faiblesse du jury (magistrature auguste et suprême qui ne devrait être

est avancé le fait que l’instruction concerne 100 % des crimes et délits complexes. Ensuite, nombreux sont les auteurs à concéder une évolution nécessaire du juge d’instruction, notamment vers une instruction collégiale¹ ou en cosaisine², notant parfois que l’introduction du juge des libertés et de la détention crée déjà un « embryon de collégialité »³. Surtout, on répond fréquemment aux critiques quant au cumul des fonctions, au faible apport qualitatif de l’instruction et à la proximité du juge avec des éléments extérieurs à la procédure par un argument statutaire : le juge d’instruction étant un magistrat du siège, il ne peut se saisir seul⁴ et présente des garanties d’indépendance et d’impartialité que ne présente pas le ministère public⁵ qui, si l’on supprimait le magistrat instructeur, serait un *dominus* aux ordres de l’exécutif propre à étouffer les affaires sensibles⁶, cumulant quoi qu’il en soit les mêmes fonctions que le juge d’instruction critiqué⁷ et dont on peut douter de la capacité à enquêter à charge et à décharge malgré l’obligation légale⁸. De plus,

confiée qu’à des notabilités élues), serait menacée de ruine si l’on brisait cette colonne qui soutient tout notre Droit criminel » : H. DE BALZAC, *Splendeurs et misères des courtisanes*, Garnier Frères, rééd. 1964, p. 382. Il s’agit des premières lignes d’un chapitre intitulé « Ce qu’est un juge d’instruction à l’usage de ceux qui n’en ont pas ».

¹ Avant 2016, on a pu demander à laisser la loi du 5 mars 2007 produire ses effets : v. M. ROBERT, « Les propositions du rapport Léger : point de vue d’un parquetier », *AJ Pénal* 2009, p. 393 ; J. PRADEL, « Un problème français : que faire du juge d’instruction ? », dans *Festschrift für Heike Jung*, Nomos, 2007, p. 729, spéc. p. 735. Cette loi prévoyait en effet l’introduction d’une juridiction d’instruction collégiale, dont l’entrée en vigueur fut successivement reportée avant d’être définitivement enterrée par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle. V. T. CASSUTO, « La fin du collège de l’instruction : Beaucoup de bruit pour rien ou La Comédie des erreurs ? », *Dalloz actualité*, 31 mai 2016.

² V. C. GIUDICELLI, « Le juge d’instruction évoluera ou disparaîtra », *AJ Pénal* 2009, p. 68.

³ J. PRADEL, « Procédure pénale et collégialité », dans *Justice et droit du procès. Mélanges en l’honneur de Serge Guinchard*, Dalloz, 2010, p. 985, spéc. p. 990. Sur les liens entre collégialité et impartialité, v. Y. DESDEVISES, « Collégialité, impartialité et contradiction », dans *Justice et droit du procès. Mélanges en l’honneur de Serge Guinchard*, Dalloz, 2010, p. 233.

⁴ M. DORWLING-CARTER, « Faut-il supprimer le juge d’instruction ? », *JCP G* 1990, I, 3458.

⁵ V. par exemple P. CONTE, « Les galeux de la République – À propos de l’affaire d’Outreau », *JCP G* 2006, I, 101 ; V. SIZAIRE, « Quels modèles pour l’instruction ? », *AJ Pénal* 2009, p. 388.

⁶ V. par exemple J.-Y. LE BORGNE, « Le rapport Léger, le poids de l’habitude et la peur de la nouveauté », *AJ Pénal* 2009, p. 400.

⁷ V. par exemple G. GIUDICELLI-DELAGE, « La juste disante... réflexions autour de mauvaises (?) questions. À propos de la réforme de l’instruction et de la procédure pénale française », dans *Les droits et le Droit. Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 391, spéc. p. 396 ; C. LAZERGES, « Le rapport Léger : analyse des propositions », *AJ Pénal* 2009, p. 385 ; M.-L. RASSAT, « Le projet de réforme de la procédure pénale », *JCP G* 2010, act. 369 ; V. MALABAT, « L’avant projet du futur Code de procédure pénale : refonte, simplification ou confusion des phases de la procédure pénale ? », *AJ Pénal* 2010, p. 162.

⁸ Le Code de procédure pénale fait depuis 2016 obligation au ministère public de veiller à ce que les investigations tendent à la manifestation de la vérité et à ce qu’elles soient accomplies à charge et à décharge (art. 39-3 al. 2). Cela relève à tout le moins d’un goût exquis pour le performatif... « Il est presque soutenu que le procureur de la République sera demain aussi impartial que le juge d’instruction l’est aujourd’hui. [...] Encore un effort et il sera soutenu que l’enquête de police judiciaire est davantage garante des droits des parties que l’instruction » : F. FOURMENT, « L’instruction à décharge du procureur impartial », *Gaz. Pal.* 26 avril 2016, p. 53. V. aussi F. FOURMENT, « Repenser le mode de traitement du dossier pénal », dans J. LEROY (dir.), *Faut-il rethéoriser le droit pénal ?*, LGDJ, 2017, p. 173. Cette loi de 2016 complète en réalité la loi du 25 juillet 2013 venue affirmer l’impartialité du parquet dans le Code de procédure pénale (art. 31). Le juge d’instruction, indépendant et impartial, pourrait, lui, instruire à charge et à décharge. V. encore

l'instruction présenterait des garanties pour les personnes privées, avec un plein épanouissement des droits de la défense¹ mais aussi la possibilité pour la victime de saisir le juge d'une plainte avec constitution de partie civile, forçant le ministère public inerte à poursuivre². Enfin, les cinquième et sixième arguments partent du postulat d'une « impossible suppression »³. Est alors avancé soit l'enracinement dans la culture française de la figure du juge d'instruction⁴ – de Balzac à *Engrenages* – soit le fait qu'« on sait ce que l'on quitte mais on ne sait pas où l'on va »⁵.

2. Le choix de la suppression

212. Les vices de l'indulgence. Si les arguments avancés par chacun des camps semblent s'équilibrer, une analyse plus fouillée pousse à prendre position – le lecteur l'aura sans doute déduit des propos jusqu'ici tenus – pour la suppression du juge d'instruction. S'il traite 100 % des crimes et des délits complexes, la diffusion de la contrainte est en passe de rendre inutile son intervention⁶, d'autant que le phénomène de correctionnalisation peut faire douter du fait qu'il traite réellement 100 % des crimes commis. Surtout, l'argument du cumul de fonctions paraît décisif, à ceci près qu'au regard de notre typologie des fonctions, le juge d'instruction cumule les fonctions d'investigation⁷, de protection de

H. MATSOPOULOU, « À propos du rapport du comité de réflexion sur la justice pénale », *JCP G* 2009, act. 236. V. enfin V. SIZAIRE, « Quels modèles pour l'instruction ? », *op. cit.* ; G. LUCAZEAU, « L'action du parquet selon le rapport du comité de réflexion sur la justice pénale », *Dr. pén.* 2009, dossier 5. Le sujet traditionnel de cette obligation d'investigations à charge et à décharge est le juge d'instruction... encore que : v., annulant une commission rogatoire demandant à l'officier de police judiciaire de résumer les éléments à charge contre une personne, Cass. crim., 26 avril 2017, n° 16-86.840, bull. n° 128 ; *Procédures* 2017, comm. 168 CHAVENT-LECLÈRE ; *Dr. pén.* 2017, comm. 98 MARON et HAAS.

¹ V. par exemple V. SIZAIRE, « Quels modèles pour l'instruction ? », *op. cit.* ; F. BOULAN, « La réforme de l'instruction », dans *Droit pénal contemporain. Mélanges en l'honneur d'André Vitu*, Cujas, 1989, p. 51.

² V. par exemple H. MATSOPOULOU, « À propos du rapport du comité de réflexion sur la justice pénale », *op. cit.* ; J.-L. NADAL, « Le pouvoir de la justice », dans *L'exigence de justice. Mélanges en l'honneur de Robert Badinter*, Dalloz, 2016, p. 575, spéc. p. 580.

³ L. SCHENIQUE, *La réforme de la phase préparatoire du procès pénal*, *op. cit.*, p. 116.

⁴ « On ne remet pas en cause près d'un millénaire de tradition juridique sans prendre le temps de réfléchir posément » : P. BONFILS, « Faut-il changer notre procédure pénale ? », *D.* 2010, p. 158. V. aussi P. TCHERKESOFF, *Cohérence et légitimité du ministère public*, Thèse Paris 2, 2015, n° 316.

⁵ L. SCHENIQUE, *La réforme de la phase préparatoire du procès pénal*, *op. cit.*, n° 176.

⁶ « En acquérant des pouvoirs d'investigation jusque-là réservés aux seuls juges d'instruction [...] le procureur de la République se trouve ainsi dispensé de recourir à l'ouverture d'une information : il lui suffit de saisir directement le juge des libertés et de la détention » : P. LE MONNIER DE GOUVILLE, *Le juge des libertés et de la détention*, Thèse Paris 2, 2011, n° 540. V. *supra* n° 20 et s.

⁷ Il opère tout acte utile à la manifestation de la vérité : Code de procédure pénale français, art. 81 al. 1.

la procédure¹, de garantie des droits et libertés² et même de décision de mise en mouvement de l'action publique lorsqu'il décide de mettre en examen puis de renvoyer en jugement ou de mettre en accusation une personne non visée par la décision initiale du parquet³. Autant dire que le juge d'instruction est en décalage flagrant avec l'équilibre des pouvoirs au sens négatif de séparation des pouvoirs interdisant le cumul de toutes les fonctions entre les mains d'un même organe⁴. D'autant que l'impartialité reste une exigence incontournable de toute distribution positive des pouvoirs. Or comment un juge qui a un intérêt dans les investigations et la protection de la procédure, puisqu'il en est responsable, peut-il en même temps assurer la garantie des droits que ses deux autres fonctions lui imposent d'atteindre ? La qualité avancée de juge du siège ne change rien, de même que le statut opposé du parquet : c'est la fonction qui doit dicter le statut, non l'inverse. Rappelons à ce titre que si le Code d'instruction criminelle avait fait du juge d'instruction le titulaire de la fonction d'investigation, il avait aussi fait de ce juge un officier de police judiciaire en le plaçant sous les ordres du parquet⁵.

Les avantages accordés aux personnes privées lors de l'instruction sont pareillement inaptes à sauver le juge, puisque nous proposons de nous concentrer sur les rapports de pouvoir entre acteurs institutionnels comme préalable à toute analyse d'ensemble de la phase préparatoire. Si certains parlent de la plainte avec constitution de partie civile comme d'un « contre-pouvoir »⁶ au parquet, cette terminologie doit être rejetée au regard de notre

¹ Il décide d'un placement sous contrôle judiciaire : Code de procédure pénale français, art. 138.

² Il décide seul de nombreux actes portant atteinte aux droits fondamentaux. Ainsi de la sonorisation d'un domicile : Code de procédure pénale français, art. 706-96-1.

³ J.-H. ROBERT, « L'étrange figure de l'action publique au cours de l'instruction préparatoire », *op. cit.*, spéc. p. 416 ; S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, *op. cit.*, n° 106 et 350 ; S. GUINCHARD, « L'instrumentalisation de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme dans les débats français sur le statut du parquet », *op. cit.*, spéc. p. 319-320 ; S. GUINCHARD, « Requiem joyeux pour l'enterrement annoncé du juge d'instruction », *op. cit.*, spéc. p. 276 ; D. REBUT, « L'arrêt Medvedyev et la réforme de la procédure pénale », *op. cit.* ; E. BONIS-GARÇON et O. DÉCIMA, « Le parquet et les sirènes de l'indépendance. À propos du projet de loi du 27 mars 2013 et du projet de loi constitutionnelle du 14 mars 2013 », *op. cit.* ; M. LEMONDE, « Le juge des libertés et de la détention : une réelle avancée ? », *op. cit.*

⁴ Le concept d'équilibre des pouvoirs renvoie à quatre opérations : la distinction des pouvoirs, théorie descriptive ; la séparation des pouvoirs, interdiction de cumul des pouvoirs distingués ; la balance des pouvoirs, opération de distribution d'un pouvoir entre différents organes ; l'isolement des pouvoirs, opération de distribution d'un pouvoir à un seul organe spécialisé et indépendant. V. *supra* n° 93 et s.

⁵ Code d'instruction criminelle, art. 9. V. aussi S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, *op. cit.*, n° 106.

⁶ V. par exemple S. DETRAZ, « Le nouveau dispositif de recevabilité de la plainte avec constitution de partie civile », *JCP G* 2008, I, 111 ; L. SCHENIQUE, *La réforme de la phase préparatoire du procès pénal*, *op. cit.*, n° 537 ; J. LEROY, « Réflexions sur l'injusticiabilité en matière pénale », dans *Entre tradition et modernité : le droit pénal en contrepoint. Mélanges en l'honneur d'Yves Mayaud*, Dalloz, 2017, p. 113, spéc. p. 123 ; A. D'HAUTEVILLE, « Le point de vue des victimes dans le procès pénal : quels équilibres ? », dans *Politique(s) criminelle(s). Mélanges en l'honneur du professeur Christine Lazerges*, Dalloz, 2014, p. 649, spéc. p. 655.

définition des pouvoirs et des droits¹. S'il s'agit d'un « contrepoids »², ce contrepoids est la *conséquence* de l'organisation interne des pouvoirs. Ainsi Faustin Hélie, lorsqu'il étudie l'opportunité des poursuites, note que les dispositions du Code d'instruction criminelle, peu claires, ont été pensées comme une question d'attribution entre le ministère public et le juge, non pas entre le ministère public et les plaignants³. Enfin, la question de la collégialité, outre qu'elle a toujours été abandonnée, oublie que « la multiplicité des regards n'est pas une garantie sérieuse s'ils viennent tous du même côté »⁴.

213. Les raisons de la comparaison. La comparaison des droits, détaillée précédemment⁵, finit de nous convaincre de la nécessité de supprimer le juge d'instruction. Non pas que, comme en Allemagne ou en Italie, des pressions constitutionnelles s'exercent en ce sens – la Constitution de la V^e République n'a pas le rayonnement de ses voisines. Ni même que des exigences internationales pressent à éliminer ce juge – la Cour EDH a validé le système de l'instruction préparatoire alors même que le juge d'instruction cumule peu ou prou toutes les fonctions⁶. En réalité, la comparaison montre *l'incohérence structurelle*

V. aussi, parlant de « véritable pouvoir de poursuite » : R. MERLE, « La distinction entre le droit de se constituer partie civile et le droit d'obtenir réparation du dommage causé par l'infraction », dans *Droit pénal contemporain. Mélanges en l'honneur d'André Vitu*, Cujas, 1989, p. 397. V. enfin, parlant de « pouvoir d'impulsion », X. PIN, « La privatisation du procès pénal », *Rev. sc. crim.* 2002, p. 245.

¹ V. *supra* n° 28 et s.

² V. par exemple J. SÉGAUD, *Essai sur l'action publique*, Thèse Reims, 2010, n° 414, 553 et 623 ; X. PIN, « Le centenaire de l'arrêt Laurent Atthalin », *D.* 2007, p. 1025 ; H. MATSOPOULOU, « La coordination enquête policière et “nouvelle” instruction », dans V. MALABAT, B. DE LAMY et M. GIACOPELLI (dir.), *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale : opinio doctorum*, Dalloz, 2009, p. 193, spéc. p. 196 ; H. MATSOPOULOU, « À propos du rapport du comité de réflexion sur la justice pénale », *op. cit.* ; M. ROBERT, « Les propositions du rapport Léger : point de vue d'un parquetier », *op. cit.* ; J. VOLFF, « La privatisation rampante de l'action publique », *JCP G* 2004, I, 146. V. aussi, parlant de « soupape de sécurité », M. SEURIN, « De la loi du 15 juin 2000 à la loi du 9 mars 2004. Quel avenir pour l'instruction préparatoire ? », *op. cit.*, spéc. p. 582. Philippe Bonfils, lui, paraît utiliser le terme tant de contre-pouvoir (P. BONFILS, « Faut-il changer notre procédure pénale ? », *op. cit.*) que de contrepoids (P. BONFILS, « La participation de la victime au procès pénal, une action innommée », dans *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel*, Cujas, 2006, p. 179, spéc. p. 187), parfois au sein d'un même article (P. BONFILS, « Il faut sauver la jurisprudence Laurent Atthalin », *D.* 2010, p. 1153). V. aussi, parlant de « contrepartie », Y. STRICKLER, « Après la crise de l'affaire d'Outreau : l'émotion et la procédure pénale », *LPA* 14 décembre 2006, p. 7 ; D. GUÉRIN, « Les droits de la défense et de la partie civile dans la phase préparatoire du procès pénal selon le rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale », *Dr. pén.* 2009, dossier 6. V. encore, parlant de « palliatif », C. GUÉRY, « Le juge d'instruction et le voleur de pommes : pour une réforme de la constitution de partie civile », *D.* 2003, p. 1575. V. enfin, affirmant que l'arrêt Laurent Atthalin « a tout simplement sauvé l'État de droit », P. CONTE, « Les propositions du prérapport du comité de réflexion sur la justice pénale », *Dr. pén.* 2009, étude 11.

³ F. HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle*, 2^e éd., Plon, 1866, Tome I, n° 514 ; v. aussi J.-H.-C. MANGIN, *Traité de l'action publique et de l'action civile en matière criminelle*, 3^e éd., Larose, 1876, Tome I, n° 18.

⁴ C. GUÉRY, « La fin de l'instruction », *AJ Pénal* 2007, p. 319.

⁵ V. *supra*, n° 198 et s.

⁶ « Reste que cette présentation aux juges d'instruction, *lesquels sont assurément susceptibles d'être qualifiés de “juge ou autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires”* au sens de l'article 5 § 3,

de la phase d'instruction. Si l'action publique est la possibilité juridiquement reconnue de s'adresser à un organe détenteur de la juridiction pénale pour qu'il tranche en droit une prétention émanant du droit de punir, alors elle est le point de bascule nécessaire entre la phase préparatoire et la phase décisive : on prépare la décision de mise en mouvement, on décide ou non de mettre en mouvement puis on soutient l'action devant la juridiction. Rien d'autre. En Italie, la phase préparatoire a pour finalité « les déterminations inhérentes à la décision d'exercice de l'action publique »¹, tandis qu'en Allemagne le Code impose au ministère public d'éclaircir les faits dans le but de « décider si l'action publique doit être exercée ou non »². Or la saisine du juge d'instruction intervient en France après la décision du parquet d'exercer l'action publique, par le biais d'un réquisitoire introductif. *Quel est alors le sens de l'instruction ?* Il ne s'agit pas de préparer la décision d'exercer l'action publique³, puisqu'elle a déjà été prise. S'agit-il de mettre en état l'affaire avant jugement⁴ ? Dans ce cas, l'instruction fait partie de la phase *décisive*, et pourrait être confiée, sur le modèle allemand de la procédure intermédiaire, à un des juges de la juridiction de jugement. Surtout, comment expliquer alors qu'une instruction puisse durer des années, faisant suite à une enquête de flagrance de seize jours maximum ? S'agit-il de contrôler la décision du ministère public de poursuivre afin d'éviter des audiences superflues ? Alors il s'agit, sur le modèle italien, d'une audience préliminaire qui ressort quoi qu'il en soit de la phase *décisive* (*processo*), l'action publique ayant été mise en mouvement⁵. Et, encore une fois, comment expliquer que le contrôle dure bien plus longtemps que la procédure de décision ? Si l'on précise que, dans l'hypothèses d'enquêtes dites *sui generis*, une instruction peut être ouverte sans pour autant que l'action publique soit mise en

n'est intervenue que treize jours après leur arrestation » : Cour EDH, grande chambre, 29 mars 2010, n° 3394/03, *Medvedyev et autres c. France*, n° 128 (nous soulignons). La Cour EDH s'est ici « trompée » : S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, *op. cit.*, n° 106 et 350.

¹ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 326 : « Il pubblico ministero e la polizia giudiziaria svolgono, nell'ambito delle rispettive attribuzioni, le indagini necessarie per le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale ».

² Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 160 al. 1 : « Sobald die Staatsanwaltschaft durch eine Anzeige oder auf anderem Wege von dem Verdacht einer Straftat Kenntnis erhält, hat sie zu ihrer Entschließung darüber, ob die öffentliche Klage zu erheben ist, den Sachverhalt zu erforschen ».

³ V., parlant de l'instruction comme d'un complément ou, aujourd'hui, d'un supplément d'enquête, D. THOMAS-TAILLANDIER, « L'enquête-instruction : focus sur l'évolution de la mise en état des affaires pénales », *Gaz. Pal* 18 juillet 2017, p. 74.

⁴ V. par exemple M. DELMAS-MARTY (dir.), *Procédures pénales d'Europe*, PUF, 1995, p. 243.

⁵ P. TONINI, *Lineamenti di diritto processuale penale*, 16^e éd., Giuffrè, 2018, p. 28.

mouvement¹, la confusion quant à la signification de cette phase procédurale est à son comble.

L'instruction et la figure d'un juge titulaire de la fonction d'investigation ne semblent donc plus faire sens aujourd'hui². Le malaise ressenti depuis le début de cette thèse, où la phase préparatoire a été définie comme l'ensemble temporel et matériel courant de la naissance de l'action publique à la décision de la mettre ou non en mouvement tout en incluant, tradition oblige, l'instruction judiciaire³, doit maintenant cesser. Pour autant, un tel « sacrilège »⁴ doit être justifié par la cohérence de l'alternative proposée. Reste donc à distribuer l'investigation entre le ministère public et la police.

§ 2. La distribution entre le ministère public et la police

214. Pour opérer une distribution équilibrée de la fonction d'investigation entre les organes du ministère public et de la police, il convient de savoir quels éléments doivent être pris en compte (A) avant de détailler plus précisément le contenu de la distribution (B).

A. Les éléments de la distribution

215. Pour savoir sur quels critères se fonder pour distribuer la fonction d'investigation entre l'organe parquetier et l'organe policier, il faut repartir de la définition même de l'investigation. Il s'agit de l'activité visant à rechercher, explorer et établir les faits, c'est-à-dire ce qu'il s'est passé, dans une optique médiate ou immédiate de preuve. Cette activité va se traduire en actes de nature différente suivant non pas la gravité des faits mais la facilité ou non à les établir. Un meurtre qui a été filmé par vidéosurveillance, dont l'auteur vient spontanément se constituer prisonnier en ramenant l'arme du crime non

¹ Cass. crim. 11 mai 1989, bull. n° 193. Il s'agit des cas de découverte de cadavre et de disparition inquiétante : v. Code de procédure pénale français, arts. 74, 74-1 et 80-4.

² « N'est-il pas plus rationnel de commencer par instruire, par mener une enquête aussi approfondie que nécessaire, par réunir le maximum d'éléments d'appréciation pour, ensuite seulement, décider d'engager la poursuite si l'affaire, compte tenu de tout ce qu'on en sait, vaut la peine d'être déférée à la juridiction de jugement ? » : M. GARREC, « La juridiction d'instruction est-elle indispensable ? », *op. cit.*

³ V. *supra* n° 13.

⁴ H. JUNG, « Vers un nouveau modèle du procès pénal ? Réflexions sur les rapports "La mise en état des affaires pénales" », *op. cit.*

nettoyée et dont les deux seuls témoins ont déposé de leur propre initiative près les services de police est plus aisément établi que des faits d'abus de bien sociaux impliquant le dirigeant d'une multinationale qui nie les faits et procède méthodiquement à l'élimination des preuves. Pourtant, le premier individu encourt trente années de réclusion criminelle¹, le second cinq ans d'emprisonnement². Aussi nous semble-t-il impératif de nous fonder sur la nature des actes d'investigation au regard de la difficulté à établir les faits. En découlent plusieurs critères (1), qui devront être croisés pour établir une typologie des niveaux d'investigation (2).

1. L'énoncé des critères

216. Un double critère. L'investigation cherchant à connaître les faits et ceux-ci pouvant être plus ou moins accessibles à l'organe d'investigation, ce pouvoir-fonction peut porter atteinte ou non aux droits et libertés, mais aussi être exécuté de manière secrète ou non.

217. Le critère de l'atteinte aux droits et libertés. Il s'agit ici d'un critère assez commun, encore qu'il faille préciser rapidement la différence entre les actes d'investigations portant atteinte aux droits et libertés fondamentaux et la locution plus habituelle, en France, de mesure de contrainte. Poussant la réflexion plus avant, il faut s'interroger : à partir de quand peut-on considérer que l'on fait face à une atteinte aux droits fondamentaux ?

La doctrine française, si elle reconnaît bien sûr que les mesures d'investigations sont attentatoires aux libertés, parle surtout de mesures de contrainte³ ou de coercition⁴, voire des deux⁵. S'il semble qu'il existe une différence entre contrainte et coercition en ce

¹ Code pénal français, art. 222-1.

² Code de commerce français, arts. L 241-3 et L 242-6.

³ Code de procédure pénale français, art. préliminaire. V. par exemple, au sujet de la garde à vue, T. GARÉ et C. GINESTET, *Droit pénal. Procédure pénale*, op. cit., n° 436 ; B. BOULOC, *Procédure pénale*, 26^e éd., Dalloz, 2017, n° 540. V. aussi E. VERGÈS, *Procédure pénale*, 5^e éd., LexisNexis, 2017, n° 90 et s.

⁴ V. par exemple P. COLLET, *L'acte coercitif en procédure pénale*, éd. Panthéon-Assas, 2018 ; E. VERNY, *Procédure pénale*, 6^e éd., Dalloz, 2018, n° 109 (sur le caractère coercitif de la perquisition en enquête de flagrance).

⁵ Ainsi Serge Guinchard et Jacques Buisson parlent, lorsqu'ils étudient l'enquête préliminaire, d'une enquête à *coercition* conditionnelle marquée par une *contrainte* autorisée par le particulier : S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, op. cit., n° 938.

sens que la coercition serait une forme particulière de contrainte¹, frappe surtout l'absence de définition légale de la contrainte. Or l'Allemagne a connu une évolution sémantique très intéressante². Les manuels et auteurs parlaient de mesures de contrainte (*Zwangsmassnahmen* ou *Zwangsmitteln*)³, jusqu'à la parution de l'ouvrage de Knut Amelung en 1976 sur la protection juridique contre *les atteintes aux droits fondamentaux* dans le cadre du procès pénal (*strafprozessuale Grundrechtseingriffe*)⁴, notion qui semble aujourd'hui s'imposer⁵, y compris parmi les anciens partisans de la locution « mesures de contrainte ». Ainsi, Hans-Heiner Kühne, qui écrivait en 1979 sur le soupçon comme condition préalable à toute *mesure de contrainte*⁶, admet un revirement :

« ...il ne s'agit pas seulement d'une question de mots ; il en va bien plus du contenu des notions [...]. Le placement sur écoute, le contrôle de la correspondance ou le recueil de données sur une personne sont ressentis par les intéressés non pas comme une contrainte mais bien comme une atteinte à leurs droits fondamentaux, ce que ces mesures sont indéniablement. Malgré son caractère accrocheur et son aptitude générale à décrire sommairement la nature de ces mesures, le terme "moyens coercitifs" ne fournit pas une description suffisamment complète de leur contenu. D'une part, il donne l'image,

¹ Pour Philippe Collet, la coercition est une contrainte physique qui n'implique aucun choix de la part de l'individu la subissant, contrairement à la contrainte psychologique : P. COLLET, *L'acte coercitif en procédure pénale*, op. cit., n° 19 et s. Si l'on suit l'auteur, la garde à vue serait une mesure coercitive tandis que l'ordre fait à une personne de ne pas quitter les lieux serait une mesure de contrainte psychologique, puisque la personne a toujours le choix de partir, déclenchant alors une coercition, contrainte physique. V. *contra*, J. BUISSON, *L'acte de police*, Thèse Lyon 3, 1988, Tome II, p. 442 et s. qui emploie indifféremment le terme contrainte ou coercition, pour désigner soit une contrainte/coercition matérielle, soit une contrainte/coercition psychologique.

² Sur laquelle, v. J. BRÜNING, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, Nomos, 2005, p. 30-31. Plus succinctement, v. V. KREY et M. HEINRICH, *Deutsches Strafverfahrensrecht*, 2^e éd., Kohlhammer, 2018, n° 700.

³ V. par exemple R. GRAßBERGER, *Psychologie des Strafverfahrens*, Springer, 1950, p. 308 au sujet de l'arrestation.

⁴ K. AMELUNG, *Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe*, Duncker & Humblot, 1976.

⁵ V. par exemple J. BRÜNING, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, op. cit., p. 32 et s. ; Y.-H. LIN, *Richtervorbehalt und Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe*, Peter Lang, 1998 ; I. KÖSTER, *Der Rechtsschutz gegen die vom Ermittlungsrichter angeordneten und erledigten strafprozessualen Grundrechtseingriffe*, Duncker & Humblot, 1997 ; S. OTTOW, *Grundrechtseingriffe im Ermittlungsverfahren und nach dem Polizeirecht – Die Entwirkungen des europäischen Rechts auf das deutsche Strafverfahren*, Duncker & Humblot, 2014 ; et déjà J. BENFER, « Anordnung von Grundrechtseingriffen durch Richter und Staatsanwalt und die Verpflichtung zum Vollzug », *NJW* 1981, p. 1245. Certains continuent cependant d'utiliser l'expression « mesures de contrainte » : v. par exemple O. KÖNIG, *Die Entwicklung der strafprozessualen Zwangsmaßnahmen im Ermittlungsverfahren seit 1877*, Peter Lang, 1992 ; M. DELMAS-MARTY (dir.), *Procédures pénales d'Europe*, op. cit., p. 89. D'autres admettent les deux acceptions : v. par exemple W. BEULKE et S. SWOBODA, *Strafprozessrecht*, 14^e éd., C.F. Müller, 2018, n° 232 et s. ; U. KINDHÄUSER, *Strafprozessrecht*, 3^e éd., Nomos, 2013, p. 83 et s. ; C. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, 25^e éd., C.H. Beck, 1998, p. 235 et s. ; U. NELLES, *Kompetenzen und Ausnahmekompetenzen in der Strafprozessordnung : Zur organisationsrechtlichen Funktion des Begriffs "Gefahr im Verzug" im Strafverfahrensrecht*, Duncker & Humblot, 1980, p. 69-70.

⁶ H.-H. KÜHNE, « Die Definition des Verdachts als Voraussetzung strafprozessualer Zwangsmaßnahmen », *NJW* 1979, p. 617.

incomplète, de seules atteintes physiques ; d'autre part, comme le souligne Amelung, ce terme occulte la dimension constitutionnelle de toute possibilité d'intervenir dans une procédure pénale. Il est donc plus adéquat de parler d'atteintes aux droits fondamentaux. »¹

Un tel débat *lexical* ne semble agiter ni la doctrine française² ni la doctrine italienne, cette dernière parlant toutefois de liberté personnelle³ ou plus largement des droits de la personne⁴. L'argumentation allemande nous paraît la plus convaincante et nous parlerons donc non de mesures coercitives ou de contrainte mais d'atteinte aux droits et libertés (fondamentaux), qui est une modalité, non une constante⁵, de l'investigation.

Mais à partir de quand parler d'atteinte aux droits fondamentaux ? Si nous savons que cela renvoie à la liberté individuelle et la liberté d'aller et de venir, au droit au respect de l'intégrité physique, au droit au respect de la vie privée, du domicile et de la correspondance, et, enfin, au droit de propriété⁶, à partir de quel seuil peut-on parler d'atteinte aux droits ? On peut sans doute s'inspirer du concept d'ingérence de la Cour EDH. D'ailleurs, le terme *Eingriff* peut se traduire par atteinte ou ingérence, locutions employées indifféremment en français⁷. Aussi faudrait-il considérer que toute atteinte n'emporte pas violation du droit en cause et engagement de la responsabilité de l'État ou de l'agent. Bien plus, l'atteinte s'entend de toute restriction ou privation d'un des droits

¹ H.-H. KÜHNE, *Strafprozessrecht*, *op. cit.*, n° 395 : « ...handelt es sich dabei nicht allein um einen Streit um Worte, es geht vielmehr um Inhalte von Begriffen. [...] Abhören, Briefkontrolle, komplette Datensichtun über eine Person, dies alles wird vom Betroffenen nicht als Zwang, wohl aber als Eingriff in Grund rechtspositionen empfunden, die auch unstreitig betroffen sind. Der Begriff Zwangsmittel leistet trotz seiner Eingängigkeit und generellen Eignung, kurz das Wesen dieser strafprozessualen Massnahmen zu bezeichnen, keine hinreichend vollständige inhaltliche Beschreibung. Zum einen vermittelt er das unvollständige Bild physischer Eingriffe, zum anderen verdeckt er, worauf Amelung besonders hinweist, die verfassungsrechtliche Bedeutung einer jeden strafprozessualen Eingriffsermächtigung. Es ist deshalb genauer, von strafprozessualen Grundrechtseingriffen an Stelle von Zwangsmitteln zu sprechen ». V. aussi, notant que si les deux terminologies sont employables, la dénomination d'atteinte aux droits fondamentaux permet de souligner la limite que doit opposer la Loi fondamentale à de telles mesures, V. KREY et M. HEINRICH, *Deutsches Strafverfahrensrecht*, *op. cit.*, n° 700.

² V. toutefois l'étude des termes employés en jurisprudence et par la loi pour conclure au caractère idoine de la notion d'acte coercitif : P. COLLET, *L'acte coercitif en procédure pénale*, *op. cit.*, n° 99 et s.

³ ASSOCIAZIONE TRA GLI STUDIOSI DEL PROCESSO PENALE (coord.), *Libertà personale e ricerca della prova*, Giuffrè, 1995.

⁴ F. RUGGERI, *La giurisdizione di garanzia nelle indagini preliminari*, *op. cit.*

⁵ *Contra*, faisant de la contrainte l'objet de l'investigation : M. MURBACH-VIBERT, *Les pouvoirs d'investigation en droit français*, Thèse Lyon 3, 2010, Tome I, p. 43 et s. Toutefois, des relevés topographiques permettent de savoir ce qu'il s'est passé, participant donc de l'investigation, sans pour autant porter atteinte aux droits fondamentaux de qui que ce soit.

⁶ P. COLLET, *L'acte coercitif en procédure pénale*, *op. cit.*, n° 565 et s.

⁷ C. GAUTHIER, S. PLATON et D. SZYMCAK, *Droit européen des droits de l'homme*, Dalloz, 2016, n° 186.

fondamentaux mentionnés¹. Reste, à l'évidence, la question du consentement. Celle-ci vaut bien un *excursus*.

218. *Excursus* : consentement et investigation. Le consentement en procédure pénale et, plus largement, en matière pénale a fait l'objet depuis les années quatre-vingt-dix de nombreux et très approfondis écrits², qu'il serait vain d'espérer ici égaler. Précisons donc immédiatement la question qui nous occupera : *le consentement de l'individu à une mesure d'investigation attentatoire à ses droits exclut-il une telle atteinte ?* La réponse à cette interrogation est cruciale, puisqu'elle déterminera différents niveaux d'investigation et, par la suite, la distribution de la fonction d'investigation elle-même³. Soulignons immédiatement que le consentement à la mesure d'investigation doit obéir au principe de légalité, c'est-à-dire que si la loi ne le prévoit pas, le consentement n'emportera aucune incidence procédurale : « le consentement du délinquant suppose l'autorisation préalable de la loi à sa délivrance »⁴.

Le consentement à une mesure d'investigation, qui a lieu par hypothèse avant l'exécution de la mesure, correspond, dans la typologie établie par Xavier Pin, à un

¹ V. J.-F. RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme*, 7^e éd., LGDJ, 2017, n° 23.

² V. en particulier les travaux de Xavier Pin : X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, LGDJ, 2002 ; X. PIN, « La théorie du consentement de la victime en droit pénal allemand », *Rev. sc. crim.* 2003, p. 259 ; X. PIN, « La participation consensuelle », dans M. DANTI-JUAN (dir.), *Les nouvelles orientations de la phase exécutoire du procès pénal*, Cujas, 2006, p. 27 ; X. PIN, « Le consentement à la lésion de soi-même. Vers la reconnaissance d'un fait justificatif ? », *Droits* 2009, n° 49, p. 83 ; X. PIN, « L'infraction juste », dans *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, p. 585, spéc. p. 598 et s. ; X. PIN, « Retour sur le consentement de la victime », dans C. RIBEYRE (dir.), *La victime de l'infraction pénale*, Dalloz, 2016, p. 95 et dernièrement X. PIN, « La peine consentie », dans *Légalité, légitimité, licéité : regards contemporains. Mélanges en l'honneur du professeur Jean-François Seuvc*, PUN, 2018, p. 427. V. aussi P. SALVAGE, « Le consentement en droit pénal », *Rev. sc. crim.* 1991, p. 699 ; J.-P. EKEU, *Consensualisme et poursuite en droit pénal comparé*, Cujas, 1993 ; M. DANTI-JUAN, « Le consentement et la sanction », dans *La sanction du droit. Mélanges offerts à Pierre Couvrat*, PUF, 2001, p. 367 ; F. ALT-MAES, « La contractualisation du droit pénal. Mythe ou réalité ? », *Rev. sc. crim.* 2002, p. 501 ; C. AMBROISE-CASTÉROT, « Le consentement en procédure pénale », dans *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges en l'honneur de Jean Pradel*, Cujas, 2006, p. 29 ; V. ANTOINE, *Le consentement en procédure pénale*, Thèse Montpellier I, 2011 ; C. HARDOUIN-LE GOFF, « Le consentement du délinquant ou l'entretien d'une illusion dans le procès pénal », dans *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, p. 343. V. enfin, sur la question plus large de la contractualisation de la matière pénale, les contributions de Charles Jarrosson (« La contractualisation de la justice : jusqu'où aller ? »), de Pierre Couvrat (« Contractualisation en matière pénale, en général ») et de Jean-Louis Nadal (« Contractualisation et politique pénale, en particulier »), dans L. CADIET et L. RICHER (dir.), *Réforme de la justice. Réforme de l'État*, PUF, 2003, respectivement p. 185, p. 198 et p. 206.

³ Sur les niveaux d'investigations, v. *infra* n° 220. Sur la distribution de la fonction d'investigation, v. *infra* n° 195 et s.

⁴ C. HARDOUIN-LE GOFF, « Le consentement du délinquant ou l'entretien d'une illusion dans le procès pénal », *op. cit.*, spéc. p. 346. V. aussi, affirmant qu'« en principe, en procédure pénale, tout ce qui n'est pas autorisé est interdit », C. AMBROISE-CASTÉROT, « Les prélèvements corporels et la preuve pénale », dans *La justice*

consentement abdicatif, défini comme « une manifestation de volonté par laquelle son auteur accepte une mesure pénale et renonce à la protection légale de ses intérêts »¹. Le consentement à l'investigation, en France, est exigé en principe pour les perquisitions dans les enquêtes préliminaires², pour les fouilles préventives de véhicules et de bagages hors flagrance et hors réquisitions du procureur³ ainsi que pour les différentes hypothèses de prélèvements corporels externes et internes⁴. Sur le papier, le consentement abdicatif emporte absence d'atteinte au droit abdiqué, comme l'explique Xavier Pin :

« En consentant à certaines mesures décidées par les autorités répressives, un particulier peut [...] couvrir l'atteinte à ses propres intérêts. Ainsi celui qui agrée une perquisition, dans les conditions de l'article 76 du Code de procédure pénale, ne saurait contester après coup l'intrusion dans sa vie privée réalisée par les policiers : en donnant son assentiment, il a renoncé à la protection légale de son domicile et s'est privé de la possibilité de critiquer, au fond, la perquisition. En d'autres termes, il a abdiqué le bénéfice de son droit à l'intimité *ab initio*. [...] Dans ce type d'hypothèses, *le droit substantiel n'est pas violé*, de sorte que la personne consentante sera mal fondée à se prévaloir d'une atteinte à ses intérêts. Toutefois, en aucun cas l'auteur du consentement n'abandonne les droits qui lui sont reconnus par les principes directeurs du procès pénal – ce serait contraire à l'ordre public – il abandonne simplement le bénéfice de ces droits, c'est-à-dire leur protection légale (par exemple, une action en nullité). La mesure qu'il autorise devient inattaquable. »⁵

Il faut donc considérer que *le consentement à la mesure emporte que celle-ci ne doit pas être considérée comme portant atteinte au droit ou à la liberté visé*⁶. Mais le problème

civile au XXI^e siècle. Mélanges Pierre Julien, Edilalix, 2003, p. 9, spéc. p. 20. La question se posera alors d'une éventuelle incidence du consentement de l'individu sur la qualification pénale des faits qu'il aura accepté de subir.

¹ X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, *op. cit.*, n° 481. V. aussi, reprenant l'analyse de Xavier Pin, P. COLLET, *L'acte coercitif en procédure pénale*, *op. cit.*, n° 473 et s.

² Code de procédure pénale français, art. 76. Xavier Pin note que ces hypothèses sont en pratique rares, puisque la majorité des perquisitions ont lieu en flagrance ou en instruction : v. X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, *op. cit.*, n° 499.

³ Code de procédure pénale français, art. 78-2-4 : « Pour prévenir une atteinte grave à la sécurité des personnes et des biens, les officiers de police judiciaire [...] peuvent procéder non seulement aux contrôles d'identité prévus au huitième alinéa de l'article 78-2 mais aussi, avec l'accord du conducteur ou du propriétaire du bagage ou, à défaut, sur instructions du procureur de la République communiquées par tous moyens, à : 1° La visite des véhicules circulant, arrêtés ou stationnant sur la voie publique ou dans des lieux accessibles au public ; 2° L'inspection visuelle des bagages ou leur fouille ».

⁴ Code de procédure pénale français, arts. 55-1 (prélèvement externes aux fins de comparaison), 706-47-2 (prélèvement sanguin à des fins de dépistage médical), 706-56 (prélèvements aux fins d'identification de l'empreinte génétique). V. aussi Code de la route français, arts. L 234-4 et s. (vérification de l'état d'ivresse d'un conducteur) et L 235-1 et s. (vérification de la présence de substance stupéfiante dans le corps du conducteur). V. plus généralement C. AMBROISE-CASTÉROT, « Les prélèvements corporels et la preuve pénale », *op. cit.*

⁵ X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, *op. cit.*, n° 484 (nous soulignons).

⁶ V. aussi P. COLLET, *L'acte coercitif en procédure pénale*, *op. cit.*, n° 473.

se reporte à un autre niveau : à quelle(s) conditions un consentement peut-il être considéré comme valable ? Ce consentement devrait, à l'évidence, être libre et éclairé. Toutefois, la configuration même de la phase préparatoire du procès pénal, et plus largement de toute la procédure pénale, empêche d'exiger la même pureté qu'en matière civile. Toute procédure pénale est un acte de violence, elle « force » la sphère de l'individu. Le critère le plus pertinent semble donc être un critère essentiellement pragmatique : le refus de la personne empêche-t-il la réalisation de la mesure ? Si oui, le consentement exclu l'atteinte au droit. Si non, le consentement n'a aucune valeur abdicative puisque la mesure peut tout de même être réalisée. Trois cas se profilent alors, suivant les conséquences du refus de la personne concernée.

Si le refus de l'individu n'est pas incriminé, alors son consentement doit être considéré comme libre et éclairé. C'est ainsi le cas de la perquisition en enquête préliminaire pour les délits punis de moins de trois ans d'emprisonnement, ainsi que du refus de prélèvement sur une personne non suspectée¹. La pression psychologique qui pourrait éventuellement être dénoncée (qui oserait refuser à un policier en uniforme le droit de perquisitionner son domicile ?²) ainsi que l'éventuel effet pervers du refus (qui deviendrait un soupçon de culpabilité³) ne sont, en réalité, que les conséquences de l'organisation même de la procédure pénale qui met l'autorité face à un individu isolé⁴.

Si le refus de l'individu est incriminé, ce qui est le cas pour la totalité des prélèvements corporels sur une personne suspecte⁵, il faut bien reconnaître que la liberté du consentement est ici « illusoire »⁶. Aussi serait-il bon que le législateur assume et

¹ L'article 55-1 ne punit en effet le refus que de la personne suspecte (al. 3).

² V., parlant de « contrainte psychologique [...] définie comme la pression exercée sur le psychisme d'une personne pour obtenir l'acte souhaité en laissant penser à l'existence, réelle ou supposée, d'une contrainte matérielle » : S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, *op. cit.*, n° 935. Notons que dans de telles hypothèses, le concept de loyauté de la preuve pourrait être d'une utilité certaine.

³ V. par exemple C. HARDOUIN-LE GOFF, « Le consentement du délinquant ou l'entretien d'une illusion dans le procès pénal », *op. cit.*, spéc. p. 351. V. plus largement J. PRADEL, « La mauvaise volonté du suspect au cours de l'enquête », dans *Mélanges offerts à Raymond Gassin*, PUAM, 2007, p. 305.

⁴ « Ce déséquilibre objectif entre les protagonistes de la justice pénale n'est certainement pas suffisant pour vicier le consentement des justiciables. L'inégalité est au contraire inhérente à la matière pénale et nécessaire à l'exercice d'une saine justice – quand bien même il s'agirait d'une justice consensuelle » : X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, *op. cit.*, n° 466.

⁵ La peine encourue est d'un an et de 15 000 € d'amende pour les hypothèses visées par le Code de procédure pénale (arts. 55-1, 706-47-2 et 706-56). Elle est de deux ans d'emprisonnement et de 4 500 € d'amende pour les hypothèses visées par le Code de la route (arts. L 234-8 et L 235-3).

⁶ C. AMBROISE-CASTÉROT, « Le consentement en procédure pénale », *op. cit.*, spéc. p. 33 et s. ; C. AMBROISE-CASTÉROT, « Recherche et administration des preuves en procédure pénale : la quête du graal de la vérité », *AJ Pénal* 2005, p. 261 ; V. ANTOINE, *Le consentement en procédure pénale*, *op. cit.*, n° 37, 157 et 445 ; C. HARDOUIN-LE GOFF, « Le consentement du délinquant ou l'entretien d'une illusion dans le procès pénal »,

admette clairement que le consentement n'est, dans ces hypothèses, pas requis. Cela supposerait toutefois l'intervention de l'autorité judiciaire pour autoriser l'atteinte au droit concerné¹. Cette « façade »² du consentement permet aujourd'hui d'éviter l'intervention de l'autorité judiciaire et de laisser le champ libre à la police, ce qui est extrêmement contestable et appelle, à n'en pas douter, une réforme. Néanmoins, en l'état actuel de la législation, force est de remarquer deux choses : *primo*, le principe de légalité est respecté, puisque différents articles du Code de procédure pénale envisagent le consentement aux mesures concernées ainsi que l'incrimination de leur refus ; *secondo*, le choix final réside encore et toujours du côté de l'individu concerné, son refus empêchant toute exécution forcée de la mesure envisagée. Dans ces conditions, et sous la nécessaire réserve d'un appel à la modification de la législation, il convient de considérer, dans le cadre de cette étude, que les hypothèses légalement prévues de consentement à des mesures d'investigations sont exclusives d'atteinte aux droits et libertés, même si le refus est incriminé³.

Enfin, *le refus de l'individu, bien que libre et éclairé, peut parfois être outrepassé*. Sont ici visées les perquisitions en enquête préliminaire ouverte pour des infractions punies de plus de trois années d'emprisonnement, les fouilles préventives de véhicules et de bagages hors flagrance ainsi que deux hypothèses particulières de prélèvements corporels⁴. La mesure est alors, à l'évidence, attentatoire aux droits et libertés de la personne concernée puisque peu importe son consentement, la mesure peut quand même être opérée, certes sur autorisation d'une autorité supérieure, mais quoi qu'il en soit contre la volonté de la personne.

Dans tous les cas, l'individu n'est pas libre ni éclairé, puisqu'il est la cible d'une violence d'État justifiée par la commission d'une infraction. Donc son consentement ne peut pas être libre et éclairé. En revanche, son consentement peut avoir suffisamment de

op. cit., spéc. p. 350. V. aussi, affirmant que dans ces hypothèses « la notion même de consentement est vidée de son sens », X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, *op. cit.*, n° 469.

¹ V. X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, *op. cit.*, n° 469. Au regard de la distribution proposée, cela impliquerait plus précisément l'intervention du juge selon un mécanisme, détaillé plus loin, de réserve du juge : v. *infra* n° 285 et s.

² V. ANTOINE, *Le consentement en procédure pénale*, *op. cit.*, n° 492.

³ D'autant qu'il « est admis de manière constante que la menace d'exercer des voies de droit n'est pas constitutive de violence » : J. LEBLOIS-HAPPE, *Quelles réponses à la petite délinquance ? Étude du droit répressif français sous l'éclairage sanguin de des fins de dépistage médical lorsque la victime d'une agression sexuelle le demande ou que son intérêt le commande*. La décision est prise par le procureur ou le juge d'instruction : Code de procédure pénale français, art. 706-47-2 al. 3. Il s'agit ensuite des prélèvements aux fins d'identification de l'empreinte génétique de personnes condamnées pour une infraction punie d'au moins dix ans d'emprisonnement : Code de procédure pénale français, art. 706-56 I al. 5.

force pour stopper la violence d'État. *Le consentement de l'individu à une mesure d'investigation intrusive le concernant n'est exclusive de l'atteinte à ses droits et libertés que lorsqu'il est légalement prévu et que, même si sanctionné, son refus ne peut être outrepassé.*

219. Le critère du secret de l'investigation. Le critère de l'atteinte aux droits fondamentaux n'est toutefois pas suffisant. En effet, l'évolution des techniques d'investigation permet aujourd'hui de plus en plus de mesures particulièrement intrusives, portant atteinte au droit au respect de la vie privée et du secret des correspondances, mais aussi, et surtout, prononcées et exécutées de manière secrète, c'est-à-dire à l'insu de l'individu. C'est l'évidence : « il arrive que l'autorité judiciaire avance masquée, afin de parvenir à la découverte de la vérité »¹. Si la filature policière ne date pas d'aujourd'hui, les possibilités de mise sur écoute de domicile, de captation de données ou encore de géolocalisation ont explosé ces dernières années. Le caractère secret de ces investigations est rendu nécessaire par le fait que l'élucidation des faits serait impossible ou considérablement compliquée si les principaux suspects étaient au courant de l'enquête en cours.

La doctrine française souligne couramment la particularité de ces investigations spéciales² – on a pu parler de « nouvelle surveillance pénale »³. Dernièrement, le Conseil

¹ D. DECHENAUD, « La clandestinité en procédure pénale », dans *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2014, p. 191, spéc. p. 213, spéc. p. 223. L'auteur oppose cette « clandestinité opératoire » des investigations à la « clandestinité obstacle » des délinquants (p. 216). V. aussi, faisant le lien avec le principe de loyauté de la preuve et notant le développement des actes secrets en procédure pénale, G. DI MARINO, « La procédure pénale à visage dissimulé », dans *Mélanges offerts à Raymond Gassin*, PUAM, 2007, p. 199. V. encore, notant l'augmentation du recours à des mesures impliquant dissimulation, J. LEBLOIS-HAPPE, « Les yeux et les oreilles de la justice pénale », dans *De code en code. Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr*, Dalloz, 2009, p. 499, spéc. p. 500.

² Notamment suite à l'adoption de la loi du 3 juin 2016 qui a considérablement renforcé ces techniques : v. par exemple C. RIBEYRE, « Loi n° 2016-6731 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 ? », *Dr. pén. 2016*, étude 17. On parle aussi souvent d'actes intrusifs : v. par exemple L. SCHENIQUE, *La réforme de la phase préparatoire du procès pénal*, *op. cit.*, n° 58 et s. ; M. QUÉMÉNER, « Loyauté de la preuve et nouvelles technologies : entre exigences processuelles et efficacité répressive », *op. cit.* Ces nouveaux moyens d'investigations participent d'ailleurs de « l'effritement » de la distinction entre les cadres d'enquêtes : J.-L. LENNON, « Les aspects coercitifs et intrusifs de l'enquête préliminaire ou l'effritement de la distinction entre enquête de flagrance et enquête préliminaire », *op. cit.*

³ P. BEAUVAIS, « La nouvelle surveillance pénale », dans *Humanisme et justice. Mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage*, Dalloz, 2016, p. 259. Cet auteur parle de « l'importation des méthodes d'espionnage dans la procédure pénale » (p. 270). V. aussi E. VERNY, « Des surveillances nouvelles en droit pénal », dans *Les droits et le Droit. Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 1141.

constitutionnel soulignait le « caractère particulièrement intrusif »¹ des techniques spéciales d'enquêtes tandis que la loi du 23 mars 2019 insérait dans l'article préliminaire un alinéa spécifique traitant des mesures attentatoires à la vie privée². La comparaison des droits permet de véritablement se rendre compte de l'importance et du danger de ces investigations. La doctrine italienne distingue ainsi les investigations « par surprise » (*a sorpresa*) des autres investigations³. Le terme de surprise est employé pour désigner les « actes dont l'efficacité pourrait être mise en danger en cas de connaissance préalable »⁴. Pour autant, ces actes par surprises le sont dans leur décision, non dans leur exécution. Ainsi, est considérée comme une investigation par surprise la perquisition⁵. C'est-à-dire qu'il faut aller plus loin et distinguer, parmi les actes par surprise, ceux dont même l'exécution ne doit pas être portée à la connaissance de la personne.

Cela est permis par l'examen de la doctrine allemande, qui a poussé le plus avant la réflexion sur les mesures secrètes dans la phase préparatoire. En effet, certains auteurs font part de leurs craintes face à une surveillance totale (*Totalüberwachung*)⁶. La Cour constitutionnelle fédérale elle-même est intervenue pour signaler que, « lors de l'utilisation de méthodes d'enquête modernes, en particulier celles qui sont cachées à la personne

¹ Cons. const., 21 mars 2019, n° 2019-778 DC, considérant 161 ; *JORF* du 24 mars 2019.

² « Au cours de la procédure pénale, les mesures portant atteinte à la vie privée d'une personne ne peuvent être prises, sur décision ou sous le contrôle effectif de l'autorité judiciaire, que si elles sont, au regard des circonstances de l'espèce, nécessaires à la manifestation de la vérité et proportionnées à la gravité de l'infraction ».

³ P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, 19^e éd., Giuffrè, 2018, p. 384 et s. Il en va ainsi de la perquisitions : v. M. BARGIS *et al.*, *Compendio di procedura penale*, 9^e éd., CEDAM, 2018, p. 355. L'idée d'un « effet de surprise » nécessaire à la réussite de certaines infractions se retrouve aussi en Allemagne, où on a pu parler d'*Überraschungswirkung* : v. U. NELLES, *Kompetenzen und Ausnahmekompetenzen in der Strafprozeßordnung : Zur organisationsrechtlichen Funktion des Begriffs "Gefahr im Verzug"* *op. cit.* ; K. AMELUNG, *Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe*, *op. cit.*, p. 13.

⁴ G. CONSO *et al.*, *Compendio di procedura penale*, *op. cit.*, p. 528 : « atti a sorpresa, la cui efficacia potrebbe essere posta a rischio ove se ne fornisca una preventiva conoscenza ».

⁵ A. D'IPPOLITO et E. PISANELLO, *Rapporti tra pubblico ministero, polizia giudiziaria e difensore nelle indagini preliminari*, Giuffrè, 2013, p. 37 et s.

⁶ V. notamment W. BEULKE et S. SWOBODA, *Strafprozessrecht*, *op. cit.*, n° 232 ; C. BITZIGEIO, *Der Richtervorbehalt im Spannungsfeld normativer Anforderungen und polizeilicher Praxis*, Verlag für Polizeiwissenschaft, 2015, p. 39 et s. ; G. SCHÄFFER, « Vom Umgang mit dem Ermittlungsrichter », dans *Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag*, De Gruyter, 2011, Tome II, p. 1299, spéc. p. 1305. V. aussi V. KREY et M. HEINRICH, *Deutsches Strafverfahrensrecht*, *op. cit.*, n° 859. V. encore, soulignant l'impérativité du secret de certaines mesures comme cause de l'échec de toute réforme visant à introduire dans la phase préparatoire les garanties propres à une phase décisive aujourd'hui contournée, B. SCHÜNEMANN, « Zur Reform des strafprozessualen Ermittlungsverfahrens in Europa : kontradiktorische Ausbalancierung statt Partizipation », dans *Gedächtnisschrift für Theo Vogler*, C.F. Müller, 2004, p. 81, spéc. p. 85 et s. V. enfin, analysant à partir d'un exemple concret l'incidence du secret de la mesure sur la protection des droits, E. WEBLAU, « Heimliche Ermittlungsmaßnahmen, Richtervorbehalt und datenschutzrechtliche Kontrolle – ein Klärungsversuch » dans *Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension. Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, 2013, p. 1167.

concernée, les autorités de poursuite doivent cependant tenir particulièrement compte du danger inhérent à l'accumulation d'ingérences dans les droits fondamentaux »¹, notamment au regard du principe de proportionnalité. Elle consacre ainsi un principe d'interdiction d'une surveillance totale². Cette inquiétude doit aussi être française et il faut s'interroger sur le danger, réel, que font courir de telles mesures pour des personnes qui, notamment si la procédure est classée ou si elles sont écartées de la liste des suspects, ne sauront même pas que leur vie privée a été atteinte. Pour grossir le trait, le perquisitionné, sauf cas exceptionnel, *sait* que son droit au respect du domicile est atteint. La personne innocente qui parle avec un suspect placé sur écoute ou dont le téléphone portable se connecte à l'IMSI Catcher déployé par l'appareil judiciaire *ignore* qu'il est porté atteinte à sa vie privée. Le caractère secret de l'investigation doit donc impérativement être pris en compte et être croisé avec l'existence ou non d'une atteinte aux droits.

2. Le croisement des critères

220. Typologie des investigations. Deux critères nous guident pour opérer distribution du pouvoir-fonction d'investigation entre le pouvoir-organe parquetier et le pouvoir-organe policier : l'atteinte aux droits et le caractère secret de la mesure. Par croisement, on obtient *les quatre niveaux d'investigation* suivants :

- Niveau 1 : les investigations ne portant pas atteinte aux droits fondamentaux et exécutées de manière non secrète.
- Niveau 2 : les investigations ne portant pas atteinte aux droits fondamentaux et exécutées à l'insu de la personne objet de la mesure.
- Niveau 3 : les investigations portant atteinte aux droits fondamentaux et exécutées en présence ou après information de la personne objet de la mesure.

¹ Cour constitutionnelle fédérale allemande, 12 avril 2005, 2 BvR 581/01 (BVerfGE 112, 304), § 60 : « Beim Einsatz moderner, insbesondere dem Betroffenen verborgener, Ermittlungsmethoden müssen die Strafverfolgungsbehörden mit Rücksicht auf das dem "additiven" Grundrechtseingriff innewohnende Gefährdungspotential aber besondere Anforderungen an das Verfahren beachten ».

² Cour constitutionnelle fédérale allemande, 12 avril 2005, 2 BvR 581/01 (BVerfGE 112, 304), § 67.

- Niveau 4 : les investigations portant atteinte aux droits fondamentaux et exécutées à l’insu de la personne objet de la mesure.

221. Détail. À l’aide de la classification des actes d’investigations opérée par Serge Guinchard et Jacques Buisson¹, on obtient le détail suivant :

- *Appartiennent au niveau 1 d’investigation* : le transport sur les lieux ; le constat d’infraction dans un lieu ouvert ; le prélèvement sanguin à des fins de dépistage médical² ; le prélèvement aux fins d’identification de l’empreinte génétique consentis³ ; les opérations de prélèvements externes nécessaires à la réalisation d’examen techniques et scientifiques de comparaison avec les traces et indices prélevés pour les nécessités de l’enquête⁴ ; les réquisitions à personnes qualifiées⁵ ; les expertises⁶ ; les réquisitions aux fins de remises de documents⁷ ; les contrôles d’identités ; les auditions⁸ ; les interrogatoires⁹ ; les perquisitions et fouilles consenties

¹ S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, *op. cit.*, n° 587 et s., 692 et s., 953 et s., 1026 et s. ainsi que 2061 et s.

² Code de procédure pénale français, art. 706-47-2. Le consentement de la personne doit être recherché et est facilité par la pénalisation du refus (un an d’emprisonnement et 15 000 € d’amende). Cela n’enlève rien au fait que, si l’individu refuse, la mesure ne sera pas possible. Il a donc toujours le choix.

³ Code de procédure pénale français, art. 706-56. Ici encore, le consentement de la personne doit être recherché et est facilité par la pénalisation du refus (un an d’emprisonnement et 15 000 € d’amende). Cela n’enlève rien au fait que, si l’individu refuse, la mesure ne sera pas possible. Il a donc toujours le choix.

⁴ Code de procédure pénale français, art. 55-1. Ici encore, le consentement de la personne doit être recherché et est facilité par la pénalisation du refus (un an d’emprisonnement et 15 000 € d’amende). Cela n’enlève rien au fait que, si l’individu refuse, la mesure ne sera pas possible. Il a donc toujours le choix.

⁵ Ici encore, si l’article R 642-1 du Code pénal punit « le fait, sans motif légitime, de refuser ou de négliger de répondre [...] à une réquisition émanant d’un magistrat ou d’une autorité de police judiciaire agissant dans l’exercice de ses fonctions » de l’amende prévue pour les contraventions de deuxième classe (150 €), la mesure, si la personne refuse, ne sera jamais exécutée. Elle a donc toujours le choix.

⁶ « Un expert n’est jamais tenu de déférer à la décision qui le commet. Il peut refuser sa mission » : J.-L. CROIZIER et C. GUÉRY, *Rep. pénal Dalloz*, s. v. « Expertise », septembre 2017, n° 132.

⁷ Ici encore, si l’article 60-1 du Code de procédure pénale érige en un délit puni de 3 750 € d’amende le fait de ne pas déférer promptement à ces réquisitions, la mesure, si la personne refuse, ne sera jamais exécutée. Elle a donc toujours le choix. Ce raisonnement vaut aussi pour les réquisitions aux fins de remise de données informatiques (art. 62-2) et pour les réquisitions aux fins de remise de données de télécommunications (art. 60-2).

⁸ Le fait pour le témoin de ne pas *déposer* devant le juge d’instruction (une telle obligation n’existe pas en phase d’enquête), est certes un délit puni de 3750 € d’amende, mais ici encore, la déposition n’aura pas lieu si le témoin décide de se taire. Il a donc toujours le choix.

⁹ Le suspect dispose en effet du droit de se taire. Cela implique, pour qu’un interrogatoire ait lieu, c’est-à-dire « le fait d’entendre une personne à l’encontre de laquelle il existe des indices graves et concordants ou des charges suffisantes d’avoir participé à la commission des faits reprochés » (S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, *op. cit.*, n° 616), que la personne soit consentante : v. V. ANTOINE, *Le consentement en procédure pénale*, *op. cit.*, n° 202 et s.

pour les procédures concernant des délits punis de moins de trois ans d'emprisonnement.

- *Appartiennent au niveau 2 d'investigation* : les coups d'achats de stupéfiants¹ ; les surveillances et filatures de personnes sur la voie publique ; les surveillances sur la voie publique de l'acheminement ou du transport des objets, biens ou produits tirés de ou servant à commettre des infractions relatives au trafic de stupéfiants² ; l'infiltration policière.
- *Appartiennent au niveau 3 d'investigation* : le constat dans un lieu clos non autorisé par le particulier ; les prélèvements forcés aux fins d'identification de l'empreinte génétique³ ; les autopsies⁴ ; les vérifications d'identité ; la comparution forcée ; les perquisitions et fouilles effectuées en présence ou après information de la personne concernée dans les affaires concernant des délits punis de plus de trois ans d'emprisonnement ; l'arrestation⁵ ; la rétention de personne sur les lieux de l'infraction ; le mandat de recherche ; la rétention de témoin⁶.
- *Appartiennent au niveau 4 d'investigation* : l'interception de correspondances émises par la voie des communications électroniques ainsi que la consultation et l'analyse de ces correspondances ; la surveillance par géolocalisation ; les sonorisations et fixations d'images, ainsi que la consultation et l'analyse de ces images ; les interceptions des correspondances émises par la voie des télécommunications ainsi que la

¹ Code de procédure pénale français, art. 706-32. Cette opération a lieu pour partie à l'insu de l'individu qui en est l'objet, puisque la qualité d'officier de police judiciaire lui est bien entendu cachée. En revanche, il est possible d'affirmer qu'une telle mesure ne porte pas atteinte au droit au respect de la vie privée, sur le même modèle que l'infiltration policière (v. Cour EDH, 15 juin 1992, n° 12433/86, *Lüdi c. Suisse*, spéc. n° 40).

² Code de procédure pénale français, art. 706-80.

³ Code de procédure pénale français, art. 706-56, I, al. 5 : « Lorsqu'il s'agit d'une personne condamnée pour crime ou pour un délit puni de dix ans d'emprisonnement, le prélèvement peut être effectué sans l'accord de l'intéressé sur réquisitions écrites du procureur de la République ».

⁴ Code de procédure pénale français, arts. 230-28 et s. Les proches du défunt sont en effet informés de l'acte, qui porte atteinte à leur droit de libre disposition du cadavre, bien particulier car digne d'une protection particulière quant à l'humanité dont il reste la trace (v. sur ce point les développements de C. KUREK, *Le corps en droit pénal*, Thèse Lyon 3, 2017, n° 519 ainsi que n° 526 et s.)

⁵ L'arrestation « est le fait, sur ordre d'une autorité qualifiée opérant en vertu d'un titre d'arrestation régulier, ou dans une situation juridiquement qualifiée donnée, de ne pouvoir légalement passer son chemin » : F. FOURMENT, *L'arrestation, menace à la liberté individuelle, devant le droit français (de source nationale et internationale)*, Thèse Paris 2, 1995, Tome I, p. 58.

⁶ Code de procédure pénale français, art. 62.

consultation et l'analyse de ces correspondances ; l'interception aléatoire des communications électroniques (*IMSI Catcher*) ; la captation des données informatiques ainsi que leur consultation et leur analyse ; les surveillances et filatures de personnes impliquant pénétration dans des lieux privés ; les surveillances, impliquant pénétration dans des lieux privés, de l'acheminement ou du transport des objets, biens ou produits tirés de ou servant à commettre des infractions relatives au trafic de stupéfiants ; les perquisitions effectuées à l'insu de la personne concernée ; l'analyse et la consultation des données et informations recueillies par réquisitions auprès d'une personne autre que celle concernée par lesdites informations¹.

Ce sont donc ces différents niveaux d'investigation qu'il convient de distribuer entre la police et le ministère public.

B. Le détail de la distribution

222. La distribution de la fonction d'investigation suppose de répartir la titularité de celle-ci, et donc les prérogatives qui y sont attachées, entre la police et le ministère public suivant le niveau d'investigation concerné (1), puis de préciser les relations entre organes de l'investigation (2).

1. La répartition de l'investigation

223. Proposition de répartition. Nous avons donc quatre niveaux d'investigation, hiérarchisés suivant leur importance, et deux organes, la police et le ministère public.

Il nous paraît nécessaire d'opter pour *la titularité de la police en ce qui concerne les investigations de niveau 1 pendant tout le long de la phase préparatoire*. Cela

¹ Il ne faut en effet pas confondre deux choses très différentes. Tout d'abord, le pouvoir-prérogative de réquisition est exercé à l'encontre d'une personne qui peut toujours refuser d'y déférer et appartient ainsi aux investigations de niveau 1. Ensuite, la consultation et l'analyse des informations obtenues par ces réquisitions est un pouvoir-prérogative à part entière et autonome, dont l'exercice implique une atteinte au droit au respect de la vie privée d'une personne par hypothèse autre que la personne requise de dévoiler ces informations. Cette consultation a le plus souvent lieu à l'insu de l'individu concerné.

concernerait donc l'ensemble des prérogatives *ne portant pas* atteinte aux droits fondamentaux et exécutées soit *en présence*, obligatoire ou possible, soit *après information* de la personne concernée par la mesure. Cette titularité n'est pas admise en France où, si l'on reconnaît des pouvoirs propres à la police judiciaire, on ne lui attribue pas, en tant que telle, la titularité de la fonction d'investigation, puisque l'on précise immédiatement que les investigations sont dirigées par le ministère public¹ que la police est obligée d'informer plus ou moins promptement². En Italie, il est admis depuis le Code de 1989 que la police est un des sujets de la procédure qui a notamment pour fonction de prendre connaissance des faits, d'en rechercher les auteurs, d'assurer les sources de preuve et de recueillir tout élément nécessaire à l'application du droit pénal³. Surtout, elle a depuis 2001 la possibilité de déployer une activité *proprio motu* en parallèle du procureur à qui est confié la direction des enquêtes⁴. Si l'on n'officialise pas que la police judiciaire est titulaire de la fonction d'investigation⁵, on s'en approche. Enfin, l'Allemagne connaît des dispositions similaires, reconnaissant à la police le « premier accès » (*erster Zugriff*)⁶ aux faits, mais précisant immédiatement que la police communique sans retard les actes effectués au ministère public⁷. Nous proposons donc, pour le cas français, d'aller un peu plus loin et de reconnaître *la pleine titularité* de la police en ce qui concerne le premier niveau d'investigation. Cela semble justifié par deux considérations : d'une part, le niveau 1 des investigations concerne des actes peu graves *ne portant pas* atteinte aux droits fondamentaux et étant exécutés de manière *non secrète* ; d'autre part, les dotations en personnel des forces de police,

¹ Code de procédure pénale français, art. 41.

² Peuvent être distinguées des obligations générales d'information et une multitude d'obligations particulières. *L'obligation générale* d'information est prévue par différentes dispositions du Code de procédure pénale : les officiers de police judiciaire sont tenus de l'informer des infractions dont ils ont connaissance (arts. 19, 40, 54 et D3) ou encore de l'avancée de l'enquête préliminaire sur demande du procureur ou au bout de six mois en cas d'ouverture *proprio motu* (art. 75-1). *Les obligations particulières* d'information, elles, pullulent : information de l'ouverture d'une enquête de flagrance (art. 54) et de l'identification d'un suspect en enquête préliminaire (art. 75-2) ; information « par tout moyen » du placement garde à vue d'une personne ainsi que de la qualification des faits retenue par l'officier (art. 63) ; information « sans délai » que l'on ne pourra pas enregistrer toutes les gardes à vue actuellement en cours pour des faits criminels (art. 64-1 al. 5 et 6) ; information de la réalisation d'un mandat de recherche (art. 70 al. 2) ; information immédiate du ministère public de la découverte d'un cadavre dont les causes de la mort sont inconnues ou suspectes ou d'une personne grièvement blessée (art. 74 al. 1) ; information du procureur de l'extension à l'ensemble du territoire de la surveillance policière (art. 706-80), etc.

³ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 55.

⁴ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 348.

⁵ On présente encore la police comme un auxiliaire du parquet : v. M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, 7^e éd., Utet, 2017, p. 160.

⁶ Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 163 al. 1. V. MüKoStPO/Kölbl *StPO* § 163 Rn. 2-4.

⁷ Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 163 al. 2.

incomparables dans tous les pays étudiés avec celle des autres organes¹, entraînent une certaine policiarisation de la procédure qui, établie en pratique², sera mieux encadrée et valorisée si reconnue officiellement. En conséquence, tous les pouvoirs-prérogatives rattachés à la fonction d'investigation et ne portant pas atteinte aux droits fondamentaux ni n'étant exécutés à l'insu de la personne concernée devraient être donnés à l'organe policier³.

Le *ministère public*, lui, devrait se voir reconnaître par principe la *titularité des investigations lorsque sont atteints les niveaux 3 et 4*, c'est-à-dire l'activité d'investigation portant atteinte aux droits fondamentaux, qu'elle soit exécutée à l'insu de la personne concernée ou non. Il s'agit des investigations les plus graves qu'un organe certes moins important quantitativement (on comptait en France 1 955 parquetiers en 2016⁴) mais spécialisé et formé à cette tâche doit pouvoir prendre seul en charge. En conséquence, tous les pouvoirs-prérogatives rattachés à la fonction d'investigation et portant atteinte aux droits fondamentaux de la personne concernée devraient être confiés, dans leur titularité, au ministère public⁵.

Enfin, le *niveau 2 des investigations*, c'est-à-dire l'activité ne portant pas atteinte aux droits mais effectuée à l'insu de la personne concernée, devrait faire l'objet d'une *cotitularité du ministère public et de la police*. En effet, si ces pouvoirs-prérogatives ne portent pas atteinte aux droits et libertés de la personne concernée, ils sont d'une certaine gravité car mis en œuvre de manière secrète. Aussi peut-on imaginer qu'ils relèvent tantôt de la compétence de l'organe policier, tantôt de celle de l'organe parquetier. L'infiltration policière, principal pouvoir-prérogative de cette catégorie, relève actuellement en France du ministère public ou du juge d'instruction qui doivent impérativement l'autoriser par écrit⁶. En Italie, où les infiltrations policières sont prévues par une myriade de lois spéciales, elles relèvent toutes de la seule police, avec information du ministère public⁷. En

¹ En 2016, la France comptait 8 950 magistrats (parquet et siège) pour 217 878 membres des forces de police, l'Allemagne 25 372 pour 244 318 et l'Italie 8 533 pour 274 653 (source : *Systèmes judiciaire européens. Efficacité et qualité de la justice*, Rapport CEPEJ, 2018). Même si, bien entendu, tous les membres des forces de police n'ont pas forcément de capacité judiciaire, les chiffres donnent une estimation légitime de l'écart des dotations humaines. V. Annexe n° 2 p. 757.

² V. *supra* p. 22.

³ Pour le détail des principaux pouvoirs-prérogatives concernés, v. *supra* n° 221.

⁴ Source : *Systèmes judiciaire européens. Efficacité et qualité de la justice*, Rapport CEPEJ, 2018.

⁵ Pour le détail des principaux pouvoirs-prérogatives concernés, v. *supra* n° 221.

⁶ Code de procédure pénale français, art. 706-32.

⁷ Décret du Président de la République n° 309 du 9 octobre 1990, art. 97 ; Loi n° 269 du 3 août 1998, art. 14 ; Décret-loi n° 374 du 18 octobre 2001, art. 4 ; Loi n° 146 du 16 mars 2006, art. 9.

Allemagne, l'initiative de l'infiltration est prise par la police, avec assentiment *a priori* du ministère public ou du juge¹. Il nous semble toutefois que la clé de répartition doit être la direction des investigations, prérogative particulière au sein de la fonction éponyme. L'idée serait la suivante : seul l'organe titulaire de la prérogative de direction des investigations aurait compétence pour le niveau 2 des investigations. Reste alors à déterminer la distribution précise de cette prérogative de direction.

224. Le cas de la direction des investigations. La distribution qui a pour l'instant été proposée concerne de manière générale la fonction d'investigation et les prérogatives qui lui sont attachées. Une prérogative se détache nécessairement des autres et doit se voir consacrer quelques lignes à part : la prérogative de direction des investigations. Cette prérogative de direction consiste en la possibilité de donner des directives ou des ordres précis concernant l'exercice des autres prérogatives d'investigations. Ainsi l'ordre de procéder à la perquisition de tel local, ou encore la directive plus générale de concentrer les investigations sur l'attitude d'une certaine personne au moment des faits. On le comprend, cette prérogative est absolument cruciale².

Dans les trois pays étudiés, la prérogative de direction des investigations est attribuée au ministère public³. En France, s'ajoute le juge d'instruction pour la phase du même nom, mais nous avons déjà conclu à l'exclusion du juge de la titularité de la fonction d'investigation⁴. Les législations allemande et italienne reconnaissent certes une activité d'initiative de la police même lorsque le ministère public fait usage de sa prérogative de direction des investigations, mais sous la précision que la police informe « sans retard »⁵ ou « promptement »⁶ le ministère public des actes accomplis, parquet qui est bien le seul titulaire de la prérogative de direction des investigations. On parle à ce titre du procureur comme du maître de la phase préparatoire (*Herrin des Ermittlungsverfahren, dominus delle indagini*). En France, la situation est similaire : la police exercera ses pouvoirs propres en

¹ Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 110 b. V. BeckOK *StPO*/Hegmann *StPO* § 110 b Rn. 1-2.

² V. M. SCHWENDENER, « La direction d'enquête », *AJ Pénal* 2008, p. 447 ; C. GIUDICELLI, « Regards croisés sur la direction de l'enquête dans les procédures pénales », *AJ Pénal* 2008, p. 439.

³ Code de procédure pénale français, art. 41 ; Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 160 ; Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 327.

⁴ V. *supra* n° 212 et s.

⁵ Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 163 al. 2.

⁶ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 348 al. 3.

en informant immédiatement le parquet en cas de flagrance¹, mais elle pourra agir *proprio motu* pendant six mois en cas d'enquête préliminaire avant de rendre au compte au parquet de l'état d'avancement des investigations, devant quoi qu'il en soit avertir le procureur dès qu'est identifié un suspect crédible². À cela s'ajoute une obligation générale d'informer sans délai le procureur des infractions dont elle a connaissance ainsi que des opérations menées. Si ces obligations d'information ne sont pas obligatoires³, il n'en demeure pas moins que la prérogative reconnue à la police concerne l'initiative des investigations, non leur direction. Ainsi l'officier de police judiciaire n'est pas directeur des investigations⁴. Ces solutions s'expliquent par le fait que la police ne se voit jamais reconnaître une titularité autonome dans la fonction d'investigation.

Or, à partir du moment où nous penchons pour une titularité exclusive de la police pour la fonction d'investigation de niveau 1, c'est-à-dire lorsque l'investigation se résume à une activité *ne portant pas* atteinte aux droits et dont l'exécution *ne se fait pas* de manière secrète, il serait logique de donner à la police une prérogative de direction des investigations dont elle est titulaire. Il s'agit ici de reconnaître plus que des pouvoirs propres à la police puisque, pour les cas ne nécessitant pas de « pousser » la fonction d'investigation jusqu'à porter atteinte aux droits, la police sera seule titulaire des investigations et de la prérogative de direction des investigations. Elle sera donc aussi seule responsable.

Toutefois, nous avons aussi opté pour une titularité du ministère public pour la fonction d'investigation dans ses niveaux 3 et 4, ceux *portant atteinte* aux droits fondamentaux peu important le mode d'exécution. Ici encore, la logique implique que, dès lors qu'un acte des niveaux 3 ou 4 est nécessaire, le ministère public devienne titulaire de la fonction d'investigation et par-là même de la prérogative de direction des investigations.

Quelle incidence, alors, pour le niveau 2 des investigations ? Nous avons proposé que seul l'organe titulaire de la prérogative de direction des investigations soit compétent pour le niveau 2 des investigations. La solution serait alors la suivante. Lorsque seule la police dirige l'enquête, c'est-à-dire lorsqu'il n'est pas nécessaire de porter atteinte aux

¹ Code de procédure pénale français, art. 54 al. 1.

² Code de procédure pénale français, arts. 75 à 75-2.

³ Cass. crim., 1^{er} décembre 2004, n° 04-80.536, bull. n° 302 ; *Rev. sc. crim.* 2005, p. 375, obs. BUISSON ; *Dr. pén.* 2005, comm. 30 MARON ; *Procédures* 2005, comm. 76 BUISSON ; *Gaz. Pal.* 2 juin 2005, p. 20 note MONNET ; Cass. crim., 23 août 2005, n° 03-87.719, bull. n° 209 ; *D.* 2006, p. 617, chron. PRADEL.

⁴ C. GIUDICELLI, « Regards croisés sur la direction de l'enquête dans les procédures pénales », *AJ Pénal* 2008, p. 439.

droits et libertés (niveau 1), sa titularité s'étendra au niveau 2 (mesures non attentatoires mais secrètes). En revanche, lorsque le ministère public dirige l'enquête, c'est-à-dire à partir du moment où les investigations portent atteinte aux droits et libertés (niveaux 3 et 4), sa titularité descendra jusqu'au niveau 2 (mesures non attentatoires mais secrètes). En d'autres termes, tant que le ministère public n'intervient pas, c'est-à-dire tant qu'il n'est pas nécessaire de porter atteinte aux droits et libertés, la police est seule titulaire de la fonction d'investigation (niveau 1 et 2), qu'elle dirige. Mais à partir du moment où l'investigation doit être poussée à un niveau supérieur (3 ou 4), le parquet est seul compétent à décider de ces mesures et prend la direction des investigations. La police perd alors la titularité du niveau 2 au profit du parquet.

225. Résumé. Dans le cas où la phase d'investigation est dirigée par la police, seule peut donc être déployée une activité d'investigation de niveaux 1 ou 2, le parquet n'intervenant pas à la procédure.

Dans le cas d'une investigation dirigée par le ministère public, en revanche, la police continue d'être titulaire de l'investigation de niveau 1 qu'elle exerce d'initiative ou sur ordre du parquet directeur des investigations. Seul le procureur peut, lui, décider des actes de niveau 2 à 4.

On le comprend, les relations entre organes chargés d'exercer le pouvoir-fonction d'investigation doivent absolument être précisées.

2. Les relations dans l'investigation

226. Les relations entre police et ministère public lors des investigations. La police et le ministère public auraient les relations suivantes en ce qui concerne la fonction d'investigation et ses prérogatives.

D'une manière générale, la police disposerait, *tout au long de la phase préparatoire*, de toutes les prérogatives d'investigation de niveau 1, c'est-à-dire ne portant pas atteinte aux droits fondamentaux et n'étant pas exécutée de manière secrète. Le ministère public se verrait confier, *tout au long de la phase préparatoire*, toutes les prérogatives d'investigation de niveaux 3 et 4, c'est-à-dire portant atteinte aux droits fondamentaux peu

important leur mode d'exécution. Enfin, police et ministère public se partageraient les prérogatives d'investigation de niveau 2, suivant l'attribution de la prérogative de direction des investigations.

S'agissant de cette prérogative de direction des investigations, la relation police-parquet est fondée sur une titularité *successive*. La police dirigerait les investigations tant que celles-ci ne nécessitent de déployer qu'une activité de niveau 1 voire 2, c'est-à-dire ne portant pas atteinte aux droits fondamentaux et n'étant en principe pas exécutée de manière secrète. Cela impliquerait *l'autonomie* de la police dans ces investigations. En revanche, dès qu'il est nécessaire de déployer des prérogatives d'investigations de niveau 3 ou 4, dont est seul titulaire le ministère public, ce dernier « prend le relais » de la direction des investigations et de la responsabilité qui y est attachée, pouvant au besoin descendre à un niveau 2 d'investigation – exclu alors de la compétence de la police. Bien entendu, la prérogative de direction des investigations impliquant d'adresser des directives, le ministère public pourrait, et devrait, déléguer à la police l'exécution de nombreux actes. Il n'en demeure pas moins qu'il s'agira d'une délégation de pouvoirs-prérogatives dont la police n'est pas titulaire. De même, le parquet pourra donner de véritables ordres à la police, celle-ci n'ayant plus la direction des investigations.

Si ces relations peuvent paraître abstraites, un exemple clarifiera sans doute la répartition de la fonction d'investigation entre parquet et police.

227. Exemple. Un délit de fuite vient d'être commis. Quelques jours plus tard, la victime en informe les forces de police qui se rendent sur les lieux, opèrent des relevés topographiques et prennent des photographies de la scène de l'infraction, interrogeant le voisinage. Repérant une caméra de vidéosurveillance ou protection, c'est selon, les policiers consultent les images enregistrées mais n'arrivent pas à identifier le véhicule. L'un des voisins signale cependant qu'il croit avoir reconnu M. au volant, dont il communique l'adresse aux officiers avant de se voir convoquer le lendemain pour déposer au commissariat le plus proche. Décidant de se rendre au domicile de M., la police constate qu'il s'agit d'une maison avec un garage fermé en rez-de-chaussée. Elle se présente donc au domicile et demande à l'épouse de M. d'accéder au garage et d'opérer des vérifications sur le véhicule de la famille. L'épouse accepte et fait entrer les agents dans le garage en passant par le hall du domicile. La police relève sur le parechoc avant du véhicule des traces de peinture. Une semaine plus tard, les analyses tombent : ces traces correspondent à celles

du véhicule de la victime. La police convoque M., qui se présente et reconnaît les faits. Ici, la police opère du début à la fin des investigations de niveau 1, dont elle est titulaire. Elle dirige en conséquence les investigations pendant toute leur durée.

Imaginons maintenant que l'épouse de M. refuse de laisser entrer les policiers. La fonction d'investigation doit alors être poussée plus avant par l'utilisation de prérogative de niveau 3, à savoir une perquisition forcée. Le ministère public doit donc intervenir en tant que titulaire de la fonction d'investigation. Il va donc décider d'une perquisition forcée qu'il réalisera en personne ou, plus vraisemblablement, dont il délèguera l'exécution à la police. En effet, le parquet prend, par son intervention, la direction des investigations, impliquant des directives et ordres à la police. Celle-ci, si elle reste titulaire des prérogatives d'investigation de niveau 1, perd la direction de l'enquête, ce qui implique qu'elle pourra certes, une fois la perquisition forcée opérée, continuer d'user de prérogatives ne portant pas atteinte aux droits fondamentaux et n'étant pas exécutées de manière secrète (audition, relevés, observation, etc.), mais elle devra en informer le procureur, seul directeur des investigations dès lors que le niveau 3 est franchi.

Se dessineraient ainsi des relations qui, bien que nouvelles, seraient vraisemblablement moins complexes que les actuelles relations police/parquet, parquet/juge d'instruction et juge d'instruction/police. Mais la phase préparatoire ne se résume pas au seul pouvoir-fonction d'investigation : une fois les faits connus, c'est une décision sur la mise en mouvement de l'action publique qu'il faut prendre¹.

Section 2

La distribution de la fonction de décision de mise en mouvement de l'action publique

228. Le choix de la balance. La fonction de décision sur l'exercice de l'action publique, qui clôt la phase préparatoire, renvoie à l'activité visant à décider de faire usage ou non de la possibilité juridiquement reconnue de s'adresser à un organe détenteur de la juridiction pénale pour qu'il tranche en droit une prétention émanant du droit de punir. Si

¹ Rappelons qu'il s'agit ici d'approcher au plus possible l'équilibre des pouvoirs avant d'étudier, dans la prochaine partie, les mécanismes propres à éviter un retour du déséquilibre : v. *infra* n° 313 et s.

l'investigation est d'une grande importance en ce qu'elle permet le passage du fait au droit et en ce qu'elle alimente la fonction de décision sur la mise en mouvement de l'action publique, cette dernière est toute aussi cruciale en ce qu'elle marque la fin de la phase préparatoire et conditionne l'accès aux juridictions de jugement. Un auteur italien a pu parler d'« *input* de la justice pénale »¹, et des auteurs français de « *gatekeeper* »², ces termes désignant bien le rôle central de l'organe décidant de mettre en mouvement l'exercice de l'action publique : l'alimentation et l'accès à la justice pénale. Que le décideur classe et la juridiction de jugement ne sera pas saisie et la procédure ne connaîtra pas de phase décisive ; qu'il décide de mettre en mouvement l'action publique et le pouvoir de punir de l'État sera déclaré fondé ou non par l'organe de jugement³.

Cette décision de mise en mouvement de l'action publique, véritable pivot de la procédure, semble être quelque chose de trop grave, de trop important et de trop sérieux⁴ pour être confié à un seul organe, d'autant que la décision d'exercer l'action publique peut être vue, par le public et les médias, comme une déclaration de culpabilité quasi définitive. Aussi penchons-nous pour une distribution selon le mécanisme de la *balance des pouvoirs*, impliquant la répartition de la fonction de décision sur l'exercice de l'action publique entre plusieurs organes.

Pour autant, la balance des pouvoirs, donc la pluralité d'organes, ne coule pas de source. Dans tous les pays comparés, le ministère public est le titulaire de cette fonction. Devront donc être explicitées les raisons de l'admission d'un nouveau titulaire, la police et non le juge (§ 1), avant de détailler la distribution de la fonction entre l'organe parquetier et l'organe policier (§ 2).

¹ C. GUARNIERI, *Pubblico ministero e sistema politico*, CEDAM, 1984, p. 1. V. aussi, parlant de *gate keeper*, M.-L. ZANIER, *L'accusa penale in prospettiva socio-giuridica*, FrancoAngelli, 2012, p. 28 et 56. Jean-Paul Jean, lui, parle du procureur comme de « l'organe de régulation de la chaîne pénale » : J.-P. JEAN, « De l'efficacité en droit pénal », dans *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel*, Cujas, 2006, p. 135, spéc. p. 142.

² P. MILBURN et C. MOUHANNA, « Le parquet et les politiques pénales en France – Introduction », *Droit et Société* 2010, p. 7.

³ Rappelons que nous avons proposé la suppression de la phase d'information judiciaire au regard de ses différents vices et du malaise qu'elle provoquait dans l'analyse de la procédure pénale contemporaine : v. *supra* n° 212 et s.

⁴ *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e éd., s. v. « Grave », sens III-2 : Qui a de l'importance, qui est de conséquence, qui doit être considéré avec sérieux.

§1. L'admission d'un nouveau titulaire

229. C'est un fait : les droits allemand, italien et français, lorsqu'ils répartissent la fonction de décision sur l'exercice de l'action publique entre les organes de la phase préparatoire, la donnent, à première vue, toute entière au ministère public. Si l'exclusion de la titularité du juge nous paraît fondée alors même qu'elle ne semble pas émerger nettement de l'étude détaillée des systèmes (A), il nous semble nécessaire, contre les systèmes, d'admettre la titularité de la police (B).

A. L'exclusion de la titularité du juge

230. Si la première approche des droits français, allemand et italien laisse croire que seul le ministère public exerce la fonction de décision sur l'exercice de l'action publique¹, le juge semble parfois participer à la fonction de décision sur l'exercice de l'action publique. Si l'Allemagne (1) et l'Italie (2) semblent exclure la titularité du juge, la France l'admet à titre exceptionnel (3).

1. L'exclusion allemande

231. **La clôture de la phase préparatoire allemande.** L'analyse du système allemand provoque l'impression d'un juge titulaire de la fonction de décision sur l'exercice de l'action publique. La procédure de clôture de la phase préparatoire doit être détaillée afin de mieux saisir le rôle du juge.

Une fois les investigations terminées, le procureur doit décider s'il exerce ou non l'action publique². Sa décision est prise par principe en application de la légalité des poursuites, par exception selon des considérations d'opportunité, le rapport

¹ Code de procédure pénale français, arts. 1 et 31 ; Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 152 ; Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 50 (v. aussi Cour de cassation italienne, 5^e section pénale, 5 août 1999, n° 2673, *P.M. in proc. Ravelli L.* ; Cour de cassation italienne, 6^e section pénale, 5 mars 1991, n° 3473, *P.M. in proc. Ghelardini*).

² Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 170.

principe/exception tendant à largement s'inverser en pratique¹. Si l'application de la légalité des poursuites lui impose de poursuivre², le procureur prend un acte d'accusation et saisit le juge de la phase intermédiaire (*Zwischenverfahren*). Si les conditions pour la poursuite ne sont pas réunies, ou si les conditions d'un classement en opportunité sont remplis³, il classe l'affaire⁴. La victime peut alors opérer un recours auprès du supérieur hiérarchique du parquetier puis, en cas de rejet de ce recours, introduire une procédure en contrainte à poursuite (*Klageerzwingungsverfahren*) devant le tribunal régional supérieur⁵. Celui-ci, s'il accueille la demande de la victime, ordonne l'exercice de l'action publique et renvoie au parquet⁶. Enfin, si le procureur décide de classer l'affaire pour des considérations d'opportunité il doit, selon la loi, en demander l'autorisation de la juridiction de jugement dans plusieurs hypothèses.

¹ W. HEINZ, « Die Abschlußentscheidung des Staatsanwalts aus rechtstatsächlicher Sicht », dans C. GEISLER (dir.), *Das Ermittlungsverhalten der Polizei und die Einstellungspraxis der Staatsanwaltschaften*, KrimZ, 1999, p. 125, spéc. p. 204.

² Une telle obligation adviendra lorsque sera atteint le seuil du soupçon suffisant (*hinreichender Tatverdacht*) de la commission d'une infraction. Ce seuil est exigé par le § 203 du Code de procédure pénale allemand, sans qu'il en donne de définition légale. Les différentes définitions jurisprudentielles sont résumées comme suit par la doctrine : le seuil du soupçon suffisant sera atteint lorsqu'il « apparaît vraisemblable que le mis en cause a commis un acte pénalement répréhensible et qu'il sera pour cela condamné » : W. BEULKE et S. SWOBODA, *Strafprozessrecht*, op. cit., n° 357 et note 8 p. 257 (« wenn die Wahrscheinlichkeit besteht, dass er eine strafbare Handlung begangen hat und verurteilt werden wird »).

³ Sur lesquelles v. H.-H. KÜHNE, *Strafprozessrecht*, op. cit., n° 580 et s.

⁴ Ce qui n'empêche pas, selon une jurisprudence récente, les officiers de police de procéder à des mesures anthropométrique sur le suspect s'il demeure un « reste de soupçon » (*Restverdacht*) : v. Tribunal administratif supérieur de Coblenz, 15 novembre 2018, 7 A 10084/18.OVG. Dans le même sens, v. Cour fédérale administrative allemande, 27 juin 2018, 6 C 39.16 (sur cet arrêt v. M. AMOS, « BVerwG zu rkenntungsdienstlicher Behandlung : Fingerabdrücke für später », *LTO* 20 août 2018, accessible en ligne sur www.lto.de/persistent/a_id/30429/ (consulté le 24 mars 2019).

⁵ Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 172 et s. Pour le détail de la procédure, v. W. BEULKE et S. SWOBODA, *Strafprozessrecht*, op. cit., n° 344 et s. L'utilisation de cette procédure est assez rare. Les médias ont relayé début janvier 2019 l'introduction d'une telle procédure dans l'affaire Oury Jalloh, demandeur d'asile décédé lors de l'incendie de sa cellule en 2005 : v. « Todesfall Jalloh - Anwältin will Klage erzwingen », *Spiegel online*, 7 janvier 2019, accessible en ligne sur <http://www.spiegel.de/panorama/justiz/oury-jalloh-anwaeltin-will-klage-erzwingen-a-1246816.html> (consulté le 8 janvier 2019). Ce droit de contrainte à poursuite dont dispose la victime semble se doubler d'un véritable droit public subjectif à l'enquête dont dispose la victime, même si la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale est parfois hésitante : v. l'analyse complète proposée par H. GIEHRING, « Das Recht des Verletzten auf Strafverfolgung und dessen Bedeutung für das Ermittlungsverfahren », dans *Strafrecht, Jugendstrafrecht, Kriminalprävention in Wissenschaft und Praxis. Festschrift für Heribert Ostendorf*, Nomos, 2015, p. 353. V., parlant de « contrainte judiciaire aux poursuites », H. HENRION et N. SALDITT, « Le ministère public allemand, une institution ambivalente », dans C. LAZERGES (dir.), *Figures du parquet*, PUF, 2006, p. 29, spéc. p. 37. Ce même auteur parlera deux ans plus tard de « contrainte aux poursuites » : H. HENRION, « Y a-t-il une place pour la victime en procédure pénale allemande », op. cit., spéc. p. 37.

⁶ Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 175 : « Si, après avoir entendu l'accusé, le tribunal estime que la demande est fondée, il décide d'exercer l'action publique. Le ministère public est responsable de l'exécution de cette décision » (« Erachtet das Gericht nach Anhörung des Beschuldigten den Antrag für begründet, so beschließt es die Erhebung der öffentlichen Klage. Die Durchführung dieses Beschlusses liegt der Staatsanwaltschaft ob »).

Le juge allemand interviendrait donc dans plusieurs cas comme titulaire de la fonction de décision de mise en mouvement de l'action publique : la procédure intermédiaire, la procédure de contrainte à poursuite et certains classements sans suite.

232. Analyse de la procédure intermédiaire. La procédure intermédiaire allemande fait partie intégrante de la phase décisoire, en ce qu'elle a lieu après l'exercice de l'action publique et qu'elle précède et prépare la phase d'audience. Elle est d'ailleurs confiée à un juge membre de la formation de jugement appelée à connaître de l'affaire¹. La procédure intermédiaire, que le Code désigne plus spécifiquement sous le terme de « décision sur l'ouverture de la phase principale [phase d'audience] »², a pour objectif, justement, de décider si oui ou non l'audience doit s'ouvrir³ et est notamment conçue comme une possibilité d'expression pour le mis en cause⁴. Si la doctrine admet une fonction de contrôle de cette phase⁵ mais aussi une fonction de désengorgement des tribunaux⁶, le contrôle concerne la probabilité de la condamnation⁷ et est effectué par le juge de jugement lui-même. Il s'agit bien d'une mise en état en *interne* à l'organe chargé de la phase décisoire. L'action publique a quoi qu'il en soit été exercée. Surtout, l'importance pratique

¹ Ce qui peut sembler, pour des yeux français, à tout le moins étrange voire partial : v. J. LEBLOIS-HAPPE, « Éléments de cohérence de la procédure pénale allemande. L'équilibre entre les prérogatives du ministère public et celle du juge dans la phase préliminaire du procès », dans *La procédure pénale en quête de cohérence*, Dalloz, 2007, p. 241. Certains auteurs appellent à une séparation des deux offices : v. W. BEULKE et S. SWOBODA, *Strafprozessrecht, op. cit.*, n° 352 ; M. VORMBAUM, « Effektive Kontrolle oder überflüssige Schreibearbeit ? Kritik des strafprozessualen Zwischenverfahrens und Möglichkeiten seiner Reform », *ZIS* 6/2015, p. 328 ; C. ROXIN et B. SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, 29^e éd., C.H. Beck, 2017, p. 339. *Contra* v. K. H. GÖSSEL, « Über die Pflicht zur Ermittlung der materiell-objektiven Wahrheit und die Zuständigkeit zur Eröffnung eines Strafverfahrens und zu dessen Durchführung », dans *Strafverfahrensrecht in Theorie und Praxis. Festschrift für Lutz Meyer-Gossner*, C.H. Beck, 2001, p. 187.

² *Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens* : v. Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 199 et s.

³ H.-H. KÜHNE, *Strafprozessrecht, op. cit.*, n° 609.

⁴ M. VORMBAUM, « Effektive Kontrolle oder überflüssige Schreibearbeit ? Kritik des strafprozessualen Zwischenverfahrens und Möglichkeiten seiner Reform », *op. cit.* V. aussi C. ROXIN, *Strafverfahrensrecht, op. cit.*, p. 326.

⁵ *MüKoStPO/Wenske StPO* § 199 Rn. 3-4 ; C. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, 25^e éd., C.H. Beck, 1998, p. 325.

⁶ V. KREY et M. HEINRICH, *Deutsches Strafverfahrensrecht, op. cit.*, n° 539.

⁷ H.-H. KÜHNE, *Strafprozessrecht, op. cit.*, n° 610.

de cette phase, qui tend à devenir une simple formalité¹, semble se réduire à peau de chagrin, attisant les critiques².

233. Analyse de la procédure de contrainte à poursuite. L'intervention, sur action de la victime, du juge du tribunal régional supérieur pour contraindre le ministère public à poursuivre est la conséquence du principe de légalité des poursuites³, à tel point que cette procédure n'est pas applicable pour les exceptions prévues de classements en opportunité⁴ – alors même que ces exceptions textuelles de classement en opportunité semblent être, en pratique, le principe⁵. Quoi qu'il en soit, cette procédure semble permettre au juge de participer à la décision sur l'exercice de l'action publique. Les textes paraissent clairs : le juge accueillant la demande de la victime « décide de l'exercice de l'action publique »⁶ et, en cas de rejet, « l'action publique ne peut être engagée que sur la base de faits ou de preuves nouveaux »⁷. Si, normalement, l'exercice de l'action publique relève du monopole du parquet en application du principe d'accusation, il semble, ici, revenir pour partie au juge.

¹ H. SATZGER, « Die Rolle des Richters im Ermittlungsverfahren in Deutschland und Frankreich », dans H. JUNG, J. LEBLOIS-HAPPE et C. WITZ (dir.), *200 Jahre Code d'instruction criminelle – Le bicentenaire du Code d'instruction criminelle*, Nomos, 2010, p. 93, spéc. p. 98.

² On a pu noter que l'audience de jugement était ouverte dans plus de 99 % des cas : H.-H. KÜHNE, *Strafprozessrecht*, op. cit., note 34 p. 406. Certains vont jusqu'à demander la suppression de cette phase (v. par exemple H. LORITZ, *Kritische Betrachtungen zum Wert des strafprozessualen Zwischenverfahrens*, Peter Lang, 1996, p. 133 et s.). Moritz Vormbaum, lui, opte pour l'introduction d'une audience contradictoire obligatoire et pour la possibilité d'un recours contre la décision d'ouverture de la phase d'audience : M. VORMBAUM, « Effektive Kontrolle oder überflüssige Schreibearbeit ? Kritik des strafprozessualen Zwischenverfahrens und Möglichkeiten seiner Reform », op. cit.

³ C. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, op. cit., p. 320 ; *MüKoStPO/Kölbel StPO* § 172 Rn. 1-3 ; *Meyer-Gößner/Schmitt StPO* § 172 Rn. 1. V. aussi, soulignant que cette procédure sert au surplus les intérêts de la victime : V. KREY et M. HEINRICH, *Deutsches Strafverfahrensrecht*, op. cit., n° 589.

⁴ Le § 172 du Code de procédure pénale allemand renvoie en effet à la seule décision de classement prise en application du principe de légalité des poursuites. Sur les classements en opportunité en droit allemand, v. *supra* n° 148 et Annexe n° 1 p. 739.

⁵ V., en français, J. LEBLOIS-HAPPE, X. PIN et J. WALTHER, « Chronique de droit pénal allemand », *RID pén.* 2005/3, vol. 76, p. 503. Cela semble être particulièrement le cas pour la petite délinquance : v. J. LEBLOIS-HAPPE, *Quelles réponses à la petite délinquance ? Étude du droit répressif français sous l'éclairage comparé du droit répressif allemand*, op. cit., n° 1564. En conséquence, la doctrine allemande s'interroge sur le principe même de légalité des poursuites : v. par exemple les interventions de Claudius Geisler (« Anspruch und Wirklichkeit des Legalitätsprinzips »), de Volker Erb (« Legalitäts- und Opportunitätsgrundsatz als normative Prinzipien ») et de Karl-Heinz Groß (« Das Legalitätsprinzip auf dem Prüfstand »), dans C. GEISLER (dir.), *Das Ermittlungsverhalten der Polizei und die Einstellungspraxis der Staatsanwaltschaften*, KrimZ, 1999, respectivement p. 11, p. 27 et p. 263.

⁶ Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 175 : « Erachtet das Gericht nach Anhörung des Beschuldigten den Antrag für begründet, so beschließt es die Erhebung der öffentlichen Klage. Die Durchführung dieses Beschlusses liegt der Staatsanwaltschaft ob ».

⁷ Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 174 al. 2 : « Ist der Antrag verworfen, so kann die öffentliche Klage nur auf Grund neuer Tatsachen oder Beweismittel erhoben werden ».

Pourtant, l'acte d'accusation sera rédigé par le ministère public en exécution de la décision du juge¹. Ce qui fait dire à la doctrine que si le principe d'accusation est formellement respecté, il est considérablement amoindri en son sens matériel². D'autres affirment que bien que matériellement amoindri, le principe de l'impossibilité pour le juge de décider de la mise en mouvement de l'action publique demeure³. Cette appréciation semble sans doute la plus juridiquement exacte, puisque la décision de mise en mouvement de l'action publique restera prise par le parquet, qui décidera seul de la forme de l'accusation et de la juridiction saisie⁴. Le juge ne peut donc pas être considéré comme titulaire, dans cette hypothèse, de la fonction de décision de mise en mouvement de l'action publique⁵.

234. Analyse des classements en opportunité. Enfin, s'agissant de l'intervention de la juridiction de jugement pour certains cas de classement en opportunité, il s'agit là encore de la conséquence du choix entre légalité et opportunité des poursuites. La première hypothèse de classement en opportunité, par exception au principe de légalité des poursuites, a en effet été insérée dans le Code, après de nombreuses tentatives infructueuses, par la *Lex Eminger* de 1924⁶. Malgré l'opposition des Länder du Sud, qui ne souhaitent pas voir intervenir le juge, la loi prévoit l'accord de la juridiction comme garantie contre l'arbitraire que risque d'engendrer l'introduction de l'opportunité des poursuites⁷. En réalité l'avis de la juridiction n'est aujourd'hui contraignant que dans un nombre extrêmement limité d'hypothèses, le procureur décidant largement seul⁸.

¹ Meyer-Goßner/Schmitt StPO § 175 Rn. 3.

² MüKoStPO/Kölbl StPO § 172 Rn. 4 ; KREY et M. HEINRICH, *Deutsches Strafverfahrensrecht*, op. cit., n° 600 ; C. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, op. cit., p. 324.

³ Meyer-Goßner/Schmitt StPO § 175 Rn. 1 ; SK-StPO § 172 Rn. 1.

⁴ MüKoStPO/Kölbl StPO § 175 Rn. 4

⁵ Signalons enfin que, même si l'on analyse la procédure de contrainte à poursuite comme preuve d'une titularité du juge de la fonction de décision de mise en mouvement de l'action publique, la doctrine s'accorde à noter la faible utilisation de la procédure de contrainte à poursuite, justement parce qu'elle est réservée aux seuls cas de classements en légalité, devenus en pratique l'exception (H.-H. KÜHNE, *Strafprozessrecht*, op. cit., n° 582 ; sur l'abandon pratique du principe de légalité des poursuites, v. R. HAMM, « Quo vadis Strafprozess ? », dans *Festschrift für Egon Müller*, Nomos, 2008, p. 235, spéc. p. 239). Au surplus, le taux de succès de ces procédures semble être très faible (KREY et M. HEINRICH, *Deutsches Strafverfahrensrecht*, op. cit., n° 600 ; MüKoStPO/Kölbl StPO § 172 Rn. 9). Il s'agirait donc d'une titularité totalement exceptionnelle.

⁶ Sur ces tentatives, v. J.-S. DETTMAR, *Legalitäts und Opportunität im Strafprozess*, BWV, 2008.

⁷ J.-S. DETTMAR, *Legalitäts und Opportunität im Strafprozess*, op. cit., p. 206.

⁸ W. BEULKE et S. SWOBODA, *Strafprozessrecht*, op. cit., n° 337d.

Le juge allemand ne semble donc pas prendre part à la fonction de décision sur l'exercice de l'action publique. Il en va de même dans le système italien.

2. L'exclusion italienne

235. La procédure de clôture de la phase préparatoire. Le juge italien intervient lors de la clôture de la phase préparatoire au cours d'une procédure assez complexe qu'il convient de détailler¹.

Une fois les enquêtes préliminaires terminées, ou une fois le délai légal de celle-ci (éventuellement prolongé) arrivé à expiration², le parquet décide, en vertu du principe de légalité des poursuites, d'exercer l'action publique si le classement sans suite est légalement impossible³. Il formule donc l'accusation par une demande de renvoi en jugement. S'ouvre alors une audience préliminaire devant un juge éponyme (*giudice dell'udienza preliminare*, ou *GUP*), différent du juge pour les enquêtes préliminaires. Ce *GUP*, va examiner le caractère soutenable de l'accusation dans le cadre d'une audience pleinement contradictoire

¹ Pour une analyse critique du mécanisme de classement sans suite prévu par le projet préliminaire de Code de procédure pénale, v. G. DEAN, « Novità in tema di archiviazione », dans *Le nuove disposizioni sul processo penale*, CEDAM, 1989, p. 195.

² Le délai des enquêtes préliminaires, c'est-à-dire de la phase préparatoire, est en principe de six mois, sous réserve d'une durée prolongée maximale de dix-huit mois. Toutefois, une diversification des durées légales est aujourd'hui faite sur la base de la nature des infractions. Pour certains délits, le délai initial est d'une année, dans la limite d'une durée prolongée maximale de deux années : v. Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), arts. 405 et 407. Le projet de Code paru en 1978 donnait au ministère public un délai beaucoup trop court, trente jours, pour se décider sur l'action publique. Certains ont toutefois critiqué les nouveaux délais, trop longs (G. P. VOENA, « Attività investigative ed indagini preliminari », dans *Le nuove disposizioni sul processo penale*, CEDAM, 1989, p. 27, spéc. n° 2), surtout si les actes accomplis sont appelés à n'avoir aucune valeur probante, conformément au principe d'imperméabilité entre la phase préparatoire et la phase décisive (A. VIVIANI, *Il nuovo codice di procedura penale: una riforma tradita*, Spirali/Vel, 1989, p. 153). La réforme dite Orlando de l'été 2017 a modifié la législation en prévoyant une obligation pour le procureur de décider sur la mise en mouvement ou non de l'action publique dans les trois mois, en principe, de la fin du délai de la phase préparatoire. L'idée est ici de lutter contre les hypothèses où le ministère public ne prend aucune décision à la fin du délai, alors même qu'il ne peut plus effectuer d'actes d'enquête (M. GIALUZ, A. CABIALE et J. DELLA TORRE, « Riforma Orlando : le modifiche attinenti al processo penale, tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni », *Diritto penale contemporaneo* 2017, n° 3, p. 173). Pour plus de détails, v. *infra* n° 430.

³ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 405. De manière générale, le législateur considère que le classement doit avoir lieu lorsque « les éléments acquis lors des enquêtes préliminaires ne sont pas aptes à soutenir l'accusation en jugement » (Décret législatif n° 271 du 28 juillet 1989 portant normes d'application, de coordination et de transition vers le Code de procédure pénale, art. 125 : « Il pubblico ministero presenta al giudice la richiesta di archiviazione quando ritiene l'infondatezza della notizia di reato perché gli elementi acquisiti nelle indagini preliminari non sono idonei a sostenere l'accusa in giudizio »). La Cour constitutionnelle a précisé que doit s'appliquer dans les cas de doutes le principe *favor actionis* : Cour constitutionnelle italienne, 28 janvier 1991, n° 88.

intégrée à la phase décisive. L'issue de l'audience peut en effet consister soit en une décision de non-lieu à procéder, dont les motifs sont limitativement énumérés par le Code, soit, à défaut, en une décision d'ouverture du jugement, c'est-à-dire de l'audience sur le fond¹.

Si le procureur considère, en revanche, les conditions du classement réunies, il saisit le juge pour les enquêtes préliminaires d'une requête en classement, juge qui statue selon deux modalités. S'il estime la requête fondée et que la victime ne fait pas opposition au classement sans suite, il décide seul. Dans les autres cas se tient une audience à l'issue de laquelle le juge accueille la requête ou la refuse, ordonnant dans ce dernier cas au ministère public soit d'accomplir des investigations ultérieures dans un délai donné, soit d'exercer l'action publique sous dix jours².

236. Analyse du rôle du juge lors de la clôture de la phase préparatoire. Le juge italien participerait donc de la fonction de décision sur l'exercice de l'action publique, puisqu'il doit être saisi en cas de classement sans suite (juge pour les enquêtes préliminaires) comme en cas d'exercice (juge de l'audience préliminaire). Cependant, soulignons tout de suite que l'audience préliminaire est considérée comme préliminaire à l'audience et se situe *dans la phase décisive (processo)*, soit après l'exercice de l'action publique³. Le but de cette audience est « d'éviter la tenue de débats iniques pour l'accusé et inutiles pour le système »⁴. Les rédacteurs du Code de procédure pénale lui assignent deux objectifs : la garantie des droits de la défense et l'économie processuelle⁵. C'est dire que le juge de l'audience préliminaire non seulement ne participe pas à la phase préparatoire, objet de ces propos, mais ne participe pas non plus, *ipso facto*, de la fonction de décision sur l'exercice de l'action publique, étant institué pour garantir les droits et préparer au mieux l'audience de jugement⁶. Il intervient *après* l'exercice de l'action

¹ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 425 et 429.

² Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), arts. 408 à 410.

³ P. TONINI, *Lineamenti di diritto processuale penale*, *op. cit.*, p. 28.

⁴ M. BARGIS *et al.*, *Compendio di procedura penale*, *op. cit.*, p. 611 : « evitare dibattimenti iniqui per l'imputato e inutili per l'ordinamento ». V. aussi A. PAGLIARO et G. TRANCHINA, *Istituzioni di diritto e procedura penale*, 3^e éd., Giuffrè, 1996, p. 326.

⁵ Ministero di grazia e giustizia, *Relazioni al progetto preliminare e al testo definitivo del Codice di procedura penale, delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni e delle norme per l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario al nuovo processo penale ed a quello a carico degli imputati minorenni*, *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana* n° 93 du 24 octobre 1988, p. 101.

⁶ À l'origine, le *giudice dell'udienza preliminare* était tenu de décider en l'état du dossier. Il s'est cependant vu reconnaître des pouvoirs renforcés au fil du temps. Aujourd'hui, il peut non seulement indiquer au parquet

publique, et est donc analysé comme prenant part au *processo*, c'est-à-dire la phase décisive¹.

Quant au juge pour les enquêtes préliminaires (*GIP*), son intervention est la conséquence directe, selon la jurisprudence² et la doctrine³, du principe de légalité des poursuites⁴. Le juge n'intervient que pour faire respecter le principe de légalité des poursuites et vérifier que le classement est bien obligatoire. Il ne participe donc pas de la fonction de décision de mise en mouvement de l'action publique, mais intervient en raison d'un autre principe structurel, la légalité des poursuites. Preuve en est, le juge accepte la demande en classement du ministère public, mais ne le prononce pas : il renvoie immédiatement le dossier au parquet qui, lui, opérera le classement sans suite⁵. Certains doutent toutefois de l'absence d'immixtion du juge, mais seulement en ce qui concerne la fonction d'investigation, lorsque le juge donne au ministère public un délai pour effectuer certaines investigations, et non pas en ce qui concerne la fonction de mise en mouvement de l'action publique, qui reste exercée par le parquet⁶. La jurisprudence, pourtant, veille, et censure les juges qui ordonnent des investigations supplémentaires pour d'autres faits que ceux visés par le ministère public⁷, qui indiquent au parquet d'exercer l'action publique contre une autre personne que celle visée par la demande de classement sans suite⁸ ou qui accompagnent le refus du classement de l'énoncé précis des actes d'investigations à

les investigations ultérieures nécessaires à sa décision mais aussi, et surtout, ordonner d'office l'administration de certaines preuves, uniquement dans les cas où celles-ci paraissent décisives pour l'acquittement de la personne : Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), arts. 421 bis et 422 issus de la loi n° 479 du 16 décembre 1999, dite loi Carotti. Sur l'évolution de la phase d'audience préliminaire, v. C. VALENTINI, « L'accrescimento cognitivo in udienza preliminare », dans *Il Codice di procedura penale in vent'anni di riforme : frammenti di una costante metamorfosi*, Giappichelli, 2009, p. 75. V. aussi, critiquant les pouvoirs toujours plus nombreux du juge de l'audience préliminaire, M. FERRAIOLI, « I controlli giurisdizionali in sede di archiviazione e udienza preliminare », dans *Il rito accusatorio a vent'anni dalla grande riforma*, Giuffrè, 2012, p. 25 ; S. LORUSSO, « La fase preliminare vent'anni dopo », dans *Il Codice di procedura penale in vent'anni di riforme : frammenti di una costante metamorfosi*, Giappichelli, 2009, p. 3, spéc. n° 5.

¹ P. TONINI, *Lineamenti di diritto processuale penale*, op. cit., p. 28. Pour rappel, nous avons défini la phase préparatoire comme l'ensemble temporel et matériel courant de la naissance de l'action publique à la décision de la mettre ou non en mouvement : v. *supra* n° 9.

² Cour de cassation italienne, 1^{re} section pénale, 19 mai 1998, n° 1840, *Dell'Anna*.

³ V. par exemple E. ZAPPALÀ, « Le funzioni del giudice nella fase delle indagini preliminari », dans *Le nuove disposizioni sul processo penale*, CEDAM, 1989, p. 49, spéc. n° 6, jugeant toutefois cette obligation « vague ».

⁴ Constitution italienne (*Costituzione della Repubblica italiana*), art. 112.

⁵ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 409.

⁶ V. M. FERRAIOLI, *Il ruolo di garante del giudice per le indagini preliminari*, op. cit., p. 137 et s., spéc. p. 140-141. V. *contra* G. TRANCHINA, « Ruoli naturali ed innaturali del giudice nel nuovo processo penale », *Legislazione penale* 1990, p. 392.

⁷ Cour de cassation italienne, 5^e section pénale, 5 avril 2012, n° 12987, *P.M. in proc. Di Felice ed altri*.

⁸ Cour de cassation italienne, 6^e section pénale, 31 janvier 2012, n° 3891, *Pmt in proc. Milana e altro*.

effectuer¹. D'ailleurs, lorsque le juge refuse la demande en classement au motif que l'action publique devrait être exercée, il « dispose par ordonnance que le procureur formule l'accusation dans les dix jours »². Si cela pourrait faire penser qu'il participe de la décision sur la mise en mouvement de l'action publique, en réalité le dossier est alors renvoyé au ministère public qui prendra seul la décision. Surtout, le procureur n'est pas tenu par l'ordre du juge, et peut très bien ne pas exercer l'action publique³. Signalons enfin que la réforme Orlando de l'été 2017⁴ prouve, elle aussi, l'absence d'immixtion du juge dans la fonction de décisions de la mise en mouvement de l'action publique. Lorsque le délai des enquêtes préliminaires, éventuellement prorogé, est terminé, aucun acte d'investigation ne peut être exécuté et le ministère public doit décider s'il met ou non en mouvement l'action publique. Mais si le procureur ne fait rien, le juge ne peut pas intervenir. La réforme de 2017, afin de combattre de telles hypothèses, fait obligation au procureur de décider de la mise en mouvement ou non de l'action dans les trois mois, en principe, de la fin du délai des enquêtes préliminaires⁵. Quoi qu'il en soit, le juge pour les enquêtes préliminaires n'interviendra pas.

Le juge italien n'est donc pas titulaire de la fonction de décision sur l'exercice de l'action publique, ce que confirme le Code lui-même : « le ministère public exerce l'action publique »⁶. Est ainsi attribué, dans le silence de la Constitution, un monopole législatif du

¹ Cour constitutionnelle italienne, 6 juin 1991, n° 253.

² Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 409 al. 5 : « il giudice, quando non accoglie la richiesta di archiviazione, dispone con ordinanza che, entro dieci giorni, il pubblico ministero formuli l'imputazione ». La situation est alors pour le moins singulière, puisque le ministère public va ensuite soutenir une accusation qu'il n'a pas voulu, au départ, engager : V. PERCHINUNNO, « Il giudice per le indagini preliminari e le scelte relative all'azione penale », dans *Il giudice per le indagini preliminari dopo cinque anni di sperimentazione*, Giuffrè, 1996, p. 67, spéc. n° 5. La situation se rapproche de celle du parquetier français suite à une citation directe ou une plainte avec constitution de partie civile de la victime.

³ Dans ce cas est alors prévu la possibilité pour le procureur général près la Cour d'appel d'évoquer l'affaire et de se substituer au procureur de la République : Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 412 al. 2.

⁴ Loi n° 103 du 23 juin 2017.

⁵ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 407 al. 3 bis. Pour plus de détails, v. M. GIALUZ, A. CABIALE et J. DELLA TORRE, « Riforma Orlando : le modifiche attinenti al processo penale, tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni », *op. cit.*, n° 3, p. 173 et *infra* n° 430.

⁶ La Cour constitutionnelle italienne a précisé plusieurs fois qu'il ne ressort d'aucune disposition de la Constitution que le ministère public dût jouir d'un monopole dans la fonction de décision sur l'exercice de l'action publique : v. Cour constitutionnelle italienne, 24 mai 1967, n° 61 ; Cour constitutionnelle italienne, 9 juillet 1970, n° 123 ; Cour constitutionnelle italienne, 26 juillet 1970, n° 84.

ministère public sur la fonction de décision sur l'exercice de l'action publique¹. En France en revanche, il semble bien que la titularité du juge soit reconnue à titre exceptionnel.

3. L'admission exceptionnelle française

237. Faux-semblants. Le système français paraît, à première vue, ne pas confier au juge de rôle dans la fonction de décision sur l'exercice de l'action publique. En effet, les choses sont claires : « l'action publique [...] est mise en mouvement et exercée par les magistrats ou par les fonctionnaires auxquels elle est confiée par la loi », et « le ministère public exerce l'action publique »². Toutefois, trois remarques doivent être faites, s'agissant du rôle de la victime, de la place des autres fonctionnaires auxquels renvoie le Code et, surtout, du rôle du juge d'instruction.

238. Victime et mise en mouvement de l'action publique. La tradition française considère la citation directe de celle-ci ou sa plainte avec constitution de partie civile comme entraînant la mise en mouvement de l'action publique, exercée en revanche par le seul parquetier. Le Code dispose, il est vrai, que « cette action peut aussi être mise en mouvement par la partie lésée »³. Une telle approche ne cadre cependant pas avec notre analyse de la phase préparatoire du procès pénal, qui se concentre sur les rapports de pouvoir entre les acteurs institutionnels, la recherche de cet équilibre des pouvoirs étant considérée comme un préalable à toute réflexion d'ensemble sur la phase préparatoire. D'ailleurs, historiquement, la question de la décision sur l'exercice de l'action publique a été appréhendée, par les rédacteurs du Code d'instruction criminelle, comme une stricte question de relation entre organes institutionnels. Ainsi Faustin Hélie écrit, au sujet des articles du Code d'instruction criminelle réglementant la décision de mise en mouvement du ministère public : « la question d'attribution, résolue dans ces articles, n'était pas agitée

¹ Décret législatif n° 271 du 28 juillet 1989 portant normes d'application, de coordination et de transition vers le Code de procédure pénale, art. 231 : « Sont abrogés les dispositions de toute loi ou décret prévoyant l'exercice de l'action publique par des organes autres que le ministère public » (« Sono abrogate le disposizioni di leggi o decreti che prevedono l'esercizio dell'azione penale da parte di organi diversi dal pubblico ministero »).

² Code de procédure pénale français, arts 1 al. 1 et 31.

³ Code de procédure pénale français, art. 1 al. 2.

entre les plaignants et le ministère public, mais entre le ministère public et le juge d'instruction »¹.

Nous sommes d'avis que ce n'est qu'une fois la question de l'organisation des *pouvoirs*, c'est-à-dire des relations entre acteurs institutionnels, tranchée que l'on pourra appréhender de manière cohérente la place des personnes privées, notamment la victime². C'est donc en conséquence de l'équilibre des *pouvoirs* choisis que les *droits* de la victime en matière de mise en mouvement de l'action publique pourront être renforcés, modifiés ou supprimés. La victime n'est pas un organe de la procédure et doit être exclue des réflexions sur un équilibre des pouvoirs éventuels dans la phase préparatoire.

239. Fonctionnaires et mise en mouvement de l'action publique. L'article 1^{er} du Code de procédure pénale prévoit l'hypothèse d'une action publique mise en mouvement non seulement par le ministère public mais aussi par « les fonctionnaires auxquels elle est confiée par la loi ». La question de la reconnaissance du rôle de ces fonctionnaires est, en réalité, hors de notre champ de recherche. La recherche d'un équilibre des pouvoirs doit d'abord et avant tout concerner les relations entre organes du procès pénal, c'est-à-dire entre le juge, le parquet et la police. Ce n'est qu'après avoir réfléchi à cet équilibre que des éléments extérieurs comme certaines administrations – qui se rapprochent, en dernière analyse, de la figure de la victime³ – pourront être ajoutés à la réflexion pour construire un équilibre d'ensemble de la procédure. Cet équilibre ne sera cependant pas un équilibre des pouvoirs, il le dépassera. Les administrations visées par la loi ne sont donc pas des organes de la phase préparatoire et doivent être exclues des réflexions sur un équilibre des pouvoirs, seule question à nous intéresser ici.

240. Juge d'instruction et mise en mouvement de l'action publique. Les auteurs sont nombreux à souligner que le juge décide, en quelque sorte, d'exercer l'action publique lorsqu'il procède à la mise en examen d'une personne qui n'était pas visée par le réquisitoire introductif délivré par le parquet, acte matérialisant pourtant la décision de

¹ F. HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle*, *op. cit.*, n° 514 ; v. aussi J.-H.-C. MANGIN, *Traité de l'action publique et de l'action civile en matière criminelle*, *op. cit.*, n° 18.

² V. *supra* n° 33.

³ J. PRADEL, *Procédure pénale*, 19^e éd., Cujas, 2017, n° 281.

poursuivre de celui-ci¹. En effet, si le juge d'instruction est saisi *in rem*, il ne l'est pas *in personam*. En d'autres termes, la décision de mise en mouvement de l'action publique prise par le procureur sous la forme d'un réquisitoire introductif est en réalité une décision présentant une donnée fixe, les faits matériels, et une donnée variable laissée à l'appréciation du juge d'instruction, les personnes. On a pu parler, à juste titre, d'« auto-saisine »². Le juge d'instruction dispose donc d'une titularité de la fonction de décision de mise en mouvement de l'action publique. C'est lui qui renverra en jugement ou mettra en accusation³, finalisant ainsi la décision de mettre en mouvement l'action publique prise à moitié par le parquet. Cette exception serait cependant supprimée si le juge d'instruction, comme nous l'avons proposé, disparaissait⁴.

241. Le choix de l'exclusion du juge. Il nous paraît en revanche nécessaire de *refuser toute titularité à l'organe juge dans la fonction de décision sur l'exercice de l'action publique*. Outre le principe d'accusation, ou de séparation des organes d'accusation et de jugement, cette exclusion a une raison très simple : le juge, n'étant pas titulaire de la fonction d'investigation, paraît peu apte à saisir, dans un délai raisonnable, les faits à la base de la prétention punitive, et donc à décider de faire usage ou non de la possibilité juridiquement reconnue de s'adresser à un organe détenteur de la juridiction pénale pour qu'il tranche en droit une telle prétention.

On le pressent, c'est cette même raison qui devrait emporter, selon nous, l'admission de la titularité de la police.

¹ J.-H. ROBERT, « L'étrange figure de l'action publique au cours de l'instruction préparatoire » *op. cit.*, spéc. p. 416 ; S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, *op. cit.*, n° 106 et 350 ; S. GUINCHARD, « L'instrumentalisation de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme dans les débats français sur le statut du parquet », *op. cit.*, spéc. p. 319-320 ; S. GUINCHARD, « Requiem joyeux pour l'enterrement annoncé du juge d'instruction », *op. cit.*, spéc. p. 276 ; D. REBUT, « L'arrêt Medvedyev et la réforme de la procédure pénale », *op. cit.* ; E. BONIS-GARÇON et O. DÉCIMA, « Le parquet et les sirènes de l'indépendance. À propos du projet de loi du 27 mars 2013 et du projet de loi constitutionnelle du 14 mars 2013 », *op. cit.* ; M. LEMONDE, « Le juge des libertés et de la détention : une réelle avancée ? », *op. cit.* V. aussi F. WINCKELMULLER, *La mutation de la mise en état des affaires pénales à l'épreuve des droits européens*, Thèse Strasbourg, 2017, Tome I, n° 37.

² F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, 4^e éd., Economica, 2015, n° 1730.

³ D. REBUT, « L'arrêt Medvedyev et la réforme de la procédure pénale », *op. cit.*

⁴ V. *supra* n° 212 et s.

B. L'admission de la titularité de la police

242. Malgré le refus unanime des systèmes étudiés de reconnaître à la police une titularité dans l'exercice du pouvoir-fonction de décision de mise en mouvement de l'action publique (1), une telle reconnaissance apparaît nécessaire pour plusieurs raisons (2).

1. Le refus unanime

243. **Un refus clair.** Ici, les développements seront beaucoup plus brefs que pour l'examen de la titularité du juge. La cause en est simple : aucune des législations étudiées ne prévoit une quelconque participation de la police à la décision sur l'exercice de l'action publique. On reconnaît une certaine activité d'investigation à la police, ce qui est autre chose que la titularité de la fonction d'investigation. Il ne lui est par contre jamais permis de décider de faire usage ou non de la possibilité juridiquement reconnue de s'adresser à un organe détenteur de la juridiction pénale pour qu'il tranche en droit une prétention émanant du droit de punir. Bien sûr, dans les faits, la police exerce une certaine influence notamment parce qu'elle est la principale source d'information du procureur et qu'en lui transmettant certaines informations elles les modifient nécessairement, consciemment ou non. Pour autant, les Codes français, italien et allemand ne reconnaissent aucun pouvoir de décision de mise en mouvement de l'action publique à la police, pas plus que la doctrine des pays étudiés ne le propose sérieusement.

244. **Les « sirènes anglo-saxonnes »¹ ?** En réalité, l'idée d'une police pouvant participer à la fonction de décision sur l'exercice de l'action publique fait immédiatement penser à la procédure anglaise, que nous pouvons résumer – rapidement, car une comparaison si superficielle ne saurait être un argument d'autorité – de la manière suivante : dans la majorité des cas, c'est la police qui exerce l'action publique, sous le contrôle, lorsqu'elle décide de poursuivre, d'un organe spécial, le *Crown prosecution service*. La Norvège semble avoir un système similaire, l'implication de la police dans la fonction de décision sur l'exercice de l'action publique étant exclue passé un certain seuil

¹ S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, op. cit., n° 89.

de peine encourue¹. Les carcans de l'opposition accusatoire/inquisitoire aidant, il faut reconnaître que la titularité de la police s'agissant de la fonction de décision sur l'exercice de l'action publique a de quoi surprendre. Elle nous semble pourtant nécessaire.

2. L'admission nécessaire

245. Lien avec la fonction d'investigation. L'admission d'une titularité de la police a pour motif essentiel son implication dans la fonction d'investigation. Parce que la police est titulaire de la fonction d'investigation et de la prérogative de direction des enquêtes, elle devrait se voir reconnaître une titularité dans la décision de mise en mouvement de l'action publique. Deux considérations sous-tendent cette idée.

246. Prendre en compte la potentielle titularité exclusive de la police de la fonction d'investigation. D'une part, la police étant potentiellement titulaire exclusive de la fonction d'investigation dans certaines procédures – celles ne nécessitant des investigations que de niveau 1 voire 2² – elle sera parfois la seule à avoir enquêté et donc la plus à même de saisir les implications de l'ensemble du dossier. En ce sens, la reconnaissance d'une telle titularité permettrait une procédure rapide mais non hâtive, l'organe titulaire des investigations étant par hypothèse le plus apte à apprécier *dans un délai raisonnable* la suite à donner aux faits sur lesquels il a été le seul à enquêter. Plus simplement, serait aussi possible une meilleure prise en compte des particularités d'un dossier. Ainsi, la phase préparatoire gagnerait en qualité et en rapidité si l'organe policier se voyait reconnaître la titularité de la fonction de décision sur l'exercice de l'action publique. Rappelons que selon notre approche, la fonction prime, c'est-à-dire que les éventuels problèmes statutaires ne doivent pas empêcher une telle attribution, mais au contraire être résolus du fait de la fonction confiée³.

247. Prendre en compte la policarisation de la procédure. D'autre part, la reconnaissance de la titularité de la police permettrait de répondre au phénomène de

¹ J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, 4^e éd., Dalloz, 2016, n° 328.

² Sur les niveaux d'investigation, v. *supra* n° 220.

³ Sur le renforcement statutaire de l'organe policier, v. *infra* n° 484 et s.

policierisation de la procédure¹. Tant en France qu'en Italie ou en Allemagne, on s'accorde en effet à dire qu'en pratique, la police mène souvent la phase préparatoire, ne transmettant au parquet qu'à la toute fin pour que celui-ci décide de mettre ou non en mouvement l'action publique². Quel est alors l'apport de l'intervention du ministère public ? Ne conviendrait-il pas d'admettre que la police est parfois la mieux placée pour décider d'exercer ou non l'action publique ? Cette décision est fondée sur le résultat d'investigations dont les résultats détaillés sont parfois ignorés par le ministère public. Si la policierisation peut inquiéter, c'est avant tout pour des questions de statut de l'organe policier, en particulier parce que, en France et en Allemagne, il est rattaché au pouvoir exécutif³. De plus, on a pu émettre des craintes quant à l'existence d'une véritable police judiciaire au regard de la formation des différentes forces de police⁴. Or dans l'approche ici retenue, il s'agit de *faire primer la fonction*, le statut devant se plier à la fonction et non l'inverse. Surtout, la policierisation est, sur de nombreux points, fondée et logique⁵ : les forces de police sont dans l'immense majorité des cas les premières informées et à intervenir, voire même les seules – 1 955 parquetiers ne peuvent physiquement pas tout faire⁶.

Si certains réfutent qu'une reconnaissance légale de cette policierisation puisse la contenir⁷, nous pensons que la logique impose, si devait être reconnue à la police une titularité de la fonction d'investigation, de lui reconnaître pareillement une titularité de la fonction de décision sur l'exercice de l'action publique. En Allemagne, Beatrix Elsner a pu proposer, à l'issue d'une comparaison avec le droit néerlandais, d'introduire dans la

¹ V. *supra*, n° 22.

² Le traitement en temps réel, pensé au départ pour renforcer la direction du ministère public sur la police (v., en ce sens, M. NORD-WAGNER, *L'urgence en procédure pénale*, Thèse Strasbourg 3, 2005, n° 319 et s.), semble avoir été dévoyé. Le système traverse « une crise profonde » (J.-L. NADAL [prés.], *Refonder le ministère public : rapport de la Commission de modernisation de l'action publique*, 2013, p. 84) sous la pression d'une optimisation sans cesse exigée. Le traitement en temps réel n'est aujourd'hui plus qu'un abattage devenu (B. BRUNET, « L'acte de juger dans le traitement en temps réel à partir du regard de l'anthropologue sur le service en temps direct d'une grande juridiction », *Gaz. Pal.* 9 janvier 2001, p. 2 ; H. HAENEL, « Les voies de la cohérence », dans *La procédure pénale en quête de cohérence*, Dalloz, 2007, p. 273, spéc. p. 274). À cela s'est ajoutée une forte dégradation des conditions de travail que souligne le Rapport sur la refondation du ministère public, parlant de « submersion » (J.-L. NADAL [prés.], *Refonder le ministère public : rapport de la Commission de modernisation de l'action publique*, *op. cit.*, p. 85).

³ Sur le statut de l'organe policier, v. *infra* n° 463 et s.

⁴ V. Annexe n° 1, p. 731.

⁵ V. *supra* n° 22.

⁶ Nombre de parquetiers en France en 2016 (source : *Systèmes judiciaires européens. Efficacité et qualité de la justice*, Rapport CEPEJ, 2018).

⁷ H. SATZGER, *Chancen und Risiken einer Reform des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens: Gutachten C zum 65. Deutschen Juristentag*, C.H. Beck, 2004, p. C136.

législation fédérale une disposition permettant aux *Länder* qui le souhaiteraient d'habiliter les forces de police à procéder d'elle-même au classement sans suite après paiement d'une amende prévu au paragraphe 153a du Code de procédure pénale. Cependant, une telle possibilité serait limitée aux faits les moins graves – l'amende ne pouvant excéder cent euros – et le parquet aurait toujours la possibilité de reprendre la main¹. En d'autres termes, la police resterait subordonnée au ministère public. Un tel modèle nous semble trop restrictif : la police est un organe comme un autre du procès pénal et elle doit se voir reconnaître une véritable *titularité autonome* de la fonction de décision de mise en mouvement de l'action publique lorsqu'elle dirige les investigations. Cela permettrait notamment de responsabiliser l'organe policier, qui ne serait plus réduit à son rôle de « bras armé »² du procureur.

248. Une prudence nécessaire. Une telle reconnaissance, si elle apparaît nécessaire, n'est cependant pas sans danger, puisque le risque est la mainmise de la police sur toute la phase préparatoire du procès pénal, de son déroulement (l'investigation) à sa clôture (la décision de mise en mouvement de l'action publique). D'autant que l'importance de la décision de mise en mouvement de l'action publique a déjà été soulignée, elle qui permet de gérer l'*input* de la justice pénale³. Si cela impose une répartition selon le modèle de la balance des pouvoirs, il ne faut toutefois pas que l'un des organes prenne le pas sur l'autre. La policarisation, reconnue par la titularité de la police de la fonction de décision de mise en mouvement de l'action publique, devra donc nécessairement être encadrée. C'est-à-dire que la répartition de la fonction entre son titulaire historique, le ministère public, et son nouveau titulaire doit être précisée.

¹ B. ELSNER, *Entlastung der Staatsanwaltschaft durch mehr Kompetenzen für die Polizei ? Eine deutsch-niederländisch vergleichende Analyse in rechtlicher und rechtstatsächlicher Hinsicht*, Universitätsverlag Göttingen, 2008, p. 253 et s.

² A. COCHE, « Le comitè de réflexion sur la justice pénale ou les droits perdus du justiciable ? », *D.* 2009, p. 2765. La doctrine et la jurisprudence allemandes parlent, elle, du ministère public sans la police comme d'un « cerveau sans mains » (*Kopf ohne Hände*) : v. Cour fédérale administrative allemande, 3 décembre 1974, I C 11.73 (BVerwGE 47, 255, 263), spéc. n° 23 ; J. BRÜNING, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, Nomos, 2005 ; C. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, 25^e éd., C. H. Beck, 1998, p. 55.

³ V. *supra* n° 228.

§2. La distribution entre le ministère public et la police

249. Pour opérer une distribution équilibrée de la fonction de décision sur l'exercice de l'action publique entre les organes du ministère public et de la police, il convient de savoir quel élément doit être pris en compte (A) avant de détailler plus précisément le contenu de la distribution (B).

A. L'élément de la distribution

250. Une fonction décisive. La fonction de décision de mise en mouvement de l'action publique, qu'il s'agit de distribuer entre les organes parquetier et policier, est l'activité visant à décider de faire usage ou non de la possibilité juridiquement reconnue de s'adresser à un organe détenteur de la juridiction pénale pour qu'il tranche en droit une prétention émanant du droit de punir. En ce que les organes détenteurs d'une telle faculté sont en mesure de moduler l'*input* de la justice pénale, ce pouvoir-fonction revêt une importance cruciale¹. Cette importance doit donc être prise en considération dans la balance entre parquet et police.

251. Une fonction basée sur l'investigation. La fonction de décision de mise en mouvement de l'action publique est nécessairement conditionnée par et fondée sur le résultat des investigations, autre pouvoir-fonction de la phase préparatoire. En effet, la prétention punitive, si elle doit être juridiquement fondée pour être accueillie lors de la phase décisive, repose d'abord et avant tout sur des faits et leur preuve. C'est elle qui va permettre ce passage du fait au droit² que la procédure pénale réalise. Pour prendre la décision de demander à la juridiction de jugement de dire que les faits commis par untel l'ont été en violation de la loi pénale et qu'en conséquence la prétention punitive est fondée, le pouvoir de punir devant être exercé, il faut au préalable comprendre, connaître et appréhender ces faits. Or la connaissance des faits est l'essence même du pouvoir-fonction d'investigation, activité visant à rechercher, explorer et établir les faits, c'est-à-dire ce qu'il

¹ V. *supra*, n° 228.

² M. DELMAS-MARTY (prés.), « Rapport préliminaire sur la mise en état des affaires pénales », *op. cit.*, spéc. p. 11.

s'est passé dans une optique médiate ou immédiate de preuve¹. C'est dire que la fonction de décision de mise en mouvement de l'action publique dépend intrinsèquement du résultat des investigations, peu importe le système la régissant – légalité ou opportunité. En effet, l'opportunité de la mise en mouvement sera appréciée...par rapport aux faits, ou tout du moins de ce qu'on en sait grâce à l'investigation. Cette dernière alimente donc la décision de mise en mouvement de l'action publique. Ce lien très fort doit être pris en compte pour éviter un conditionnement néfaste de la seconde par la première. Pour ce faire, il convient de rappeler rapidement la distribution opérée en matière d'investigation.

252. Rappel de la distribution de la fonction d'investigation². La fonction d'investigation a été répartie entre l'organe parquetier et l'organe policier suivant l'intensité d'investigation nécessitée par la procédure d'espèce. Rejetant toute incidence de la gravité des faits pour se concentrer sur l'essence de l'investigation, soit la *connaissance* des événements, ont été distingués quatre niveaux d'intensité de la fonction d'investigation suite au croisement de deux critères : l'atteinte aux droits fondamentaux et le caractère secret de l'exécution.

La police s'est ainsi vue attribuer la titularité exclusive de la fonction d'investigation et en particulier de la prérogative de direction, tant que la procédure ne nécessite qu'une intensité d'investigation de niveau 1 voire 2. Cela renvoie avant tout aux investigations ne portant pas atteinte aux droits fondamentaux de la personne concernée et n'étant pas exécutées de manière secrète (niveau 1). Tant que des investigations attentatoires aux droits et libertés ne sont pas nécessaires (niveaux 3 et 4), la police dirige les investigations et sa titularité s'étend au niveau 2 d'investigations (mesure non attentatoire mais secrètes).

Le ministère public, lui, devrait être titulaire de la fonction d'investigation, y compris de la prérogative de direction, à partir du moment où la connaissance des faits nécessite une intensité d'investigation de niveau 3 ou 4 (mesures attentatoires exécutées ou non de manière secrète). Lorsqu'il prend la direction des investigations, la compétence du ministère public s'étend aux investigations de niveau 2, qui sortent alors de la compétence de la police.

¹ V. *supra* n° 127.

² V. *supra* n° 195 et s.

C'est compte tenu de ces deux éléments que sont l'importance de la fonction de décision de mise en mouvement de l'action publique et son lien très fort avec l'investigation, qu'il convient de détailler sa distribution.

B. Le détail de la distribution

253. La distribution de la fonction de décision de mise en mouvement de l'action publique répond, en réalité, à une certaine logique (1). Toutefois, des objections doivent être levées (2).

1. La répartition proposée

254. Logique de la répartition. La fonction de décision de mise en mouvement de l'action publique dépend essentiellement, on l'a dit, de la fonction d'investigation. Parce que la prétention punitive est basée sur des faits, la décision de mise en mouvement de l'action publique suppose une connaissance accrue de ceux-ci. En toute logique, l'organe disposant de la direction des investigations, parce qu'il a une vue d'ensemble du dossier et donc des faits, est le plus à même d'obtenir, dans un délai raisonnable, cette connaissance accrue. C'est donc naturellement que la décision de mise en mouvement devrait être confiée à l'organe directeur des investigations.

255. Modalités de la répartition. En conséquence, la balance se ferait selon les modalités suivantes.

La police se verrait reconnaître la titularité de la fonction de décision de mise en mouvement de l'action publique dans les procédures où elle a seule exercé et dirigé la fonction d'investigation. Dans ce cas, c'est-à-dire lorsque la connaissance des faits n'a nécessité qu'une activité ne portant pas atteinte aux droits fondamentaux de la personne et n'étant pas exécutée de manière secrète (niveau 1) ou, par exception, dont l'exécution doit rester secrète (niveau 2), la police doit être considérée comme l'organe le plus apte à décider de l'exercice de l'action publique. Elle seule peut apprécier dans un délai

raisonnable les connaissances acquises par l'exercice de la fonction d'investigation et obtenir ainsi une vue d'ensemble du dossier.

Le ministère public serait, lui, considéré comme titulaire de la fonction de décision de mise en mouvement de l'action publique dans les procédures où il a seul ou à la suite de la police exercé et dirigé la fonction d'investigation. Dans de telles hypothèses où la connaissance des faits a nécessité le déploiement d'une activité portant atteinte aux droits fondamentaux et exécutée (niveau 4) ou non (niveau 3) de manière secrète, le ministère public prend la direction des investigations et est alors le destinataire final du résultat des actes accomplis dans ce cadre. Il est donc le plus à même d'apprécier les tenants et aboutissants du dossier. À cela ne change rien le fait que le parquet ait pu déléguer – il l'aura sans doute fait – l'exécution de ses prérogatives d'investigation à l'organe policier. En effet, dans un tel cas, la police ne dispose pas de la direction des investigations et ne centralise donc pas forcément les informations obtenues par les actes effectués, sur délégation du procureur, par les différents agents. À l'inverse, lorsque la police dirige les investigations (niveau 1), elle opère nécessairement centralisation de ces résultats puisqu'elle est la seule titulaire, donc la seule responsable, des investigations.

La titularité de la fonction de décision de mise en mouvement de l'action publique serait ainsi partagée, suivant les cas, entre l'organe policier et l'organe parquetier. Une telle proposition soulève plusieurs objections.

2. Les objections à lever

256. Première objection : un policier à l'audience ? Si l'on accepte la distribution proposée, quelles conséquences sur la phase décisive ? Concrètement, quel organe prendrait ses réquisitions devant la phase de jugement ? De telles considérations, légitimes, ne sont pour autant pas des objections à l'attribution à la police d'une titularité, dans la phase préparatoire, de la fonction de décision de mise en mouvement de l'action publique. En effet, l'approche retenue consiste à concentrer la réflexion sur les rapports de pouvoir dans la phase préparatoire du procès pénal comme clé possible de réagencement de la procédure pénale en son ensemble. En d'autres termes, si la logique de la titularité de la police s'agissant de la fonction de décision de mise en mouvement de l'action publique emportait la conviction ou la persuasion, il conviendrait alors d'en tirer les conséquences

nécessaires quant à la phase décisive – non l'inverse. D'ailleurs, on ajoutera qu'en l'état actuel de la législation française, lorsque la victime dépose plainte avec constitution de partie civile ou lorsqu'elle cite directement l'auteur des faits devant la juridiction, le ministère public exerce une action publique qu'il n'a pas à décider de mettre en mouvement¹.

Il pourrait même être envisagé que ce soit l'organe policier qui soutienne l'action publique qu'il a décidé d'exercer, ce qui éviterait que « le ministère public découvre le dossier »² à l'audience, et ne serait qu'un prolongement de la représentation du ministère public par le commissaire de police devant les tribunaux de police, mais aussi de la possibilité qu'avait l'officier de police judiciaire de proposer une transaction pénale à un suspect, ou encore de la reconnaissance de l'exercice de l'action publique par certaines administrations. La présence, à la place du procureur, d'un commissaire de police sur l'estrade des tribunaux de police pour les contraventions des quatre premières classes peut paraître surprenante. Si la doctrine n'y voit rien à redire, compte tenu du fait que cet « officier du ministère public »³ exerce ses fonctions sous le contrôle du procureur de la République⁴, Michèle-Laure Rassat note tout de même qu'il s'agit d'un parquet particulier⁵ justifié par l'absence de peine privative de liberté encourue pour les contraventions concernées⁶. Faustin Hélie, sous le régime similaire de l'article 144 du Code d'instruction

¹ Le parquet peut alors très bien requérir l'acquiescement ou la relaxe. Dernier exemple, local, en date : le 9 janvier 2019, le ministère public n'a requis aucune condamnation contre Philippe Barbarin, cardinal de Lyon, dans l'affaire des abus sexuels commis par le prêtre Bernard Preynat entre 1986 et 1991, affirmant qu'il s'agissait avant tout « du procès des parties civiles », non du ministère public. La procédure, classée sans suite en 2016, avait en effet été relancée par la citation directe visant le prélat pour non dénonciation de crimes : v. M. BABONNEAU, « Procès du cardinal Barbarin : “le procès des parties civiles” et pas celui du parquet, selon la procureure », *Dalloz Actualité* 11 janvier 2019. Le 7 mars 2019, le prélat a été condamné à six mois de prison avec sursis. Chose intéressante, le parquet lyonnais a annoncé interjeter appel de la condamnation le 15 mars 2019.

² B. BRUNET, « L'acte de juger dans le traitement en temps réel à partir du regard de l'anthropologue sur le service en temps direct d'une grande juridiction », *op. cit.*

³ Code de procédure pénale français, art. 523.

⁴ Code de procédure pénale français, art. 45. La doctrine ne fait, dans les ouvrages consultés, que mentionner le fait que le représentant du ministère public est alors le commissaire de police : v. R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel : procédure pénale*, 5^e éd., Cujas, 2001, n° 220 ; C. AMBROISE-CASTÉROT et P. BONFILS, *Procédure pénale*, 2^e éd., PUF, 2018, n° 91 ; E. VERNY, *Procédure pénale, op. cit.*, n° 129 ; T. GARÉ et C. GINESTET, *Droit pénal. Procédure pénale, op. cit.*, n° 369 ; G. ROUSSEL, *Procédure pénale*, 9^e éd., Vuibert, 2018, n° 935 ; J. LEROY, *Procédure pénale*, 5^e éd., LGDJ, 2017, n° 147 ; F. FOURMENT, *Procédure pénale*, 14^e éd., Larcier, 2013, n° 284 ; S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale, op. cit.*, n° 180 ; J. PRADEL, *Procédure pénale, op. cit.*, n° 235 ; E. VERGÈS, *op. cit.*, n° 149 ; B. BOULOC, *Procédure pénale, op. cit.*, n° 186 ; F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *op. cit.*, n° 816 ; C. SOURZAT, *Droit pénal général et procédure pénale*, 2^e éd., Larcier, 2016, n° 320 ; P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Procédure pénale*, 4^e éd., Armand Colin, n° 87.

⁵ M.-L. RASSAT, *Procédure pénale*, 3^e éd., Ellipses, 2017, n° 183.

⁶ Historiquement, l'intervention du procureur de la République a été pensée comme la suite logique de l'ajout d'une quatrième et cinquième classe d'infraction, cette dernière ayant pu être sanctionnée par une peine d'emprisonnement : v. M.-L. RASSAT, *Procédure pénale, Ibid.*

criminelle¹, considère que « les commissaires de police [...] ont reçu leur délégation de la loi ; ils ne sont les délégués d'aucun fonctionnaire ; ils exercent l'action publique en leur nom : ils en sont personnellement investis »². Quant à la possibilité qu'avait l'officier de police judiciaire de proposer, sous réserve de l'acceptation du procureur il est vrai, une transaction à l'auteur des faits, nous avons proposé l'analyse selon laquelle telle alternative supposait la mise en mouvement de l'action publique³. Enfin, il est admis que dans des cas limités, notamment en matière douanière ou fiscale, ce sont des administrations spécialisées qui vont exercer l'action publique⁴. Une police mettant en mouvement et exerçant l'action publique ne serait donc pas inédite en procédure pénale française.

257. Seconde objection : une phase préparatoire à charge ? La seconde objection serait la suivante : ne tendrait-on pas, en confiant la décision sur l'exercice de l'action publique à la police, à favoriser une phase préparatoire totalement à charge ? Il est vrai qu'aucun des pays étudiés n'oblige formellement la police à instruire à charge et à décharge – une telle exigence s'applique par ruissellement, en quelque sorte, depuis le parquet⁵. En France plus particulièrement, si le ministère public a depuis 2016 l'obligation de veiller à ce que les investigations soient effectuées à charge et à décharge⁶, il le fait en tant que directeur des investigations et la loi n'impose pas formellement à la police d'enquêter dans les deux sens. Outre le fait que l'on pourrait alors préciser que l'organe policier est soumis à une telle obligation, rappelons que ce dernier n'exercerait la fonction de décision de mise en mouvement de l'action publique que s'il a seul déployé et dirigé les investigations. Cela suppose que la connaissance des faits ne nécessite quoi qu'il en soit aucune atteinte aux droits fondamentaux et n'autorise qu'à la marge des actes secrets. En

¹ Code d'instruction criminelle, art. 144 : « Les fonctions du ministère public, pour les faits de police, seront remplies par le commissaire du lieu où siègera le tribunal ».

² F. HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle, op. cit.*, n° 501. *Contra* v. J.-H.-C. MANGIN, *Traité de l'action publique et de l'action civile en matière criminelle, op. cit.*, n° 102.

³ V. *supra* n° 149.

⁴ Sur ces régimes, v. J. PRADEL, *Procédure pénale, op. cit.*, n° 276 et s.

⁵ Code de procédure pénale français, art. 39-3 ; Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 160 al. 2 ; Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 358.

⁶ Code de procédure pénale français, art. 39-3 inséré par la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016. Pour une approche critique, v. F. FOURMENT, « L'instruction à décharge du procureur impartial », *Gaz. Pal.* 26 avril 2016, p. 53 ; F. FOURMENT, « Remarques sur l'impartialité du procureur enquêteur », *Gaz. Pal.* 18 juillet 2017, p. 92 ; A. BOTTON, « Le renforcement du rôle du procureur de la République », *AJ Pénal* 2016, p. 562 ; F. WINCKELMULLER, *La mutation de la mise en état des affaires pénales à l'épreuve des droits européens, op. cit.*, n° 401 et s. *Contra*, v. E. CAMOUS, « L'enquête à décharge menée par le procureur de la République », *Gaz. Pal.* 18 juillet 2017, p. 88. Cette loi de 2016 complète en réalité la loi du 25 juillet 2013 venue affirmer l'impartialité du parquet dans le Code de procédure pénale (art. 31).

grossissant le trait, les faits s'offrent d'eux-mêmes, par l'intermédiaire de traces, témoins, photos, etc. à l'organe policier. Au surplus, les craintes d'une phase préparatoire policière donc à charge résultent avant tout du statut actuel de la police. Or, notre réflexion vise à donner la primauté aux fonctions, dont découleront le statut. La titularité de la police impliquera, à l'évidence, des modifications statutaires. Ce n'est pas parce que la police dépend actuellement entièrement de l'exécutif qu'il ne faut pas lui confier la fonction de décision de mise en mouvement de l'action publique, mais bien parce qu'une telle fonction lui est confiée qu'il faut interroger sa dépendance¹.

L'attribution à la police de la titularité de la fonction de décision sur l'exercice de l'action publique ne paraît donc pas soulever tant d'objections que cela. Un exemple permettra cependant de clarifier la distribution proposée.

258. Exemple. Reprenons notre exemple. Pour rappel, un délit de fuite vient d'être commis. L'infraction est constatée quelques jours plus tard et les forces de police opèrent des relevés topographiques, prennent des photographies et interrogent le voisinage. On leur signale à cette occasion avoir reconnu M. au volant. Se rendant au domicile de M., la police constate qu'il s'agit d'une maison avec un garage fermé en rez-de-chaussée. Elle se présente donc au domicile et demande à l'épouse de M. d'accéder au garage et d'opérer des vérifications sur le véhicule de la famille. Ici, notre histoire a deux versions. Dans la première, l'épouse accepte, la police pénétrant dans le domicile et relevant des traces de peinture correspondant, après analyses, au véhicule de la victime. M., convoqué et auditionné librement par la police, reconnaît les faits. Dans la seconde, l'épouse refuse, la police prévenant le procureur qui décide d'une perquisition forcée, opérée par lui-même ou délégué à la police. À cette occasion, les mêmes relevés de traces sont opérés, et M., convoqué et auditionné librement par la police, reconnaît les faits.

Dans la première hypothèse, la police a opéré du début à la fin des investigations de niveau 1, dont elle est titulaire. Elle dirige les investigations pendant toute leur durée. En conséquence, elle décidera d'exercer ou non l'action publique pour ces faits.

Dans le second cas de figure, la fonction d'investigation a dû être poussée à son niveau 3. Le ministère public est donc intervenu en tant que titulaire de la fonction

¹ V. *infra* n° 484 et s.

d'investigation. La police, si elle est restée titulaire des prérogatives d'investigation de niveau 1, a perdu la direction de l'enquête. C'est donc le parquet qui exercera la fonction de décision sur l'exercice de l'action publique.

259. La distribution des deux premiers pouvoirs-fonctions, l'investigation et la décision de mise en mouvement de l'action publique, a permis de faire ce lien entre fait et droit propre à la procédure pénale.

L'investigation, premier et plus important pouvoir-fonction, doit être retirée au juge d'instruction. L'information judiciaire ne correspond en effet plus à la logique et à la cohérence de la phase préparatoire contemporaine. Pour balancer la fonction d'investigation, plusieurs niveaux d'investigation doivent être distingués par le croisement de deux critères : l'atteinte aux droits et libertés et le caractère secret de la mesure.

La police pourrait se voir reconnaître la titularité exclusive des investigations de niveau 1 (mesures non attentatoires et non secrètes). Tant qu'une atteinte au droit (niveaux 3 et 4) n'est pas nécessaire, la police dirigerait seule ses propres investigations. Sa compétence s'étendrait alors jusqu'au niveau 2 (mesures non attentatoires mais secrètes).

À partir du moment où les investigations supposent une atteinte au droit (niveau 3) doublée éventuellement d'un secret (niveau 4), le parquet entrerait en scène en tant que titulaire exclusif de la fonction d'investigation. Il prendrait la direction des investigations et sa compétence descendrait alors jusqu'au niveau 2 (mesures non attentatoires mais secrètes), qui échapperait dans ce cas à la police. Le niveau 1, en revanche, resterait du domaine exclusif de la police, qui devrait toutefois obéir aux ordres et directives du ministère public.

La décision de mise en mouvement de l'action publique, acte final de la phase préparatoire, doit être confiée au titulaire de la prérogative de direction des investigations,

seul à même d'avoir une vue d'ensemble de ce qu'il s'est passé et, donc, de trancher la question du passage à la phase décisive. La balance de cette fonction est alors logique :

Tant que la police dirige les investigations, c'est-à-dire tant qu'aucune atteinte aux droits n'a été nécessaire, elle doit être seule titulaire de la fonction de décision de mise en mouvement de l'action publique.

Si le ministère public dirige les investigations, c'est-à-dire à partir du moment où une mesure attentatoire a été décidée, il doit être seul titulaire de la fonction de décision de mise en mouvement de l'action publique.

Rappelons qu'il s'agit ici d'approcher au plus possible l'équilibre des pouvoirs avant d'étudier, dans la prochaine partie, les mécanismes propres à éviter un retour du déséquilibre¹.

¹ V. *infra* n° 313 et s.

CHAPITRE 2

DISTRIBUER LES FONCTIONS DE PROTECTION DE LA PROCÉDURE ET DE GARANTIE DES DROITS

260. Liens entre la protection de la procédure et la garantie des droits. Si l'étude conjointe des fonctions d'investigation et de décision sur l'exercice de l'action publique était justifiée par le fait que l'une alimente l'autre, les fonctions de protection de la procédure et de garantie des droits peuvent être rassemblées en ce qu'elles visent à *préserver* un objet. Surtout, chacune de ces deux fonctions est rendue nécessaire par l'exercice des autres pouvoirs-fonctions dans la phase préparatoire. Ainsi, l'activité de protection de la procédure va être déployée compte tenu de ce qu'exigeront les investigations et la décision de mise en mouvement de l'action publique. De même, les droits fondamentaux doivent être protégés face aux nécessités de l'investigation et aux mesures prises en protection de la procédure. Enfin, chacun de ces pouvoirs-fonctions correspond à l'un des pôles entre lesquels navigue traditionnellement toute procédure pénale : l'efficacité et le respect des libertés¹.

Il convient donc de distribuer la fonction de protection de la procédure (Section 1) puis d'envisager la répartition de la fonction de garantie des droits (Section 2). Rappelons à titre préalable les deux mécanismes de distribution des pouvoirs : la balance des pouvoirs, qui consiste à partager l'exercice d'une fonction entre différents organes, et l'isolement des pouvoirs, qui consiste à spécialiser un organe dans l'exercice d'une seule, unique mais exclusive fonction.

¹ V. déjà, affirmant qu'en procédure pénale « 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 » : F. HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle*, 2^e éd., Plon, 1866, Tome I, n° 1.

Section 1

La distribution de la fonction de protection de la procédure

261. Le choix de la balance. Il s'agira, dans les pages qui suivent, de distribuer de l'activité visant à assurer la bonne marche et l'efficacité de la procédure – la procédure étant entendue comme une suite d'actes ambitionnant de passer du fait au droit et de réaliser complètement ce dernier. Parmi les deux mécanismes possibles de distribution du pouvoir que sont la balance et l'isolement, il nous paraît inévitable d'opter pour un modèle de *balance des pouvoirs*, c'est-à-dire la répartition d'un pouvoir-fonction entre plusieurs pouvoirs-organes. En effet, les investigations, véritable cœur de la procédure, peuvent être menées par plusieurs organes¹ qui seraient les plus aptes à apprécier la mise en danger de la bonne marche de la procédure et les possibles obstacles au passage du fait au droit.

De telles considérations impliquent, on le pressent, d'exclure la titularité du juge en matière de protection de la procédure (§ 1). Ce sera alors la distribution entre le ministère public et la police qu'il conviendra de détailler (§ 2).

§ 1. L'exclusion de la titularité du juge

262. L'idée d'une titularité du juge en matière de protection de la procédure paraît presque naturelle, d'autant que les différents systèmes étudiés semblent tous l'admettre (A). Pour autant, cette vision tient sans doute du mirage et l'intervention du juge paraît être motivée par d'autres considérations (B).

A. L'admission commune

263. L'intervention du juge aux fins de protection de la procédure. L'étude des phases préparatoires allemande, italienne et française laisse penser que le juge est titulaire de la fonction de protection de la procédure. Sans entrer dans le détail de chaque système, un exemple doit être développé pour rendre compte de cette analyse. À ce titre, le cas de la

¹ V. *supra* n° 195 et s.

détention provisoire s'impose de lui-même. Il s'agit en effet de la mesure de protection de la procédure par excellence¹ mais aussi de celle la plus attentatoire aux droits et libertés². Cette mesure, dans le cadre de notre proposition de suppression de l'information judiciaire, trouvera naturellement à s'appliquer dans la phase préparatoire du procès pénal, de la même manière qu'un placement en détention provisoire est toujours possible en Italie et en Allemagne malgré la suppression du juge d'instruction. De plus, dans les trois pays étudiés, la détention provisoire fait obligatoirement intervenir l'organe juge. L'intervention de cet organe semble même *naturelle*, si bien que cette mesure représente l'exemple-type de la possible titularité du juge de la fonction de protection de la procédure. Aussi la détention provisoire constituera-t-elle l'objet principal de nos propos. L'exposé des droits étrangers

¹ Rappelons qu'en droit français, la détention provisoire doit être motivée par un objectif précis, à savoir : conserver les preuves ou les indices matériels qui sont nécessaires à la manifestation de la vérité, empêcher une pression sur les témoins ou les victimes ainsi que sur leur famille, empêcher une concertation frauduleuse entre la personne mise en examen et ses coauteurs ou complices, protéger la personne mise en examen, garantir le maintien de la personne mise en examen à la disposition de la justice, mettre fin à l'infraction ou prévenir son renouvellement, ou mettre fin au trouble exceptionnel et persistant à l'ordre public provoqué par la gravité de l'infraction, les circonstances de sa commission ou l'importance du préjudice qu'elle a causé (Code de procédure pénale français, art. 144). Tous ces objectifs ne participent pas de l'investigation, en ce qu'il n'ont pas pour objet de savoir ce qu'il s'est passé, de connaître les faits. La détention provisoire vise bien plus à protéger la procédure d'évènement pouvant la mettre à mal (fuite de la personne, pression sur des témoins, contexte troublé par les remous de l'infraction, etc.). Il en va de même en Italie, où la détention provisoire doit être motivée par les cas suivants : danger concret et actuel de perte de preuves, danger de fuite, risque de commission de nouvelles infractions (Code de procédure pénale italien, art. 275). Ici encore, il s'agit de protéger la procédure elle-même, y compris dans le cas d'un risque de commission de nouvelles infractions, puisqu'alors l'ordre public serait troublé et la sérénité de la procédure s'en ressentirait. Enfin, la détention provisoire n'est possible, en Allemagne, que dans un nombre limité d'hypothèses : risque de fuite, risque de « obscurcissement » (*Verdunkelungsgefahr*) par la modification ou la perte de preuve, risque de répétition de l'infraction ou encore gravité des faits. Il s'agit toujours de protéger la procédure, encore que le motif de la gravité des faits puisse en faire douter. La Cour constitutionnelle fédérale a toutefois précisé que même lorsque la détention provisoire est fondée sur la gravité des faits, cela suppose qu'existe aussi un risque de fuite ou d'obscurcissement (Cour constitutionnelle fédérale allemande, 15 décembre 1965, 1 BvR 513/65 [BVerfGE 19, 342]), c'est-à-dire un risque pour la procédure elle-même. La doctrine allemande analyse d'ailleurs la détention provisoire comme servant la sauvegarde de la procédure (*Verfahrenssicherung*) : V. KREY et M. HEINRICH, *Deutsches Strafverfahrensrecht*, 2^e éd., Kohlhammer, 2018, n° 719 ; C. ROXIN et B. SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, 29^e éd., C.H. Beck, 2017, p. 242. V. aussi W. BEULKE et S. SWOBODA, *Strafprozessrecht*, 14^e éd., C.F. Müller, 2018, n° 208. V. enfin, pour une affirmation jurisprudentielle, Cour constitutionnelle fédérale allemande, 13 octobre 1971, 2 BvR 233/71 (BVerfGE 32, 87). Une utilisation pratique de la détention provisoire comme anticipation de la peine semble toutefois, et malheureusement, ne pas pouvoir être exclue : H.-H. KÜHNE, *Strafprozessrecht*, 9^e éd., C.F. Müller, 2015, n° 415.

² L'appréhension de la détention provisoire comme le cas le plus grave de mesure visant à protéger la procédure, voire de mesure la plus grave de toute la phase préparatoire, est commune aux trois pays : E. DREYER et O. MOUYSET, *Procédure pénale*, 2^e éd., LGDJ, 2019, n° 426 ; H.-H. KÜHNE, *Strafprozessrecht*, *op. cit.*, n° 415 ; O. DOMINIONI *et al.*, *Procedura penale*, 6^e éd., Giappichelli, 2018, p. 381.

(1) puis français (2) sur cette question permettra de comprendre pourquoi le juge semble être titulaire de la fonction de protection de la procédure.

1. Les admissions étrangères

264. La détention provisoire en Allemagne¹. La détention provisoire (*Untersuchungshaft*), qui ne saurait être une peine par anticipation², est strictement encadrée³.

Est en effet exigée la réunion de deux conditions préalables. Il faut tout d'abord que le seuil du « soupçon aigu » (*dringender Tatverdacht*) soit atteint, soit le plus haut seuil de l'échelle des soupçons (*Verdachtsgrade*) qui innerve le Code de procédure pénale⁴. D'après les résultats des investigations, il doit exister une forte probabilité que l'accusé ait participé à la commission d'une infraction⁵. De plus, la détention provisoire ne pourra être ordonnée que s'il existe des motifs précis de détention, limitativement énumérés, comme le risque de

¹ Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 112 et s.

² W. BEULKE et S. SWOBODA, *Strafprozessrecht*, *op. cit.*, n° 208. En ce qui concerne la possibilité de placement en détention provisoire au seul motif que l'infraction soupçonnée est particulièrement grave (le Code liste les infractions considérées), la Cour constitutionnelle fédérale a d'ailleurs précisé que cela suppose quoi qu'il en soit l'existence d'un risque de fuite ou d'obscurcissement des faits : Cour constitutionnelle fédérale allemande, 15 décembre 1965, 1 BvR 513/65 (BVerfGE 19, 342).

³ En particulier quant à sa durée : v. Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 121 et s. Fin janvier 2019, la Cour constitutionnelle fédérale a ainsi conclu à la violation des droits constitutionnels d'une personne placée en détention provisoire depuis 2016 et qui n'a toujours pas été jugée alors que l'action publique a été engagée en août 2016. La Cour a clairement refusé le motif avancé par l'État d'une surcharge des juridictions empêchant le jugement dans un délai raisonnable : v. Cour constitutionnelle fédérale allemande, 23 janvier 2019, 2 BvR 2429/18. Sur cet arrêt, v. rapidement « BVerfG bemängelt Haftfortdauer im Frankenthaler Babymordprozess : Gerichtüberlastung ist kein Argument », *LTO* 25 janvier 2019, accessible en ligne sur www.lto.de/persistent/a_id/33459/ (consulté le 24 mars 2019). V. déjà Cour constitutionnelle fédérale allemande, 11 juin 2018, 2 BvR 819/18.

⁴ BeckOK *StPO*/Krauß *StPO* § 112 Rn. 4. Sur la notion de soupçon et sa gradation, v. le schéma synthétique de W. BEULKE et S. SWOBODA, *Strafprozessrecht*, *op. cit.*, n° 114. Pour une analyse plus détaillée, v. H.-H. KÜHNE, *Strafprozessrecht*, *op. cit.*, n° 321 et s. L'absence de soupçons aigus peut mener à la libération de la personne (v. dernièrement Tribunal régional de Bayreuth, 13 février 2019, 3 Qs 4/19) mais aussi à la responsabilité pénale du juge. Dernier exemple en date, l'avocat d'un individu arrêté, placé en détention provisoire et libéré au bout d'une semaine dans le cadre de l'enquête sur l'attaque au couteau ayant fait un mort à Chemnitz en août 2018 a déposé plainte contre le procureur et le juge ayant décidé et exécuté le mandat de dépôt. La plainte vise les délits de prévarication (§ 339 du Code pénal allemand) et la séquestration (§ 239 du Code pénal allemand).

⁵ BeckOK *StPO*/Krauß *StPO* § 112 Rn. 3 : « Dringender Tatverdacht liegt vor, wenn nach dem bisherigen Ermittlungsergebnis eine große Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass der Beschuldigte als Täter oder Teilnehmer eine Straftat begangen hat ».

fuite de l'individu ou le risque d'obscurcissement (*Verdunkelungsgefahr*), c'est-à-dire de disparition de preuves.

Si ces deux conditions préalables sont réunies, le ministère public peut alors demander au juge de l'enquête de délivrer un mandat de dépôt (*Haftbefehl*), impérativement écrit¹. La délivrance du mandat, qui n'est pas précédée d'une audience contradictoire, entraîne l'arrestation (*Ergreifung*) puis la rétention provisoire de la personne (*Verhaftung*) par les forces de police. La personne ainsi retenue est ensuite présentée, au plus tard le lendemain, au juge ayant délivré le mandat².

Ce juge doit alors interroger la personne détenue et décide ensuite de l'avenir de la mesure. Il peut alors confirmer le mandat de dépôt, la personne étant informée des possibilités de recours, mais aussi l'annuler ou le suspendre. Le juge annulera le mandat lorsque les conditions préalables de la détention provisoire ne sont plus réunies, lorsque le maintien en détention méconnaîtrait le principe de proportionnalité ou lorsque le ministère public le demande³. Enfin, il pourra suspendre le mandat dans les cas où, la détention étant motivée par le seul risque de fuite de la personne, des mesures moindres suffisent. On parle de « dispense de détention provisoire »⁴ (*Haftverschonung*).

265. La détention provisoire en Italie⁵. La détention provisoire italienne doit être analysée dans le contexte plus large des mesures de précaution (*misure cautelari*), auxquelles le Code de procédure pénale consacre son Livre IV et qui forment un véritable « sous-système normatif »⁶ regroupant toutes les mesures provisoires et impliquant à chaque fois le juge dans leur prononcé⁷. La détention provisoire (*custodia cautelare in carcere*)⁸, au sein de ce sous-système, est classée parmi les mesures de précaution

¹ Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 114.

² Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 115 ; Loi fondamentale allemande (*Grundgesetz, GG*), art. 104.

³ La demande du ministère public lie le juge uniquement lors de la phase préparatoire, non dans la phase décisive : v. *Meyer-Goßner/Schmitt StPO* § 120 Rn. 13.

⁴ W. BEULKE et S. SWOBODA, *Strafprozessrecht, op. cit.*, n° 228. Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 116.

⁵ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), arts. 272 et s., 280 et 285 et s.

⁶ M. BARGIS *et al.*, *Compendio di procedura penale*, 9^e éd., CEDAM, 2018, p. 385.

⁷ On a pu parler de « réserve de juridiction » (*riserva di giurisdizione*) : P. TONINI, *Lineamenti di diritto processuale penale*, 16^e éd., Giuffrè, 2018, p. 235 ; M. BARGIS *et al.*, *Compendio di procedura penale, op. cit.*, p. 387.

⁸ On distingue entre la détention provisoire en établissement pénitentiaire (*custodia cautelare in carcere*, art. 285), en établissement pour les détenues mères (*custodia cautelare in istituto a custodia attenuata per detenute madri*, art. 285 bis) et en lieux de soins (*custodia cautelare in luogo di cura*, art. 286).

personnelles¹ et coercitives². Elle doit donc obéir aux conditions, strictes, posées pour de telles mesures.

Celles-ci sont nombreuses³. Tout d'abord, l'infraction reprochée doit être d'une certaine gravité, particulièrement pour la détention provisoire qui ne peut être envisagée que pour les faits punis d'une peine maximale encourue d'au moins cinq ans de réclusion⁴. Aucun fait justificatif, aucune cause dite de « non punissabilité »⁵ et aucun obstacle procédural au jugement ne doivent exister – on parle d'exigence de « punissabilité concrète » (*punibilità in concreto*)⁶. Surtout, il faut réunir de graves indices de culpabilité et non plus des indices suffisants comme sous le Code Rocco⁷. La notion de culpabilité, qui interroge, est comprise comme une appréciation de « l'état actuel du dossier »⁸ sans parallèle aucun avec le seuil exigé en phase de jugement pour conclure à la culpabilité⁹.

¹ Le Code de procédure pénale italien connaît des mesures de protection personnelles (*misure cautelari personali*, arts. 272 et s.) et réelles (*misure cautelari reali*, arts. 316 et s.).

² Le Code de procédure pénale italien connaît des mesures de protection personnelles coercitives (*misure coercitive*, arts. 280 et s.) et d'interdiction (*misure interdittive*, arts. 287 et s.).

³ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), arts. 273 et 274. Pour une présentation détaillée, v. M. BARGIS *et al.*, *Compendio di procedura penale*, *op. cit.*, p. 391 et s.

⁴ Le placement en détention provisoire est aussi possible lorsque l'individu a violé les obligations de mesures de précaution moins graves ordonnées précédemment : Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 280 al. 3.

⁵ Les causes de non punissabilité (*cause di non punibilità*) tiennent à l'exigence, en droit pénal italien, en plus d'un fait antijuridique et d'une culpabilité, d'une punissabilité des faits. L'idée est assez simple : la commission d'un fait antijuridique par une personne ne justifie pas toujours l'application d'une peine. La punissabilité renvoie alors à « l'opportunité de soumettre à une peine l'auteur ayant commis un fait antijuridique. Avec l'idée de punissabilité, l'on désigne donc l'ensemble des conditions éventuelles, s'ajoutant et extérieures au fait antijuridique imputable à une personne, qui fondent ou excluent l'opportunité de le punir » (« opportunità di sottoporre a pene l'autore del fatto antigiuridico e colpevole. Con la formula punibilità si designa dunque l'insieme delle eventuali condizioni, ulteriori ed esterne rispetto al fatto antigiuridico e colpevole, che fondano o escludono l'opportunità di punirlo » : G. MARINUCCI, E. DOLEINI et G. L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 7^e éd., Giuffrè, 2018, p. 440). Parmi les causes de non punissabilité, on peut distinguer entre des causes personnelles et une cause objective. Parmi les causes subjectives : le lien familial entre l'auteur et la victime d'une atteinte aux biens, les immunités de droit international, le fait pour les membres d'associations de malfaiteurs ou d'organisations terroristes de participer à l'évitement de l'infraction ou à l'identification des autres auteurs, la rétractation en cas de faux témoignage (v. G. MARINUCCI, E. DOLEINI et G. L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, *op. cit.*, p. 443 et s.). La cause objective de non punissabilité est constituée de la particulière ténuité/gravité des faits (*particolare tenuità del fatto*), déjà prévue à titre spécial en droit pénal des mineurs et élargie puis intégrée dans le Code pénal en 2015. Se mêlent des critères d'appréciation *in abstracto* (peine encourue) mais aussi, et surtout, *in concreto* (personnalité de l'auteur, habitude à délinquer ou non, etc.).

⁶ P. TONINI, *Lineamenti di diritto processuale penale*, *op. cit.*, p. 242.

⁷ V., parlant, pour la nouvelle exigence, de *fumus commissi delicti*, M. BARGIS *et al.*, *Compendio di procedura penale*, *op. cit.*, p. 388. L'idée, par une telle formulation plus restrictive que celle retenue par les précédents Code, est de limiter les pouvoirs d'appréciation du juge : O. DOMINIONI *et al.*, *Procedura penale*, *op. cit.*, n° 368.

⁸ P. TONINI, *Lineamenti di diritto processuale penale*, *op. cit.*, p. 230.

⁹ Cour de cassation italienne, 4^e section pénale, 18 septembre 2013, n° 38466, *Koljini*. La Cour constitutionnelle a ainsi censuré la disposition légale faisant obligation au ministère public de classer la procédure si, alors qu'une mesure de précaution avait été refusée par une décision de la Cour de cassation faute d'indices graves de culpabilité, aucun nouvel élément n'avait été acquis à charge : v. Cour

Enfin, la détention provisoire, comme toute mesure de précaution, doit répondre à des motifs précis tels que le danger de fuite ou de modification des preuves.

Si ces conditions sont réunies, le ministère public saisit le juge pour les enquêtes préliminaires d'une demande de placement en détention provisoire, lui présentant les pièces sur lesquelles il se fonde¹ mais aussi les éléments à décharge². Le juge décide par écrit et selon une procédure secrète. Sa décision doit être guidée par les principes de proportionnalité, de gradation et d'adéquation de la mesure³, sachant que le Code pose des présomptions graduées d'adéquation de la détention provisoire pour certaines infractions (crimes mafieux, infractions terroristes, etc.)⁴. L'ordonnance du juge est exécutée par le procureur. La personne est arrêtée et présentée au juge immédiatement ou quoi qu'il en soit pas plus de cinq jours après le début de la mesure, délai pendant lequel le procureur ne peut l'interroger⁵. Le juge procède à l'interrogatoire de la personne assistée de son avocat – on parle d'interrogatoire de garantie (*interrogatorio di garanzia*) – et apprécie si les conditions de la mesure sont toujours présentes. Il peut alors révoquer la mesure ou lui en substituer une moins grave.

constitutionnelle italienne, 24 avril 2009, n° 121. Cette disposition avait été intégrée au Code par la loi n° 46 du 20 février 2006. Pour une approche très critique de cette loi, v. R. ADORNO, « La progressiva latitudine del giudizio cautelare », dans *Il Codice di procedura penale in vent'anni di riforma : frammenti di una costante metamorfosi*, Giappichelli, 2009, p. 15.

¹ Le décret législatif n° 216 du 29 décembre 2017 est toutefois venue préciser que le ministère public, lorsqu'il fonde sa demande sur les éléments recueillis lors d'interceptions de communications ou de correspondances, peut ne transmettre au juge que les éléments essentiels de ces communications ou correspondances interceptées, non leur intégralité : Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 291 al. 1 ter. Sur ce décret, v. G. PESTELLI, « Brevi note sul nuovo decreto legislativo in materia di intercettazioni : (poche) luci et (molte) ombre di una riforma frettolosa », *Diritto penale contemporaneo* 2018, n° 1, p. 169 ; D. PRETTI, « Prime riflessioni a margine della nuova disciplina sulle intercettazioni », *Diritto penale contemporaneo* 2018, n° 1, p. 189. Sur la loi n° 103 du 23 juin 2017 ayant délégué au gouvernement la réforme des interceptions de communications, v. C. CONTI, « La riservatezza delle intercettazioni nella "delega Orlando". Una tutela paternalistica della privacy che può andare a discapito del diritto della prova », *Diritto penale contemporaneo* 2017, n° 3, p. 78.

² Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 291.

³ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 275.

⁴ De telles présomptions ont entraîné, selon un auteur, une très forte atténuation de l'exigence de motivation : M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, 7^e éd., Utet, 2017, p. 830. Certaines formulations ont été censurées par la Cour constitutionnelle au motif que n'était pas prévu le renversement de la présomption par la preuve de l'adéquation d'une mesure moindre : v. Cour constitutionnelle italienne, 25 février 2015, n° 48 ; Cour constitutionnelle italienne, 23 juillet 2013, n° 232 ; Cour constitutionnelle italienne, 18 juillet 2013, n° 213 ; Cour constitutionnelle italienne, 29 mars 2013, n° 57 ; Cour constitutionnelle italienne, 3 mai 2012, n° 110 ; Cour constitutionnelle italienne, 22 juillet 2011, n° 231 ; Cour constitutionnelle italienne, 12 mai 2011, n° 164 ; Cour constitutionnelle italienne, 21 juillet 2010, n° 265. Pour une appréciation critique de ces présomptions, v. A. NAPPI, « Oscillazioni e punti fermi nel regime delle misure cautelari personali », dans *Il rito accusatorio a vent'anni dalla grande riforma*, Giuffrè, 2012, p. 13, spéc. n° 2.3.B. ainsi que G. MASTROLIA, « La custodia cautelare in carcere : da *extrema ratio* a regola ? », dans *Il rito accusatorio a vent'anni dalla grande riforma*, Giuffrè, 2012, p. 107.

⁵ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 294.

Tant l'Allemagne que l'Italie semblent donc reconnaître au juge une titularité de la fonction de protection de procédure. Le cas français ne déroge pas non plus à ce qui semble être la règle.

2. L'admission française

266. La détention provisoire en France¹. Rappelons à titre liminaire que cette mesure, censée être « une exception exceptionnelle à une exception à un principe »² et malgré les attentions répétées du législateur, reste très utilisée³. *Ultima ratio*, elle doit répondre à une procédure stricte.

Cette mesure ne peut tout d'abord être envisagée que dans des cas précis. La personne qu'on souhaite placer en détention provisoire doit être mise en examen, ce qui implique une instruction judiciaire et des indices graves et/ou concordants d'implication de l'individu dans les faits reprochés. De plus, la détention provisoire n'est possible que si l'instruction est ouverte pour un crime ou pour un délit puni d'une peine supérieure ou égale à trois ans d'emprisonnement⁴. Enfin, l'incarcération doit constituer l'unique moyen de parvenir à des buts limitativement énoncés comme la conservation des preuves, la protection de la personne mise en examen ou encore son maintien à la disposition de la justice.

La détention provisoire est obligatoirement ordonnée, dans la phase préparatoire, par le juge des libertés et de la détention. Celui-ci est en principe saisi par requête du juge d'instruction, ce dernier ayant lui-même éventuellement été saisi de réquisitions en ce sens par le ministère public. Si tel est le cas, le juge d'instruction peut refuser de saisir le juge des libertés et de la détention. Dans une hypothèse seulement, celle d'une détention

¹ Code de procédure pénale français, arts. 137 et s. et 143 et s.

² Y. STRICKLER, « Après la crise de l'affaire d'Outreau : l'émotion et la procédure pénale », *LPA* 14 décembre 2006, p. 7. Ce caractère exceptionnel est tout à fait normal lorsqu'on prend en considération que la personne qu'on enferme est légalement innocente : v. J. LEBLOIS-HAPPE, « Le placement en détention provisoire : description du mécanisme », *AJ Pénal* 2003, p. 9.

³ Au 1^{er} février 2019, la France comptait 70 652 personnes détenues, dont 20 776 prévenus, soit un taux de 29,4 %. Source : *Statistiques mensuelles de la population détenue et écrouée*, accessible en ligne sur le site du ministère de la Justice.

⁴ Le placement en détention provisoire est aussi possible lorsque l'individu a violé les obligations de mesures moins graves ordonnées précédemment : Code de procédure pénale français, arts. 141-2 et 142-8.

provisoire demandée par le parquet pour des faits particulièrement graves¹ et fondée sur certains motifs², le ministère public pourra alors passer outre le refus et, si ses réquisitions initiales le mentionnent, saisir directement le juge des libertés et de la détention³.

Le juge des libertés et de la détention fait comparaître la personne devant lui et, après avoir recueilli ses observations, l'informe de son intention ou non de le placer en détention provisoire. Si tel est le cas, le juge ne prendra sa décision qu'après débat contradictoire, pouvant ordonner une incarcération provisoire de quatre jours au maximum pour préparation de la défense ou dans l'attente de vérifications en cours par le juge d'instruction. Le juge des libertés et de la détention rend une ordonnance motivée accompagnée le cas échéant d'un mandat de dépôt.

267. Persistance du juge. On le voit, les trois systèmes comparés semblent admettre une titularité du juge dans la fonction de protection de la procédure, au minimum pour le placement en détention provisoire. Au-delà de la détention provisoire, le juge intervient d'ailleurs très souvent en matière de protection de la procédure. En Italie, les mesures de précaution (interdiction de quitter le territoire national⁴, obligation de présentation régulière à la police⁵, éloignement du domicile familial⁶, interdiction de séjour⁷, suspension de l'exercice d'une fonction publique ou d'une profession⁸, saisies conservatoires⁹, etc.) font toutes intervenir le juge, si bien qu'on a pu parler de « réserve de juridiction » (*riserva di giurisdizione*)¹⁰. En Allemagne, le juge interviendra dans le processus de décision de nombreuses mesures de protection de la procédure : retrait provisoire du permis¹¹, saisies conservatoires¹², fourniture de sûreté par un suspect n'ayant pas de résidence sur le territoire lorsque ne sont pas réunies les conditions d'un mandat

¹ À savoir un crime ou un délit puni de dix ans d'emprisonnement.

² À savoir la protection de la personne mise en examen, son maintien à la disposition de la justice, le souhait de mettre fin à l'infraction ou au trouble exceptionnel et persistant à l'ordre public.

³ Code de procédure pénale français, art. 137-4. Pour quelques craintes doctrinales, v. C. GUÉRY, « Une détention provisoire exceptionnelle...mais souhaitable », *AJ Pénal* 2004, p. 238.

⁴ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 281.

⁵ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 282.

⁶ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 282 bis.

⁷ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 283.

⁸ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), arts. 289 et 290.

⁹ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 316 et s.

¹⁰ P. TONINI, *Lineamenti di diritto processuale penale*, op. cit., p. 235 ; M. BARGIS et al., *Compendio di procedura penale*, op. cit., p. 387.

¹¹ Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 111a.

¹² Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), §§ 111b et s. Le système a été entièrement refondue par la loi de réforme des confiscations pénales du 13 avril 2017.

d'arrêt¹, ou encore interdiction provisoire d'exercer une profession². En ce qui concerne les saisies, celles-ci peuvent être décidées par le ministère public (bien immeuble) voire par la police (bien meuble) en cas d'urgence, le juge ne devant confirmer que les saisies immobilières effectuées en urgence³. En France, enfin, le juge interviendra dans presque toutes les mesures de précaution de la procédure (détention provisoire, assignation à résidence, contrôle judiciaire, saisies conservatoires) prise dans le cadre d'une information judiciaire, puisqu'alors le juge d'instruction et le juge des libertés et de la détention ont la main haute. En phase d'enquête, où n'est possible ni le contrôle judiciaire, ni l'assignation à résidence ni, à l'évidence, la détention provisoire, le juge des libertés et de la détention interviendra, au titre de la protection de la procédure, dans toutes les saisies dites spéciales⁴. S'agissant de la garde à vue, interviendra même la police – sous la direction du parquet – pour les vingt-quatre premières heures, puis le ministère public pour la première prolongation, puis le juge des libertés et de la détention pour les prolongations successives.

Le juge apparaît donc comme un organe central de la protection de la procédure, ceci dans les trois pays étudiés. Pour autant, une analyse plus poussée conduit à conclure au mirage.

¹ Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 132.

² Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 132a.

³ Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 111j.

⁴ Ces saisies, institués par la loi n° 2010-768 du 9 juillet 2010, visent à faciliter l'exécution d'une peine de confiscation susceptible d'être prononcée lors de la phase décisive (Code de procédure pénale français, arts. 706-141 et s.). Les quatre saisies spéciales prévues (saisie de patrimoine, saisie immobilière, saisie de certains biens ou droits mobiliers incorporels, saisis sans dépossession) nécessitent toutes l'autorisation du juge des libertés et de la détention. Dans une hypothèse toutefois, le juge des libertés et de la détention interviendra *a posteriori* : il s'agit de la saisie par un officier de police judiciaire autorisée par le procureur de la République, d'une somme d'argent versée sur un compte ouvert auprès d'un établissement habilité par la loi à tenir des comptes de dépôts (art. 706-154). Sur le régime des saisies avant et après la loi de 2010, v. E. CAMOUS, « Les saisies en procédure pénale : un régime juridique éparpillé », *Dr. pén.* 2010, étude 5 ; E. CAMOUS, « Les saisies en procédure pénale : un régime juridique modernisé », *Dr. pén.* 2011, étude 1.

B. L'admission erronée

268. L'intervention du juge dans les exemples qui ont été donnés n'a pas pour *objet* la protection de la procédure mais la garantie des droits (1). Cela est confirmé par l'analyse plus en détails des systèmes étudiés (2).

1. L'objet réel de l'intervention du juge

269. La garantie des droits fondamentaux, seul objet de l'intervention du juge.
Dire, à la suite de la comparaison des droits, que le juge est l'un des titulaires du pouvoir-fonction de protection de la procédure revient, suivant notre typologie des pouvoirs, à dire que l'organe-juge se voit attribuer pour partie l'activité visant à assurer la bonne marche et l'efficacité de la procédure. En d'autres termes, cela voudrait dire que la protection de la procédure contre la fuite de la personne, la perte de preuves, les désordres à l'ordre public, etc. nécessiterait l'implication et l'intervention du juge, qu'elle en serait l'objet.

On perçoit déjà ce que ce raisonnement a de lacunaire : dans les procédures étudiées, c'est à chaque fois le titulaire de la fonction d'investigation qui demande la mesure, qui en prend l'initiative. Et il en prend l'initiative considérant le danger pesant sur la procédure. L'intervention du juge, elle, ne peut pas avoir pour objet la protection de la procédure tout simplement parce que l'organe-juge (juge de l'enquête, juge pour les enquêtes préliminaires ou juge des libertés et de la détention) n'est à aucun moment responsable de la procédure, à l'exception malheureuse du juge d'instruction que nous avons d'ailleurs proposé de supprimer¹. L'action du juge a donc nécessairement *un autre objet*, ressortant d'une autre fonction². L'examen plus poussé des trois droits permet de conclure que le juge intervient en garantie des droits fondamentaux, fonction à part entière.

¹ V. *supra* n° 212 et s.

² Le pouvoir-fonction a été défini comme l'activité finalisée ayant un objet précisément circonscrit qui lui donne sa spécificité : v. *supra* n° 72.

2. L'analyse renouvelée de l'intervention du juge

270. Retour en Allemagne. L'intervention du juge lors de la procédure de placement en détention provisoire, qui prend la forme de la décision puis de la délivrance d'un mandat de dépôt ainsi que de l'audition, un jour après le début de la mesure, de la personne détenue afin de trancher l'avenir de la mesure, est directement imposée par la Loi fondamentale. Son article 104 est particulièrement explicite :

« 2. Seul le juge peut autoriser la privation de liberté et sa prolongation. [...] »

3. Toute personne soupçonnée d'avoir commis une infraction pénale et provisoirement détenue pour cette raison doit être conduite, au plus tard le lendemain de son arrestation, devant un juge qui doit lui notifier les motifs de l'arrestation, l'interroger et lui donner la possibilité de formuler ses objections. Le juge doit sans délai, soit délivrer un mandat d'arrêt écrit et motivé, soit ordonner la mise en liberté. »¹

La doctrine considère que cette réserve du juge (*Richtervorbehalt*), qui fait écho à la réserve de la loi de l'alinéa premier², a pour objet la protection des droits fondamentaux³. Hans-Heiner Kühne écrit même que l'intervention du juge est « la voie royale de la protection des droits fondamentaux durant la procédure pénale »⁴. Pour Claus Roxin, « l'intervention du juge de l'enquête dans un but de protection des droits fondamentaux est une exigence centrale de la procédure pénale d'un État de droit »⁵. Quant à la Cour

¹ Loi fondamentale allemande (*Grundgesetz* ou *GG*), art. 104 al. 2 et 3.

² Loi fondamentale (*Grundgesetz* ou *GG*), art. 104 al. 1 : « La liberté de la personne ne peut être restreinte qu'en vertu d'une loi formelle et dans le respect des formes qui y sont prescrites ».

³ J. BRÜNING, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, Nomos, 2005, p. 122 ; C. BITZIGEIO, *Der Richtervorbehalt im Spannungsfeld normativer Anforderungen und polizeilicher Praxis*, Verlag für Polizeiwissenschaft, 2015, p. 81 ; Y.-H. LIN, *Richtervorbehalt und Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe*, Peter Lang, 1998, p. 231 et s. ainsi que 259 et s. ; G. SCHÄFFER, « Vom Umgang mit dem Ermittlungsrichter », dans *Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag*, De Gruyter, 2011, Tome II, p. 1299 ; BeckOK *StPO/Krauß StPO* § 112 Rn. 3 ; H.-H. KÜHNE, *Strafprozessrecht*, op. cit., n° 409 ; H. HILGER, « Über den Richtervorbehalt im Ermittlungsverfahren », dans *Gedächtnisschrift für Karlheinz Meyer*, Walter de Gruyter, 1990, p. 209. V. toutefois, notant qu'à l'origine l'intervention du juge était plus une question de séparation des pouvoirs (ce qui, au demeurant, ne change pas le fait que le juge n'est pas titulaire de la fonction de protection de la procédure), C. GÜSY, « Grundrechtssicherung durch Richtervorbehalte », dans *Strafe und Prozess im freiheitlichen Rechtsstaat. Festschrift für Hans-Ulrich Paeffgen zum 70. Geburtstag*, 2015, p. 407.

⁴ H.-H. KÜHNE, *Strafprozessrecht*, op. cit., n° 409. V. aussi S. HÜLS, « Der Richtervorbehalt – seine Bedeutung für das Strafverfahren und die Folgen von Verstößen », *ZIS* 4/2009, p. 160.

⁵ C. ROXIN, « Zum Beweisverwertungsverbot bei bewusster Missachtung des Richtervorbehalts nach § 105 I 1 *StPO* », *NSiZ* 2007, p. 616 : « Die grundrechtswahrende Einschaltung des Ermittlungsrichter ist ein zentrales Erfordernis eines rechtsstaalichen Strafverfahrens ».

constitutionnelle fédérale, elle oblige tous les organes étatiques à rendre cette réserve du juge, « sauvegarde des droits fondamentaux »¹, la plus effective possible.

Les choses semblent ainsi plus claires : l'*Ermittlungsrichter* intervient non pour protéger la procédure en prononçant la détention provisoire, mais pour veiller au respect des droits fondamentaux. Il en va de même lorsqu'il intervient pour décider de la suspension du permis de conduire (atteinte à la liberté d'aller et de venir), d'une saisie conservatoire (atteinte au droit de propriété) ou encore d'une interdiction provisoire d'exercer une profession (atteinte au droit au respect de la vie privée²).

271. Retour en Italie. La situation italienne est similaire, puisque l'exigence d'intervention du juge dans la procédure de placement en détention provisoire est exigée par l'article 13 de la Constitution, dont les dispositions sont assez similaires à celles de la Loi fondamentale allemande :

« La liberté de la personne est inviolable.

Il n'est admis aucune forme de détention, d'inspection ou de fouille sur la personne ni aucune autre restriction de la liberté de la personne, si ce n'est par un acte motivé de l'autorité judiciaire et dans les cas et sous les seules formes prévues par la loi. »³

Le Code de procédure pénale reprend cette réserve de la juridiction (*riserva della giurisdizione*) et la généralise en principe à toutes les mesures de précautions, personnelles comme réelles, visant pour la phase préparatoire la compétence du seul juge pour les enquêtes préliminaires⁴. La doctrine note que le législateur est, ce faisant, allé plus loin que les exigences constitutionnelles visant « l'autorité judiciaire » (comprenant le parquet) et non le seul siège⁵. Comme en Allemagne, l'intervention du juge est vue comme une

¹ Cour constitutionnelle fédérale allemande, 20 février 2001, 2 BvR 1444/00 (BVerfGE 103, 142), spéc. n° 29 : « Art. 13 GG verpflichtet alle staatlichen Organe, dafür Sorge zu tragen, dass der Richtervorbehalt als Grundrechtssicherung praktisch wirksam wird » (nous soulignons).

² Pour la Cour EDH, une révocation professionnelle peut porter atteinte au droit au respect de la vie privée : Cour EDH, 19 octobre 2010, n° 20999/04, *Özpinar c. Turquie*, spéc. n° 46.

³ Constitution italienne (*Costituzione della Repubblica italiana*), art. 13 al. 1 et 2. Sur cet article, v. C. FANUELE, « La libertà personale », dans F. R. DINACCI (dir.), *Processo penale e Costituzione*, Giuffrè, 2010, p. 209.

⁴ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), arts 279, 317 et 321.

⁵ V. P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, 19^e éd., Giuffrè, 2018, p. 429. Pour les interprétations faites avant l'entrée en vigueur du nouveau Code, v. C. FANUELE, « La libertà personale », *op. cit.*, spéc. p. 217-218. Il s'agit d'une des innovations majeures du Code de 1989 : v. A. NAPPI, « Oscillazioni e punti fermi nel regime delle misure cautelari personali », *op. cit.*, spéc. n° 2.1 ; G. GIOSTRA, « Il GIP e le garanzie della libertà personale », dans *Il giudice per le indagini preliminari dopo cinque anni di sperimentazione*, Giuffrè, 1996, p. 31, spéc. n° 5.

garantie des droits de la personne, en ce que les mesures de précaution (*misura cautelari*) y portent nécessairement atteinte¹. Ainsi Marzia Ferraioli écrit que « les actes du juge en matière de liberté [personnelle] devraient certainement être affiliés au domaine de la garantie »². Vittorio Grevi, membre de la commission Pisapia à l'origine du nouveau Code de procédure pénale, ajoute que le juge doit être vu comme « organe de garantie de la protection des droits et des libertés fondamentales »³.

La conclusion s'impose : le juge des enquêtes préliminaires n'est pas titulaire de la fonction de protection de la procédure mais de la fonction de garantie des droits fondamentaux, droits mis à mal par les mesures de protection que sont la détention provisoire, les saisies conservatoires, l'interdiction de séjour, l'assignation à résidence, etc.

272. Retour en France. L'intervention de l'organe-juge dans la procédure française de placement en détention provisoire est, elle aussi, dictée par des exigences constitutionnelles, en particulier celles de l'article 66 de la Constitution :

« Nul ne peut être arbitrairement détenu.

L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi. »⁴

Outre le fait que cet article semble être une suggestion personnelle de dernière minute de Michel Debré⁵ et que le Conseil constitutionnel réduit aujourd'hui la notion de liberté individuelle à la seule sûreté⁶, ce même Conseil exige au-delà d'un certain délai de privation de liberté, quarante-huit heures, l'intervention du juge du siège, c'est-à-dire d'une

¹ P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, op. cit., p. 426-427 ; M. BARGIS et al., *Compendio di procedura penale*, op. cit., p. 387-388.

² M. FERRAIOLI, *Il ruolo di garante del giudice per le indagini preliminari*, 4^e éd., CEDAM, 2014, p. 151.

³ V. GREVI, « Funzioni di garanzia e funzioni di controllo del giudice nel corso delle indagini preliminari », dans E. AMODIO et al., *Il nuovo processo penale. Dalle indagini preliminari al dibattimento*, Giuffrè, 1989, p. 13, spéc. p. 25.

⁴ Constitution française, art. 66.

⁵ P. BRETTON, *L'autorité judiciaire gardienne des libertés essentielles et de la propriété privée*, LGDJ, 1964, note 2 p. 3.

⁶ P. COLLET, *L'acte coercitif en procédure pénale*, éd. Panthéon-Assas, 2018, n° 554 et s. V. aussi G. CANIVET, « Pathologie de la garantie de la liberté individuelle : le syndrome de la confusion », dans *Humanisme et justice. Mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage*, Dalloz, 2016, p. 323 ; J. BUISSON, « Le pouvoir judiciaire en cause ? », dans *Entre tradition et modernité : le droit pénal en contrepoint. Mélanges en l'honneur d'Yves Mayaud*, Dalloz, 2017, p. 479 ; G. DRAGO, « Liberté individuelle et Constitution. Quels principes pour quels juges ? », dans *Entre tradition et modernité : le droit pénal en contrepoint. Mélanges en l'honneur d'Yves Mayaud*, Dalloz, 2017, p. 529. V. déjà D. THOMAS, « L'évolution de la procédure pénale française contemporaine : la tentation sécuritaire », dans *Le champ pénal. Mélanges en l'honneur du professeur Reynald Ottenhof*, Dalloz, 2006, p. 53, spéc. p. 63 et s.

partie bien précise de l'autorité judiciaire visée par l'article 66¹. On parle à cet égard de « gradation constitutionnelle des compétences »². La détention provisoire durant par hypothèse plus de quarante-huit heures, c'est en toute logique que le Code de procédure pénale exige l'intervention d'un juge.

Toutefois, alors qu'intervenait, jusqu'en 2000, le juge d'instruction, organe-juge titulaire des investigations, « l'innovation majeure »³ de la loi Guigou a été la création d'un nouvel organe-juge, le juge des libertés et de la détention, à qui est confiée la détention provisoire. Si le Code de procédure pénale ne consacre aucun article à la définition fonctionnelle de ce juge, la doctrine l'analyse clairement comme un juge ayant pour objet d'activité les libertés⁴, même les plus sceptiques⁵. D'ailleurs, les dispositions instituant le juge des libertés et de la détention sont issues du chapitre 2 du premier titre de la loi du 15 juin 2000, intitulé « dispositions renforçant les garanties judiciaires en matière de détention provisoire »⁶. Si Roger Merle et André Vitu raccourcissent ce magistrat en « juge de la détention »⁷, il convient de rappeler que cette dénomination, à l'origine proposée par l'Assemblée nationale, avait été modifiée par le Sénat au profit d'un juge des libertés pour « aller jusqu'au bout de [la] logique »⁸. Les affres de la commission mixte paritaire aidant, l'on adopta la dénomination médiane de juge des libertés et de la détention⁹. Les

¹ Cons. const., 20 janvier 1981, n° 80-127 DC ; *JORF* du 22 janvier 1981 ; Cons. const., 3 septembre 1986, n° 86-213 DC ; *JORF* du 5 septembre 1986 ; Cons. const., 11 août 1993, n° 93-326 DC ; *JORF* du 15 août 1993 ; Cons. const., 30 juillet 2010, n° 2010-14/22 QPC ; *JORF* du 31 juillet 2010.

² T. RENOUX, « Le Conseil constitutionnel et l'instruction pénale, juge ou magistrat ? », *Justices* 1998, n° 10, p. 75. V. aussi S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, 11^e éd., LexisNexis, 2018, n° 353.

³ *Ibid.*, n° 203.

⁴ P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Procédure pénale*, 4^e éd., Armand Colin, n° 83 ; F. FOURMENT, *Procédure pénale*, 14^e éd., Larcier, 2013, n° E40 ; M.-L. Rassat, *Procédure pénale*, 3^e éd., Ellipses, 2017, n° 75. V. aussi, parlant toutefois de « bonne à tout faire à laquelle il est fait appel quand se pose un problème de légalité d'une mesure intrusive, attentatoire aux libertés », J. PRADEL, *Procédure pénale*, 19^e éd., Cujas, 2017, n° 108.

⁵ M. LEMONDE, « Le juge des libertés et de la détention : une réelle avancée ? », *Rev. sc. crim.* 2001, p. 51. Bertrand de Lamy, lui, regrette une absence de systématisation de l'intervention du JLD pour les questions de libertés : B. DE LAMY, « Le juge des libertés et de la détention : un trompe-l'œil ? », *Dr. pén.* 2007, étude 13.

⁶ Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, arts. 46 et s.

⁷ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel : procédure pénale*, 5^e éd., Cujas, 2001, n° 381.

⁸ C. JOLIBOIS, *Rapport n° 283 fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi, adopté avec modification par l'Assemblée nationale en deuxième lecture, renforçant la protection de la présomption d'innocence et le droit des victimes*, Sénat, 22 mars 2000, p. 23.

⁹ C. LAZERGES et C. JOLIBOIS, *Rapport fait au nom de la commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion du projet de loi renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes*, Commission mixte paritaire, 18 mai 2000, p. 15. V. aussi, affirmant que la nouvelle dénomination permet de prendre en compte toutes les attributions de ce nouveau juge : C.

interventions de ce juge ne cessent d'ailleurs d'augmenter pour pallier la diffusion de la contrainte¹. Comme le note Pauline Le Monnier de Gouville, « le juge devient ainsi littéralement le “garant des libertés individuelles”, semblant redonner à la fonction judiciaire ses lettres de noblesse »². Ce rôle va bien au-delà de la détention provisoire puisqu'il s'étend au contrôle judiciaire, à l'assignation à résidence ainsi qu'à toutes les saisies spéciales mais aussi à certaines hypothèses de la garde à vue³.

Le juge, définitivement, ne saurait être titulaire de la fonction de protection de la procédure. Ce n'est donc qu'entre l'organe policier et l'organe parquetier qu'il convient de distribuer ce pouvoir.

§ 2. La distribution entre le ministère public et la police

273. Pour opérer une distribution équilibrée de la fonction de protection de la procédure entre les organes du ministère public et de la police, il convient de savoir quels éléments doivent être pris en compte (A) avant de détailler plus précisément le contenu de la distribution (B).

A. Les éléments de la distribution

274. La protection de la procédure supposant d'établir qu'existe un danger ou un obstacle sur la route du fait au droit emprunté par la procédure, le critère principal de distribution de cette fonction semble être la direction des investigations, qui permet une vue d'ensemble de la procédure (1). Toutefois, une pondération s'avère nécessaire puisque

LAZERGES, « Le renforcement de la protection de la présomption d'innocence et des droits des victimes : histoire d'une navette parlementaire », *Rev. sc. crim.* 2001, p. 7.

¹ V. *supra* n° 15 et s.

² P. LE MONNIER DE GOUVILLE, *Le juge des libertés et de la détention*, Thèse Paris 2, 2011, n° 44 ; P. LE MONNIER DE GOUVILLE, « La mutation du juge des libertés et de la détention », *AJ Pénal* 2019, p. 131.

³ S'agissant de l'assignation à résidence et du contrôle judiciaire, toutefois, ces mesures ressortent non seulement du juge des libertés et de la détention mais aussi du juge d'instruction, considéré, dans le mélange des genres français, à la fois comme organe d'investigation et de garantie des droits. S'agissant de la garde à vue, enfin, le rôle du juge des libertés et de la détention n'est que l'exception au principe d'une mesure décidée et gérée par la police sous la direction du parquet, puis par le seul parquet.

les mesures de protection emportent, dans leur immense majorité, une atteinte à un ou plusieurs droits ou libertés (2).

1. Le critère principal

275. L'importance de la fonction de protection de la procédure. L'importance de la fonction de protection de la procédure est suggérée par l'énoncé même de sa définition, s'agissant de l'activité visant à assurer la bonne marche et l'efficacité de la procédure. En d'autres mots, ce pouvoir-fonction vise à permettre l'aboutissement serein de toute procédure, que celui-ci prenne la forme d'un classement sans suite ou d'une décision de mise en mouvement de l'action publique. Or l'aboutissement serein d'une procédure est, en soi, une exigence de justice puisque l'on ne saurait tolérer ni que le déroulement d'une phase préparatoire soit mis à mal par des considérations extérieures au droit et à la justice (détérioration naturelle ou humaine d'éléments de preuve, fuite, etc.) ni à l'inverse que la procédure en cours provoque des remous propres à troubler fortement la société, ce qui par ricochet empêcherait son déroulement serein. En ce sens, la fonction de protection de la procédure est nécessaire à l'un des pôles classiques de l'appréciation de la procédure pénale : l'efficacité. Cela implique que l'élément clé dans sa distribution soit la direction des investigations.

276. L'élément clé : la direction des investigations. Le déploiement de l'activité de protection de la procédure suppose, par hypothèse, que le bon déroulement de celle-ci soit menacé. On ne place pas en détention provisoire ni ne saisit des biens pour le plaisir. Les atteintes aux droits fondamentaux engendrées par ces mesures doivent être justifiées par le fait que la phase préparatoire en cours serait, en leur absence, mise à mal dans son existence de telle sorte que la possibilité même d'arriver à son terme (classement ou décision de mettre en mouvement l'action publique) en deviendrait compromise. On le voit, la fonction de protection de la procédure est directement liée à l'examen du déroulement des investigations.

Plus encore, l'appréciation d'une telle mise en danger de la procédure suppose d'avoir une vue d'ensemble sur l'investigation afin de pouvoir mesurer l'impact de tel ou tel obstacle se précisant à l'horizon sur la marche générale de la phase préparatoire. Une

telle vue d'ensemble est permise par l'exercice de la prérogative de direction des investigations, qui implique que l'organe la mettant en œuvre soit destinataire de toutes les informations sur la procédure en cours. Il est ainsi le plus à même d'apprécier les obstacles et dangers réels existants ou à venir.

La prérogative de direction des investigations est donc l'élément-clé de la répartition du pouvoir fonction de protection de la procédure, puisque l'appréciation de la mise en danger de celle-ci et donc la décision de déployer l'activité de protection suppose une vue d'ensemble sur les investigations et leur résultat. Pour autant, une pondération s'avère nécessaire, la fonction de protection de la procédure portant par essence atteinte aux droits et libertés.

2. La pondération nécessaire

277. Le risque d'atteinte aux libertés. Les prérogatives liées à la fonction de protection de la procédure portent atteinte aux droits fondamentaux : retrait du permis, interdiction de séjour, saisies, contrôle judiciaire, etc. Même, la mesure la plus attentatoire de la phase préparatoire est une mesure de protection de la procédure, la détention provisoire¹. Cette atteinte au droit par les mesures de protection de la procédure s'explique assez naturellement : protéger la procédure, c'est chercher à assurer son efficacité, efficacité traditionnellement opposée à la protection des libertés².

Or, ce critère de l'atteinte aux droits et libertés a été utilisé comme un élément déterminant lors de l'attribution de la fonction d'investigation, fonction qui entretient des liens extrêmement étroits avec la protection de la procédure. L'investigation a été échelonnée suivant deux critères, le caractère secret de son exécution et l'atteinte aux droits fondamentaux, ce qui a entraîné une variation du titulaire de ce pouvoir-fonction. Il serait donc illogique de ne pas prendre en compte ce critère de l'atteinte aux droits et libertés lors

¹ La doctrine des trois pays étudiés s'accorde sur le caractère extrêmement grave de la détention provisoire : E. DREYER et O. MOUYSET, *Procédure pénale*, *op. cit.*, n° 426 ; H.-H. KÜHNE, *Strafprozessrecht*, *op. cit.*, n° 415 ; O. DOMINIONI *et al.*, *Procedura penale*, *op. cit.*, p. 381.

² V. déjà F. HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle*, *op. cit.*, Tome I, n° 1.

de la distribution de la fonction de protection de la procédure. Reste bien sûr, comme en matière d'investigation, la question du consentement.

278. Excursus : consentement et protection de la procédure. Sans revenir sur les développements déjà effectués lors de la distribution de la fonction d'investigation¹, il convient de déterminer *si le consentement à une mesure de protection de la procédure exclut, ou non, l'atteinte aux droits et libertés.*

Le premier critère à appliquer est, a-t-on écrit, celui de la légalité². À ce titre, les mesures de protection de la procédure susceptible d'être consenties en France semblent peu nombreuses.

Il s'agit tout d'abord de certaines modalités d'exécution du contrôle judiciaire et de la détention provisoire. Ces hypothèses sont en réalité au nombre de deux. D'une part, le consentement de la personne placée en détention provisoire est nécessaire au contournement du principe de l'enfermement en cellule individuelle³. D'autre part, le consentement de la personne est exigé pour que la partie du cautionnement décidé dans le cadre d'un contrôle judiciaire et affecté à la garantie des droits de la victime ou du créancier d'une dette alimentaire soit versée à ceux-ci par provision⁴. Ces deux cas de consentement sont, toutefois, impropres à conclure à l'absence d'atteinte au droit puisque la mesure de protection de la procédure, dans un cas la détention provisoire, dans l'autre le contrôle judiciaire prenant la forme d'un cautionnement, auront été décidés sans le consentement de la personne. En d'autres termes, il est quoi qu'il en soit porté atteinte aux droits et libertés de la personne (sûreté, propriété), celle-ci pouvant seulement consentir à certaines modalités d'exécution de l'atteinte, non à l'atteinte elle-même.

Il s'agit ensuite de l'assignation à résidence sous surveillance électronique⁵. Jusqu'à la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009, cette mesure était en réalité une modalité d'exécution de la détention provisoire. En ce sens, le consentement pouvait s'analyser

¹ V. *supra* n° 218.

² C. HARDOUIN-LE GOFF, « Le consentement du délinquant ou l'entretien d'une illusion dans le procès pénal », dans *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, p. 343, spéc. p. 346. V. aussi, C. AMBROISE-CASTÉROT, « Les prélèvements corporels et la preuve pénale », dans *La justice civile au XXI^e siècle. Mélanges Pierre Julien*, Edilaix, 2003, p. 9, spéc. p. 20.

³ Code de procédure pénale français, art. 716.

⁴ Code de procédure pénale français, art. 142-1.

⁵ Code de procédure pénale français, art. 142-5.

comme n'excluant pas l'atteinte aux droits puisque la mesure attentatoire, la détention provisoire, était quoi qu'il en soit prononcée sans le consentement de la personne. Aujourd'hui, l'assignation à résidence sous surveillance électronique est une mesure à part entière, ce qui rend son analyse au regard du consentement beaucoup plus complexe. Il s'agirait, dans la terminologie de Xavier Pin, d'un cas de consentement abdicatif¹. L'individu renonce à sa liberté d'aller et venir ainsi qu'à son droit au respect de la vie privée sans réelle contrepartie. Cela n'emporterait donc pas d'atteinte à ses droits².

Encore faut-il toutefois que le consentement soit non pas libre et éclairé – ce qui est impossible dans la configuration pénale opposant l'État à une personne³ – mais suffisamment fort pour que le refus exclue toute possibilité d'exécuter quand même la mesure. Si l'exécution forcée est impossible, le consentement exclut toute atteinte aux droits. Si l'exécution forcée est possible, en revanche, le consentement doit être considéré comme inopérant à exclure l'atteinte aux droits et libertés. L'application de cette distinction pousse à reconnaître que, en l'état actuel de la législation, lorsque *l'assignation à résidence sous surveillance électronique est consentie, elle n'emporte pas d'atteinte à la liberté d'aller et de venir ainsi qu'au droit au respect de la vie privée*. En effet, la mesure ne pourra jamais être prononcée malgré le refus de la personne. Certes, celle-ci sera alors très certainement placée en détention provisoire, principe de gradation et de subsidiarité des mesures de sûreté aidant. Un tel placement doit être considéré, à l'évidence, comme attentatoire à ses droits. Mais la personne demeure, en dernière analyse, *libre de prendre une décision qui sera respectée*. Que son choix se fasse en considération de ce qu'il pourrait advenir en cas de refus est une chose, mais, en l'état actuel de la législation – qu'il serait sans doute bon de modifier pour supprimer l'exigence du consentement, d'autant que le juge intervient dans tous les cas –, cela n'emporte pas d'incidence sur la persistance d'un choix (accepter ou non la mesure) ni sur le respect de ce choix (la mesure ne sera pas exécutée).

En conclusion, *la seule hypothèse envisageable, en l'état actuel de notre législation, de mesure de protection de la procédure ne portant pas atteinte aux droits et libertés est*

¹ V. ANTOINE, *Le consentement en procédure pénale*, Thèse Montpellier I, 2011, n° 328 et s. L'auteur parle plus précisément de « consentement-renonciation », ce qui équivaut peu ou prou au consentement abdicatif de Xavier Pin.

² V. *supra* n° 218. La précision par la loi du 23 mars 2019 que le consentement n'est exigé que pour l'installation du dispositif ne change rien à l'analyse.

³ V. *supra* n° 218.

celle d'une assignation à résidence sous surveillance électronique acceptée par une personne pleinement informée des conséquences de son choix. En dehors de cette hypothèse, l'exercice de la fonction de protection de la procédure porte nécessairement atteinte aux droits et libertés.

C'est donc compte tenu de ces deux éléments, direction des investigations et atteinte aux droits, que doit être détaillée la distribution de la fonction de protection de la procédure entre l'organe policier et l'organe parquetier.

B. Le détail de la distribution

279. La distribution de la fonction de protection de la procédure doit avant tout prendre en considération, on l'a dit, la direction des investigations, sous la nécessaire pondération du caractère attentatoire aux droits fondamentaux de l'immense majorité des prérogatives de protection de la procédure (1). La distribution ainsi adaptée fait toutefois face à deux objections majeures, qu'il conviendra de lever (2).

1. La répartition proposée

280. La distribution selon la direction des investigations. Si l'on se base sur l'élément-clé qu'est la direction des investigations, la fonction de protection de la procédure pourrait être distribuée comme suit.

La police serait titulaire de la fonction de protection de la procédure et des prérogatives attachées tant qu'elle dispose de la direction des investigations. Dans toutes les hypothèses où la connaissance des faits ne nécessite, au moment de la décision de déployer la fonction de protection de la procédure, qu'une activité d'investigation non attentatoire aux droits fondamentaux et exécutée, en principe, de manière non secrète (niveau 1) ou, par exception, secrète (niveau 2)¹, la police aurait compétence pour répondre à un danger affectant la bonne marche de la procédure. Cette titularité est justifiée par la vue d'ensemble dont elle dispose sur les investigations et leur résultat en raison de sa

¹ V. *supra* n° 220.

prérogative de direction des investigations, étant seule à même d'apprécier la réalité et l'importance de la mise en danger de la procédure et donc de décider de la garantir.

Le parquet, lui, se verrait reconnaître la titularité de la fonction de protection de la procédure et des prérogatives attachées dès lors qu'il dirige les investigations. C'est dire que si, lorsque la question de la protection de la procédure vient à se poser, la phase préparatoire a déjà connu des actes portant atteinte aux droits fondamentaux exécutés de manière secrète (niveau 4) ou non (niveau 3), il reviendra au parquet de décider de la réponse à la mise en danger de la procédure. En effet, il est (hypothèse d'une phase préparatoire commençant par une atteinte aux droits) ou est devenu (hypothèse d'une direction successive avec la police) le seul organe apte à apprécier l'état global de la procédure. Même si le parquet a fait exécuter la plupart des actes d'investigation par la police, il est destinataire en tant que directeur des investigations de toutes les informations concernant l'enquête.

281. L'ajustement selon le caractère attentatoire aux droits fondamentaux.

Cette distribution, pour logique qu'elle soit, doit cependant être ajustée, dans ses conséquences, au regard du caractère attentatoire aux droits fondamentaux de l'immense majorité des prérogatives attachées à la fonction de protection de la procédure. Pour rappel, dans le cadre de la fonction d'investigation, la nécessité de porter atteinte aux droits fondamentaux entraîne un changement de titularité, l'organe parquetier prenant le relais de l'organe policier, incompetent. La distribution de la fonction de protection de la procédure doit donc nécessairement être ajustée au caractère attentatoire de l'immense majorité de ses prérogatives.

Deux ajustements sont envisageables. Imaginons une affaire de vol avec violences, la police procède à l'interrogatoire du principal suspect, K., qui y consent, ainsi qu'à la prise d'échantillons sanguins, toujours avec son accord, pour établir une identité génétique – le voleur s'est en effet blessé en cassant les vitrines de la bijouterie. Jusqu'ici, la fonction d'investigation déployée est de niveau 1 et la police est donc seule titulaire de l'investigation, y compris de la prérogative de sa direction. Le ministère public n'est pas au courant qu'une procédure est en cours. Interrogeant une connaissance du principal suspect, qui dépose librement, la police apprend que celui-ci vient de réserver un aller simple pour l'Italie. Contacté, le suspect ne répond pas. La police, qui est toujours seule titulaire des investigations et de leur direction, souhaite assez naturellement mettre en

œuvre une prérogative relevant de la fonction de protection de la procédure : contrôle judiciaire (remise du passeport) voire placement en détention provisoire. Elle entend donc porter atteinte aux droits et libertés du suspect. Que faire ?

Un raisonnement par analogie avec la fonction d'investigation pourrait d'abord être proposé. Dès lors que l'exercice de la fonction de protection de la procédure emporte atteinte aux droits fondamentaux, la titularité de la police cesserait au profit d'une prise de relais par l'organe ministère public. Cette solution aurait l'apparence d'une totale logique, puisque l'on ne voit pas pourquoi l'atteinte aux droits fondamentaux serait refusée à la police dans le cadre de l'investigation et autorisée dans le cadre de la fonction de protection de la procédure. Ici, la police devrait donc saisir le procureur de la République, seul compétent à exercer la fonction de protection de la procédure. Une telle option nous paraît en réalité peu souhaitable. En effet, le ministère public se verrait alors confier la titularité de la fonction de protection de la procédure alors même qu'il n'a pas encore pris part à la fonction d'investigation. Dans notre exemple, la police, parce qu'elle a exercé jusque-là la fonction d'investigation et surtout la prérogative de direction des investigations, est à même d'avoir une vue d'ensemble de la procédure et de considérer que celle-ci est en danger, le suspect se préparant visiblement à fuir. Elle est donc capable d'apprécier l'utilité, l'opportunité, la nécessité ou encore la proportionnalité de la mesure. Le ministère public lui, ne connaît pas les faits. Il va donc dépendre totalement de ce que va lui dire la police, sans possibilité d'exercer la fonction d'investigation avant de décider de faire usage ou non de la fonction de précaution de la procédure et, le cas échéant, de saisir l'organe de garantie des droits et libertés. Le parquet serait alors la simple bouche de la police.

Une seconde proposition doit alors être faite. Si l'exercice par la police de la prérogative de direction des investigations implique qu'elle soit seule capable d'apprécier l'opportunité et la nécessité de déployer la fonction de précaution de la procédure, l'atteinte aux droits fondamentaux doit être considérée *au regard de la conséquence de l'exercice de cette fonction de protection*. En d'autres termes, si la direction de l'investigation doit rester la clé de distribution, l'atteinte aux droits fondamentaux doit en retour moduler celle-ci. Aussi pourrait-il être envisagé le mécanisme suivant. Tant que la police dispose de la direction des investigations, elle dispose de la titularité de la fonction de protection de la procédure et peut donc seule décider de la déclencher (distribution de la fonction inchangée) même si la prérogative envisagée porte atteinte à un droit ou à une liberté. Toutefois, à partir du moment où la prérogative exercée pour la protection de la procédure

porte atteinte aux droits fondamentaux, la direction des investigations est *ensuite* transférée au parquet (conséquence de l'exercice de la fonction), par parallélisme avec la distribution de la fonction d'investigation¹. C'est dire que la police décidera de la mesure avec l'implication, nous le verrons, du ou des organes garants des droits fondamentaux, mais se verra par la suite déposséder de la titularité de la fonction d'investigation et, donc, de celle de la protection de la procédure. Dans notre exemple, la police va décider seule de saisir l'organe de garantie des droits pour qu'il autorise le contrôle judiciaire ou le placement en détention provisoire. Une fois cette autorisation obtenue, l'organe renverra le dossier non pas à la police mais au ministère public, qui prendra la direction des investigations.

On le pressent, une telle répartition soulève deux objections majeures.

2. Les objections à lever

282. Première objection : détention provisoire et police. Selon la distribution proposée, l'organe policier pourrait demander le placement en détention provisoire, alors même que l'atteinte à la liberté personnelle est par nature réservée au minimum à l'autorité judiciaire², au maximum au juge du siège³. Notre proposition semble, outre inconstitutionnelle, aberrante voire dangereuse, faisant craindre un État policier. À l'examen, toutefois, l'objection paraît pouvoir être levée par deux considérations.

Tout d'abord, l'intervention du juge, exigée constitutionnellement, a pour objet la garantie des droits fondamentaux, ainsi que l'examen des différents droits comparés l'a laissé transparaître⁴. En ce sens, reconnaître à la police une titularité dans la fonction de protection de la procédure n'emporte en rien la renonciation à toute protection des libertés par l'autorité judiciaire ou le juge. Il ne faut en effet pas oublier la fonction de garantie des droits et libertés. Si une mesure de précaution de la procédure envisagée par l'organe exerçant la fonction (police ou parquet) est attentatoire aux droits et libertés, ce qui est presque toujours le cas, cela entraîne *ipso facto* l'intervention du ou des organes chargés de la garantie des droits. La police, comme le parquet d'ailleurs, ne décidera donc jamais seule

¹ Sur laquelle v. *supra* n° 224.

² Constitution française, art. 66 ; Constitution italienne (*Costituzione della Repubblica italiana*), art. 13.

³ Loi fondamentale allemande (*Grundgesetz* ou *GG*), art. 104.

⁴ V. *supra* n° 269 et s.

du placement en détention provisoire, d'une saisie conservatoire, d'une garde à vue, etc. Au surplus, dans le cas particulier de la police, l'exercice de la fonction de protection de la procédure, lorsqu'elle porte atteinte aux droits et libertés, emporte non seulement l'intervention de l'organe de garantie des droits mais aussi, et surtout, la perte de la titularité de la direction des investigations, revenant alors au parquet. Cette conséquence directe de l'initiative de la police permettrait une certaine responsabilisation de l'organe policier qui, pour grossir le trait, ne disposerait que d'un *one-shot* en matière de protection de la procédure.

Ensuite, les craintes légitimes quant au statut de la police méconnaîtraient la logique qui doit guider la recherche de l'équilibre des pouvoirs : « les fonctions doivent dicter le statut et non l'inverse »¹.

283. Seconde objection : assignation à résidence et police. Reste cependant le cas de l'assignation à résidence sous surveillance électronique, dont nous avons vu qu'elle paraît être la seule hypothèse d'une mesure de protection de la procédure consentie, emportant donc l'absence d'atteinte au droit. En d'autres termes, l'organe policier – tout comme le parquet d'ailleurs, s'il dirige les investigations – qui recueillerait l'assentiment de la personne à l'assignation à résidence ne serait pas obligé de saisir l'organe de garantie des droits puisqu'il n'y a pas d'atteinte. C'est-à-dire que la police pourrait décider seule d'assigner un individu qui l'accepte à résidence. N'entrevoit-on pas ici des risques considérables pour les droits et libertés ? Si une telle proposition peut sembler aberrante, deux considérations permettent sans doute d'atténuer cette impression.

Tout d'abord, il convient de rappeler que le consentement de l'individu ne sera efficace que s'il est dûment informé des conséquences de son choix. Ces conséquences sont d'ailleurs, d'un point de vue procédural, extrêmement favorables à la personne puisque si elle refuse, non seulement la mesure ne pourra pas être prise, mais l'organe de garantie des droits devra nécessairement intervenir, la police devant le saisir et perdant ainsi la direction des investigations. L'individu a donc, dans un tel système, tout intérêt à refuser, puisque cela implique une procédure plus garantiste (intervention de l'organe de garantie des droits), tandis que la police a tout intérêt à bien s'assurer de l'accord de la personne au

¹ P. TCHERKESOFF, *Cohérence et légitimité du ministère public*, Thèse Paris 2, 2015, n° 8.

risque de devoir saisir l'organe de garantie des droits et de perdre la direction des investigations.

Ensuite, les craintes légitimes quant au statut de la police ne doivent pas, ici encore, faire oublier la logique guidant ces réflexions : les fonctions dicteront les aménagements statutaires, non l'inverse.

Notre proposition de distribution du pouvoir-fonction de protection de la procédure paraît donc moins dangereuse que ce qu'elle ne pouvait laisser croire, ce qu'un exemple fera sans doute transparaître plus clairement.

284. Exemple. Pour rappel, dans une affaire de vol avec violences, la police procède à l'interrogatoire du principal suspect, K., qui y consent. Les officiers procèdent de plus à une prise d'échantillons sanguins, toujours avec l'accord de K., afin d'établir une identité génétique – le voleur s'est en effet blessé en cassant les vitrines de la bijouterie. En attendant les résultats de l'analyse, la police auditionne une connaissance de K., qui s'est présentée spontanément. Les enquêteurs apprennent alors qu'au cours du repas de la veille dans un Flunch d'une zone commerciale déserte, K. lui a indiqué avoir réservé un aller simple pour l'Italie. La police décide de contacter K. Ici, l'histoire a trois alternatives.

Dans la première version de l'histoire, K. se présente rapidement au poste de police. Les enquêteurs l'interrogent, et celui-ci nie vouloir partir à l'étranger. La police souhaite toutefois l'assigner à résidence sous surveillance électronique, ce que K. accepte, pour preuve de sa bonne foi. Dans une telle hypothèse, la police, qui a exercé de bout en bout la fonction d'investigation ainsi que sa direction, décidera seule de la mesure de précaution, qui ne porte pas atteinte aux droits de K. Elle continuera ensuite à mener seule les investigations.

Dans la deuxième version de l'histoire, K., qui s'est présenté et a nié vouloir partir à l'étranger, refuse l'assignation proposée à la police. Dans une telle hypothèse, la police, qui a exercé de bout en bout la fonction d'investigation ainsi que sa direction, décidera de la mesure de précaution qui, portant atteinte aux droits de K., nécessitera au surplus l'intervention de l'organe de garantie des droits. En conséquence de ce caractère attentatoire, la police perdra par la suite la direction des investigations.

Dans la troisième version de l'histoire, K. est injoignable. La police entend perquisitionner son domicile sans son accord, puisqu'il ne répond pas. S'agissant d'une investigation de niveau 3, le parquet est contacté et prend la direction des investigations. La perquisition, dont le procureur délègue l'exécution à la police, permet de trouver sur l'ordinateur de K. une trace de l'achat de billets pour l'Italie. K. finit par rappeler la police et nie au téléphone avoir voulu partir à l'étranger. Dans une telle hypothèse, la police ayant perdu l'exercice de la prérogative de direction des investigations, seul le parquet, informé de l'issue des mesures, pourra décider d'exercer ou non la fonction de protection de la procédure. Dans l'affirmative, il pourra proposer à K. une assignation à résidence sous surveillance électronique. Si ce dernier accepte, l'organe de garantie des droits n'aura pas à intervenir, et seul aura agi le parquet. Dans le cas contraire, ou si le parquet souhaite une mesure de protection de la procédure attentatoire aux droits, l'organe de garantie des droits devra intervenir.

Rappelons qu'il s'agit ici d'approcher au plus possible l'équilibre des pouvoirs avant d'étudier, dans la prochaine partie, les mécanismes propres à éviter un retour du déséquilibre¹. Auparavant, il convient encore de distribuer la fonction de garantie des droits et libertés.

Section 2

L'attribution de la fonction de garantie des droits et libertés

285. Le choix de l'isolement. La fonction de garantie des droits et libertés doit être distribuée selon le mécanisme d'isolement, c'est-à-dire qu'elle doit être affectée à un seul et unique organe, ceci pour deux considérations.

La fonction de garantie des droits ayant été définie comme l'activité visant à assurer l'observation des conditions normatives aux atteintes aux droits et libertés rendues nécessaires par l'exercice des pouvoirs-fonctions d'investigation et de protection de la procédure, elle prend la forme d'une *réaction* à l'exercice des autres pouvoirs-fonctions.

¹ V. *infra* n° 313 et s.

En conséquence, il convient de l'attribuer à un organe n'ayant d'intérêt ni à l'investigation ni à la procédure.

Surtout, la protection des droits et libertés lors de la phase préparatoire est fondamentale. La procédure pénale organise la réaction la plus violente qu'il soit de l'État face à un individu¹. Dans un État de droit, cette réaction doit prendre en compte et respecter du mieux possible les droits et libertés des personnes, aussi paradoxal que cela soit : l'État dispose seul du droit de punir, comme il dispose seul de la volonté de s'autolimiter. Rappelons l'un des principes directeurs dans la recherche de l'équilibre des pouvoirs : toute procédure pénale est, par essence, liberticide. Parce que *n'importe qui* peut être impliqué dans une procédure pénale *par hasard*², la phase préparatoire du procès pénal doit être cadenassée *ab initio* par une répartition des pouvoirs dont l'un des plus importants est le pouvoir-fonction de garantie des droits et libertés. En effet, « une procédure pénale libérale est celle qui n'intervient dans les droits fondamentaux qu'en cas de nécessité démontrable »³ et, ajoutons-nous, démontrée. Il importe donc que la garantie des droits fondamentaux soit la plus efficace possible ce que, compte tenu de la distribution déjà opérée, seul le mécanisme d'isolement est apte à assurer.

Aussi proposons-nous d'opter pour une véritable réserve du *juge* en ce domaine (§ 1), réserve qu'il convient d'organiser d'une manière propre à en assurer l'effectivité (§ 2).

§ 1. Le choix de la réserve du juge

286. Une fois le mécanisme de l'isolement choisi, le choix de l'organe titulaire de la fonction de garantie des droits s'impose, pour ainsi dire, de lui-même : cette fonction doit être réservée à l'organe-juge. En effet, la police et le ministère public semblent majoritairement exclus de la fonction de garantie des droits, en tout cas en Allemagne et en

¹ « Le jugement est la forme la plus violente dont l'État démocratique dispose contre la personne, pouvant priver celle-ci de sa liberté ou la contraindre pécuniairement » : J.-F. BURGELIN, J.-M. COULON et M.-A. FRISON-ROCHE, « L'office de la procédure », dans *Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à Pierre Drai*, Dalloz, 2000, p. 253, spéc. n° 11.

² V. *supra*, n° 193.

³ C.-F. STUCKENBERG, « Justizpflicht und Verdacht », *op. cit.*, spéc. p. 499 : « Ein liberales Strafprozeßrecht ist ein solches, das in Grundrechte nur bei demonstrierbarer Notwendigkeit [...] eingreift ».

Italie (A). Allant plus loin, il convient de systématiser, sur les modèles étrangers, la notion de réserve du juge pour l'appliquer à notre équilibre des pouvoirs (B).

A. L'exclusion disparate de la police et du ministère public

287. Nuances. L'étude des procédures française, italienne et allemande laisse apparaître certaines disparités quant à la question de l'exclusion de la police et du ministère public de la titularité de la fonction de garantie des droits. Plus particulièrement, alors que l'Allemagne et, surtout, l'Italie connaissent par exception et ponctuellement des mesures attentatoires aux droits fondamentaux prononcées sans intervention du juge (1), la France va jusqu'à reconnaître au ministère public une titularité de l'exercice de la fonction de garantie des droits fondamentaux (2).

1. Les nuances étrangères

288. Une exclusion de principe en Allemagne. L'analyse détaillée de la procédure allemande montre une exclusion de principe de la titularité du parquet et de la police dans le cadre de la fonction de garantie des droits fondamentaux. Le ministère public peut pourtant, à première vue, porter atteinte aux droits fondamentaux sans que n'intervienne de juge, cette compétence étant parfois étendue à la police. Un examen plus poussé permet de se rendre compte que ces pouvoirs-prérogatives sont conditionnés par l'urgence¹ ou le consentement de la personne². Certaines compétences, mineures, restent toutefois non

¹ La compétence d'urgence du ministère public concerne (les dispositions mentionnées entre parenthèses renvoient au Code de procédure pénale allemand) : les saisies postales (§§ 99 et 100), les interceptions de communications téléphoniques (§§ 100a et 100e), la recherche informatique par critères (*Rasterfahndung*, §§ 98a et 98b, v. *infra* n° 321), la sonorisation de lieux n'étant pas utilisés à titre d'habitation (§§ 100f et 100e), les perquisitions d'immeubles entiers (*Gebäuedurchsuchung*, §§ 105 et 103), l'enregistrement vidéo des personnes passant un point de contrôle policier établi pour la recherche de certaines infractions graves (*Ausschreibung zu Beobachtung bei polizeilichen Kontrollen*, § 163e).

La compétence d'urgence du ministère public et de la police concerne : les investigations corporelles (§§ 81a et 81 c), les saisies probatoires (§§ 94 et 98), les perquisitions (§§ 102 et s.), l'établissement de points de contrôle sur les lieux publics (§ 111), le recueil et la comparaison de données issues de tels contrôles (§ 163d), l'observation policière de longue durée (supérieure à vingt-quatre heures, § 163f).

² Il s'agit de l'analyse ADN opérée sur une personne suspect consentante : Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 81f.

conditionnées¹. En d'autres termes, alors que nous nous penchons sur la distribution des pouvoirs abstraction faite des conditions empêchant un retour du déséquilibre comme la prise en compte *ab initio* des cas d'urgence², l'Allemagne exclut toute atteinte aux droits fondamentaux sans intervention du juge. Cela fait dire à Claus Roxin que si tant le juge que le parquet ou la police peuvent prendre des mesures attentatoires aux droits fondamentaux (*Grundrechtseingriffe*), le Code de procédure pénale allemand, respectant l'État de droit, vise *par principe* le juge, les autres organes n'ayant qu'une compétence d'urgence³. Quatre dispositions pourraient cependant être vues comme des exceptions.

Il s'agit d'abord des clauses générales d'investigation (*Ermittlungsgeneralklauseln*) reconnues depuis 2000 par les paragraphes 161 et 163 au parquet et à la police⁴. Dans les deux cas, la formulation est similaire : l'organe visé peut effectuer « tout acte d'investigation de toute nature, tant qu'une disposition légale particulière ne régit autrement ses pouvoirs »⁵. Toutefois, soulignons immédiatement que la police ne dispose de tels pouvoirs qu'en cas d'urgence⁶. Surtout, si la clause générale visant le ministère public peut être vue comme autorisant des actes attentatoires aux droits fondamentaux⁷, sa rédaction même implique qu'elle ne s'applique que de manière subsidiaire, en l'absence de norme du Code de procédure pénale applicable. La Loi fondamentale faisant obligation de prévoir par la loi le régime des atteintes aux différents droits fondamentaux⁸, les mesures permises par les clauses générales ne peuvent qu'être de faible intensité. Selon la Cour

¹ La compétence non conditionnée du ministère public et de la police concerne en particulier les mesures anthropométriques sur le suspect, y compris non consentant : Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 81b.

² V. *infra* n° 350 et s.

³ C. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, 25^e éd., C. H. Beck, 1998, p. 236-237. On a même pu avancer que cette exclusivité du juge servait le renforcement du ministère public par rapport à la police, puisque le parquet seul peut saisir le juge et doit donc être mis au courant des développements de l'enquête par la police : v. J. DALLMEYER, « Der Richtervorbehalt als Garant staatsanwaltschaftlicher Verfahrensherrschaft im Ermittlungsverfahren », dans *Festschrift für Bernd von Heintschel-Heinegg*, C.H. Beck, 2015, p. 87.

⁴ Loi de modification de la procédure pénale du 2 août 2000, art. 1.

⁵ « Ermittlungen jeder Art [...] vorzunehmen, soweit nicht andere gesetzliche Vorschriften ihre Befugnisse besonders regeln ».

⁶ Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 163 al. 1.

⁷ MüKoStPO/Kölbl *StPO* § 161 Rn. 6.

⁸ La Loi fondamentale réserve, pour chaque droit fondamental non absolu, la seule compétence du législateur pour y porter atteinte : Loi fondamentale allemande (*Grundgesetz, GG*), arts. 2 (liberté de la personne), 8 (libertés de réunion), 10 (secret des correspondances et télécommunication), 11 (liberté de circulation), 13 (inviolabilité du domicile), 14 (restrictions à la propriété). L'article 19, quant à lui, précise que : « Lorsque, d'après la présente Loi fondamentale, un droit fondamental peut être restreint par une loi ou en vertu d'une loi, cette loi doit valoir de manière générale et non seulement pour un cas particulier. La loi doit en outre énoncer le droit fondamental avec indication de l'article concerné. Il ne doit en aucun cas être porté atteinte à la substance d'un droit fondamental » (al. 1 et 2).

constitutionnelle fédérale, cette « clause générale d’investigation est le fondement de l’habilitation à procéder à des actes d’investigation de toute nature, qui n’entraînent cependant pas une atteinte importante aux droits fondamentaux et ne nécessitent donc pas d’habilitation spéciale pour y procéder »¹. La jurisprudence a ainsi accepté l’invocation du paragraphe 161 pour justifier la filature de courte durée d’une personne par la police, sur la voie publique et sans utilisation de moyens techniques². À l’inverse, il a fallu modifier la Constitution pour permettre la réglementation des sonorisations de domicile – au surplus soumises à la réserve du juge – car l’article 13 de la Loi fondamentale ne visait que l’exception des perquisitions³. De même, se pose actuellement le problème de l’utilisation de logiciels de reconnaissance faciale dans le cadre de l’enquête sur le sommet du G20 à Hambourg⁴ : le parti démocrate (*Freie Demokratische Partei* ou *FDP*) a demandé au Sénat de modifier le Code de procédure pénale, considérant que de tels logiciels ne sauraient être couverts par les clauses générales d’investigation⁵. Enfin, la doctrine souligne qu’aujourd’hui l’immense majorité des mesures attentatoires possibles est prévue et réglementée spécialement par le Code⁶. Ralf Kölbel résume la faible utilité de la clause générale d’investigation, notant que « les mesures non réglementées spécialement par la loi mais dont le caractère attentatoire est d’une intensité comparable aux mesures attentatoires réglementées ne peuvent être fondées sur [le paragraphe 161] »⁷. L’on ne saurait donc déduire de ces clauses générales une titularité du parquet ou de la police dans la fonction de garantie des droits.

La deuxième disposition à examiner est le paragraphe 164 du Code de procédure pénale allemand, permettant l’arrestation du perturbateur. Tout dirigeant d’opérations d’investigation peut faire arrêter les personnes qui troublent de façon intentionnelle

¹ Cour constitutionnelle fédérale allemande, 17 février 2009, 2 BvR 1372/07, 2 BvR 1745/07 (BVerfGE 15, 71), spéc. n° 26 : « § 161 Abs. 1 *StPO* stellt als Ermittlungsgeneralklausel die Ermächtigunggrundlage für Ermittlungen jeder Art dar, die nicht mit einem erheblichen Grundrechtseingriff verbunden sind und daher keiner speziellen Eingriffsermächtigung bedürfen ».

² Cour constitutionnelle fédérale allemande, 2 juillet 2009, 2 BvR 1691/07 (BVerfGE 16, 1).

³ Loi constitutionnelle du 26 mars 1998. V. C. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, *op. cit.*, p. 60-61.

⁴ Le sommet, qui a eu lieu les 7 et 8 juillet 2017, a été marqué par de fortes contestations et manifestations ayant entraîné de nombreuses dégradations.

⁵ V. « Hamburger FDP fordert StPO-Änderung : Wo ist die Rechtsgrundlage für die Gesichtserkennung ? », *LTO* 14 janvier 2019, accessible en ligne sur www.lto.de/persistent/a_id/33189/ (consulté le 24 mars 2019)

⁶ MüKo*StPO*/Kölbel *StPO* § 161 Rn. 10.

⁷ MüKo*StPO*/Kölbel *StPO* § 161 Rn. 8 : « Das normsystematische Funktionsgefüge zwischen Spezialbefugnissen und der subsidiären Generalermächtigung führt weiterhin dazu, dass gesetzlich nicht geregelte Maßnahmen, die in ihrer Eingriffsintensität mit den geregelten Ermittlungseingriffen vergleichbar sind, nicht auf Abs. 1 S. 1 gestützt werden können ».

l'exercice de ses fonctions ou qui s'opposent aux ordres relevant de sa compétence. Il peut même retenir ces personnes jusqu'à ce que les investigations en cause soient effectuées. En réalité, cette disposition se rapproche de l'hypothèse de l'urgence, hypothèse particulière qui sera étudiée au titre des garanties propre à éviter le retour du déséquilibre¹. Le trouble des investigations doit avoir lieu, comme l'arrestation, *in situ*², c'est-à-dire à l'endroit et au moment de la réalisation perturbée de l'acte. De plus, seul est compétent l'agent venant de réaliser l'acte perturbé. Le paragraphe 164 semble être pensé pour gérer une situation d'urgence actuelle. Il paraît donc difficile d'en déduire une titularité du parquet ou de la police de la fonction de garantie des droits.

La troisième disposition, le paragraphe 163a, autorise le ministère public à ordonner la comparution forcée du mis en cause³. Plus exactement, deux hypothèses sont prévues. La première, de principe, suppose au préalable une convocation à comparaître devant le ministère public précisant, selon la doctrine, qu'en cas d'absence il pourra être fait usage de la force publique⁴. Cela suppose ensuite un mandat de comparution forcée (*Vorführungsbefehl*). La seconde hypothèse, exceptionnelle, permet une comparution forcée sans convocation préalable lorsque les conditions du mandat de dépôt (placement en détention provisoire) sont réunies⁵. Le paragraphe 163a a été introduit en conséquence de la suppression du juge d'instruction dans un but de « concentration de la procédure d'enquête entre les mains du ministère public, seul et entier responsable »⁶. Il apparaît cependant que le ministère public n'interroge que très rarement le mis en cause, puisque la police peut effectuer un tel interrogatoire⁷. Si l'on peut donc reconnaître une certaine titularité du ministère public de la fonction de garantie des droits, en ce qu'il peut porter atteinte aux droits fondamentaux sans intervention d'un autre organe dans le cadre de la

¹ Sur lesquelles, v. *infra* n° 350 et s.

² MüKoStPO/Kölbel StPO § 164 Rn. 3 ; BeckOK StPO/El Duwaik StPO § 164 Rn. 4.

³ Le § 163a renvoie plus particulièrement au § 134.

⁴ MüKoStPO/Kölbel StPO § 163a Rn. 24-27.

⁵ On parle de comparution forcée immédiate (*sofortige Vorführung*) : v. Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 134 al. 1.

⁶ Entwurf eines Ersten Gesetze zur Reform des Strafverfahrensrechts (1. StVRG), Deutscher Bundestag, 7. Wahlperiode, Drucksache 7/551, p. 75 : « Diese Vorschrift dient [...] der Konzentration des Ermittlungsverfahrens in der Hand der hierfür insgesamt verantwortlichen Staatsanwaltschaft ».

⁷ MüKoStPO/Kölbel StPO § 161a Rn. 1-2 et § 163a Rn. 24. L'interrogatoire par la police ne permettant pas la comparution forcée (*Meyer-Goßner/Schmitt StPO* § 163a Rn. 17), on doit en déduire que, dans la majorité des cas, les mis en cause se présentent ! En revanche, *les témoins* ont l'obligation de comparaître et de déposer devant la police depuis la loi du 17 août 2017 : Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 163 al. 3.

distribution idéale des fonctions, cette hypothèse paraît être une dérogation au principe de l'exclusion de la titularité du parquet et de la police.

Enfin, le paragraphe 163 du Code de procédure pénale allemand prévoit, depuis la loi du 17 août 2017, que les témoins ont l'obligation de comparaître et de déposer devant la police. Toutefois, une telle obligation ne vaut que si la convocation est émise par la police sur requête du ministère public. Le projet de loi prévoyait initialement que la requête du ministère public devait être spéciale et ne valoir que pour une audition. La suppression du caractère spécial et unique de la demande a été critiquée par l'association allemande des avocats, craignant que cette requête ne se transforme en pure formalité¹. Marco Mansdörfer, lui, a souligné que le juge de l'enquête aurait dû être intégré à la procédure². L'association des juges allemands a, enfin, salué cette modification au regard du gain de temps espéré pour la procédure³. Une telle disposition renforce l'idée d'une exclusion de principe – et non absolue – du parquet et de la police de la fonction de garantie des droits et libertés. La situation est sans doute encore plus nuancée en Italie.

289. Une exclusion nuancée en Italie. La situation italienne montre une plus grande disparité. Selon Vittorio Grevi, membre de la commission Pisapia à l'origine du nouveau Code de procédure pénale, le juge pour les enquêtes préliminaires doit être vu comme un « organe de garantie de la protection des droits et des libertés fondamentales »⁴. Enzo Zappalà ajoute que « lorsque les activités de l'enquête viennent comprimer les droits reconnus à la personne, est requise, en garantie de ces droits, l'intervention du juge pour les enquêtes préliminaires au moyen d'une autorisation »⁵. La doctrine affirme ainsi que ce juge a une fonction de garantie des droits et libertés et des droits⁶. Le Code de procédure pénale, lui, indique simplement que lorsqu'est exigée l'intervention du juge dans la phase

¹ V. *Stellungnahme des Deutschen Anwaltsvereins durch den Ausschuss Strafrecht zum Entwurf eines Gesetzes zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens*, 2016, p. 7.

² M. MANSDÖRFER, « Bundesrat beschließt StPO-Reform : die GroKO räumt auf », *LTO* 11 juillet 2017.

³ *Stellungnahme des Deutschen Richterbundes zum Referententwurf eines Gesetzes zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens*, 2016, p. 4.

⁴ V. GREVI, « Funzioni di garanzia e funzioni di controllo del giudice nel corso delle indagini preliminari », *op. cit.*, spéc. p. 25.

⁵ E. ZAPPALÀ, « Le garanzie giurisdizionali in tema di libertà personale e di ricerca della prova », dans *Libertà personale e ricerca della prova*, Giuffrè, 1995, p. 51, spéc. p. 74 : « Quando le attività d'indagine, infatti, vanno a comprimere diritti riconosciuti al soggetto indagato, è richiesto a garanzia di questi un intervento di tipo autorizzatorio del giudice per le indagini preliminari ».

⁶ M. FERRAIOLI, *Il ruolo di garante del giudice per le indagini preliminari*, *op. cit.*, p. 151 et s.

préparatoire, c'est le juge pour les enquêtes préliminaires qui procède¹. Pour autant, l'analyse détaillée montre que le ministère public et la police peuvent dans certaines hypothèses, et en dehors de toute considération d'urgence, porter atteinte aux droits fondamentaux sans intervention du juge.

Le parquet italien peut notamment, sans que le juge pour les enquêtes préliminaires soit amené à intervenir : décider de perquisitions² ; prononcer une saisie probatoire³ ; opérer, y compris de manière coercitive, une inspection, c'est-à-dire « l'observation d'une personne, d'un lieu ou d'une chose pour détecter les traces ou autres effets matériels de l'infraction »⁴.

La police peut, elle, déployer une activité attentatoire aux droits fondamentaux sans intervention du juge ni du ministère public, ou encore avec l'intervention nécessaire du parquet. L'activité attentatoire autonome de la police concerne la rétention aux fins d'établissement de l'identité du mis en cause ne dépassant pas douze heures. Une telle rétention suppose que la personne refuse de se laisser identifier ou présente des documents d'identité à l'encontre desquels il existe des éléments suffisants pour les considérer comme faux⁵. La majorité des mesures attentatoires relevant de la police suppose cependant l'intervention *a priori* ou *a posteriori* du parquet. Il s'agit principalement de certaines captations vidéo⁶, de prélèvements forcés pour établir l'identité du mis en cause⁷, de la rétention aux fins d'établissement de l'identité du mis en cause supérieure à douze heures⁸ ;

¹ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 328.

² Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), arts. 247 et s. La perquisition peut être évitée si l'individu remet volontairement l'objet recherché aux autorités (art. 248). Le ministère public peut de plus décider de la destruction de certains objets de saisies probatoires (art. 260) ou encore de leur restitution des objets de saisies probatoires et préventives (art. 263).

³ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 253.

⁴ O. DOMINIONI *et al.*, *Procedura penale*, *op. cit.*, p. 324 : « l'ispezione è un mezzo di ricerca della prova che consiste nell'osservare una persona, un luogo o una cosa per rilevarne tracce o altri effetti materiali lasciati dal reato ». Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 364.

⁵ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 349 al. 4.

⁶ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 189. Il s'agit d'une preuve dite atypique car non réglementée par le Code. Le régime des captations vidéo est particulièrement complexe et découle d'interprétations jurisprudentielles : v. A. MARITATI, « L'inquadramento procedimentale delle videoriprese compiute nel corso delle indagini preliminari », dans *Il rito accusatorio a vent'anni dalla grande riforma. Continuità, fratture, nuovi orizzonti*, Giuffrè, 2012, p. 121 ; v. aussi, plus récemment, P. TONINI, *Lineamenti di diritto processuale penale*, *op. cit.*, p. 227 et s.

⁷ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 349 al. 2 bis, créé par le décret-loi n° 144 du 27 juillet 2005.

⁸ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 349 al. 4. Cette rétention n'est possible que dans les cas où l'établissement de l'identité du mis en cause est particulièrement complexe ou bien nécessite l'intervention des autorités consulaires ou d'un interprète. L'individu a alors le droit de faire prévenir un proche.

des perquisitions en cas de flagrance ou d'évasion¹ – qui peuvent cependant être rapprochées des cas d'urgence².

La disposition la plus notable est sans doute celle concernant les perquisitions. Comment expliquer que ces dernières, qui portent à l'évidence atteinte au droit fondamental à l'inviolabilité du domicile, ne nécessitent aucune intervention du juge ? Francesca Ruggieri mentionne des motifs culturels, sans plus de détails³. Paola Felicioni, elle, avance plusieurs arguments. Elle renvoie tout d'abord à la lettre du Code de procédure pénale⁴. En effet, l'article 247, disposition générale sur les perquisitions, vise l'autorité judiciaire (*autorità giudiziaria*)⁵, dont fait partie le ministère public. Notons que la Constitution elle-même vise l'autorité judiciaire et non le juge lorsqu'elle énonce les organes pouvant, hors urgence, porter atteinte à l'inviolabilité du domicile⁶. L'auteure remarque ensuite que la loi de délégation sur le fondement de laquelle a été préparé et adopté le Code de 1989 imposait que le ministère public soit compétent pour les perquisitions⁷, d'autant que le parquet enquête à charge et à décharge⁸. Enfin, elle mentionne une décision de la Cour de cassation rejetant une question de constitutionnalité sur la législation des perquisitions qui invoquait l'absence d'implication du juge⁹. Cette compétence du ministère public à prononcer et exécuter les perquisitions pourrait aussi se justifier par le fait que le *procuratore* italien est indépendant de tout pouvoir¹⁰. Ce serait cependant oublié qu'en ce qui nous concerne le statut ne justifie pas la fonction, mais bien l'inverse.

¹ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 352.

² P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, Giuffrè, 2012, p. 308.

³ F. RUGGIERI, *La giurisdizione di garanzia nelle indagini preliminari*, Giuffrè, 1996, note 66 p. 21.

⁴ P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, *op. cit.*, p. 175 et s.

⁵ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 247 al. 3 : « L'autorità giudiziaria può procedere personalmente ovvero disporre che l'atto sia compiuto da ufficiali di polizia giudiziaria delegati con lo stesso decreto ». Cela est justifié par les rédacteurs du Code au motif que, le juge des débats pouvant aussi décider d'une perquisition, le terme d'autorité judiciaire englobe à la fois le parquet et le juge de jugement : v. Ministero di grazia e giustizia, *Relazioni al progetto preliminare e al testo definitivo del Codice di procedura penale, delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni e delle norme per l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario al nuovo processo penale ed a quello a carico degli imputati minorenni*, Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana n° 93 du 24 octobre 1988, p. 68.

⁶ Constitution italienne (*Costituzione della Repubblica italiana*), art. 14 al. 2 renvoyant à l'art. 13 sur la liberté personnelle.

⁷ Loi n° 81 du 15 février 1987, art. 2, directive n° 37.

⁸ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 358.

⁹ Cour de cassation italienne, 3^e section pénale, 15 octobre 2002, *Scarpa ed altri*. La Cour de cassation refuse de transmettre à la Cour constitutionnelle au motif que l'article 111 invoqué (droit au procès équitable et au contradictoire), ne concerne que la phase décisive.

¹⁰ Constitution italienne (*Costituzione della Repubblica italiana*), arts. 102, 104 et 107.

Le système italien apparaît donc assez nuancé, puisque si le juge des enquêtes préliminaires est dans la majorité des cas le seul titulaire de la fonction de garantie des droits fondamentaux, quelques dispositions mettent à mal ce monopole, en particulier s'agissant des perquisitions. Les nuances deviennent beaucoup plus prononcées lors de l'étude du système français.

2. Les nuances françaises

290. Une exclusion de la seule police. La situation française, par hypothèse connue, ne sera détaillée que brièvement. Il est de coutume de parler, à la suite de Thierry Renoux, d'une « gradation constitutionnelle des compétences »¹. Le Conseil constitutionnel a, par plusieurs décisions, établi un ordre d'intervention des organes chargés de protéger les droits fondamentaux². Conformément à leur vision d'un corps judiciaire unique comprenant les magistrats du siège comme ceux du parquet³, les sages estiment que le procureur de la République garantit efficacement les libertés, devant nécessairement passer la main au juge du siège à partir d'une certaine intensité et/ou durée. Pour Serge Guinchard et Jacques Buisson, qui parlent de « gradation de l'intervention de l'autorité judiciaire »⁴, un magistrat du siège doit intervenir au bout de quarante-huit heures. En revanche, la police n'est pas titulaire de la fonction de garantie des droits puisque, comme le note Jean Pradel, elle n'est

¹ T. RENOUX, « Le Conseil constitutionnel et l'instruction pénale, juge ou magistrat ? », *op. cit.* V. aussi S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, *op. cit.*, n° 353 ; P. TCHERKESOFF, *Cohérence et légitimité du ministère public*, *op. cit.*, n° 72 ; J. PRADEL, « L'enquête pénale aujourd'hui : vers une stabilisation dans l'équilibre ? », *D.* 2014, p. 1647 ; B. DE LAMY, « Le juge des libertés et de la détention : un trompe-l'œil ? », *op. cit.*

² V. particulièrement les décisions suivantes : Cons. const., 20 janvier 1981, n° 80-127 DC ; *JORF* du 22 janvier 1981 ; Cons. const., 3 septembre 1986, n° 86-213 DC ; *JORF* du 5 septembre 1986 ; Cons. const., 11 août 1993, n° 93-326 DC ; *JORF* du 15 août 1993 ; Cons. const., 30 juillet 2010, n° 2010-14/22 QPC ; *JORF* du 31 juillet 2010.

³ Il s'agit d'un véritable leitmotiv : Cons. const., 11 août 1993, n° 93-326 DC, considérant n° 5 ; *JORF* du 15 août 1993 ; Cons. const., 22 avril 1997, n° 97-389 DC, considérant n° 61 ; *JORF* du 25 avril 1997 ; Cons. const., 29 août 2002, n° 2002-461 DC, considérant n° 74 ; *JORF* du 10 septembre 2002 ; Cons. const., 20 novembre 2003, n° 2003-484 DC, considérant n° 75 ; *JORF* du 27 novembre 2003 ; Cons. const., 2 mars 2004, n° 2004-492 DC, considérant n° 98 ; *JORF* du 10 mars 2004 ; Cons. const., 30 juillet 2010, n° 2010-14/22 QPC, considérant n° 26 ; *JORF* du 31 juillet 2010 ; Cons. const., 17 décembre 2010, n° 2010-80 QPC, considérant n° 11 ; *JORF* du 19 décembre 2010 ; Cons. const., 6 mai 2011, n° 2011-125 QPC, considérant n° 8 ; *JORF* du 7 mai 2011 ; Cons. const., 22 juillet 2016, n° 2016-555 QPC, considérant n° 10 ; *JORF* du 24 juillet 2016 ; Cons. const., 8 décembre 2017, n° 2017-680 QPC, considérant n° 6 ; *JORF* du 9 décembre 2017.

⁴ S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, *op. cit.*, n° 353.

« compétente pour agir seule [que] pour les actes simples, ne portant aucune atteinte aux libertés fondamentales »¹.

291. L’ancrage de la titularité du ministère public. Cette titularité du ministère public de la fonction de garantie des droits de la défense a été récemment reprise par le rapport sur la procédure pénale rédigé par Jacques Beaume, qui précise expressément dans ses conclusions l’admission du ministère public comme organe de garantie des droits fondamentaux, à l’exclusion de la police :

« Nous nous sommes ensuite attachés à distinguer clairement les positionnements et rôles respectifs des services d’enquête, du procureur et du juge des libertés et de la détention. [...] En second lieu, revient au parquet une direction de l’enquête plus indépendante de l’enquêteur et des diligences de la police judiciaire, pour en assurer, en qualité de *premier niveau de liberté individuelle*, un meilleur contrôle ; enfin, au juge, l’autorisation ou la décision des mesures les plus attentatoires aux droits fondamentaux nécessitées par l’enquête. »²

La chose semble donc entendue : le ministère public français est titulaire, comme le juge, de la fonction de garantie des droits. Le rapport Beaume opte donc clairement pour le mécanisme de balance des pouvoirs, là où nous prônons l’isolement. Une telle option doit alors être justifiée.

¹ J. PRADEL, « L’enquête pénale aujourd’hui : vers une stabilisation dans l’équilibre ? », *op. cit.* Une exception pourrait être décelée dans la réglementation de la vérification d’identité. En effet, l’information du ministère public n’y est prévue, hors hypothèse de la nécessité de procéder à la prise d’empreinte, que sur demande de la personne. En d’autres termes, une vérification d’identité, qui porte atteinte à la liberté d’aller et venir, peut parfois être décidée et exécutée par la seule police : v. Code de procédure pénale français, art. 78-3.

² J. BEAUME, *Rapport sur la procédure pénale*, 2014, p. 88 (nous soulignons). V. dans le même sens P. TCHERKESSOFF, *Cohérence et légitimité du ministère public*, *op. cit.*, n° 311.

B. L'exclusivité du juge

292. Les motifs poussant à la reconnaissance d'une titularité exclusive du juge de la fonction de garantie des droits et libertés doivent être exposés pour convaincre (1). C'est ensuite le vocabulaire qu'il faudra déterminer : comment désigner cette exclusivité (2) ?

1. Les motifs de l'exclusivité

293. Les motifs allemands. En Allemagne, les discussions sont particulièrement nombreuses sur le fondement de cette réserve du juge (*Richtervorbehalt*). Le Code impérial de procédure pénale qui, le premier, introduit ce mécanisme, n'offre pas de réelle justification, ni ses travaux préparatoires¹. Une chose est sûre : la réserve du juge acquiert véritablement ses lettres de noblesse en étant prévu par la Loi fondamentale suite au régime nazi².

La considération de départ est qu'au regard de l'organisation allemande, qui confie au seul ministère public la direction de la phase préparatoire, l'intervention du juge est en soi contraire à la logique du système³. Il faut donc justifier une immixtion du juge n'allant pas de soi. Une différence doit alors être faite entre les réserves du juge spécifiquement prévues par la Constitution (perquisitions, mise sur écoute et privation de liberté)⁴ et les réserves du juge prévues par le législateur. Pour ces dernières, la question qui se pose est celle de l'obligation constitutionnelle générale pour le législateur de prévoir l'intervention du juge pour toute mesure attentatoire. Ici, chaque école se fonde, *grosso modo*, sur le rejet des autres. Une certaine doctrine avance que la réserve du juge serait l'expression de la

¹ H. HILGER, « Über den Richtervorbehalt im Ermittlungsverfahren », *op. cit.*, spéc. p. 213. Pour un historique de l'institution, faisant remonter les premières réserves du juge à certaines dispositions du droit médiéval, v. M. RABE VON KÜHLEWEIN, *Der Richtervorbehalt im Polizei- und Strafprozeßrecht*, Peter Lang, 2001, p. 27 et s.

² M. RABE VON KÜHLEWEIN, *Der Richtervorbehalt im Polizei- und Strafprozeßrecht*, *op. cit.*, p. 78.

³ G. PRECHTEL, *Das Verhältnis der Staatsanwaltschaft zum Ermittlungsrichter. Eine kritische Betrachtung der Mitwirkung des Richters im Ermittlungsverfahren, insbesondere zur Bedeutung des § 162 StPO*, VVF, 1995, p. 127 ; J. BRÜNING, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, *op. cit.*, p. 111. V. aussi, parlant du juge comme d'un « corps étranger », U. NELLES, *Kompetenzen und Ausnahmekompetenzen in der Strafprozeßordnung : Zur organisationsrechtlichen Funktion des Begriffs "Gefahr im Verzug" im Strafverfahrensrecht*, Dunckler & Humblot, 1980, p. 246.

⁴ Loi fondamentale allemande (*Grundgesetz* ou GG), arts. 13 et 104.

séparation des pouvoirs¹, les adversaires opposant que la méfiance à l'égard du ministère public, organe de l'exécutif, n'aurait plus de sens aujourd'hui, le respect des droits et de la loi, imposé par la Loi fondamentale, ayant transfiguré le vieil agent de l'exécutif qu'était le ministère public prussien². La majorité de la doctrine s'accorde à dire que la réserve du juge est nécessitée par l'exigence de protection des droits (*Rechtsschutz*)³, sans pour autant que les mêmes fondements ne soient avancés. Certains vont avancer la compensation de l'absence d'audition préalable de l'individu avant la décision de nombre de mesures attentatoires⁴, d'autres le caractère irréparable du dommage subi une fois la mesure exécutée et donc la nécessaire intervention *a priori* du juge⁵.

De son côté, Janique Brüning avance une double justification particulièrement intéressante⁶. S'agissant des mesures d'investigation attentatoires, certaines d'entre elles nécessitent en procédure pénale l'intervention du juge alors que le même acte, réalisé dans

¹ V. par exemple S. HÜLS, *Polzeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, BWV, 2007, p. 285. V. aussi C. GÜSY, « Grundrechtssicherung durch Richtervorbehalte », *op. cit.*. V. encore, indirectement, M. RABE VON KÜHLEWEIN, *Der Richtervorbehalt im Polizei- und Strafprozessrecht*, *op. cit.*, p. 417 et s.

² V. J. BRÜNING, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, *op. cit.*, p. 113.

³ H.-H. KÜHNE, *Strafprozessrecht*, *op. cit.*, n° 409 ; MüKoStPO/Kölbel StPO § 162 Rn. 1 ; Y.-H. LIN, *Richtervorbehalt und Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe*, *op. cit.*, p. 247 ; K. AMELUNG, « Die Entscheidung des BVerfG zur "Gefahr im Verzug" i. S. des Art. 13 II GG », *NStZ* 2001, p. 337 ; G. PRECHTEL, *Das Verhältnis der Staatsanwaltschaft zum Ermittlungsrichter. Eine kritische Betrachtung der Mitwirkung des Richters im Ermittlungsverfahren, insbesondere zur Bedeutung des § 162 StPO*, *op. cit.*, p. 108 ; U. NELLES, *Kompetenzen und Ausnahmekompetenzen in der Strafprozessordnung : Zur organisationsrechtlichen Funktion des Begriffs "Gefahr im Verzug" im Strafverfahrensrecht*, *op. cit.*, p. 54 ; C. ROXIN et B. SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, *op. cit.*, p. 239 ; K. MÜLLER et C. TRURNIT, « Eilzuständigkeiten der Staatsanwaltschaft und des Polizeivollzugsdienstes in der StPO », *StraFo* 4/2008, p. 144. V. aussi, proposant d'instaurer en plus de la réserve du juge un *numerus clausus* des mesures attentatoires les plus graves : G. ARTZ, « Ein Rationierungsmodell zur Begrenzung schwerer strafprozessrechtlicher Eingriffe », dans *Festschrift für Theodor Lenckner*, C.H. Beck, 1998, p. 663, spéc. p. 668 et s.

⁴ V. par exemple K. AMELUNG, « Die Entscheidung des BVerfG zur "Gefahr im Verzug" i. S. des Art. 13 II GG », *op. cit.* ; S. HÜLS, « Der Richtervorbehalt – seine Bedeutung für das Strafverfahren und die Folgen von Verstößen », *op. cit.* Il s'agirait alors de la conséquence de « l'effet de surprise » (*Überraschungswirkung*) de nombreux actes d'investigations, dont le succès implique de ne pas prévenir à l'avance le mis en cause : v. U. NELLES, *Kompetenzen und Ausnahmekompetenzen in der Strafprozessordnung : Zur organisationsrechtlichen Funktion des Begriffs "Gefahr im Verzug" im Strafverfahrensrecht*, *op. cit.*, p. 51 et 175. ; K. AMELUNG, *Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe*, Duncker & Humblot, 1976, p. 13.

⁵ V. par exemple G. PRECHTEL, *Das Verhältnis der Staatsanwaltschaft zum Ermittlungsrichter. Eine kritische Betrachtung der Mitwirkung des Richters im Ermittlungsverfahren, insbesondere zur Bedeutung des § 162 StPO*, *op. cit.*, p. 133 et s. ; H. SATZGER, « Die Rolle des Richters im Ermittlungsverfahren in Deutschland und Frankreich », dans H. JUNG, J. LEBLOIS-HAPPE et C. WITZ (dir.), *200 Jahre Code d'instruction criminelle – Le bicentenaire du Code d'instruction criminelle*, Nomos, 2010, p. 93, spéc. p. 96 ; S. HÜLS, « Der Richtervorbehalt – seine Bedeutung für das Strafverfahren und die Folgen von Verstößen », *op. cit.*

⁶ J. BRÜNING, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, *op. cit.* Pour une synthèse, v. J. BRÜNING, « Der Richtervorbehalt – ein zahnlöser Tiger ? Über die verfassungsrechtliche Notwendigkeit des Richtervorbehalts und seine Ineffizienz in der Praxis », *ZIS* 1/2006, p. 29.

le cadre d'autres procédures (administratives, policières), n'est pas soumis à cette réserve¹. L'auteure justifie cela par la double charge des mesures attentatoires en procédure pénale (*Doppelbelastung der strafprozessualen Grundrechtseingriffe*)² : non seulement la mesure porte atteinte aux droits fondamentaux (effet externe à la procédure), mais elle est en plus destinée à prouver la culpabilité de la personne et entraîner l'application d'une peine (effet interne à la procédure)³. Quant aux mesures attentatoires de protection de la procédure, elles sont très similaires aux peines pouvant être prononcées à la fin de la procédure (confiscation, détention, etc.). Il découle de ces considérations que les principes de procès équitable et de culpabilité imposent qu'une peine ne puisse être prononcée que par le juge, ce qui oblige le législateur à prévoir la réserve du juge pour toute mesure attentatoire prise pendant la phase préparatoire⁴.

En somme, la doctrine allemande semble s'accorder sur le fait que la réserve du juge, d'une manière générale, trouve son fondement dans l'exigence de protection des droits qui découle directement ou indirectement de la Loi fondamentale⁵.

294. Les motifs italiens. En Italie, les débats sont moins agités, sans doute parce que la notion de réserve du juge, dite réserve de juridiction, n'a pas fait à notre connaissance l'objet d'une théorisation spécifique à la phase préparatoire du procès pénal. D'une manière générale, la Constitution n'impose que l'intervention de l'autorité judiciaire pour les atteintes aux droits fondamentaux qu'elle concède (privation ou restriction de la liberté personnelle, secret des correspondances et de la communication, saisie de presse)⁶, voire

¹ V. aussi U. NELLES, *Kompetenzen und Ausnahmekompetenzen in der Strafprozeßordnung : Zur organisationsrechtlichen Funktion des Begriffs "Gefahr im Verzug" im Strafverfahrensrecht*, op. cit., p. 49.

² V. déjà K. AMELUNG, *Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe*, op. cit., p. 14.

³ J. BRÜNING, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, op. cit., p. 119 et s.

⁴ *Ibid.*, p. 136 et s.

⁵ Plus techniquement, les auteurs débattent du fait de savoir si la réserve du juge peut être rattachée à l'article 19 alinéa 4 de la Loi fondamentale, selon lequel « quiconque est lésé dans ses droits par la puissance publique dispose d'un recours juridictionnel ». Cette disposition, extrêmement importante en droit allemand, est analysée comme garantissant l'application réelle du droit ainsi qu'une protection effective des droits par le contrôle effectif des juridictions (*effektiver Rechtsschutz*, v. *Jarass/Pieroth GG* art. 19 Rn. 32 et 50). La réserve du juge, pour une partie de la doctrine, serait alors une application *a priori*, préventive, de l'article 19 alinéa 4 (v. par exemple G. PRECHTEL, *Das Verhältnis der Staatsanwaltschaft zum Ermittlungsrichter. Eine kritische Betrachtung der Mitwirkung des Richters im Ermittlungsverfahren, insbesondere zur Bedeutung des § 162 StPO*, op. cit., p. 108 ; K. AMELUNG, *Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe*, op. cit., p. 32). Pour d'autres, il s'agirait d'un modèle autonome de protection des droits (v. par exemple Y.-H. LIN, *Richtervorbehalt und Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe*, op. cit., p. 247 ; M. RABE VON KÜHLEWEIN, *Der Richtervorbehalt im Polizei- und Strafprozeßrecht*, op. cit., p. 414).

⁶ Constitution italienne (*Costituzione della Repubblica italiana*), arts. 13, 15 et 21.

opère un renvoi à la loi sur la question de l'organe titulaire (inviolabilité du domicile)¹. L'autorité judiciaire italienne est, il est vrai, totalement indépendante tant dans sa composante « siège » que « parquet ». Si l'on a tout de même pu souligner que la présence de ce juge est rendue nécessaire « par la circonstance que les actes d'investigation sont susceptibles d'attenter à des droits constitutionnellement protégés »², il semble que ce soit avant tout le Code de procédure pénale qui ait prévu l'intervention du juge. La doctrine note d'ailleurs que les rédacteurs ont sur ce point dépassé les exigences constitutionnelles³. Cette solution ne s'imposait pourtant pas au regard du nouveau système mis en place par le Code. Comme le note Marzia Ferraioli :

« À partir du moment où la phase d'investigation, attribuée à un organe judiciaire tenu d'observer le principe de légalité des poursuites, a pour seule fin de permettre l'acquisition des éléments nécessaires à décider si l'action publique doit être exercée, la présence d'un juge [...] ne se justifierait pas, s'agissant d'une procédure préliminaire à l'action qui, en tant que telle, devrait être caractérisée par l'absence absolue d'activités de la part de la juridiction. »⁴

Recherchant une justification à la présence d'une juridiction de garantie – entendre, d'un organe-juge chargé de la fonction de garantie des droits – Francesca Ruggieri importe les concepts allemands de double effet des mesures attentatoires⁵. Les rédacteurs du projet de Code évoquent, eux, une orientation non équivoque de la loi de délégation⁶. La réserve du juge à l'italienne, avec les exceptions que l'on connaît, semble donc être un choix propre

¹ Constitution italienne (*Costituzione della Repubblica italiana*), art. 15. Sur cet article, v. A. DIDI, « L'inviolabilità della segretezza delle comunicazioni », dans F. R. DINACCI (dir.), *Processo penale e Costituzione*, Giuffrè, 2010, p. 209.

² M. BARGIS *et al.*, *Compendio di procedura penale*, *op. cit.*, p. 492 : « La presenza di un giudice nell'ambito di una fase non giurisdizionale è resa necessaria dalla circostanza che gli atti di indagine sono suscettibili di incidere su diritti costituzionalmente tutelati ».

³ P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, *op. cit.*, p. 429.

⁴ M. FERRAIOLI, *Il ruolo di garante del giudice per le indagini preliminari*, *op. cit.*, p. 111 : « Dal momento che la fase investigativa, affidata ad un organo giudiziario, tenuto all'osservanza del principio di obbligatorietà, ha il limitato fine di consentire l'acquisizione degli elementi necessari a stabilire se debba essere esercitata l'azione penale, non si giustificerebbe la presenza di un giudice [...] trattandosi di null'altro che di un procedimento "preliminare" all'azione che, come tale, dovrebbe essere connotato da attività assolutamente non giurisdizionali ».

⁵ F. RUGGIERI, *La giurisdizione di garanzia nelle indagini preliminari*, *op. cit.*, p. 37 et s. et p. 125 et s.

⁶ Ministero di grazia e giustizia, *Relazioni al progetto preliminare e al testo definitivo del Codice di procedura penale, delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni e delle norme per l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario al nuovo processo penale ed a quello a carico degli imputati minorenni*, *op. cit.*, p. 73 et p. 81.

du législateur, sans doute en réaction aux travers du Code Rocco¹. Le juge pour les enquêtes préliminaires apparaît alors comme une véritable garantie².

295. Les motifs français. Qu'en est-il d'éventuels motifs français à la titularité exclusive du juge ? Peu de choses semblent pouvoir être trouvées dans le texte de la Constitution, qui ne contient pas en tant que telle de déclaration des droits fondamentaux à jour et se contente de renvoyer au résultat d'une nuit d'août 1789³ et à un article 66 faisant de l'autorité judiciaire, donc du parquet⁴, la gardienne d'une liberté individuelle que son interprète principal a réduite à la seule sûreté⁵ – on hésite à peine à parler de misère constitutionnelle. Le législateur ne semble pas non plus d'un grand secours, lui qui a inscrit en 2000 au frontispice du Code de procédure pénale 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 »⁶ – on observera d'ailleurs que les mesures de contrainte pourraient très bien être décidées par n'importe qui, pourvu que l'autorité judiciaire, comprenant le parquet, les contrôle effectivement (à quoi sert un contrôle inefficace ?).

Rien de comparable, donc, aux situations italienne ou allemande. Toutefois, un principe pourrait imposer, au regard de la distribution des fonctions que nous proposons, la titularité exclusive du juge : l'impartialité, dont nous avons dit qu'elle devait être un guide

¹ V. *supra* n° 203 et s.

² V. entre autres M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, *op. cit.*, p. 486.

³ V. appelant à la rédaction d'une véritable déclaration des droits en ouverture de la Constitution, P. CASSIA, « Pour un rééquilibrage des pouvoirs constitutionnels », dans B. MATHIEU (dir.), *1958-2008. Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Dalloz, 2008, p. 361.

⁴ Cons. const., 11 août 1993, n° 93-326 DC, considérant n° 5 ; *JORF* du 15 août 1993 ; Cons. const., 22 avril 1997, n° 97-389 DC, considérant n° 61 ; *JORF* du 25 avril 1997 ; Cons. const., 29 août 2002, n° 2002-461 DC, considérant n° 74 ; *JORF* du 10 septembre 2002 ; Cons. const., 20 novembre 2003, n° 2003-484 DC, considérant n° 75 ; *JORF* du 27 novembre 2003 ; Cons. const., 2 mars 2004, n° 2004-492 DC, considérant n° 98 ; *JORF* du 10 mars 2004 ; Cons. const., 30 juillet 2010, n° 2010-14/22 QPC, considérant n° 26 ; *JORF* du 31 juillet 2010 ; Cons. const., 17 décembre 2010, n° 2010-80 QPC, considérant n° 11 ; *JORF* du 19 décembre 2010 ; Cons. const., 6 mai 2011, n° 2011-125 QPC, considérant n° 8 ; *JORF* du 7 mai 2011 ; Cons. const., 22 juillet 2016, n° 2016-555 QPC, considérant n° 10 ; *JORF* du 24 juillet 2016 ; Cons. const., 8 décembre 2017, n° 2017-680 QPC, considérant n° 6 ; *JORF* du 9 décembre 2017.

⁵ V. entre autres G. CANIVET, « Pathologie de la garantie de la liberté individuelle : le syndrome de la confusion », *op. cit.*, p. 323 ; J. BUISSON, « Le pouvoir judiciaire en cause ? », *op. cit.*, p. 479 ; G. DRAGO, « Liberté individuelle et Constitution. Quels principes pour quels juges ? », *op. cit.*, p. 529. V. déjà D. THOMAS, « L'évolution de la procédure pénale française contemporaine : la tentation sécuritaire », *op. cit.*, spéc. p. 63 et s.

⁶ Code de procédure pénale français, art. préliminaire.

lors de la recherche d'un équilibre des pouvoirs¹. L'impartialité est « une vertu »² qui s'apprécie tant fonctionnellement, c'est-à-dire de manière objective, que personnellement, d'une manière subjective³. Si cette exigence ne concernait au départ que le juge en tant que juridiction de jugement, la Cour EDH tend aujourd'hui à l'exiger de l'autorité judiciaire habilitée à contrôler les privations de liberté⁴. L'impartialité fonctionnelle, seule à nous intéresser ici, suppose que le magistrat « offr[e] les garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime »⁵. Les arrêts, célèbres, de la Cour EDH ne reconnaissant au parquet français pas la qualité exigée par l'article 5 § 3 d'autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires sont, certes, fondés sur des questions statutaires – la dépendance du parquet – mais, surtout⁶, sur la partialité du procureur : parce qu'il peut ensuite déclencher les poursuites, le procureur ne semble pas impartial lorsqu'il contrôle la détention⁷. L'on peut généraliser cette solution : *comment un organe exerçant la fonction de décision de mise en mouvement de l'action publique et, même, d'investigation et de protection de la procédure peut-il être impartial dans l'exercice d'une fonction de garantie des droits fondamentaux ? N'est-il pas naturellement « poussé » à faire primer les trois premières, dont il a la responsabilité, sur la dernière ?*

La nécessaire impartialité impose donc d'exclure à la fois le ministère public et la police en ce que nous avons proposé de reconnaître à ces deux organes une titularité partagée des fonctions d'investigation, de décision de mise en mouvement de l'action publique et de protection de la procédure. Le juge, lui, est un tiers impartial n'ayant aucun intérêt ni à l'investigation, ni à la décision de mise en mouvement de l'action publique, ni à la garantie d'une procédure dont il n'est pas responsable. L'importance de cette place du

¹ V. *supra* n° 113.

² S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale, op. cit.*, n° 406 ; A. OUDOUL, « Les opinions politiques des magistrats face à l'exigence d'impartialité », Lexbase 2018, n° N6750BXB.

³ Cour EDH, 1^{er} octobre 1982, n° 8692/79, *Piersack c. Belgique*, spéc. n° 30. La doctrine a pu parler d'impartialité personnelle et impartialité fonctionnelle : S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale, op. cit.*, n° 406. V. *supra* note 4 p. 120.

⁴ S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale, op. cit.*, n° 350 ; J.-F. RENUCCI, « La Cour européenne persiste et signe : le procureur français n'est pas un magistrat au sens de l'article 5 de la Convention », *D.* 2011, p. 277.

⁵ Cour EDH, 1^{er} octobre 1982, n° 8692/79, *Piersack c. Belgique*, spéc. n° 30.

⁶ Y. MULLER, « La réforme de la garde à vue ou la figure brisée de la procédure pénale française », *Dr. pén.* 2011, étude 2.

⁷ Cour EDH, 10 juillet 2008, n° 3394/03, *Medvedyev et autres c. France*, § 61 ; Cour EDH, grande chambre, 29 mars 2010, n° 3394/03, *Medvedyev et autres c. France* ; Cour EDH, 23 novembre 2010, n° 37104/06, *Moulin c. France*, § 57 ; Cour EDH, 27 juin 2013, n° 62736/09, *Vassis c. France*, § 53 ; Cour EDH, 4 décembre 2014, n° 17110/10 et 17301/10, *Ali Samatar et autres c. France*, § 44 ; Cour EDH, 4 décembre 2014, n° 46695/10 et 54588/10, *Hassan et autres c. France*, § 88.

juge garant des droits fondamentaux par rapport à la procédure en cours est soulignée tant en Allemagne¹ qu'en Italie², où l'on rappelle que « le juge pour les enquêtes préliminaires est avant tout la garantie juridictionnelle constitutionnellement exigée lorsque sont en jeu les droits et libertés fondamentaux »³

Il faut donc opter pour l'isolement du pouvoir-fonction de garantie des droits et libertés entre les mains de l'organe-juge. Reste toutefois à nommer cette exigence.

2. Les mots de l'exclusivité

296. Désigner l'exclusivité : la réserve du juge. Les doctrines étrangères proposent plusieurs dénominations à cette titularité exclusive du juge. Les Allemands sont unanimes à parler de réserve du juge (*Richtervorbehalt*), cette dénomination regroupant l'intervention du juge tant *a priori* qu'*a posteriori* de la mesure attentatoire. Malte Rabe von Kühlewein parle alors de réserve primaire (*a priori*) et secondaire (*a posteriori*) du juge⁴. La doctrine italienne, elle, ne semble pas avoir opéré une théorisation propre à la phase préparatoire du procès pénal. Elle parle d'une manière générale de réserve de juridiction (*riserva di giurisdizione*), au sens organique du terme. Francesca Ruggieri propose deux modèles de garantie des droits dans la phase préparatoire : le modèle plurifonctionnel et le modèle monofonctionnel⁵, qui correspondent à peu de choses près à nos mécanismes de balance et d'isolement des pouvoirs. Ces dénominations italiennes sont cependant assez floues, l'une (modèle monofonctionnel) parce que nous avons distingué plusieurs fonctions, l'autre (réserve de juridiction) parce que nous avons conclu à l'absence de fonction juridictionnelle. La notion allemande de réserve du juge paraît la plus claire et expressive.

¹ V. les auteurs cités note 3 p. 323 parlant de protection des droits fondamentaux par le juge.

² V. GREVI, « Funzioni di garanzia e funzioni di controllo del giudice nel corso delle indagini preliminari », *op. cit.*, spéc. p. 24.

³ O. DOMINIONI *et al.*, *Procedura penale*, *op. cit.*, p. 459 : « il giudice per le indagini preliminari è, inanzitutto, la garanzia giurisdizionale costituzionalmente imposta laddove entrano in gioco diritti e libertà fondamentali ».

⁴ M. RABE VON KÜHLEWEIN, *Der Richtervorbehalt im Polizei- und Strafprozeßrecht*, *op. cit.*, p. 25-26.

⁵ F. RUGGIERI, *La giurisdizione di garanzia nelle indagini preliminari*, *op. cit.*, p. 51.

La distribution des pouvoirs-fonctions doit se conclure par la création d'une véritable *réserve du juge*¹ quant à la titularité de la fonction de garantie des droits et libertés. Cette réserve doit maintenant être explorée plus en détail.

§ 2. Le détail de la réserve du juge

297. La réserve du juge s'agissant du pouvoir-fonction de garantie des droits et libertés ne devrait pouvoir être activée, déployée, que sous certaines conditions (A). Une fois activée, elle se réaliserait selon des modalités à préciser (B).

A. L'activation de la réserve du juge

298. Les questions qui se posent lorsqu'est étudiée la question de l'activation de la réserve du juge sont, schématiquement, au nombre de deux : quel est l'évènement à la base de l'activation ? À quel moment précis la réserve du juge doit-elle être activée ? La condition (1) et le moment (2) de la réserve du juge doivent donc être détaillés.

1. La condition de l'activation

299. La condition : une mesure attentatoire. La réserve du juge peut être définie comme la titularité exclusive reconnue à l'organe-juge concernant l'activité visant à assurer l'observation des conditions normatives aux atteintes aux droits rendues nécessaires par l'exercice des pouvoirs-fonctions d'investigation et de protection de la procédure. Elle ne peut donc être activée qu'en cas d'atteinte envisagée aux droits et libertés fondamentaux que sont la liberté individuelle et la liberté d'aller et de venir, le droit au respect de l'intégrité physique et à la dignité, le droit au respect de la vie privée, du domicile et de la correspondance, et, enfin, le droit de propriété². C'est dire que la condition préalable à

¹ V., appelant à créer « un grand juge des libertés et des garanties » à l'occasion de l'étude de l'arrêt *Gutsanovi c. Bulgarie* de la Cour EDH : P. BEAUVAIS, « Les perquisitions sous le contrôle de la Cour européenne des droits de l'Homme », *Rev. pénit.* 2014, p. 97.

² P. COLLET, *L'acte coercitif en procédure pénale*, *op. cit.*, n° 565 et s.

l'activation de la réserve du juge est une mesure attentatoire aux droits et libertés prise dans le cadre de l'investigation par le procureur (niveau 3 et 4)¹ ou, dans le cadre de la protection de la procédure, par le procureur ou la police, celle-ci perdant alors la direction des investigations (*one shot*)².

300. La conséquence : une intervention *ad acta*. Cette considération a une incidence directe sur la temporalité de la réserve du juge. L'organe-juge n'interviendra en effet qu'à partir du moment où une mesure attentatoire est envisagée. De plus, ne disposant pas de la titularité des fonctions d'investigation ou de protection de la procédure, l'organe-juge ne pourra pas agir d'office pour prendre et contrôler une mesure attentatoire : il devra attendre que les organes titulaires de ces fonctions, parquet ou police, considèrent nécessaire de porter atteinte aux droits et libertés d'une personne pour pouvoir intervenir. En d'autres termes, et pour reprendre la dénomination italienne, l'organe-juge n'interviendra qu'*ad acta*, c'est-à-dire sur requête d'autres organes³.

Le Code de procédure pénale italien est très clair, affirmant que « le juge pour les enquêtes préliminaires intervient dans les cas prévus par la loi et sur requête du ministère public »⁴. Signalons immédiatement que le fait que le juge intervienne sur requête des parties privées ou de la victime – ce que prévoit le Code italien – n'intègre pas selon nous la recherche d'un équilibre des pouvoirs, ces *droits* de requête des personnes privées devant être pensés une fois la distribution des pouvoirs achevée et en considération de celle-ci. D'autant que les requêtes des personnes privées concernent d'abord et avant tout la demande d'incident probatoire (*incidente probatorio*), procédure d'anticipation de la formation de la preuve dès la phase préparatoire selon les règles applicables à l'audience de jugement⁵. Il s'agit d'une procédure propre au principe d'imperméabilité entre les phases qui scelle, théoriquement, toute la procédure pénale italienne⁶. Quoi qu'il en soit,

¹ Sur les niveaux d'investigation, v. *supra* n° 220.

² Sur la distribution de la fonction de protection de la procédure, v. *supra* n° 261 et s.

³ M. BARGIS *et al.*, *Compendio di procedura penale*, *op. cit.*, p. 492 ; V. ZAGREBELSKY, « Il giudice per le indagini preliminari nel quadro dell'ordinamento giudiziario », dans *Il giudice per le indagini preliminari dopo cinque anni di sperimentazione*, Giuffrè, 1996, p. 17, spéc. p. 23 ; F. RUGGIERI, *La giurisdizione di garanzia nelle indagini preliminari*, *op. cit.*, p. 13 et s. Pour une approche critique, v. E. AMODIO, « La procedura penale dal rito inquisitorio al giusto processo », *Cassazione penale*, 2003, p. 1419.

⁴ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 328 al. 1 : « Nei casi previsti dalla legge, sulle richieste del pubblico ministero [...] provvede il giudice per le indagini preliminari ».

⁵ V., parlant « d'une anticipation du débat rendue nécessaire par la nécessité de ne pas se priver d'une preuve qui pourrait disparaître », M. DELMAS-MARTY (dir.), *Procédures pénales d'Europe*, PUF, 1995, p. 444.

⁶ V. *supra* n° 127.

l'intervention *ad acta* du juge pour les enquêtes préliminaires italien semble la conséquence directe du rejet très fort de la figure du juge d'instruction¹. D'ailleurs, la loi de délégation elle-même précisait que le nouveau juge ne devait intervenir que ponctuellement et sur demande².

Une telle solution se retrouve en Allemagne, où le juge de l'enquête est saisi sur requête du procureur³. Si une personne privée peut saisir ce juge⁴, il s'agit là encore d'un mécanisme externe à l'équilibre des pouvoirs et, nous le verrons, d'un recours particulier ne correspondant pas à notre conception de la réserve du juge. La seule hypothèse où le juge allemand va pouvoir intervenir d'office reste l'urgence caractérisée par l'impossibilité de joindre le parquet, maître de la phase préparatoire⁵ – on parle alors du juge comme d'un procureur d'urgence (*Notstaatsanwalt*)⁶. Outre qu'une telle disposition relève non de la distribution idéale des pouvoirs mais des conditions de sa mise en œuvre propres à éviter un retour du déséquilibre⁷, la doctrine allemande a pu émettre des doutes sur sa constitutionnalité⁸. En France, enfin, l'intervention *ad acta* est la règle pour le juge des libertés et de la détention.

301. Une hypothèse refusée : la réserve en suspens. Pourrait toutefois être envisagée l'hypothèse où l'ouverture de toute procédure pénale entraînerait activation, en suspens, de la réserve du juge. Dès qu'une enquête serait ouverte, un juge serait nommé pour y garantir, le cas échéant, la protection des droits et libertés. Cela correspondrait à notre approche de la procédure pénale comme liberticide par essence, mais aurait un

¹ E. AMODIO, « La procedura penale dal rito inquisitorio al giusto processo », *op. cit.* Sur le contexte de la suppression du *giudice istruttore*, v. *supra* n° 202 et s.

² Loi n° 81 du 15 février 1987, art. 2, directive n° 3.

³ Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 162.

⁴ Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 98 al. 2.

⁵ Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 165.

⁶ U. NELLES, *Kompetenzen und Ausnahmekompetenzen in der Strafprozeßordnung : Zur organisationsrechtlichen Funktion des Begriffs "Gefahr im Verzug" im Strafverfahrensrecht*, *op. cit.*, p. 61 et s. ; C. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, *op. cit.*, p. 72 ; W. BEULKE et S. SWOBODA, *Strafprozessrecht*, *op. cit.*, n° 310 ; H.-H. KÜHNE, *Strafprozessrecht*, *op. cit.*, n° 312 ; P. RIEB, « Die Entwicklung der gesetzlichen Aufgabenverteilung im Ermittlungsverfahren im deutschen Strafprozess », dans *In dubio pro libertate : Festschrift für Klaus Volk*, C.H. Beck, 2009, p. 559, spéc. p. 576 ; C. BITZIGIIO, *Der Richtervorbehalt im Spannungsfeld normativer Anforderungen und polizeilicher Praxis*, *op. cit.*, p. 20.

⁷ Sur laquelle, v. *infra* n° 312.

⁸ V. J. BRÜNING, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, *op. cit.*, p. 110.

inconvenient pratique grave : certaines procédures ne nécessiteront pas d'acte attentatoire, des juges étant nommés « pour rien ».

302. Des précisions nécessaires : maintien d'une saisine virtuelle et concentration des compétences. Aussi nous paraît-il préférable de laisser faire les organes parquetier et policier jusqu'au premier déclenchement de la réserve du juge dans une procédure. En revanche, et cela pour éviter une méconnaissance du dossier soulignée tant pour le juge italien¹ qu'allemand² ou français³, *le juge devrait, une fois saisi, resté virtuellement affecté à la procédure*, impliquant un accès permanent au dossier numérique unique que nous aurons l'occasion de proposer⁴.

De plus, il nous paraît nécessaire d'exiger que *n'intervienne qu'un seul et unique juge personne physique dans chaque dossier*, pour éviter un éparpillement des compétences et donc un affaiblissement de la fonction de garantie des droits et libertés. Aussi faudrait-il opter pour un modèle à l'italienne – où existe un principe de concentration auprès du même juge pour les enquêtes préliminaires (personne physique) pour les actes d'une procédure considérée⁵ – et non à l'allemande, où le Code ne vise que la concentration des demandes auprès du juge de l'enquête d'une même juridiction (tribunal cantonal), n'interdisant pas à plusieurs juges de l'enquête d'un même tribunal cantonal d'intervenir sur un même dossier⁶.

Mais tout cela ne nous dit rien du moment d'intervention du juge : avant ou après l'atteinte ?

¹ Selon l'expression italienne, le juge pour les enquêtes préliminaire est un juge sans dossier (*giudice senza fascicolo*) : v. par exemple M. BARGIS *et al.*, *Compendio di procedura penale*, *op. cit.*, p. 492. La doctrine italienne souligne le manque de connaissance de l'affaire par le juge de l'enquête préliminaire : v. E. AMODIO, « La procedura penale dal rito inquisitorio al giusto processo », *op. cit.*

² Selon un auteur, le juge de l'enquête serait comme le guichetier d'un théâtre, vendant des tickets pour une pièce dont il ne connaît rien : B. ASBROCK, « Zum Mythos des Richtervorbehaltes als wirksames Kontrollinstrument im Zusammenhang mit besonderen polizeilichen Eingriffsbefugnissen », *KritV* 1997, p. 265.

³ B. DE LAMY, « Le juge des libertés et de la détention : un trompe-l'œil ? », *op. cit.*

⁴ Sur la question du dossier et de l'information dans le cadre de l'équilibre proposé, v. *infra* n° 412 et s.

⁵ Décret royal n° 12 du 30 janvier 1941, art. 7 ter al. 1.

⁶ Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 162 al. 1.

2. Le moment de l'activation

303. Une intervention *a priori*. La détermination du moment d'intervention du juge, titulaire exclusif de la fonction de garantie des droits fondamentaux est, on l'imagine, cruciale. Schématiquement, deux options sont permises : soit le juge intervient avant la réalisation de l'atteinte aux droits et libertés, soit le siège n'est saisi qu'après l'atteinte. La comparaison des droits mais aussi la nécessaire effectivité du pouvoir-fonction de garantie des droits fondamentaux plaident en faveur d'une intervention *a priori* du juge.

En Allemagne, l'examen des dispositions du Code de procédure pénale rend compte, dans l'immense majorité des cas et lorsque celle-ci est prévue, d'une intervention du juge *avant* l'atteinte aux droits fondamentaux. Plus précisément, en dehors des cas d'urgence, deux dispositions prévoient l'intervention *a posteriori* du juge sur requête du parquet. La première vise le cas de l'arrestation de la personne par la police ou le ministère public¹. Cette arrestation, qui suppose que les conditions du mandat de placement en détention provisoire soient réunies, doit être suivie de la présentation, au plus tard le lendemain, de la personne au juge. Celui-ci, si les conditions du mandat ne sont pas/plus remplies, ordonne la libération de la personne. Dans l'hypothèse inverse, il rend un tel mandat sur requête du ministère public (intervention *ad acta* oblige), ou d'office si le parquet n'est pas joignable (distribution modifiée en cas d'urgence, le juge intervenant alors comme procureur d'urgence). Si une telle intervention *a posteriori* du juge peut surprendre s'agissant de l'atteinte par les organes d'investigation et de protection de la procédure à la sûreté de la personne, en réalité cette disposition ne s'inscrit pas dans l'équilibre classique des pouvoirs. En effet, l'arrestation par le parquet ou la police n'est possible qu'en cas d'urgence². En d'autres termes, l'intervention *a posteriori* relève ici de la mise en œuvre de l'équilibre en cas d'urgence³. La seconde disposition prévoyant une intervention *a posteriori* concerne la rétention aux fins d'établissement d'identité d'un suspect⁴, cette augmentation des pouvoirs des policiers et parquetiers ayant été introduite en 1978 pour répondre aux agissements de la Fraction Armée Rouge⁵, pendant les années de plomb

¹ Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 128.

² Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 127 al. 2.

³ V. *infra* n° 382 et s.

⁴ Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 163c.

⁵ BeckOK *StPO*/von Häfen *StPO* § 163 b Rn. 1.

allemandes (*die bleirene Zeit*)¹. Celle-ci ne peut durer plus longtemps que ce que nécessite la détermination de l'identité de la personne. Surtout, l'individu doit en principe être immédiatement présenté au juge statuant sur la légalité et le maintien de la mesure – la seule exception visant le cas où la présentation au juge prendrait plus de temps que les mesures d'établissement de l'identité. Une telle disposition représente donc une exception notable au principe d'une réserve *a priori* du juge. Signalons enfin que pour les mesures attentatoires, nécessitant ou non la réserve du juge, déjà exécutées, la doctrine allemande admet un recours devant le juge à l'initiative de la personne privée². Conformément à la nécessité de se concentrer d'abord sur la répartition des *pouvoirs* pour permettre d'envisager en conséquence le rôle et les *droits* des personnes privées, un tel recours n'entre pas dans notre étude³.

En Italie, la situation est similaire : par principe, l'intervention du juge, lorsqu'elle est requise, a lieu avant l'atteinte. En dehors des hypothèses d'urgence, certaines dispositions prévoient toutefois une intervention du juge *a posteriori*, concernant toutes des cas d'arrestation. De manière générale, le Code italien distingue deux types d'arrestation, le *fermo* et l'*arresto*, regroupés dans un seul titre⁴. La doctrine parle de mesure préalable aux mesures de précaution (*misura precautelari*)⁵, c'est-à-dire aux mesures de protection de la procédure. L'*arresto* concerne les hypothèses de flagrance⁶ et relève de la compétence de la police, l'arrestation pouvant être obligatoire ou non suivant la peine encourue ou la nature de l'infraction⁷. Le *fermo* concerne tous les autres cas, relève de la compétence du ministère public et de la police, et n'est possible que si des éléments spécifiques font craindre que soit fondé le risque de fuite d'une personne soupçonnée d'avoir commis une

¹ M. VON TROTTA, *Les années de plomb*, 1981, 106 min.

² Un tel recours n'est pas prévu par le Code à titre général. En réalité, seul le § 98 al. 2 précise, en cas de saisie policière ou parquetière (*Beschlagnahme*) que la personne peut demander un contrôle par le juge de la mesure exécutée. La doctrine majoritaire, se basant sur les renvois opérés dans le Code de procédure pénale et sur de nombreux arrêts des différentes juridictions, tend à généraliser un tel recours pour toutes les mesures attentatoires : v. notamment W. BEULKE et S. SWOBODA, *Strafprozessrecht*, *op. cit.*, n° 322 et s., spéc. le schéma p. 240.

³ V. *supra* n° 31 et s. D'ailleurs, la disposition vue à la base de ce recours, le paragraphe 98 alinéa 2 du Code de procédure pénale allemand, vise l'hypothèse d'une saisie ordonnée sans intervention du juge, c'est-à-dire en urgence. Preuve s'il en était que les droits des parties doivent être pensés au regard de la répartition des pouvoirs choisie

⁴ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), arts. 379 et s. Pour une présentation détaillée, v. M. BARGIS *et al.*, *Compendio di procedura penale*, *op. cit.*, p. 542 et s.

⁵ O. DOMINIONI *et al.*, *Procedura penale*, *op. cit.*, p. 353 et s. ; P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, *op. cit.*, p. 570.

⁶ La dénomination complète de la mesure est *arresto in flagranza*.

⁷ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), arts. 380 et 381.

infraction punie au-delà d'un certain seuil¹. Dans tous les cas de *fermo* ou d'*arresto*, le Code impose que le ministère public en demande sous quarante-huit heures la confirmation auprès du juge pour les enquêtes préliminaires, qui décidera dans les quarante-huit heures de la demande après une audience contradictoire². Notons que si le Code fait l'exception de la situation où le ministère public voire la police a ordonné la remise en liberté immédiate de la personne³, la Cour de cassation a exigé *dans tous les cas* une validation de l'arrestation par le juge, la libération immédiate opérée faisant simplement sauter les délais de décision⁴. L'ensemble de ces dispositions représentent une exception importante au principe d'une intervention du juge *a priori*.

En France, enfin, le juge des libertés et de la détention intervient lui aussi avant l'atteinte. Dans certaines hypothèses, son intervention a lieu *a posteriori*, mais cela ne concerne que des situations d'urgence, et non la distribution idéale des pouvoirs. Depuis la loi du 3 juin 2016, il est ainsi permis au procureur, en cas d'urgence résultant d'un risque imminent de déperissement des preuves ou d'atteinte grave aux personnes ou aux biens, de décider de l'utilisation d'un *IMSI Catcher*, ce qui suppose en temps normal l'autorisation du juge des libertés et de la détention. Le procureur doit demander la confirmation du juge sous quarante-huit heures⁵. Ce mécanisme, qui n'est pas sans rappeler certaines dispositions italiennes ou allemandes, ne relève pas de la distribution idéale des fonctions mais bien de sa mise en œuvre dans une hypothèse d'urgence, qui sera étudiée au titre des conditions propres à empêcher un retour du déséquilibre⁶.

304. Une temporalité logique. En réalité, si l'intervention *a priori* du juge s'impose, c'est en raison de l'objet même de son intervention. La réserve du juge concerne la garantie des droits et libertés. Or une telle fonction ne peut être effective que si les droits fondamentaux sont garantis avant d'être atteints. En effet, parce que la garantie des droits et libertés dans la phase préparatoire du procès pénal consiste au respect des conditions légales de leur atteinte et parce que la procédure pénale est par essence propice aux atteintes, on ne peut envisager de réserve du juge autre qu'*a priori*, avant toute atteinte. Au

¹ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 384.

² Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 390.

³ Les cas de remise en liberté immédiate sont listés à l'article 389.

⁴ Cour de cassation italienne, 1^{re} section pénale, 13 janvier 2012, n° 998, *P.M. in proc. Frau* et Cour de cassation italienne, 2^e section pénale, 23 janvier 2012, n° 2732, *P.M. in proc. Manzittu e altro*.

⁵ Code de procédure pénale français, art. 706-95-4, al. 3.

⁶ V. *infra* n° 382.

regard du double effet des actes attentatoires, qui ont une incidence procédurale mais d'abord et avant tout matérielle en ce qu'un droit fondamental est atteint, une garantie *a posteriori* ne permettrait que de s'assurer des effets procéduraux (nullité), mais non des effets matériels (le droit ou la liberté a, quoi qu'il en soit, été atteint).

La réserve du juge doit donc se caractériser par l'intervention *a priori* d'un juge dans toutes les atteintes aux droits fondamentaux rendus nécessaires par les autres fonctions à l'œuvre dans la phase préparatoire. Reste à savoir, une fois cette réserve activée lors d'une procédure, quelles pourraient être les modalités concrètes de l'intervention du juge saisi.

B. Les modalités de la réserve du juge

305. La réalisation de la réserve du juge, une fois activé, nécessite des précisions quant à sa forme (1) et à son étendue (2).

1. La forme de la réserve du juge

306. Une autorisation. La première question à se poser, une fois la réserve du juge admise et les conditions de son activation établies, est celle de la forme de l'intervention du juge. Parce que la réserve du juge s'exerce *ad acta*, l'organe-juge sera saisi par la requête de l'organe souhaitant procéder à une mesure attentatoire. Quelle forme prendra la réponse du juge ?

Il faut ici prendre en compte l'ensemble de la distribution des fonctions. Le juge n'est titulaire ni de la fonction d'investigation, ni de la fonction de protection de la procédure, ni de la fonction de décision de mise en mouvement de l'action publique. Il convient donc, dans la détermination des modalités de son intervention, de veiller à ce que l'exercice de la fonction de garantie des droits ne lui permette pas d'usurper, en quelque sorte, la titularité de fonctions qui ne lui sont pas assignées.

Prenons l'exemple d'une perquisition forcée. Une telle opération est un acte d'investigation attentatoire, mais d'abord un acte d'investigation. En ce sens, seul le ministère public est titulaire du pouvoir-prérogative de décider d'une perquisition, puisqu'il lui est attribuée la fonction d'investigation de niveau 3. Mais la perquisition forcée porte

aussi atteinte au droit à l'inviolabilité du domicile de la personne concernée, droit dont est garant le seul juge. La solution, pour éviter un télescopage des fonctions, serait de dire qu'il est *interdit* au ministère public de faire usage de sa prérogative de décider d'une perquisition sans l'intervention du juge. Plus précisément, le respect de la distribution des fonctions implique que le parquet soit seul et unique titulaire de la prérogative en question, mais qu'il ne puisse l'exercer que si le juge est d'accord. L'accord du juge, garant des droits et libertés, est soumis au respect des conditions posées par la loi pour lever l'interdiction d'exercice. Le législateur, en même temps qu'il attribue la titularité de la prérogative considérée à l'organe en charge de la fonction de rattachement, lui en interdit l'exercice sauf à ce que certaines conditions soient remplies et dûment vérifiées par l'organe-juge. En clair, pour respecter la distribution des pouvoirs, la réserve du juge doit prendre la forme d'un accord à l'exercice d'une prérogative dont est titulaire l'organe requérant suite à la vérification des conditions légales de la levée de l'interdiction de cet exercice. Une telle forme d'intervention correspond au mécanisme de *l'autorisation*. Selon Béatrice Thullier, l'autorisation est en effet un « acte juridique unilatéral par lequel un agent, l'autorisant, accorde au titulaire d'une prérogative la possibilité de l'exercer, après avoir vérifié que l'activité projetée respectait la protection de certains intérêts, recherchée par la norme qui exige un contrôle préalable »¹.

307. Les conséquences de l'autorisation. Cette intervention du juge sous la forme d'une autorisation à porter atteinte aux droits fondamentaux emporte plusieurs conséquences.

Primo, parce que le juge n'est pas titulaire de la prérogative dont il autorise l'exercice, il doit *renvoyer à l'organe requérant* pour l'exécution de ladite prérogative. Il s'agit d'une conséquence classique, en tout cas en ce qui concerne les mesures d'investigations attentatoires. Ainsi le juge pour les enquêtes préliminaires renvoie, en Italie, le dossier au ministère public après décision, celui-ci se chargeant de l'exécution de la mesure. Très souvent d'ailleurs, l'exécution de la mesure supposera que le parquet

¹ B. THULLIER, *L'autorisation. Étude de droit privé*, LGDJ, 1995, n° 324. Si l'auteure s'intéresse principalement à l'autorisation délivrée par les agents privés (n° 20), elle admet que « le présupposé fondamental est celui de *l'unité des autorisations*, quel que soit l'agent, public ou privé, qui les délivre » (n° 21, nous soulignons).

prenne un décret¹. On va jusqu'à parler d'un juge sans dossier (*giudice senza fascicolo*)² ce qui, nous le verrons, pose quelques problèmes quant à la circulation de l'information dans la phase préparatoire³. La solution semble être la même en Allemagne où le ministère public, maître de l'enquête, exécute ou fait exécuter les actes autorisés par le juge⁴. Notons toutefois que le parquet peut demander au juge de réaliser lui-même un acte d'investigation⁵, mais il s'agit d'un cas particulier que la doctrine et la jurisprudence analysent comme relevant de la coopération constitutionnellement exigée entre autorités de l'État, le juge n'intervenant pas alors en tant que juridiction mais en tant qu'agent de l'État (*Behörde*)⁶. En France, enfin, le juge des libertés et de la détention ne peut pas exécuter les mesures qu'il autorise à l'inverse du juge d'instruction opérant commission rogatoire, mécanisme de délégation de pouvoir et non d'autorisation (le juge d'instruction est titulaire de la prérogative qu'il demande à la police d'exercer)⁷. Nous sommes ici face à ces pouvoirs autorisés que décrivent Serge Guinchard et Jacques Buisson⁸. Nous proposons seulement d'en faire le mode normal d'intervention du juge dans la phase préparatoire du procès pénal.

Secundo, et en conséquence, se pose la question de savoir si l'autorisation délivrée par le juge, a un effet obligatoire ou une validité temporellement limitée. Le juge autorise le ministère public à opérer une perquisition : le procureur est-il *tenu* de s'exécuter ? Peut-il choisir le moment de l'exécution ? Cette problématique a particulièrement été analysée en Allemagne, où il est considéré à juste titre que l'autorisation du juge ne lie pas l'organe requérant, les conditions ayant présidé à la décision du juge d'autoriser l'acte devant cependant toujours être réunies lors de l'exécution⁹. Les juges de Karlsruhe ont, eux, précisé qu'au plus tard six mois après l'autorisation du juge, celle-ci perd sa force légale¹⁰.

¹ V. par exemple, pour l'interception de conversations ou communications, Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 267 al. 3.

² M. BARGIS *et al.*, *Compendio di procedura penale*, *op. cit.*, p. 492.

³ V. *infra* n° 405 et s.

⁴ Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 36 al. 2 : « Les décisions qui ont besoin d'être exécutées doivent être transmises au ministère public qui prend les mesures nécessaires. Cela ne vaut pas pour les décisions qui concernent la police de l'audience » (« Entscheidungen, die der Vollstreckung bedürfen, sind der Staatsanwaltschaft zu übergeben, die das Erforderliche veranlaßt. Dies gilt nicht für Entscheidungen, welche die Ordnung in den Sitzungen betreffen »).

⁵ Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 162. Pour une analyse systématique, v. G. PRECHTEL, *Das Verhältnis der Staatsanwaltschaft zum Ermittlungsrichter. Eine kritische Betrachtung der Mitwirkung des Richters im Ermittlungsverfahren, insbesondere zur Bedeutung des § 162 StPO*, *op. cit.*

⁶ V. *supra* n° 207.

⁷ S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, *op. cit.*, n° 2196.

⁸ *Ibid.*, n° 985 et s. ainsi que n° 1013 et s.

⁹ J. BRÜNING, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, *op. cit.*, p. 155 et s.

¹⁰ Cour constitutionnelle fédérale allemande, 27 mai 1997, 2 BvR 1992/92 (BVerfGE 96, 44), spéc. n° 29.

Lors d'une étude effectuée dans trois juridictions entre 1997 et 1999, Janique Brüning note que sur les cent-trente perquisitions autorisées par le juge, l'écrasante majorité est réalisée dans les trois mois (cent-dix-sept, dont seulement dix le jour même ou le lendemain), seules trois perquisitions ayant été réalisée plus de six mois après l'autorisation du juge¹. L'absence d'obligation du parquet d'exercer la prérogative autorisée par le juge paraît fondée, puisque la situation inverse emporterait immixtion de ce dernier dans les fonctions du premier. L'établissement d'une limite maximale de validité (six mois ? trois mois ? Au libre choix du juge ?) et la condition que les circonstances n'aient pas changé depuis la délivrance de l'autorisation nous semble cependant apte à éviter tout débordement et toute mise à mal de la réserve du juge, qui ne saurait se réduire à un chèque en blanc. *Une telle solution permettrait donc d'empêcher toute usurpation de la fonction d'investigation ou de protection de la procédure par le juge* (puisque son autorisation n'oblige en rien à l'exécution de la mesure demandée) *mais aussi de garantir une certaine effectivité à la réserve du juge* (l'autorisation n'est valable qu'un certain temps et seulement si le contexte n'a pas changé). En France, la jurisprudence a récemment affirmé, au sujet d'une perquisition forcée autorisée par le juge des libertés et de la détention, que, si cette autorisation n'a pas une durée limitée, la mesure ne peut être réalisée que si elle est encore nécessaire². François Fourment critique fortement cette décision, relevant notamment que c'est faire de l'enquêteur le juge de la nécessité de la mesure mais aussi que la position de la Cour de cassation vide de sa substance le contrôle du juge des libertés et de la détention, portant atteinte à sa fonction³. La prévision d'un délai de validité lèverait sans doute ces critiques.

Tertio, et enfin, la nature de l'autorisation – accord levant l'interdiction d'exercice d'une prérogative dont le juge n'est pas titulaire – emporte que l'acte du juge s'intègre à la mesure finalement effectuée. Nous rejoignons alors Amane Gogorza lorsqu'elle écrit que « les autorisations judiciaires ne peuvent être réellement considérées de manière autonome : elles sont intégrées à l'acte procédural qu'elles permettent »⁴. Cela pourrait emporter des conséquences sur d'éventuelles voies de recours contre l'autorisation du juge, qui

¹ J. BRÜNING, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, *op. cit.*, p. 204.

² Cass. crim., 16 mai 2018, n° 17-84.909 ; *Gaz. Pal.* 24 juillet 2018, p. 49 note FOURMENT.

³ F. FOURMENT, « Nécessité et temps de la perquisition », *Gaz. Pal.* 24 juillet 2018, p. 49.

⁴ A. GOGORZA, « L'autorisation judiciaire pendant la phase policière. Libres propos sur la notion d'acte juridictionnel en procédure pénale », *Rev. sc. crim.* 2017, p. 247. L'auteur fonde cette solution sur la théorie constitutionnelle des droits-protection, qui s'opposeraient aux droits-action. En réalité, la notion de droit-protection renvoie à l'intervention du juge comme garant des libertés, ce qui est exactement notre approche.

supposeraient alors l'exécution de la mesure¹. En d'autres termes, les recours éventuellement ouverts aux personnes concernées ne pourraient être introduits que si la mesure autorisée a été exécutée².

La réserve du juge prend donc la forme d'une autorisation, le juge levant l'interdiction d'exercice d'un pouvoir-prérogative rattaché à une fonction dont il ne saurait être titulaire sous peine de ne plus être impartial. Cette autorisation ne lierait pas l'organe requérant, sauf à établir une limite temporelle de validité de la décision du juge (trois ou six mois, voire au libre choix du juge). Enfin, l'autorisation serait intégrée à l'acte exécuté, n'ayant pas d'existence propre. Reste à savoir quelle est l'étendue de l'intervention du juge par rapport à la requête le saisissant.

2. L'étendue de la réserve du juge

308. L'étendue de l'examen. La question de l'étendue de l'examen est particulièrement discutée en Allemagne. Il faut, nous semble-t-il, distinguer entre mesures d'investigations et mesures de protection de la procédure. Dans les deux cas, le Code fait obligation au juge « d'examiner si la mesure est légalement admise au regard des circonstances d'espèce »³. Si le ministère public demande au juge l'autorisation de procéder à *une mesure d'investigation attentatoire*, la doctrine paraît s'accorder à dire que les conditions légales d'admission de la mesure doivent être contrôlées par le juge⁴. En d'autres termes, « il relève de la responsabilité du juge de subsumer les faits concrets dans les conditions préalables de la mesure »⁵, n'étant pas lié par la présentation du ministère

¹ A. GOGORZA, « L'autorisation judiciaire pendant la phase policière. Libres propos sur la notion d'acte juridictionnel en procédure pénale », *op. cit.*, p. 247.

² Rappelons que la question des *droits* de recours ouverts aux personnes privées n'entre pas dans l'objet de nos réflexions, qui ne sont qu'un point de départ à un renouvellement de l'analyse de la procédure pénale, qui souffre actuellement de la confusion entre droits et pouvoirs. V. *supra* n° 28 et s.

³ Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 162 al. 2 : « Das Gericht hat zu prüfen, ob die beantragte Handlung nach den Umständen des Falles gesetzlich zulässig ist ».

⁴ V. en particulier J. BRÜNING, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, *op. cit.*, p. 150-151 ; G. PRECHTEL, *Das Verhältnis der Staatsanwaltschaft zum Ermittlungsrichter. Eine kritische Betrachtung der Mitwirkung des Richters im Ermittlungsverfahren, insbesondere zur Bedeutung des § 162 StPO*, *op. cit.*, p. 257.

⁵ J. BRÜNING, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, *op. cit.*, p. 152. V. aussi P. RIEB, « Die Prüfungskompetenz des Ermittlungsrichters », *NSiZ* 1991, p. 513.

public¹. De plus, il semble être accepté par tous, doctrine et juridictions, que le juge examine en principe aussi la proportionnalité de la mesure (*Verhältnismäßigkeit*)². En revanche, la puissance de l'examen de la proportionnalité est débattue, la doctrine se divisant clairement en deux camps : l'un, majoritaire, estime que le contrôle de la proportionnalité ne doit pas dégénérer en contrôle de l'opportunité de la mesure (*Zweckmäßigkeit*), sous peine de porter atteinte à la titularité du ministère public de la fonction d'investigation³ ; l'autre, minoritaire, acceptant que l'opportunité de la mesure soit *ipso facto* examinée par le juge sous couvert de proportionnalité⁴. En ce qui concerne *les mesures de protection de la procédure*, comme la détention provisoire par exemple, Janique Brüning prêche un contrôle complet s'étendant à l'opportunité de la mesure – le juge devant toujours pouvoir décider d'une mesure moindre⁵. En effet, le Code de procédure pénale allemand permet au juge – il lui en fait même obligation – de suspendre le mandat de placement en détention provisoire lorsque des mesures moindres suffisent à protéger la procédure⁶. Notons toutefois qu'il s'agit dans ce cas d'une intervention *a posteriori* du juge, une fois la personne détenue – et donc atteinte dans ses droits et libertés – présentée devant lui.

¹ *MüKoStPO* § 162 Rn. 26. V. aussi Cour constitutionnelle fédérale allemande, 11 octobre 1978, 2 BvR 1055/76 (BVerfGE 49, 329) ; Cour constitutionnelle fédérale allemande, 27 mai 1997, 2 BvR 1992/92 (BVerfGE 96, 44) ; Cour constitutionnelle fédérale allemande, 3 mars 2004, 1 BvR 2378/98 (BVerfGE 109, 279).

² *MüKoStPO* § 162 Rn. 27 ; J. BRÜNING, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, *op. cit.*, p. 150-151 ; G. PRECHTEL, *Das Verhältnis der Staatsanwaltschaft zum Ermittlungsrichter. Eine kritische Betrachtung der Mitwirkung des Richters im Ermittlungsverfahren, insbesondere zur Bedeutung des § 162 StPO*, *op. cit.*, p. 282 ; H.-H. KÜHNE, *Strafprozessrecht*, *op. cit.*, n° 409 ; Y.-H. LIN, *Richtervorbehalt und Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe*, *op. cit.*, p. 339 ; P. RIEB, « Die Prüfungskompetenz des Ermittlungsrichters », *op. cit.* V. Cour constitutionnelle fédérale allemande, 15 décembre 1965, 1 BvR 513/65 (BVerfGE 19, 342)

³ V. par exemple J. BRÜNING, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, *op. cit.*, p. 152 ; G. PRECHTEL, *Das Verhältnis der Staatsanwaltschaft zum Ermittlungsrichter. Eine kritische Betrachtung der Mitwirkung des Richters im Ermittlungsverfahren, insbesondere zur Bedeutung des § 162 StPO*, *op. cit.*, p. 287 et s. ; U. NELLES, *Kompetenzen und Ausnahmekompetenzen in der Strafprozeßordnung : Zur organisationsrechtlichen Funktion des Begriffs "Gefahr im Verzug" im Strafverfahrensrecht*, *op. cit.*, p. 55 et s. ; H. SATZGER, « Die Rolle des Richters im Ermittlungsverfahren in Deutschland und Frankreich », *op. cit.*, spéc. p. 97 ; K. NEHM, « Umfang der Bindung des Ermittlungsrichters an Anträge der Staatsanwaltschaft », dans *Strafverfahrensrecht in Theorie und Praxis. Festschrift für Lutz Meyer-Gossner*, C.H. Beck, 2001, p. 277, spéc. p. 283.

⁴ V. en particulier H.-H. KÜHNE, *Strafprozessrecht*, *op. cit.*, n° 409. Dans le même sens, bien que plus nuancés, v. aussi A. BOETTICHER et H. LANDAU, « Plädoyer für eine Stärkung des Richters im Ermittlungsverfahren », dans *Festschrift aus Anlaß des fünfzigjährigen Bestehens von Bundesgerichtshof, Bundesanwaltschaft und Rechtsanwaltschaft beim Bundesgerichtshof*, Heymanns, 2000, p. 555, spéc. p. 559-560. V., en français, M. DELMAS-MARTY (dir.), *Procédures pénales d'Europe*, *op. cit.*, p. 89.

⁵ J. BRÜNING, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, *op. cit.*, p. 152-153.

⁶ Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 120.

Le Code italien prévoit, lui, expressément que le juge pour les enquêtes préliminaires peut autoriser une mesure de garantie moindre que celle demandée par le ministère public¹. Le contrôle des mesures d'investigation attentatoires demandées se limite à un examen des conditions légales de la mesure demandée², l'une de ces conditions pouvant être la proportionnalité si le texte l'exige³. Le juge n'exerce alors pas la fonction d'investigation⁴.

La situation française est similaire à celle italienne : alors que le juge des libertés et de la détention ne peut qu'examiner la réunion des conditions légales lorsque le parquet lui demande l'autorisation d'exercer une prérogative d'investigation, il pourra toujours décider d'un contrôle judiciaire au lieu d'un placement en détention provisoire⁵.

En réalité, dans toutes les hypothèses examinées jusqu'ici, le juge contrôle la légalité de la mesure entendue comme réunion des conditions exigées par la norme pour l'autorisation, c'est-à-dire pour lever l'interdiction d'exercice frappant le titulaire de la prérogative (parquet ou, plus rarement, police). Comme le note Gunter Prechtel au sujet du système allemand :

« Puisque les conditions juridiques préalables sont réglementées en détail par les différents articles du Code de procédure pénale propres à la mesure demandée, la compétence de contrôle du juge diffère d'une mesure à l'autre. Par conséquent, le juge de l'enquête doit, le cas échéant, contrôler aussi la présence de soupçons, la nécessité d'une mesure subsidiaire ou la capacité de succès d'une mesure. »⁶

Surtout, aucun des systèmes ne permet au juge de contrôler l'opportunité de la mesure d'investigation ou de protection de la procédure demandée : il peut s'agir d'un contrôle de subsidiarité, d'adéquation, de proportionnalité, etc. mais jamais de l'opportunité en tant que telle. Le contrôle s'effectue toujours dans les limites des

¹ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 291. V. M. BARGIS *et al.*, *Compendio di procedura penale*, *op. cit.*, p. 417.

² O. DOMINIONI *et al.*, *Procedura penale*, *op. cit.*, p. 460.

³ M. FERRAIOLI, *Il ruolo di garante del giudice per le indagini preliminari*, *op. cit.*, p. 152.

⁴ I. GHITTI, « Intervento », dans *Il giudice per le indagini preliminari dopo cinque anni di sperimentazione*, Giuffrè, 1996, p. 121.

⁵ Code de procédure pénale français, arts. 144, 137 et 137-2.

⁶ G. PRECHTEL, *Das Verhältnis der Staatsanwaltschaft zum Ermittlungsrichter. Eine kritische Betrachtung der Mitwirkung des Richters im Ermittlungsverfahren, insbesondere zur Bedeutung des § 162 StPO*, *op. cit.*, p. 271 : « Da die richterlichen Voraussetzungen bei den einzelnen, in der StPO vorgesehenen Untersuchungshandlungen geregelt sind, ist die richterliche Prüfungskompetenz insoweit massnahmespezifisch verschieden. Von daher hat der Ermittlungsrichter gegebenenfalls auch den Tatverdacht, die Notwendigkeit einer nur subsidiär zulässigen Handlung oder auch die Erfolgsgeeignetheit einer Massnahme zu prüfen ».

conditions légales et, normalement, précises posées à l'autorisation. Le juge contrôle donc les conditions posées par la loi à l'exercice de tel ou tel pouvoir-prérogative. Rien que ces conditions, mais *toutes* ces conditions¹. Cette situation est tout à fait logique, puisque l'appréciation de l'opportunité de l'exercice d'une fonction relève, si elle est permise, de son seul titulaire ; or le juge n'est titulaire que de la fonction de garantie des droits. Il faut donc conclure que l'examen du juge porte sur toutes les conditions posées par la ou les normes relatives à l'interdiction d'exercice et à son autorisation. Cela ne doit toutefois pas avoir pour incidence de refuser certaines informations nécessaires à la décision du juge, l'information de tous les organes étant une véritable garantie d'une absence de retour au déséquilibre².

La réserve du juge prend donc la forme d'une autorisation après examen par ledit organe de la réunion d'absolument toutes les conditions normativement posées à une telle autorisation. Soit. Mais comment s'assurer que cet examen a bien eu lieu ?

309. La motivation de la décision du juge. L'exigence de motivation dans l'exercice de la réserve du juge est absolument centrale. En effet, c'est elle qui va permettre de s'assurer de la réalité de l'examen et de l'autonomie de la décision du juge, évitant que la réserve ne périclite en chambre d'enregistrement³.

En France, on a pu souligner le nombre très élevé de confirmation des demandes de détention provisoire par le juge des libertés et de la détention⁴. La question de la motivation des actes du juge dans la phase préparatoire a concerné plus généralement tant le juge des libertés et de la détention que le juge d'instruction. S'agissant du *juge d'instruction*, que nous avons toutefois proposé de supprimer⁵, a été soulevé le problème de la reprise de passages entiers des réquisitoires du ministère public dans l'ordonnance de règlement. Avant la loi du 5 mars 2007, une jurisprudence constante ne voyait aucune cause de nullité

¹ V., parlant d'un contrôle de légalité dans toutes les directions, G. SCHÄFFER, « Vom Umgang mit dem Ermittlungsrichter », *op. cit.*, spéc. p. 1302.

² V. *infra* n° 395 et s.

³ Risque régulièrement souligné en cas d'adoption d'un modèle unique d'enquête faisant du juge un garant *ad acta* des droits et libertés : v. par exemple M. ROBERT, « Les propositions du rapport Léger : point de vue d'un parquetier », *AJ Pénal* 2009, p. 393.

⁴ H. MATSOPOULOU, « Le juge des libertés et de la détention : un acteur de premier ou de second rôle en matière de détention provisoire ? », *D.* 2008, p. 1494.

⁵ Phase d'information et juge d'instruction que nous avons proposé de supprimer pour leurs vices et le malaise qu'ils créent dans l'analyse de la procédure pénale contemporaine : v. *supra* n° 212 et s.

dans la reprise ou la référence expresse au réquisitoire motivé du ministère public¹. La loi du 5 mars 2007 a ensuite modifié l'article 184 du Code de procédure pénale dans le sens d'une meilleure personnalisation de la motivation des ordonnances de règlement², ce qui a entraîné l'avertissement d'une doctrine autorisée quant au risque d'annulation de procédures entières³. Pour autant, la Cour de cassation semble maintenir sa jurisprudence antérieure, sous réserve toutefois que les parties privées n'aient pas fournies d'observations lors de la procédure de clôture de l'instruction. La Cour précise au surplus que la conséquence d'une éventuelle violation de l'article 184 ne peut être que le renvoi au ministère public, qui ressaisira le juge d'instruction, et non la nullité de la procédure⁴. S'agissant de la motivation des ordonnances *du juge des libertés et de la détention* autorisant certaines atteintes aux droits et libertés – système que nous proposons de généraliser et de renforcer à toute la phase préparatoire en créant une véritable réserve du juge –, une évolution doit être signalée⁵. Dans un premier temps, la Cour de cassation a affirmé, en matière de perquisition forcée autorisée par ce juge, qu'« aucune disposition légale n'interdit au juge des libertés et de la détention de se référer expressément à la requête présentée par le procureur de la République, lorsque celle-ci contient toutes les mentions exigées [par l'article 76] »⁶. Dans un important arrêt du 23 novembre 2016, la

¹ « L'obligation de motivation imposée au juge d'instruction par l'article 184 du Code de procédure pénale n'est pas indispensable à la validité d'une ordonnance de règlement lorsque, comme en l'espèce, le magistrat rend une décision conforme au réquisitoire motivé du procureur de la République et s'y réfère explicitement » : Cass. crim., 11 octobre 1989, n° 89-81.639, bull. n° 356 ; Cass. crim. 26 janvier 2000, n° 99-85.725, bull. n° 41 ; *Rev. sc. crim.* 2000, p. 852, obs. COMMARET ; *Gaz. Pal.* 5 août 2000, p. 12 chron. DOUCET ; Cass. crim., 13 octobre 2004, n° 00-86.726, 01-83.943, 01-83.944, 01-83.945 et 03-81.763, bull. n° 243 ; *Procédures* 2004, comm. 265 ; *Gaz. Pal.* 24 mars 2005, note MONNET ; Cass. crim., 8 mars 2006, n° 05-83.284, inédit ; Cass. crim., 12 décembre 2006, n° 06-86.137, inédit. V. aussi les arrêts suivants, rendus postérieurement à la loi de 2007 mais concernant des ordonnances rendues avant cette date : Cass. crim., 10 mars 2010, n° 09-83.914, inédit ; Cass. crim., 21 mars 2011, n° 10-87.053, inédit.

² Ces ordonnances doivent dorénavant être motivées « au regard des réquisitions du ministère public et des observations des parties qui ont été adressées au juge d'instruction en application de l'article 175, en précisant les éléments à charge et à décharge concernant chacune des personnes mises en examen » : v. Code de procédure pénale français, art. 184.

³ C. GUÉRY et B. LAVIELLE, « Copié, collé, jugé ? (Sur la motivation des ordonnances de renvoi par le juge d'instruction », *Dr. pén.* 2010, étude 24.

⁴ Cass. crim., 2 mars 2011, n° 10-86.940, bull. n° 47 ; *Rev. sc. crim.* 2011, p. 421 obs. DANET ; *Rev. sc. crim.* 2011, p. 865, obs. SELVAT ; *D.* 2011, p. 821, obs. LAVRIC ; *D.* 2011, p. 1849, chron. ROTH, LEPRIEUR et DIVIALLE ; *AJ Pénal* 2011, p. 252, obs. ASCENSI ; *JCP G* 2011, note 342, obs. DETRAZ ; *Dr. pén.* 2012, chron. 1, obs. GEORGET ; *Gaz. Pal.*, 21 juin 2011, p. 21, obs. LASSERRE CAPDEVILLE. V. aussi Cass. crim., 29 mars 2011, n° 10-88.271, inédit.

⁵ Sur laquelle v. A. HAROUNE, « Le juge des libertés et de la détention : un magistrat qui sort de l'ombre », *Les cahiers de la justice* 2019, p. 169.

⁶ Cass. crim., 6 mars 2013, 12-87.810, bull. n° 62 ; *D.* 2013, chron. PRADEL. V. aussi Cass. crim., 29 mai 2013, n° 13-80.908, inédit.

Cour de cassation opère ensuite un revirement de jurisprudence¹ au regard de l'évolution du rôle du juge des libertés et de la détention². Les termes sont clairs :

« Attendu que l'ordonnance du juge des libertés et de la détention décidant, sur requête du procureur de la République à l'occasion d'une enquête préliminaire, que les opérations prévues par le premier de ces textes seront effectuées sans l'assentiment de la personne chez qui elles ont lieu, doit être motivée au regard des éléments de fait et de droit justifiant de leur nécessité ; que 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 ; que cette motivation constitue une garantie essentielle contre le risque d'une atteinte 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 ;

Attendu qu'il se déduit de l'ensemble de ces éléments 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, en application de l'article 76, alinéa 4, du code de procédure pénale, n'est pas conforme aux exigences de ce texte.* »³

¹ Selon la notice explicative de la Cour de cassation (D. 2016, p. 2402), il s'agirait plutôt d'un « infléchissement ». Dans le sens d'un revirement, v. F. FOURMENT, « Halte aux ordonnances du JLD motivées par référence aux réquisitions du procureur de la République », *Gaz. Pal.* 24 janvier 2017, p. 60.

² Ce juge, dont le rôle ne cesse de se renforcer, dispose en effet depuis la loi organique du 8 août 2016, d'un statut propre au sein de l'autorité judiciaire, à l'image du juge d'instruction. Cette avancée a été saluée par la doctrine : v. notamment D. ACQUARONE, « La nomination du juge des libertés et de la détention par décret », D. 2016, p. 1488 ; D. REBUT, « La nécessaire reconnaissance du statut du JLD », *JCP G* 2016, doctr. 209. Il semblerait que la modification soit due à la crise de vocations affectant le métier de juges des libertés et de la détention : v. C. FLEURIOT, « La fonction de juge des libertés restera-t-elle mal-aimée ? », *Dalloz actualité*, 18 novembre 2016. V. aussi, soulignant non seulement la nouvelle attractivité de la profession mais aussi le renforcement de l'indépendance du juge des libertés par rapport aux pouvoirs internes à la juridiction, UNION SYNDICALE DE LA MAGISTRATURE, « Loi organique du 8 août 2016 : les principales modifications », *Le nouveau pouvoir judiciaire* 2016, n° 416, p. 2. On avait déjà appelé, dix ans auparavant, à la création d'un véritable statut de juge spécialisé : M. SEURIN, « De la loi du 15 juin 2000 à la loi du 9 mars 2004. Quel avenir pour l'instruction préparatoire ? », dans *Le droit pénal à l'aube du troisième. Mélanges offerts à Jean Pradel*, Cujas, 2006, p. 565, spéc. p. 573. V. toutefois, notant que la nouvelle loi ne semble pas avoir eu l'effet escompté sur l'attractivité de la fonction, A.-L. BERGÈRE, « Le juge des libertés et de la détention, entre indépendance statutaire et dépendances matérielles », *AJ Pénal* 2019, p. 120. V. déjà, soulignant que la nouvelle loi ne règlera pas les problèmes de moyens ni de cohérence des dispositions applicables au juge des libertés et de la détention : F. WINCKELMULLER, *La mutation de la mise en état des affaires pénales à l'épreuve des droits européens*, Thèse Strasbourg, 2017, Tome I, n° 447 et s.

³ Cass. crim., 23 novembre 2016, n° 15-83.649, bull. n° 307 ; D. 2017, p. 245, chron. GUÉHO, ASCENSI, PICHON, LAURENT et BARBIER ; *AJ Pénal* 2017, p. 43 et 76, obs. THIERRY ; *Dr. pén.* 2017, comm. 13 MARON et HAAS ; *Procédures* 2017, comm. 16 CHAVENT-LECLÈRE ; *JCP G* 2017, note 82 PRADEL ; *Gaz. Pal.* 24 janvier 2017, p. 60, note FOURMENT.. Un arrêt rendu le même jour retient une solution similaire en matière de prolongation de la garde à vue par le juge des libertés et de la détention au-delà des quarante-huit premières heures : v. Cass. crim., 23 novembre 2016, n° 16-81.904, bull. n° 306.

La doctrine semble approuver, à raison, ce pas en avant vers un véritable *juge* des libertés dépassant la simple chambre d'enregistrement que l'on dépeint parfois¹. Reste que cette obligation renforcée de motivation personnelle concerne pour l'instant seulement certains actes particuliers, sans obligation générale légalement prévue².

L'Allemagne et l'Italie, où le juge des libertés a été généralisé à toute la phase préparatoire, ont, elles aussi, connu de forts remous doctrinaux quant à l'effectivité de la réserve du juge, en particulier sur la question de la motivation.

En Allemagne, une étude menée à la fin des années quatre-vingt-dix par Otto Backes, Christoph Gusy et Maik Begemann dans le cadre de l'université de Bielefeld offre un éclairage déconcertant sur la réalité de la réserve du juge³. L'étude concerne les autorisations de procéder à des écoutes téléphoniques. Sur les trois-cent-sept requêtes, seule une autorisation a été refusée. Surtout, dans 33 % des cas, le juge reprend mot pour mot la motivation du ministère public, dans 22 % il s'en inspire très fortement. Et lorsque le parquet propose une ordonnance prérédigée, 92 % des juges la reprennent. Il faut dire que le temps moyen passé par le juge à préparer sa décision est d'environ vingt-quatre minutes⁴. À la suite de cette étude, toujours citée par la doctrine, les juridictions sont intervenues... pour valider la reprise par le juge de pans entiers de la motivation du parquet⁵. La Cour

¹ J.-B. THIERRY, « Motivation du JLD pour une perquisition sans assentiment », *AJ Pénal* 2017, p. 43. L'auteur nuance quelques semaines plus tard sa position, remarquant que les critères avancés par la Cour de cassation sont assez classiques et peu innovants : v. J.-B. THIERRY, « De l'importance de la motivation : à propos des décisions du 23 novembre 2016 », *AJ Pénal* 2017, p. 76. V. aussi F. FOURMENT, « Halte aux ordonnances du JLD motivées par référence aux réquisitions du procureur de la République », *op. cit.* V. dernièrement, parlant d'une « avancée considérable », A.-L. BERGÈRE, « Le juge des libertés et de la détention, entre indépendance statutaire et dépendances matérielles », *op. cit.*

² F. WINCKELMULLER, *La mutation de la mise en état des affaires pénales à l'épreuve des droits européens*, *op. cit.*, Tome I, n° 453.

³ O. BACKES *et al.*, *Kurzfassung des Abschlußberichtes zum Forschungsprojekt « Wirksamkeitsbedingungen von Richtervorhalten bei Telefonüberwachungen »*, Université de Bielefeld, 2002 (accessible en ligne). À notre connaissance, il n'existe pas d'étude globale récente sur ce sujet, comme s'en lamente C. GÜSY, « Grundrechtssicherung durch Richtervorhalte », *op. cit.*, spéc. p. 420. V. toutefois, maintenant le constat d'un rôle très faible du juge de l'enquête : H. SATZGER, *Chancen und Risiken einer Reform des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens: Gutachten C zum 65. Deutschen Juristentag*, C.H. Beck, 2004, p. C21 ; B. SCHÜNEMANN, « Zur Reform des strafprozessualen Ermittlungsverfahrens in Europa : kontradiktorische Ausbalancierung statt Partizipation », dans *Gedächtnisschrift für Theo Vogler*, C.F. Müller, 2004, p. 81, spéc. p. 92.

⁴ H.-C. SCHMIDT, « Die unzureichende Begründung ermittelungsrichterlicher Anordnungen und deren Auswirkung auf die Beweisverwertung im Strafprozess », *StraFo* 11/2009, p. 448. V., étudiant parmi les vices de la réserve du juge « l'effet de pression temporelle » (*der Zeitdruckeffekt*), D. HELMKEN, « Reform des Richtervorhalts : vom Palliativum zum effektiven Grundrechtsschutz », *StV* 3/2003, p. 193.

⁵ Dans le même sens, v. T. STADLER, « Der Richtervorhalt : ein politisches Instrument ? », *Humanistische Union* 7 avril 2014, accessible en ligne sur www.humanistische-union.de (consulté le 25 mars 2019).

fédérale de justice, équivalente de la Cour de cassation française, s'exprime en 2010 de manière limpide :

« Le juge de l'enquête est constitutionnellement tenu d'examiner de manière autonome la recevabilité de la mesure envisagée. Contrairement à ce que soutient le représentant du requérant, l'absence d'un tel examen autonome ne peut découler du seul fait que le juge reprenne mot à mot certains passages de la requête du ministère public dans sa décision. Car si l'appréciation du juge le fait arriver à la conclusion que les conditions pour ordonner les mesures d'instruction demandées par le ministère public sont remplies pour des motifs coïncidant avec ceux avancés par ce dernier, il n'est pas obligé de formuler cela de manière indépendante au moyen de sa propre pratique stylistique dans sa décision ; il peut, à cet égard, se référer littéralement à l'exposé contenu dans la requête du parquet. »¹

Compte tenu de la réalité de la motivation des décisions des juges de l'enquête, on a pu avancer que l'argument de la réserve du juge était avant tout un argument politique servant à justifier des atteintes de plus en plus fortes aux droits et libertés².

En Italie, le juge pour les enquêtes préliminaires a été taxé, au regard de la motivation de ses décisions, d'ectoplasme tenu en laisse par l'accusation ou encore de juge sans bras ni jambes³. On a aussi parlé d'aplatissement (*appiatisi*) du juge face au ministère public⁴. Surtout, la jurisprudence a beaucoup hésité sur la question de la motivation *per*

¹ Cour fédérale de justice allemande, 11 mars 2010, StB 16/09, spéc. n° 26 : « Der Ermittlungsrichter ist bereits von Verfassung wegen verpflichtet, die Zulässigkeit der beabsichtigten Maßnahme eigenständig zu prüfen. Entgegen der Auffassung des Verfahrensbevollmächtigten des früheren Beschuldigten fehlt es an einer solchen eigenständigen Prüfung nicht ohne Weiteres bereits dann, wenn der Ermittlungsrichter Passagen aus der Antragschrift der Staatsanwaltschaft wörtlich in seinen Beschluss übernimmt. Denn stimmt der Ermittlungsrichter in seiner Einschätzung, dass die Voraussetzungen für die Anordnung der von der Staatsanwaltschaft beantragten Ermittlungsmaßnahmen vorliegen, mit derjenigen der Antragstellerin überein, so ist er nicht verpflichtet, dies durch eine eigene sprachliche Stilübung im Anordnungsbeschluss selbstständig zu formulieren; vielmehr darf er insoweit durchaus wörtlich auf die Ausführungen in der Antragschrift zurückgreifen ».

² T. STADLER, « Der Richtervorbehalt : ein politisches Instrument ? », *op. cit.*

³ V. les recensions faites par G. SPANGHER, « Il giudice per le indagini preliminari ed i procedimenti speciali », dans *Il giudice per le indagini preliminari dopo cinque anni di sperimentazione*, Giuffrè, 1996, p. 82 : « ...si parla del g.i.p. come di una giudice "senza braccia e senza gambe", ovvero, in modo più corrosivo, di un "ectoplasma di giudice al guinzaglio della pubblica accusa" ».

⁴ À commencer par le directeur de la commission de rédaction du Code de procédure pénale lui-même : G. D. PISAPIA, « Il giudice per le indagini preliminari : bilancio di un quinquennio », dans *Il giudice per le indagini preliminari dopo cinque anni di sperimentazione*, Giuffrè, 1996, p. 3, spéc. p. 10. V. aussi G. RICCIO, *Sulla riforma dello statuto del pubblico ministero*, Editoriale Scientifica, 2011, p. 12 ; F. RUGGIERI, *La giurisdizione di garanzia nelle indagini preliminari*, *op. cit.*, p. 141. Cette attitude a, semble-t-il, été favorisée par le maintien aux postes des nouveaux juges pour les enquêtes préliminaires d'anciens juges d'instruction qui avaient tendance à former un couple d'enquêteur avec le parquet : v. C. SARZANA, « Intervento », dans *Il giudice per le indagini preliminari dopo cinque anni di sperimentazione*, Giuffrè, 1996, p. 153. V. enfin, soulignant un aplatissement du juge d'instruction face à l'accusation dans les derniers temps du Code Rocco, sous la législation d'urgence : A. VIVIANI, *Il nuovo codice di procedura penale: una riforma tradita*,

relationem, c'est-à-dire par reprise d'écritures du ministère public. L'évolution peut être résumée comme suit¹. En 1990, la Cour de cassation admet la reprise par le juge de la motivation formulée par le parquet dans un acte accessible au mis en cause mais exclut tout renvoi à des actes confidentiels². Ensuite, le législateur opère plusieurs modifications visant à favoriser l'autonomie de l'appréciation du juge, notamment en abrogeant la disposition empêchant le juge d'autoriser une mesure de protection moins grave que celle demandée si le parquet l'excluait de sa requête³. En 2015, le Code est encore modifié pour préciser que l'autorisation du juge comprend, à peine de nullité, non seulement l'exposition mais « l'appréciation autonome » (*autonoma valutazione*) des exigences spécifiques motivant une mesure de précaution (mesure de protection de la procédure)⁴. Entre temps, les sections réunies de la Cour de cassation sont venues préciser les conditions générales à la motivation *per relationem* de tout acte de procédure (d'investigation comme de protection de la procédure) :

« En conséquence, la motivation *per relationem* d'un acte du juge est considérée comme légale lorsque :

- Elle se réfère [...] à un acte licite de la procédure, dont la motivation apparaît cohérente avec l'exigence de motivation de la mesure de destination ;
- Elle fournit la preuve que le décideur a pris connaissance du contenu substantiel des motifs de l'acte de référence, les a pris en considération et jugés cohérents avec la décision à prendre ;
- L'acte de référence, s'il n'est pas joint ou transcrit dans la décision à motiver, est connu de la partie intéressée, ou à tout le moins connaissable [...].

Ce principe est fixé de manière générale, et vaut pour tout acte de la procédure pénale... »⁵

Spirali/Vel, 1989, p. 117. *Contra*, parlant de « mythe », v. M. MADDALENA, « Intervento », dans *Il giudice per le indagini preliminari dopo cinque anni di sperimentazione*, Giuffrè, 1996, p. 133, spéc. n° 2.

¹ Pour une présentation détaillée, v. M. FERRAIOLI, *Il ruolo di garante del giudice per le indagini preliminari*, *op. cit.*, p. 174 et s.

² Cour de cassation italienne, 6^e section pénale, 21 mai 1990, *Bonamora*.

³ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 291 bis, abrogé par la loi n° 332 du 8 août 1995, art. 8.

⁴ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 292 al. 2, modifié par la loi n° 47 du 16 avril 2015, art. 8.

⁵ Cour de cassation italienne, sections pénales réunies, 21 juin 2000, n° 17 : « Pertanto, la motivazione per relationem di un provvedimento giudiziale è da considerare legittima quando: - faccia riferimento[...] a un legittimo atto del procedimento, la di cui motivazione risulti congrua rispetto all'esigenza di giustificazione propria al provvedimento di destinazione; - fornisca la dimostrazione che il decidente ha preso cognizione del contenuto sostanziale delle ragioni del provvedimento di riferimento e le abbia meditate e ritenute coerenti

Une telle solution nous paraît souhaitable dans le cadre de notre distribution de la fonction de garantie des droits fondamentaux, en ce qu'elle est à la fois plus générale et plus précise que l'actuelle solution française. Ainsi, il faudrait considérer que le juge doit quoi qu'il en soit démontrer par sa motivation *qu'il a opéré une appréciation autonome des conditions posées par la norme à l'autorisation*. Cet examen peut cependant être motivé par le renvoi à des actes de l'organe requérant sous la condition d'une interdiction de reprise mot-à-mot, la forme et le contenu de la motivation devant laisser transparaître l'appropriation personnelle, par le juge, des arguments du requérant. Cela permettrait à la fois un gain de temps en autorisant le renvoi à d'autres documents clairement identifiés, mais aussi une certaine effectivité de la réserve du juge qui ne doit en aucun cas se transformer en simple chambre d'enregistrement.

310. La distribution des deux derniers pouvoirs-fonctions, la protection de la procédure et la garantie des droits et libertés, a permis d'illustrer les deux modes possibles de répartition positive des pouvoirs.

La *fonction de protection de la procédure* a d'abord été balancée entre l'organe policier et l'organe parquetier suivant la titularité de la prérogative de direction des investigations. Qui dirige les investigations dispose d'une vue d'ensemble du chemin parcouru sur la route du fait au droit, peut apprécier la réalité d'un obstacle ou d'un danger se profilant et doit donc être titulaire de la fonction de protection de la procédure. Le parquet protégera donc les procédures qu'il dirige, c'est-à-dire celles ayant supposé d'attenter aux droits et libertés des personnes. La police protégera, elle, les procédures restantes. Toutefois, si la police entend mettre en œuvre une prérogative de protection de la procédure elle-même attentatoire aux droits et libertés, cela aura pour conséquence la prise de direction des investigations par le parquet (*one shot*).

alla sua decisione; l'atto di riferimento, quando non venga allegato o trascritto nel provvedimento da motivare, sia conosciuto dall'interessato o almeno ostensibile [...]. Fissato questo principio generale, che vale per qualunque atto del procedimento penale».

La *fonction de garantie des droits et libertés* a ensuite été isolée entre les mains du seul organe qui n'a aucun intérêt à la procédure : le juge. Cette réserve du juge devrait prendre la forme d'une autorisation donnée *avant* toute atteinte. L'organe-juge contrôlerait toutes les conditions exigées par le texte légal pour l'exercice de la prérogative que l'organe parquetier ou policier souhaite mettre en œuvre. Le contrôle effectué par le juge devrait être personnellement motivé même si, dans certains cas, une motivation par renvoi aux actes du parquet ou de la police pourrait être admise. L'autorisation du juge n'aurait qu'une validité limitée dans le temps, charge au parquet ou à la police de décider quand mettre en œuvre la prérogative autorisée. Surtout, une fois le juge intervenu dans une procédure, il resterait virtuellement affecté au dossier en disposant d'un accès complet au dossier numérique unique que nous proposerons bientôt de créer¹.

¹ V. *infra* n° 411 et s.

CONCLUSION DU TITRE II

311. La distribution positive des pouvoirs-fonctions aux pouvoirs-organes, fondée alternativement sur le mécanisme de balance des pouvoirs ou sur celui de l'isolement des pouvoirs, pourrait être la suivante.

Il reviendrait à l'organe policier la fonction d'investigation, et en particulier la prérogative de sa direction, tant qu'il n'est pas porté atteinte aux droits fondamentaux (niveaux 1 et 2), mais aussi les fonctions de protection de la procédure et de décision sur l'exercice de l'action publique tant qu'il dirige les investigations. L'exercice d'une prérogative de protection de la procédure portant atteinte aux droits fondamentaux entraînerait cependant la prise de direction du ministère public (*one shot*).

Cet organe parquetier se verrait, lui, confier la fonction d'investigation et sa direction à partir du moment où son exercice suppose de porter atteinte aux droits fondamentaux (niveaux 3 et 4), mais aussi les fonctions de protection de la procédure et de décision sur l'exercice de l'action publique tant qu'il dirige les investigations. Dans le cas d'une prise de direction des investigations par le parquet, la compétence du ministère public serait étendue aux investigations de niveau 2, la police conservant une compétence pour les infractions de niveau 1 mais devant quoi qu'il en soit obéir aux ordres et directive du parquetier nouveau directeur des investigations.

Enfin, il reviendrait à l'organe-juge la titularité exclusive de la fonction de garantie des droits fondamentaux, exercée au moyen d'une réserve du juge impliquant l'autorisation *a priori* de toute mesure attentatoire.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

312. S'inspirer de Montesquieu sans l'importer entièrement ; admettre l'essence publiciste de la procédure pénale pour mieux analyser les rapports de pouvoir dans la phase préparatoire ; reconnaître un véritable organe de police ; supprimer un juge d'instruction aujourd'hui dénué de sens ; balancer les fonctions d'investigation, de protection de la procédure et de décision de mise en mouvement de l'action publique entre le nouvel organe policier et l'organe parquetier ; isoler la fonction de garantie des droits et libertés en créant une véritable réserve du juge, cet organe intervenant avant toute atteinte en matière de garantie des droits et libertés : autant de propositions qui permettraient selon nous d'approcher au plus près un équilibre des pouvoirs.

De nombreuses questions, toutefois, demeurent qui, si elles n'étaient pas tranchées, pourraient nous faire rebrousser chemin et retourner au déséquilibre.

Une telle situation doit assurément être empêchée.

SECONDE PARTIE
EMPÊCHER LE DÉSÉQUILIBRE

313. Sécuriser la distribution. Après avoir approché au plus près l'équilibre des pouvoirs, l'idée est ici de garantir que les avancées acquises ne soient pas balayées par des abus ou des éléments perturbateurs – notamment en ce qui concerne la nouvelle place accordée à l'organe policier. La distribution proposée doit en effet être en état de fonctionner pour pouvoir être crédible et empêcher le retour du déséquilibre.

De nombreuses questions viennent alors à l'esprit : comment le juge va-t-il pouvoir décentement contrôler la mesure qu'il doit autoriser s'il ne participe pas aux investigations ? Comment garantir l'effectivité de la réserve du juge, intervenant *a priori*, lorsque la procédure est menée en urgence ? Comment peut-on attribuer à la police une titularité dans la fonction de décision sur l'exercice de l'action publique alors qu'elle est toute entière dépendante de la place Beauvau ? etc. Ces questions sont essentielles. Chaque élément de réponse doit venir renforcer la répartition des pouvoirs évoquée.

L'étude et les propositions des garanties propres à empêcher le retour du déséquilibre supposent de revenir sur l'essence même de l'équilibre des pouvoirs. Parmi notre quatuor des pouvoirs (fonction, organe, prérogative, compétence), l'élément central reste la distribution de *fonctions* (et des prérogatives attachées) à des *organes* (compétents). Il s'en suit logiquement que, pour empêcher le retour du déséquilibre, il faut agir tant sur les fonctions, pour les assurer (Titre 1), que sur les organes, pour les consolider (Titre 2).

Titre 1 : Assurer les fonctions.

Titre 2 : Consolider les organes.

TITRE I
ASSURER LES FONCTIONS

314. De la centralité du pouvoir-fonction dans l'équilibre proposé. Le lecteur aura compris que les fonctions doivent être considérées comme l'élément primordial de la recherche d'un équilibre des pouvoirs dans la phase préparatoire du procès pénal. Définis d'un point de vue purement matériel comme les activités finalisées ayant un objet précisément circonscrit qui leur donne leur spécificité¹, les différents pouvoirs-fonctions présents dans la phase préparatoire (investigation, décision de mise en mouvement de l'action publique, protection de la procédure, garantie des droits et libertés) ont été distribués et répartis entre les trois organes (juge, parquet, police). Il est donc naturel que la recherche de garanties propres à éviter un retour du déséquilibre s'intéresse en premier lieu à ces fonctions.

315. Assurance sur l'équilibre. Ces fonctions, activités, sont exercées, déployées par les différents organes. L'une des premières garanties pour empêcher un retour du déséquilibre est donc qu'aucune fonction ne prenne le pas sur les autres. En ce sens, il s'agit de rendre les fonctions stables, plus sûres, certaines, durables, en les faisant fonctionner de façon satisfaisante, réelle – bref : il faut *assurer* les fonctions².

Plus précisément, quatre fonctions ont été réparties entre trois organes. Cette répartition implique ainsi l'intervention successive de plusieurs organes, donc une certaine complexité et lenteur de la procédure. Ayant approché l'équilibre au mieux que nous le pouvions, il convient maintenant de consolider le tout en cherchant à anticiper *ab initio* d'éventuels ajustements de la répartition proposée. À l'évidence, surgiront des considérations pratiques imposant d'*adapter* cette distribution (Chapitre 1).

De même, la pluralité des fonctions et des organes rend possible un morcellement du pouvoir en procédure pénale. L'un des organes pourrait prendre la main et à recréer un déséquilibre en régnant « en petit tyran »³ sur toute la phase préparatoire. L'exercice des

¹ V. *supra* n° 72 et s.

² *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e éd., s. v. « Assurer », sens I-1 à I-3 ainsi que I-6 et I-7.

³ Il s'agit de l'expression employée par Cambacérés au Conseil d'État lors des séances des 4 et 7 juin 1808 afin de critiquer le projet de cumul des fonctions du futur procureur impérial : « 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 [...]. Le procureur impérial serait un petit tyran qui ferait trembler la cité [...]. Tous les citoyens trembleraient s'ils voyaient dans les mêmes hommes le pouvoir de les accuser et celui de recueillir ce qui peut justifier leur accusation [...]. D'où la nécessité de placer auprès de lui un magistrat qui, n'étant pas la partie adverse du prévenu, conserve toute son impartialité » (v. J. PRADEL, *Procédure pénale*, 19^e éd., Cujas, 2017, n° 16).

fonctions doit alors être *optimisé* pour éviter que l'un des organes ne prenne le pas sur les autres (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Adapter la distribution des fonctions.

Chapitre 2 : Optimiser l'exercice des fonctions.

CHAPITRE 1

ADAPTER LA DISTRIBUTION DES FONCTIONS

316. Mettre en œuvre la distribution. La distribution des fonctions proposée dans les précédents chapitres ne saurait sans doute valoir pour toutes les phases préparatoires diligentées. La gravité de l'infraction, la flagrance ou encore l'urgence sont autant de facteurs éminemment pratiques, factuels, qui menacent l'équilibre. La répartition des pouvoirs doit donc être ajustée, accordée¹ à ces exigences pratiques, ceci *ab initio* afin d'éviter tout retour du déséquilibre.

Il est ainsi nécessaire de déterminer *à quoi* adapter la distribution. Deux options sont envisageables : une adaptation à l'infraction, qu'il nous faudra refuser (Section 1), et une adaptation à l'urgence, que nous retiendrons (Section 2).

Section 1

L'adaptation refusée à l'infraction

317. L'une des options envisageables, lorsque l'on cherche à ajuster l'équilibre à des exigences pratiques, serait de dire que l'infraction, c'est-à-dire la traduction juridique des faits, implique un basculement ou, à tout le moins, une modification de la répartition des pouvoirs. Plus particulièrement, il pourrait être affirmé deux choses. D'une part, parce que l'infraction au sujet de laquelle est ouverte la phase préparatoire est *grave* (crime, délinquance organisée, etc.), l'équilibre doit être modifié (la réserve du juge n'a plus lieu d'être, la police doit être seule titulaire des investigations, etc.). D'autre part, parce que l'infraction *vient de se commettre*, on ne peut pas respecter une répartition conçue trop abstraitement comme valant pour toutes les phases préparatoires possibles et imaginables. Ces deux adaptations à la gravité (§ 1) et à la proximité (§ 2) de l'infraction doivent cependant être refusées.

¹ *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e éd., s. v. « Adapter », sens 2.

§ 1. L'adaptation refusée à la gravité de l'infraction

318. « La gravité est une notion fondamentale en procédure pénale »¹, mais aussi un concept assez fuyant. Ce qui est grave l'est toujours par rapport à quelque chose qui ne l'est pas, peu ou moins. S'intéresser à la gravité de l'infraction suppose donc qu'il existe des infractions plus ou moins graves. En français, une chose est dite grave « qui a de l'importance, qui est de conséquence, qui doit être considérée avec sérieux »². Mais comment savoir que la gravité de l'infraction est prise en compte en procédure pénale ? Plusieurs mécanismes semblent possibles : le renvoi à la division tripartite (ou bipartite) des infractions, dont la gravité est à la base³ ; l'utilisation de fourchettes ou de seuil de peines ; l'énumération précise des infractions, ensembles d'infractions ou circonstances aggravantes auxquelles une mesure va s'appliquer ; la mention, sans plus de précision, de la gravité des faits par l'article considéré. Cela devrait-il entraîner une modification de la répartition des pouvoirs, en particulier de la distribution des fonctions ?

Pour mieux justifier notre refus de voir l'équilibre des pouvoirs s'adapter à la gravité de l'infraction objet de la procédure, un regard vers l'étranger paraît nécessaire pour saisir l'incidence éventuelle de la gravité de l'infraction sur les distributions allemande et italienne des pouvoirs (A). Cela permettra sans doute de mieux déterminer notre refus d'adaptation de la distribution française à la gravité de l'infraction (B).

A. Les appréhensions étrangères

319. L'étude des droits allemand et italien rend compte d'une incidence marginale de la gravité sur la distribution des pouvoirs. Alors que l'Allemagne ne semble même pas prendre en compte la gravité de l'infraction dans le cadre de la répartition des pouvoirs (1), l'Italie admet une variation exceptionnelle (2).

¹ D. THOMAS-TAILLANDIER, *Contribution à l'étude des procédures pénales dérogatoires*, PUAM, 2012, n° 59.

² *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e éd., s. v. « Grave », sens III-2.

³ D. THOMAS-TAILLANDIER, *Contribution à l'étude des procédures pénales dérogatoires*, op. cit., n° 59.

1. L'absence d'incidence de la gravité sur la distribution allemande des pouvoirs

320. Absence d'une procédure dérogatoire. L'Allemagne, à la différence de la France¹, ne connaît pas de systématisation d'une procédure pénale applicable à certains faits au regard de leur gravité², ne serait-ce que parce qu'elle a supprimé le juge d'instruction et la phase d'information judiciaire il y a plus de quarante ans. En réalité, si la gravité de l'infraction est naturellement prise en compte, elle influe sur les conditions d'exercice de certaines prérogatives. En d'autres termes, la gravité de l'infraction n'est pas cause, en Allemagne, d'un bouleversement des rôles et des titularités des différents organes. Ce qui va changer, en revanche, c'est que telle prérogative attachée à telle fonction – qui sera, donc, toujours exercée par le même titulaire – pourra ou ne pourra pas être mise en œuvre suivant la gravité des faits objets de la phase préparatoire. Cela concerne tant les mesures d'investigation que les mesures de protection de la procédure.

321. Gravité et investigations. En matière d'investigation, l'Allemagne ne connaît pas de régime dérogatoire à proprement parler. Pour autant, a été adoptée en 1992 une loi de lutte contre la criminalité organisée³, criminalité dont la définition doctrinale repose, comme en France⁴, en majeure partie sur la notion de gravité⁵. Ce texte ne constitue pas

¹ V. *infra* n° 328 et s.

² C. ROXIN, G. ARTZ et K. TIEDEMANN, *Einführung in das Strafrecht und Strafprozessrecht*, 6^e éd., C. F. Müller, 2013, p. 88.

³ Loi du 15 juillet 1992 (*OrgKG*).

⁴ À défaut de définition légale, Jean Pradel définit la criminalité et la délinquance organisées comme suit : « les infractions de criminalité organisée sont des crimes, plus rarement des délits, qui attentent gravement à nos valeurs essentielles et qui, dans l'infinie majorité des cas, sont commises par plusieurs individus » (J. PRADEL, « Vers un aggiornamento des réponses de la procédure pénale à la criminalité : apports de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 dite Perben II – Partie 2 », *JCP G* 2004, I, 134).

⁵ Un groupe de travail commun réunissant des membres de la police et de la justice a proposé en 1990 la définition suivante : « La criminalité organisée est la commission méthodique d'infractions déterminées par la recherche du profit ou du pouvoir qui, seules ou en considération de leur totalité, sont d'une *importance considérable* et dont la commission est le fait, dans une durée longue ou indéfinie, de plus de deux participants qui : a) soit recourent à des structures commerciales ou à des sociétés ; b) soit recourent à la force ou à d'autres moyens d'intimidation ; c) soit utilisent leur influence sur la politique, les médias, les pouvoirs publics, la justice ou l'économie » : v. K. AMBOS, « Staatsanwaltschaftliche Kontrolle der Polizei, Verpolizeilichung des Ermittlungsverfahrens und organisierte Kriminalität », *Jura* 10/2003, p. 674 (« Organisierte Kriminalität ist die von Gewinn- oder Machtstreben bestimmte, planmäßige Begehung von Straftaten, die einzeln oder in ihrer Gesamtheit von erheblicher Bedeutung sind, wenn mehr als zwei Beteiligte auf längere oder unbestimmte Dauer arbeitsteilig : a) unter Verwendung gewerblicher oder geschäftsähnlicher Strukturen, b) unter Anwendung von Gewalt oder anderer zur Einschüchterung geeigneter Mittel oder c) unter Einflussnahme auf Politik, Medien, öffentliche Verwaltung, Justiz oder Wirtschaft zusammenwirken »). Il n'en demeure pas moins que cette criminalité organisée n'est pas définie par la loi. Il en va de même en

une loi spéciale directement applicable à la criminalité organisée, mais insère au sein du livre premier du Code de procédure pénale consacré *aux dispositions générales applicables à toutes les procédures* de nouveaux moyens d'investigations. Parce que ces dispositions sont considérées comme générales, elles répondent à la répartition des pouvoirs, en particulier à la réserve du juge, mais leur exercice est matériellement conditionné par des exigences factuelles fondées sur la gravité. Ainsi, la loi de 1992 a légalisé la pratique dite de la recherche informatique par critères (*Rasterfahndung*)¹ suite à une décision de la Cour constitutionnelle fédérale reconnaissant un droit à l'autodétermination concernant les données personnelles (*Recht auf informationelle Selbstbestimmung*) et imposant, pour toute ingérence, un fondement légal². Ce procédé consiste en « un rapprochement de données d'après des critères prédéterminés »³. Concrètement, cela suppose d'une part de collecter des données personnelles – souvent dans un but d'origine autre que les poursuites pénales – puis de les comparer automatiquement suivant une grille précise (type de voiture, date d'immatriculation, lieu de naissance, etc.) afin de « déterminer le cercle de personnes correspondant au profil du suspect »⁴. Cette mesure, très intrusive, n'est possible que s'il existe des « indices factuels suffisants de la commission d'une infraction d'importance considérable »⁵, le Code précisant ensuite une liste – on parle de *Katalog* – des infractions visées : trafic d'armes, infractions sexuelles, trafic de stupéfiants, atteinte à la sécurité de l'État, etc. Acte d'investigation, seul le ministère public peut en décider. Mais s'agissant d'un acte attentatoire aux droits fondamentaux, seul le juge peut l'y autoriser. En d'autres termes, la répartition générale des pouvoirs n'est pas mise à mal par la gravité de l'infraction.

France et en Italie : v. R. PARIZOT, « Organisation criminelle versus association de malfaiteurs et associazione per delinquere : quel socle à la lutte contre la criminalité organisée en France et en Italie ? », *Rev. sc. crim.* 2017, p. 1.

¹ Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), §§ 98a et s. Pour une présentation détaillée, v. H.-H. KÜHNE, *Strafprozessrecht*, 9^e éd., C. F. Müller, 2015, n° 543 et s.

² Cour constitutionnelle fédérale allemande, 15 décembre 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). Avant la loi de 1992, les recherches informatiques par critères étaient utilisées en pratique sans fondement légal ni, en conséquence, constitutionnel : v. J.-F. BRUCKERMANN, *Neue Rechtsentwicklung zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität*, Tenea, 2003, p. 35 et s. V. toutefois, affirmant qu'avant 1992 les recherches informatiques par critères avaient pour fondement la clause générale du § 161, *Meyer-Goßner/Schmitt StPO* § 98a Rn. 1.

³ H.-H. KÜHNE, *Strafprozessrecht*, *op. cit.*, n° 543.

⁴ W. BEULKE et S. SWOBODA, *Strafprozessrecht*, 14^e, C. F. Müller, 2018, n° 262.

⁵ Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 98a al. 1 : « Liegen zureichende tatsächliche Anhaltspunkte dafür vor, daß eine Straftat von erheblicher Bedeutung [...] ».

Cette analyse se confirme à l'étude des dispositions sur la surveillance des télécommunications¹. Le Code de procédure pénale allemand, dans une disposition particulièrement longue, conditionne la surveillance à trois exigences : a) il existe des faits précis fondant le soupçon qu'une personne a participé à une *infraction grave* – l'alinéa suivant listant très précisément, par renvoi au Code pénal, les infractions considérées comme telles ; b) les faits sont, *dans le cas d'espèce précis, graves* ; c) l'établissement des faits ou du lieu de résidence du mis en cause serait, sans la mesure, fondamentalement compliqué ou sans espoir². Ici, la gravité est prise en compte à un double titre : une gravité juridique, concernant les qualifications visées, mais aussi une gravité concrète, matérielle concernant les faits objet de la procédure. Pourtant, la distribution des fonctions n'en est pas pour autant modifiée : le ministère public demandera l'autorisation au juge.

Une hypothèse pourrait toutefois être vue comme une modification de la distribution des pouvoirs. Depuis l'été 2017, en effet, la prise de sang opérée sur une personne suspectée d'avoir commis une infraction ne nécessite plus l'intervention du juge lorsque les infractions suspectées sont des délits routiers commis sous l'emprise de l'alcool³. Cette modification fait suite à de nombreux débats et prises de positions⁴. Toutefois il ne s'agit pas ici de prendre en considération la gravité de l'infraction, ces délits n'étant pas particulièrement graves⁵, mais bien le caractère routinier de ces actes⁶ et l'urgence dans laquelle ils sont opérés afin d'éviter la disparition des substances ingérées ou consommées⁷. La gravité n'est donc pas réellement le fondement de la modification de la distribution des pouvoirs.

322. Gravité et protection de la procédure. S'agissant des mesures de protection de la procédure, ici encore la distribution des pouvoirs initialement prévue n'est pas

¹ Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), §§ 100a et 100e.

² Il s'agit là d'une des clauses de subsidiarité dont raffole le *Strafprozessordnung* et dont la systématisation est assez complexe : v. déjà P. RIEB, « Über Subsidiaritätsverhältnisse und Subsidiaritätsklauseln im Strafverfahren », dans *Gedächtnisschrift für Karlheinz Meyer*, Walter de Gruyter, 1990, p. 367.

³ Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 81a al. 2 introduit par la loi du 17 août 2017.

⁴ La Cour constitutionnelle fédérale avait ainsi exigé en 2007 que la réserve du juge soit effectivement respectée, la compétence d'urgence du ministère public et des enquêteurs devant, comme en matière de perquisition, être l'exception : v. Cour constitutionnelle allemande, 12 février 2007, 2 BvR 273/06 (BVerfGE 10, 270).

⁵ Les délits auxquels le § 81a al. 2 renvoie sont punis d'au maximum cinq ans d'emprisonnement.

⁶ V. C. ROXIN et B. SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, op. cit., p. 272.

⁷ *Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuchs, des Jugendgerichtsgesetzes, der Strafprozessordnung und weiterer Gesetze*, 30 décembre 2016, Drucksache 792/16, p. 31. Ce projet de loi

modifiée par la gravité de l'infraction. Prenons l'exemple de la détention provisoire, pour laquelle l'intervention du juge est en principe prévue¹. Le placement en détention provisoire suppose un mandat de dépôt rendu par le juge lorsqu'il existe des soupçons aigus à l'encontre de la personne ainsi qu'un motif à la privation de liberté (*Haftgrund*). Ce motif peut être, sous la réserve d'éléments factuels précis : la fuite, le risque de fuite ou bien le danger d'obscurcissement (*Verdunkelungsgefahr*) par la modification ou suppression de preuve, ou encore des pressions ou menaces². Le Code précise immédiatement que pour certains faits graves spécifiquement visés (crimes internationaux, crimes de sang, etc.), la détention provisoire est possible même en l'absence de motif à la privation de la liberté au sens de l'alinéa précédent³. La Cour constitutionnelle fédérale a toutefois précisé que, même dans ces hypothèses d'infractions graves, le placement en détention provisoire suppose quoi qu'il en soit l'existence d'un risque de fuite ou d'obscurcissement, même s'il n'a pas à être prouvé d'une manière aussi certaine que pour les autres infractions⁴. Quoiqu'il en soit, le principe d'un mandat de dépôt émis par le juge demeure. De même, le droit allemand envisage la détention provisoire pour des faits peu graves en expliquant toutefois qu'une telle privation de liberté ne saurait être fondée sur le risque d'obscurcissement et ne peut l'être sur le risque de fuite que dans des cas limitativement énumérés⁵. Ici encore, le juge devra émettre un mandat de dépôt.

La gravité de l'infraction n'emporte donc pas modification de la répartition des pouvoirs opérée en Allemagne. La situation italienne est, elle, un peu plus complexe.

de modification du Code pénal, de la loi sur la justice des mineurs et du Code de procédure pénale sera ensuite, au cours des discussions, intégré au projet de loi qui deviendra la *Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens* du 17 août 2017. La loi de 2017 fait suite aux travaux d'une commission entre 2014 et 2016 et aux discussions doctrinales qu'elle a provoquées : v. S. CASPARI, « Strafprozessordnung-Reform : ein neuer Anlauf ist nötig ! », *DRiZ* 2014, p. 82 ; B. SCHÜNEMANN, « Die Vorschläge der Expertenkommission des BMJV zur Reform des Strafprozesses – *parturien montes, nascetur ridiculus mus ?* », *StraFO* 2/2016, p. 45 ; W. BEULKE et S. SWOBODA, *op. cit.*, n° 397.

¹ V. *infra* n° 264.

² Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 112 al. 1 et 2.

³ Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 112 al. 3.

⁴ Cour constitutionnelle fédérale allemande, 15 décembre 1965, 1 BvR 513/65 (BVerfGE 19, 342).

⁵ Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 113.

2. L'incidence exceptionnelle de la gravité sur la distribution italienne des pouvoirs

323. Systématisation d'une procédure dérogatoire *extra codicem*. La situation italienne est assez similaire à l'organisation allemande, à ceci près qu'a été systématisée une procédure spéciale pour la lutte contre la mafia qu'il conviendra donc d'étudier pour mieux en cerner les enjeux quant à la répartition des pouvoirs.

324. Gravité et Code de procédure pénale. Le Code italien ne connaît pas de régime dérogatoire systématisé. Cela ne saurait pour autant signifier qu'il ne prend pas en considération la gravité des faits objet de la phase préparatoire. Seulement, comme en Allemagne, cela n'affecte pas la distribution des pouvoirs mais les conditions de certaines prérogatives, tant en matière d'investigation que de protection de la procédure.

Certaines *investigations* sont tout d'abord réservées à des cas graves. Il en va ainsi des interceptions de conversations ou de communications. Cette mesure est limitée à certaines infractions spécifiquement visées par le Code : les délits¹ intentionnels pour lesquels est encourue la réclusion à perpétuité ou une peine encourue supérieure dans son maximum à cinq années d'emprisonnement, les délits en matière de stupéfiant, les délits en matière de pédopornographie, etc. En revanche, eu égard à son caractère attentatoire, cette mesure d'investigation est soumise à la réserve du juge : le parquet saisira le juge pour les enquêtes préliminaires afin qu'il autorise l'interception².

En ce qui concerne les mesures prises *en protection de la procédure*, et notamment la détention provisoire, le raisonnement est le même : l'équilibre n'est pas bouleversé. La détention provisoire ne peut être prononcée que pour les infractions punies d'une peine maximale au minimum égale à cinq ans de réclusion³. La gravité est donc ici une condition de l'exercice de la prérogative, non une cause de modification de l'équilibre des pouvoirs. En effet, la détention provisoire est, en toute hypothèse, soumise à une réserve législative

¹ Conformément à la division bipartite des infractions, en Italie les délits sont considérés comme les infractions les plus graves. Pour la présentation du droit pénal italien, v. Annexe n° 1 p. 748.

² Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 267.

³ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 280 al. 2.

du juge¹. La gravité apparaît donc comme une condition normative à la levée, dans le cadre de la fonction de garantie des droits fondamentaux, de l'interdiction d'exercice de la prérogative de placement en détention provisoire. Le juge doit, dans sa décision, motiver l'adéquation de la mesure avec les faits et les exigences de protection de la procédure, notamment en ce que la détention provisoire est bien seule à même d'y répondre². Toutefois, pour certains faits graves spécifiquement visés comme le financement d'organisations terroristes, l'association de malfaiteurs, l'homicide, la réduction en esclavage, etc., « la détention provisoire est appliquée sauf s'il résulte d'éléments acquis qu'il n'existe pas d'exigences de protection [c'est-à-dire qu'aucune mesure de protection ne doit être prise] ou que les exigences de protection peuvent être satisfaites par d'autres mesures »³. En d'autres termes, la gravité est là encore prise en compte non pour modifier l'équilibre des pouvoirs mais pour déterminer quels sont les éléments que le juge devra vérifier dans le cadre très spécifique de l'exercice de sa fonction de protection des droits fondamentaux au regard du placement en détention provisoire souhaité par le ou les organes de protection de la procédure. La titularité et l'organisation des pouvoirs ne changent pas.

325. Gravité et Code antimafia. En revanche, l'existence d'un texte complet et autonome dit Code antimafia (*Codice antimafia*)⁴ pourrait faire penser à une systématisation d'un *autre équilibre* des pouvoirs fondé sur la gravité des infractions de type mafieux. En réalité, ce Code antimafia n'a pas de réelle conséquence sur la distribution

¹ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 279. La Constitution, elle, contient une réserve de l'autorité judiciaire, non une réserve du juge : v. Constitution italienne (*Costituzione della Repubblica italiana*), art. 13. V. *supra* n° 294.

² Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), arts. 275 et 292.

³ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 275 al. 3 : « [...] è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari ». Le texte a été reformulé par la loi n° 47 du 16 avril 2015 faisant suite à une impressionnante série de décisions d'inconstitutionnalité. Les précédentes versions du texte prévoyaient en effet seulement la possibilité, pour échapper à la détention provisoire, de prouver l'absence d'exigences de protection de la procédure. En d'autres termes, il fallait prouver qu'aucune mesure de protection ne devait en réalité être prise. La Cour constitutionnelle a censuré ce mécanisme au motif que l'article ne prévoyait pas l'hypothèse où il était prouvé que les exigences de précaution/protection existaient mais pouvaient être satisfaites par d'autres mesures que la détention provisoire : v. Cour constitutionnelle italienne, 21 juillet 2010, n° 265 ; Cour constitutionnelle italienne, 12 mai 2011, n° 164 ; Cour constitutionnelle italienne, 22 juillet 2011, n° 231 ; Cour constitutionnelle italienne, 3 mai 2012, n° 110 ; Cour constitutionnelle italienne, 29 mars 2013, n° 57 ; Cour constitutionnelle italienne, 18 juillet 2013, n° 213 ; Cour constitutionnelle italienne, 23 juillet 2013, n° 232 ; Cour constitutionnelle italienne, 25 février 2015, n° 48.

⁴ Décret législatif n° 159 du 6 septembre 2011. Le Code fait l'objet de modifications régulières, si bien qu'on a parlé d'un « chantier ouvert » : K. TASSONE, « La costante riforma del codice antimafia : un cantiere aperto », *Diritto penale contemporaneo*, 22 janvier 2019, accessible en ligne sur www.penalecontemporaneo.it (consulté le 24 mars 2019).

des pouvoirs entre les organes policier, parquetier et le juge. En effet, s'il permet des mesures dites de prévention personnelles¹ ou patrimoniales² qui ne sont pas permises dans le cadre de procédure normale, celles-ci sont soumises à la réserve de l'intervention de l'organe juge³. Ce qui change, en revanche, c'est la répartition *intraorganique* : le parquet compétent sera le parquet antimafia du district, et le juge compétent celui du tribunal du district. C'est dire qu'ici non plus, la distribution des fonctions entre les différents organes n'est pas atteinte ou modifiée par la gravité des faits considérés, alors même qu'il s'agit d'un véritable Code antimafia. Les dispositions de principes du Code de procédure pénale, et notamment les réserves du juge, continuent de s'appliquer.

La seule exception, à notre connaissance, réside dans la possibilité pour la police d'opérer d'initiative des perquisitions, alors même qu'en principe le parquet est compétent, d'immeubles entiers lorsque des motifs fondés permettent de penser que se trouvent à l'intérieur des armes, munitions ou explosifs, ou bien qu'y s'est réfugié une personne évadée condamnée pour des faits limitativement listés⁴. En temps normal, la perquisition relève du ministère public⁵.

326. Leçons étrangères. L'étude de l'appréhension de la gravité de l'infraction par les Codes allemand et italien offre une image sans doute inattendue. Alors que l'on pouvait légitimement penser que tous les systèmes connaîtraient des modifications de leur équilibre des pouvoirs en considération de la gravité de l'infraction, la réalité apparaît bien plus nuancée. Même l'Italie, qui a poussé la systématisation jusqu'à promulguer un Code antimafia, conserve sa répartition des fonctions sauf une exception, certes d'importance. L'Allemagne, elle, ne prend même pas en compte la gravité pour faire varier la distribution des pouvoirs. Reste à expliciter pourquoi, dans le cadre de réflexions françaises sur l'équilibre des pouvoirs, une telle adaptation doit aussi être refusée.

¹ Décret législatif n° 159 du 6 septembre 2011, arts. 4 et s. Il s'agit des mesures de surveillance spéciale (emportant certaines obligations de pointages, de restriction des mouvements, etc.) et de l'obligation de demeurer dans la commune de résidence.

² Décret législatif n° 159 du 6 septembre 2011, arts. 16 et s. Il s'agit essentiellement de mesures de saisies ou de confiscation plus larges que le droit commun.

³ Décret législatif n° 159 du 6 septembre 2011, arts. 5 et 20.

⁴ Décret-loi n° 306 du 8 juin 1992, art. 25 bis. Cette mesure avait déjà été prévue, en pléines années de plomb, par le décret-loi n° 625 du 15 décembre 1979 mais en réalité quasiment inutilisée en pratique : v. G. C. CASELLI et A. SPATARO, « La magistrature italienne durant les années de plomb », dans M. LAZAR et M.-A. MATARD-BONUCCI (dir.), *L'Italie des années de plomb*, Autrement, 2010, p. 372, spéc. p. 376.

⁵ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), arts. 247 et s.

B. L'adaptation refusée

327. La comparaison des droits, si elle est une première motivation à refuser d'adapter l'équilibre à la gravité de l'infraction, ne saurait suffire. En effet, l'on ne peut ignorer que la France reconnaît à l'heure actuelle une incidence de la gravité sur la répartition des pouvoirs (1). Il faudra donc expliciter les raisons poussant, malgré tout, à refuser une telle adaptation (2).

1. L'incidence actuelle de la gravité sur la distribution française des pouvoirs

328. Première approche. L'étude de la phase préparatoire du procès pénal français permet d'abord de comprendre que plusieurs équilibres sont possibles suivant la gravité de l'infraction concernée, ces changements étant pour certains partiellement systématisés, pour d'autres non. La gravité est ensuite ponctuellement prise en compte dans le cadre de l'exercice de certaines prérogatives. À titre préalable, rappelons que l'article préliminaire précise que « les mesures de contraintes [...] 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 »¹.

329. Des modifications pour partie systématisées. Les modifications systématisées de l'équilibre selon la gravité de l'infraction sont triples, ne favorisant pas la cohérence de la procédure pénale française.

L'indice de gravité émanant de la division tripartite permet tout d'abord de modifier la titularité de la fonction d'investigation. En effet, dans le cas d'une phase préparatoire concernant des faits supposés de crime, le ministère public sera obligé, s'il poursuit, d'ouvrir une instruction, c'est-à-dire d'abandonner la titularité de la fonction d'investigation et même de décision de mise en mouvement de l'action publique² au profit

¹ Code de procédure pénale français, art. préliminaire (nous soulignons).

² Beaucoup d'auteurs considèrent en effet que le juge d'instruction participe aux poursuites lorsqu'il met en examen une personne non visée par le réquisitoire introductif ou qu'il prend une ordonnance de mise en accusation ou de renvoi : v. J.-H. ROBERT, « L'étrange figure de l'action publique au cours de l'instruction

d'un juge qui ne l'est habituellement pas, puisque dans 97 % des cas, la phase préparatoire se limite à une phase d'enquête où le procureur cumule, peu ou prou, toutes les fonctions¹.

L'organe juge est ensuite parfois titulaire de la fonction de garantie des droits dans le cadre de l'enquête de droit commun. Deux hypothèses sont ici visées : l'intervention du juge des libertés et de la détention pour autoriser, dans le cas d'une enquête préliminaire, une perquisition forcée lorsque les faits objets de la procédure sont punis d'au moins trois années d'emprisonnement² et l'intervention de ce même juge pour autoriser certaines saisies spéciales lorsque les faits sont pareillement punis de plus de cinq années d'emprisonnement³. Alors même que l'enquête de droit commun est normalement le terrain de jeu du seul ministère public gardien des libertés individuelles, l'organe juge va intervenir au titre de cette même fonction de garantie des droits et libertés.

Lorsque la phase préparatoire concerne des faits de criminalité et de délinquance organisée, enfin, une véritable « procédure pénale bis »⁴ s'applique depuis 2004. Ce « Code

préparatoire » dans *Humanisme et justice. Mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage*, Dalloz, 2016, p. 413, spéc. p. 416 ; S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, 11^e éd., LexisNexis, 2018, n° 106 et 350 ; S. GUINCHARD, « L'instrumentalisation de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme dans les débats français sur le statut du parquet », dans *Les droits de l'homme à la croisée des droits. Mélanges en l'honneur du professeur Frédéric Sudre*, LexisNexis, 2018, p. 315, spéc. p. 319-320 ; S. GUINCHARD, « Requiem joyeux pour l'enterrement annoncé du juge d'instruction », dans *Code pénal et Code d'instruction criminelle, Livre du Bicentenaire*, Dalloz, 2010, p. 257, spéc. p. 276 ; D. REBUT, « L'arrêt Medvedyev et la réforme de la procédure pénale », *D.* 2010, p. 970 ; E. BONIS-GARÇON et O. DÉCIMA, « Le parquet et les sirènes de l'indépendance. À propos du projet de loi du 27 mars 2013 et du projet de loi constitutionnelle du 14 mars 2013 », *JCP G* 2013, act. 460 ; M. LEMONDE, « Le juge des libertés et de la détention : une réelle avancée ? », *Rev. sc. crim.* 2001, p. 51. V. *supra* n° 209 et s.

¹ Alors que le ministère public saisissait le juge d'instruction dans 20 % des décisions de poursuites dans les années 60 (L. SCHENIQUE, *La réforme de la phase préparatoire du procès pénal*, L'Harmattan, 2014, n° 170), il ne le fait aujourd'hui plus que dans 2,8 % des cas (calcul effectué à partir des *Chiffres-clés de la Justice 2018*).

² Code de procédure pénale français, art. 76 al. 4.

³ Ces saisies, institués par la loi n° 2010-768 du 9 juillet 2010, visent à faciliter l'exécution d'une peine de confiscation susceptible d'être prononcée lors de la phase décisive (Code de procédure pénale français, arts. 706-141 et s.). Les quatre saisies spéciales prévues (saisie de patrimoine, saisie immobilière, saisie de certains biens ou droits mobiliers incorporels, saisis sans dépossession) nécessitent toutes l'autorisation du juge des libertés et de la détention. Dans une hypothèse toutefois, le juge des libertés et de la détention interviendra *a posteriori* : il s'agit de la saisie par un officier de police judiciaire, autorisée par le procureur de la République, d'une somme d'argent versée sur un compte ouvert auprès d'un établissement habilité par la loi à tenir des comptes de dépôts (art. 706-154).

⁴ C. LAZERGES, « La dérive de la procédure pénale », *Rev. sc. crim.* 2003, p. 644. Quelques années plus tard, l'auteur parlera d'« itinéraire "bison futé" de contournement de garanties fondamentales » : C. LAZERGES, « Dédoublement de la procédure pénale et garantie des droits fondamentaux », dans *Les droits et le Droit. Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 573. V. aussi J. WALTHER, « Figures et normalisation de l'exception en droit pénal français », dans X. PIN (dir.), *Mémoire et droit pénal en France et en Allemagne. Gedächtnis und Strafrecht in Frankreich und Deutschland*, Société de législation comparée, 2017, p. 177, spéc. p. 191.

dans le code »¹ a un champ d'application assez complexe. L'article 706-73 propose tout d'abord une longue liste d'infractions, qui n'a cessé de croître². L'article 706-74 opère ensuite une extension du champ d'application, aux crimes et délits commis en bande organisée ainsi qu'aux délits d'association de malfaiteur, sous la réserve que le texte au fondement de la mesure dérogatoire considérée prévoit spécifiquement son application à ce domaine d'infractions. Enfin, pour rajouter à la confusion, existe un régime dérogatoire au régime dérogatoire : l'article 706-73-1 énumère des infractions pour lesquelles le régime dérogatoire s'applique à l'exception de la garde à vue, qui reste dans ce cas soumise au droit commun. La loi ne donne donc pas de véritable définition matérielle de la criminalité et de la délinquance organisée. Pour Jean Pradel, il s'agirait des « des crimes, plus rarement des délits, qui attentent *gravement* à nos valeurs essentielles et qui, dans l'infinie majorité des cas, sont commises par plusieurs individus »³. L'application de cette procédure dérogatoire modifie la distribution des fonctions du système français actuel, ou plus précisément l'intensité d'intervention des différents organes, puisque le juge des libertés et de la détention se voit confier lors de l'enquête la fonction de garantie des droits fondamentaux, alors même qu'il est en principe absent de cette phase dans le régime ordinaire. Le ministère public est en effet vu, en France, comme le premier magistrat protégeant les libertés en phase d'enquête policière, le juge des libertés et la détention n'intervenant que par exception en matière de perquisitions forcées et de saisies spéciales. Dans le cadre du régime dérogatoire, en revanche, ce juge va intervenir massivement pour autoriser les mesures portant atteinte aux droits et libertés. C'est ainsi lui qui va autoriser les sonorisations⁴, le recours à l'*IMSI Catcher*⁵ ou les perquisitions nocturnes⁶. Plus généralement, la loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice prévoyait

¹ J. PRADEL, « Vers un *aggiornamento* des réponses de la procédure pénale à la criminalité : apports de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 dite Perben II – Partie 2 », *op. cit.* V. aussi, parlant d'« agglomérat de règles », D. THOMAS-TAILLANDIER, « La question de la théorisation de la spécialisation de la procédure », dans J. Leroy (dir.), *Faut-il rethéoriser le droit pénal ?*, LGDJ, 2017, p. 203, spéc. p. 204.

² Cela même en dépit d'un léger coup d'arrêt constitutionnel : le Conseil a en effet censuré la mention de l'escroquerie à l'art. 706-73 8° bis pour méconnaissance du principe de proportionnalité : v. Cons. const., 9 octobre 2014, n° 2014-420/421 QPC ; *JORF* du 12 octobre 2014. V., affirmant que le renforcement de la lutte contre certaines formes de criminalité est un élément de continuité des différentes réformes, J. LEBLOIS-HAPPE, « Continuité et discontinuité dans les nouvelles réformes de la procédure pénale », *JCP G* 2007, I, 181. V. plus généralement E. RUBI-CAVAGNA, « L'extension des procédures dérogatoires », *Rev. sc. crim.* 2008, p. 23.

³ J. PRADEL, « Vers un *aggiornamento* des réponses de la procédure pénale à la criminalité : apports de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 dite Perben II – Partie 2 », *op. cit.* (nous soulignons).

⁴ Code de procédure pénale français, art. 706-96.

⁵ Code de procédure pénale français, art. 706-95-4.

⁶ Code de procédure pénale français, arts. 706-89 et -90.

d'insérer des dispositions générales qui auraient concerné les techniques spéciales d'enquête, prévoyant l'autorisation de ces prérogatives par le juge des libertés et de la détention au cours de l'enquête. Mais ces dispositions ont été censurées par le Conseil constitutionnel¹.

330. Des modifications de pouvoirs-prérogatives. En dehors de ces hypothèses de basculement de la distribution des pouvoirs, le Code de procédure pénale français prend en compte la gravité de l'infraction considérée pour certaines prérogatives spécifiques. Il en va ainsi du placement en détention provisoire, qui suppose une peine encourue d'au minimum trois ans d'emprisonnement², ou encore du placement en garde à vue qui nécessite un délit puni d'une peine d'emprisonnement³. La gravité de l'infraction implique donc différents ajustements de la distribution des pouvoirs, mais conditionne aussi l'exercice de certaines prérogatives. Cette adaptation doit cependant être refusée.

2. Les raisons du refus

331. Les vices de l'adaptation. Le modèle français d'adaptation de l'équilibre des pouvoirs à la gravité de l'infraction présente deux vices fondamentaux : la complexité de la répartition des pouvoirs dans la phase préparatoire du procès pénal ; l'incohérence avec la notion même d'équilibre des pouvoirs.

L'examen des différents équilibres possibles dans le Code de procédure pénale français actuel fait émerger *une certaine complexité*. Il n'y a pas moins de trois modulations de l'équilibre possible suivant la gravité de l'infraction. C'est d'abord l'enquête préliminaire qui va voir intervenir d'une manière tout à fait anormale un organe juge en tant que titulaire de la fonction de garantie des droits autorisant les perquisitions forcées et les saisies spéciales. C'est ensuite la phase d'instruction qui implique un chamboulement

¹ Cons. const., 21 mars 2019, n° 2019-778 DC ; *JORF* du 24 mars 2019. Pour le Conseil constitutionnel, le législateur aurait dû prendre en compte la gravité et la complexité des infractions plutôt que seulement la peine encourue. Le juge des libertés et de la détention, qui devait autoriser la mesure, n'aurait de plus pas eu accès à l'ensemble des éléments de la procédure. Enfin, la prévision d'une compétence d'urgence du procureur de la République en lieu et place de l'autorisation du juge des libertés et de la détention ne permet pas un contrôle suffisant du juge.

² Code de procédure pénale français, art. 143-1.

³ Code de procédure pénale français, art. 62-2.

complet en cas d'infraction grave puisqu'alors le parquet *perd* la titularité de la fonction d'investigation voire même, d'une certaine manière, de décision de mise en mouvement de l'action publique et de garantie des droits et libertés, qu'il exerce en enquête, au profit de l'organe-juge, qui en théorie intervient alors pour la première fois dans la procédure. C'est enfin la procédure applicable aux infractions de criminalité et de délinquance organisées qui connaît une réserve du juge de principe pour des actes attentatoires qui ne pouvaient auparavant être faits qu'en instruction. Cette procédure dérogatoire se superpose et/ou remplace donc la procédure classique d'enquête ou d'instruction. Il en ressort une certaine illisibilité, si bien qu'on ne sait plus très bien qui fait quoi. Cet enchevêtrement des décors impliquant un changement de rôle des acteurs a d'ailleurs été mis en exergue par différents rapports, au premier titre duquel ceux de la Commission justice pénale et droit de l'homme¹, ou même ce rapport Léger, tant critiqué, qui ne vise cependant pas le juge des libertés et de la détention :

« Majoritairement, le comité considère également que la diversité actuelle des cadres d'enquête en matière pénale relève *d'une confusion des rôles qui n'est pas lisible pour le citoyen* : selon la procédure choisie, les mêmes fonctions sont exercées tantôt par un juge d'instruction, tantôt par le parquet, tantôt par la police judiciaire agissant sous l'autorité du juge d'instruction ou du parquet. »²

Faire varier, voire changer complètement la répartition des pouvoirs dans la phase préparatoire du procès pénal au regard de la gravité de l'infraction participe grandement de l'illisibilité de la procédure pénale française actuelle. Si cette illisibilité était déjà moindre

¹ « C'est dire que, malgré l'éclairage violemment mis sur le seul juge d'instruction, le système actuel consacre à présent une extrême confusion des rôles : selon que l'instruction est ou non ouverte à l'initiative du ministère public ou de la partie civile, les mêmes rôles sont exercés tantôt par le juge d'instruction, tantôt par la police judiciaire ou par le ministère public, parfois sous le contrôle d'un magistrat du siège qui n'est pas le juge d'instruction mais le président du tribunal correctionnel ou celui du tribunal de grande instance [aujourd'hui le juge des libertés et de la détention] » : M. DELMAS-MARTY (prés.), « Rapport final sur la mise en état des affaires pénales », dans *La Mise en état des affaires pénales : rapports, Commission justice pénale et droits de l'homme*, La Documentation française, 1990, p. 105, spéc. p. 126-127.

² P. LÉGER (prés.), *Rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale*, 2009, p. 7 (nous soulignons). V. aussi, parlant de « multiplication des acteurs » de la phase préparatoire, B. DE LAMY, « Le juge des libertés et de la détention : un trompe-l'œil ? », *Dr. pén.* 2007, étude 13. V. encore J. WALTHER, « L'évolution de l'instruction de 1808 à 2009 : chronique des turpitudes d'un modèle français en péril », dans H. JUNG, J. LEBLOIS-HAPPE et C. WITZ (dir.), *200 Jahre Code d'instruction criminelle – Le bicentenaire du Code d'instruction criminelle*, Nomos, 2010, p. 108, spéc. p. 116.

dans l'hypothèse de la suppression du juge d'instruction¹, elle n'en demeurerait pas moins importante.

D'autant que la prise en compte de la gravité est *incohérente* avec l'idée même d'un équilibre des pouvoirs dans la phase préparatoire. La procédure pénale en son ensemble « conduit du fait au droit »². Cela suppose donc de connaître les faits, de savoir ce qu'il s'est passé pour ensuite établir si ceux-ci sont juridiquement vrais et si le pouvoir de punir doit être exercé. Typiquement, il s'agira de savoir si John Doe a ôté la vie de la femme de David Mills en la décapitant³, auquel cas les faits se traduiront juridiquement en meurtre ou assassinat. La connaissance des faits constitue le fil rouge de toute la procédure pénale, en particulier de la phase préparatoire. C'est pour cela que la fonction d'investigation est un des éléments clés de l'équilibre des pouvoirs. Cet équilibre, surtout, a été approché pour permettre une connaissance des faits tout en sauvegardant les libertés. La cohérence implique donc que la distribution ne soit adaptée qu'à des paramètres modifiant la connaissance des faits, donc compliquant le passage du fait au droit. Or *la gravité ne complique pas en tant que telle la possibilité de connaître les faits*. Un meurtrier, un génocidaire, un terroriste, un mafioso ou un trafiquant de drogue peuvent toujours laisser des traces, oublier de couper la vidéosurveillance, se voir opposer la résistance de ses victimes, ne pas penser à mettre ses gants, mal doser la quantité d'essence nécessaire à l'incendie de son véhicule de fuite, voire même se livrer et avouer ; comme un abuseur de biens sociaux ou un voleur peuvent nier les faits, détruire des documents, s'enfuir à l'arrivée de la police, faire pression sur des témoins ou complices, produire de faux justificatifs, se cacher, etc. Ce n'est pas parce qu'une infraction est punie de vingt ans de réclusion criminelle que la connaissance des faits la caractérisant sera forcément compliquée. La gravité des faits ne conditionne en rien la perception, la connaissance et l'étude desdits faits. Il n'y a donc absolument aucune raison d'envisager ni d'accepter que la distribution des pouvoirs opérée sur le fondement de ce que la procédure conduit du fait au droit dût être adaptée à la gravité des faits.

¹ V. *supra* n° 212.

² M. DELMAS-MARTY (prés.), « Rapport préliminaire sur la mise en état des affaires pénales », dans *La Mise en état des affaires pénales : rapports, Commission justice pénale et droits de l'homme*, La Documentation française, 1990, p. 7, spéc. p. 11.

³ D. FINCHER, *Seven*, 1995, 130 min.

332. L'incidence réelle de la gravité de l'infraction. Si la gravité de l'infraction ne doit pas modifier la distribution des pouvoirs, cela n'implique pas pour autant l'absence de son influence. En réalité, *la gravité de l'infraction peut influencer les conditions normatives de certains pouvoirs-prérogatives considérés de manière autonome*, ce qui est déjà le cas en France et l'hypothèse principale en Allemagne et en Italie. En d'autres termes, il est tout à fait possible que certains pouvoirs-prérogatives particulièrement attentatoires comme le placement en détention provisoire, le recours à la sonorisation de locaux à usage d'habitation, la saisie du véhicule personnel, la mise en place d'une balise G.P.S., le recueil de données de connexion grâce à un mécanisme d'*IMSI Catcher*, etc. soit conditionnés à la gravité des faits objets de la procédure. Mais il s'agit alors du détail des exigences propres à chacun de ces pouvoirs-prérogatives, en aucun cas de modifier la répartition des fonctions aux différents organes. La prérogative de placement en détention provisoire peut être réservée aux infractions punies d'au minimum trois ans d'emprisonnement¹, son exercice sera toujours interdit à son titulaire (ministère public ou police) sans autorisation préalable de l'organe-juge conformément à la réserve du juge en matière de garantie des droits et libertés.

C'est dire que la gravité de l'infraction peut rendre impossible, plus facile ou plus difficile l'exercice de certaines prérogatives. Elle ne peut cependant pas impliquer de modification de la répartition des pouvoirs puisqu'étrangère à la raison d'être de la phase préparatoire du procès pénal : la connaissance des faits.

Le refus de l'adaptation à la gravité de l'infraction explicité, il reste encore à se demander si la distribution ne devrait pas être adaptée à la proximité de l'infraction.

§ 2. L'adaptation refusée à la proximité de l'infraction

333. Parler de proximité de l'infraction est sans doute moins évocateur que d'en mentionner la gravité. L'infraction proche l'est temporellement, en ce sens qu'elle est en train ou vient de se commettre. Cette notion d'une infraction venant de se commettre fait immédiatement penser à la flagrance et à ses conséquences sur le cadre d'enquête, caractéristique commune aux droits étudiés. Reste à savoir si cela implique des

¹ Code de procédure pénale français, art. 143-1.

modifications de la distribution des pouvoirs et plus particulièrement des pouvoirs-fonctions, clé de notre approche de l'équilibre. Dans sa décision du 21 mars 2019, le Conseil constitutionnel a en effet censuré l'augmentation de la durée de l'enquête de flagrance pour les crimes et les infractions de délinquance organisée ainsi que l'abaissement du seuil à trois ans pour le renouvellement des enquêtes de flagrance classique au motif que les pouvoirs de flagrance « ne sont justifiés que par la proximité avec la commission de l'infraction »¹.

Pour mieux justifier le refus de voir la distribution des pouvoirs s'adapter à la proximité de l'infraction objet de la procédure, il faut ici encore commencer par analyser et comprendre l'incidence actuelle de la proximité en Allemagne et en Italie. Ce n'est donc qu'une fois les droits étrangers connus (A) que pourra être motivé notre refus d'adaptation de la distribution français à la proximité de l'infraction (B).

A. Les appréhensions étrangères

334. L'étude des droits allemand et italien rend compte d'une incidence, ici encore, marginale de la flagrance sur la distribution des pouvoirs. Alors que l'Allemagne ne semble même pas prendre en compte la flagrance dans le cadre de la distribution des pouvoirs (1), la variation que semble admettre l'Italie n'est qu'apparente (2).

1. L'absence d'incidence de la proximité sur la distribution allemande des pouvoirs

335. Un Code explicite. La situation est assez claire en Allemagne : la flagrance, ces « faits tout frais » (*auf frischer Tat*), n'emporte l'application d'aucun cadre procédural particulier. Il n'existe donc pas de systématisation d'un régime de la flagrance outre-Rhin. Preuve en est, presque tous les ouvrages consultés ne mentionnent aucune entrée

¹ Cons. const., 21 mars 2019, n° 2019-778 DC, considérant 191 ; *JORF* du 24 mars 2019.

« flagrante » à leur index¹ et le Code de procédure pénale ne mentionne qu'à trois reprises l'infraction flagrante, à l'occasion d'une arrestation provisoire et des perquisitions de nuit.

336. Flagrance et arrestation provisoire. Deux des dispositions du Code mentionnant la flagrance concernent l'arrestation provisoire de personnes (*vorläufige Festnahme*). Provisoire, car elle s'applique dans les situations où un mandat de placement en détention provisoire (*Haftbefehl*) n'a pas encore été émis par le juge. En effet, l'arrestation et la rétention qui s'en suit sont en Allemagne pensées comme le préalable à la détention provisoire².

La première disposition, et la principale, est le paragraphe 127 qui distingue suivant que l'arrestation provisoire relève de la compétence de toute personne (personnes privées, police, parquet)³ ou seulement de celles des organes parquetiers et policiers. L'arrestation provisoire par les seuls organes parquetiers et policiers suppose que les conditions du mandat de placement en détention provisoire soient réunies et qu'il existe une urgence à arrêter la personne⁴. En revanche, lorsque les conditions du mandat de placement en détention provisoire ne sont pas réunies, toute personne, y compris la police ou le procureur, peut arrêter un individu en cas d'infraction flagrante et s'il existe un risque de fuite ou si son identité ne peut pas immédiatement être établie⁵. Pour le législateur allemand, il y a flagrance lorsque la personne est prise sur le fait (*auf frischer Tat betroffen*) ou poursuivie dans l'immédiateté des faits (*auf frischer Tat verfolgt*)⁶.

La seconde disposition, le paragraphe 127b, précise que le ministère public et la police peuvent aussi arrêter l'individu en cas de flagrance si une procédure de jugement

¹ Ouvrages consultés : W. BEULKE et S. SWOBODA, *Strafprozessrecht*, *op. cit.* ; V. KREY et M. HEINRICH, *Deutsches Strafverfahrensrecht*, 2^e éd., Kohlhammer, 2018 ; C. ROXIN et B. SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, *op. cit.* ; H.-H. KÜHNE, *Strafprozessrecht*, *op. cit.*, n° 395 ; C. ROXIN, G. ARTZ et K. TIEDEMANN, *Einführung in das Strafrecht und Strafprozessrecht*, *op. cit.* ; *Strafverfahrensrecht*, 25^e éd., C. H. Beck, 1998 ; U. KINDHÄUSER, *Strafprozessrecht*, 3^e éd., Nomos, 2013. Seul le *Meyer-Göfner/Schmitt Kurzkomentar zur Strafprozessordnung*, Code commenté, mentionne le terme flagrance dans son index.

² Ce qu'on a pu juger excessif depuis la France : v. E. DAOUD et E. MERCINIER, « Garde à vue : la french touch », *AJ Pénal* 2008, p. 269.

³ H.-H. KÜHNE, *Strafprozessrecht*, 9^e éd., C. F. Müller, 2015, n° 453 ; BeckOK *StPO/Krauß StPO* § 127 Rn. 9.

⁴ Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 127 al. 2.

⁵ Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 127 al. 1.

⁶ BeckOK *StPO/Krauß StPO* § 127 Rn. 4-5 ; *Meyer-Göfner/Schmitt StPO* § 127 Rn. 5-6.

accélééré¹ est vraisemblable et si la crainte de l'absence de la personne à cette procédure est factuellement fondée².

Mais *dans toutes ces hypothèses* (paragraphe 127 et 127b), le Code impose de suivre la procédure prévue dans les cas où un mandat de placement en détention provisoire a été émis, c'est-à-dire que la personne sera présentée au plus tard le lendemain devant le juge qui validera la mesure et émettra, sur demande du parquet, un mandat de dépôt. C'est-à-dire que la flagrance permet seulement de faciliter l'exercice du pouvoir-prérogative d'arrestation, toujours confié au parquet et à la police, et toujours soumis à l'intervention *a posteriori* du juge comme garant des droits fondamentaux. Rappelons toutefois qu'à l'inverse du système allemand, nous nous sommes prononcés pour une réserve du juge activée *a priori* dans toutes les hypothèses³.

337. Flagrance et perquisitions de nuit. La dernière mention de l'infraction flagrante concerne les perquisitions de nuit⁴. Le Code précise à cet égard que les lieux d'habitation, locaux commerciaux et propriétés closes ne peuvent faire l'objet d'une perquisition de nuit⁵ que si l'une des conditions suivantes est remplie : *poursuites en flagrance*, urgence ou arrestation d'un détenu évadé. Mais, comme toute perquisition, elle devra en principe être autorisée par le juge selon une réserve du juge constitutionnel reprise par le Code⁶. Ici encore, la flagrance ne fait que modifier les conditions d'exercice matériel d'un pouvoir-prérogative, non sa titularité ni la répartition des pouvoirs.

¹ La procédure accélérée (*beschleunigtes Verfahren*) est une modalité particulière de la phase décisive prévue aux paragraphes 417 et suivants du Code de procédure pénale allemand. Quatre conditions doivent être réunies : les faits sont simples ou les preuves établies sans discussion ; les faits relèvent de la compétence du tribunal cantonal (*Amtsgericht*), c'est-à-dire être peu graves ; il est vraisemblable que la peine infligée ne dépassera pas un an d'emprisonnement ; l'auteur en cause n'est pas mineur. Si ces conditions sont réunies, le ministère public peut demander le jugement selon la procédure accélérée, qui atténue fortement certaines exigences (pas d'acte d'accusation écrit, notamment) et peut permettre un jugement en moins de vingt-quatre heures (V. KREY et M. HEINRICH, *Deutsches Strafverfahrensrecht, op. cit.*). Cette procédure reste peu employée, certains auteurs mentionnant que seuls 4 % des affaires traitées par les tribunaux cantonaux le seraient selon la procédure accélérée : *Meyer-Goßner/Schmitt StPO* § 417 Rn. 1.

² Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 127 b al. 1.

³ V. *supra* n° 303.

⁴ Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 104 al. 3.

⁵ L'alinéa 3 précise que les horaires de la période de nuit varient suivant l'année : de 21h-4h entre le 1^{er} avril et le 30 septembre, elle passe à 21h-6h du 1^{er} octobre au 31 mars.

⁶ Loi fondamentale allemande (*Grundgesetz* ou *GG*), art. 13 al. 1 ; Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 105 al. 1

La flagrance ne paraît donc pas avoir d'incidence sur la distribution allemande des pouvoirs. Le système italien ne reconnaît pas non plus, au-delà des apparences, de variation de la répartition des pouvoirs en cas de flagrance.

2. L'incidence apparente de la proximité sur la distribution italienne des pouvoirs

338. Première approche. La flagrance, dans le modèle italien, paraît emporter quelques modifications de l'équilibre des pouvoirs, alors même qu'il n'y a pas de véritable cadre d'enquête spécifique à cette hypothèse. La flagrance est définie à l'article 382 du Code de procédure pénale comme l'état de la personne qui est prise sur le fait ou qui, après la commission des faits, est poursuivie par la police ou d'autres personnes ou bien dispose sur elle de choses ou traces de la commission¹. Plusieurs dispositions doivent être examinées afin de connaître l'incidence de la proximité de l'infraction sur l'équilibre des pouvoirs.

339. Flagrance et autorisation préalable à la procédure. La première disposition est l'article 343, qui concerne l'autorisation préalable nécessaire, dans certains cas, à l'ouverture de la procédure. Le Code pénal prévoit en effet que pour certains délits contre l'État ou les assemblées, la procédure pénale ne peut avoir lieu que sur autorisation du ministre de la Justice ou de l'assemblée concernée². Lorsqu'une telle autorisation est nécessaire et n'a pas encore été obtenue, la personne mise en cause ne peut pas faire l'objet de mesures attentatoires comme l'arrestation, une mesure de précaution personnelle, une perquisition, une interception de communications, etc.³, *sauf* dans les cas de flagrance de certaines infractions graves rendant obligatoire l'arrestation (*arresto obbligatorio*)⁴.

¹ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 382 : « È in stato di flagranza chi viene colto nell'atto di commettere il reato ovvero chi, subito dopo il reato, è inseguito dalla polizia giudiziaria, dalla persona offesa o da altre persone ovvero è sorpreso con cose o tracce dalle quali appaia che egli abbia commesso il reato immediatamente prima ». La doctrine distingue la flagrance au sens propre (*flagranza propria*) de la quasi-flagrance (*quasi flagranza*) v. M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, 7^e éd., Utet, 2017, p. 491 ; P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, 19^e éd., Giuffrè, 2018, p. 571-572 ; M. BARGIS *et al.*, *Compendio di procedura penale*, 9^e éd., 2018, p. 542-543.

² Code pénal italien (*Codice penale*), art. 313.

³ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 343 al. 2.

⁴ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 343 al. 3. Sur l'*arresto obbligatorio*, v. *supra* n° 303.

Outre le fait que la flagrance n'est pas prise en compte à elle seule, aucune modification de la répartition des pouvoirs n'est impliquée puisque le ministère public est toujours titulaire de la fonction d'investigation, l'exercice de celle-ci étant seulement conditionné hors flagrance et facilitée en flagrance.

340. Flagrance et perquisitions. La deuxième disposition s'intéresse aux perquisitions, normalement décidées par le parquet¹. L'article 352 permet toutefois à la police de décider d'une telle mesure en cas de flagrance ou d'évasion et lorsqu'il existe un motif fondé de penser que se trouve dans le local ou sur la personne concernée² des traces ou choses relatives à l'infraction qui peuvent être effacées, ou encore que le mis en cause ou l'évadé se trouve dans le local considéré. Cette mesure est soumise à la validation du parquet sous quarante-huit heures.

On observe ici une légère modification de la répartition des pouvoirs puisque la police se retrouve titulaire d'un pouvoir dont elle ne dispose habituellement pas, tandis que le procureur est relégué à un rôle d'organe autorisant. Il semble toutefois que la doctrine analyse cette dérogation comme étant fondée non pas tant sur la flagrance que sur l'urgence ce qui, nous le verrons, n'est pas la même chose³. Paolo Tonini note ainsi que de telles perquisitions sont conditionnées par le danger que ferait courir le retard de la mesure (*pericolo nel ritardo*)⁴. On a aussi pu noter que les cas de flagrances et d'évasion visées par l'article 352 sont « deux situations en soi expressives de circonstances exceptionnelles au regard desquelles la nécessité et l'urgence peuvent être considérées *in re ipsa* »⁵. Si modification de l'équilibre il y a, elle semble donc être justifiée par l'urgence et non par la flagrance.

341. Flagrance et arrestation. Enfin, la dernière disposition est en réalité un ensemble d'articles concernant l'arrestation. Rappelons que le Code italien distingue deux

¹ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 247 al. 2 et 3.

² Les perquisitions italiennes peuvent aussi concerner une personne (*perquisizioni personali*, arts. 249). Il s'agit alors d'une fouille de la personne.

³ V. *infra* n° 349 et s.

⁴ P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, *op. cit.*, p. 540.

⁵ M. BARGIS *et al.*, *Compendio di procedura penale*, *op. cit.*, p. 521 : « Sono due situazioni di per sé espressive di occorrenze di natura eccezionale, rispetto alle quali la necessità e l'urgenza sono *in re ipsa* » (nous soulignons).

types d'arrestations, le *fermo* et l'*arresto*¹. Le *fermo*, qui peut être décidé par le ministère public ou la police, est conditionné par la présence d'éléments spécifiques faisant craindre la fuite d'un individu soupçonné d'avoir commis une infraction répondant à certains seuils de peine². En cas de flagrance, on passe à l'*arresto* et ces conditions sont supprimées. L'arrestation est même obligatoire pour certaines infractions³. Mais l'*arresto* est, comme le *fermo*, de la compétence du ministère public ou de la police, qui devront dans tous les cas demander la confirmation de la mesure auprès du juge pour les enquêtes préliminaires sous quarante-huit heures, juge qui décidera dans les quarante-huit heures de la demande après une audience contradictoire⁴. Au surplus, la Cour constitutionnelle a considéré que l'obligation d'arrestation en cas de flagrance était liée à l'urgence de protéger les preuves⁵.

342. Leçons étrangères. L'étude de l'appréhension de la proximité temporelle de l'infraction par les procédures allemande et italienne montre que dans leur immense majorité, celles-ci ne prennent en réalité pas en compte la flagrance mais bien plus l'urgence⁶ pour faire varier la distribution des pouvoirs. Reste à expliciter pourquoi, dans le cadre de réflexions françaises sur l'équilibre des pouvoirs, une telle adaptation doit aussi être refusée.

B. L'adaptation refusée

343. Comme pour l'exclusion de l'adaptation à la gravité de l'infraction, la comparaison des droits ne saurait suffire à refuser toute adaptation de la distribution des fonctions à la proximité temporelle de l'infraction. Le fait que la proximité de l'infraction ne joue, en France, qu'à la marge (1) facilite toutefois ce refus (2).

¹ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), arts. 379 et s. V. *supra* n° 303.

² Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 284.

³ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), arts. 380 et 381.

⁴ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 390.

⁵ Cour constitutionnelle italienne, 13 janvier 1992, n° 3.

⁶ Sur ce point, v. *infra* n° 367 et s.

1. L'incidence à la marge de la proximité sur la distribution française des pouvoirs

344. La flagrance en France. Le Code de procédure pénale prévoit un cadre d'enquête spécifique aux cas de flagrance¹. Son admission est strictement réglementée, ne pouvant être considéré comme flagrant que le crime ou le délit – on remarquera qu'est ici prise en compte la gravité – qui se commet actuellement ou qui vient de se commettre, ou encore le crime ou délit dont le suspect est poursuivi par la clameur publique, trouvée en possession d'objet ou avec des traces et indices de la commission des faits, le tout dans un temps très voisin de l'action². L'étude de la flagrance dans les procédures ordinaires et dérogatoires permet de conclure à une modification seulement marginale de la distribution française des pouvoirs.

345. Flagrance et procédure de droit commun. L'enquête de flagrance était à l'origine le seul cadre d'enquête permettant des mesures attentatoires, ce pourquoi sa durée a été en pratique puis légalement limitée à deux fois huit jours, naturellement sous condition de continuité³. Aujourd'hui, la distinction entre enquête de flagrance et enquête préliminaire s'effrite⁴ et les possibilités d'atteinte aux droits fondamentaux se diffusent dans toutes les enquêtes.

En réalité, la flagrance, c'est-à-dire la proximité temporelle de l'infraction, paraît, ou paraissait, justifier davantage l'admission de prérogatives coercitives qu'un changement dans la répartition des pouvoirs. En effet, l'enquête de flagrance ouvre la possibilité d'opérer des perquisitions et saisies forcées, c'est-à-dire sans le consentement de la

¹ Code de procédure pénale français, art. 53 et s.

² On a pu parler d'« infraction flagrante au sens strict » et d'« infraction réputée flagrante » : v. F. FOURMENT, *Procédure pénale*, 14^e éd., Larcier, 2013, n° 133 et 134.

³ V. déjà, sous l'empire du Code d'instruction criminelle, Cass. crim., 22 janvier 1932 ; *DH* 1932, p. 164. Ce n'est qu'en 1999 que la loi prévoit une durée de huit jours maximum : loi n° 99-515 du 23 juin 1999 renforçant l'efficacité de la procédure pénale, art. 11. La loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice prévoyait en cas de crime ou d'infraction relevant de la procédure dérogatoire applicable à la délinquance organisée la possibilité d'une flagrance de seize jours dès le départ, sans prolongation nécessaire ni possible. Cette disposition a été censurée par le Conseil constitutionnel. Pour le Conseil, le législateur n'a pas tenu compte du fait que les pouvoirs de flagrance n'étaient justifiés que par la proximité de l'infraction : v. Cons. const., 21 mars 2019, n° 2019-778 DC, considérants 189 et s. ; *JORF* du 24 mars 2019.

⁴ F. DEBOVE, « L'enquête préliminaire est-elle encore différente de l'enquête de flagrance ? » dans *Entre tradition et modernité : le droit pénal en contrepoint. Mélanges en l'honneur d'Yves Mayaud*, Dalloz, 2017, p. 507 ; G. ROUSSEL, « La délicate simplification de l'enquête de police », *Lexbase* 2018, n° N3088BXN ; v. *supra* n° 17.

personne concernée¹. Il s'agit là de la mesure phare souvent avancée pour expliquer la différence entre les deux cadres d'enquête. Toutefois, une perquisition reste possible en enquête préliminaire. Elle sera même opérée par les mêmes organes : le parquet et la police. Ce qui change en revanche, c'est que la perquisition devra recevoir l'assentiment de la personne – sauf infraction grave faisant intervenir le juge des libertés et de la détention². La répartition des fonctions, clé de la distribution des pouvoirs, n'est pas modifiée. Le procureur de la République décidant et/ou opérant perquisition dans le cadre d'une enquête préliminaire exerce la même fonction (l'investigation) que lorsqu'il décide d'une perquisition dans le cadre d'une enquête de flagrance. Ce raisonnement vaut *a fortiori* pour la police. Tout au plus la flagrance emporte-t-elle l'information immédiate du procureur de la République³, alors plus à même d'exercer sa prérogative de direction des investigations. C'est dire que la flagrance, si elle modifie les conditions de certains pouvoirs-prérogatives, n'altère pas la répartition des fonctions.

346. Flagrance et procédures dérogatoires. Une telle analyse semble aussi s'imposer lorsque la flagrance rencontre les procédures dérogatoires fondées sur la gravité, notamment celle applicable à la criminalité et la délinquance organisées. Pour reprendre l'exemple des perquisitions, elles sont possibles en enquête préliminaire sans le consentement de la personne et en dehors des heures légales si le ministère public en demande l'autorisation au juge des libertés et de la détention, cela ne pouvant cependant pas concerner les locaux à usage d'habitation⁴. Dans le cas d'une infraction flagrante, de tels locaux pourront être perquisitionnés, toujours sans le consentement de la personne et en dehors des heures légales, toujours sur autorisation du juge des libertés et de la détention demandée par le parquet⁵.

Une disposition implique toutefois une légère altération de la distribution des fonctions. L'article 706-94 prévoit en effet que lorsque la présence de la personne, actuellement en garde à vue ou détenue à une perquisition effectuée dans le cadre d'une

¹ Code de procédure pénale français, arts. 56 et s.

² Code de procédure pénale français, art. 76.

³ Code de procédure pénale français, art. 54. En enquête préliminaire, les officiers de police judiciaire doivent informer le procureur à partir de l'identification d'un suspect et, quoi qu'il en soit, à l'issue du délai fixé par le procureur ou du délai de six mois en cas d'enquête ouverte à l'initiative de la police : v. Code de procédure pénale français, arts. 75-1 et 75-2.

⁴ Code de procédure pénale français, art. 706-90.

⁵ Code de procédure pénale français, art. 706-89.

enquête de flagrance dérogatoire serait de nature à entraîner un risque grave de trouble à l'ordre public, d'évasion ou de modification des preuves, la perquisition peut être réalisée en présence de deux témoins sur autorisation du parquet¹. Si un tel cas se produit au cours d'une enquête préliminaire dérogatoire, la même solution est possible seulement si l'individu en question ne consent pas à la perquisition. Il faudra alors l'autorisation du juge des libertés et de la détention. Ici, la distribution des fonctions est modifiée puisqu'intervient alors l'organe juge à la place de l'organe parquetier. Cette différence, que les travaux préparatoires de la loi du 9 mars 2004 ne permettent pas d'expliquer autrement que par la gradation de l'intervention des organes de garantie des droits, est significative. Elle n'implique toutefois pas de changement total du constat selon lequel, en France, la proximité temporelle de l'infraction ne joue *qu'à la marge* sur la distribution des pouvoirs-fonctions.

Allant plus loin, le refus de toute adaptation de cette distribution à la proximité de l'infraction doit être argumenté et justifié.

2. Les raisons du refus

347. L'incohérence de l'adaptation. Songer à adapter l'équilibre des pouvoirs au regard de la proximité temporelle de l'infraction – en somme, dire que parce que les faits viennent de se produire la titularité des fonctions devrait changer – serait incohérent au regard du principe même de l'équilibre des pouvoirs, ce qui implique, peu ou prou, les mêmes développements que lors de la réfutation de l'adaptation de l'équilibre à la gravité de l'infraction².

Notre approche de l'équilibre des pouvoirs est fondée sur l'idée, reprise des rapports de la Commission justice et droits de l'homme, que « la procédure pénale conduit du fait au droit »³. Cela implique que la connaissance des faits, c'est-à-dire l'investigation, revêt une place primordiale et se trouve être la clé de lecture, avec la garantie des droits fondamentaux, de l'équilibre des pouvoirs à approcher. Or, de la même manière que la

¹ Ici, s'entrecroisent plusieurs fonctions : la fonction d'investigation et la fonction de protection de la procédure.

² V. *supra* n° 331.

³ M. DELMAS-MARTY (prés.), « Rapport préliminaire sur la mise en état des affaires pénales », *op. cit.*, spéc. p. 11.

gravité n'implique pas de modification de la difficulté de la connaissance des faits, *la proximité temporelle de l'infraction n'implique pas en soi une telle modification*. On pourrait même penser que, parce que les faits sont encore « frais » et le cadavre « chaud », le déroulement des événements s'offre plus facilement à l'enquêteur.

Pourtant, il est de coutume de justifier, au moins dans le premier temps de l'analyse, l'enquête de flagrance et les mesures attentatoires qui vont avec au motif que, l'infraction venant de se commettre, il faudrait, pour grossir le trait, « taper vite et fort ». Ainsi Jean Pradel commence par noter qu'« il n'a jamais été discuté que des règles spéciales à caractère nettement *répressif* devaient régir l'infraction flagrante »¹. Nous maintenons cependant que la proximité de l'infraction n'emporte aucune nécessité cognitive de changer l'équilibre des pouvoirs. Que l'on veuille parfois, par des mesures fortement attentatoires, opérer une anticipation de la peine et, donc, de la répression est autre chose. Cela ne saurait cependant concerner la distribution des pouvoirs qui doit reposer sur l'investigation et donc sur la connaissance des faits et les difficultés éprouvées à y parvenir.

348. (In)utilité de l'enquête française de flagrance. Cette incohérence de l'adaptation de l'équilibre des pouvoirs à la proximité temporelle de l'infraction conduit naturellement à s'interroger sur l'utilité du maintien de la distinction actuelle entre enquête préliminaire et enquête de flagrance. Jacques Beaume, dans son rapport sur la procédure pénale, soulève la question au regard des différents projets d'unification de la phase préparatoire². Trois arguments pour le maintien de la distinction sont avancés. Le rapprochement des deux cadres d'enquête ne saurait tout d'abord emporter d'obligation d'unification puisque demeurent des différences et que cela entraînerait un retrait du ministère public au profit de la police. Cet argument ne paraît cependant pas très convaincant, nous qui avons pu proposer une certaine policierisation de la phase préparatoire dans ce qu'elle a de logique et d'encadrée. Le rapport estime ensuite que le passage d'une notion de flagrance à une notion d'urgence ne permettrait aucune avancée, entraînant « une subjectivité source de contentieux infinis [ou] une automaticité contraire à son objectif »³. Cet argument, qui concerne la question de l'adaptation de la distribution à l'urgence des investigations, paraît particulièrement défaitiste et nous tenterons de

¹ J. PRADEL, *Procédure pénale*, op. cit., n° 647 (nous soulignons).

² J. BEAUME, *Rapport sur la procédure pénale*, 2014, p. 14.

³ *Ibid.*

proposer, compte tenu de la comparaison des droits, une notion d'urgence contrôlable¹. Surtout, Jacques Beaume invoque un dernier argument assez surprenant :

« À une époque d'instabilité procédurale incommensurable, et donc de déstabilisation des enquêteurs, du ministère public, des avocats, et du reste, des juges, il est apparu à la mission absolument nécessaire, au risque d'une accusation de conservatisme, que soit confirmé dans notre procédure un point de stabilité connu et reconnu par tous, qui s'apprécie dès le début de l'enquête et en fixe le régime pour tout son déroulé, même limité dans le temps. En quelque sorte "un socle" de notre activité procédurale, protecteur d'une forme de sécurité juridique. »²

Il reste que ce « socle » propre à apporter une certaine sécurité juridique brouille notre approche fondée sur les exigences cognitives. Il faut donc aller plus loin pour découvrir le véritable rôle de la flagrance.

349. L'incidence réelle de la proximité de l'infraction. La doctrine explique en réalité la nécessité des mesures attentatoires en cas de flagrance par *l'urgence*, ce qui est toute autre chose que la simple proximité de l'infraction. Ainsi Jean Pradel précise que « si les actes de l'enquête de flagrance ont un caractère contraignant [...] c'est *uniquement* en raison de l'urgente nécessité qu'il y a à recueillir les éléments de preuve qui peuvent rapidement disparaître »³. De même, Serge Guinchard et Jacques Buisson affirment que l'enquête de flagrance « a pour fondement l'*urgence* qu'il y a à recueillir les preuves encore existantes, indispensables à la manifestation de la vérité, d'une infraction dont la commission est récente »⁴. Cette apparition de l'urgence en filigrane de la flagrance conduit à s'interroger sur l'incidence réelle de la proximité de l'infraction.

Il nous semble qu'en réalité, la flagrance devrait constituer une véritable *présomption légale d'urgence*⁵, ce qui correspondrait à l'analyse de la doctrine italienne mais aussi aux considérations des auteurs français. En d'autres termes, le législateur

¹ V. *infra* n° 382 et s.

² J. BEAUME, *Rapport sur la procédure pénale*, *op. cit.*, p. 14.

³ J. PRADEL, *Procédure pénale*, *op. cit.*, n° 654 (nous soulignons). V. aussi M. NORD-WAGNER, *L'urgence en procédure pénale*, *op. cit.*, n° 71 ; F. FOURMENT, *L'arrestation, menace à la liberté individuelle, devant le droit français (de source nationale et internationale)*, Thèse Paris 2, 1995, Tome I, p. 163.

⁴ S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, *op. cit.*, n° 650. V. aussi S. GUINCHARD, « Les procédures d'urgence dans le contentieux pénal », dans O. GOHIN (dir.), *Les procédures d'urgence : approche comparative*, éd. Panthéon Assas, 2008, p. 33, spéc. p. 34.

⁵ *Contra*, voyant dans la flagrance une « variante » de l'urgence, M. NORD-WAGNER, *L'urgence en procédure pénale*, *op. cit.*, n° 181 et s.

pourrait tout à fait prévoir dans certains cas une modulation de l'équilibre des pouvoirs au regard de la situation de flagrance, car celle-ci laisse présumer à ses yeux une situation de risque de complication de la connaissance des faits, les preuves fraîchement nées risquant de disparaître. Comme le notent certains auteurs italiens, dans l'hypothèse de la flagrance, l'urgence est « *in re ipsa* »¹, c'est-à-dire dans la configuration même des choses. *La flagrance permettrait ainsi, dans certaines hypothèses, de substituer ses conditions à celles, qu'il reste à définir, de l'urgence. Autrement dit, dans les hypothèses de flagrance, les modulations de l'équilibre des pouvoirs propres à l'urgence s'appliqueraient alors même que les conditions de l'urgence ne seraient peut-être pas remplies.* Il suffirait que les conditions de la flagrance, présomption légale d'urgence, le soient. En Allemagne, l'arrestation provisoire doit être justifiée par la flagrance *et* par le risque de fuite ou d'absence de la personne, c'est-à-dire par l'urgence². En Italie, les perquisitions sur initiative de la police supposent une procédure en flagrance et que les officiers aient « un motif fondé de retenir que sur la personne se trouvent cachées des choses ou traces pertinentes à l'infraction *qui peuvent être supprimées ou dispersées* ou bien que de telles choses ou traces se trouvent dans un lieu déterminé ou que dans ce lieu se trouve la personne soumise aux enquêtes ou l'évadé »³. En France, enfin, Jacques Beaume admet que « pour une grande part, la notion même de flagrance comprend implicitement la notion d'urgence »⁴.

La flagrance, si elle doit être prise en compte, doit agir comme une présomption légale d'urgence permettant de substituer ses conditions à celles de l'urgence dans le recours à une distribution adaptée qu'il reste maintenant à déterminer. En d'autres termes, la distinction entre enquête préliminaire et enquête de flagrance devrait être supprimée au profit d'un régime unique adapté en cas d'urgence⁵.

¹ M. BARGIS *et al.*, *Compendio di procedura penale*, *op. cit.*, p. 521.

² Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 127 et 127 b.

³ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 352 al. 1 : « ... gli ufficiali di polizia giudiziaria procedono a perquisizione personale o locale quando hanno fondato motivo di ritenere che sulla persona si trovino occultate cose o tracce pertinenti al reato che possono essere cancellate o disperse ovvero che tali cose o tracce si trovino in un determinato luogo o che ivi si trovi la persona sottoposta alle indagini o l'evaso » (nous soulignons).

⁴ J. BEAUME, *Rapport sur la procédure pénale*, *op. cit.*, p. 14.

⁵ V. en ce sens M. NORD-WAGNER, *L'urgence en procédure pénale*, *op. cit.*, n° 78.

Section 2

L'adaptation nécessaire à l'urgence

350. Si la gravité de l'infraction ne doit pas avoir d'incidence sur la répartition des pouvoirs, et si la proximité temporelle de celle-ci n'est en réalité qu'une présomption (simple) d'urgence, nous sommes logiquement amenés à nous intéresser à la notion d'urgence et aux conséquences qu'elle pourrait avoir sur la distribution des pouvoirs. D'une manière plus générale, l'urgence impose au droit de s'adapter, lui qui s'inscrit généralement dans un temps assez long ou en tout cas serein¹. Pour autant, l'urgence est une notion particulièrement fuyante en même temps que dangereuse : tout, en cherchant bien, peut-être urgent², et ce sur la durée – la France a bien été dans un état d'*urgence* pendant sept-cent-dix-neuf jours. Aussi convient-il de bien comprendre l'urgence et ses risques (§ 1) afin de pouvoir la prendre en compte de la manière la plus adéquate possible (§ 2).

§ 1. La compréhension de l'urgence

351. La compréhension de l'urgence, préalable à sa prise en compte, suppose de savoir de quoi l'on parle, c'est-à-dire de tenter de définir l'urgence, aussi périlleuse que soit l'entreprise. Cette définition, qui sera propre à la question de l'équilibre des pouvoirs dans la phase préparatoire, nécessite d'étudier les différents sens de l'urgence qu'offrent les droits français, allemand et italien (A), ce qui alimentera nos réflexions sur le sens retenu dans le cadre de nos réflexions françaises (B).

A. Les compréhensions actuelles de l'urgence

352. La quête d'une définition de l'urgence suppose au préalable quelques précisions, afin de cerner *ab initio* le cadre de la recherche. En effet, nous avons bien conscience de l'extrême difficulté de définir l'urgence, dans quelque branche du droit que

¹ M. NORD-WAGNER, *L'urgence en procédure pénale*, op. cit., n° 4.

² V. en ce sens M. NORD-WAGNER, *L'urgence en procédure pénale*, op. cit., n° 176.

ce soit. On a ainsi pu souligner que la notion était « insaisissable »¹ ou à tout le moins « complexe »² et que « s'il est facile d'avoir une connaissance intuitive de ce qu'est l'urgence, il est plus difficile d'essayer d'en restituer une définition claire »³. Philippe Jestaz, lui, avertit que « définir l'urgence de façon rigoureuse est une entreprise vouée à l'échec »⁴ – l'urgence serait ainsi « insaisissable »⁵. Aussi les lignes qui suivent n'entendent absolument pas aboutir à une définition unique de l'urgence, ni même à une définition et à une étude de l'urgence dans toute la procédure pénale⁶. Le but est au contraire de circonscrire la recherche à celle *d'une définition de l'urgence dans le cadre de l'équilibre des pouvoirs dans la phase préparatoire du procès pénal de premier degré*. En d'autres termes, il s'agit de savoir ce qui peut être considéré comme urgent *au point de* modifier la distribution proposée. Pour ce faire, il convient d'étudier les définitions actuelles de cette urgence dans les différents droits. Les droits français, allemand et italien connaissent tous une modulation de la répartition des pouvoirs en cas d'urgence. Les procédures allemande et italienne, sans doute parce qu'il n'y a pas de véritable cadre procédural propre à la flagrance, sont véritablement marquées par l'utilisation de l'urgence dans l'adaptation de la distribution des pouvoirs (1). La France, elle, ne consacre pour l'instant que deux dispositions à une telle hypothèse (2).

1. Les compréhensions étrangères de l'urgence

353. La compréhension allemande de l'urgence dans le cadre de la distribution des pouvoirs. En Allemagne, la Constitution⁷ comme le Code de procédure pénale⁸

¹ G. TCHIVOUNDA PAMBOU, « Recherche sur l'urgence en droit administratif français », *RDP* 1983, p. 81.

² P.-L. FRIER, *L'urgence*, LGDJ, 1987, n° 8 ; G. MICHEL, *La notion d'urgence en droit administratif de l'environnement*, Thèse Limoges, 2006, p. 7.

³ M. NORD-WAGNER, *L'urgence en procédure pénale*, *op. cit.*, n° 5.

⁴ P. JESTAZ, *L'urgence et les principes classiques du droit civil*, LGDJ, 1968, n° 9.

⁵ *Ibid.*, n° 10. V. aussi G. TCHIVOUNDA PAMBOU, « Recherche sur l'urgence en droit administratif français », *op. cit.*

⁶ Sur ce point v. M. NORD-WAGNER, *L'urgence en procédure pénale*, *op. cit.* Plus succinctement, v. M. NORD-WAGNER, « L'urgence en procédure pénale », *Rev. pénit.* 2006, p. 261.

⁷ Loi fondamentale allemande (*Grundgesetz* ou *GG*), art. 13 (inviolabilité du domicile).

⁸ Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 81f et 81g (investigations ADN), § 98 (saisie), § 98b (recherche informatique par critères ou *Rasterfahndung*), § 100 (saisie postale), §§ 100e et s. (écoutes téléphoniques, sonorisation de lieux autres que ceux à usage d'habitation, *IMSI Catcher*), § 105 (perquisitions), § 110b (infiltration), § 111 (instauration de points de contrôle policiers pour rechercher l'auteur d'une infraction), § 127 (arrestation provisoire) ; § 131 (mandat d'arrestation pris sur le fondement d'une décision de placement en détention provisoire) ; § 131c (diffusion du signalement d'une personne soupçonnée dans les médias), § 132 (fourniture de sûreté en l'absence de domicile ou de réunion des

prévoient une modification de la répartition des pouvoirs en cas d'urgence. En grossissant le trait, la distribution est alors modifiée de la façon suivante¹ : la réserve du juge se transforme en contrôle *a posteriori* ou est parfois supprimée², tandis que le ministère public voire la police vont pouvoir prendre seuls des mesures attentatoires. Les textes normatifs parlent essentiellement de péril en la demeure (*Gefahr im Verzug*)³, plus rarement de mise en danger de la réussite des investigations pour cause de retard⁴ ou encore de risque d'altération de l'objet saisi si l'on devait attendre la décision de l'organe compétent⁵ – ces différentes dénominations devant être considérées comme équivalentes⁶. La doctrine, elle, s'accorde à dire qu'il y a péril en la demeure lorsque « l'obtention préalable de l'ordre du juge mettrait en danger le succès de la mesure attentatoire envisagée »⁷.

Quant à la jurisprudence, sa définition de l'urgence est similaire. Déjà la Cour impériale de justice (*Reichsgericht*) affirmait, en matière de perquisition, qu'il y avait péril

conditions du mandat d'arrêt européen), § 163 (clause générale des pouvoirs d'investigation de la police), § 163d (stockage et comparaison de données issues de contrôles aux frontières), § 163e (enregistrement vidéo des personnes passant un point de contrôle policier établis pour la recherche de certaines infractions graves), § 163f (surveillance policière de longue durée) ; § 165 (clause générale des pouvoirs d'urgence du juge).

¹ Pour une présentation plus détaillée, v. *infra* n° 382 ets.

² Il en va ainsi pour certains cas de saisies réalisées en urgence par le ministère public ou la police : v. Code de procédure pénale allemand (*Stafprozessordnung* ou *StPO*), § 98.

³ L'expression *Gefahr im Verzug* apparaît plus de quatre-vingts fois dans le Code de procédure pénale allemand.

⁴ V. par exemple Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 81a II : « Die Anordnung steht dem Gericht, bei Gefährdung des Untersuchungserfolges durch Verzögerung auch der Staatsanwaltschaft und ihren Ermittlungspersonen zu » (nous soulignons).

⁵ V. par exemple Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 111p al. 2 : « Die Notveräußerung wird durch die Staatsanwaltschaft angeordnet. Ihren Ermittlungspersonen steht diese Befugnis zu, wenn der Gegenstand zu verderben droht, bevor die Entscheidung der Staatsanwaltschaft herbeigeführt werden kann » (nous soulignons).

⁶ Y.-H. LIN, *Richtervorbehalt und Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe*, Peter Lang, 1998, note 73 p. 40 ; C. BITZIGEIO, *Der Richtervorbehalt im Spannungsfeld normativer Anforderungen und polizeilicher Praxis*, Verlag für Polizeiwissenschaft, 2015, p. 21.

⁷ J. BRÜNING, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, Nomos, 2005, p. 179 : « Nach allgemeiner Ansicht ist Gefahr immer dann im Verzug, wenn die vorherige Einholung der richterlichen Aordnung den Erfolg des jeweiligen strafprozessualen Grundrechtseingriffs gefährden würde ». V. aussi M. SOINÉ, *Ermittlungsverfahren und Polizeipraxis*, Kriminallistik, 2013, p. 45 ; S. HÜLS, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, BWV, 2007, p. 294 ; W. BEULKE et S. SWOBODA, *Strafprozessrecht*, *op. cit.*, n° 238, 241 et 258 ; H.-H. KÜHNE, *Strafprozessrecht*, *op. cit.*, n° 409.1 et s. ; C. BITZIGEIO, *Der Richtervorbehalt im Spannungsfeld normativer Anforderungen und polizeilicher Praxis*, *op. cit.*, p. 21 ; O. LEPSISUS, « Die Unverletzlichkeit der Wohnung bei Gefahr im Verzug », *Jura* 2002, p. 259 ; H. OSTENDORF et J. BRÜNING, « Die gerichtliche überprüfbarkeit der Voraussetzungen von "Gefahr im Verzug" », *JuS* 2001, p. 1063 ; M. RABE VON KÜHLEWEIN, « Normative Grundlagen der Richtervorbehalte », *GA* 2002, p. 636 ; Y.-H. LIN, *Richtervorbehalt und Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe*, *op. cit.*, note 170 p. 166 ; U. KINDHÄUSER, *Strafprozessrecht*, *op. cit.*, p. 113. V. encore *Meyer-Gofßner/Schmitt StPO* § 98 Rn. 6 ; *BeckOK StPO* §§ 98 Rn. 2a ainsi que 105 Rn. 6 et *Jarass/Pieroth GG* art. 13 Rn. 19. Ursulla Nelles propose, elle, une définition plus détaillée. Le péril en la demeure serait « la possibilité évidente, fondée sur les faits, que le retard causé par la saisine du juge conduise à la mise en échec du résultat attendu. Le pronostic objectif des autorités de poursuite fondé sur les faits alors connus joue un rôle décisif » : U. NELLES, *Kompetenzen und Ausnahmekompetenzen in der Strafprozeßordnung : Zur organisationsrechtlichen*

en la demeure « lorsque le succès de la perquisition a été mis en danger à la suite du retard qu'aurait entraîné l'obtention de l'ordre du juge »¹, rejoint en cela par la Cour constitutionnelle fédérale². Dans un arrêt de principe du 20 février 2001, les juges de Karlsruhe rappellent que le « péril en la demeure » au regard duquel l'article 13 de la Loi fondamentale autorise une atteinte à l'inviolabilité du domicile par d'autres organes que le juge doit être interprété de manière stricte. Surtout, l'arrêt précise de manière très claire les hypothèses où les organes policiers ou parquetiers peuvent conclure à l'urgence :

« Les autorités de poursuite doivent par principe tenter d'obtenir une ordonnance du tribunal compétent avant de commencer une perquisition. Ce n'est que dans des situations exceptionnelles, si le retard dû à une telle tentative risque de compromettre le succès de la perquisition, qu'ils peuvent eux-mêmes prendre une telle mesure au regard du péril en la demeure, sans demander au préalable de décision au juge. Le péril en la demeure ne peut pas être justifié uniquement par l'indication abstraite qu'une décision du juge ne peut généralement pas être obtenue à un certain moment ou dans un certain délai. »³

L'urgence, en Allemagne, doit donc être comprise comme la mise en échec de la réussite de la mesure envisagée s'il était fait appel à l'organe régulièrement compétent pour y procéder.

354. La compréhension italienne de l'urgence dans le cadre de la distribution des pouvoirs. Le système italien prévoit un système proche du droit allemand, puisqu'une modification de la répartition des pouvoirs est prévue par la Constitution⁴ comme par la

Funktion des Begriffs "Gefahr im Verzug" im Strafverfahrensrecht, Dunckler & Humblot, 1980, p. 148 et 177 (« Gefahr im Verzug ist die durch Tatsachen begründete naheliegende Möglichkeit, daß die durch Anrufung des Richters eintretende zeitliche Verzögerung zu einer Vereitelung des mit der Maßnahme erstrebten Erfolges führen wird. Maßgebend ist die nachträglich objektive Prognose der Verfolgungsbehörde aufgrund der Tatsachen, die nach dem Stande der Ermittlungen im Zeitpunkt des Einschreitens bekannt waren »).

¹ Cour imp. de justice, 1^{er} déc. 1892 (RGSt 23, 334) : « wenn der Erfolg der Durchsuchung eine Gefährdung erlitte, zufolge der Verzögerung, die durch die Erwirkung der richterlichen Anordnung eintreten würde ».

² Cour constitutionnelle fédérale allemande, 3 avril 1979, 1 BvR 994/76 (BVerfGE 51, 97), spéc. n° 40 ; Cour constitutionnelle fédérale allemande, 20 février 2001, 2 BvR 1444/00 (BVerfGE 103, 142), spéc. n° 20.

³ Cour constitutionnelle fédérale allemande, 20 février 2001, 2 BvR 1444/00 (BVerfGE 103, 142), spéc. n° 40 : « Die Strafverfolgungsbehörden müssen regelmäßig versuchen, eine Anordnung des instanzuell und funktionell zuständigen Richters zu erlangen, bevor sie eine Durchsuchung beginnen. Nur in Ausnahmesituationen, wenn schon die zeitliche Verzögerung wegen eines solchen Versuchs den Erfolg der Durchsuchung gefährden würde, dürfen sie selbst die Anordnung wegen Gefahr im Verzug treffen, ohne sich zuvor um eine richterliche Entscheidung bemüht zu haben. 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 ». Sur l'importance de cet arrêt, v. G. FEZER, « Effectiver Rechtsschutz bei Verletzung der Anordnungsvoraussetzung "Gefahr im Verzug" », dans *Festschrift für Peter Riess*, De Gruyter, 2002, p. 93.

⁴ Constitution italienne (*Costituzione della Repubblica italiana*), arts. 13 (liberté personnelle) et 21 (saisie de presse).

loi¹ en cas d'urgence (*urgenza*). D'une manière schématique, la distribution est ainsi modifiée² : la réserve du juge se transforme en contrôle *a posteriori* et la répartition des pouvoirs entre ministère public et police est repensée au profit de cette dernière. Les termes employés sont sans doute plus explicites, bien que plus variés, que le « péril en la demeure » allemand. En effet, la Constitution précise que la dérogation a lieu « dans des cas exceptionnels de nécessité et d'urgence »³ s'agissant de la liberté personnelle et, surtout, « lorsque l'urgence est absolue et que l'intervention de l'autorité judiciaire ne peut avoir lieu en temps utile »⁴ s'agissant des saisies de la presse périodique. Le Code, lui, vise au choix : la présence d'un « motif fondé de retenir que le retard peut causer un préjudice grave aux investigations »⁵ ; le fait qu'il « n'est pas possible d'attendre l'acte du juge »⁶ ou, d'une manière très proche, que « des circonstances particulières ne permettent pas une décision du juge en temps utile »⁷ ; la simple urgence, étant précisé qu'il faut dans tous les cas un risque de perte de la preuve⁸ ; le fait qu'il est à craindre que « les choses, traces ou lieux ne s'abiment, ne se dispersent ou ne se modifient et que le ministère public ne puisse pas intervenir en temps utile »⁹ ; ou, enfin, la présence d'un « motif fondé de retenir que le

¹ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), arts. 267 (interception de conversations et de communications), 321 (saisie préventive), 352 (perquisitions), 353 (suspension d'expédition de certaines correspondances susceptibles d'être saisies), 354 (constatations et agissements d'urgence sur les lieux de l'infraction), 359 bis (prélèvement forcé).

² Pour une présentation détaillée, v. *infra* n° 372 et s.

³ Constitution italienne (*Costituzione della Repubblica italiana*), art. 13 al. 3 : « Dans des cas exceptionnels de nécessité et d'urgence, expressément prévus par la loi, l'autorité de police peut prendre des mesures provisoires, qui doivent être communiquées dans les quarante-huit heures à l'autorité judiciaire. Si cette autorité ne confirme pas ces mesures dans les quarante-huit heures qui suivent, celles-ci sont considérées comme rapportées et sont privées de tout effet ».

⁴ Constitution italienne (*Costituzione della Repubblica italiana*), art. 21 al. 4 : « ...lorsque l'urgence est absolue et que l'intervention de l'autorité judiciaire ne peut avoir lieu en temps utile, la saisie de la presse périodique peut être effectuée par des officiers de police judiciaire, qui doivent immédiatement, et au plus tard dans les vingt-quatre heures, en avvertir l'autorité judiciaire. Si celle-ci ne confirme pas la saisie dans les vingt-quatre heures qui suivent, la saisie est considérée comme révoquée et privée de tout effet ».

⁵ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 267 al. 2 : « *Nei casi di urgenza, quando vi è fondato motivo di ritenere che dal ritardo possa derivare grave pregiudizio alle indagini*, il pubblico ministero dispone l'intercettazione con decreto motivato, che va comunicato immediatamente e comunque non oltre le ventiquattro ore al giudice indicato nel comma 1 » (nous soulignons).

⁶ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 321 al. 3 bis : « Nel corso delle indagini preliminari, quando *non è possibile, per la situazione di urgenza, attendere il provvedimento del giudice*, il sequestro è disposto con decreto motivato dal pubblico ministero » (nous soulignons).

⁷ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 352 al. 2 : « Quando si deve procedere alla esecuzione di un'ordinanza che dispone la custodia cautelare o di un ordine che dispone la carcerazione nei confronti di persona imputata o condannata per uno dei delitti previsti dall'articolo 380 ovvero al fermo di una persona indiziata di delitto, gli ufficiali di polizia giudiziaria possono altresì procedere a perquisizione personale o locale se ricorrono i presupposti indicati nel comma 1 e sussistono *particolari motivi di urgenza che non consentono la emissione di un tempestivo decreto di perquisizione* » (nous soulignons).

⁸ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 353, al. 2 et 3.

⁹ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 354 al. 2 : « *Se vi è pericolo che le cose, le tracce e i luoghi indicati nel comma 1 si alterino o si disperdano o comunque si modifichino e il pubblico*

retard peut préjudicier d'une manière grave *et irréparable* les investigations »¹. Les auteurs tendent soit à reprendre les termes de la loi², soit à parler simplement d'urgence³.

À notre connaissance, les juges de la Cour constitutionnelle n'ont jamais eu à préciser le sens qu'il fallait donner aux différentes expressions légales. Ils ont toutefois précisé dès 1972 la signification à donner aux cas exceptionnels de nécessité et d'urgence prévus à l'article 13 de la Constitution permettant une privation de liberté par la police judiciaire. Les termes sont explicites :

«La Cour, statuant sur l'article 236 du Code de procédure pénale prévoyant l'arrestation facultative, a entre autres retenu que les exigences de nécessité et d'urgence de l'article 13 alinéa 3 de la Constitution, qui conditionnent l'initiative de la police judiciaire, sont à considérer au regard *des exigences d'acquisition et de conservation des preuves*. Cette considération joue, à plus forte raison, dans les hypothèses d'arrestation obligatoire en cas de flagrance, cas où l'appréciation des organes de police judiciaire est encore plus réduite, ne devant tenir aucun compte des qualités morales du sujet en cause. »⁴

A en revanche été censurée la prévision d'une obligation d'arrêter toute personne suspectée d'avoir commis une infraction militaire en flagrance comme trop générale, le caractère militaire de l'infraction ne pouvant permettre de supposer l'urgence⁵.

Il paraît possible de tirer des différentes dispositions italiennes une certaine compréhension de l'urgence, qui suppose un risque de perte ou de détérioration d'indices

ministero non può intervenire tempestivamente, ovvero non ha ancora assunto la direzione delle indagini, gli ufficiali di polizia giudiziaria compiono i necessari accertamenti e rilievi sullo stato dei luoghi e delle cose » (nous soulignons).

¹ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 359 bis al. 2 : « Nei casi di urgenza, quando vi è fondato motivo di ritenere che dal ritardo possa derivare grave o irreparabile pregiudizio alle indagini, il pubblico ministero dispone lo svolgimento delle operazioni con decreto motivato contenente i medesimi elementi previsti dal comma 2 dell'articolo 224 bis, provvedendo a disporre l'accompagnamento coattivo, qualora la persona da sottoporre alle operazioni non si presenti senza addurre un legittimo impedimento, ovvero l'esecuzione coattiva delle operazioni, se la persona comparsa rifiuta di sottoporvisi ».

² V. par exemple, pour les interceptions de conversations et de communications, M. BARGIS *et al.*, *Compendio di procedura penale*, *op. cit.*, p. 369 ; M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, *op. cit.*, p. 426 ; A. MORGIGNI, *L'attività della polizia giudiziaria*, Giuffrè, 2002, p. 622.

³ V. par exemple, pour les interceptions de conversations et de communications, O. DOMINIONI *et al.*, *Procedura penale*, 6^e éd., Giappichelli, 2018, p. 343.

⁴ Cour constitutionnelle italienne, 13 janvier 1972, n° 3 : « La Corte, statuendo sull'art. 236 cod. proc. pen., che disciplina l'arresto facoltativo, ha ritenuto, tra l'altro, che gli estremi della necessità e dell'urgenza, di cui all'art. 13, terzo comma, Cost., cui è condizionata l'iniziativa della polizia giudiziaria, vanno considerati in relazione *alle esigenze dell'acquisizione e della conservazione delle prove*. Tale rilievo vale, a maggior ragione, per le ipotesi dell'arresto obbligatorio in flagranza, nel quale ancora più circoscritta è la valutazione degli organi di polizia giudiziaria, non dovendo essi tenere alcun conto delle qualità morali del soggetto » (nous soulignons).

⁵ Cour constitutionnelle italienne, 26 octobre 1989, n° 503.

ou de preuves, mais aussi l'impossibilité pour le titulaire légitime du pouvoir d'intervenir à temps.

355. Leçons étrangères. L'étude de la définition de l'urgence dans le cadre des distributions allemande et italienne des pouvoirs permet de faire ressortir une constante : le risque d'échec de la mesure si une décision n'est pas prise, justement, *en urgence* par un organe autre que celui en principe compétent. Reste à savoir si une telle constante se retrouve en France.

2. La compréhension française de l'urgence

356. Une appréhension récente. Le système français connaît actuellement deux dispositions impliquant à la marge une modulation de la distribution des pouvoirs en cas d'urgence. Il s'agit des articles 230-35 et 706-95-4 du Code de procédure pénale, insérés respectivement en 2014¹ et 2016². Dans le premier cas, un officier de police judiciaire va pouvoir décider d'une géolocalisation en lieu et place du juge d'instruction ou du parquet. Dans le second, le ministère public va pouvoir décider du recours à un mécanisme d'*IMSI Catcher* en lieu et place du juge des libertés et de la détention. Dans tous les cas, une confirmation doit être donnée par le juge ou le parquet sous vingt-quatre heures.

Les travaux préparatoires de ces deux textes sont assez intéressants. En 2014, le projet de loi sur la géolocalisation présenté au Sénat ne comprend pas de modulation de la répartition des pouvoirs en cas d'urgence, prévoyant seulement une autorisation du juge d'instruction (information judiciaire) ou du parquet (enquête) donnée par tout moyen. C'est la Commission des lois du Sénat qui prévoit la compétence de l'officier de police judiciaire, prévoyant par contre une confirmation par le juge ou le parquet dans les douze heures³. L'Assemblée nationale salue le fait que le Sénat « a renversé et par là même simplifié la

¹ Loi n° 2014-372 du 28 mars 2014 relative à la géolocalisation.

² 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.

³ J.-P. SUEUR, *Rapport n° 284 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) sur le projet de loi relatif à la géolocalisation*, Sénat, 15 janvier 2014, p. 32.

logique présidant à l'installation d'une balise de géolocalisation en cas d'urgence »¹ mais passe ce délai à vingt-quatre heures, choix entériné par la commission mixte paritaire². Le projet de loi qui deviendra le texte du 3 juin 2016, ayant sans doute pris en compte ce cheminement, proposera dès sa première version soumise au Parlement une compétence d'urgence du ministère public pour recourir à l'*IMSI Catcher*, sous la même exigence d'une confirmation dans les vingt-quatre heures.

357. Une compréhension commune. Quoi qu'il en soit, les deux textes posent comme condition à la modulation de la répartition des pouvoirs un « cas d'urgence résultant d'un risque imminent de dépérissement des preuves ou d'atteinte grave aux personnes ou aux biens »³. Cette même définition était reprise par la loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, définitivement adoptée le 18 février 2019, qui prévoyait une clause d'urgence à la fois pour les « techniques spéciales d'enquête » que sont les sonorisations et fixations d'images de certains lieux ou véhicules, le recueil des données techniques de connexion (*IMSI Catcher*) et la captation des données informatiques mais aussi pour les interceptions de communications. Le Conseil constitutionnel a toutefois censuré ces dispositions dans sa décision du 21 mars 2019, au motif qu'un contrôle suffisant du juge n'était pas prévu⁴. Le juge des libertés et de la détention, qui devait autoriser ces mesures, n'aurait en effet pas eu accès à tous les éléments de la procédure. En d'autres termes, *la définition de l'urgence n'était pas en cause*. Quoi qu'il en soit, la loi publiée au journal officiel du 24 mars 2019 contient toujours la disposition en cause, ce qui amène à s'interroger sur un éventuel oubli ou mépris de la part du législateur... Cela n'enlève rien au fait que le Conseil, dans sa décision sur la loi de 2014, ne s'était pas attardé pas sur la définition de l'urgence, reprenant les termes du législateur⁵. La Cour de cassation, elle, n'a pas encore eu à se prononcer sur l'urgence dans le cadre de l'*IMSI Catcher*, mais ses

¹ S. PIETRASANTA, *Rapport n° 1732 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi, adopté par le Sénat après engagement de la procédure accélérée relatif à la géolocalisation*, Assemblée nationale, 28 janvier 2014, p. 14.

² S. PIETRASANTA et J.-P. SUEUR, *Rapport n° 1798 et 374 fait au nom de la commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion du projet de loi relatif à la géolocalisation*, Commission mixte paritaire, 18 février 2014.

³ Code de procédure pénale français, arts. 230-35 al. 1 et 706-95-4 al. 3.

⁴ Cons. const., 21 mars 2019, n° 2019-778 DC, considérants 138 et s. ainsi que 161 et s. ; *JORF* du 24 mars 2019.

⁵ Cons. const., 25 mars 2014, n° 2014-693 DC, considérant. n° 5 ; *JORF* du 29 mars 2014.

décisions se font toujours plus nombreuses sur le recours à la géolocalisation¹. Ces arrêts concernent néanmoins la question de la motivation et de l'application du régime d'urgence², non la définition même de l'urgence, seule à nous intéresser pour l'instant. Quant à la doctrine, on a pu noter s'agissant de l'article 706-95-4 qu'il n'est applicable qu'en matière de criminalité organisée et de terrorisme, matière où l'urgence prédomine³. Mais d'une manière générale, on ne semble pas remettre en question le contenu de la notion d'urgence⁴. Il faut reconnaître que les termes de la loi sont assez explicites pour comprendre l'urgence dans le cadre de l'équilibre des pouvoirs français. Celle-ci doit donc s'entendre, pour le moment, d'un danger imminent affectant non seulement la preuve mais aussi les personnes ou les biens.

La France rejoint en même temps qu'elle se démarque de l'Allemagne et de l'Italie. Si le Code de procédure pénale admet l'urgence en cas de risque de dépérissement de la preuve objet de la mesure, il est aussi précisé que l'urgence comprend le risque imminent d'une atteinte grave aux personnes ou aux biens, ce qui peut interroger. C'est alors passer des compréhensions de l'urgence au sens retenu.

¹ Au 28 février 2019, huit arrêts de la Cour de cassation ont été rendus concernant la mesure de géolocalisation en urgence, dont six rien que pour l'année 2018, dessinant un véritable « manuel de mise en place d'un dispositif de géolocalisation en urgence » (F. FOURMENT, « Géolocalisation : ne pas confondre urgence et précipitation », *Gaz. Pal.* 26 janvier 2016, p. 64). V. Cass. crim., 25 juillet 2018, n° 18-80.651, bull. numérique n° 2032 ; *Procédures* 2018, comm. 307 CHAVENT-LECLÈRE ; *Gaz. Pal.* 6 novembre 2018, p. 61 ; obs. FOURMENT ; Cass. crim., 20 juin 2018, n° 17-86.651, bull. numérique n° 1562 ; *Gaz. Pal.* 18 septembre 2018, p. 12, obs. MÉSA ; Cass. crim., 20 juin 2018, n° 17-86.657, bull. numérique n° 1519 ; *Gaz. Pal.* 18 septembre 2018, p. 12, obs. MÉSA ainsi que 6 novembre 2018, obs. FOURMENT ; Cass. crim., 9 mai 2018, n° 17-86.638, inédit ; *Dr. pén.* 2018, comm. 136 MARON et HAAS ; *Procédures* 2018, comm. 224 CHAVENT-LECLÈRE ; *Gaz. Pal.* 24 juillet 2018, p. 51, obs. FOURMENT ; Cass. crim., 9 mai 2018, n° 17-86.558, inédit ; *Dr. pén.* 2018, comm. 136 MARON ET HAAS ; *Procédures* 2018, comm. 224 CHAVENT-LECLÈRE ; *Gaz. Pal.* 24 juillet 2018, p. 51, obs. FOURMENT ; Cass. crim., 10 avril 2018, n° 17-85.607, inédit ; Cass. crim., 23 mai 2017, n° 16-87.323, bull. n° 140 ; Cass. crim., 17 novembre 2015, n° 15-84.025, bull. n° 529 ; *Rev. sc. crim.* 2016, p. 369, obs. CORDIER ; *Procédures* 2016, comm. 26 CHAVENT-LECLÈRE ; *Gaz. Pal.* 19 décembre 2015, p. 18, obs. MÉSA ainsi que 26 janvier 2016, p. 64, obs. FOURMENT.

² Sur laquelle v. *infra* n° 389.

³ O. CAHN, « Réflexions désabusées sur le chapitre I du titre I de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 », *AJ Pénal* 2016, p. 408.

⁴ Documents consultés : H. MATSOPOULOU, « Les nouveaux moyens de preuve au service de la criminalité organisée – à propos de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 », *JCP G* 2016, act. 707 ; E. VERGÈS, « La procédure pénale à son point d'équilibre », *Rev. sc. crim.* 2016, p. 551 ; C. RIBEYRE, « Loi n° 2016-6731 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 ? », *Dr. pén.* 2016, étude 17 ; O. CAHN, « Réflexions désabusées sur le chapitre I du titre I de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 », *op. cit.*

B. Le sens retenu

358. La comparaison des droits permet d'amorcer le chemin d'une définition de l'urgence propre à l'équilibre des pouvoirs (1). L'urgence, parce qu'elle risque de modifier grandement la distribution des pouvoirs proposée, doit aussi être cernée dans ce qu'elle représente de dangereux (2), afin de mieux l'encadrer le moment venu.

1. La définition de l'urgence dans le cadre de l'équilibre des pouvoirs

359. Les deux éléments de l'urgence. Pour mieux cerner, au-delà de la comparaison des droits, ce que peut être l'urgence, sans doute faut-il revenir au langage commun. Une chose est urgente « qui est pressante, qui ne souffre point de retardement »¹. Il existe donc une forte dimension temporelle dans l'urgence, qui a un lien avec l'absence de retard, avec l'immédiateté. Cette temporalité de l'urgence permet d'ailleurs de la distinguer de la nécessité². Surtout, dire que quelque chose est urgent implique en réalité un double jugement puisque la situation doit non seulement présenter des caractéristiques imposant « d'agir vite »³ mais aussi – et surtout – d'agir *plus* vite que selon le modèle normal. C'est-à-dire que l'urgence repose certes sur des conditions préalables mais aussi sur une comparaison – on agit en urgence par rapport à notre comportement normal. Ce sont ces deux éléments qu'il conviendrait de prendre en compte.

360. Les circonstances imposant d'agir vite. La recherche des conditions imposant d'agir vite doit se rapporter au cadre de cette recherche, à savoir la procédure pénale et plus particulièrement sa phase préparatoire. Nous avons de nombreuses fois rappelé que la procédure pénale doit être considérée, à la suite des rapports sur la mise en état des affaires pénales, comme conduisant du fait au droit⁴. Il en découle que, pour « aller

¹ *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e éd., s. v. « Urgent ».

² P.-L. FRIER, *L'urgence*, *op. cit.*, n° 125 et s. ; M. NORD-WAGNER, *L'urgence en procédure pénale*, *op. cit.*, n° 247.

³ M. NORD-WAGNER, *L'urgence en procédure pénale*, *op. cit.*, n° 2 ainsi que n° 240 et s.

⁴ M. DELMAS-MARTY (prés.), « Rapport préliminaire sur la mise en état des affaires pénales », *op. cit.*, spéc. p. 11.

de l'avant »¹ vers cette traduction juridique, il importe de savoir ce qu'il s'est passé et de permettre un chemin serein et aussi peu troublé – et troublant – que possible vers le droit. D'où la présence de pouvoirs-fonctions d'investigation, de protection de la procédure mais aussi de décision de mise en mouvement de l'action publique, étape fondamentale du cheminement, dès la phase préparatoire du procès pénal². Mais toute cette activité ne doit pas mettre en péril les droits fondamentaux reconnus par l'État de droit en dehors des autorisations d'atteinte par lui concédées – d'où un pouvoir-fonction de garantie des droits et libertés. La distribution des pouvoirs repose tout entière sur cette appréhension de la procédure pénale comme conduisant du fait au droit dans le respect des libertés. Il se peut toutefois que cette distribution échoue à garantir un tel chemin. Or si l'urgence implique que les choses soient pressantes, l'urgence dans le cadre de la procédure pénale implique une nécessité temporelle d'avancer sur le chemin du fait au droit sous peine de voir la route bloquée. L'urgence désigne « ce qui ne peut attendre »³ et suppose « une menace à écarter, un obstacle à franchir »⁴.

En d'autres termes, la condition de l'urgence doit être *la mise en danger de l'activité procédurale qui ne pourrait plus aboutir sans agissement immédiat*. L'urgence est appréhendée d'une manière similaire dans les trois pays étudiés : les Allemands exigeront la compromission de la mesure envisagée⁵, les Italiens un risque de préjudice grave pour les investigations⁶, les Français « un risque imminent de dépérissement des preuves ou d'atteinte grave aux personnes ou aux biens »⁷. Cette dernière formulation, cependant, interroge : alors que la compréhension de l'urgence doit être basée sur la présence d'obstacles imminents sur le chemin du fait au droit, l'atteinte grave aux personnes ou aux biens peut paraître extérieure à de telles considérations. En effet, autant si le suspect d'un meurtre est en train de détruire les seules preuves l'incriminant on peut estimer qu'un obstacle va très rapidement se profiler au passage des faits au droit, autant s'il entend assassiner une autre personne on pourrait dire, d'une manière assez cynique, que le passage du fait au droit pour le premier meurtre n'est pas en soi compromis... un nouveau passage,

¹ Il s'agit du sens du terme latin *procedere*, dont est issu le substantif procédure : v. S. GUINCHARD et J. BUISSON, *op. cit.*, n° 2.

² V. *supra* n° 142.

³ M. NORD-WAGNER, *L'urgence en procédure pénale*, *op. cit.*, n° 5.

⁴ P. JESTAZ, *L'urgence et les principes classiques du droit civil*, LGDJ, 1968, n° 271 et s.

⁵ Cour constitutionnelle fédérale allemande, 20 février 2001, 2 BvR 1444/00 (BVerfGE 103, 142). V. *supra* n° 353.

⁶ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 267 al. 2. V. *supra* n° 354.

⁷ Code de procédure pénale français, arts. 230-35 al. 1 et 706-95-4 al. 3.

c'est-à-dire une nouvelle procédure, s'imposant pour les seconds faits. Ce serait cependant oublier que si la procédure pénale doit se fonder sur les faits pour en permettre la traduction juridique et que tout obstacle imminent à l'investigation réalise la condition préalable de l'urgence, ce passage du fait au droit doit avoir lieu de manière la plus sereine qu'il soit afin de répondre à des exigences élémentaires de justice. Or le suspect d'un meurtre qui commettrait un second crime de sang provoquerait un trouble à l'ordre public et, surtout, des remous médiatiques dont on imagine bien l'impact sur la sérénité de la procédure... En ce sens, la formulation française nous semble satisfaisante.

L'urgence, dans le cadre de l'équilibre des pouvoirs, devrait donc d'abord se fonder sur *un péril imminent de dépérissement de la preuve ou d'atteinte graves aux personnes ou aux biens*.

361. La comparaison imposant d'agir plus vite. Le Code français paraît en revanche extrêmement lacunaire s'agissant du *tertium comparationis* et oubliant que *toute urgence repose sur une comparaison*. Le tout n'est en effet pas de dire qu'il existe un péril imminent pour foncer à bride abattue dans les draps de l'urgence. Ce péril imminent pourrait très bien être levé par une activité normale. Une chose n'est urgente que parce qu'elle rend le comportement normalement adopté insuffisant à l'appréhender¹.

Expliquons-nous. L'officier de police judiciaire chargé d'une enquête ouverte pour des violences conjugales se rend au domicile du couple en question afin de constater les traces de lutte décrite par l'épouse. Il sonne. Le mari ouvre la porte et refuse que l'enquêteur pénètre dans son domicile. Il y a là obstacle à la connaissance des faits. Le comportement normal de l'agent serait de contacter le ministère public (investigation de niveau 3) afin qu'il saisisse le juge d'une demande d'autorisation d'une perquisition forcée. L'officier appelle le parquet compétent mais n'arrive à joindre aucun parquetier. C'est alors qu'il entend plusieurs coups sourds à l'intérieur de la maison, personne ne répondant au bout de la ligne². La poursuite du comportement normal serait totalement insuffisante à lever

¹ V. P. JESTAZ, *L'urgence et les principes classiques de droit civil*, op. cit., n° 14. V. aussi U. NELLES, *Kompetenzen und Ausnahmekompetenzen in der Strafprozeßordnung : Zur organisationsrechtlichen Funktion des Begriffs "Gefahr im Verzug" im Strafverfahrensrecht*, op. cit., p. 136.

² On a pu citer un temps d'attente record de trois heures et vingt-trois minutes avant de joindre un parquetier : v. C. GIUDICELLI, « Regards croisés sur la direction de l'enquête dans les procédures pénales », *AJ Pénal* 2008, p. 439.

l'obstacle se profilant – le meurtre ou les violences. Il y a donc *urgence* et la distribution des pouvoirs doit être modifiée.

C'est dire que l'admission de l'urgence repose sur une comparaison, en l'occurrence entre l'application de la distribution des pouvoirs de base et l'imminence du péril. Cet élément de comparaison, oublié par le législateur français, se retrouve en Italie où l'on exige par exemple que « l'intervention de l'autorité judiciaire ne [puisse] avoir lieu en temps utile »¹, ou encore qu'il ne soit « pas possible d'attendre l'acte du juge »². Le système allemand propose la même analyse, puisque doctrine et juges s'accordent à dire qu'il y a urgence lorsque « l'obtention préalable de l'ordre du juge mettrait en danger le succès de la mesure attentatoire envisagée »³.

L'urgence, dans le cadre de l'équilibre des pouvoirs, doit donc s'entendre comme **la situation de péril imminent d'atteinte grave à la preuve, aux personnes ou aux biens à laquelle ne peut répondre l'application normale de la distribution des pouvoirs**⁴. Cette définition, certes générale, a pour avantage de prévenir toute hypothèse factuelle à l'inverse d'une définition qui consisterait à lister les cas d'urgence⁵. L'absence de fixation d'un seuil temporel de l'urgence, qui ne saurait être qu'arbitraire⁶, participe elle aussi à ne pas trop rigidifier la définition afin de s'adapter à toute situation pratique. Quoi qu'il en soit, l'urgence n'est pas sans risques. Ce n'est qu'une fois les dangers de l'urgence établis que nous pourrions chercher à les atténuer⁷.

¹ Constitution italienne (*Costituzione della Repubblica italiana*), art. 21 al. 4.

² Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 321 al. 3 bis.

³ J. BRÜNING, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, *op. cit.*, p. 179 ; Cour constitutionnelle fédérale allemande, 20 février 2001, 2 BvR 1444/00 (BVerfGE 103, 142), spéc. n° 20. V. les références citées en note 7 p. 393.

⁴ « Il y aurait ainsi urgence dès que la préservation d'un intérêt légitime nécessite une réaction rapide que ne permettent pas les règles de droit commun et qu'il convient alors de déroger à la procédure ordinaire » : M. NORD-WAGNER, *L'urgence en procédure pénale*, *op. cit.*, n° 267. V. déjà, affirmant qu'« il n'y a urgence que lorsque l'autorité qui estime devoir accomplir une mesure dispose d'un délai insuffisant pour recourir à la procédure de droit commun » : M. DELMAS-MARTY (prés.), « Rapport final sur la mise en état des affaires pénales », *op. cit.*, spéc. p. 165-166. V. aussi, reprenant cette définition, CNCDH, 29 avril 2014, *Avis sur la refondation de l'enquête pénale*.

⁵ M. NORD-WAGNER, *L'urgence en procédure pénale*, *op. cit.*, n° 219.

⁶ P. JESTAZ, *L'urgence et les principes classiques de droit civil*, *op. cit.*, n° 9.

⁷ V. *infra* n° 382 et s.

2. Les dangers de l'urgence

362. Les deux risques de l'urgence. Si l'urgence apparaît être la seule modalité pratique à laquelle devrait s'adapter la distribution des pouvoirs, elle n'est pourtant pas sans dangers. Lorsqu'il aborde l'éventuel remplacement de la notion de flagrance par celle d'urgence, Jacques Beaume note deux dangers : la très grande subjectivité de la notion d'urgence ; le risque d'une automaticité¹.

363. La subjectivité de l'urgence. La notion d'urgence est en elle-même subjective puisqu'elle est purement factuelle et suppose en plus une comparaison, qui peut changer d'un agent à l'autre². L'urgence est donc une « notion variable »³. Adapter la distribution des pouvoirs à l'urgence emporte le danger de faire de chaque agent le juge du modèle à appliquer, décideur en puissance de la dérogation au modèle légalement prévu. Plus précisément, certains organes pourraient, par leur maîtrise de la procédure, provoquer eux-mêmes les conditions de l'activation de leur compétence d'urgence⁴.

Plus particulièrement, le spectre d'une omnipotence de la police, qui dépasserait la policiarisation proposée, inquiète : l'organe policier étant le plus déployé sur le terrain, il sera en principe le premier acteur à apprécier l'urgence et à opter pour une distribution des pouvoirs modifiée, on l'imagine, à son avantage. Ce péril est réel et doit être pris en compte, notamment lors de l'étude des exigences de motivation et de contrôle de l'urgence⁵. Surtout, ce risque de multiplication sans limites des décideurs de l'urgence et donc de l'adaptation de la répartition des pouvoirs entraîne un danger plus grave encore, l'automaticité de l'urgence.

364. L'automaticité de l'urgence. Admettre que l'urgence puisse modifier la distribution des pouvoirs proposée au profit, on le suppose, de la police et du parquet (donc

¹ J. BEAUME, *Rapport sur la procédure pénale*, op. cit., p. 14.

² Sur la subjectivité de la comparaison, v. *supra* n° 43. V. aussi, affirmant que « l'idée d'urgence est plus facilement ressentie que définie » : P. JESTAZ, *L'urgence et les principes classiques du droit civil*, op. cit., n° 11.

³ M. NORD-WAGNER, *L'urgence en procédure pénale*, op. cit., n° 5.

⁴ V. U. NELLES, *Kompetenzen und Ausnahmekompetenzen in der Strafprozeßordnung : Zur organisationsrechtlichen Funktion des Begriffs "Gefahr im Verzug" im Strafverfahrensrecht*, op. cit., p. 177.

⁵ V. *infra* n° 386 et s.

des mesures attentatoires) et au détriment du juge (donc des droits fondamentaux) peut laisser craindre une certaine attractivité de l'urgence au point d'en devenir un automatisme.

L'exemple allemand est ici éloquent. La doctrine note un contournement de la réserve du juge par une utilisation large de l'urgence¹. Les statistiques sont d'ailleurs alarmantes. Ainsi, l'étude de l'université de Bielefeld menée à la fin des années quatre-vingt-dix concernant les autorisations de procéder à des écoutes téléphoniques indique que dans 20,5 % des cas le procureur fait usage de sa compétence d'urgence². Janique Brüning montre dans une étude concernant quatre-cent-quatre-vingts procédures entre 1997 et 1999 que sur les deux-cent-sept perquisitions effectuées, 37,2 % ont été décidées par le parquet (4,83 %) ou la police (32,37 %), c'est-à-dire sur le fondement d'une compétence d'urgence³. De même, sur les cent-quatre-vingt-treize saisies opérées, seulement 58,04 % l'ont été sur ordre du juge, les autres étant décidées en urgence par le parquet (6,21 %) ou la police (37,75 %)⁴. Quant aux écoutes téléphoniques en revanche, 92,31 % des cent-quatre mesures observées ont été soumises à la réserve du juge⁵. Un tel recours à la compétence d'urgence semble, d'après plusieurs auteurs⁶, perdurer même après l'arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale du 20 février 2001 affirmant pourtant clairement que la réserve du juge est le principe et la compétence d'urgence l'exception⁷. On a parlé, en

¹ V. par exemple C. BITZIGEIO, *Der Richtervorbehalt im Spannungsfeld normativer Anforderungen und polizeilicher Praxis*, op. cit. ; H.-H. KÜHNE, *Strafprozessrecht*, op. cit., n° 409.1. ; C. ROXIN et B. SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, op. cit., p. 239 ; H. SATZGER, *Chancen und Risiken einer Reform des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens: Gutachten C zum 65. Deutschen Juristentag*, C.H. Beck, 2004, p. C115 et s. ; U. NELLES, *Kompetenzen und Ausnahmekompetenzen in der Strafprozeßordnung : Zur organisationsrechtlichen Funktion des Begriffs "Gefahr im Verzug" im Strafverfahrensrecht*, op. cit., p. 246 et s. Cette auteure avance même certaines sources laissant à penser que le renversement du rapport règle/exception a eu lieu dès le début du XX^e siècle (p. 179). V. encore, faisant état de critiques formulées dès les travaux préparatoires du Code impérial de procédure pénale, M. RABE VON KÜHLEWEIN, *Der Richtervorbehalt im Polizei- und Strafprozeßrecht*, op. cit., p. 46.

² O. BACKES et al., *Kurzfassung des Abschlußberichtes zum Forschungsprojekt "Wirksamkeitsbedingungen von Richtervorhalten bei Telefonüberwachungen"*, Université de Bielefeld, 2002, p. 10 (accessible en ligne).

³ J. BRÜNING, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren* op. cit., p. 200.

⁴ *Ibid.*, p. 208.

⁵ *Ibid.*, p. 209.

⁶ C. BITZIGEIO, *Der Richtervorbehalt im Spannungsfeld normativer Anforderungen und polizeilicher Praxis*, op. cit., p. 1 ainsi que p. 28 et s. ; H.-H. KÜHNE, *Strafprozessrecht*, op. cit., n° 409.1.

⁷ Cour constitutionnelle fédérale allemande, 20 février 2001, 2 BvR 1444/00 (BVerfGE 103, 142), spéc. n° 31 : « Schon Wortlaut und Systematik des Art. 13 Abs. 2 GG belegen, dass die richterliche Durchsuchungsanordnung die Regel und die nichtrichterliche die Ausnahme sein soll ». Sur la sanction de l'utilisation non fondée de l'urgence, v. *infra* n° 392.

doctrine, du renversement pratique de ce rapport principe/exception¹. Il est cependant à noter qu'aucune nouvelle étude d'ampleur ne paraît avoir été faite depuis l'arrêt de la Cour².

Ces deux risques de subjectivité à outrance et d'automaticité du recours à l'urgence sont de nature à saper l'équilibre des pouvoirs voire, même, à le faire disparaître. La prise en compte de l'urgence, nécessaire, doit donc se faire avec la plus grande prudence.

§ 2. La prise en compte de l'urgence

365. L'urgence est la situation de péril imminent d'atteinte grave à la preuve, aux personnes ou aux biens à laquelle ne peut répondre l'application normale de la distribution des pouvoirs. Pour y faire face, il convient d'envisager *ab initio* une distribution propre à une telle situation, ceci afin d'éviter au mieux possible tout débordement et d'encadrer au maximum le recours à la clause d'urgence. Comme lors de la recherche d'une compréhension de l'urgence, sa prise en compte suppose d'observer les différents pays étudiés (A) avant de préciser les incidences retenues de l'urgence sur la répartition des pouvoirs tout en évitant les dangers déjà soulignés (B).

A. Les prises en compte actuelles

366. À titre liminaire, il convient de souligner à nouveau que l'étude de la prise en compte de l'urgence se limite au cadre précis de la répartition des pouvoirs entre organes institutionnels, plus particulièrement aux hypothèses de modification de la distribution habituelle dans des situations d'urgence. Autrement dit, ces lignes n'ont pas vocation à rendre compte de l'impact de l'urgence sur toute la procédure pénale allemande ou italienne, ni même française. Il reste qu'une constante se dégage des trois pays : l'urgence modifie l'équilibre des pouvoirs en agissant majoritairement sur la réserve du juge parallèlement à une redistribution des pouvoirs entre parquet et police. On le comprend, la

¹ J. BRÜNING, « Der Richtervorbehalt – ein zahnloser Tiger ? Über die verfassungsrechtliche Notwendigkeit des Richtervorbehalts und seine Ineffizienz in der Praxis », *ZIS* 1/2006, p. 29 : « die Umkehrung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses ».

² C. GÜSY, « Grundrechtssicherung durch Richtervorbehalte », dans *Strafe und Prozess im freiheitlichen Rechtsstaat. Festschrift für Hans-Ulrich Paeffgen zum 70. Geburtstag*, 2015, p. 407, spéc. p. 420.

modification de l'équilibre tend essentiellement à concerner les mesures attentatoires aux droits fondamentaux. Celle-ci doit être détaillée précisément pour les trois pays concernés : l'Allemagne (1), l'Italie (2) et la France (3).

1. La prise en compte de l'urgence en Allemagne

367. Une analyse complexe. Des trois pays, l'Allemagne est celui qui a sans doute poussé le plus loin la réflexion sur la prise en compte de l'urgence, alors même que les dispositions constitutionnelles et légales sont sur le sujet assez complexes. La doctrine paraît s'accorder sur la présentation de l'incidence de l'urgence, que l'on peut résumer comme suit¹.

368. Les cas de maintien de la réserve du juge. Tout d'abord, certaines mesures de contrainte restent, même en cas d'urgence, soumises à la réserve du juge, c'est-à-dire à l'autorisation *a priori* de la mesure par l'organe-juge en tant que titulaire, selon notre analyse, de la fonction de garantie des droits et libertés. Il en va notamment ainsi de la détention provisoire², des saisies en matière de presse et d'imprimés périodiques³, du retrait temporaire du permis de conduire⁴, des infiltrations et perquisitions informatiques⁵, de la sonorisation de domiciles⁶ ou encore de la recherche informatique par comparaison de données récoltées dans des entreprises de presse (*Rasterfahndung bei Pressedatenabgleich*)⁷.

Rappelons qu'en Allemagne, certaines mesures font intervenir dans tous les cas le juge *a posteriori*, en particulier l'arrestation de la personne en l'absence de mandat de

¹ V. J. BRÜNING, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, op. cit., p. 73 et s. ; Y.-H. LIN, *Richtervorbehalt und Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe*, op. cit., p. 39 et s. ; C. E. TALASKA, *Der Richtervorbehalt. Ein sinnvolles Element des Grundrechtsschutzes ?*, Dr. Kovac, 2007, p. 34 et s. ; C. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, 25^e éd., C.H. Beck, 1998, p. 236-237. V. aussi U. NELLES, *Kompetenzen und Ausnahmekompetenzen in der Strafprozeßordnung : Zur organisationsrechtlichen Funktion des Begriffs "Gefahr im Verzug" im Strafverfahrensrecht*, op. cit.. V. encore le tableau synthétique proposé par C. ROXIN et B. SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, op. cit., p. 241.

² Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 112 et s.

³ Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 98 al. 1.

⁴ Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 111a.

⁵ Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 100e al. 2

⁶ Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 100e al. 2

⁷ Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 98 b al. 1.

placement en détention provisoire¹. Une telle compétence n'est naturellement pas modifiée en cas d'urgence.

369. La modification de l'intervention du juge. Beaucoup de mesures attentatoires peuvent être prises en urgence sans l'autorisation *a priori* du juge. Il convient alors de distinguer suivant que la compétence d'urgence n'est reconnue qu'au ministère public ou alors au ministère public et à la police.

Est ainsi *réservée au ministère public* la compétence d'urgence en matière de perquisitions au domicile de personnes non suspectes mais faisant partie d'un bâtiment que l'on soupçonne être le refuge d'un suspect d'infractions graves², la saisie de correspondances postales³, l'écoute des télécommunications⁴ ou encore la recherche informatique par critères (*Rasterfahndung*)⁵. On écrit parfois que le ministère public intervient alors en tant que juge d'urgence (*Notrichter*)⁶, en ce sens qu'il occupe les fonctions d'un juge qui prendrait trop de temps à intervenir. Toutes ces mesures doivent par contre être confirmées par le juge – le vrai, cette fois – dans les trois jours.

Certaines mesures relèvent, elles, de la *compétence d'urgence du ministère public et des enquêteurs de police*. Il faudrait ici subdiviser ce groupe de mesures en deux sous-groupes suivant que la mesure nécessite la confirmation *a posteriori* du juge ou non. Une telle confirmation ne sera pas nécessaire pour la majorité des perquisitions⁷, mais aussi pour la diffusion durant moins d'une semaine d'images du suspect ou de témoins dans les médias⁸, ou encore pour les investigations corporelles et les prises d'échantillons sur le suspect ou le témoin non consentant⁹. En revanche, parmi les mesures d'urgence prises par la police et le ministère public nécessitant la confirmation du juge, il conviendrait à nouveau de distinguer suivant que la loi incite ou oblige à demander la confirmation du juge. Le

¹ V. *supra* n° 368.

² Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 105 al. 1.

³ Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 100 al. 1.

⁴ Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 100e al. 1.

⁵ Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 98 b al. 1.

⁶ G. PRECHTEL, *Das Verhältnis der Staatsanwaltschaft zum Ermittlungsrichter. Eine kritische Betrachtung der Mitwirkung des Richters im Ermittlungsverfahren, insbesondere zur Bedeutung des § 162 StPO*, VVF, 1995, p. 58 ; U. NELLES, *Kompetenzen und Ausnahmekompetenzen in der Strafprozeßordnung : Zur organisationsrechtlichen Funktion des Begriffs "Gefahr im Verzug" im Strafverfahrensrecht*, *op. cit.*, 1980, p. 69 et s.

⁷ Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 105 al. 1.

⁸ Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 131c al. 1.

⁹ Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 81a et 81c.

législateur ne fait qu'inciter à demander la confirmation du juge lorsqu'il ne prévoit pas l'invalidité de la mesure en l'absence de celle-ci. On parle de *Sollvorschrift*, soit une règle laissant une certaine marge d'appréciation à son destinataire et n'entraînant en principe pas, sauf arbitraire, de sanction en cas d'inobservation. Il en va ainsi de la saisie¹. Le législateur, en revanche, oblige à demander la confirmation du juge lorsqu'il prévoit à défaut l'invalidité de la mesure. On parle alors de *Mussvorschrift*². Il en va ainsi de la diffusion pendant plus d'une semaine d'images du suspect ou de témoins dans les médias³ ou encore de la surveillance policière de longue durée (plus de vingt-quatre heures)⁴.

À ce tableau particulièrement complexe doit être ajouté le paragraphe 165, qui dispose qu'« en cas de péril en la demeure, le juge peut entreprendre les actes d'instruction nécessaires, même en l'absence de requête, lorsque le ministère public n'est pas joignable »⁵. La doctrine affirme souvent que le juge intervient alors en tant que procureur d'urgence (*Notstaatsanwalt*)⁶, c'est-à-dire en tant que représentant du ministère public et non en tant que juge⁷. Janique Brüning considère cependant cette disposition inconstitutionnelle au regard du défaut de légitimation constitutionnelle du juge à prendre l'initiative et à devenir actif en lieu et place de sa passivité habituelle⁸. Quoi qu'il en soit,

¹ Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 81a et 81c.

² La distinction entre *Muss-* et *Sollvorschrift*, auxquelles il faudrait ajouter la *Kannvorschrift*, repose sur la gradation des verbes de modalité allemands pour le destinataire de la disposition : *ich kann* (je peux, je suis capable de mais rien ne m'impose de le faire), *ich soll* (je devrais, je suis invité à), *ich muss* (je dois, je ne peux pas faire autrement au vu des circonstances ou des conséquences à prévoir). Sur les verbes de modalité et de modalisation allemand, v. F. SCHANEN et J.-P. CONFAIS, *Grammaire de l'allemand. Formes et fonctions*, Armand Colin, 2005 rééd. 2017, n° 372 et s., spéc. n° 374, 377 et 379.

³ Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 131c al. 2.

⁴ Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 100f al. 3.

⁵ Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 165 : « Bei Gefahr im Verzug kann der Richter die erforderlichen Untersuchungshandlungen auch ohne Antrag vornehmen, wenn ein Staatsanwalt nicht erreichbar ist ».

⁶ U. NELLES, *Kompetenzen und Ausnahmekompetenzen in der Strafprozeßordnung : Zur organisationsrechtlichen Funktion des Begriffs "Gefahr im Verzug" im Strafverfahrensrecht*, p. 61 et s. ; V. KREY et M. HEINRICH, *Deutsches Strafverfahrensrecht*, op. cit., n° 168 ; C. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, op. cit., p. 72 ; W. BEULKE et S. SWOBODA, *Strafprozessrecht*, op. cit., n° 310 ; H.-H. KÜHNE, *Strafprozessrecht*, op. cit., n° 312 ; P. RIEB, « Die Entwicklung der gesetzlichen Aufgabenverteilung im Ermittlungsverfahren im deutschen Strafprozess », dans *In dubio pro libertate : Festschrift für Klaus Volk*, C.H. Beck, 2009, p. 559, spéc. p. 576 ; C. BITZIGEIO, *Der Richtervorbehalt im Spannungsfeld normativer Anforderungen und polizeilicher Praxis*, op. cit., p. 20 ; *MüKoStPO* § 165 Rn. 1 ; *BeckOK StPO* § 165 Rn. 1 ; *Meyer-Göfner/Schmitt StPO* § 165 Rn. 1.

⁷ H. SATZGER, « Die Rolle des Richters im Ermittlungsverfahren in Deutschland und Frankreich », dans H. JUNG, J. LEBLOIS-HAPPE et C. WITZ (dir.), *200 Jahre Code d'instruction criminelle – Le bicentenaire du Code d'instruction criminelle*, Nomos, 2010, p. 93, spéc. p. 97.

⁸ J. BRÜNING, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, Nomos, 2005, p. 110.

l'importance pratique de cette disposition est aujourd'hui exceptionnelle étant donné les moyens modernes de télécommunication¹.

370. La modification de l'intervention du ministère public. Enfin, certaines mesures qui sont dès l'origine attribuées au ministère public relèvent, en cas d'urgence, aussi de la compétence de la police, qui devra demander confirmation du procureur. Il en va ainsi de l'infiltration policière².

371. L'urgence et l'équilibre allemand des pouvoirs. L'Allemagne offre donc l'image d'une répartition des pouvoirs fortement modifiée en cas d'urgence en même temps que particulièrement complexe. Semble se détacher une modification profonde du rôle du juge qui au mieux passe de réserve à contrôle *a posteriori*, au pire est supprimé. De plus, l'urgence semble bénéficier au ministère public et surtout à la police qui se partagent sans intervention *a priori* du juge la compétence des mesures attentatoires. Enfin, le juge peut devenir ministère public et prendre tout acte d'investigation utile.

Reste maintenant à s'intéresser à la prise en compte de l'urgence dans la distribution italienne des pouvoirs.

2. La prise en compte de l'urgence en Italie

372. Une approche d'apparence simple. La situation italienne apparaît comme moins complexe, ce qui explique sans doute qu'à notre connaissance aucune systématisation de l'incidence de l'urgence sur la répartition des pouvoirs dans la phase préparatoire n'a été proposée en doctrine. Les auteurs suivent généralement le plan du Code de procédure pénale et précisent pour chaque mesure considérée l'incidence de l'urgence³.

¹ BeckOK StPO § 165 Rn. 1 ; MüKoStPO § 165 Rn. 1.

² Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 110 b al. 1.

³ Ouvrages consultés : P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, 19^e éd., Giuffrè, 2018 ; P. TONINI, *Lineamenti di diritto processuale penale*, 16^e éd., Giuffrè, 2018 ; P. TONINI, *Guida allo studio del processo penale*, 10^e éd., Giuffrè, 2018 ; M. BARGIS *et al.*, *Compendio di procedura penale*, *op. cit.* ; A. PAGLIARO et G. TRANCHINA, *Istituzioni di diritto e procedura penale*, 3^e éd., Giuffrè, 1996. Mauro Chiavario propose un plan différent mais ne consacre pas de développements spécifiques à l'urgence en procédure pénale : M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, *op. cit.* Il en va de même pour l'ouvrage collectif d'O. DOMINIONI *et al.*, *Procedura penale*, *op. cit.*

Pour mieux saisir le rôle de l'urgence dans la distribution des pouvoirs, il convient sans doute de distinguer suivant que les mesures supposent en principe la réserve du juge ou non. Rappelons que, comme en Allemagne, la procédure italienne d'arrestation (*fermo* ou *arresto*, suivant l'état de flagrance) suppose l'intervention du juge *a posteriori* et n'est donc pas, sur ce point, concernée par l'urgence.

373. Entre maintien et modification de l'intervention du juge. Parmi les mesures nécessitant en principe l'intervention a priori du juge, l'urgence peut ou non influencer la répartition des pouvoirs.

Ainsi, la situation d'urgence n'aura aucune incidence sur la répartition des pouvoirs en matière de détention provisoire ou, plus généralement, en matière de mesures de précaution personnelles (*misure cautelari personali*) prises en protection de la procédure¹. La réserve du juge n'est, en ce domaine, pas atteinte par l'urgence.

Dans d'autres hypothèses en revanche, la réserve du juge se transforme en validation *a posteriori*. Il faut alors distinguer suivant que la compétence d'urgence ne revient qu'au seul ministère public ou aussi à la police. Seul le parquet pourra ordonner en urgence, et sous réserve de la confirmation *a posteriori* du juge, l'interception de conversations ou de communications², notamment au moyen d'un capteur informatique³, ainsi que le prélèvement forcé d'échantillons sur personne vivante⁴. Dans les deux cas, le ministère public doit demander la confirmation au juge sous un délai strict de vingt-quatre (interceptions) ou quarante-huit (prélèvement forcé) heures, le juge rendant sa décision dans les quarante-huit heures de sa saisine. En somme, la confirmation de la mesure intervient dans les trois à quatre jours. Enfin, une mesure peut être prise en urgence par le

¹ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 279.

² Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 267 al. 2.

³ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 267 al. 2 bis, créé par le décret législatif n° 216 du 29 décembre 2017. Sur ce décret, v. M. BONTEMPELLI, « Il captatore informatico in attesa della riforma », *Diritto penale contemporaneo*, 20 décembre 2018, accessible en ligne sur www.penalecontemporaneo.it (consulté le 24 mars 2019) ; G. PESTELLI, « Brevi note sul nuovo decreto legislativo in materia di intercettazioni : (poche) luci et (molte) ombre di una riforma frettolosa », *Diritto penale contemporaneo* 2018, n° 1, p. 169 ; D. PRETTI, « Prime riflessioni a margine della nuova disciplina sulle intercettazioni », *Diritto penale contemporaneo* 2018, n° 1, p. 189. Sur la loi n° 103 du 23 juin 2017 ayant délégué au gouvernement la réforme des interceptions de communications, v. C. CONTI, « La riservatezza delle intercettazioni nella "delega Orlando". Una tutela paternalistica della privacy che può andare a discapito del diritto della prova », *Diritto penale contemporaneo* 2017, n° 3, p. 78.

⁴ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 359 bis al. 2.

ministère public ou la police : la saisie dite préventive (*sequestro preventivo*)¹. Cette saisie préventive est une mesure de précaution réelle (*misura cautelare reale*) et vise à « empêcher qu'une chose en relation avec l'infraction puisse être utilisée pour aggraver ou prolonger les conséquences de l'infraction »². En urgence, une telle saisie peut être décidée par le ministère public, qui demande alors dans les quarante-huit heures la confirmation au juge. Ce dernier dispose de dix jours pour statuer. Mais le Code prévoit aussi une compétence d'urgence de la police en matière de saisie préventive, précisant que celle-ci n'a lieu que lorsque le ministère public n'a pas encore fait usage de sa prérogative de direction des investigations. La jurisprudence a toutefois précisé que la compétence d'urgence de la police vaut en réalité pour toute la procédure³. L'officier de police judiciaire transmet ensuite son procès-verbal au parquet dans les quarante-huit heures, le procureur saisissant le juge s'il ne décide pas immédiatement de la fin de la mesure.

374. Modification de l'intervention du ministère public. Pour les mesures ne supposant pas l'intervention a priori du juge, le schéma est principalement celui *d'une intervention de la police avec confirmation sous quarante-huit heures du ministère public, originellement compétent*.

Il en va ainsi des perquisitions en cas de flagrance, que ce soit dans le Code de procédure pénale⁴ ou dans les textes spéciaux applicables à certaines formes de criminalité⁵, mais aussi de la suspension temporaire de l'expédition de correspondance⁶ et, surtout, de

¹ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 321 al. 3 bis.

² P. TONINI, *Manuale di procedura penale, op. cit.*, p. 495 : « Il sequestro preventivo è giustificato dall'esigenza di impedire che una cosa pertinente ad un reato possa essere utilizzata per aggravare o protrarre le conseguenze dallo stesso ». La notion de chose en relation avec l'infraction a été précisée par la jurisprudence. Il faut entendre par là « non seulement les choses sur lesquelles ou au moyen desquelles l'infraction a été commise ou qui en constituent le prix, le produit ou le profit, mais aussi toute chose en rapport seulement indirect avec les faits criminels » : Cour de cassation italienne, 2^e section pénale, 16 juin 2013, n° 34986, *Pini*. Cette définition est communément admise en jurisprudence : v. Cour de cassation italienne, 3^e section pénale, 4 mars 2016, n° 9149, *Plaka* ; Cour de cassation italienne, 6^e section pénale, 8 février 2017, n° 5852, *Mengardo e Bruscaolin* ; ou encore récemment Cour de cassation italienne, 2^e section pénale, 8 août 2018, n° 28217, *Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Roma*.

³ Cour de cassation italienne, 3^e section pénale, 22 septembre 2003, n° 36174, *Perfigli*. V. déjà Cour de cassation italienne, 2^e section pénale, 31 juillet 1995, n° 3460, *Quaglieri*.

⁴ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 352. Notons que cette compétence d'urgence de la police est limitée : 1) aux cas de flagrance (al. 1) ; 2) aux cas où il s'agit d'exécuter une ordonnance de placement en détention provisoire concernant certaines infractions ou bien de procéder à l'arrestation en urgence (et non en flagrance) d'un suspect (al. 2).

⁵ Décret du Président de la République n° 309 du 9 octobre 1990, art. 103 al. 3 (stupéfiants) ; loi n° 55 du 19 mars 1990, art. 27 al. 2 (criminalité mafieuse) ; loi n° 152 du 22 mai 1975, art. 4 al. 2 (protection de l'ordre public) ; décret-loi n° 122 du 26 avril 1993, art. 5 al. 1 (lutte contre la criminalité raciale et discriminante).

⁶ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 353.

la saisie probatoire (*sequestro probatorio*). Ce type de saisie n'est pas, à l'inverse de la saisie préventive déjà rencontrée, une mesure de précaution mais un moyen de rechercher la preuve (*mezzo di ricerca della prova*) : « le bien meuble ou immeuble est soustrait à son détenteur pour être intégré au matériel probatoire sur la base duquel le juge prononcera sa décision »¹. La police peut décider d'une telle saisie en urgence sous réserve de transmettre le procès-verbal au parquet qui confirmera dans les quarante-huit heures. La jurisprudence tend cependant à analyser la confirmation du procureur comme un élément de légitimation de la soustraction de la chose, non comme une condition de son utilisation en tant que preuve. Ainsi, le défaut de confirmation par le procureur n'emporte pas l'interdiction de faire valoir les résultats de la saisie comme preuve², la seule conséquence étant la fin de la mesure de saisie³.

Signalons deux exceptions à ce schéma d'une compétence d'urgence de la police suivie de la confirmation par le parquet. La première concerne l'arrestation d'une personne en dehors de cas de flagrance (*fermo*), prérogative normalement réservée au ministère public. La police va pouvoir y procéder en urgence, devant ensuite transférer les actes au ministère public qui demandera, selon la procédure classique d'arrestation, la confirmation du juge⁴. Enfin, la police, conformément à son obligation de veiller à la conservation des traces, choses et lieux du crime avant l'intervention du parquet, peut opérer en urgence les constatations et relevés nécessaires⁵.

375. L'urgence et l'équilibre italien des pouvoirs. L'urgence impacte donc significativement la distribution des pouvoirs à l'italienne, encore que d'une manière finalement assez complexe. Paraît se détacher une modification du rôle du juge, qui devient contrôleur *a posteriori* des mesures que normalement il autorise. Le ministère public, qui gagne certaines compétences, se voit aussi contraint d'en abandonner d'autres au profit de

¹ P. TONINI, *op. cit.*, p. 495 : « Il sequestro probatorio è diretto all'acquisizione di un elemento di prova : la cosa mobile o immobile è sostratta a chi la detiene per essere acquisita al materiale probatorio in base al quale il giudice dovrà pronunciare la decisione ».

² Cour de cassation italienne, 1^{re} section pénale, 21 février 1995, n° 1708, *Colazzo* ; Cour de cassation italienne, 4^e section pénale, 4 novembre 2016, n° 46470, *Mouzzaoui* ; Cour de cassation italienne, 3^e section pénale, 30 décembre 2016, n° 55285, *Bruzzese ed altri*. V. dernièrement Cour de cassation italienne, 2^e section pénale, 19 avril 2018, n° 17701, *Bruno*.

³ Cour de cassation italienne, 3^e section pénale, 16 janvier 2017, n° 1772, *Xianshun*.

⁴ V. *supra* n° 374.

⁵ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 354 al. 2.

la police, qu'il confirmera *a posteriori*. Cette dernière semble la vraie bénéficiaire de l'équilibre d'urgence.

Qu'en est-il de notre côté des Alpes ?

3. La prise en compte de l'urgence en France

376. Une clarté supposée. L'impact de l'urgence sur la répartition française des pouvoirs, compte tenu du fait que le Code ne connaît que deux dispositions en ce sens, devrait être plus clair. L'étude détaillée de ces articles marque en réalité par sa complexité, d'autant qu'une hypothèse jurisprudentielle semble devoir être ajoutée.

377. La géolocalisation en urgence. L'article 230-35 du Code de procédure pénale permet depuis 2014 à la police judiciaire de procéder à une géolocalisation en urgence. En temps normal, cette mesure suppose, en enquête, l'intervention du procureur de la République (jusqu'à quinze jours) puis du juge des libertés et de la détention (pour un mois renouvelable) et en, instruction, celle du juge d'instruction (pour quatre mois renouvelables). Si l'officier de police judiciaire fait usage de sa compétence d'urgence, il « en informe immédiatement [et] par tout moyen »¹ le procureur de la République ou le juge d'instruction, qui met fin ou prescrit la continuation de la mesure sous vingt-quatre heures.

Cependant, la compétence d'urgence ne joue pas lorsqu'il est nécessaire de pénétrer dans un lieu d'habitation pour installer le dispositif de géolocalisation. L'autorisation du juge d'instruction ou du juge des libertés et de la détention saisi par le procureur voire par ce même juge d'instruction (pénétration de nuit) doit alors être obtenue par tout moyen.

378. L'*IMSI Catcher* en urgence. L'article 706-95-4 du Code de procédure pénale autorise depuis 2016 le ministère public à décider en urgence de recourir au mécanisme de l'*IMSI Catcher* dans le cadre d'une enquête ouverte pour des faits de criminalité et de délinquance organisées. En temps normal, une telle mesure suppose l'autorisation du juge des libertés et de la détention. Si le procureur décide de faire usage de sa compétence

¹ Code de procédure pénale français, art. 230-5 al. 1.

d'urgence, sa décision doit être confirmée dans les vingt-quatre heures par le juge des libertés et de la détention.

Signalons qu'en ce qui concerne l'instruction, la décision de recourir à l'*IMSI Catcher* relève du juge d'instruction sans qu'aucune clause d'urgence soit prévue. À croire que, pour le législateur français, la saisine du juge d'instruction empêche toute urgence résultant d'un risque imminent de déperissement des preuves ou d'atteinte grave aux personnes ou aux biens.

Ce hiatus devait disparaître avec la récente loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, adoptée le 18 février 2019. En effet, le texte prévoyait de généraliser le recours à une clause d'urgence pour modifier la distribution des pouvoirs concernant les techniques spéciales d'enquête que sont les sonorisations et fixations d'images de certains lieux ou véhicules, le recueil des données techniques de connexion (*IMSI Catcher*), les interceptions de correspondances émises par la voie des communications électroniques et la captation des données informatiques. Le régime général prévu pour ces actes d'investigation aurait dû être le suivant. En temps normal, l'autorisation d'y recourir aurait été accordée par le juge des libertés et de la détention sur requête du parquet pendant l'enquête ou par le juge d'instruction après avis du procureur lors de l'information judiciaire. Toutefois, « en cas d'urgence résultant d'un risque imminent de déperissement des preuves ou d'atteinte grave aux personnes ou aux biens » – la formule ne changeait pas – l'autorisation aurait pu être donnée soit par le procureur de la République lors de l'enquête, sous réserve d'une confirmation par le juge des libertés et de la détention sous vingt-quatre heures, soit par le juge d'instruction sans avis préalable du parquetier au cours d'une information judiciaire. Une telle modification aurait fortement ancré l'idée d'une répartition des pouvoirs d'urgence dans la phase préparatoire française. Elles ont toutefois été censurées par le Conseil constitutionnel, au motif qu'un contrôle suffisant du juge n'était pas prévu¹. Le juge des libertés et de la détention, qui devait autoriser ces mesures, n'aurait en effet pas eu accès à tous les éléments de la procédure.

¹ Cons. const., 21 mars 2019, n° 2019-778 DC, considérants 138 et s. ainsi que 161 et s. ; *JORF* du 24 mars 2019.

379. L'hypothèse jurisprudentielle : les faits nouveaux. Un dernier cas de prise en compte de l'urgence peut sans doute être décelé dans la jurisprudence relative aux faits nouveaux qui, connue, ne sera ici que rapidement abordée. Le juge d'instruction est saisi *in rem* par le réquisitoire introductif du parquet, devant en principe renvoyer tout fait nouveau au procureur de la République, qui dispose alors d'une pleine et entière opportunité des poursuites¹. Toutefois, la jurisprudence, dans une « interprétation compréhensive »² du texte, a accepté que le juge d'instruction, incompétent, procède à des « vérifications sommaires »³ à l'exclusion de toute acte attentatoire aux droits et libertés. La doctrine admet que cette extension de compétence se fonde d'une part sur l'urgence⁴, d'autre part sur la nécessité de « vérifier la vraisemblance objective de ces faits »⁵ afin que le procureur puisse ensuite décider s'il met ou non l'action publique en mouvement. Dans une telle hypothèse, la répartition des pouvoirs est quelque peu modifiée mais moins en ce qui concerne la distribution des fonctions, seule à nous intéresser ici, qu'en ce qui concerne le pouvoir-compétence du juge d'instruction, qui est étendu au-delà de ses limites matérielles. Les faits nouveaux sont donc une hypothèse d'extension, en cas d'urgence, du pouvoir-compétence de l'un des organes, le juge d'instruction, qui exercera sa fonction d'investigation au-delà de sa saisine. Un lien peut sans doute être fait avec le paragraphe 165 du Code de procédure pénale allemand et le costume de procureur d'urgence que revêt parfois le juge de l'enquête⁶. Cette idée d'un juge intervenant, en cas d'urgence, à la place du procureur ou continuant d'intervenir alors qu'il n'est plus compétent doit assurément retenir notre attention lors d'une proposition de prise en compte de l'urgence dans la distribution des pouvoirs⁷. Rappelons toutefois que nous avons opté pour la suppression de la phase d'information judiciaire et de son juge⁸.

¹ Code de procédure pénale français, art. 80 al. 3.

² S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, *op. cit.*, n° 1822.

³ Cass. crim., 6 février 1996, n° 95-84.041, bull. n° 60 ; *D.* 1996, 198 et somm. 262, note PRADEL ; *Rev. sc. crim.* 1996, 690, obs. DINTILHAC ; *JCP* 1996, II, 22634, note CHAMBON ; *Dr. pén.* 1996, n° 74, obs. MARON ; *Procédures* 1996, n° 94, obs. BUISSON ; *Justices* 1996-4, 286, obs. REBUT.

⁴ M. NORD-WAGNER, *L'urgence en procédure pénale*, *op. cit.*, n° 91. V. aussi J. PRADEL, *Procédure pénale*, *op. cit.*, n° 757. V. encore, estimant que la compétence du juge se justifie pour éviter la perte de la preuve dans l'attente de l'intervention du procureur : M.-L. RASSAT, *Procédure pénale*, 3^e éd., Ellipses, 2017, n° 497.

⁵ S. GUINCHARD et J. BUISSON, *op. cit.*, n° 1822. V. aussi E. VERGÈS, *Procédure pénale*, 5^e éd., LexisNexis, 2017, n° 357. Pour la Cour de cassation cependant, le juge ne peut pas aller jusqu'à entendre en qualité de témoin une personne ayant porté à la connaissance de la police des faits nouveaux sortant de sa saisine : v. Cass. crim., 8 juin 2017, n° 17-80.709, bull. n° 159 ; *Procédures* 2017, comm. 212 CHAVENT-LECLÈRE ; *Gaz. Pal.* 11 juillet 2017, p. 37, obs. BERLAUD.

⁶ V. *supra* n° 369.

⁷ V. *infra* n° 382 et s.

⁸ V. *supra* n° 212 et s.

Signalons enfin que la Cour de cassation a admis que des officiers de police judiciaires agissant sur commission rogatoire puissent, en cas de fait nouveau dépassant la saisine *in rem* et rendant ainsi caduque la commission rogatoire, activer leurs pouvoirs propres¹. Il ne s'agit toutefois pas tant d'une modification de la répartition des pouvoirs que l'application stricte des différents cadres procéduraux applicables lors de la phase préparatoire française : les faits nouveaux sortant de la saisine du juge d'instruction, la commission rogatoire ne les concernent pas et, juridiquement parlant, les officiers de police judiciaire ne sont plus des agents du juge mais bien des policiers ou gendarmes constatant une infraction dont la chaîne pénale n'est pas encore saisie (aucune enquête ne concerne ces faits nouveaux et l'action publique n'a pas été déclenchée). Si « déséquilibre »² il y a par rapport aux pouvoirs du juge d'instruction face à des faits nouveaux, il est justifié par la logique du système français actuel.

380. L'urgence et l'équilibre français des pouvoirs. L'impact de l'urgence sur la distribution française des pouvoirs est peu logique et parfois complexe, faisant intervenir un nombre assez important d'agents (jusqu'à trois, dont deux juges !) lors même que, par hypothèse, il y a « risque imminent ». Se détache toutefois la transformation de l'autorisation du parquet ou du juge en confirmation, c'est-à-dire un changement temporel de l'intervention de ces organes, de même qu'un plus grand pouvoir de la police, en tout cas en ce qui concerne la géolocalisation.

381. Leçons comparatives. L'étude comparée de la prise en compte de l'urgence pour modifier la répartition des pouvoirs fait émerger plusieurs constantes. D'une part, la réserve du juge est, sauf pour la détention provisoire, supprimée au profit d'une intervention *a posteriori* – l'Allemagne prévoyant même l'absence d'intervention du juge dans certaines hypothèses. D'autre part, l'urgence implique la transmission de pouvoirs importants au ministère public et à la police qui vont dans nombre de cas pouvoir agir d'office au mépris de la distribution de principe. L'Allemagne se détache en revanche lorsqu'elle admet une

¹ Cass. ass. plén., 22 novembre 2002, n° 92-82.460, bull. n° 2 ; *Rev. sociétés* 2003, p. 359, obs. BOULOC ; *Gaz. Pal.* 2 août 2003, p. 26, obs. MONNET ; Cass. crim. 1^{er} février 2011, n° 10-83.523, bull. n° 15 ; *Procédures* 2011, comm. 147 BUISSON. V. déjà Cass. crim., 19 janvier 1999, n° 98-83.787, bull. n° 9 ; *Rev. sc. crim.* 1999, p. 588, obs. DELMAS SAINT-HILAIRE. V. encore Cass. crim., 7 mai 2002, n° 01-80.317, inédit ; *Rev. sc. crim.* 2003, p. 391, obs. BUISSON ; *Procédures* 2002, comm. 192 BUISSON.

² En ce sens v. F. FOURMENT, « L'enquête de flagrance incidente à une instruction », *Gaz. Pal.* 3 novembre 2015, p. 42.

augmentation des pouvoirs du juge qui va pouvoir intervenir en tant que ministère public d'urgence, cas cependant extrêmement rare en pratique et constitutionnellement douteux. Une situation similaire existe en France lors de la découverte de faits nouveaux par le juge d'instruction (que nous proposons de supprimer). Ces résultats alimentent définitivement notre réflexion sur ce que doit être l'équilibre d'urgence.

B. La prise en compte retenue

382. L'urgence a nécessairement un impact, une vive répercussion¹ sur la répartition des pouvoirs dans la phase préparatoire du procès pénal, tout simplement parce qu'elle suppose en elle-même une situation à laquelle cette distribution de principe ne peut pas répondre. Il est donc nécessaire de proposer une distribution d'urgence (1). Toutefois, au regard des dangers déjà mentionnés, le recours à cet équilibre doit être strictement encadré (2).

1. La nécessité d'une distribution d'urgence

383. Retour à l'urgence. La prise en compte de l'urgence pour aboutir à une répartition des pouvoirs spécifique à une telle situation nécessite de repartir de ce qu'est, à notre sens, l'urgence. Celle-ci doit être envisagée comme la situation de péril imminent d'atteinte grave à la preuve, aux personnes ou aux biens à laquelle ne peut répondre l'application normale de la distribution des pouvoirs. L'urgence, nécessité temporelle², suppose que le temps d'activation normal des pouvoirs soit trop long pour répondre au péril surgissant. La clé de l'appréhension des modifications à apporter à la distribution des pouvoirs en cas d'urgence réside dans ce rapport au temps : il faut aller vite, plus vite que d'habitude. La répartition idéale proposée implique que chaque organe soit placé à une certaine distance temporelle, physique et intellectuelle des faits objets de la procédure.

¹ *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e éd., s. v. « Impact ».

² V. *supra* n° 361.

Dans l'immense majorité des situations, cette distance pourrait être schématisée comme suit.

Schéma 1. Distance impliquée par l'équilibre idéal des pouvoirs



La répartition idéale implique, dans le cadre d'une mesure attentatoire, que chacun de ces acteurs active l'autre jusqu'à la réserve du juge. Ce faisant, le temps s'écoule et l'équilibre devient inapte à répondre aux faits. La perte de temps, qui fonde l'urgence, est donc due à la distance vis-à-vis des faits et à l'enchaînement nécessaire pour aboutir à l'organe compétent : la police va saisir le ministère public qui saisira le juge d'une demande d'autorisation de telle ou telle mesure attentatoire. On comprend aussi que l'impact de l'urgence sur la distribution des fonctions va concerner essentiellement la fonction de garantie des droits et, donc, par ricochet, les fonctions attentatoires aux droits que sont l'investigation et la protection de la procédure.

384. L'impact de l'urgence sur la distribution des fonctions d'investigations et de protection de la procédure. Les différents droits observés, lorsqu'ils prennent en compte l'urgence pour modifier la répartition des pouvoirs, ont tous le même réflexe :

donner compétence à la police. Ainsi les enquêteurs allemands pourront-ils mettre d'urgence en place une infiltration policière¹, opérer une perquisition² ou encore procéder à la prise d'échantillons sur le suspect ou le témoin non consentant³. De même, les officiers italiens auront compétence pour opérer une saisie préventive⁴. En France, l'officier de police judiciaire procédera d'urgence à une géolocalisation⁵. Notons cependant que les trois droits réservent certaines mesures au seul ministère public, même en cas d'urgence. En Allemagne, il en va ainsi de la saisie de correspondances postales⁶, de l'écoute des télécommunications⁷ ou encore de la recherche informatique par critères (*Rasterfahndung*)⁸. En Italie, seul le parquet pourra décider en urgence de l'interception de conversation ou de communication⁹ et du prélèvement forcé d'échantillons sur personne vivante¹⁰ (qui relève, en Allemagne, de la compétence d'urgence de la police). En France, enfin, seul le ministère public dispose de la compétence d'urgence d'ordonner, en enquête, le recours au mécanisme d'*IMSI Catcher*. Cette méfiance à l'égard de la compétence d'urgence de la police peut se comprendre, mais elle cadre mal avec la policierisation de la procédure que nous proposons. Nous avons en effet reconnu une véritable *titularité* de la police dans la fonction d'investigation, qui impose de lui reconnaître un rôle d'organe à part entière. D'autant que, rappelons-le, ce seront les fonctions qui dicteront le statut de nos organes, non l'inverse.

Surtout, si l'urgence est une nécessité temporelle d'action, une telle justification fait peu de poids, de même d'ailleurs que les dispositions réservant à la police uniquement certaines compétences en cas d'urgence. En réalité, il convient d'admettre en cas d'urgence *la compétence du primo-intervenant en matière d'investigation et de protection de la procédure*, ce qui vise aussi bien la police que le parquet, mais aussi le juge. Sur le modèle allemand, et par extension de l'analyse française des faits nouveaux en instruction, il conviendrait de reconnaître que le juge peut, en cas d'urgence, devenir titulaire temporaire et exceptionnel de la fonction d'investigation ou de protection de la procédure, c'est-à-dire

¹ Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 110 b al. 1.

² Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 105 al. 1.

³ Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 81a et 81c.

⁴ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 321 al. 2.

⁵ Code de procédure pénale français, art. 230-35.

⁶ Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 100 al. 1.

⁷ Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 100e al. 1.

⁸ Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 98 b al. 1.

⁹ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 267 al. 2.

¹⁰ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 359 bis al. 2.

exercer lui-même les prérogatives que d'habitude il autorise dans le cadre de sa fonction de garantie des droits. Imaginons un juge qui, hors urgence, est saisi d'une demande du procureur pour poser une balise de géolocalisation sur le véhicule d'un suspect dans le cadre d'une procédure ouverte pour trafic de stupéfiant et blanchiment d'argent. Ce juge, alors qu'il étudie le dossier pour autoriser ou non cette mesure, apprend, grâce à son accès complet au dossier numérique unique comprenant tous les actes de la procédure¹, que la police vient d'interroger, avec son consentement, le frère du suspect. Celui-ci a indiqué aux agents, qui le retranscrivent dans le procès-verbal numérique, que son frère, lors de sa dernière visite, lui a dit être à la recherche d'un bon informaticien capable d'effacer totalement les différents disques durs de son ordinateur fixe, qu'il compte revendre. Le juge, s'il n'arrive pas à joindre le procureur, pourra alors de lui-même décider d'une perquisition, qu'il délèguera vraisemblablement à la police. Il aura alors exercé la fonction d'investigation, contre la distribution proposée, cette distorsion étant justifiée par l'urgence.

Il pourrait toutefois être objecté que le juge, à qui a été confiée la fonction de garantie des droits au regard de son extériorité et de son absence d'intérêt à l'exercice des fonctions d'investigation et de protection de la procédure², perdrait cette position au moment même où il activerait sa compétence d'urgence en matière d'investigation ou de protection de la procédure. Un tel reproche, qui recoupe celui fait par Janique Brüning au paragraphe 165 du Code de procédure pénale allemand³, pourrait cependant être amoindri au regard de deux considérations. D'une part, l'expérience allemande montre qu'une telle hypothèse se réalise dans un nombre infime de cas au regard des possibilités actuelles de communication⁴. Prévoir un rôle exceptionnel du juge permettrait en fait de parer à toute éventualité pratique d'un ministère public injoignable, cas vraisemblablement très rare. Le risque d'une irruption du juge dans la sphère des investigations doit donc être fortement nuancé. D'autre part, et surtout, une telle activité du juge n'emporterait pas cumul des pouvoirs, puisque le juge n'exercera jamais toutes les fonctions, la décision sur l'exercice de l'action publique lui échappant. Le risque d'un cumul des pouvoirs entre les mains d'un seul organe et donc d'une atteinte au principe de séparation des pouvoirs appliqué à la phase

¹ Sur lequel v. *infra* n° 412 et s.

² V. *supra* n° 295.

³ J. BRÜNING, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, *op. cit.*, p. 110.

⁴ *BeckOK StPO* § 165 Rn. 1 ; *MüKoStPO* § 165 Rn. 1.

préparatoire¹, doit être écarté. Il conviendrait de retenir la compétence du primo-intervenant en matière d'investigation et de protection de la procédure. Dans notre exemple, le juge qui a décidé en urgence d'une perquisition qu'aucun organe d'investigation ne lui avait demandé, ne décidera quoi qu'il en soit jamais de mettre en mouvement, ou non, l'action publique.

385. L'impact de l'urgence sur la distribution de la fonction de garantie des droits. En ce qui concerne la réserve du juge, qui implique la titularité exclusive du juge de la fonction de garantie des droits, les trois droits étudiés convergent sur deux points.

Le premier est la reconnaissance de *réerves intangibles du juge* qui concernent essentiellement la détention provisoire. En France, en Allemagne comme en Italie, seul le juge peut décider du placement en détention provisoire. Le Code allemand va cependant plus loin en admettant d'autres réserves intangibles, en particulier s'agissant de la sonorisation de domiciles². Cette réserve, qui s'explique par des raisons constitutionnelles³, nous paraît, dans le cadre d'un équilibre des pouvoirs dans la phase préparatoire du procès français, sans doute excessive. Les garanties entourant le recours aux mesures de sonorisation nous semblent devoir être recherchées dans les conditions préalables à une telle mesure, notamment quant à la gravité des faits. Pour la même raison, l'option italienne d'une réserve du juge intangible pour toutes les mesures de protection de la procédure doit être rejetée⁴. En revanche, la détention provisoire, parce qu'elle implique une privation totale de liberté et qu'elle s'apparente sur beaucoup de points à une peine⁵, doit

¹ Pour rappel, le concept d'équilibre des pouvoirs a été tiré de l'œuvre de Montesquieu. Cet équilibre des pouvoirs se ramifie en plusieurs idées. Il s'agit tout d'abord de la distinction des pouvoirs, qui renvoie à une « théorie descriptive » des différents pouvoirs à l'œuvre. Dépassée la description, *l'équilibre peut renvoyer de manière négative à la séparation des pouvoirs, qui correspond à l'interdiction de cumul des pouvoirs distingués*. La distribution positive peut ensuite se fonder sur deux mécanismes différents : un mécanisme de balance des pouvoirs, qui renvoie à la distribution d'un même pouvoir entre différents organes, et un mécanisme d'isolement des pouvoirs, qui renvoie à la distribution d'un pouvoir à un seul organe, impliquant la spécialisation et l'indépendance dudit organe. V. *supra* n° 93.

² Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 100e al. 2

³ Loi fondamentale allemande (*Grundgesetz* ou *GG*), art. 13 al. 3 : « Lorsque certains éléments de fait fondent le soupçon que quelqu'un a commis l'une des infractions pénales particulièrement graves spécialement prévues par la loi, des moyens techniques de surveillance acoustique de domiciles dans lesquels la personne poursuivie est supposée séjourner peuvent pour la répression de cette infraction être utilisés sur le fondement d'une ordonnance juridictionnelle si l'investigation des faits par d'autres moyens serait incomparablement plus difficile ou vouée à l'échec. La mesure doit être limitée dans le temps. L'ordonnance est prise par une formation de trois juges. S'il y a péril en la demeure, elle peut être également prise par un juge unique ».

⁴ V. *supra* n° 373.

⁵ V. sur ce point J. BRÜNING, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, *op. cit.*, p. 122.

impérativement demeurer de la seule compétence du juge et sous les modalités de la réserve du juge, c'est-à-dire une intervention *a priori*. La question surgit alors, presque immédiatement et naturellement, de la mesure de garde à vue. L'arrestation de la personne et son placement en garde à vue sont attentatoires au droit à la sûreté, l'individu étant privé de liberté. Selon la distribution idéale des pouvoirs, cet acte de protection de la procédure¹ relève du ministère public ou de la police suivant qui dirige les investigations. Dans tous les cas, cela suppose une autorisation préalable du juge (garantie des droits et libertés fondamentaux). L'application de la distribution d'urgence entraînerait la compétence du primo-intervenant (police ou parquet) suivi de la confirmation de la mesure par le juge. Toutefois, si une réserve intangible du juge doit être reconnue concernant la détention provisoire, réserve justifiée par l'atteinte à la sûreté, ne devrait-on pas alors considérer que le placement en garde à vue fait, elle-aussi, l'objet d'une réserve intangible du juge ? En réalité, le placement en garde à vue se distingue de la détention provisoire en ce qu'il ne saurait s'assimiler à la peine finalement exécutée. Le détenu provisoire est soumis à la même privation de liberté que le condamné, le gardé à vue non. Cette différence fondamentale nous paraît propre à justifier le maintien d'une *réserve intangible du juge pour la seule détention provisoire*.

Le second point de convergence entre les pays étudiés est le passage, hors les domaines de réserve intangible du juge, à un modèle de *confirmation du juge*, c'est-à-dire d'une intervention *a priori* à une activation *a posteriori*. Ainsi le juge pour les enquêtes préliminaires confirmera au lieu d'autoriser les interceptions de conversations ou de communications², le prélèvement forcé d'échantillons sur personne vivante³ et la saisie préventive⁴. En France, le juge voire même le ministère public – ce dernier étant considéré à tort comme organe de garantie des droits alors même qu'il s'occupe aussi des investigations – valideront au lieu d'autoriser le recours à la géolocalisation ou à l'*IMSI*

¹ La lecture des objectifs de cette dernière mesure laisse peu de place au doute : « *permettre* l'exécution des investigations impliquant la présence ou la participation de la personne, *garantir* la présentation de la personne devant le procureur de la République afin que ce magistrat puisse apprécier la suite à donner à l'enquête, *empêcher* que la personne ne modifie les preuves ou indices matériels, *empêcher* que la personne ne fasse pression sur les témoins ou les victimes ainsi que sur leur famille ou leurs proches, *empêcher* que la personne ne se concertent avec d'autres personnes susceptibles d'être ses coauteurs ou complices, garantir la mise en œuvre des mesures destinées à faire cesser le crime ou le délit » (Code de procédure pénale français, art. 62-2). Il s'agit bien de *protéger* la procédure, non d'investiguer.

² Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 267 al. 2.

³ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 359 bis al. 2.

⁴ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 321 al. 2.

*Catcher*¹. La Commission nationale consultative des droits de l'homme avait d'ailleurs proposé de généraliser cette « a posteriorisation » du contrôle du juge en cas d'urgence². Il n'y a que le juge allemand qui, parfois, ne connaîtra pas du tout de la mesure prise en urgence. Une telle absence d'intervention paraît peu en phase avec l'exigence d'effectivité de la fonction de garantie des droits. La titularité du juge doit rester exclusive, car il est le seul organe à même d'apprécier les conditions légales des mesures attentatoires et d'ainsi garantir les droits fondamentaux. Il n'a en effet aucun intérêt ni à l'investigation ni à la procédure en général puisqu'il n'en est pas responsable à l'inverse de la police ou du parquet. Cela explique d'ailleurs qu'il faille rejeter le modèle du « juge d'urgence » allemand, c'est-à-dire l'admission d'une titularité d'urgence du ministère public dans la fonction de garantie des droits. Alors que le juge qui, de manière tout à fait exceptionnelle, exerce en urgence des fonctions d'investigations ou de protection de la procédure ne cumule pas tous les pouvoirs, un procureur qui pourrait en urgence exercer la fonction de garantie des droits cumulerait tous les pouvoirs (investigation, décision sur de mise en mouvement de l'action publique, protection de la procédure, garantie des droits). Cette situation doit à tout prix être évitée. C'est le sens même de l'équilibre des pouvoirs³.

Aussi le juge doit-il rester seul titulaire de la fonction de garantie des droits, même en urgence. Seulement, la pression temporelle qu'implique la situation transforme son intervention : *hors la réserve intangible concernant la détention provisoire, le juge, d'organe autorisant, devient organe confirmant*. C'est-à-dire qu'au lieu de lever l'interdiction d'exercice frappant l'organe agissant en urgence (police ou parquet), le juge interviendra après cet exercice pour confirmer qu'il a bien eu lieu dans les conditions dérogatoires prévues par la loi. Si le Conseil constitutionnel a censuré récemment les clauses d'urgence prévues par la loi du 23 mars 2019 en matière d'interception de correspondances et de techniques spéciales d'enquête et impliquant la confirmation *a posteriori* par le juge des libertés et de la détention⁴, il semble l'avoir fait au regard du statut du ministère public. Or, selon notre approche, la fonction doit dicter le statut, non l'inverse. En d'autres termes, aucune disposition statutaire ne s'oppose à la modification de la réserve

¹ Code de procédure pénale français, arts. 230-35 et 706-95-4.

² CNCDH, 29 avril 2014, *Avis sur la refondation de l'enquête pénale*. Sur cet avis, v. J. LEBLOIS-HAPPE, « Avis sur la refondation de l'enquête pénale », dans C. LAZERGES (dir.), *Les grands avis de la Commission nationale consultative des droits de l'homme*, Dalloz, 2016, p. 359.

³ V. *supra* n° 93.

⁴ Cons. const., 21 mars 2019, n° 2019-778 DC, considérants 145 et 166 ; *JORF* du 24 mars 2019.

du juge en cas d'urgence, cette modification devant en revanche avoir un impact sur le statut des différents organes de la phase préparatoire¹. Quoi qu'il en soit, afin de ne pas réduire totalement l'effectivité de la garantie des droits, la confirmation du juge devrait avoir lieu dans un délai court mais suffisant à une véritable évaluation. C'est déjà aborder ici les freins possibles à une utilisation débridée de l'urgence.

2. L'encadrement de la distribution d'urgence

386. L'encadrement de l'urgence. L'urgence impose de fortes modifications de la distribution des pouvoirs si bien que c'est une véritable répartition d'urgence qui se dessine, marquée par la titularité du primo-intervenant aux fonctions d'investigation et de protection de la procédure et par un passage, hors le cas de la détention provisoire, d'un juge autorisant à un juge confirmant. Les risques de subjectivité et d'automatisme du recours à l'urgence prennent alors tout leur sens², en particulier en ce qui concerne le rôle du juge et donc la garantie des droits et libertés. Le recours à l'équilibre d'urgence doit donc être puissamment encadré, ce de six manières.

387. Dérogation exceptionnelle. Le recours à l'équilibre d'urgence a tout d'abord vocation à être *exceptionnel*³. À ce titre, les possibilités modernes de communication devraient être à même d'éviter au maximum un recours infondé à l'urgence. En revanche, cela suppose des exigences accrues au niveau de l'organisation de la justice, concernant notamment la dotation en téléphones portables et, surtout, l'organisation de services de permanence. En Allemagne, la Cour constitutionnelle fédérale a estimé dans son arrêt de 2001 que si les organes parquetier et policier doivent tout faire pour provoquer la réserve du juge, « il existe par réciproque un devoir constitutionnel des juridictions de garantir qu'un juge de l'enquête soit joignable, y compris par l'instauration d'un service de permanence »⁴. Les juges de Karlsruhe ont ensuite précisé que le juge devait être joignable

¹ V. *infra* n° 556 et s.

² V. *supra* n° 362 et s.

³ « Situation par essence singulière, l'urgence n'affecte les règles établies que d'une manière dérogatoire » : M. NORD-WAGNER, *L'urgence en procédure pénale*, *op. cit.*, n° 4. V. aussi P. JESTAZ, *L'urgence et les principes classiques du droit civil*, *op. cit.*, n° 3.

⁴ Cour constitutionnelle fédérale allemande, 20 février 2001, 2 BvR 1444/00 (BVerfGE 103, 142), spéc. n° 40, spéc. n° 40 : « Dem korrespondiert die verfassungsrechtliche Verpflichtung der Gerichte, die Erreichbarkeit eines Ermittlungsrichters, auch durch die Einrichtung eines Eil- oder Notdienstes, zu sichern ».

tout le jour, soit de 4 h ou 6 h jusqu'à 21 h¹, un service de nuit ne s'imposant qu'au regard des besoins pratiques du secteur². La pratique semble mettre du temps à respecter les prescriptions constitutionnelles, puisque la Cour a pu s'étonner qu'aucun juge de l'enquête ne soit joignable passé 18 h à Munich³, de même que le tribunal administratif d'Aix-la-Chapelle a pu être surpris que le soir de la finale de la coupe du monde de football 2006 opposant l'Allemagne au Brésil, les bureaux des juges de l'enquête étaient déserts à partir de 21 h⁴... De telles exigences de disponibilité devraient s'imposer avec la force de l'évidence.

388. Contrôle total. La légalité du recours à l'urgence doit ensuite être *totale*ment contrôlable par le juge devant confirmer la décision. Le recours abusif à l'urgence a longtemps été causé, en Allemagne, par une vieille jurisprudence (1892 !) de la Cour de justice impériale sur la notion de péril en la demeure. Les juges avaient alors estimé que l'appréciation de la réunion des conditions de l'urgence relevait de la discrétion (*Ermessen*) des organes y recourant, empêchant tout contrôle du juge :

« La décision en la matière appartient aux autorités désignées par l'État pour prendre les mesures nécessaires en cas d'urgence et dépend tellement de l'appréciation de la situation spécifique, qui doit tenir compte de toutes les circonstances et des différentes orientations possibles des comportements en cause, que seule la personne chargée d'agir en cas de péril en la demeure peut évaluer si la perte de temps causée par l'appel au juge pourrait influencer le résultat de la mesure. »⁵

Il n'a été mis fin à cette jurisprudence qu'en 2001. En France, la Cour de cassation a rapidement précisé, s'agissant du recours en urgence à la géolocalisation, que

¹ Cour constitutionnelle fédérale allemande, 15 mai 2002, 2 BvR 2292/00 (BVerfGE 105, 239), spéc. n° 25.

² Cour constitutionnelle fédérale allemande, 10 décembre 2003, 2 BvR 1481/02 (BVerfGE 2, 176), spéc. n° 13.

³ Cour constitutionnelle fédérale allemande, 28 septembre 2006, 2 BvR 876/06 (BVerfGE 9, 287), spéc. n° 12.

⁴ Tribunal administratif d'Aix-la-Chapelle, 5 octobre 2009, 6 K 1802/08.

⁵ Cour impériale de justice, 1^{er} décembre 1892 (RGSt 23, 334), cité par J. BRÜNING, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, op. cit., p. 181 : « Die Entscheidung hierüber steht denjenigen Organen zu, die der Staat zur Durchführung notwendiger Maßnahmen in Eilfällen bestellt hat, und hängt so sehr von der Auffassung der konkreten Sachlage unter Berücksichtigung der gesamten, den verschiedenen Richtungen angehörigen Verhältnissen ab, daß nur derjenige, dem die Anordnung bei Gefahr im Verzug anvertraut ist, ermessen kann, ob der durch die Anrufung des Richters herbeigeführte Zeitverlust das Resultat der Massregel beeinflussen könnte ». Pour une approche critique, v. U. NELLES, *Kompetenzen und Ausnahmekompetenzen in der Strafprozeßordnung : Zur organisationsrechtlichen Funktion des Begriffs "Gefahr im Verzug" im Strafverfahrensrecht*, op. cit., p. 150 et s.

l'information du juge devait être immédiate et ne pas transiter par la hiérarchie policière¹. Surtout, le juge qui confirme et autorise la poursuite de la mesure doit nécessairement mentionner et justifier la présence de l'urgence², cela ne pouvant être palier, à juste titre, par la motivation de la juridiction d'appel³. L'Italie fait de même : le juge doit vérifier les conditions de l'urgence⁴. Toutefois, la motivation *per relationem* fait craindre un simple enregistrement.

389. Motivation spécifique. *La motivation de l'urgence est donc une troisième exigence primordiale.* Sur ce point, la jurisprudence française en matière de géolocalisation d'urgence doit être saluée. Elle exige une double motivation, à la charge du policier réalisant en urgence la mesure mais aussi à la charge du magistrat confirmant et autorisant la poursuite de la géolocalisation⁵. L'arrêt du 9 mai 2018 est particulièrement clair sur ce point, étant précisé qu'il s'agissait d'une géolocalisation d'urgence dans le cadre d'une enquête, donc devant être transmise pour confirmation au ministère public (dans notre distribution, le juge) :

« Mais attendu qu'en se déterminant ainsi, alors que, d'une part, le procès-verbal établi par l'officier de police judiciaire après l'information donnée au procureur de la République n'énonçait que la nécessité d'exercer de manière efficace une surveillance physique de M. Z... et de pouvoir suivre techniquement les déplacements de la voiture qu'il pourrait être amené à utiliser pour ses trajets, d'autre part, l'autorisation de prolongation donnée par le procureur de la République ne comportait aucun énoncé des circonstances de fait établissant l'existence d'un risque imminent de dépérissement des

¹ Cass. crim., 17 novembre 2015, n° 15-84.025, bull. n° 529 ; *Rev. sc. crim.* 2016, p. 369, obs. Cordier ; *Procédures* 2016, comm. 26 CHAVENT-LECLÈRE ; *Gaz. Pal* 19 décembre 2015, p. 18, obs. MÉSA ainsi que 26 janvier 2016, p. 64, obs. FOURMENT.

² Cass. crim., 17 novembre 2015, n° 15-84.025, bull. n° 529 ; *Rev. sc. crim.* 2016, p. 369, obs. Cordier ; *Procédures* 2016, comm. 26 CHAVENT-LECLÈRE ; *Gaz. Pal* 19 décembre 2015, p. 18, obs. MÉSA ainsi que 26 janvier 2016, p. 64, obs. FOURMENT ; Cass. crim., 10 avril 2018, n° 17-85.607, inédit ; Cass. crim., 9 mai 2018, n° 17-86.638, inédit ; *Dr. pén.* 2018, comm. 136 MARON et HAAS ; *Procédures* 2018, comm. 224 CHAVENT-LECLÈRE ; *Gaz. Pal.* 24 juillet 2018, p. 51, obs. FOURMENT ; Cass. crim., 20 juin 2018, n° 17-86.657, bull. numérique n° 1519 ; *Gaz. Pal.* 18 septembre 2018, p. 12, obs. MÉSA ainsi que 6 novembre 2018, obs. FOURMENT.

³ V., parlant sur ce point de saine leçon, car « la validité d'un acte juridique s'apprécie au jour où il est constitué » : F. FOURMENT, « Pas de motivation rétrospective, par la chambre de l'instruction, de l'autorisation de poursuite d'une mesure de géolocalisation initiée en urgence », *Gaz. Pal.* 6 novembre 2018, p. 61.

⁴ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 267 al. 2 et 2 bis.

⁵ F. FOURMENT, « Géolocalisation : ne pas confondre vitesse et précipitation », *Gaz. Pal.* 24 juillet 2018, p. 51.

preuves ou d'atteinte grave aux personnes ou aux biens, la chambre de l'instruction a méconnu le texte susvisé. »¹

Une telle exigence trouverait naturellement à s'appliquer dans la distribution proposée. Pourrait d'ailleurs être transposée, s'agissant de la motivation de l'acte de l'organe agissant en urgence, l'exigence jurisprudentielle d'*indices objectifs et apparents* actuellement applicable à la constatation de la flagrance.

Ajoutons enfin que la motivation *per relationem*, soit par renvoi aux documents fournis par l'organe requérant, que nous avons admise sous conditions pour l'équilibre idéal², pourrait être un instrument d'affaiblissement du contrôle du juge sur l'urgence qui périliterait ainsi en un simple enregistrement. Si la motivation *per relationem* peut être utile dans le cadre de l'équilibre de principe où le juge intervient *a priori*, donc quoi qu'on en dise sous une certaine contrainte temporelle, il n'en est pas de même lorsque, pour cause d'urgence, le juge intervient *a posteriori*. La modification substantielle de l'équilibre des pouvoirs engendrée par l'urgence impose de refuser, lorsque le juge intervient *a posteriori*, la motivation par renvoi aux documents du parquet ou de la police.

390. Contrôle rapide. La confirmation du juge *doit encore avoir lieu le plus rapidement possible*, tout en permettant une bonne évaluation et justification du recours à l'urgence. Aussi, l'imposition de délais de transmission au juge et de décision nous paraît indispensable. Un modèle à l'italienne du type 48h+48h permettrait à chacun des organes concernés de motiver de façon convenable son acte.

Une réserve doit être faite en matière d'arrestation et de placement en garde à vue. On l'a dit, il s'agit d'une mesure particulièrement attentatoire aux droits fondamentaux puisqu'est concernée la sûreté. Si elle ne saurait être soumise à une réserve intangible du juge, un raccourcissement des délais s'impose, sur le modèle allemand. Le Code de procédure pénale allemand prévoit en effet la présentation de la personne et la confirmation de la mesure dans les vingt-quatre heures.

¹ Cass. crim., 9 mai 2018, n° 17-86.638, inédit ; *Dr. pén.* 2018, comm. 136 MARON et HAAS ; *Procédures* 2018, comm. 224 CHAVENT-LECLÈRE ; *Gaz. Pal.* 24 juillet 2018, p. 51, obs. FOURMENT ; Cass. crim., 20 juin 2018, n° 17-86.657, bull. numérique n° 1519 ; *Gaz. Pal.* 18 septembre 2018, p. 12, obs. MÉSA ainsi que 6 novembre 2018, obs. FOURMENT. V. déjà M. NORD-WAGNER, *L'urgence en procédure pénale*, Thèse Strasbourg 3, 2005, n° 231.

² V. *supra* n° 309.

391. Contrôle inconditionné. En lien direct avec l'exigence d'une intervention rapide du juge, il faut souligner *l'absolue nécessité de la confirmation du juge même si la mesure a pris fin le temps qu'il intervienne*. Cette solution, inspirée du système italien en matière d'arrestation, pourrait être généralisée à toutes les hypothèses d'intervention du juge, celui-ci n'étant cependant plus tenu par le délai de quarante-huit ou vingt-quatre heures pour décider.

392. Sanction forte. Enfin, il nous semble que *le recours injustifié à l'urgence devrait entraîner la nullité d'ordre public de la mesure*, sans démonstration de grief exigée et relevable d'office, en tout cas dans les hypothèses, à l'évidence majoritaires, d'intervention *a posteriori* du juge¹. En effet, le recours injustifié à l'urgence emporte dans ce cas-là un contournement de la réserve du juge, ce qui porte forcément préjudice aux droits de la personne concernée, qui voit l'atteinte à ses droits fondamentaux contrôlée *a posteriori*, c'est-à-dire après sa réalisation. Si la définition retenue de l'urgence est assez large, la transposition des critères des indices apparents et objectifs pourrait faciliter le contrôle de la justification et la motivation du recours à l'urgence. En cas d'absence de tels indices, l'acte effectué en urgence devrait être affecté d'une nullité d'ordre public. Le système allemand n'admet pas de sanction procédurale véritable en dehors des hypothèses de recours arbitraire à l'urgence, notamment lorsque le parquet ou la police provoquent eux-mêmes les conditions de l'urgence². Cette solution paraît trop peu sévère et explique sans doute que l'urgence soit toujours largement utilisée en pratique³, alors même que la Cour constitutionnelle fédérale a affirmée dès 2001 que la compétence d'urgence doit être

¹ Dans les autres hypothèses, une nullité à grief est envisageable. Sur les différentes nullités, v. S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, *op. cit.*, n° 2313 et s.

² Cour constitutionnelle fédérale allemande, 12 avril 2005, 2 BvR 1027/02 (BVerfGE 113, 29). Pour une approche critique de cette position, v. G. FEZER, « Effectiver Rechtschutz bei Verletzung der Anordnungsvoraussetzung "Gefahr im Verzug" », *op. cit.*, p. 93, spéc. p. 101 et s. Certains auteurs réclament ainsi la sanction de tout contournement de la réserve du juge par l'interdiction d'utiliser la preuve récoltée : v. par exemple S. HÜLS, « Der Richtervorbehalt – seine Bedeutung für das Strafverfahren und die Folgen von Verstößen », *ZIS* 4/2009, p. 160 ; H.-C. SCHMIDT, « Die unzureichende Begründung ermittelungsrichterlicher Anordnungen und deren Auswirkung auf die Beweisverwertung im Strafprozess », *op. cit.*, p. 448. Pour une analyse plus nuancée, v. K. MÜLLER et C. TRURNIT, « Eilzuständigkeiten der Staatsanwaltschaft und des Polizeivollzugsdienstes in der StPO », *StraFo* 4/2008, p. 144.

³ Constat fait par C. BITZIGEIO, *Der Richtervorbehalt im Spannungsfeld normativer Anforderungen und polizeilicher Praxis*, *op. cit.*, p. 1 ainsi que p. 28 et s. ; H.-H. KÜHNE, *Strafprozessrecht*, 9^e éd., *op. cit.*, n° 409.1 ; S. HÜLS, « Der Richtervorbehalt – seine Bedeutung für das Strafverfahren und die Folgen von Verstößen », *op. cit.*, p. 160.

l'exception¹. L'attitude italienne, qui admet seulement la fin de la mesure et non l'interdiction d'utiliser les résultats obtenus², est affectée du même vice.

393. La distribution des pouvoirs proposée ne doit être adaptée qu'aux cas d'urgence. Une adaptation à la gravité de l'infraction doit être refusée car la gravité des faits n'implique pas en soi de difficultés à les connaître. La proximité de l'infraction (flagrance), elle, doit être vue comme une présomption légale d'urgence.

L'urgence, définie comme la situation de péril imminent d'atteinte grave à la preuve, aux personnes ou aux biens à laquelle ne peut répondre l'application normale de la distribution des pouvoirs, implique une double modification de la répartition des pouvoirs. Tout d'abord, le premier intervenant, même s'il s'agit du juge, doit être considéré comme titulaire par exception des fonctions d'investigation et de protection de la procédure. Ensuite, la fonction de garantie des droits fondamentaux, si elle reste affiliée à titre exclusif au juge, est retardée : la réserve du juge devient la confirmation par le juge, sauf pour la détention provisoire. En revanche, la distribution de la fonction de mise en mouvement de l'action publique n'est pas affectée par l'urgence.

Le recours à la distribution d'urgence en lieu et place de la répartition de principe doit être strictement encadré afin d'éviter tout risque d'automatisme. Il doit être exceptionnel, totalement contrôlé par le juge lors de la confirmation de la mesure et motivé spécifiquement tant par l'organe procédant que par le juge confirmant. La confirmation doit intervenir le plus rapidement possible (quarante-huit voire vingt-quatre heures), même si la

¹ Cour constitutionnelle fédérale allemande, 20 février 2001, 2 BvR 1444/00 (BVerfGE 103, 142)..

² Cour de cassation italienne, 1^{re} section pénale, 21 février 1995, no 1708, *Colazzo*. ; Cour de cassation italienne, 4^e section pénale, 4 novembre 2016, n° 46470, *Mouzzaoui* ; Cour de cassation italienne, 3^e section pénale, 30 décembre 2016, n° 55285, *Bruzzese ed altri* ; Cour de cassation italienne, 3^e section pénale, 16 janvier 2017, n° 1772, *Xianshun V.* aussi Cour de cassation italienne, 2^e section pénale, 19 avril 2018, n° 17701, *Bruno*.

mesure a déjà pris fin, et la sanction d'un recours irrégulier à l'équilibre d'urgence doit être la nullité d'ordre public de l'acte accompli.

Par l'adaptation de la distribution des pouvoirs aux hypothèses d'urgence ont été atténués deux dangers, celui d'une procédure totalement inefficace et celui d'une contamination de l'urgence. Mais tout risque d'un retour au déséquilibre n'est pas écarté et c'est le bon exercice des fonctions qu'il convient maintenant d'assurer.

CHAPITRE 2

OPTIMISER L'EXERCICE DES FONCTIONS

394. Le risque de morcellement des pouvoirs. Dans l'une ou l'autre des distributions proposées (hors urgence, en cas d'urgence), trois organes sont amenés à intervenir dans la phase préparatoire du procès pénal en déployant quatre fonctions. Le risque de morcellement, qui pourrait conduire à un *putsch fonctionnel* de l'un des organes, n'est donc pas encore totalement écarté. Plus que la distribution elle-même, l'exercice des fonctions doit maintenant être assuré, optimisé. Chacune des fonctions doit être déployée et utilisée au mieux¹ afin qu'aucune d'entre elles ne prenne l'ascendant sur les autres et, donc, qu'aucun organe ne phagocyte toute la phase préparatoire.

Une telle optimisation implique deux étapes. Il faudrait d'abord renforcer le nerf de la guerre en procédure pénale : la connaissance (Section 1). Celle-ci doit impérativement circuler, et *bien* circuler, pour espérer un exercice concret et effectif de toutes les fonctions. Devrait ensuite être posée la question de l'encadrement temporel de l'exercice des fonctions, plus particulièrement d'un délai posé à l'exercice de la fonction d'investigation (Section 2).

Section 1

L'indispensable circulation de la connaissance

395. L'information, c'est le pouvoir. La citation semble tirée d'un roman policier – elle l'est² – ou du monologue d'un méchant de James Bond – elle pourrait l'être³. Il n'en demeure pas moins qu'elle s'applique parfaitement à la procédure pénale, en particulier à la phase préparatoire du procès pénal. La connaissance est absolument cruciale, la fonction d'investigation consistant à *savoir* ce qu'il s'est passé. Surtout, les critiques récurrentes

¹ *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e éd., s. v. « Optimiser ».

² J. GRISHAM, *Le contrat*, Pocket, rééd. 2010, p. 123 : « L'information, c'est le pouvoir, et nous savons tout ».

³ V. les motivations d'Eliott Carver, magnat de la presse cherchant à provoquer lui-même les nouvelles qu'il annonce dans ses médias afin de contrôler... le monde : R. SPOTTISWOODE, *Demain ne meurt jamais*, 1995, 119 min.

contre le juge des libertés et de la détention ou, plus encore, contre le juge pour les enquêtes préliminaires italien portent sur la mauvaise connaissance du dossier de la procédure. D'ailleurs, le dossier de procédure a pour but d'avoir en mémoire, de connaître l'enchaînement des actes et faits procéduraux. Serge Guinchard et Jacques Buisson, qui fondent leur analyse de la procédure pénale sur le dossier de la procédure¹, notent ainsi que celui-ci « comprend les documents procéduraux qui [...] relatent les actes [...] matériellement effectués [...] afin que les juridictions de jugement puissent avoir *une exacte connaissance* des actes qui ont permis, en amont du procès, de recueillir les indices devenus charges, et en discuter oralement à l'audience »².

Cette appréciation peut sans grand danger être généralisée à l'ensemble des phases de la procédure et à l'ensemble des organes. Un organe ne peut exercer la ou les fonctions qui lui sont attribuées que s'il est correctement informé de ce qu'il s'est passé et de ce qui se passe en parallèle de son activité. Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs censuré plusieurs dispositions de la loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice prévoyant l'extension des interceptions de communications à toutes les enquêtes ouvertes pour des infractions punies de trois ans d'emprisonnement ainsi que l'unification des techniques spéciales d'enquêtes et leur extension à tout crime en dehors de la seule criminalité organisée. Ces mesures auraient été soumises à l'autorisation du juge des libertés et de la détention. Mais les sages ont considéré que ce juge ne disposerait pas de toutes les informations nécessaires à l'exercice de sa fonction :

« Toutefois, si le juge des libertés et de la détention peut ordonner à tout moment l'interruption des techniques spéciales d'enquête, les dispositions légales ne prévoient pas qu'il peut accéder à l'ensemble des éléments de la procédure. Ainsi, alors que son autorisation est donnée pour une durée d'un mois, il n'a pas accès aux procès-verbaux réalisés dans le cadre de l'enquête en cours autres que ceux dressés en exécution de sa décision et n'est pas informé du déroulé de l'enquête en ce qui concerne les investigations autres que les actes accomplis en exécution de sa décision. »³

¹ Démarche qui n'a cependant pas pu être retenue dans le cadre de notre recherche compte tenu des impératifs de la comparaison des droits : v. *supra* n° 7.

² S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, 11^e éd., LexisNexis, 2018, n° 641.

³ Cons. const., 21 mars 2019, no 2019-778 DC, considérant 163 ; *JORF* du 24 mars 2019.

Aussi l'information, et surtout la connaissance qu'elle permet, ont-elles une emprise considérable (§ 1). Il convient alors de préciser les modalités efficaces de leur circulation dans la distribution proposée afin d'éviter tout retour du déséquilibre (§ 2).

§ 1. L'emprise de la connaissance

396. La connaissance, « le fait d'être informé ou de s'informer »¹, est à la base de toute activité procédurale, c'est-à-dire de toute fonction. L'équilibre des pouvoirs peut donc être mis à mal si la connaissance n'alimente pas l'exercice de toutes les fonctions. Pour mieux comprendre l'emprise de la connaissance, nous proposerons l'importation d'une notion rencontrée chez les auteurs allemands : l'avantage cognitif (A). L'analyse sous l'angle de l'avantage cognitif permet de détecter certains risques d'un retour au déséquilibre (B).

A. La notion d'avantage cognitif

397. L'étude succincte de la situation cognitive des différents organes agissant lors de la phase préparatoire permet de se rendre compte que tous ne sont pas égaux dans ce domaine. La doctrine allemande a depuis longtemps fait le constat de l'avance cognitive dont bénéficie la police² (1). Une telle appréciation pourrait sans doute être importée et systématisée dans le cadre d'une distribution française des pouvoirs (2).

1. L'inspiration allemande

398. Première approche de l'« avance d'information ». De nombreux auteurs allemands parlent, lorsqu'ils étudient la phase préparatoire, de la problématique de l'avance en matière d'information (*Informationsvorsprung*). À notre connaissance, cette terminologie ne se retrouve ni en France, ni en Italie. Outre-Rhin, la notion est employée

¹ *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e éd., s. v. « Connaissance », sens I-2.

² Une telle analyse n'est pas ressortie des documents et sources italiennes consultées.

dans trois hypothèses. Dans la première, est soulignée l'avance en matière d'information du ministère public par rapport aux parties privées. Cet emploi se retrouve assez rarement en doctrine¹ mais plus fréquemment en jurisprudence. La Cour constitutionnelle fédérale a en effet plusieurs fois relevé qu'il n'est pas contesté que le parquet dispose d'une avance par rapport aux parties privées, notamment au regard de l'exigence de recherche de la vérité imposée par le principe d'État de droit². Dans la deuxième hypothèse, le terme d'avance en matière d'information est utilisé pour désigner la position privilégiée des organes de poursuite par rapport au juge³. Enfin, dans la troisième hypothèse, plus fréquente, la doctrine envisage *l'avance d'information de la police dans sa relation avec le ministère public*⁴. Egon Müller, lui, parle de domination de la police en matière d'information (*informationelle Herrschaft*)⁵.

Il n'existe pas, semble-t-il, de systématisation de l'« avance en information ». Cependant, ce concept est mobilisé, en ce qui concerne les relations entre parquet et police, dans plusieurs situations, allant d'un cadre très général à des considérations spécifiques sur les causes de cette avance.

399. L'« avance d'information » pour expliquer la réalité de la procédure. Les auteurs abordent majoritairement la question de l'avance de la police en matière d'information lorsqu'ils étudient la réalité de la procédure. Alors que le Code de procédure pénale allemand fait du parquet le maître de la phase préparatoire (*Herrin des*

¹ Parmi les ouvrages que nous avons consultés, seul un auteur emploie l'expression d'*Informationsvorsprung* dans un tel contexte : v. P. KETTNER, *Der Informationsvorsprung der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren. Untersuchung anhand des Akteneinsichtsrechts und des Verhältnisses zur Öffentlichkeit*, Tenea, 2002.

² Cour constitutionnelle fédérale allemande, 8 novembre 1983, 2 BvR 1138/83 ; Cour constitutionnelle fédérale allemande, 5 mars 1985, 2 BvR 1715/83 ; Cour constitutionnelle fédérale allemande, 11 juillet 1994, 2 BvR 777/94 ; Cour constitutionnelle fédérale allemande, 15 janvier 2004, 2 BvR 1895/03. Cette jurisprudence a été reprise par la Cour fédérale de justice, équivalent de la Cour de cassation : v. Cour fédérale de justice allemande, 5 mars 2003, StB 7/03.

³ J. BRÜNING, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, Nomos, 2005, p. 226.

⁴ V. notamment S. HÜLS, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, BWV, 2007, p. 242 et s. ; H. SATZGER, *Chancen und Risiken einer Reform des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens: Gutachten C zum 65. Deutschen Juristentag*, C.H. Beck, 2004, p. C140 ; E. BÜLLES, *Justizpolizei oder Polizeistaatsanwaltschaft*, StA Köln, 2012, p. 5 et s. (accessible en ligne) ; H.-H. KÜHNE, *Strafprozessrecht*, 9^e éd., C. F. Müller, 2015, n° 135 ; M. A. ZÖLLER, *Informationssysteme und Vorfeldmaßnahmen von Polizei, Staatsanwaltschaft und Nachrichtendiensten*, C.F. Müller, 2002, p. 75 et s. ; M. BÄCKER, *Kriminalpräventionsrecht*, Mohr Siebeck, 2015, p. 346 ; B. ELSNER, *Entlastung der Staatsanwaltschaft durch mehr Kompetenzen für die Polizei ?*, Universitätsverlag Göttingen, 2008, p. 47 et s. ; H. LILIE, « Das Verhältnis von Polizei und Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren », *ZStW* 1994, p. 625.

⁵ E. MÜLLER, cité par H.-C. SCHAEFER, « Zur Entwicklung des Verhältnisses Staatsanwaltschaft-Polizei », dans *Festschrift für Ernst-Walter Hanack zum 70. Geburtstag*, Walter de Gruyter, 1999, p. 191, spéc. p. 195.

Ermittlungsverfahren), la pratique semble être toute autre¹. Silke Hüls souligne en ce sens la supériorité de la police (*Übermacht der Polizei*), qu'il date de la lutte contre les mouvements terroristes des années soixante-dix². C'est encore Mark Alexander Zöllner qui remarque que près de 80 % des procédures pénales sont commencées par la police³. Matthias Bäcker, lui, aborde l'avantage d'information de la police lorsqu'il étudie la dissolution des frontières procédurales dans la pratique des investigations (*Auflösung verfahrensrechtlicher Grenzen*)⁴. L'étude de l'avance d'information de la police rend donc compte d'un phénomène déjà rencontré et pour partie accepté : la policarisation de la procédure pénale⁵. D'ailleurs, le terme même de policarisation est emprunté à l'allemand (*Verpolizeilichung*)⁶.

400. Les causes de l'« avance d'information » de la police. Lorsqu'ils analysent plus en détail les causes ou manifestations de l'avantage d'information de la police, les auteurs mentionnent plusieurs éléments.

Il est d'abord commun de souligner la grande différence de dotation en matériel et en personnel de la police allemande par rapport au ministère public⁷. Il s'agit de rendre compte d'une réalité qui ne saurait être occultée et qui nous a notamment poussés à reconnaître la police comme véritable organe de la phase préparatoire du procès pénal⁸.

Des auteurs s'intéressent ensuite aux développements des moyens techniques et technologiques d'investigations secrètes comme l'*IMSI Catcher*, la balise GPS ou encore les perquisitions et infiltrations informatiques⁹. Pour Silke Hüls, si ces mesures sont dans leur majorité décidées par le ministère public, elles sont exécutées par la seule police.

¹ V. déjà E. SCHMIDT, « Die Rechtsstellung der Staatsanwaltschaft », *MDR* 1/1951, p. 1.

² S. HÜLS, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, *op.cit.*, p. 238 et s. ainsi que p. 243. V. déjà G.-J. KUHLMANN, « Gedanken zum Bericht über das Verhältnis Staatsanwaltschaft und Polizei », *DRiz* 1976, p. 265.

³ M. A. ZÖLLER, *Informationssysteme und Vorfeldmaßnahmen von Polizei, Staatsanwaltschaft und Nachrichtendiensten*, *op.cit.*, p. 75.

⁴ M. BÄCKER, *Kriminalpräventionsrecht*, *op.cit.*, p. 342 et s.

⁵ V. *supra* n° 22.

⁶ Cette policarisation a encore été soulignée dernièrement par deux éminents auteurs : v. C. ROXIN et B. SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, 29^e éd., C.H. Beck, 2017, p. 61-63.

⁷ V. par exemple E. BÜLLES, *Justizpolizei oder Polizeistaatsanwaltschaft*, *op.cit.*; M. A. ZÖLLER, *Informationssysteme und Vorfeldmaßnahmen von Polizei, Staatsanwaltschaft und Nachrichtendiensten*, *op.cit.*, p. 75.

⁸ V. *supra* n° 166 et s. En 2016, l'Allemagne comptait 5 505 parquetiers pour 244 318 policiers : v. Annexe n° 2, p. 757.

⁹ V. par exemple H.-H. KÜHNE, *Strafprozessrecht*, *op.cit.*, n° 135 ; B. ELSNER, *Entlastung der Staatsanwaltschaft durch mehr Kompetenzen für die Polizei ?*, *op.cit.*, p. 47 et s.

Surtout, le procureur est en réalité dépendant des connaissances techniques des enquêteurs lors du prononcé de la mesure – l’auteur parle d’avance des compétences (*Kompetenzvorsprung*)¹. Cet argument doit être mis en lien avec celui très souvent avancé de la spécialisation et de la professionnalisation de l’organe policier, qui expliquerait aussi son avance sur le ministère public².

Les auteurs remarquent en outre que la lutte contre le terrorisme a, depuis les années soixante-dix, contribué à une abolition de la séparation entre l’activité de prévention de la police et son activité judiciaire de répression avec la naissance de la lutte préventive contre le crime (*vorbeugende Verbrechensbekämpfung*)³. L’idée sous-jacente est qu’une « lutte efficace contre le terrorisme et la criminalité organisée ne serait possible que si les enquêtes pénales ne se limitent pas à la poursuite d’une seule infraction, mais clarifient les liens avec d’autres faits et, surtout, examinent les structures criminelles sous-jacentes »⁴.

Est enfin régulièrement mentionnée la souveraineté de la police en matière de recueil et d’analyse de données (*Datenhoheit*)⁵. Ce dernier argument est généralement suivi de développements sur les différents fichiers de police alimentés par l’activité préventive

¹ S. HÜLS, *Polzeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, *op.cit.*, spéc. p. 258. V. déjà, parlant d’avance technique (*technische Vorsprung*), H. LILIE, « Das Verhältnis von Polizei und Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren », *op.cit.*, p. 625.

² M. A. ZÖLLER, *Informationssysteme und Vorfeldmaßnahmen von Polizei, Staatsanwaltschaft und Nachrichtendiensten*, *op.cit.*, p. 75 ; H.-H. KÜHNE, *Strafprozessrecht*, *op.cit.*, n° 135 ; B. ELSNER, *Entlastung der Staatsanwaltschaft durch mehr Kompetenzen für die Polizei ?*, *op.cit.*, p. 47 et s.

³ V. H. LILIE, « Das Verhältnis von Polizei und Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren », *op.cit.*, p. 625. Pour une approche critique de cette notion, v. H.-C. SCHAEFFER, « Zur Entwicklung des Verhältnisses Staatsanwaltschaft-Polizei », *op.cit.*, spéc. p. 193 et s.

⁴ S. HÜLS, *Polzeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, *op.cit.*, p. 261 : « Das Konzept gründet auf der Vorstellung, dass die wirksame Bekämpfung des Terrorismus und der Organisierten Kriminalität nur möglich soll, wenn sich strafrechtliche Ermittlungen nicht auf die Verfolgung einer einzelnen Straftat beschränken, sondern Querverbindungen zu sonstigen Taten aufklären und vor allem die zugrunde liegenden kriminellen Strukturen durchleuchten ». V. aussi M. BÄCKER, *Kriminalpräventionsrecht*, *op.cit.*, p. 345 et s.

⁵ S. HÜLS, *Polzeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, *op.cit.*, p. 276 et s. ; H. SATZGER, *Chancen und Risiken einer Reform des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens: Gutachten C zum 65. Deutschen Juristentag*, *op.cit.*, p. C140 ; E. BÜLLES, *Justizpolizei oder Polizeistaatsanwaltschaft*, *op.cit.* ; M. A. ZÖLLER, *Informationssysteme und Vorfeldmaßnahmen von Polizei, Staatsanwaltschaft und Nachrichtendiensten*, *op.cit.*, p. 75 et s. ; C. ROXIN, « Zur Rechtsstellung der Staatsanwaltschaft damals und heute », *DRiZ* 1997, p. 109.

de celle-ci¹. La jurisprudence a accepté l'utilisation de ces fichiers dans des procédures pénales², alors même que le ministère public ne dispose pas d'un droit d'accès³.

2. L'importation et la systématisation françaises

401. Utilité de l'importation. L'analyse allemande, qui se concentre essentiellement sur les rapports entre le ministère public et la police, pourrait être importée dans le cadre de nos réflexions françaises sur l'équilibre des pouvoirs. En effet, la question de la connaissance est prégnante dans le rapport entre le parquet et la police, particulièrement dans le cadre du traitement en temps réel. On a ainsi pu souligner que l'organe policier dispose à cette occasion de la véritable connaissance et qu'il peut choisir quelle information et quelle présentation de l'information donner au représentant du ministère public qu'il a au téléphone⁴. Selon Pierre Tcherkessoff, « alors que le traitement en temps réel était censé renforcer le contrôle effectif du parquet sur la police, ce système produirait selon certains avis l'effet inverse, car finalement ce serait plutôt la police qui verrait ses marges d'action s'accroître »⁵. C'est dire que l'analyse allemande peut tout à fait être importée en France.

402. De l'importation à la systématisation. Si la question de l'avance d'information concerne en Allemagne essentiellement les relations entre le parquet et la police, une systématisation à l'ensemble des relations interorganiques de la phase préparatoire paraît possible et sensée. En effet, des variations de connaissances se retrouvent dans n'importe quelle procédure pénale faisant intervenir plusieurs organes voire plusieurs personnes physiques. À partir du moment où nous sommes plusieurs à

¹ V. la loi du 8 mars 1951 (*BKA Gesetz*, refondue par la loi du 1^{er} juin 2017), § 9 et s. ainsi que le décret du 4 juillet 2010 (modifié par la loi 13 avril 2017).

² Cour fédérale de justice allemande, 14 mai 1991, 1 StR 699/90.

³ Cela n'est pas sans susciter les critiques de la doctrine : v. H. SATZGER, *Chancen und Risiken einer Reform des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens: Gutachten C zum 65. Deutschen Juristentag*, *op.cit.*, p. C140 ; H.-C. SCHAEFFER, « Zur Entwicklung des Verhältnisses Staatsanwaltschaft-Polizei », *op.cit.*, spéc. p. 196 et s.

⁴ « Les policiers peuvent avoir tendance, soit à simplifier les faits afin d'écartier tout doute sur la culpabilité du mis en cause ou sur les circonstances de l'infraction, soit au contraire à aggraver ceux-ci afin de s'assurer qu'une suite judiciaire sera donnée à l'affaire, et ce d'autant que les procès-verbaux sont rédigés après-coup, ce qui laisse le temps aux enquêteurs de prendre du recul par rapport à la situation » : J. SEGAUD, *Essai sur l'action publique*, Thèse Reims, 2010, n° 194.

⁵ P. TCHERKESOFF, *Cohérence et légitimité du ministère public*, Thèse Paris 2, 2015, n° 316.

intervenir dans la procédure, des différences d'accès à la connaissance et de savoir se font obligatoirement jour. Étant arrivé en premier sur les lieux, nous en savons plus en tant qu'officier de police judiciaire que notre supérieur hiérarchique à qui nous transmettons l'information, de même que notre supérieur en saura plus que le parquet à qui il relatera les faits, etc. Aussi la question de l'avance d'information doit-elle être généralisée à l'ensemble des fonctions exercées. L'accès et la détention de l'information peut en effet avantager l'exercice de certaines fonctions au détriment d'autres, mettant ainsi en péril la distribution des pouvoirs.

Il pourrait être avancé que le problème de l'information concerne davantage l'organe que la fonction. En effet, la littérature allemande s'intéresse à l'avance de la police sur le parquet en ce domaine. Toutefois, l'information, si elle est récoltée et analysée par l'organe, concerne avant tout *la possibilité même de l'exercice d'une fonction*. Le déploiement d'une activité procédurale dépend de la connaissance de données telles que les faits ou les actes déjà réalisés ou les actes en cours de réalisation. Aussi est-ce bien la fonction qui est conditionnée par la connaissance, plus exactement par l'information de l'organe l'exerçant.

403. Précisions terminologiques : de l'« avance d'information » à l'avantage cognitif. La notion d'avance d'information proposée par la doctrine allemande, si elle traduit une réalité qui doit être prise en compte, n'emporte toutefois pas satisfaction d'un point de vue terminologique. Ici, la traduction paraît trop étrange puisqu'il faudrait en réalité parler soit d'avance informationnelle – ce qui n'est pas français – soit d'avance en matière d'information – ce qui est un peu lourd¹. Surtout, le terme même d'avance, polysémique, peut nuire à la compréhension du concept.

Aussi proposons-nous d'employer la locution d'*avantage cognitif*. L'avantage exprime bien l'idée d'une « supériorité »², de quelque chose en plus, d'une situation privilégiée par rapport à d'autres. Cet avantage est cognitif en ce qu'il se rapporte à la

¹ Sur la traduction et la comparaison des droits, v. *supra* n° 48.

² *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e éd., s. v. « Avantage », sens 2.

connaissance¹. Cela permet de faire référence au résultat final de cet avantage, la connaissance, le savoir, plus qu'à l'action préalable à celui-ci, l'information.

404. Définition de l'avantage cognitif. Au terme de cette analyse, l'avantage cognitif semble pouvoir être défini comme **la situation de l'organe devant exercer une fonction qui connaît, qui sait plus de choses que les autres organes**. Les dangers de l'avantage cognitif se révèlent à l'énoncé même de sa définition.

B. Les dangers de l'avantage cognitif

405. La situation cognitive dans la distribution des pouvoirs proposée doit être précisément détaillée pour permettre de comprendre les différents avantages cognitifs présents dans le cadre de la phase préparatoire du procès pénal (1). Ce n'est qu'ainsi que nous pourrons prendre la mesure du risque encouru, celui de l'effondrement même de l'équilibre (2).

1. La situation cognitive dans l'équilibre des pouvoirs

406. Rappel de la distribution proposée. La distribution des pouvoirs envisagée se base sur l'analyse de la procédure pénale, en particulier de sa phase préparatoire, comme menant du fait au droit². Les faits, dont la connaissance est l'objet de la fonction d'investigation, sont donc le point de départ de toute procédure et, partant, de toute *connaissance procédurale*.

La répartition des pouvoirs ainsi que la dotation matérielle et personnelle extrêmement supérieure de la police en font l'organe qui sera le premier en contact avec les faits, donc le premier à démarrer la procédure dans l'immense majorité des cas. Ce

¹ *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e éd., s. v. « Cognitif ».

² M. DELMAS-MARTY (prés.), « Rapport préliminaire sur la mise en état des affaires pénales », dans *La Mise en état des affaires pénales : rapports, Commission justice pénale et droits de l'homme*, La Documentation française, 1990, p. 7, spéc. p. 11.

constat est déjà fait en Allemagne¹ comme en Italie² et en France³. Or, parce qu'elle est la première à être en contact avec les faits, à y avoir accès (les Allemands ont développé la notion de premier accès, *erster Zugriff*), la police sera la première à procéder. La connaissance s'estompant à mesure que l'on s'éloigne des faits ou que l'on ne procède pas ou plus, la police sera bénéficiaire d'un avantage cognitif capital. Le procureur, lui, bénéficiera d'un avantage cognitif moindre mais tout aussi certain. Si l'on reprend le schéma de la distribution idéal, la situation pourrait être résumée comme suit :

Schéma 2. Distance et déperdition cognitives dans la distribution des pouvoirs



407. Les avantages cognitifs dans la phase préparatoire du procès pénal. Ce schéma permet de comprendre qu'il y aura essentiellement deux avantages cognitifs à l'œuvre.

¹ V. par exemple M. A. ZÖLLER, *Informationssysteme und Vorfeldmaßnahmen von Polizei, Staatsanwaltschaft und Nachrichtendiensten*, op.cit., p. 75.

² V. par exemple, notant un déplacement du centre de gravité vers la police, M. Chiavario, *Diritto processuale penale*, 7^e éd., Utet, 2017, p. 161-162.

³ V. par exemple C. GIUDICELLI, « Regard croisés sur la direction de l'enquête dans les procédures pénales », *AJ Pénal* 2008, p. 439.

Le premier et plus important *bénéficiera à la police au regard du ministère public et du juge*. Un tel schéma de la distance et donc de la déperdition cognitive vaut aussi pour l'équilibre d'urgence, étant précisé que l'avantage de la police est d'autant plus renforcé qu'elle sera en pratique la première bénéficiaire de l'urgence. Cet avantage cognitif très fort de la police par rapport au parquet a pu être souligné, en Allemagne, pour critiquer le mouvement de policierisation de la procédure¹, notamment au regard du statut moins protecteur de la police en comparaison des membres du ministère public. Une telle approche ne peut toutefois être reprise ici puisque, nous l'avons dit, il convient de reconnaître un véritable organe de police judiciaire exerçant les fonctions d'investigation, de protection de la procédure et de décision de mise en mouvement de l'action publique, tout en sachant que des fonctions exercées doit découler le statut et non l'inverse.

Le second avantage cognitif *aura pour bénéficiaire le ministère public et s'exprimera face au juge*. Cet avantage sera plus faible puisqu'il dépendra bien souvent lui-même de l'avantage cognitif de la police. On pourrait donc parler d'un avantage cognitif *secondaire* du parquet par rapport à l'avantage cognitif *primaire* dont bénéficie la police.

Le schéma montre clairement le déficit cognitif du juge, qui dépend de la police et du ministère public pour être informé. Le risque est alors grand que la fonction qu'il exerce, la garantie des droits fondamentaux, ne soit atrophiée et que l'équilibre ne devienne une chimère de plus.

2. L'effondrement de l'équilibre des pouvoirs

408. L'anémie de la fonction de garantie des droits. Le juge intervient théoriquement en dernier et avec la distance la plus grande par rapport aux faits et à la procédure. La fonction de garantie des droits et libertés qu'il exerce et qui est déployée *ad acta* est donc conditionnée par un flux cognitif qui doit arriver intact et entier jusqu'à lui pour espérer son exercice sain et optimal. Les avantages cognitifs de la police et du parquet ont alors pour risque principal d'anémier la fonction de garantie des droits et libertés. C'est sans doute pour cela que le Conseil constitutionnel a censuré plusieurs dispositions de la

¹ V. par exemple H. SATZGER, *Chancen und Risiken einer Reform des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens : Gutachten C zum 65. Deutschen Juristentag, op.cit.*, p. C134 et s., spéc. p. C136 ; v. *supra* n° 398 et s.

loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice prévoyant l'extension des interceptions de communications à toutes les enquêtes ouvertes pour des infractions punies de trois ans d'emprisonnement ainsi que l'unification des techniques spéciales d'enquêtes et leur extension à tout crime en dehors de la seule criminalité organisée. Ces mesures auraient été soumises à l'autorisation du juge des libertés et de la détention. Mais les sages ont considéré que ce juge ne disposerait pas de toutes les informations nécessaires à l'exercice de sa fonction¹.

Plus particulièrement, risque de s'exprimer un double avantage cognitif. La police, titulaire ou quoi qu'il en soit exécutante principale, transmettra au procureur les informations lui paraissant nécessiter une mesure attentatoire et l'activation de la réserve du juge. L'activité cognitive du ministère public dépend donc sur ce point de l'alimentation policière (avantage cognitif primaire). Ce même parquet saisira ensuite le juge d'une requête en autorisation de la mesure attentatoire, faisant naître un second flux qui sera sans doute lui aussi, en tout cas dans sa présentation (réquisitions), modulé voire filtré (avantage cognitif secondaire). Par le contrôle et la maîtrise primaire du flux d'informations, la police risque d'exercer une toute-puissance cognitive propre à entraîner un « état d'affaiblissement progressif »² de la fonction de garantie des droits exercée par le juge. Cette fonction périlitera et finira par disparaître ou tout comme : le juge se transformera en chambre d'enregistrement du *volens* policier. Cette critique d'un juge ne connaissant rien ou peu est exprimée tant à l'encontre du juge de l'enquête allemand que du juge des enquêtes préliminaires italien ou que du juge des libertés et de la détention français. On a ainsi pu parler en Italie de « juge sans dossier » (*giudice senza fascicolo*)³, sans connaissance. Un exemple permettra sans doute d'éclairer nos propos.

Gerhard Schäffer rend compte d'une affaire illustrant parfaitement les risques de l'avantage cognitif⁴. Dans une procédure ouverte pour association terroriste puis pour association criminelle, l'office fédéral de police criminelle (BKA) suggère au procureur général près le tribunal régional supérieur de demander au juge l'autorisation de procéder

¹ Cons. const., 21 mars 2019, no 2019-778 DC, considérants 144 et 163 ; *JORF* du 24 mars 2019.

² *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e éd., s. v. « Anémie », sens 2.

³ M. BARGIS *et al.*, *Compendio di procedura penale*, 9^e éd., CEDAM, 2018, p. 492. Pour l'Allemagne, v. H. SATZGER, « Die Rolle des Richters im Ermittlungsverfahren in Deutschland und Frankreich », dans H. JUNG, J. LEBLOIS-HAPPE et C. WITZ (dir.), *200 Jahre Code d'instruction criminelle – Le bicentenaire du Code d'instruction criminelle*, Nomos, 2010, p. 93, spéc. p. 98-99.

⁴ G. SCHÄFFER, « Vom Umgang mit dem Ermittlungsrichter », dans *Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag*, De Gruyter, 2011, Tome II, p. 1299.

à la surveillance et l'interception des télécommunications émises entre les membres du groupe. Les agents du BKA disposaient alors de deux expertises. La première, transmise par les services de renseignement, est une analyse textuelle de différentes conversations qui conclut, après recoupement avec d'autres circonstances, au dépassement du seuil de soupçon initial permettant l'ouverture d'une procédure pénale (*Anfangsverdacht*), ce même seuil étant exigé pour la décision de surveillance des télécommunications. La seconde, diligentée par les services du BKA eux-mêmes, consiste en une analyse linguistique et conclut à l'inverse à l'absence du seuil de soupçon. La suggestion que transmet la police au procureur général de demander une surveillance des télécommunications ne contient... que la première expertise ! Logiquement, le parquetier saisit le juge de l'enquête en ne mentionnant que l'expertise des services de renseignements, juge qui autorise – naturellement – la mesure. La Cour fédérale de justice finira par être saisie de l'affaire et conclura à l'absence de soupçon initial¹.

L'avantage cognitif de la police est donc à même de permettre une manipulation de l'information et de vider de sa substance la fonction de garantie des droits et libertés qui, en l'espèce, n'a pas été véritablement exercée. On mesure alors le danger des avantages cognitifs.

409. L'urgence facilitée. L'autre risque qu'emporte la présence d'avantages cognitifs dans le cadre de l'équilibre des pouvoirs, en particulier l'avantage policier, est celui, déjà rencontré, d'un recours à l'urgence rendu plus facile, voire automatique. En effet, la police est la première au contact des faits et à saisir l'urgence de la situation, cette nécessité temporelle d'agir plus vite et donc de modifier la répartition des pouvoirs.

Pour rappel, l'équilibre d'urgence emporte titularité de l'organe primo-intervenant aux fonctions d'investigations et de protection de la procédure et, surtout, modification de l'intervention du juge qui exerce sa fonction de garantie des droits et libertés non plus *a priori* mais *a posteriori* de l'atteinte. Même si le recours à l'équilibre d'urgence fait l'objet d'un encadrement strict, impliquant notamment un contrôle total du juge et la sanction d'une nullité d'ordre public², l'avantage cognitif de la police peut mener à des manipulations ou à un filtrage du flux d'informations devant parvenir intact et entier au

¹ Cour fédérale de justice allemande, 11 mars 2010, StB 16/09.

² V. *supra* n° 386 et s.

juge. Ce faisant, le risque est de faire entériner par mais à l'insu du juge un recours systématique à la distribution d'urgence alors que celui-ci doit rester exceptionnel.

410. *Collapsus.* L'avantage cognitif porte en lui les germes d'un effondrement complet de l'équilibre des pouvoirs dans la phase préparatoire du procès pénal. Anémiant la fonction de garantie des droits et libertés par une gestion potentiellement altérante du flux d'informations, l'avantage cognitif policier et/ou parquetier risque transformer la partie à quatre fonctions/trois organes en un jeu de dupes à trois fonctions/deux organes. L'avantage cognitif pourrait aussi faciliter le recours à la distribution d'urgence et faire de l'exception le droit commun validé par *un juge inexistant*. L'équilibre ne serait alors plus et les portes seraient ouvertes à une procédure policière au sens péjoratif du terme.

C'est dire s'il faut veiller à la circulation de la connaissance.

§ 2. Les modalités de la circulation

411. La circulation de la connaissance est rendue nécessaire par la présence d'avantages cognitifs risquant de favoriser l'exercice de certaines fonctions, essentiellement l'investigation, au détriment de la fonction de garantie des droits et libertés. Pour permettre une bonne circulation, il paraît fondamental de travailler sur l'élaboration d'un dossier numérique unique de la procédure auquel les différents acteurs institutionnels auraient accès (A). Un tel dossier pourrait même rendre inutiles certaines obligations d'information existantes et ainsi faire gagner du temps aux différents organes (B).

A. La création d'un dossier numérique unique à accès différencié permanent

412. Début 2018, les différentes missions de recherche diligentées par le gouvernement sous la nom de « Chantiers de la justice » ont rendu différents rapports. Parmi eux, deux sont extrêmement importants en matière de circulation de la connaissance :

le premier concerne la transformation numérique de la justice¹, le second l'amélioration et la simplification de la procédure pénale². La question de la transformation numérique est même considérée comme le premier volet des chantiers. Ces deux rapports font une proposition extrêmement intéressante : la création d'un dossier numérique unique à accès différencié (1). Nous ajouterons pour notre part que cet accès doit être permanent afin d'espérer minimiser les conséquences dommageables des différents avantages cognitifs présents dans la phase préparatoire (2). Ici encore, la comparaison des droits pourra être utilisée afin d'éclairer nos propos. En Italie, les discussions sont nombreuses sur un passage vers un procès pénal électronique (*processo penale telematico*)³. En Allemagne, l'acte électronique en procédure pénale a été introduit en 2017⁴.

1. Un dossier numérique unique à accès différencié

413. Un dossier numérique. L'idée n'est pas ici de faire l'apologie des bienfaits du numérique d'une manière générale, « formidable vecteur d'optimisation des processus de travail »⁵. Il convient, en revanche, d'insister sur le caractère numérique du futur dossier de procédure pénale.

Un dossier numérique n'est pas un dossier numérisé. La numérisation consiste, *grosso modo*, à scanner des documents papiers. Si le rapport sur l'amélioration et la simplification de la procédure pénale se prononce pour la poursuite sur le court terme des numérisations en cours afin de pouvoir faire circuler l'information par la voie informatique

¹ J-F. BEYNET et D. CASAS (référénts), *Chantiers de la justice – Transformation numérique*, Ministère de la Justice, 2018.

² J. BEAUME et F. NATALI (référénts), *Chantiers de la justice – Amélioration et simplification de la procédure pénale*, Ministère de la Justice, 2018.

³ V. I. V. FELCHER, « Il processo penale telematico », dans P. PERRI et G. ZICCARDI (dir.), *Tecnologia e diritto*, Giuffrè, 2017, p. 185 ; F. P. MICOZZI, G. B. GALLUS et G. VACIAGO, « Processo penale telematico », dans G. CASSANO et F. PAPPALARDO (dir.), *Prontuario del processo telematico*, 2016, Giuffrè, p. 179 ; F. CORONA, « Il processo telematico », dans M. IASSELI (dir.), *Diritto e nuove tecnologie*, Altalex, 2016, p. 423, spéc. p. 439 et s. ; M. BOZZAOTRE, « Alcune considerazioni sul processo penale telematico dal punto di visto dell'avvocato », février 2018, accessible en ligne sur www.discrimen.it (consulté le 24 mars 2019).

⁴ Loi du 5 juillet 2017.

⁵ J-F. BEYNET et D. CASAS (référénts), *Chantiers de la justice – Transformation numérique*, op.cit., p. 7. Encore que... v. le fiasco de l'introduction d'une plateforme nationale des interceptions judiciaires, victime de bugs à répétition : G. THIERRY, « Comment le ministère de la justice espère rebondir sur le dossier des écoutes judiciaires », *Dalloz actualité* 21 novembre 2018.

et l'envoi de fichiers PDF¹, Jean-François Beynet et Didier Casas, référents du rapport sur la transformation numérique, sont catégoriquement contre :

« Abandon de la voie de la numérisation de données “papier” préexistantes (le système ne doit pas “imiter” les échanges “papier” actuels dont chacun des acteurs actuels regroupe les exemplaires originaux ou copies, dont il est nécessaire d’assurer l’authenticité à chaque stade de la procédure). En clair, *le progrès ne saurait consister en la capacité de “scanner” les documents papiers actuels*. Cela n’aboutirait qu’à l’accroissement du travail des greffes. »²

Le dossier numérique ne saurait en effet être une numérisation de documents papiers puisqu’à terme, la notion même de « document » pourrait être amenée à disparaître au profit de données numériques captées (images, sons) ou saisies directement sous cette forme³. Le numérique implique la dématérialisation de la procédure⁴, ce qui dépasserait largement les logiciels métier du parquet (LMP), simple logiciel de gestion des procédures en cours et de mémorisation des échanges entre parquet et police⁵. Les ministères de la Justice et de l’Intérieur ont d’ailleurs lancé le 10 janvier 2018 une « équipe commune de haut niveau »⁶ pour plancher sur ce sujet, avec pour objectif « la constitution d’un dossier nativement numérique, alimenté au fur et à mesure de la procédure »⁷. Un rapport a été remis aux ministres concernés le 5 avril 2018, mais seules quelques conclusions ont fuité, dont le calendrier : « à l’horizon 2020, les échanges entre autorité judiciaire et services enquêteurs seront entièrement dématérialisés pour le cœur de la procédure pénale, grâce notamment à la production et l’échange de documents nativement numériques »⁸. Ont par ailleurs été

¹ J. BEAUME et F. NATALI (référents), *Chantiers de la justice – Amélioration et simplification de la procédure pénale*, *op.cit.*, p. 32.

² J-F. BEYNET et D. CASAS (référents), *Chantiers de la justice – Transformation numérique*, *op.cit.*, p. 15 (nous soulignons).

³ V., parlant de « descripturalisation » de l’enquête, G. ROUSSEL, « La délicate simplification de l’enquête de police », *Lexbase* 2018, n° N3088BXN. V. aussi, appelant en Allemagne à ce que l’acte numérique (*E-Akte*) soit plus qu’un document papier numérisé : R. KÖBLER, « Digitalisierung in der Justiz : die E-Akte muss mehr können », *LTO* 31 janvier 2019, accessible en ligne sur www.lto.de/persistent/a_id/33561/ (consulté le 24 mars 2019).

⁴ De telles considérations se retrouvent par ailleurs en Italie : v. F. P. MICOZZI, G. B. GALLUS et G. VACIAGO, « Processo penale telematico », *op.cit.*, spéc. p. 184. En Allemagne, la loi autorise à ce que certains actes soient numérisés s’il n’est pas possible de les produire nativement en numérique : v. Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 32e.

⁵ Décret n° 2017-1194 du 26 juillet 2017 portant création d’un traitement de données à caractère personnel relatif à la mise en mouvement et à l’exercice de l’action publique, dénommé « Logiciels Métier du Parquet » (LMP).

⁶ Communiqué de presse conjoint du Ministère de l’Intérieur et du Ministère de la Justice du 10 janvier 2018.

⁷ S. HARDOUIN, « La transformation numérique au service de la Justice », *JCP G* 2018, doctr. 1321.

⁸ *Procédure pénale numérique. Une ambition au bénéfice de tous*, Ministère de la Justice et Ministère de l’Intérieur, 2018, p. 1.

annoncées, lors de la deuxième édition de la *Vendôme Tech* le 29 novembre 2018, les premières expérimentations d'une procédure pénale dématérialisée à Blois et Amiens courant 2019¹. La récente loi du 23 mars 2019 insère dans le Code de procédure pénale un nouvel article 801-1 posant les bases de la numérisation de la procédure pénale :

« Tous les actes mentionnés au présent code, qu'il s'agisse d'actes d'enquête ou d'instruction ou de décisions juridictionnelles ou de toute autre pièce de la procédure, peuvent être établis ou convertis sous format numérique.

Le dossier de la procédure peut être intégralement conservé sous format numérique, dans des conditions sécurisées, sans nécessité d'un support papier. »

414. Un dossier numérique *unique*. Ce dossier numérique pourrait, par sa nature même, être unique à toute la procédure. Puisqu'il serait dématérialisé, le dossier n'aurait plus véritablement d'existence. En d'autres termes, les pochettes et chemises parfois amenées en cadis à l'audience et d'autres fois disséminées entre la police, le parquet et le juge n'existeront plus. Le dossier de la procédure serait stocké tout entier en un unique « lieu », le serveur, tout en étant accessible depuis plusieurs « lieux », les ordinateurs. Le rapport sur la transformation numérique précise bien ce qu'entraîne cette unicité de dossier, n'imposant rien de moins que de « refondre la conception de la constitution du dossier pénal [...] : plus aucune production de papier ; intégration directement en procédure de données nativement numériques [...] ; procédures de stockage et d'archivage sécurisé ; *saisie unique des données pour l'ensemble de la procédure pénale* »². Les premières pistes rendues en avril 2018 optent pour deux bases de données distinctes, une pour le ministère de l'Intérieur, une pour le ministère de la Justice, auxquelles les acteurs auront accès grâce à un identifiant unique³. L'Italie semble, elle aussi, être entrée dans la voie d'un dossier numérique en ce qui concerne le dossier du ministère public⁴. Depuis 2016, est déployé sur tout le territoire italien le système informatique de la connaissance pénale (*Sistema informativo della cognizione penale* ou *SICP*), qui a permis d'unifier les différents logiciels et formulaires de tous les parquets italiens et d'assigner un identifiant à toutes les

¹ V. M. LARTIGUE, « Vendôme Tech : la Chancellerie affiche ses ambitions numériques », *Gaz. Pal.* 4 décembre 2018, p. 5.

² J-F. BEYNET et D. CASAS (référénts), *Chantiers de la justice – Transformation numérique*, *op.cit.*, p. 17 (nous soulignons).

³ *Procédure pénale numérique. Une ambition au bénéfice de tous*, *op.cit.*, p. 2.

⁴ Il existe en réalité trois dossiers de procédure : le dossier du ministère public, le dossier des débats et le dossier du défenseur. V. *supra* n° 7.

procédures en cours¹. En Allemagne, la loi du 5 juillet 2017 a expressément prévu la possibilité d'une gestion électronique du dossier (*elektronische Aktenführung*)². La loi est entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2018, mais le déploiement du dossier électronique restera optionnel jusqu'en 2026, date où il remplacera définitivement le dossier papier³. Il dépend des *Länder* d'accepter ou non et, le cas échéant, de préciser les procédures et juridictions concernées par le dossier électronique jusqu'en 2026⁴. Certains actes doivent, quoi qu'il en soit, être déposés de manière électronique depuis 2018⁵.

415. Un dossier numérique unique à accès différencié. Ce dossier numérique unique, afin de faciliter la connaissance, devrait être accessible à tous les organes voire, selon les rapports, à tous les acteurs de la procédure, parties privées incluses – ce qui ne semble toutefois pas envisagé avant 2022⁶. Les organes alimenteraient chacun à sa façon le dossier suivant les actes accomplis.

Cet accès devrait quoi qu'il en soit être *différencié*, c'est-à-dire que tous les acteurs et, en ce qui nous concerne, tous les organes n'auraient pas accès à tous les fichiers contenus dans le dossier numérique. Cette nécessité d'une différenciation dans l'accès au dossier est soulignée par les deux rapports sur les chantiers de la justice⁷ qui proposent un système d'habilitation. Dans le cadre de la phase préparatoire du procès pénal, ces habilitations pourraient dépendre de l'implication de l'organe dans la procédure (ainsi l'organe policier qui cèderait la direction des investigations au parquet perdrait accès à certaines données du dossier) et du grade de l'agent en question (ainsi l'agent de police judiciaire n'aurait pas le même accès que l'officier). En Italie, un système similaire d'accès différencié des organes

¹ I. V. FELCHER, « Il processo penale telematico », *op.cit.*, spéc. p. 186 ; M. BOZZAOTRE, « Alcune considerazioni sul processo penale telematico dal punto di visto dell'avvocato », *op.cit.*

² Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 32 et s.

³ *Meyer-Goßner/Schmitt StPO* § 32 Rn. 1.

⁴ *Meyer-Goßner/Schmitt StPO* § 32 Rn. 2.

⁵ Il en va par exemple ainsi des actes d'accusation ou de l'acte introductif d'appel : v. Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 32b et d.

⁶ *Procédure pénale numérique. Une ambition au bénéfice de tous*, *op.cit.*, p. 1. D'où, sans doute, l'appel de M. MEKKI, « Le numérique : “faites entrer le justiciable” ! », *Gaz. Pal.* 15 janvier 2019, p. 3. En Italie, l'intégration des parties privées n'est pas à l'ordre du jour. Cependant, elles sont aussi concernées par le procès pénal électronique avec la création en 2009 d'un service de courrier électronique certifié (*posta elettronica certificata* ou *PEC*), sensé devenir le canal privilégié des notifications, même s'il n'existe pas, pour l'instant, de prévision générale d'une exclusivité du PEC en matière de notifications : v. I. V. FELCHER, « Il processo penale telematico », *op.cit.*, spéc. p. 189 et s.

⁷ J. BEAUME et F. NATALI (référénts), *Chantiers de la justice – Amélioration et simplification de la procédure pénale*, *op.cit.*, p. 33 ; J-F. BEYNET et D. CASAS (référénts), *Chantiers de la justice – Transformation numérique*, *op.cit.*, p. 16.

aux pièces contenues dans le système informatique de la connaissance pénale a été mis en place au moyen d'un « système articulé de privilèges d'accès qui ne permettent la visualisation des documents qu'aux personnes habilitées »¹. En Allemagne, en revanche, la consultation des actes au dossier électronique est prévue seulement sur demande pour les parties privées². La partie aura, une fois la demande acceptée, accès à la pièce via connexion sur une plateforme en ligne restant à créer par les différents *Länder*³.

En revanche, il nous paraît important que *le juge ait un accès total au dossier* de la procédure puisque l'autorisation de porter atteinte aux droits fondamentaux ne peut être justement rendue qu'en considération de l'ensemble de la procédure. Il s'agit pour nous d'une exigence non négociable pour la garantie de l'accès effectif de l'organe juge à une connaissance intacte et complète, donc de l'exercice sain et optimal de la fonction de garantie des droits.

416. Des échanges facilités. Les premières pistes dévoilées en avril 2018 tendent à encourager les échanges entre les organes du dossier numérique unique, puisque sont notamment prévues « un outil de messagerie instantanée » ainsi que « l'ajout de fonctionnalités collaboratives avec les magistrats »⁴. Ces pistes participent assurément d'une volonté de renforcer la collaboration entre les organes, donc d'une meilleure information et d'un amoindrissement des inconvénients des différents avantages cognitifs à l'œuvre dans la phase préparatoire du procès pénal. À cela devrait s'ajouter la permanence de l'accès au dossier.

2. Un accès permanent

417. Nécessité d'un accès permanent. Cet accès au dossier, pour différencié qu'il soit, devrait en revanche être *permanent*. Il s'agirait ici de favoriser le juge, qui ne bénéficie en principe d'aucun avantage cognitif tout en souffrant de ceux des autres organes⁵. La

¹ I. V. FELCHER, « Il processo penale telematico », *op.cit.*, spéc. p. 188 : « l'applicativo [...] possiede un articolato sistema di privilegi d'accesso che permette la visione dei documenti soltanto a chi è abilitato ».

² Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 32f.

³ V. C. BROSCHE et P. FIEBIG, « E-Akte in Strafsachen : Was lange währt... », *LTO*, 25 octobre 2017, accessible en ligne sur www.lto.de/persistent/a_id/25219/ (consulté le 21 janvier 2019).

⁴ *Procédure pénale numérique. Une ambition au bénéfice de tous*, *op.cit.*, p. 3.

⁵ V. *supra* n° 408.

fonction de garantie des droits fondamentaux serait exercée sporadiquement, lorsque son organe serait saisi d'une requête par la police ou, beaucoup plus souvent, par le parquet. Le risque est alors que le juge n'ait accès au dossier que lorsqu'il intervient. Cela nuirait grandement aux possibilités d'une véritable connaissance de la procédure et de son évolution, donc à l'exercice de la fonction de garantie des droits.

Aussi nous paraît-il fondamental que *le juge, après sa première intervention dans la procédure, conserve un accès total au dossier*¹, qu'il pourra s'il le souhaite suivre en temps et en heure. Il aura un accès permanent aux connaissances nécessaires à l'exercice de sa fonction. Bien sûr, l'organe requérant fera toujours une présentation personnelle des justifications de sa demande, mais le juge aura un accès continu à la connaissance de la procédure, ce qui lui permettra de mieux apprécier les raisons avancées par le parquet ou la police. En d'autres termes, le juge sera toujours branché directement sur le flux de connaissances nécessaires à l'exercice de sa fonction, ne dépendant donc plus, ou considérablement moins, des organes le saisissant. Certes, le juge n'aura peut-être pas le temps de lire chacun des actes ajoutés au dossier. Toutefois, pourrait être envisagé un système de notifications sur l'écran de travail du juge, lui indiquant que tel ou tel type d'acte vient d'être ajouté au dossier de l'affaire X où il est déjà intervenu en tant que garant des droits et libertés. Le juge aurait donc accès à une sorte de flux d'actualités ce qui pourrait grandement amoindrir les conséquences néfastes des différents avantages cognitifs.

Signalons qu'en Italie, il était prévu dans le nouveau Code de procédure pénale que le ministère public saisissant le juge d'une demande en mesure de précaution personnelle, ne transmette à celui-ci que les documents à l'appui de sa demande, non l'entier dossier². À la suite des très fortes critiques voyant dans ce juge sans dossier un pur artifice³, une loi du 8 août 1995 est venue imposer au parquet de transférer au juge tous les éléments à décharge⁴ – avancée sur laquelle est partiellement revenue le décret législatif du 29 décembre 2017 en prévoyant que le ministère public peut ne produire devant le juge que

¹ V. en ce sens H. LECLERC, « Le temps de la réflexion est indispensable », *AJ Pénal* 2010, p. 167.

² Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 291 al. 1, version d'origine.

³ V. en particulier G. GIOSTRA, « Il GIP e le garanzie della libertà personale », dans *Il giudice per le indagini preliminari dopo cinque anni di sperimentazione*, Giuffrè, 1996, p. 31 ainsi que M. MENNA, « Intervento », *Il giudice per le indagini preliminari dopo cinque anni di sperimentazione*, Giuffrè, 1996, p. 169.

⁴ Loi n° 332 du 8 août 1995, art. 8 al. 1.

les passages essentiels de conversations interceptées lors des investigations¹. De plus, la réglementation sur les enquêtes de la défense, instaurée en 2000², prévoit que le dossier de la défense est conservé auprès du juge des enquêtes préliminaires³.

418. L'intérêt d'un dossier numérique unique à accès différencié permanent pour l'équilibre des pouvoirs. Jean-François Beynet et Didier Casas résument en quelques lignes ce que pourrait être ce nouveau dossier numérique unique à accès différencié et, ajoutons-nous, permanent :

« Création volontariste d'un dossier numérique unique, alimenté et consulté par les parties et les acteurs du procès et de la procédure de manière sécurisée et en fonction de droits et d'obligations processuelles tels que prévus par les règles de procédure. En clair, chaque partie à l'instance aurait la responsabilité de nourrir le dossier numérique unique en y versant des pièces en version dématérialisée. Chaque acteur (partie, juge, greffe, avocats,

¹ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 291 al. 1 ter inséré par le décret législatif n° 216 du 29 décembre 2017. Ce texte entend plus largement restreindre les possibilités de fuite des interceptions de communications dans la presse, sans doute suite à l'affaire CONSIP ayant secoué l'Italie à partir de 2015 et surtout en 2017 lors de la publication par la presse d'extraits d'interceptions de communications entre le président du Conseil de l'époque, Matteo Renzi, et son père suspecté dans l'affaire. Sur ce décret, v. G. PESTELLI, « Brevi note sul nuovo decreto legislativo in materia di intercettazioni : (poche) luci et (molte) ombre di una riforma frettolosa », *Diritto penale contemporaneo* 2018, n° 1, p. 169 ; D. PRETTI, « Prime riflessioni a margine della nuova disciplina sulle intercettazioni », *Diritto penale contemporaneo* 2018, n° 1, p. 189. Sur la loi n° 103 du 23 juin 2017 ayant délégué au gouvernement la réforme des interceptions de communications, v. C. CONTI, « La riservatezza delle intercettazioni nella "delega Orlando". Una tutela paternalistica della privacy che può andare a discapito del diritto della prova », *Diritto penale contemporaneo* 2017, n° 3, p. 78.

² Loi n° 397 du 7 décembre 2000. Auparavant, et alors même que la loi de délégation de 1987 prévoyait les enquêtes de la défense, seul un article du décret législatif n° 271 du 28 juillet 1989 portant normes d'application, de coordination et de transition vers le Code de procédure pénale prévoyait, sans autres précisions, qu'« aux fins d'exercer le droit à la preuve [...] les défenseurs peuvent, y compris au moyen de substituts et de consultants techniques, effectuer des investigations pour rechercher et identifier des éléments de preuve en faveur de la personne qu'ils assistent ainsi que s'entretenir avec les personnes susceptibles de disposer d'informations » (art. 38 : « Al fine di esercitare il diritto alla prova [...] i difensori, anche a mezzo di sostituti e di consulenti tecnici, hanno facoltà di svolgere investigazioni per ricercare e individuare elementi di prova a favore del proprio assistito e di conferire con le persone che possano dare informazioni »). Cet article, sans aucune autre précision quant à la procédure ou à la question de l'atteinte aux droits fondamentaux dans le cadre des enquêtes de la défense, vidait de sa substance l'institution créée (on a pu parler de simulacre : v. G. CONSO, « Conclusioni », dans *Il giudice per le indagini preliminari dopo cinque anni di sperimentazione*, Giuffrè, 1996, p. 257, spéc. n° 5). Ce n'est donc qu'à partir de 2000 que des enquêtes privées ont vraiment pu être diligentées. V. G. GAGLIOTTA, « Indagini difensive », dans *Il rito accusatorio a vent'anni dalla grande riforma. Continuità, fratture, nuovi orizzonti*, Giuffrè, 2012, p. 81 ; N. TRIGGIANI, « Effettività del contraddittorio e indagini difensive », dans *Il Codice di procedura penale in vent'anni di riforme : frammenti di una costante metamorfosi*, Giappichelli, 2009, p. 55. Pour un historique, v. L. G. VELANI, *Le investigazioni preventive*, Giuffrè, 2012, p. 1 et s.

³ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 391 octies al. 3. Cette réglementation aurait contribué au déplacement du centre de gravité de la procédure en amont des débats, lors de la phase préparatoire, contrairement à la philosophie d'origine du nouveau Code : v. S. LORUSSO, « La fase preliminare vent'anni dopo », dans *Il Codice di procedura penale in vent'anni di riforme : frammenti di una costante metamorfosi*, Giappichelli, 2009, p. 3, spéc. n° 2 et n° 4.

experts...) aurait accès à tout ou partie du dossier sur la base d'accréditation définissant des niveaux de droit d'accès. »¹

Parce que chaque organe serait branché sur le flux originel d'information, les avantages cognitifs présents dans la phase préparatoire du procès pénal seraient quasiment vidés de leur substance nocive. Plus particulièrement, le juge disposerait d'un accès total et permanent à partir de sa première intervention dans l'affaire, lui offrant un accès direct à la connaissance. La fonction de garantie des droits fondamentaux serait renforcée en ce que son organe dépendrait moins des autres.

Bien sûr, on pourra dire que le juge qui disposera d'un accès permanent à tout le dossier numérique unique n'aura pas le temps d'aller, de sa propre initiative, consulter l'avancée de la procédure entre deux saisies. Mais ne pourrait-on pas imaginer un système de notifications ? Toute donnée rentrée par l'un des organes dans le dossier numérique provoquerait immédiatement une notification sur l'écran des autres organes étant habilités à accéder à cette donnée. Si un ordinateur est éteint (insertion de données effectuée la nuit), ne peut-on pas imaginer que lorsque le juge, le procureur ou le policier l'allume et se connecte au serveur, la notification apparaisse ? Et ne peut-on pas aussi penser à un code couleur pour les notifications des actes les plus graves, comme ceux faits en exécution de mesures attentatoires et secrètes (niveau 4), qui s'afficheraient en rouge sur l'écran du juge, voire à un blocage de la notification qui ne s'estomperait pas tant que le juge, le parquetier ou autre n'aurait pas cliqué dessus, ayant alors un accès visuel au document ? Et ne pourrait-on pas envisager la création d'une application mobile pour les dossiers les plus brûlants ? La messagerie instantanée envisagée dernièrement par le groupe de travail conjoint Intérieur/Justice pourrait aussi être utilisée².

Bien sûr, on pourra encore dire que dans les faits, ce sera la police qui alimentera principalement le dossier unique, ce qui maintiendrait son avantage cognitif. Certes, mais à moins que l'École nationale de la magistrature ne se mette à recruter cinq mille six cents

¹ J-F. BEYNET et D. CASAS (référénts), *Chantiers de la justice – Transformation numérique*, op.cit., p. 15.

² *Procédure pénale numérique. Une ambition au bénéfice de tous*, op.cit., p. 3.

auditeurs de justice par an¹ – le dernier arrêté en prévoit deux cents cinquante² – l'avantage matériel et personnel de l'organe policier demeurera. Le dossier numérique unique constitue pourtant un outil à même de *réduire* les effets négatifs de l'avantage cognitif de la police en « branchant » directement le juge (et le parquet) à la connaissance, sans pour autant qu'on puisse (ni doive) espérer son effacement complet.

En dernière analyse, le dossier numérique unique à accès différencié permanent permettrait une meilleure et plus intacte connaissance par tous les organes ainsi qu'un exercice optimal de toutes les fonctions sans que l'une prenne le pas sur l'autre. Si les différents avantages cognitifs, et en particulier celui de la police, ne peuvent pas être totalement éliminés, un tel dossier permettrait sans doute les atténuer de manière significative et d'éviter un putsch fonctionnel de la police.

En conséquence du branchement direct de tous les organes au flux cognitif, pourraient même être amoindries les obligations actuelles d'information du parquet ou du juge, qui ne deviendraient sans doute obsolètes.

B. L'affaiblissement des obligations particulières d'information

419. Les différents systèmes étudiés offrent tous des dispositions très détaillées sur les obligations d'information entre organes. Leur multiplicité et parfois leur complexité (1) pourraient être remises en cause par la mise en place d'un dossier numérique unique (2).

1. La complexité des obligations d'information

420. Multiplicité et complexité des obligations d'information en droit français.

L'obligation d'information vise particulièrement la police du fait de son avantage cognitif

¹ Soit le nombre arrondi de postes ouverts en 2018-2019 au sein de la police nationale et de la gendarmerie. V. arrêté du 10 septembre 2018 fixant, au titre de la session du 25 septembre 2018, le nombre de postes offerts aux différents concours de gardien de la paix de la police nationale ; arrêté du 18 septembre 2018 fixant le nombre de places offertes pour le recrutement de sous-officiers de gendarmerie ; arrêté du 7 décembre 2018 fixant les modalités d'organisation et le nombre de postes offerts aux concours d'officier de la police nationale, session 2019 ; arrêté du 25 janvier 2019 fixant les modalités d'organisation et le nombre de postes offerts aux concours de commissaire de police de la police nationale, session 2019.

² Arrêté du 25 mai 2018 fixant le nombre de places offertes à la session 2018 des trois concours d'accès à l'École nationale de la magistrature.

très fort dû à sa proximité avec les faits et la réalité de la procédure¹. En droit français, existent des obligations générales d'information et une multitude d'obligations particulières.

L'obligation générale d'information pèse majoritairement sur la police judiciaire, résulte de plusieurs articles et s'applique à l'égard de différents destinataires². Il s'agira principalement du parquet, en particulier du procureur de la République. Ainsi, les officiers de police judiciaire sont tenus de l'informer des infractions dont ils ont connaissance³ – obligation mise à mal par une jurisprudence ne prévoyant aucune sanction de son irrespect⁴. On retrouve une telle obligation d'information en enquête préliminaire menée *proprio motu* depuis six mois⁵. Dans le cadre de l'instruction, le Code précise que « l'officier de police judiciaire chargé de l'exécution d'une commission rogatoire tient le magistrat commettant informé de son activité »⁶.

Les obligations particulières d'information sont multiples et peuvent concerner tous les organes : information « par tout moyen » du parquet du placement garde à vue d'une personne ainsi que de la qualification des faits retenue par l'officier⁷ ; information « sans délai » du procureur du fait que l'on ne pourra pas enregistrer toutes les gardes à vue actuellement en cours pour des faits criminels⁸ ; information du parquetier de la réalisation d'un mandat de recherche⁹ ; information immédiate du ministère public de la découverte d'un cadavre dont les causes de la mort sont inconnues ou suspectes ou d'une personne grièvement blessée¹⁰ ; information « sans délai » du juge des libertés et de la détention ayant autorisé le parquet à effectuer des interceptions de télécommunications dans le cadre de la recherche de personnes en fuite¹¹ ; information du procureur de la République de

¹ V. *supra* n° 407.

² V. H. VLAMYNCK, *Droit de la police*, 6^e éd., Vuibert, 2017, n° 75.

³ Code de procédure pénale français, arts. 19, 40, 54 et D3. En pratique, cette information semble différée au moment du placement en garde à vue : v. C. NISAND, « La réforme de la garde à vue : l'avis d'un procureur de la République », *Gaz. Pal.* 7 juillet 2011, p. 24.

⁴ Cass. crim., 1^{er} décembre 2004, n° 04-80.536, bull. n° 302 ; *Rev. sc. crim.* 2005, p. 375, obs. BUISSON ; *Dr. pén.* 2005, comm. 30 MARON ; *Procédures* 2005, comm. 76 BUISSON ; *Gaz. Pal.* 2 juin 2005, p. 20 note MONNET.

⁵ Code de procédure pénale français, art. 75-1.

⁶ Code de procédure pénale français, art. D34 al. 1

⁷ Code de procédure pénale français, art. 63.

⁸ Code de procédure pénale français, art. 64-1 al. 5 et 6.

⁹ Code de procédure pénale français, art. 70 al. 2.

¹⁰ Code de procédure pénale français, art. 74 al. 1.

¹¹ Code de procédure pénale français, art. 74-2 al. 4.

l'identification d'un suspect en enquête préliminaire¹ ; information du parquet par le juge d'instruction qui entend opérer transport sur les lieux ou perquisition² ; information « sans délai » du juge d'instruction ayant émis un mandat d'arrêt par le juge des libertés et de la détention du lieu d'appréhension de la personne situé à plus de 200 kilomètres du ressort du magistrat instructeur³ ; information du juge d'instruction « dès le début » de l'appréhension et de la rétention d'une personne ayant violé une ou plusieurs obligations de son contrôle judiciaire⁴ ; information du ministère public par l'officier de police judiciaire venant de recevoir une commission rogatoire de la part du juge d'instruction⁵ ; information du magistrat instructeur de la non-comparution d'un témoin convoqué par la police en exécution d'une commission rogatoire⁶ ; etc. Ces obligations particulières d'information ont aussi cours dans la procédure dérogatoire applicable à la criminalité et la délinquance organisée : information du procureur de l'extension à l'ensemble du territoire de la surveillance policière⁷ ; information « dans les meilleurs délais » du juge des libertés et de la détention des actes accomplis en exécution de l'autorisation à procéder à une perquisition nocturne⁸ ou à la sonorisation d'un local⁹ ; information « sans délai » du même juge des libertés et de la détention ayant autorisé une interception de correspondances¹⁰ ou le recours à l'*IMSI Catcher*¹¹ ; etc.

421. Multiplicité et complexité des obligations d'information en droits allemand et italien. Un tel mélange d'obligations générales et particulières d'information, difficilement compréhensible, se retrouve tant en droit allemand qu'en droit italien.

Outre-Rhin, la police doit informer le procureur et lui transférer sans retard (*ohne Verzug*) les actes qu'elle a effectués, pouvant même transmettre les informations directement au juge de l'enquête en cas d'urgence¹². De même, des obligations particulières d'information existent : information du juge ayant autorisé la surveillance des

¹ Code de procédure pénale français, art. 75-2.

² Code de procédure pénale français, art. 92 al. 1.

³ Code de procédure pénale français, art. 133 al. 3.

⁴ Code de procédure pénale français, art. 141-4 al. 2.

⁵ Code de procédure pénale français, art. 151 al. 1.

⁶ Code de procédure pénale français, art. 153 al. 2.

⁷ Code de procédure pénale français, art. 706-80.

⁸ Code de procédure pénale français, art. 706-92 al. 1.

⁹ Code de procédure pénale français, art. 706-101-1.

¹⁰ Code de procédure pénale français, art. 706-95 al 4.

¹¹ Code de procédure pénale, art. 706-95-4.

¹² Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 163 al. 2.

télécommunications, une perquisition informatique ou la sonorisation d'un domicile, du résultat mais aussi, pour la perquisition informatique et la sonorisation, du déroulement de la mesure¹ ; information du ministère public de la destruction de certaines données collectées par la police lors de contrôles², etc.

En Italie, la police est, elle aussi, soumise à une obligation générale d'information à l'encontre du parquetier de tout fait infractionnel ainsi que des actes effectués et de leur résultat³. Existente, de plus, beaucoup d'obligations particulières d'information : information immédiate du parquetier de la rétention aux fins de vérification d'identité et de la libération de la personne⁴ ; information du ministère public de l'absence de l'avocat nommé par la personne interrogée aux fins de désignation d'un avocat d'office⁵ ; information par la voie la plus rapide du procureur du risque d'expédition de plis ou de correspondances susceptibles de contenir des preuves⁶ ; information immédiate du *pubblico ministero* de l'arrestation de la personne⁷, etc.

2. La remise en cause des obligations particulières d'information

422. L'incidence du dossier numérique unique sur les obligations particulières d'information. Ces différentes obligations particulières d'information sont régulièrement dénoncées par les services de police et de gendarmerie français dans le cadre d'une attaque plus large contre le formalisme procédural, qui augmenterait à chaque réforme et ferait perdre beaucoup de temps. Le rapport sur la procédure pénale rendu par Jacques Beaume en 2014 fait ainsi état de « l'exaspération »⁸ des services de police face au temps nécessaire à la rédaction de procès-verbaux et à la transmission d'informations non lues par les magistrats, notant un sentiment de méfiance et de manque de confiance dans l'autorité policière⁹. Une telle constatation est reprise par le rapport sur l'amélioration et la

¹ Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 100e al. 5.

² Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 163 d al. 4.

³ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), arts. 347 et 348 al. 3.

⁴ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 349 al. 5 et 6.

⁵ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 350 al. 4.

⁶ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 353 al. 2.

⁷ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 386 al. 1.

⁸ J. BEAUME, *Rapport sur la procédure pénale*, 2014, p. 9.

⁹ *Ibid.*, p. 12.

simplification de la procédure pénale¹ et, surtout, par le rapport sur l'état des forces de sécurité intérieure publié avec fracas en juin 2018. Michel Boutant et François Grosdidier, respectivement président et corapporteur de la commission d'enquête sénatoriale chargée du sujet, font un constat sans appel :

« Les personnels de la police comme de la gendarmerie nationale s'inquiètent de l'augmentation progressive du temps consacré à la rédaction des procédures, qui nuit indéniablement à la présence des policiers sur le terrain et réduit le temps consacré à l'investigation. Comme l'indiquait un représentant de la fédération syndicale de la police nationale CFDT, “[...]On ne peut avoir des policiers qui à la fois ‘remplissent de la paperasse’ et sont sur le terrain”. [...]»

Illustrant l'incohérence, voire l'incongruité de notre système pénal, un représentant du groupement de gendarmerie indiquait que sur les 60 minutes consacrées en moyenne au traitement d'un vol à l'étalage, 45 minutes sont consacrées à la procédure, 15 minutes seulement à l'intervention sur le terrain. En moyenne, jusqu'aux deux tiers du temps de travail seraient ainsi consacrés à la procédure pour les agents de la sécurité publique et jusqu'aux cinq sixièmes pour les OPJ. »²

Si un dossier numérique unique devait être mis en place, il réduirait considérablement l'utilité et donc la nécessité de ces innombrables obligations particulières d'information. De même, le temps passé à rédiger des procès-verbaux devrait être significativement diminué. En effet, le dossier numérique unique supposerait une unification des différents logiciels de rédaction de procédure³. Le rapport sur l'état des forces de sécurité intérieure appelle d'ailleurs à « accélérer de toute urgence la dématérialisation de la chaîne pénale »⁴.

Le dossier numérique unique permettrait en une seule fois de créer la donnée numérique unique afférente à la mesure effectuée. Le système de notification permettrait une communication instantanée aux différents organes habilités ainsi que la vérification

¹ J. BEAUME et F. NATALI (référénts), *Chantiers de la justice – Amélioration et simplification de la procédure pénale*, *op.cit.*, p. 15-16.

² M. BOUTANT (prés.) et F. GROSDIDIER (rapp.), *Rapport n° 612 fait au nom de la commission d'enquête relative à l'état des forces de sécurité intérieure*, Sénat, 27 juin 2018, Tome I, p. 91.

³ V. en ce sens J. BEAUME et F. NATALI (référénts), *Chantiers de la justice – Amélioration et simplification de la procédure pénale*, *op.cit.*, p. 32. C'est notamment ce qui a été fait en Italie avec la création du Système informatique de la connaissance pénale : v. *supra* n° 414 ainsi que I. V. FELCHER, « Il processo penale telematico », *op.cit.*, spéc. p. 186

⁴ M. BOUTANT (prés.) et F. GROSDIDIER (rapp.), *Rapport n° 612 fait au nom de la commission d'enquête relative à l'état des forces de sécurité intérieure*, *op.cit.*, p. 96. Soulignons toutefois qu'une partie de ce temps perdu à rédiger des actes est due à l'absence d'unification des logiciels de rédaction de la police, de la gendarmerie, et de la justice : v. G. ROUSSEL, « La délicate simplification de l'enquête de police », *op.cit.*

possible de la lecture des actes par les divers acteurs. En somme, le dossier numérique unique permettrait de véritablement faire circuler la connaissance tout en pouvant soulager l'organe policier qui pourrait alors se (re)concentrer sur ses nouvelles fonctions dans la phase préparatoire du procès pénal.

423. Le rôle du dossier numérique unique dans la distribution des pouvoirs proposée. La connaissance, support nécessaire de toute fonction, pourrait entraîner le *collapsus* de l'équilibre des pouvoirs du fait de sa mauvaise circulation. La présence d'avantages cognitifs conduirait à terme à isoler ou conditionner le juge et ainsi vider de sa substance la fonction de garantie des droits. La création d'un dossier numérique unique à accès différencié permanent permettrait de réduire significativement les écarts cognitifs de chacun des organes intervenant dans la phase préparatoire du procès pénal et garantirait ainsi l'exercice optimal des différentes fonctions sans que l'une ne se laisse phagocyter par les autres, faisant alors craindre un retour du déséquilibre. Un tel dossier pourrait de plus entraîner la suppression des différentes obligations particulières d'information ainsi qu'un amoindrissement du formalisme exacerbé dénoncé par certains.

L'optimisation des fonctions passerait ainsi par la création d'un dossier numérique unique. La recherche d'une « optimisation optimale » nous pousse maintenant à interroger la pertinence d'une concentration temporelle de l'exercice de la fonction d'investigation.

Section 2

L'éventuelle concentration temporelle de la fonction d'investigation

424. Les avantages escomptés. Concentrer temporellement l'exercice de la fonction d'investigation dans la phase préparatoire du procès pénal pourrait-il avoir des effets bénéfiques sur la distribution des pouvoirs, notamment éviter un retour du déséquilibre ? À première vue, la concentration temporelle présente plusieurs avantages. En évitant que les procédures traînent en longueur dès la phase préparatoire, elle impose un certain rythme de marche aux organes, qui doivent donc exercer leurs fonctions de la manière la plus optimale possible. Cela permettrait ainsi d'éviter que la fonction d'investigation ne perdure trop dans le temps. D'un point de vue plus général, l'encadrement temporel de la fonction d'investigation lors de la phase préparatoire éviterait

enfin aux personnes concernées l'épée de Damoclès, visible ou invisible, d'une atteinte à leurs droits et libertés.

Ces avantages escomptés doivent être appréciés au regard des expériences déjà réalisées. À ce titre, l'Italie est le seul pays à prévoir un délai maximal de réalisation des investigations et plus largement de la phase préparatoire. Si l'Allemagne ne connaît pas un tel délai¹, le droit français admet une certaine concentration temporelle selon des modalités qui ont fortement varié suivant les législations. Surtout, le Code de procédure pénale français fait de la concentration temporelle une question de droit et non de pouvoir, puisque c'est la personne privée qui saisira le procureur six mois ou un an après sa garde à vue ou son audition libre pour consulter le dossier et fournir des observations². De même, le délai de l'enquête de flagrance n'est en tant que tel pas une limite temporelle à l'exercice de la fonction d'investigation, puisqu'à l'issue de la flagrance, le régime de l'investigation sera celui de l'enquête préliminaire. Enfin, lors de l'instruction la clôture peut être demandée par les parties à l'expiration du délai prévisible d'achèvement qui leur a été communiqué en début de procédure par le juge ou, dans tous les cas, passés quatre mois après le dernier acte³. Si l'on a pu proposer d'instaurer, sans trop de détail, un délai butoir de la phase préparatoire éventuellement prolongé par le juge, une telle proposition ne s'est jamais concrétisée⁴. Aussi le droit italien sera-t-il le principal objet des lignes qui suivent, les dispositions françaises étant mentionnées à titre incident.

Quoi qu'il en soit, la concentration temporelle de la fonction d'investigation a, au-delà des avantages escomptés, des inconvénients sérieux (§ 1) qu'il convient de chercher à dépasser (§ 2).

¹ V. toutefois, regrettant que n'existe pas un devoir du ministère public de ne pas procéder à une clôture tardive des investigations, P. RIESS, « Gerichtliche Kontrolle des Ermittlungsverfahrens ? », dans *Kriminalität und Strafrecht. Festschrift für Friedrich Geerds*, Schmidt-Röhnhildt, 1995, p. 501, spéc. p. 506. L'auteur propose ensuite, sur le modèle de la procédure de contrainte à poursuite (sur laquelle v. *supra* n° 233), une procédure de contrainte à classement.

² Code de procédure pénale français, arts. 77-2 et 706-105. En ce sens, v. le délai proposé par la Commission nationale consultative des droits de l'homme pour une « phase d'enquête non contradictoire » : CNCDH, 29 avril 2014, *Avis sur la refondation de l'enquête pénale*.

³ Code de procédure pénale français, art. 175-1.

⁴ J.-R. LECERF et J.-P. MICHEL, *Rapport n° 162 fait au nom de la commission des lois sur l'évolution du régime de l'enquête et de l'instruction*, Sénat, 2010, p. 28.

§ 1. Les inconvénients du délai

425. L'étude du droit italien, seul système prévoyant de manière générale que la phase préparatoire doit se dérouler dans une limite temporelle donnée, montre s'il en était besoin qu'un tel délai bute sur la difficile généralisation du temps de l'enquête (A) et sur l'incertitude du point de départ (B).

A. La difficile généralisation

426. La première approche du délai de la phase préparatoire en Italie est assez claire (1). Bien vite cependant, sa véritable complexité se révèle (2).

1. La simplicité du système italien d'origine

427. Délai de la phase préparatoire et réforme du Code de procédure pénale. Pour mieux comprendre le système italien actuel et ses difficultés, il faut revenir au Code Rocco de 1930. Celui-ci ne prévoyait aucune limitation de la durée de la phase préparatoire, son but étant la manifestation de la vérité¹. En même temps que l'on prenait conscience du poids de la phase préparatoire dans la procédure pénale, et particulièrement de l'« hypothèque »² de la phase principale qu'elle entraînait – phase principale qui s'éloignait chronologiquement de plus en plus des faits³ – l'idée de limiter temporellement les enquêtes fit son chemin.

Ainsi, la toute première loi de délégation pour la rédaction d'un nouveau Code de procédure pénale précisait en 1974 que les investigations préliminaires du procureur devaient être limitées à trente jours à l'issue desquels le parquetier devait se décider sur l'exercice de l'action publique, au besoin en ouvrant une instruction⁴ (le juge d'instruction

¹ M. FERRAIOLI, *Il ruolo di garante del giudice per le indagini preliminari*, 4^e éd., CEDAM, 2014, note 28 p. 135.

² Il s'agit du terme communément employé par la doctrine pour critiquer l'emprise de la phase d'instruction sur la phase de jugement : v. not. G. CONSO *et al.*, *Compendio di procedura penale*, *op.cit.*, p. LVIII.

³ V. G. GIOSTRA, « La riforma dell'incidente probatorio », *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 1995, p. 661.

⁴ Loi n° 108 du 3 avril 1974, art. 2, directive n° 37.

ne sera supprimé qu'à partir de la loi de délégation de 1987). Le projet préliminaire de 1978 respectait à la lettre cette exigence. Un tel délai fut cependant considéré comme beaucoup trop réduit¹, voire contradictoire avec une instruction qui pouvait durer jusqu'à trente mois².

La dernière loi de délégation, qui supprime le juge d'instruction, impose ensuite un délai de six mois avec des prolongations possibles dans la limite d'une durée maximale de dix-huit mois ou de deux ans pour les faits de criminalité organisée³. Cette disposition, particulièrement claire pour le législateur délégué⁴, sera respectée par le Code de procédure pénale paru en 1989. Pour Oreste Dominioni, « les limites chronologiques de la phase des enquêtes préliminaires répondent à une double exigence : donner une cadence aux investigations ; limiter par une prévision fixe le préjugement qu'emporte la position de la personne mise en cause »⁵. La doctrine mentionne aussi l'exigence européenne du délai raisonnable⁶. Plus généralement, on souligne qu'il s'agit là d'une des dispositions les plus innovantes du Code de 1989⁷.

428. Le système originel. Le système prévu par le nouveau Code est, à son entrée en vigueur, particulièrement simple, distinguant un délai de base et des délais prolongés⁸, dans la limite d'une durée maximale de la phase des enquêtes préliminaires.

Le délai initial des enquêtes est fixé à six mois⁹ pour toutes les procédures. Pendant ces six mois, le procureur et la police mettent en œuvre « les investigations nécessaires aux

¹ G. P. VOENA, « Attività investigative ed indagini preliminari », dans *Le nuove disposizioni sul processo penale*, CEDAM, 1989, p. 27, spéc. § 2

² M. FERRAIOLI, *Il ruolo di garante del giudice per le indagini preliminari*, op.cit., p. 39.

³ Loi n° 81 du 15 février 1987, art. 2, directive n° 48.

⁴ Ministero di grazia e giustizia, *Relazioni al progetto preliminare e al testo definitivo del Codice di procedura penale, delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni e delle norme per l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario al nuovo processo penale ed a quello a carico degli imputati minorenni*, Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana n° 93 du 24 octobre 1988, p. 100.

⁵ O. DOMINIONI, « Chiusura delle indagini preliminari e udienza preliminare », dans E. AMODIO *et al.*, *Il nuovo processo penale. Dalle indagini preliminari al dibattimento*, Giuffrè, 1989, p. 53 : « L'esigenza a cui rispondono i limiti cronologici della fase delle indagini preliminari è duplice : imprimere tempestività alle investigazioni ; contenere in una misura prefissata il pregiudizio che la condizione di indagato comporta per la persona ». Dans le même sens, v. M. BARGIS *et al.*, *Compendio di procedura penale*, op.cit., p. 581 et s.

⁶ V. GREVI, « Funzioni di garanzia e funzioni di controllo del giudice nel corso delle indagini preliminari », dans E. AMODIO *et al.*, *Il nuovo processo penale. Dalle indagini preliminari al dibattimento*, Giuffrè, 1989, p. 13, spéc. p. 32. Dans le même sens, v. M. BARGIS *et al.*, *Compendio di procedura penale*, op.cit., p. 581 et s.

⁷ M. FERRAIOLI, *Il ruolo di garante del giudice per le indagini preliminari*, op.cit., p. 122 ; O. DOMINIONI, « Chiusura delle indagini preliminari e udienza preliminare », op.cit., p. 53.

⁸ V. M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, op.cit., p. 523.

⁹ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 405 al. 2 (version originale).

déterminations inhérentes à la décision d'exercice de l'action publique »¹. À l'issue de ce délai, le ministère public doit décider s'il exerce ou non cette action². Dans l'esprit du législateur, ce délai initial doit être considéré comme la durée de principe³.

Cependant, le Code prévoit dès son entrée en vigueur, et dans le respect de la loi de délégation⁴, la possibilité d'une ou de plusieurs prolongations, que le procureur demandera au juge des enquêtes préliminaires. Chacune de ces prolongations peut être prise pour une durée de six mois au maximum. La première prolongation doit être motivée par une « juste cause », tandis que les suivantes ne seront possibles que « dans les cas de particulière complexité des investigations ou d'impossibilité objective de les conclure dans le délai tel qu'une première fois prolongé »⁵.

De telles prolongations sont néanmoins limitées par la prévision d'une durée maximale de la phase préparatoire. Cette durée est différenciée suivant la criminalité concernée, comme le prévoyait la loi de délégation⁶. En principe, la phase préparatoire ne pourra pas durer plus de dix-huit mois, ce qui permet deux prolongations du délai initial. Toutefois, pour certains délits limitativement énumérés et relevant de la criminalité mafieuse ou organisée, ce délai maximal est porté à deux ans, rendant possibles trois prolongations du délai initial⁷. Une fois cette durée maximale atteinte, aucun acte d'enquête ne peut être fait et, en cas d'acte tout de même réalisé, aucun résultat d'investigations menées au-delà de la durée maximale ne peut être utilisé dans la suite de la procédure. En revanche, la fonction de mise en mouvement de l'action publique n'est pas impactée par le dépassement de la durée maximale⁸. Un parquetier pourra donc décider d'exercer l'action publique après expiration du délai maximal d'enquête⁹. Quoi qu'il en soit, la

¹ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 326 : « Il pubblico ministero e la polizia giudiziaria svolgono, nell'ambito delle rispettive attribuzioni, le indagini necessarie per le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale ».

² Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 405 al. 1.

³ Ministero di grazia e giustizia, *Relazioni al progetto preliminare e al testo definitivo del Codice di procedura penale, delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni e delle norme per l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario al nuovo processo penale ed a quello a carico degli imputati minorenni*, op.cit., p. 100.

⁴ Loi n° 81 du 15 février 1987, art. 2, directive n° 48.

⁵ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 406 al. 2 (version originale) : « Ulteriori proroghe [...] possono essere autorizzate dal giudice [...] nei casi di particolare complessità delle indagini ovvero di oggettiva impossibilità di concluderle entro il termine prorogato ».

⁶ Loi n° 81 du 15 février 1987, art. 2, directive n° 48.

⁷ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 407 (version originale).

⁸ M. BARGIS *et al.*, *Compendio di procedura penale*, op.cit., p. 586.

⁹ Cour constitutionnelle italienne, 20 novembre 1991, n° 436. V. aussi Cour de cassation italienne, 6^e section pénale, 20 mars 2009, n° 19833, *Cavallo*.

communication au parquet général de toutes les affaires arrivées à expiration du délai maximal d'enquête est prévue dès 1989¹. Le procureur général *doit* alors évoquer l'affaire et, au besoin après avoir effectué les investigations indispensables à la décision sur la mise en mouvement de l'action publique pendant un délai d'au maximum trente jours, décider d'exercer ou non ladite action².

Ce système, qui n'est déjà simple qu'en apparence, s'est rapidement complexifié.

2. La complexité du système italien actuel

429. Des modifications rapides. Le système va connaître rapidement de très nombreuses modifications concernant tant la durée initiale que la durée maximale de la phase préparatoire. La législation sur le délai des enquêtes préliminaires va s'avérer extrêmement sensible au contexte extrajuridique³.

Le délai initial, qui était de six mois pour toutes les infractions en 1989, passe à un an pour les infractions mafieuses dès 1992. Plus exactement, la modification est introduite par un décret-loi du président de la République du 8 juin 1992 pris en application des articles 77 et 87 de la Constitution⁴ et au regard de « la nécessité extraordinaire et l'urgence de renforcer les instruments processuels de prévention et de répression de la criminalité organisée »⁵. Quelques jours auparavant, le 23 mai 1992, le juge antimafia Giovanni Falcone était assassiné lors d'un attentat à l'explosif près de Capaci en Sicile – on parle du massacre de Capaci (*strage di Capaci*).

¹ Décret législatif n° 271 du 28 juillet 1989 portant normes d'application, de coordination et de transition vers le Code de procédure pénale, art. 127.

² Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 412 al. 1.

³ On a pu parler de liste d'exceptions à usage multiple : v. M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale, op.cit.*, p. 523.

⁴ Si l'article 87 de la Constitution italienne renvoie au rôle général du président de la République, l'article 77 concerne le pouvoir législatif exceptionnellement reconnu à l'exécutif : « Le Gouvernement ne peut, sans délégation des Chambres, prendre des décrets ayant valeur de loi ordinaire. Lorsque, dans des cas extraordinaires de nécessité et d'urgence, le Gouvernement adopte, sous sa responsabilité, des mesures provisoires ayant force de loi, il doit, le jour même, les présenter pour leur conversion en loi aux Chambres lesquelles, même si elles sont dissoutes, sont expressément convoquées et se réunissent dans un délai de cinq jours suivant la convocation ».

⁵ Décret-loi n° 306 du 8 juin 1992, préambule : « Ritenuta la straordinaria necessità ed urgenza di rafforzare gli strumenti processuali di prevenzione e di repressione nei confronti della criminalità organizzata ». La modification du délai de la phase préparatoire est prévue à l'art. 6 al. 1 du décret.

Ce même décret-loi inaugure aussi la longue liste des modifications des délits pour lesquels la durée maximale de la phase préparatoire est de deux ans et non de dix-huit mois. Alors que la version d'origine du Code prévoyait quatre entrées à l'alinéa 2 de l'article 407, on en compte aujourd'hui onze, chacune mentionnant plusieurs infractions, notamment la traite des êtres humains et l'esclavage¹.

Autre exemple d'influence du contexte extrajuridique, le décret-loi du 5 avril 2001 ajoute à la liste des infractions concernées par le délai de deux ans la participation à une bande armée, visant non seulement « la dissolution actuelle de la Chambre des députés et du Sénat » mais aussi « la nécessité d'assurer la poursuite de certaines procédures en cours pour des faits attentant à la sûreté de l'État »². Le président de la République Carlo Azeglio Ciampi venait en effet de dissoudre le Parlement le 8 mars³, tandis qu'étaient en cours de nombreuses enquêtes sur des groupuscules terroristes, notamment les Nouvelles Brigades Rouges ayant sévi entre 1999 et 2003. Deux jours plus tard, le 10 avril 2001, une bombe explosait devant le siège de l'Institut pour les affaires internationales à Rome, attentat revendiqué par la fraction d'initiative prolétaire révolutionnaire.

430. La dernière réforme : l'ajout d'un délai propre à la décision de mise en mouvement de l'action publique. La réforme la plus importante⁴ de ces dernières années est due à la loi n° 103 du 23 juin 2017, dite réforme Orlando⁵. Le mécanisme prévu est particulièrement complexe.

¹ Modification apportée par la loi n° 228 du 11 août 2003, art. 6 al. 1.

² Décret-loi n° 98 du 5 avril 2001, préambule : « Ritenuta la straordinaria necessità ed urgenza di provvedere con lo strumento della decretazione d'urgenza, anche in considerazione dell'attuale stato di scioglimento della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica, alla modifica degli articoli 406 e 407 del codice di procedura penale [...] al fine di evitare pregiudizi alle investigazioni volte all'accertamento di gravi delitti contro la personalità dello Stato ». La modification du délai de la phase préparatoire est prévue à l'art. 1 al. 2 du décret.

³ Décret du président de la République n° 42 du 8 mars 2001.

⁴ Elle pourrait, selon un auteur, changer le visage de la phase des enquêtes préliminaires : v. M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale, op.cit.*, p. 525. Signalons aussi une première réforme remontant à 2006. Celle-ci a consisté en l'introduction d'une dérogation au nombre de prorogations pouvant être décidées par le juge. Alors que le régime général prévoit deux prolongations de six mois pour une durée maximale d'enquête de dix-huit mois, la loi du 21 février 2006 a posé une limite d'une seule prolongation de six mois maximum pour les faits d'homicide ou blessures involontaires en matière de circulation routière ou de législation des accidents de travail. Les lois du 15 octobre 2013 et du 23 mars 2016 ont élargi cette exceptions aux infractions de maltraitance familiale et de *stalking*. V. Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 406 al. 2 ter, inséré par la loi n° 102 du 21 février 2006 et modifiée par les lois n° 119 du 15 octobre 2013 et n° 41 du 23 mars 2016.

⁵ V. C. PARODI (dir.), *Riforma Orlando : tutte le novità*, Giuffrè, 2017, p. 44 et s. ; M. GIALUZ, A. CABIALE et J. DELLA TORRE, « Riforma Orlando : le modifiche attinenti al processo penale, tra codificazione della

Suite au constat que la durée maximale prévue par le Code de procédure pénale ne concernait pas la fonction de mise en mouvement de l'action publique et qu'ainsi pouvait exister des cas d'inertie du parquet¹, le législateur a souhaité préciser que « dans tous les cas, le ministère public est tenu d'exercer l'action publique ou de demander le classement dans un délai de trois mois après expiration du délai maximal des enquêtes préliminaires »². En d'autres termes, le parquet disposerait de six mois à deux ans pour enquêter, suivant les faits objets de la procédure et les prolongations qu'il obtiendrait du juge, puis de trois mois pour décider de mettre en mouvement ou non l'action publique. Serait ainsi évitée une inertie fonctionnelle du parquet. Mais le législateur a aussi prévu *une double dérogation*.

La première dérogation concerne les cas d'enquêtes particulièrement complexes du fait de la multiplicité des faits concernés ou des personnes impliquées – qui est déjà un cas d'admission d'une durée maximale d'enquête de deux ans³. Le délai de trois mois pour décider de la mise en mouvement de l'action publique à l'issue de la durée maximale d'enquête peut être prolongé, sur demande du procureur de la République, par le procureur général près la Cour d'appel pour une durée de trois mois au maximum. Dans une telle hypothèse, le parquet aura alors eu au maximum deux ans (sur autorisation du juge) pour enquêter, puis six mois (sur autorisation du procureur général) pour décider d'exercer ou non l'action publique.

La seconde dérogation concerne les procédures ouvertes pour certains délits énumérés comme les associations mafieuses, les infractions terroristes ou l'atteinte à la sécurité de l'État notamment par des massacres. Ici encore, tous ces cas ont déjà pour conséquence de porter la durée maximale des enquêtes préliminaires à deux ans au lieu d'un an et demi. Surtout, le délai de décision sur l'exercice de l'action publique créé en 2017 à l'issue de cette durée maximale des enquêtes n'est pas de trois mois mais de quinze mois. Dans une telle hypothèse, le parquetier aura eu jusqu'à deux ans (sur autorisation du

giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni », *Diritto penale contemporaneo* 2017, n° 3, p. 173.

¹ V. *supra* n° 428.

² Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 417 al. 3 bis : « In ogni caso il pubblico ministero è tenuto a esercitare l'azione penale o a richiedere l'archiviazione entro il termine di tre mesi dalla scadenza del termine massimo di durata delle indagini ». Le texte mentionne aussi un point de départ de ce délai de trois mois situé à l'envoi de l'avis de clôture des enquêtes préliminaires. Cet avis doit lui-même être envoyé avant expiration du délai maximal des enquêtes préliminaires et ouvre un nouveau délai de vingt jours pendant lequel la personne mise en cause peut demander des actes, déposer les actes d'une éventuelle enquête privée ou demander à être interrogée (art. 415 bis). Le nouveau délai de trois mois imposé en 2017 pour la décision de la mise en mouvement de l'action publique court dans ce cas à la fin du délai de vingt jours.

³ Code de procédure pénale (*Codice di procedura penale*), art. 415 al. 2 b).

juge) pour enquêter, puis jusqu'à un an et trois mois (sans autorisation de quiconque) pour décider de mettre en mouvement ou non l'action publique. Pour complexifier le tout, on ne sait pas encore si la possibilité de prolongation du délai pour décider de la mise en mouvement de l'action publique prévue dans le premier cas de dérogation pourrait être étendue ou non au second cas de dérogation¹, ce qui porterait alors le délai total de la phase préparatoire à trois ans et demi (deux ans + quinze mois + trois mois).

Dans tous les cas, si le procureur de la République n'a pas décidé de mettre en mouvement l'action publique ou de demander le classement de l'affaire passé ce nouveau délai instauré en 2017, le procureur général *doit* toujours évoquer l'affaire et, au besoin après avoir effectué les investigations nécessaires à sa décision dans un délai maximal de trente jours, décider s'il met ou non en mouvement l'action publique².

Cette réforme a été lourdement critiquée, notamment en ce qu'elle renforce considérablement les pouvoirs du procureur général dans un système où le pouvoir judiciaire, pouvoir diffus, jouit tant en sa composante siège que parquet d'une indépendance externe et interne³. Pour d'autres, un tel ensemble de nouveaux délais finaux, qui ne sont en dernière analyse pas si finaux que cela, n'aura aucune efficacité⁴.

431. Les leçons italiennes. Que retenir de l'expérience italienne quant à l'idée même de prévoir un délai d'exercice de la fonction d'investigation ? Si l'entreprise peut sembler louable et sans doute imposer un exercice optimal des fonctions, l'une des premières difficultés semble être la difficile voire impossible généralisation. Comment, en effet, décider de la durée d'un délai s'appliquant à toutes les procédures ? Si la loi de délégation italienne avait prévu *ab initio* la possibilité de prolongation et, pour faire face au risque de prolongations infinies, une durée maximale différenciée suivant les faits, la réalité a vite montré qu'il était très difficile de s'en tenir à ces seules prévisions. Le délai de base a été différencié dès 1992 tandis que la liste des infractions susceptibles d'un délai maximal de deux ans n'a cessé de s'allonger. Surtout, il est apparu que la prévision d'un

¹ M. BARGIS *et al.*, *Compendio di procedura penale*, *op.cit.*, p. 587.

² Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 412 al. 1.

³ V. les craintes dont se fait l'écho Mauro Chiavario, qui souligne que les hypothèses d'évocation par le procureur général étaient, avant la réforme de 2017, d'un usage extrêmement réduit : M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, *op.cit.*, p. 526. Sur l'indépendance du parquet et du siège italiens, v. *infra* n° 531 et s. ainsi que 563 et s.

⁴ M. BARGIS *et al.*, *Compendio di procedura penale*, *op.cit.*, p. 587.

seul délai aux investigations ne suffisait pas puisque le ministère public pouvait ensuite rien décider quant à la fonction de décision de mise en mouvement de l'action publique. Aussi conviendra-t-il de bien prendre en compte cette difficulté lors de l'étude des solutions possibles en matière de délai¹.

Notons pour finir que le système français actuel ne s'embarrasse pas de telles considérations, mais cela est justifié par le fait qu'il ne propose pas de véritable délai général des investigations. Depuis 2000, il est prévu le *droit* pour la personne ayant fait l'objet d'une garde à vue ou d'une audition libre de demander l'état d'avancement de l'enquête au procureur de la République², les modalités du contrôle ayant évolué. De même, le délai de l'enquête de flagrance n'est en tant que tel pas une limite temporelle à l'exercice de la fonction d'investigation, puisqu'à l'issue de la flagrance, le régime de l'investigation sera celui de l'enquête préliminaire. Enfin, la phase d'instruction ne connaît pas de durée limite, étant simplement enserrée dans une exigence – vague – de délai raisonnable et de possibilité pour les parties de demander la clôture de l'information passé le délai prévisible d'achèvement, ce que le juge peut toujours refuser. En bref, la clôture reste « souverainement décidée »³ par le juge d'instruction. L'ambition de Code français est donc bien moindre que celle du *Codice* : là où l'on entend en France offrir un moyen d'information au mis en cause, le législateur italien entend borner la phase préparatoire du procès pénal avec des délais stricts relativement généralisés et, surtout, dont l'établissement du point de départ pose de nombreux problèmes.

B. L'incertain point de départ

432. Le système italien prévoit, on l'a dit, un délai général de la phase préparatoire du procès pénal d'une durée d'en principe six mois ou un an suivant l'infraction en cause et susceptible de prolongations par tranche de six mois dans la limite d'un seuil maximal

¹ V. *infra* n° 441 et s.

² Code de procédure pénale français, art. 77-2.

³ S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, *op.cit.*, n° 1830. Signalons toutefois que, par un mécanisme qui ne ressort pas de la phase préparatoire de premier degré à laquelle sont limitées nos réflexions, les parties ou le président de la chambre de l'instruction peuvent saisir cette dernière en cas de retard injustifié, notamment suite à la prise par le juge d'instruction d'une ordonnance de prolongation, ordonnance obligatoire pour les informations de plus de deux ans, à renouveler tous les six mois et à transmettre au président de la chambre de l'instruction. La chambre de l'instruction peut, une fois saisie, évoquer l'affaire. V. Code de procédure pénale français, arts. 175-2, 220, 221-1 et 221-2.

de dix-huit mois ou de deux ans selon les cas. À cela s'ajoute un nouveau délai de trois à quinze mois pour décider, une fois les investigations terminées, de mettre en mouvement ou non l'action publique. La question qui se pose immédiatement est celle du point de départ de ce délai. En d'autres termes, quand commence une procédure pénale ? Si le système paraît, à première vue, très clair (1), une étude plus détaillée laisse entrevoir qu'on ne sait pas véritablement quand commence ou quand a commencé, en pratique, la procédure (2).

1. L'apparente clarté du système italien

433. Un législateur explicite. Le Code italien, reprenant la loi de délégation, affirme que « le ministère public demande le renvoi en jugement dans les six mois de l'inscription du nom de la personne à laquelle sont attribués les faits sur le registre des informations infractionnelles »¹ (*registro delle notizie di reato*). Si les dispositions sont, pour le juriste italien, non équivoques², l'analyse française suppose quelques explications sur cette fameuse *notizia di reato* et sur les registres du ministère public.

434. La *notizia di reato*. La notion de *notizia di reato*, que l'on pourrait traduire par « la nouvelle de l'infraction »³ est une notion clé de la procédure pénale italienne. Paolo Tonini la définit comme « une information qui permet à la police judiciaire et au ministère public de prendre connaissance [l'auteur emploie le terme *venir* à la connaissance] d'une infraction pénale »⁴. Livia Giuliani, après avoir remarqué l'absence de définition législative, précise que l'on peut parler de *notizia di reato* face à « toute projection fiable d'un fait historique propre à correspondre aux éléments constitutifs d'une infraction : une

¹ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 405 al. 2 : « il pubblico ministero richiede il rinvio a giudizio entro sei mesi dalla data in cui il nome della persona alla quale è attribuito il reato è iscritto nel registro delle notizie di reato ».

² Encore que...v., admettant une certaine ambiguïté, M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale, op.cit.*, p. 486.

³ Les *notizie* désignent dans le langage commun les nouvelles, qu'elles soient sportives, télévisées ou familiales (naissance, repas, etc.). V., traduisant la *notizia di reato* par « signalement », M. DELMAS-MARTY (dir.), *Procédures pénales d'Europe*, PUF, 1995, p. 317. Preuve de la difficulté de traduction de cette notion, elle n'est pas mentionnée dans le glossaire en annexe de l'ouvrage (p. 626 et s.)

⁴ P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, 19^e éd., Giuffrè, 2018, p. 509 : « La notizia di reato è un'informazione che permette alla polizia giudiziaria ed al pubblico ministero di venire a conoscenza di un illecito penale ».

hypothèse d'infraction, donc, qu'il revient au procès pénal de vérifier et pour la concrétisation de laquelle un *fumus* [une apparence] de signification pénale d'un fait suffit, même si celui-ci n'est pas attribué à une personne »¹. La *notizia di reato* peut concerner un fait commis par une personne identifiée ou non.

Est donc une *notizia* la dénonciation mais aussi la plainte, les informations contenues dans un article de presse, la vue d'une infraction, etc. dès lors que les éléments constitutifs d'un délit ou d'une contravention (l'Italie connaît une division bipartite des infractions²) semblent présents.

Paolo Tonini décrit synthétiquement les suites qu'entraîne la *notizia* :

« La présence d'une *notizia di reato* produit trois effets : 1) elle emporte le passage de la fonction de police de sécurité (activité tendant à prévenir la réalisation d'infraction et à contrôler le respect de la loi) à la fonction de police judiciaire (investigation sur *une* infraction dont on a connaissance); 2) elle impose à la police judiciaire, qui a pris connaissance de l'infraction, d'en informer le ministère public ; 3) *elle impose à ce dernier de procéder à l'inscription immédiate de la nouvelle dans le registre des notizie di reato.* »³

435. Les registres du ministère public. Le ministère public dispose à son office d'un registre des *notizie di reato*, divisé en plusieurs modules. En réalité, la procédure varie quelque peu suivant que l'auteur est connu ou non.

Si la personne est identifiée, le procureur inscrit la *notizia* au module 21. Cette inscription constitue le point de départ du délai des enquêtes préliminaires. Il doit s'agir d'une personne véritablement identifiée dont on connaît autre chose que les simples nom et prénom⁴.

¹ M. BARGIS *et al.*, *Compendio di procedura penale, op.cit.*, p. 494-495 : « Si può dire tale, in assenza di una definizione normativa, ogni prospettazione attendibile di un fatto storico idoneo ad integrare gli estremi di un reato: una ipotesi di reato, dunque, che è compito del processo penale verificare, a concretare la quale basta un *fumus* di rilevanza penalistica di un fatto, anche non soggettivamente attribuito ».

² V. Annexe n° 1 p. 748.

³ P. TONINI, *Manuale di procedura penale, op.cit.*, p. 509 (nous soulignons) : « la presenza di una notizia di reato produce tre effetti : 1) segna il passaggio dalla funzione di polizia di sicurezza (attività tendente a prevenire il compimento di reati e a controllare che la legge sia osservata) alla funzione di polizia giudiziaria (indagine su di un reato del quale si abbia notizia) ; 2) impone alla polizia giudiziaria, che abbia appreso la notizia, l'obbligo di informarne il pubblico ministero ; 3) impone a quest'ultimo l'obbligo di provvedere alla immediata iscrizione della notizia nel "registro delle notizie di reato" ».

⁴ Cour de cassation italienne, 6^e section pénale, 29 août 1995, n° 2281, *Piromallo*.

Si la personne n'est pas identifiée, le procureur procèdera à l'inscription de la *notizia* au module 44. Le Code prévoit que le ministère public doit d'une manière similaire demander dans les six mois au juge le classement sans suite ou la poursuite des investigations¹. Signalons que dès que l'auteur est connu, l'inscription doit être portée au module 21².

Enfin, il existe un troisième registre, le module 45, où sont inscrites les *pseudo-notizie*, c'est-à-dire les informations ne remplissant pas les conditions de la véritable *notizia* (éléments constitutifs de l'infraction). L'intérêt de ce dernier module est qu'il permet au ministère public, contrairement à ce qu'impose le principe de légalité des poursuites – qui ne s'applique toutefois qu'en présence de véritables *notizie* – de procéder lui-même au classement sans suite sans demander l'autorisation au juge. On parle de « mise à la poubelle » (*cestinazione*) ou d'« autoclassement » (*autoarchiviazione*)³.

Ce système, assez clair sur le papier, masque une réelle incertitude quant au point de départ du délai des enquêtes préliminaires.

2. La réelle incertitude

436. Complexité. Le détail de la notion de *notizia* et des différents registres tenus par le ministère public pouvait déjà laisser place, derrière l'apparente clarté, à une forte complexité, d'autant que tout article de journal peut être en soi une *notizia*⁴. Plus encore, Livia Giuliani souligne deux risques : l'arbitraire du ministère public et l'incertitude sur la notion-même de *notizia*⁵.

437. Un risque d'arbitraire dans l'inscription de la *notizia*⁶. L'inscription de la *notizia* dans le module 21 (personne identifiée) ou 44 (personne non identifiée) dépend totalement de l'attitude du ministère public. Ce dernier peut donc laisser s'écouler un temps

¹ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 415.

² V. A. D'IPPOLITO et E. PISANELLO, *Rapporti tra pubblico ministero, polizia giudiziaria e difensore nelle indagini preliminari*, Giuffrè, 2013, p. 97.

³ V. par exemple A. LEOPIZZI, *Le indagini preliminari*, Giuffrè, 2017, p. 724 et s.

⁴ M. BARGIS *et al.*, *Compendio di procedura penale, op.cit.*, p. 495.

⁵ *Ibid.*, p. 496-498.

⁶ V. aussi T. BENE, « Polimorfismo dell'inchiesta preliminare », dans *Il Codice di procedura penale in vent'anni di riforme : frammenti di una costante metamorfosi*, Giappichelli, 2009, p. 43, spéc. n° 5.

indéfini avant d'y procéder, gagnant ainsi du temps puisque le délai ne court pas¹. Alors même que le Code lui fait obligation d'inscrire immédiatement la *notizia*², aucune sanction n'est prévue. Certaines sections de la Cour de cassation, minoritaires, ont au départ accordé au juge la possibilité de rétrodater l'inscription au véritable jour où elle aurait dû être faite³. D'autres, plus nombreuses, l'ont refusé⁴. Mais les sections réunies, formation suprême de la juridiction, ont affirmé en 2000 puis en 2008 que l'inscription tardive n'entraîne que des suites disciplinaires et ne saurait ouvrir la voie ni à une rétrodatation par le juge ni à la nullité de la procédure⁵. Tout dépend donc du ministère public⁶.

Pour les procédures ouvertes contre personnes inconnues, toutefois, si le procureur a inscrit la *notizia* au seul module 44 et que le juge à qui il demande une prolongation du délai estime que la personne mise en cause est suffisamment identifiée, ce dernier ordonnera l'inscription au module 21 sans que cela n'entraîne de sanction ou de rétrodatation possible⁷.

Ajoutons enfin que si tout semble dépendre du ministère public, en réalité tout dépend de la police et du temps qu'elle met à transmettre la *notizia* au procureur, sachant

¹ Même, l'inscription de la *notizia* dépend en pratique du choix qu'aura fait l'agent de police de constater ou non l'infraction qui vient de se commettre et d'en informer en conséquence le ministère public : v. M. DI NAPOLI, « Tutela dei diritti ed efficace esercizio dell'azione penale : il punto di vista di una procura della Repubblica », dans V. GAROFOLI (dir.), *L'azione penale tra obbligatorietà e discrezionalità*, Giuffrè, 2009, p. 41, spéc. p. 46.

² Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 335 al. 1.

³ Cour de cassation italienne, 1^{re} section pénale, 6 juillet 1992, *Barberio* ; Cour de cassation italienne, 1^{re} section pénale, 27 mars 1998, *Dell'Anna* ; Cour de cassation italienne, 5^e section pénale, 8 octobre 2003, *Liscari* ; Cour de cassation italienne, 5^e section pénale, 21 septembre 2006, *Boscarato*.

⁴ V. par exemple Cour de cassation italienne, 5^e section pénale, 18 octobre 1993, *Crici* ; Cour de cassation italienne, 1^{re} section pénale, 28 avril 1995, *Grimoli* ; Cour de cassation italienne, 4^e section pénale, 27 août 1996, *Guddo* ; Cour de cassation italienne, 6^e section pénale, 24 octobre 1997, *Todini* ; Cour de cassation italienne, 1^{re} section pénale, 11 mars 1999, *Testa* ; Cour de cassation italienne, 5^e section pénale, 27 mars 1999, *P.G. in proc. Longarini* ; Cour de cassation italienne, 6^e section pénale, 17 février 2003, *Parrella*.

⁵ Cour de cassation italienne, sections pénales réunies, 21 juin 2000, n° 216248, *Tammaro* ; Cour de cassation italienne, sections pénales réunies, 20 octobre 2008, n° 40538, *Lattanzi*. Pour une approche critique de cette jurisprudence, v. N. GALANTINI, « Diritto di difesa e difetto di potere investigativo nella fase antecedente l'iscrizione della notizia di reato », dans *Il rito accusatorio a vent'anni dalla grande riforma*, Giuffrè, 2012, p. 37.

⁶ Une commission chargée de proposer une réforme de la procédure pénale, la commission Canzio, avait proposé sans succès en 2014 d'insérer dans le Code une disposition prévoyant expressément la possibilité pour le juge de contrôler le moment d'inscription de la *notizia* et d'au besoin rétrodater l'inscription.

⁷ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 415 al. 2.

qu'était au départ prévu un délai de quarante-huit heures, supprimé en 1992 au profit d'une information « sans retard »¹.

438. Un risque de défaut de caractérisation de la notizia. L'inscription n'est obligatoire que s'agissant des *notizie di reato*, c'est-à-dire des informations pouvant être subsumées dans les éléments constitutifs de telle ou telle infraction. Celle-ci doit ensuite être inscrite au registre par le ministère public, plus précisément dans différents modules suivant que la personne est identifiée (module 21) ou non (module 44). Mais encore faut-il que le parquet conclue à la présence d'une véritable *notizia*. Il existe en effet un autre module au registre du procureur, le module 45, qui concerne les *pseudo notizie*, c'est-à-dire les faits portés à la connaissance des autorités qui ne correspondent aux éléments constitutifs d'une infraction. Si le ministère public fait face à une *pseudo notizia*, il l'inscrira dans ce module 45 et *aucun délai ne courra*. En effet, seule l'inscription d'une véritable *notizia di reato* aux modules 21 ou 44 (auteur identifié ou non) fait courir le délai des enquêtes préliminaires.

Cette inscription et surtout l'appréciation de la qualité de *pseudo notizia* n'est soumise à aucun contrôle, ce qui peut entraîner des contournements « désinvoltes »² à la limite de la légalité, d'autant que les *pseudo notizie* ne sont pas soumises à la procédure classique de classement sans suite imposée par la légalité des poursuites. Le principe de légalité des poursuites, qui implique en Italie que le parquet demande au juge l'autorisation de classer l'affaire sans suite, ne vaut en effet que pour les *notizie di reato*. Cela est assez logique : seules les informations permettant de conclure à la présence fiable des éléments constitutifs d'une infraction sont susceptibles de donner naissance à une action publique et d'être soumises à un principe de légalité. Dans le cas des *pseudo notizie* en revanche, qui sont des faits sans coloration pénale³, le principe de légalité des poursuites n'a pas à s'appliquer. En conséquence, le ministère public peut directement les classer – on parle de mise à la poubelle (*cestinazione*) ou d'« autoclassement » (*autoarchiviazione*). Selon un auteur, peuvent être considérées comme des *pseudo notizie* l'allégation de la nullité d'un acte émis par l'administration publique, le signalement de troubles domestiques qui ne

¹ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 347 al. 1 tel que modifié par le décret-loi n° 306 du 8 juin 1992, art. 4 al. 1.

² M. BARGIS *et al.*, *Compendio di procedura penale*, *op.cit.*, p. 498.

³ A. LEOPIZZI, *Le indagini preliminari*, *op.cit.*, p. 196.

présentent pas les éléments d'une infraction, une tentative de suicide sans l'aide de quiconque ou encore l'invasion imminente d'aliens¹.

439. Les leçons italiennes. Que retenir de l'expérience italienne quant à la question du point de départ du délai général des investigations ? Le système du Code semble très clair et assez verrouillé : le délai ne court qu'à partir de l'inscription par le ministère public sur un registre spécial de l'information qu'une infraction vient d'être commise (*notizia di reato*). Toutefois, l'examen plus détaillé laisse voir des pans entiers échappant à l'œil de la loi, le procureur pouvant jouer, à proprement parler, sur différents registres et cela sans véritable contrôle ni sanction efficace. Un tel contournement devra absolument être pris en compte lors de l'étude des solutions possibles en matière de délai².

Signalons, enfin, que les dispositions françaises actuelles ne rencontrent pas ce problème de détermination du point de départ du délai de six mois permettant ensuite au mis en cause de demander au procureur l'état d'avancement de l'enquête, puisque ce délai court à partir de la mesure de garde à vue dont la personne a fait l'objet ou de son audition libre³. Le choix de ce point de départ semble être justifié par le fait que la garde à vue ou l'audition libre d'une personne suspecte⁴ constitue la première étape de la mise en cause d'une personne dans une affaire⁵. En phase d'instruction, le point de départ est l'ouverture de l'instruction pour le délai raisonnable, ainsi que la date de la mise en examen, de la première audition ou de la constitution de partie civile pour les parties destinataires de l'information sur le délai prévisible d'achèvement de la procédure⁶.

L'idée d'un délai des investigations pour concentrer temporellement de la phase préparatoire présente donc de sérieux inconvénients. Au regard des avantages escomptés, notamment parce que l'imposition d'un certain rythme permettrait une optimisation des fonctions, il convient à présent d'envisager des solutions positives en matière de délai.

¹ A. LEOPIZZI, *Le indagini preliminari*, op.cit., p. 196.

² V. *infra* n° 440 et s.

³ Code de procédure pénale français, art. 77-2.

⁴ L'article 61-1 du Code de procédure pénale français vise en effet « la personne à l'égard de laquelle il existe des raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction ». C'est un seuil de soupçon identique qui est exigé en matière de garde à vue, la seule différence étant l'exigence de gravité de l'infraction concernée, qui doit alors être punie d'une peine d'emprisonnement (art. 62-2).

⁵ C. LAZERGES, *rapport n° 1468 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes*, Assemblée nationale, 11 mars 1999, p. 208 et s.

⁶ Code de procédure pénale français, art. 175-1.

§ 2. Le dépassement des inconvénients

440. Pour permettre une véritable concentration temporelle de l'exercice des fonctions et donc leur optimisation, il faut s'armer de prudence tant dans l'établissement (A) que dans le contrôle (B) du délai général de la phase préparatoire.

A. L'établissement du délai

441. Au vu des difficultés italiennes, sans doute vaut-il mieux commencer par essayer de fixer un point de départ fiable au délai (1) avant de s'interroger sur la durée de celui-ci (2).

1. La détermination du point de départ

442. Rejet du modèle italien. Une solution pourrait être, sur le modèle italien, de faire courir le délai à partir du début de la procédure, identifié à l'inscription de l'information qu'une infraction vient de se commettre (*notizia di reato*) sur un registre spécifique tenu par le ministère public¹. En généralisant la solution italienne, il conviendrait donc de situer le point de départ du délai au premier acte fait par l'organe titulaire de la fonction d'investigation qui consisterait à transcrire par écrit la connaissance qu'une infraction vient d'être commise.

Toutefois, l'expérience italienne a montré les limites d'une telle approche puisque tout dépend alors de l'action de l'organe titulaire des investigations². Celui-ci est en effet le seul à pouvoir procéder à l'inscription de la *notizia* et donc à être en mesure de faire courir le délai, délai qui a justement pour objectif d'imposer un certain rythme à l'exercice de la fonction d'investigation. Au surplus, si dans le système italien seul le ministère public est titulaire des investigations, dans notre proposition de distribution des pouvoirs l'organe policier serait lui aussi reconnu comme l'un des titulaires de la fonction d'investigation. Le

¹ V. *supra* n° 433 et s.

² M. BARGIS *et al.*, *Compendio di procedura penale*, *op.cit.*, p. 496-498.

risque serait alors de ranimer l'avantage cognitif déjà puissant de la police que la création d'un dossier numérique unique entendait réduire.

Il serait alors possible de dire que le délai court à partir du début de la procédure, c'est-à-dire à partir du premier acte de procédure pénale. Mais on buterait alors sur la question de la délimitation temporelle précise du début d'une procédure pénale : est-ce le policier qui s'élance à la poursuite du voleur ou ce même policier qui rédige, une fois rentré au poste, un procès-verbal ou, encore, l'agent du central qui reçoit l'appel du policier lors de la poursuite et qui prend note informatiquement de ce contact ? En Allemagne, Claus Roxin a pu écrire que la procédure pénale est introduite par « la première mesure étatique visible tendant à la poursuite de l'infraction »¹. On mesure alors l'incertitude du point de départ et donc du délai lui-même.

443. Aménagement de la solution française. Une autre solution consisterait, sur le modèle français, à faire courir le délai à partir de la garde à vue ou de l'audition libre. Ce point de départ est, semble-t-il, justifié par le fait qu'une telle mesure implique une mise en cause de la personne². Cette approche se justifie totalement au regard de la conception française de ce délai de six mois ou un an au-delà duquel la personne privée peut demander au procureur l'état d'avancement de la procédure. Christine Lazerges, qui a rapporté sur le projet de loi Guigou instaurant ce délai, note qu'« il s'agit davantage d'une sorte de droit "d'évocation" accordée à une personne mise en cause que d'une limitation stricte des délais d'enquête »³. C'est dire que le délai à la française n'est en réalité pas un encadrement temporel des investigations mais un droit reconnu aux personnes privées. En revanche, l'idée de faire d'une mesure procédurale précise le point de départ d'un tel délai nous semble tout à fait sensée et plus fiable que la solution italienne.

Toutefois, si le choix de la mesure de garde à vue ou d'audition libre est justifié en ce qui concerne l'article 77-2 du Code de procédure pénale par la conception de cette disposition, droit d'évocation privée plus que délai d'enquête, il n'en va pas de même dans

¹ C. ROXIN, G. ARTZ et K. TIEDEMANN, *Einführung in das Strafrecht und Strafprozessrecht*, 6^e éd., C. F. Müller, 2013 p. 99 : « Mit der ersten erkennbar auf Strafverfolgung abzielenden staatlichen Maßnahme ist das Strafverfahren eingeleitet ».

² V. *supra* n° 439.

³ C. LAZERGES, *rapport n° 1468 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes*, *op.cit.*, p. 208 et s.

le cadre de la recherche du point de départ d'un délai général des investigations. Ce point de départ doit être choisi au regard des exigences auxquelles doit répondre le délai lui-même. Il s'agirait de garantir la distribution des pouvoirs proposée par l'imposition d'un certain rythme dans l'exercice des fonctions, ce qui aurait pour conséquence de les optimiser mais aussi de ne pas faire durer inutilement la procédure et la menace qu'elle implique sur les libertés. Or la fonction de garantie des droits fondamentaux, élément clé de la protection des libertés, ne serait être exercée que par le juge¹. Aussi nous paraîtrait-il logique de *fixer le point de départ du délai à la première saisine du juge* dans la phase préparatoire du procès pénal, ce pour deux raisons. D'une part, la distribution des pouvoirs est, avec la saisine du juge, entièrement déployée puisque les trois organes sont ou seront sur le terrain en exerçant leurs différentes fonctions. D'autre part, la saisine du juge implique que l'on souhaite porter atteinte aux droits fondamentaux, acte particulièrement grave dans un État de droit. Un rythme nouveau doit être imposé à la phase préparatoire pour éviter qu'elle ne traîne en longueur et que ne se multiplient les mesures attentatoires. Les fonctions devront alors être exercées dans un temps contraint, poussant les organes à optimiser leur activité.

Il reste que le juge, s'il doit en principe être saisi avant la mesure attentatoire pour l'autoriser, pourra n'être saisi qu'*a posteriori* dans le cas de l'équilibre d'urgence que nous avons pu proposer². Pourrait alors être crainte l'utilisation par le parquet ou la police de leur compétence d'urgence, afin de retarder de quelques jours le point de départ du délai. Ce risque paraît néanmoins assez relatif, notamment au regard du contrôle très strict de l'utilisation de l'urgence et de sa sanction (nullité d'ordre public)³. Pour plus de protection, le point de départ du délai pourrait être fixé à la première saisine effective (distribution de principe) ou théorique (distribution d'urgence) du juge. *À partir du moment où le juge est saisi ou aurait dû l'être* (jour de l'accomplissement de l'acte urgent), le délai commence à courir. Reste à en déterminer la durée.

¹ V. *supra* n° 292 et s.

² V. *supra* n° 385.

³ V. *supra* n° 392.

2. La détermination de la durée

444. Une question complexe. Si le délai court à partir du moment de la saisine effective ou théorique du juge, quelle peut être sa durée ? Cette question, en réalité, se ramifie selon que l'on s'intéresse à la durée initiale prévue, la possibilité de prolongations ou l'éventualité d'une durée maximale.

445. La durée initiale. Il s'agit d'abord de déterminer *la durée initiale* de la « phase préparatoire attentatoire ». Sur ce point, le modèle italien et le modèle français convergent vers une durée de base de six mois. Le projet de loi qui deviendra la loi Guigou du 15 juin 2000 prévoyait à l'origine que la personne pouvait interroger le procureur huit mois après avoir fait l'objet d'une mesure de garde à vue¹. C'est la commission des lois de l'Assemblée nationale qui, après que sa rapporteure eut trouvé ce délai trop long, l'a réduit à six mois². Le délai passe ensuite à un an avec la loi du 3 juin 2016. Entre temps, la loi du 9 mars 2004 a introduit un mécanisme similaire en matière de procédures dérogatoires avec un délai de six mois³. Ce dernier délai pourrait tout à fait être maintenu, d'autant qu'il ne commencerait à courir, à l'inverse de l'Italie, qu'à partir du moment où la phase préparatoire nécessite de porter réellement atteinte aux droits fondamentaux.

Cependant, l'Italie interroge la nécessité de prendre en compte certaines infractions pour prévoir un délai initial différencié. Si le critère ne saurait être la gravité des faits⁴, un autre délai pourrait être prévu pour des domaines infractionnels qu'on sait particulièrement complexes, comme les réseaux de trafics divers et variés. Sur le modèle italien, ce délai spécifique pourrait être d'un an.

Enfin, la réforme Orlando de 2017 pose la question de la nécessité de prévoir un délai supplémentaire butoir pour la décision de mise en mouvement de l'action publique. Cette disposition participe toutefois d'une certaine méfiance à l'égard des organes de poursuites, suspectés de ne rien faire. Surtout, un tel mécanisme s'explique par le principe

¹ Projet de loi renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, n° 1079 du 22 septembre 1998, art. 20.

² V. C. LAZERGES, *rapport n° 1468 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes*, op.cit., p. 208 et s.

³ Code de procédure pénale français, art. 706-105.

⁴ V. *supra* n° 331.

de légalité et par l'absence, corrélative, d'initiative de la victime pour déclencher un procès pénal. En France, où règnent l'opportunité des poursuites et l'exercice de l'action civile par la voie de l'action, un tel délai ne semble pas en l'état nécessaire. C'est-à-dire que le délai *ne doit bien concerner que l'exercice de la fonction d'investigation* et, par ricochet, celle de protection de la procédure.

En d'autres termes, pourrait être envisagé un délai initial différencié. *La durée serait en principe de six mois. Par exceptions limitativement prévues et considérées au seul regard de la complexité des investigations attendue, le délai initial serait porté à un an.* À l'expiration de ce délai, la phase préparatoire investigatrice se terminerait, c'est-à-dire que l'organe chargé d'exercer la fonction de décision de mise en mouvement de l'action publique (police ou parquet) ne pourrait plus enquêter pour alimenter sa décision de mettre en mouvement ou non l'action publique, mais seulement réfléchir et reprendre les éléments déjà acquis.

446. Les prolongations. Il convient ensuite, et ce afin de permettre une adaptation du délai aux exigences pratiques, de prévoir des *prolongations* possibles à ce délai initial. Ces prolongations devraient être accordées pour la même durée que le délai de départ, soit six mois ou un an. Surtout, elles devraient être motivées. Le Code de procédure pénale français dispose à ce titre que « la durée de l'instruction ne peut excéder un délai raisonnable au regard de la gravité des faits reprochés à la personne mise en examen, *de la complexité des investigations* nécessaires à la manifestation de la vérité et de l'exercice des droits de la défense »¹. Si la référence à la gravité doit être écartée, car ne devant avoir aucune incidence sur la distribution des pouvoirs dans la phase préparatoire², si la question de l'exercice des *droits* de la défense ne ressort pas de la théorie de l'équilibre des pouvoirs³, et si la mention de la manifestation de la vérité est excessive⁴, la référence à la complexité des investigations pourrait tout à fait être reprise.

Il faudrait cependant préciser que la complexité devrait elle-même être justifiée par des exigences concrètes et précises nécessitant la poursuite de la phase préparatoire pour mieux préparer la décision de mise en mouvement de l'action publique. Il importe enfin

¹ Code de procédure pénale français, art. 175-2 al. 1 (nous soulignons).

² V. *supra* n° 331.

³ V. *supra* n° 28 et s.

⁴ Elle qui ne saurait être que judiciaire et, donc, relative.

que cette exigence de justification soit la même pour toutes les demandes de prolongation. À ce titre, la prévision par le Code italien d'une première prolongation motivée par une « juste cause » nous paraît beaucoup trop vaste¹.

Il conviendrait, en somme, de prévoir *la possibilité de prolongations d'une durée similaire au délai initialement prévu (six mois ou un an). Ces prolongations devraient être motivées par des exigences concrètes et précises dues à la complexité des investigations et nécessitant la poursuite de la phase préparatoire pour mieux préparer la décision de mise en mouvement de l'action publique.*

447. La durée maximale. Si le délai peut être prolongé, émerge la question de *la durée maximale* de la phase préparatoire attentatoire, toutes prolongations confondues. En Italie, ce délai peut être de dix-mois pour les procédures soumises au délai initial normal (six mois) ou bien de deux ans pour les procédures soumises au délai initial particulier (un an). La différence d'écart entre délai initial et délai maximal – trois fois pour les procédures normales, deux fois pour les procédures particulières – interroge, sans que nous n'ayons pu trouver d'explication. À ce délai des enquêtes préliminaires s'ajoute un autre délai pour décider de la mise en mouvement de l'action publique, de trois à quinze mois. En tout, la phase préparatoire peut donc durer, en Italie, jusqu'à trois ans et trois mois.

En France, aucune durée maximale n'est prévue. Lors de l'instruction, le juge d'instruction n'est en tant que tel soumis à aucun délai maximal. Le Code lui impose en revanche, au-delà de deux ans, de rendre une ordonnance motivée expliquant la durée de la procédure, ordonnance communiquée au président de la chambre de l'instruction pouvant alors saisir sa juridiction². Mais le juge d'instruction n'a pas interdiction d'instruire pendant plus de deux ans. Un tel délai aurait sans doute des effets bénéfiques en imposant un certain rythme et une optimisation des fonctions exercées, pour peu qu'il ne soit pas trop court. Peut-être pourrait-on songer à décider d'une manière générale que *la phase préparatoire ne peut durer, passée la première intervention du juge, plus de trois fois le délai initialement prévu, soit dix-huit mois ou trois ans.*

¹ V. en ce sens M. FERRAIOLI, *Il ruolo di garante del giudice per le indagini preliminari*, op.cit., p. 130.

² Code de procédure pénale français, art. 175-2 al. 2. L'alinéa 3 prévoit le renouvellement de l'ordonnance tous les six mois.

Pourrait donc être mis en place un délai initial susceptible de prolongations exceptionnellement accordées, le tout sous la réserve d'une durée maximale, afin de « forcer » à un bon exercice des fonctions. Reste à s'intéresser au contrôle du délai.

B. Le contrôle du délai

448. Imposer un délai aux investigations lors de la phase préparatoire du procès pénal dans le but d'éviter un retour au déséquilibre n'aurait pas de sens si n'était instauré un mécanisme de contrôle de la concentration temporelle¹. Ce contrôle doit être précisé dans ses modalités (1) mais aussi dans ses effets (2).

1. Les modalités du contrôle

449. L'organe du contrôle. La détermination de l'organe de contrôle du respect du délai est réglée de manière différente en Italie ou en France.

En Italie, le procureur devra saisir le juge pour les enquêtes préliminaires de toute demande de prolongation du délai, que le juge pourra accepter ou rejeter². À l'issue de la durée prolongée à son maximum, le parquet doit prendre une décision quant à la mise en mouvement de l'action publique au regard du principe de légalité des poursuites³. Si le parquet ne fait rien, le procureur général près la cour d'appel a l'obligation d'évoquer l'affaire et de se substituer au procureur de la République. On parle d'*avocazione*⁴. Ce même procureur général peut, depuis la réforme Orlando de 2017, prolonger le délai de trois mois courant à partir de la fin du délai des enquêtes préliminaires et permettant au parquet de se décider quant à la mise en mouvement ou non de l'action publique. En d'autres termes, le contrôle des délais est aujourd'hui partagé, en Italie, entre le juge et le procureur général.

¹ En ce sens v. F. WINCKELMULLER, *La mutation de la mise en état des affaires pénales à l'épreuve des droits européens*, Thèse Strasbourg, 2017, Tome II, n° 950.

² Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 406 al. 1.

³ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 405 al. 1.

⁴ V. *supra* n° 162.

En France, il convient de distinguer entre l'enquête et l'instruction. Lors de l'enquête, l'article 77-2 du Code de procédure pénale prévoyait à l'origine que la personne placée en garde à vue pouvait, six mois après la mesure, demander au procureur de la République la suite qu'il entendait donner à la procédure. Le procureur devait, s'il souhaitait poursuivre l'enquête, saisir le juge des libertés et de la détention qui statuait après débat contradictoire. Cette intervention du juge comme organe de contrôle a été supprimée par la loi dite Perben I du 9 septembre 2002. À l'origine, le projet de loi ne prévoyait pas de modification dudit article. C'est l'Assemblée nationale qui ouvre les hostilités en votant lors de la première lecture du texte l'abrogation de l'article 77-2 sur proposition d'amendement d'Alain Marsaud¹. La Commission mixte paritaire sauve ce qu'elle peut et ne supprime que l'intervention du juge des libertés et de la détention. Ce faisant, elle abolit en réalité tout contrôle sur le délai de l'enquête, dans la droite lignée de l'esprit du texte qui était vu dès la loi Guigou l'introduisant comme une « sorte de droit "d'évocation" accordée à une personne mise en cause [plus que comme] une limitation stricte des délais d'enquête »². Demeure donc aujourd'hui la possibilité pour la personne de demander au ministère public la suite qu'il entend donner à la procédure après une garde à vue ou, depuis la loi du 3 juin 2016, une audition libre – cette même loi ayant porté le délai à un an³. Si cela peut entraîner, depuis 2016, communication du dossier, aucun contrôle réel n'a lieu sur le délai des enquêtes.

S'agissant de l'instruction, le juge est soumis à une obligation de rendre une ordonnance motivée justifiant la durée de la procédure au-delà de deux ans. L'ordonnance est communiquée au président de la chambre de l'instruction, qui peut ensuite saisir sa juridiction pour évoquer l'affaire. Il ne s'agit donc ni d'un véritable contrôle puisque aucun critère n'est donné à la décision du président de la chambre de l'instruction de la saisir, ni, surtout, d'un contrôle intégré à la distribution des pouvoirs dans la phase préparatoire du premier degré. En effet, avec la transmission au président de la chambre de l'instruction, on passe au second degré de juridiction alors même que notre approche vise à concentrer

¹ J.-L. WARSMANN, *Rapport n° 157 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générales de la République sur le projet de loi d'orientation et de programmation pour la justice*, Assemblée nationale, 30 juillet 2002, p. 155-156.

² C. LAZERGES, *rapport n° 1468 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes*, *op.cit.*, p. 208 et s.

³ En matière de procédure dérogatoire, l'article 706-105 prévoit depuis la loi de 2004 un mécanisme similaire avec un délai de six mois.

la réflexion sur l'organisation des rapports de pouvoir et de leurs garanties au sein de la phase préparatoire du premier degré¹.

Il nous semble que l'organe de contrôle du respect du délai de la phase préparatoire devrait être *l'organe juge du premier degré* qui intervient déjà au titre de la fonction de garantie des droits fondamentaux. Le modèle italien, qui prévoit un tel contrôle, pêche, en revanche, par la prévision de l'intervention du procureur général près la cour d'appel, c'est-à-dire par un contrôle interne au parquet. La mission de contrôle du délai rejoint, en réalité, le pouvoir-fonction de garantie des droits et libertés. En imposant et en contrôlant le rythme de la phase préparatoire attentatoire – le délai ne commence à courir qu'à partir du moment où le juge a été saisi et que, donc, on souhaite porter atteinte à un droit fondamental – le juge permet de limiter au strict nécessaire légal la période pendant laquelle ces droits fondamentaux peuvent être atteints². D'autant que toute procédure pénale est, en soi et encore plus par sa durée, liberticide³.

450. L'information sur l'écoulement du délai. Le contrôle suppose, par hypothèse, une bonne information du contrôleur. Le dossier unique numérique qu'on a pu proposer⁴ pourrait être, une nouvelle fois, d'une grande aide. Il serait en effet possible de paramétrer le logiciel de gestion de ce dossier afin qu'il enregistre et décompte, à partir de la première saisine du juge, le délai initial de six mois ou un an. Pourrait même être imaginée une notification à tous les organes ayant accès au dossier de l'imminence de la fin du délai initial, prolongé ou maximal, peut-être un mois avant le terme – une sorte de rétroplanning électronique. Allant plus loin, le logiciel pourrait indiquer, par un code couleur par exemple, durant le dernier mois à l'auteur de la donnée insérée que le délai est bientôt écoulé. Les actes éventuellement faits au-delà du délai devraient même être automatiquement stockés dans une section particulière du dossier pour que le juge en prononce plus facilement la sanction.

Le juge, organe informé, doit donc contrôler le respect de la concentration temporelle de la phase préparatoire, mais *quand* ?

¹ V. *supra* n° 11.

² V. en ce sens Cour constitutionnelle italienne, 15 avril 1992, n° 174.

³ V. *supra* n° 193.

⁴ V. *supra* n° 412.

451. Le moment du contrôle. S'agissant du moment du contrôle du juge, il serait double.

À l'évidence, le contrôle interviendra principalement lors de la demande de prolongation faite par l'organe chargé des investigations. Cette demande devrait intervenir, sur le modèle italien, avant la fin du délai¹. En 1992, la Cour constitutionnelle italienne a censuré la disposition originelle du *Codice*, qui imposait que la décision du juge sur la prolongation soit, elle aussi, rendue avant la fin du délai, pour des motifs propres au système italien². Depuis lors, si le juge doit être saisi avant la fin du délai, il peut rendre sa décision après. Une telle solution nous paraît devoir être reprise dans le cadre de la distribution des pouvoirs proposée, afin d'éviter que le ministère public et la police n'aient constamment les yeux rivés sur leurs montres.

Le contrôle lors de demandes de prolongation se doublerait assez naturellement d'un contrôle incident lorsque le juge serait saisi pour autoriser une mesure attentatoire. Si le délai est écoulé, le juge devra naturellement la refuser.

452. L'étendue du contrôle. S'agissant, enfin, de l'*étendue du contrôle*, les difficultés italiennes quant au contrôle du point de départ du délai, que la jurisprudence refuse au juge, ont déjà été évoquée³. Toutefois, cette difficulté apparaît liée au point de départ lui-même, l'inscription sur le registre du ministère public de l'information qu'une infraction vient de se commettre (*notizia di reato*). Le point de départ serait, dans notre proposition d'équilibre, la première saisine du juge, beaucoup plus facile à dater et dépendant moins du bon vouloir du parquet ou de la police. Certes, tant que le juge n'est pas saisi, le délai ne court pas et, le juge étant saisi par la police ou le ministère public, on pourrait craindre un contournement du délai. Mais cela signifierait alors que procureurs et policiers « s'embarquent » dans une procédure où il leur sera interdit de porter atteinte aux droits fondamentaux. Qu'ils avancent l'urgence et ils pourront effectuer une mesure attentatoire, mais cela provoquera immédiatement le départ du délai de la phase préparatoire et, sous quarante-huit heures, l'intervention du juge qui pourra prononcer la

¹ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 406 al. 1.

² Cour constitutionnelle italienne, sentence n° 174 du 15 avril 1992. Le Code prévoit en effet que la personne mise en cause et la victime qui en fait la demande doivent se voir notifier par le juge la demande de prolongation pour pouvoir ensuite déposer des observations et mémoires dans les cinq jours. L'ensemble de ces dispositions conditionnaient trop, pour les juges de la Consulta, l'activité du ministère public.

³ V. *supra* n° 437.

nullité de l'acte effectué en urgence¹. Ce juge aura de plus accès, à partir de sa première intervention, à la totalité des pièces du dossier unique numérique, lui permettant un véritable contrôle des raisons avancées par le ministère public concernant la complexité des investigations.

Il ne faudrait cependant pas qu'un tel contrôle dégénère en un exercice par le juge de la fonction d'investigation dont il n'est absolument pas titulaire. Marzia Ferraioli critique sur ce point l'organisation italienne :

« Le juge doit connaître les actes, que le magistrat du ministère public est tenu de déposer à son greffe, et finit par exercer un contrôle sur l'utilité même des investigations au moyen de l'examen du respect du délai. Son intervention n'est pas seulement une autorisation [...] mais constitue une véritable et réelle ingérence dans le libre exercice des investigations par le magistrat du ministère public ».²

Un tel risque est certain et paraît difficilement réglable dans le cadre de la phase préparatoire du premier degré. Peut-être pourrait-on prévoir, une fois l'équilibre des pouvoirs et ses garanties bien ancrées dans la phase préparatoire du premier degré, un « référé investigation » sur le modèle du référé détention actuel³. Cela permettrait de se différencier du système italien où la jurisprudence refuse tout recours contre l'ordonnance du juge refusant de prolonger le délai⁴.

Le juge doit donc contrôler le respect du délai des investigations. Reste naturellement à s'intéresser aux effets de ce contrôle.

¹ Sur la distribution d'urgence, v. *supra* n° 382.

² M. FERRAIOLI, *Il ruolo di garante del giudice per le indagini preliminari, op.cit.*, p. 134 : « Il giudice deve conoscere gli atti, che il magistrato del pubblico ministero è tenuto a depositare nella sua cancelleria, e finisce per svolgere un controllo, attraverso il riscontro sull'osservanza della regola della tempestività, sull'utilità stessa della investigazione. Il suo non è un mero intervento autorizzatorio ma costituisce una vera e propria ingerenza nella libera esplicazione d'indagine del magistrato del pubblico ministero ».

³ Code de procédure pénale français, art. 187-3.

⁴ Cour de cassation italienne, sections pénales réunies, 13 décembre 1992, n° 17, *Bernini ed altri*.

2. Les effets du contrôle

453. Un contrôle effectif. L'ultime considération en matière de contrôle du délai est celle de ses effets, qui en réalité se dédouble. Quelle est la conséquence d'un refus de prolongation ? Quelle est la sanction du dépassement du délai ?

454. Le refus de prolongation. Lorsque le juge estime *ne pas devoir autoriser la prolongation* de la phase préparatoire, le système italien lui impose de fixer, dans sa décision, un délai de dix jours au maximum à l'issue duquel le ministère public doit se décider sur l'exercice de l'action publique¹. À cela s'ajoute l'obligation pour le procureur général d'évoquer l'affaire si le procureur n'a rien décidé au bout de trois à quinze mois depuis la réforme Orlando². Le droit français prévoyait entre 2000 et 2002 une disposition similaire puisque si le juge des libertés et de la détention refusait de prolonger l'enquête, le procureur devait se décider sur l'exercice de l'action publique dans les deux mois³.

Il nous semble qu'une telle prévision entraînerait une immixtion trop profonde du juge dans l'exercice de la fonction de décision sur l'exercice de l'action publique par le ministère public ou la police. Aussi serait-il peut-être plus acceptable que le juge refuse simplement de prolonger l'enquête, sachant que l'organe policier ou parquetier qui, ayant continué les investigations, viendrait lui demander l'autorisation d'attenter à un droit fondamental serait systématiquement débouté. En somme, ne pourrait alors continuer qu'une phase préparatoire non attentatoire. D'autant que les actes, quels qu'ils soient, réalisés après expiration du délai, ne resteraient pas sans sanction.

¹ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 406 al. 7.

² V. *supra*, n° 430. L'articulation des deux dispositions s'annonce assez complexe, même si la doctrine consultée ne semble pas le relever. Vraisemblablement, le délai de dix jours prévu par le juge en cas de rejet d'une demande de prolongation sera absorbé par le nouveau délai de trois mois. En effet, l'article 407 al. 3 bis nouveau du Code de procédure pénale italien dispose que « *dans tous les cas*, le ministère public est tenu d'exercer l'action publique ou de demander le classement dans un délai de trois mois après expiration du délai maximal des enquêtes préliminaires » (« *In ogni caso il pubblico ministero è tenuto a esercitare l'azione penale o a richiedere l'archiviazione entro il termine di tre mesi dalla scadenza del termine massimo di durata delle indagini e comunque dalla scadenza dei termini di cui all'art. 415-bis* »). Ce délai maximal étant conditionné par l'obtention de prolongations auprès du juge, il peut être considéré que le refus de prolongation entraîne, lorsque le délai non prolongé arrive à expiration, l'atteinte de la durée maximale des enquêtes préliminaires.

³ Code de procédure pénale français, art. 77-2 al. 3 (version originale).

455. Les actes accomplis après l'écoulement du délai. *Le dépassement du délai* entraîne en Italie l'« inutilisabilité » de tous les actes effectués après le terme. L'inutilisabilité est une des causes d'invalidité d'un acte prévue par le Code de procédure pénale. La réglementation italienne des actes invalides est, d'une manière générale, particulièrement complexe¹. Pour faire simple, l'inutilisabilité « atteint directement la valeur probante de l'acte : le juge ne peut pas se fonder dessus pour rendre une décision »².

En France, lorsque le contrôle du juge des libertés et de la détention était prévu, le ministère public ne pouvait plus effectuer d'acte d'enquête passé un mois après la demande de la personne (délai pendant lequel le parquetier était censé saisir le juge)³. Une telle sanction nous paraît naturellement devoir s'appliquer aux actes qui seraient effectués au-delà du délai prévu et éventuellement prolongé.

En d'autres termes, si, dans la distribution proposée, le juge ne saurait imposer au ministère public ou à la police de se décider sur l'exercice de l'action publique lorsqu'il refuse la prolongation de l'enquête, *la nullité de tous les actes d'investigation effectués au-delà de ce délai* implique qu'il restera à l'organe de poursuite un laps de temps non compressé durant lequel il ne pourra que réfléchir et prendre sa décision sur l'exercice de l'action publique.

456. La distribution des pouvoirs proposée est menacée par l'existence d'avantages cognitifs. Par cette expression, il faut entendre par la situation de l'organe devant exercer une fonction et qui sait plus de choses que les autres organes. Dans la distribution proposée, deux avantages cognitifs existent, au bénéfice du parquet et, surtout, de la police. La fonction de garantie des droits et libertés, exercée par le juge, risque donc d'être vidée de sa substance et contournée ou manipulée par les organes en charge de l'investigation. Pour atténuer ce danger, il conviendrait d'instaurer, sur la base des recommandations déjà

¹ Pour une présentation détaillée, v. M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale, op.cit.*, p. 352 et s.

² P. TONINI, *Lineamenti di diritto processuale penale*, 16^e éd., Giuffrè, 2018, p. 110 : « L'inutilizzabilità è una invalidità che colpisce direttamente il valore probatorio di un atto : il giudice non può basarsi su di esso per emettere una decisione ».

³ Code de procédure pénale français, art. 77-2 al. 1 (version originale).

existantes, un véritable dossier numérique unique à accès différencié. Le juge y aurait un accès direct, total et, à partir de sa première saisine, permanent. Serait ainsi optimisé l'exercice de la fonction de garantie des droits et libertés.

Pour éviter que l'investigation ne prenne le pas sur les autres fonctions, la phase préparatoire pourrait être limitée temporellement à partir du moment où est ou doit être exercée la fonction de garantie des droits et libertés¹. La saisine du juge, effective ou théorique, serait le point de départ d'un délai de six mois ou d'un an suivant les présomptions de complexité posées par le législateur. Ce délai pourrait être prolongé pour la même durée dans une limite maximale de trois prolongations, soit dix-huit mois ou trois ans. Le respect de cette concentration temporelle reviendrait au juge, destinataire des demandes de prolongation, le dossier unique numérique permettant une meilleure information de tous les organes. Le juge autoriserait la prolongation après examen des éléments concrets et précis avancés par l'organe requérant pour justifier de la complexité particulière des investigations. Si le juge ne pouvait qu'autoriser ou refuser la prolongation, afin de ne pas trop s'immiscer dans la conduite d'une fonction dont il n'est pas titulaire, la nullité des actes d'investigation effectués hors délai permettrait sans doute d'en garantir le respect.

¹ Ce temps *limité* de la procédure, qui n'implique pas la suppression de phases procédurales, doit être distingué des temps *dénaturés* (passage de l'oral à l'écrit) et des temps *supprimés* selon une typologie établie par J. PRADEL, « La célérité et les temps du procès pénal », dans *Le champ pénal. Mélanges en l'honneur du professeur Reynald Ottenhof*, Dalloz, 2006, p. 251.

CONCLUSION DU TITRE I

457. Pour assurer la distribution des fonctions proposée initialement, il convient dans un premier temps de rechercher d'éventuelles causes d'adaptation de la répartition afin de prévenir *ab initio* tout risque d'effondrement de l'équilibre des pouvoirs. Cette adaptation ne peut être fondée que sur l'urgence, définie comme la situation de péril imminent d'atteinte grave à la preuve, aux personnes ou aux biens à laquelle ne peut répondre l'application normale de la distribution des pouvoirs. En cas d'urgence, deux modifications doivent être apportées à la répartition idéale des pouvoirs.

Tout organe (juge, ministère public, police) doit d'abord avoir compétence pour intervenir en matière d'investigation et de protection de la procédure.

La réserve du juge doit ensuite se transformer en une confirmation *a posteriori* de la mesure attentatoire décidée en urgence, hors le cas de la détention provisoire.

Afin d'éviter un recours systématique à l'urgence, le contrôle du juge sur les mesures prises en urgence doit être rapide, impératif, total et pouvoir déboucher sur la nullité d'ordre public de l'acte pris en violation de la réglementation d'urgence.

Mais adapter la distribution aux cas d'urgence ne suffit pas. Il faut, dans un second temps, chercher à optimiser l'exercice des fonctions.

Cela passe d'abord par la création d'un dossier numérique unique à accès différencié afin d'amoindrir les avantages cognitifs du parquet et surtout de la police et d'empêcher toute anémie de la fonction de garantie des droits et libertés. Le juge disposerait, à partir de sa première saisine, d'un accès direct, total et permanent à toutes les pièces du dossier. Un système de notifications, d'application mobile et de messagerie instantanée permettrait de favoriser la collaboration entre les organes et d'atténuer les différents avantages cognitifs relevés. Un tel dossier permettrait aussi de supprimer bon nombre d'obligations particulières d'information actuellement prévues et parfois critiquées car imposant un formalisme exacerbé.

L'optimisation de l'exercice des fonctions passe ensuite par l'instauration d'un véritable délai des investigations. Ce délai, qui court à partir du moment où le juge est saisi

(distribution de principe) ou aurait dû l'être (distribution d'urgence), doit être d'une durée initiale de six mois ou un an suivant des présomptions de complexité à introduire dans la loi. Des prolongations de ce délai sont possibles sur autorisation du juge dans une limite maximale de trois prolongations, soit un délai butoir de dix-huit mois ou trois ans. Les actes d'investigation faits au-delà de ce délai doivent être considérées comme nuls.

Les fonctions seraient, de cette manière, assurée. Mais ces fonctions sont distribuées à des organes, qu'il convient de consolider.

TITRE II
CONSOLIDER LES ORGANES

458. Des fonctions aux organes. Les fonctions n'ont de sens que si elles sont distribuées à des organes. Surgit alors, enfin, *la question statutaire*. Le tout ne serait en effet pas de confier une fonction de garantie des droits et libertés, dont l'exercice serait assuré par une bonne diffusion de l'information et une intervention du juge *a priori* ou *a posteriori* de la mesure en cas d'urgence, à un organe qui ne serait pas indépendant. Le statut de l'organe policier doit aussi impérativement être revu, lui qui exercerait de nombreuses et nouvelles fonctions, notamment celle de décider de la mise en mouvement de l'action publique.

Si l'équilibre des pouvoirs consiste, en son sens positif et actif¹, en la distribution de fonctions à des organes, ces derniers doivent naturellement être en mesure d'exercer les premières. En d'autres termes, l'organe considéré doit être suffisamment *solide* pour supporter le poids de l'exercice des fonctions attribuées. Empêcher un retour du déséquilibre implique donc de renforcer chacun des organes, de les rendre plus solides en vue de l'exercice des fonctions assignées – en bref : de les *consolider*².

459. Lien entre fonction et statut des organes. La consolidation des organes renvoie naturellement aux questions statutaires, avec cette précision que *le statut doit découler des fonctions exercées*, véritable centre de la répartition des pouvoirs proposée. Parmi les trois organes, l'un s'est particulièrement détaché au vu des fonctions qui lui seraient attribuées : l'organe policier. La première étape d'une consolidation des organes doit donc être celle de l'intégration d'un véritable organe policier à l'autorité judiciaire (Chapitre 1). Ce n'est qu'une fois cette question résolue que pourra être étudiée celle de

¹ En son sens négatif, l'équilibre des pouvoirs renvoie à la séparation des pouvoirs au sens d'absence de cumul par un organe de toutes les fonctions. En son sens passif, il renvoie à la distinction des pouvoirs, description des différents pouvoirs à l'œuvre dans un système donné. Sur les sens de l'équilibre des pouvoirs, v. *supra* n° 93 et s.

² *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e éd., s. v. « Consolider », sens 1.

l'indépendance de cette nouvelle autorité judiciaire composée d'un organe juge, d'un organe parquetier et d'un organe policier (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Intégrer la police judiciaire à l'autorité judiciaire.

Chapitre 2 : Renforcer l'indépendance de l'autorité judiciaire.

CHAPITRE 1

INTÉGRER LA POLICE JUDICIAIRE À L'AUTORITÉ JUDICIAIRE

460. Une question centrale. La police doit être reconnue comme un organe à part entière de la phase préparatoire du procès pénal¹. La policierisation, souvent dénoncée, est d'une certaine logique et il conviendrait de l'accepter pour mieux l'encadrer. Cet organe policier, dans la distribution des pouvoirs proposée, se verrait reconnaître de nouvelles fonctions, dont celle de décider, dans certains cas, de mettre ou non en mouvement l'action publique². On peut être alors tenté de le judiciariser, de le rattacher – mieux : de l'intégrer à l'autorité judiciaire, c'est-à-dire de le « faire entrer [dans cette institution] de sorte qu'il en devienne une partie constitutive »³.

L'hypothèse de l'intégration d'une partie des forces de police à l'autorité judiciaire sous la forme d'un organe de police judiciaire est, à l'évidence, sensible. La comparaison des droits devrait donc aider à dépassionner le débat par une certaine relativisation⁴. L'étude des droits français, allemand et italien montre une réelle disparité statutaire de la police judiciaire (Section 1). La complexité de la comparaison des droits doit cependant laisser place, dans le cadre de l'équilibre proposé, à une démonstration de la nécessité de l'intégration de l'organe policier à l'autorité judiciaire (Section 2).

Rappelons à titre liminaire que la question ici posée *se limite à celle de l'intégration d'un organe policier à l'autorité judiciaire*. Ce n'est qu'une fois cette question tranchée, c'est-à-dire une fois la composition de l'autorité judiciaire connue, que pourra être abordée le statut de cette autorité⁵.

¹ V. *supra* n° 166 et s.

² V. *supra* n° 255.

³ *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e éd., s. v. « Intégrer », sens 1. Le terme de rattachement renvoie plus simplement soit à l'action d'attacher de nouveau (ce qui n'est pas le cas), soit à celle de relier une partie à une autre : *Dictionnaire de l'Académie française*, 8^e éd., s. v. « Rattacher ».

⁴ Sur le lien entre comparaison des droits et relativisation, v. *supra* n° 38.

⁵ V. *infra* n° 513 et s.

Section 1

Les diversités statutaires de l'organe policier

461. Trois pays, trois degrés vers la judiciarisation. La comparaison des droits entre le statut des polices françaises, allemandes et italiennes montre que chacun des systèmes opte pour un statut différent de la police, alors même que ses fonctions sont, dans les procédures actuelles, peu ou prou les mêmes : effectuer certaines investigations d'initiative, exécuter les ordres du directeur de la phase préparatoire (parquet ou juge d'instruction) et, en pratique, gérer une grande partie des procédures. Aucun des systèmes n'a cependant opté pour une intégration totale de l'organe policier à l'autorité judiciaire. Bien plus, se dessine une gradation *vers* une judiciarisation – terme à entendre ici au sens d'intégration à l'autorité judiciaire – jamais totalement atteinte. Si l'Allemagne et la France se distinguent par le très faible degré de rattachement de la police à l'autorité judiciaire (§ 1), l'Italie interroge en ce qu'elle prévoit une judiciarisation qui pourrait bien ne s'avérer qu'apparente (§ 2).

§ 1. L'absence d'intégration des polices françaises et allemandes à l'autorité judiciaire

462. L'étude de la position des polices françaises et allemandes par rapport à l'autorité judiciaire montre une certaine constance dans le refus de toute intégration de la première à la seconde. Toutefois, différents degrés peuvent être observés : alors que l'Allemagne refuse catégoriquement d'établir un lien institutionnel entre autorité judiciaire et police (A), le droit français connaît une systématisation des relations avec cette autorité (B).

A. Le refus allemand

463. L'organisation de la police allemande lorsqu'elle intervient dans la phase préparatoire du procès pénal a déjà été détaillée. Aussi ne sera-t-elle que rapidement

rappelée (1), nos propos devant se concentrer sur le statut juridique et institutionnel de la police (2).

1. L'organisation de la police allemande

464. Rappel¹. La police exerce en Allemagne, une fonction de prévention et une fonction de répression – on parle de double fonction (*Doppelfunktion*)². Il est de coutume de distinguer entre les membres des forces de police disposant de la qualité d'enquêteur (*Ermittlungspersonen*) et ses autres membres.

Les agents disposant de la qualité d'enquêteur sont les principaux intervenants à la phase préparatoire et peuvent seuls décider des mesures les plus attentatoires aux droits. Le ministère public peut leur adresser de véritables ordres (*Anordnung*)³. Ces agents enquêteurs sont habituellement directement contactés par le ministère public, sans passer par leur chef de service⁴. L'attribution de la qualité d'enquêteur est le fait de la législation des *Länder*. En schématisant, l'immense majorité des membres des forces de police sont aujourd'hui enquêteurs, à l'exception des plus hauts gradés et des agents en probation⁵.

Les autres fonctionnaires de police n'interviennent dans la phase préparatoire que de manière indirecte. Le parquetier ne leur adresse pas des ordres mais des requêtes (*Ersuchen*) – la différence de vocabulaire soulignant une différence de subordination par rapport aux agents enquêteurs⁶. Généralement, ces requêtes sont adressées au chef de service concerné, ce dernier désignant ensuite les agents non-enquêteurs chargés de réaliser

¹ V. *supra* n° 170.

² Cette présentation est assez répandue : v. V. KREY et M. HEINRICH, *Deutsches Strafverfahrensrecht*, 2^e éd., Kohlhammer, 2018, n° 294 ; W. BEULKE et S. SWOBODA, *Strafprozessrecht*, 14^e, C. F. Müller, 2018, n° 103 ; C. ROXIN et B. SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, 29^e éd., C.H. Beck, 2017, p. 59 et s. H.-H. KÜHNE, *Strafprozessrecht*, 9^e éd., C.F. Müller, 2015, n° 146 et s. ; U. KINDHÄUSER, *Strafprozessrecht*, 3^e éd., Nomos, 2013, p. 59 ; *LR StPO* Einl. Abschn. J. Rn. 58 ; J. BRÜNING, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, Nomos, 2005, p. 27 ; H. HENKEL, *Strafverfahrensrecht*, 2^e éd., Kohlhammer, 1968, p. 147.

³ Loi d'organisation judiciaire allemande (*Gerichtsverfassungsgesetz* ou *GVG*), § 152 al. 1 : « Les enquêteurs du ministère public sont en cette qualité obligés d'exécuter les ordres prescrits par le parquet du ressort ainsi que par leurs supérieurs hiérarchiques » (« Die Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft sind in dieser Eigenschaft verpflichtet, den Anordnungen der Staatsanwaltschaft ihres Bezirks und der dieser vorgesetzten Beamten Folge zu leisten »).

⁴ J. BRÜNING, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, *op. cit.*, p. 27.

⁵ *Ibid.*

⁶ W. BEULKE et S. SWOBODA, *Strafprozessrecht*, *op. cit.*, n° 102.

les opérations demandées¹. La police doit, quoi qu'il en soit, obéir aux directives du parquet².

2. L'intégration de la police au pouvoir exécutif

465. Un statut simple. Le statut de l'organe policier est assez simple en Allemagne. Comme le résumait Werner Beulke et Sabine Swoboda, « la police n'est pas, à la différence du ministère public, soumise au ministère de la Justice mais au ministère de l'Intérieur »³. La police est en effet considérée comme une « branche de l'administration interne » du pays (*Zweig der inneren Verwaltung*)⁴, son organisation relevant du droit des *Länder*⁵. La police se voit confier une double fonction, de prévention et de répression, et ce n'est que lorsqu'elle déploie une activité de répression qu'elle entre en contact avec la justice, *sans que cela n'implique de changement de son statut* autre que l'obligation, pour les enquêteurs, de déférer aux ordres du ministère public⁶. En d'autres termes, le statut de la police allemande se résume tout entier à son affiliation au ministère de l'Intérieur.

Au sein de l'organe policier, certains agents, qui disposent de la qualité d'enquêteur, vont, certes, se voir reconnaître des prérogatives propres à la procédure pénale. Si cela peut mener à des questions de délimitation entre activités de prévention et activités de répression ou à des conflits entre ordre du parquet et exigences internes⁷, le statut de la police ne change pas et reste marqué par l'absence totale de judiciarisation. La place du parquet, aux ordres duquel les enquêteurs doivent obéir, est au surplus très discutée en Allemagne⁸.

466. L'absence de prérogative de direction de la police par le parquet. Le Code de procédure pénale allemand ne comprend aucune disposition, à l'inverse des Codes français et italien, sur une éventuelle direction, notation ou évaluation de la police par le

¹ J. BRÜNING, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, *op. cit.*, p. 27.

² Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 161 al. 1. V. *Meyer-Gößner/Schmitt StPO* § 161 Rn. 11

³ W. BEULKE et S. SWOBODA, *Strafprozessrecht*, *op. cit.*, n° 102 : « Die Polizei ist nicht wie die Staatsanwaltschaft dem Justiz- sondern dem Innenministerium unterstellt ».

⁴ H. HENKEL, *Strafverfahrensrecht*, *op. cit.*, p. 147.

⁵ H.-H. KÜHNE, *Strafprozessrecht*, 9^e éd., C. F. Müller, 2015, n° 146.

⁶ Cette obligation ne s'appliquant naturellement pas en matière de police préventive : V. KREY et M. HEINRICH, *Deutsches Strafverfahrensrecht*, *op. cit.*, n° 299.

⁷ Sur lesquelles v. H.-H. KÜHNE, *Strafprozessrecht*, *op. cit.*, n° 146 et s.

⁸ V. *infra* n° 529.

parquet, indices d'un degré supérieur vers la judiciarisation. La police allemande n'est donc pas judiciarisée, même si elle doit exécuter les ordres reçus du parquet¹. Preuve en est, les différents ouvrages et articles de procédure pénale, lorsqu'ils s'intéressent aux relations entre ministère public et police, mentionnent longuement le statut du ministère public (*Rechtsstellung*) et n'étudient souvent la police que sous l'angle de la possibilité pour le parquet de donner des ordres aux enquêteurs². La police semble ainsi approchée d'un point de vue parquetier et non proprement policier, tant il apparaît acquis que le statut de la police relève du droit public et du ministère de l'Intérieur. D'ailleurs, certains soulignent que l'instauration du ministère public en Allemagne a précisément eu pour objet de tenter de contrôler une police aux mains de l'exécutif³. Reste que la réalité paraît légèrement différente : Heinz-Werner Aping souligne que dans la majorité des procédures, il n'y a aucun contact entre le parquet et la police⁴.

L'organe policier intervenant dans la phase préparatoire allemande n'est donc pas intégré à l'autorité judiciaire et son statut relève tout entier du ministère de l'Intérieur, c'est-à-dire du pouvoir exécutif. Un pas supplémentaire vers la judiciarisation de la police est franchi en même temps que le Rhin.

B. Le paradoxe français

467. L'organisation et le statut de la police française ont déjà été étudiés longuement lors de l'analyse de la diffusion de la contrainte puis de la recherche des différents organes

¹ Loi d'organisation judiciaire allemande (*Gerichtsverfassungsgesetz* ou *GVG*), § 152 al. 1 : « Les enquêteurs du ministère public sont en cette qualité obligés d'exécuter les ordres prescrits par le parquet du ressort ainsi que par leurs supérieurs hiérarchiques » (« Die Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft sind in dieser Eigenschaft verpflichtet, den Anordnungen der Staatsanwaltschaft ihres Bezirks und der dieser vorgesetzten Beamten Folge zu leisten »).

² V. par exemple K. H. GÖSSEL, « Überlegungen über die Stellung der Staatsanwaltschaft im rechtsstaatlichen Strafverfahren und über ihr Verhältnis zur Polizei », *GA* 1980, p. 325 ; F.-M. BINDEL, « Verhältnis Staatsanwaltschaft-Polizei », *DRiz* 1994, p. 165.

³ S. DETTE, « Zur Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft », *DRiz* 2014, p. 213 ; H. HUND, « Das Legalitätsprinzip im Spannungsfeld zwischen den Institutionen "Polizei" und "Staatsanwaltschaft" », dans C. GEISLER (dir.), *Das Ermittlungsverhalten der Polizei und die Einstellungspraxis der Staatsanwaltschaften*, *KrimZ*, 1999, p. 243, spéc. p. 245-247. ; N. SCHLACHETZKI, *Die Polizei – Herrin des Strafverfahrens ?*, Mensch & Buch Verlag, 2002, p. 20 et s.

⁴ H.-W. APING, « Strafverfolgungszwang im Spannungsfeld polizeilicher Aufgabenbewältigung », dans C. GEISLER (dir.), *Das Ermittlungsverhalten der Polizei und die Einstellungspraxis der Staatsanwaltschaften*, *KrimZ*, 1999, p. 107, spéc. p. 120.

de la phase préparatoire. Aussi ne ferons-nous que les rappeler brièvement (1) avant d'étudier son degré de judiciarisation (2).

1. L'organisation de la police judiciaire française

468. Rappel¹. Les différentes forces de police française – à savoir la force civile (police) et la force militaire (gendarmerie) – exercent, comme leurs voisines allemandes et italiennes, une double fonction de prévention et de répression, que l'on désigne classiquement par l'opposition entre police administrative et police judiciaire². Cette terminologie est toutefois impropre car favorisant la confusion entre l'organe et la ou les fonctions qu'il exerce³. En ce sens, la police doit s'entendre non comme une fonction mais comme un organe à part entière.

Lorsque cet organe policier intervient dans le cadre de la phase préparatoire du procès pénal, ses membres disposent de « capacités judiciaires »⁴, impliquant une gradation de pouvoirs : agent de police judiciaire adjoint, agent de police judiciaire et officier de

¹ V. *supra* n° 169.

² Une telle présentation est aujourd'hui ancrée dans la doctrine française : C. AMBROISE-CASTÉROT et P. BONFILS, *Procédure pénale*, 2^e éd., PUF, 2018, n° 306 ; S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, 11^e éd., LexisNexis, 2018, n° 643 ; E. VERNY, *Procédure pénale*, 6^e éd., Dalloz, 2018, n° 35 ; T. GARÉ et C. GINESTET, *Droit pénal. Procédure pénale*, 10^e éd., Dalloz, 2018, n° 4212 ; G. ROUSSEL, *Procédure pénale*, 9^e éd., Vuibert, 2018, n° 447 ; E. VERGÈS, *Procédure pénale*, 5^e éd., LexisNexis, 2017, n° 265 ; B. BOULOC, *Procédure pénale*, 26^e éd., Dalloz, 2017, n° 410 et s. ; J. PRADEL, *Procédure pénale*, 19^e éd., Cujas, 2017, n° 409 ; M.-L. RASSAT, *Procédure pénale*, 3^e éd., Ellipses, 2017, n° 158 ; P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Procédure pénale*, 4^e éd., 2002, n° 265 ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel. Procédure pénale*, 5^e éd., Cujas, 2001, Tome II, n° 237.

³ La police judiciaire est ainsi toujours décrite comme désignant, d'une manière ambivalente, à la fois l'organe et la fonction exercée : v. S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale, op. cit.*, n° 643 ; T. GARÉ et C. GINESTET, *Droit pénal. Procédure pénale, op. cit.*, n° 421 ; G. ROUSSEL, *Procédure pénale, op. cit.*, n° 447 ; E. VERNY, *Procédure pénale, op. cit.*, n° 35 ; J. PRADEL, *Procédure pénale, op. cit.*, n° 409 ; M.-L. RASSAT, *Procédure pénale, op. cit.*, n° 158 ; B. BOULOC, *Procédure pénale, op. cit.*, n° 408 ; C. SOURZAT, *Droit pénal et procédure pénale*, 2^e éd., Larcier, 2016, n° 779 ; F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, 4^e éd., Economica, 2015, n° 857 ; F. FOURMENT, *Procédure pénale*, 14^e éd., Larcier, 2013, n° 105 ; P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Procédure pénale, op. cit.*, n° 254 ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel. Procédure pénale, op. cit.*, Tome II, n° 236. Coralie Ambroise-Castérot et Philippe Bonfils étudient, eux, d'abord la police judiciaire (organes) puis les enquêtes et les actes d'enquête de police (ce qui correspondrait à l'acceptation fonctionnelle de la police judiciaire) : v. C. AMBROISE-CASTÉROT et P. BONFILS, *Procédure pénale, op. cit.*, n° 302 et s. Etienne Vergès, lui, détaille d'abord l'organisation et les missions de la police judiciaire avant de s'intéresser à sa composition : v. E. VERGÈS, *Procédure pénale*, 5^e éd., *op. cit.*, n° 264 et s. Notons enfin que le ministère public, lui aussi, peut parfois désigner aussi bien la fonction que l'organe l'exerçant : v. I. BOUCOBZA, *La fonction juridictionnelle. Contribution à une analyse des débats doctrinaux en France et en Italie*, Dalloz, 2005, n° 98.

⁴ J. BUISSON, *Police, pouvoirs et devoirs*, 2^e éd., Dalloz, 2019, p. 58 et s.

police judiciaire¹. Seul ce dernier peut exercer toutes les prérogatives confiées à la police par le Code. Quoi qu'il en soit, cet organe de police judiciaire n'est que faiblement judiciarisé.

2. La faible judiciarisation de la police judiciaire française

469. L'admission de liens statutaires avec l'autorité judiciaire. Le statut de la police française démontre un degré plus important de judiciarisation que l'Allemagne, tout en restant assez faible. La police judiciaire est en effet placée sous la direction du procureur de la République, sous la surveillance du procureur général et sous le contrôle de la chambre de l'instruction².

L'organe policier est en réalité soumis à deux sortes de contrôle : un contrôle général, sous le patronage du triptyque procureur de la République/procureur général/chambre de l'instruction, et un contrôle plus concret au cours des procédures, qui fait intervenir le procureur de la République, le juge d'instruction ou le juge des libertés et de la détention. Pour le Conseil constitutionnel, la police judiciaire doit être placée sous le contrôle direct et effectif de l'autorité judiciaire afin de respecter l'article 66 de la Constitution faisant de l'autorité judiciaire la gardienne de la liberté individuelle³.

Le contrôle général démontre à la fois une certaine avancée de la police française vers une judiciarisation en même temps que le chemin, conséquent, qu'il reste à parcourir. Les officiers de police judiciaire doivent, pour exercer leurs fonctions, recevoir une habilitation de la part du procureur général⁴. Le procureur général peut suspendre voire retirer l'habilitation⁵ et dispose du pouvoir de notation des officiers de police judiciaire, notation qui sera prise en compte, selon la loi, pour tout avancement⁶. Il exercera de même les poursuites en cas d'infraction commise par un membre de la police judiciaire et pourra toujours saisir la chambre de l'instruction qui, titulaire du pouvoir de « contrôle stricto

¹ Jacques Buisson parle respectivement de « capacité d'attribution rognée », de « capacité d'attribution » et de « capacité de droit commun » : J. BUISSON, *Police, pouvoirs et devoirs*, op. cit., p. 60, 63 et 64.

² Code de procédure pénale français, arts. 12 et 13.

³ Cons. const., 10 mars 2011, n° 2011-625 DC, considérants n° 59 et 60 ; *JORF* du 15 mars 2011.

⁴ Code de procédure pénale français, arts. 16 et R 13 et s.

⁵ Code de procédure pénale français, arts. 16 à 16-3.

⁶ Code de procédure pénale français, art. 19-1.

sensu »¹, peut formuler des observations voire prononcer l'interdiction d'exercice des fonctions de police judiciaire de manière temporaire ou définitive². Notons que la chambre de l'instruction peut être saisie par le parquet, mais aussi par son président voire par le biais d'une saisine d'office à l'occasion de l'examen d'un dossier³. Enfin, les officiers de police judiciaire sont tenus de ne recevoir ou de ne solliciter d'ordre de quiconque d'extérieur à l'autorité judiciaire⁴.

470. Une faible judiciarisation. Certes, d'une manière générale, le contrôle de la police judiciaire par l'autorité judiciaire a été renforcé⁵. Mais la judiciarisation de l'organe policier et son contrôle par le parquet restent perfectibles, comme le rappelle Pierre Lyon-Caen⁶, ne serait-ce que parce que la police demeure rattachée au Ministère de l'Intérieur et que la police judiciaire n'est envisagée que comme une activité du corps policier, qui exerce aussi, et surtout, l'activité de police administrative⁷. La jurisprudence en matière d'information du procureur de la République est, de plus, « ambivalente »⁸. En effet, la Cour de cassation a pu juger que « les officiers de police judiciaire peuvent procéder d'office à des enquêtes préliminaires et que le défaut d'information du procureur de la République est sans effet sur la validité des actes accomplis par ces derniers »⁹. De plus, la prise en compte de la notation pour l'avancement de l'officier concerné semble exceptionnelle¹⁰. S'il existe nombre de contrôles particuliers au cours de la phase préparatoire, ceux-ci ne sont que peu efficaces et l'on a pu parler d'une « direction à la

¹ S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale, op.cit.*, 2018, n° 252 ; G. ROUSSEL, *Rép. pénal Dalloz*, s. v. « Police judiciaire », janvier 2018, n° 431 et s.

² Code de procédure pénale français, art. 227.

³ Code de procédure pénale français, art. 225.

⁴ J. BUISSON, *Jcl. Police judiciaire*, juillet 2016, n° 43.

⁵ La loi du 15 juin 2000 a notamment associé l'autorité judiciaire aux enquêtes internes aux services de police : v. S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale, op.cit.*, n° 254.

⁶ P. LYON-CAEN, « La police judiciaire est-elle réellement soumise à l'autorité judiciaire ? », dans *L'exigence de justice. Mélanges en l'honneur de Robert Badinter*, Dalloz, 2016, p. 567. V. déjà P. LYON-CAEN, « Vers un parquet indépendant ? », *D.* 2013, p. 1359.

⁷ En juin 2018, le rapport du Sénat sur l'état des forces de sécurité intérieure notait « une désaffection croissante, parmi les agents des services, pour les postes à qualification judiciaire », expliquée à la fois par la complexification de la procédure pénale mais aussi par le fait que « la police nationale [a], au cours de la dernière décennie, mis l'accent sur la présence sur la voie publique, au détriment des carrières judiciaires » : M. BOUTANT (prés.) et F. GROSDIDIER (rapp.), *Rapport n° 612 fait au nom de la commission d'enquête relative à l'état des forces de sécurité intérieure*, Sénat, 27 juin 2018, Tome I, p. 91.

⁸ G. ROUSSEL, *Rep. pénal Dalloz*, s. v. « Police judiciaire », janvier 2018, n° 388.

⁹ Cass. crim., 1^{er} décembre 2004, n° 04-80.536, bull. n° 302 ; *Rev. sc. crim.* 2005, p. 375, obs. BUISSON ; *Dr. pén.* 2005, comm. 30 MARON ; *Procédures* 2005, comm. 76 BUISSON ; *Gaz. Pal.* 2 juin 2005, p. 20 note MONNET.

¹⁰ J.-L. NADAL (prés.), *Refonder le ministère public : rapport de la Commission de modernisation de l'action publique*, 2013, p. 77.

marge»¹. Notons toutefois que le Conseil constitutionnel a dernièrement censuré une disposition prévoyant la suppression de l'autorisation du procureur pour les réquisitions policières à tout organisme public, au motif de la méconnaissance de « l'exigence de direction et de contrôle de l'autorité judiciaire »².

471. La conclusion s'impose : « la police judiciaire n'a souvent de "judiciaire" que le nom »³. Une véritable intégration est-elle prévue en Italie ? Le juriste français, passant les Alpes, peut légitimement en avoir l'impression.

§ 2. L'apparence d'intégration de la police italienne à l'autorité judiciaire

472. La lecture de la Constitution italienne, qui affirme que « l'autorité judiciaire dispose directement de la police judiciaire »⁴, pourrait faire croire à intégration de la seconde à la première (A). Mais la réalité du lien entre *polizia* et *magistratura* est plus nuancée (B).

A. La disposition directe de la police judiciaire par l'autorité judiciaire

473. L'organisation de l'intervention de la police italienne dans la phase préparatoire a déjà été détaillée. Aussi ne ferons-nous que la résumer (1) pour davantage détailler son statut (2).

¹ G. ROUSSEL, *Rep. pénal Dalloz*, s. v. « Police judiciaire », janvier 2018, n° 411. V. *supra* n° 22.

² Cons. const., 21 mars 2019, n° 2019-778 DC, considérant 175 ; *JORF* du 24 mars 2019.

³ J. LEBLOIS-HAPPE, « Avis sur la refondation de l'enquête pénale », dans C. LAZERGES (dir.), *Les grands avis de la Commission nationale consultative des droits de l'homme*, Dalloz, 2016, p. 359, spéc. p. 367. V. aussi, parlant d'une « subordination fonctionnelle mais [d'un] rattachement organique limité de la police au ministère public en France », A. PERRODET, *Étude pour un ministère public européen*, LGDJ, 2001, n° 206 et s.

⁴ Constitution italienne (*Costituzione della Repubblica italiana*), art. 109.

1. L'organisation de la police judiciaire italienne

474. Rappel¹. Comme en France ou en Allemagne, les forces de police exercent deux fonctions, de prévention et de répression. Les termes sont similaires à ceux employés par le monde juridique français, puisque l'on parle de *polizia amministrativa* et de *polizia giudiziaria*². En ce sens, la police judiciaire, en Italie, est une fonction attribuée à certains membres des forces de l'ordre³.

Lorsque les forces de police interviennent dans le cadre du procès pénal, leur organisation est semblable à la distinction opérée en France suivant les capacités judiciaires des différents agents. Le Code de procédure pénale italien distingue en effet entre officiers (*ufficiali*) et agents (*agenti*) de police judiciaire⁴. Seuls les premiers pourront par exemple recevoir les plaintes ou procéder à des perquisitions⁵, d'où l'importance de cette distinction en procédure pénale⁶. Dans tous les cas, ces membres de la police judiciaire semblent fortement intégrés à l'autorité judiciaire, ce qui peut étonner le juriste français.

2. L'intégration affichée à l'autorité judiciaire

475. Des liens statutaires précisés avant le nouveau Code. L'article 109 de la Constitution italienne affirme que « l'autorité judiciaire dispose directement de la police judiciaire. On ne pourrait être plus clair. Cela a pourtant mené à de nombreuses modifications au fil de l'histoire récente de la procédure italienne.

Dès 1955, le Code Rocco est modifié pour prévoir que les forces de police ont l'obligation de déférer aux ordres et directives de l'autorité judiciaire et que le procureur

¹ V. *supra* n° 171.

² V. par exemple A. MORGIGNI, *L'attività della polizia giudiziaria*, Giuffrè, 2002, p. 61 et s. ; M. BARGIS *et al.*, *Compendio di procedura penale*, 9^e éd., CEDAM, 2018, p. 77-78 ; P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, 19^e éd., Giuffrè, 2018, p. 126. On peut aussi parler de police de sécurité pour l'opposer à la police judiciaire (v. par ex. O. DOMINIONI *et al.*, *Procedura penale*, 6^e éd., Giappichelli, 2018, p. 126), même s'il apparaît que la police de sécurité est une des subdivisions de la police administrative (A. MORGIGNI, *L'attività della polizia giudiziaria*, *op.cit.*, p. 62).

³ O. DOMINIONI *et al.*, *Procedura penale*, 6^e éd., *op.cit.*, p. 126.

⁴ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), arts. 55 al. 3 et 57.

⁵ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), arts. 333 al. 2, 337 al. 1 et 247 al. 3.

⁶ D. SIRACUSANO *et al.*, *Diritto processuale penale*, Giuffrè, 2018, p. 113 ; M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, 7^e éd., Utet, 2017, p. 163.

général dispose de pouvoirs disciplinaires¹. En 1981, on précise que « les fonctions de police judiciaire sont exercées sous la dépendance et la direction de l'autorité judiciaire »² en même temps qu'est prévue la création de services de police judiciaire spécialisés (*servizi di polizia giudiziaria*) plus en lien avec les bureaux des parquets. Plus généralement, l'Italie des années de plomb est le cadre d'un fort rapprochement et d'une solide coopération entre police et magistrature : la réussite des procédures commandait l'instauration d'équipes d'enquête composées de parquetiers, juges d'instruction et policier. S'est ainsi affirmée, dans la pratique réelle des procédures, cette disposition directe de la police par l'autorité judiciaire déjà prévue par la Constitution³.

476. L'intégration graduée de la police à l'autorité judiciaire depuis 1989. Pour améliorer encore la conformité de la procédure pénale avec la Constitution, le Code de 1989 établit une « triple gradation de la disponibilité de la police judiciaire »⁴ et de ses liens avec l'autorité judiciaire.

Le premier palier est repris de la loi de 1955 et prévoit l'obligation pour tout membre des forces de police d'accomplir les tâches qui lui sont confiées par l'autorité judiciaire.

Le deuxième palier est constitué des services de police judiciaire tels qu'issus de la loi de 1981. Cette loi n'avait, semble-t-il, pas reçu l'application pratique qu'elle méritait⁵. Le nouveau Code renforce le rôle de ces sections en leur retirant de nombreuses compétences en matière de police administrative afin de recentrer leur activité sur le

¹ Code de procédure pénale italien de 1930 (*Codice Rocco*), arts. 220 et 229 modifiés par la loi n° 517 du 18 juin 1955, art. 7.

² Loi n° 121 du 1^{er} avril 1981, art. 17 : « Le funzioni di polizia giudiziaria sono svolte alla dipendenza e sotto la direzione dell'autorità giudiziaria ».

³ G. C. CASELLI et A. SPATARO, « La magistrature italienne durant les années de plomb », dans M. LAZAR et M.-A. MATARD-BONUCCI (dir.), *L'Italie des années de plomb*, Autrement, 2010, p. 372, spéc. p. 375.

⁴ Ministero di grazia e giustizia, *Relazioni al progetto preliminare e al testo definitivo del Codice di procedura penale, delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni e delle norme per l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario al nuovo processo penale ed a quello a carico degli imputati minorenni*, Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana n° 93 du 24 octobre 1988, p. 26. Sur un projet de loi visant à ne réduire la dépendance de la police qu'aux seules sections de police judiciaire, v. A. SCAGLIONE, « I rapporti tra pubblico ministero e polizia giudiziaria », dans *Il rito accusatorio a vent'anni dalla grande riforma. Continuità, fratture, nuovi orizzonti*, Giuffrè, 2012, p. 99.

⁵ Ministero di grazia e giustizia, *Relazioni al progetto preliminare e al testo definitivo del Codice di procedura penale, delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni e delle norme per l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario al nuovo processo penale ed a quello a carico degli imputati minorenni*, Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana n° 93 du 24 octobre 1988, p. 26.

domaine judiciaire¹. Ces services de police judiciaire ne sont contactés par le parquet que par le biais de leur chef de service².

Enfin, le troisième palier est une innovation propre au Code de 1989, lequel généralise en réalité l'expérience faite quelques années auparavant d'introduire, auprès de chaque ministère public, un petit groupe de policiers spécifiquement dédié à l'intervention dans la phase préparatoire du procès pénal. Sont ainsi créées les sections de police judiciaire (*sezioni di polizia giudiziaria*), en lien très étroit avec l'autorité judiciaire. Si les *services* de police judiciaire demeurent gérés par les instances gestionnaires des forces de police correspondantes, les *sections* de police judiciaire, en revanche, sont placées juridiquement et physiquement près le procureur de la République, l'idée étant d'assurer une véritable proximité physique entre parquet et police³. La composition de ces sections est particulièrement réglementée, notamment en matière d'effectifs. Chaque section de police judiciaire est dotée d'un personnel au moins équivalent au double du nombre des magistrats composant le parquet auquel est attachée la section, et au moins les deux tiers de ses membres sont des officiers de police judiciaire⁴. Surtout, ces sections sont gérées directement par le ministère public et aucun de ses membres ne peut être muté ou transféré sans son autorisation⁵. On a pu parler, pour différencier les différents degrés de rapprochement entre police et parquet, de rapport continu (section de police judiciaires), discontinu (services de police judiciaire) et occasionnels (autres membres des forces de police)⁶.

La police italienne, en tout cas en ce qui concerne les sections de police judiciaire, semble donc intégrée à l'autorité judiciaire, réalisant les vœux de l'article 109 de la

¹ Les services de police judiciaire regroupent à partir de 1989 « tous les officiers et unités auxquels est confiée par leur administration respective ou par les organismes prévus par la loi la tâche d'accomplir de manière prioritaire et continue » les fonctions de police judiciaire : Décret législatif n° 271 du 28 juillet 1989 portant normes d'application, de coordination et de transition vers le Code de procédure pénale, art. 12 al. 1 (« ...sono servizi di polizia giudiziaria tutti gli uffici e le unità ai quali è affidato dalle rispettive amministrazioni o dagli organismi previsti dalla legge il compito di svolgere in via prioritaria e continuativa le funzioni indicate nell'articolo 55 del codice »).

² O. DOMINIONI *et al.*, *Procedura penale*, *op.cit.*, p. 126.

³ A. D'IPPOLITO et E. PISANELLO, *Rapporti tra pubblico ministero, polizia giudiziaria e difensore nelle indagini preliminari*, Giuffrè, 2013, p. 11.

⁴ Décret législatif n° 271 du 28 juillet 1989 portant normes d'application, de coordination et de transition vers le Code de procédure pénale, art. 6.

⁵ Décret législatif n° 271 du 28 juillet 1989 portant normes d'application, de coordination et de transition vers le Code de procédure pénale, arts. 10 et 11.

⁶ M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, *op.cit.*, p. 166. V. aussi, parlant plus largement de « subordination fonctionnelle et [de] rattachement organique renforcé de la police au ministère public », A. PERRODET, *Étude pour un ministère public européen*, *op.cit.*, n° 215 et s.

Constitution. C'est d'ailleurs ce modèle des sections de police judiciaire que Marc Robert a pu proposer d'importer en France afin de renforcer les liens entre police et justice¹. Toutefois, l'analyse détaillée des dispositions conduit à nuancer la réalité de cette intégration.

B. La réalité des rapports entre la police judiciaire et l'autorité judiciaire

477. Le système italien aurait donc mis sur pied une police totalement judiciarisée et rattachée à l'autorité judiciaire. Rien n'est moins sûr, tant les rapports peuvent se révéler, au regard de l'historique des dispositions, ambigus (1). En réalité, la police italienne n'est intégrée que d'une manière fonctionnelle à l'autorité judiciaire, restant organiquement rattachée au pouvoir exécutif (2).

1. L'ambiguïté historique des rapports

478. Les nuances de la dépendance : les discussions au sein de la Commission pour la Constitution. Pour mieux comprendre la nature du lien entre police et justice, il faut remonter aux discussions enflammées de 1946-1947 sur la rédaction du fameux article 109 de la Constitution². Au sein de la seconde section de la seconde sous-commission de la Commission pour la Constitution (!), est discutée les 10 et 11 janvier 1947 la place de la police judiciaire vis-à-vis du pouvoir judiciaire. Deux propositions sont mises au vote : celle de Piero Calamandrei prévoyant un article expressément consacré à la police judiciaire qui aurait disposé que « la police judiciaire, qui a pour tâches la prévention, la constatation et la répression des infractions, est placée sous *la dépendance exclusive et*

¹ M. ROBERT, « Les propositions du rapport Léger : point de vue d'un parquetier », *AJ Pénal* 2009, p. 393. V. aussi J.-R. LECERF (J.-R.) et J.-P. MICHEL, *Rapport n° 162 fait au nom de la commission des lois sur l'évolution du régime de l'enquête et de l'instruction*, Sénat, 2010, p. 25.

² Sur lesquels v. synthétiquement V. FALZONE *et al.*, *La Costituzione della Repubblica italiana illustrata con i lavori preparatori*, Colombo, 1948, p. 203-204 ; R. PUGLISI, « I rapporti tra pubblico ministero e polizia giudiziaria », dans F. R. DINACCI (dir.), *Processo penale e Costituzione*, Giuffrè, 2010, p. 111. Pour le détail des travaux préparatoires à l'article 109, v. P. TONINI, *Polizia giudiziaria e magistratura*, Giuffrè, 1979, p. 282 et s. V. aussi le site internet www.nascitacostituzione.it tenu par Fabrizio Calzaretti et permettant de naviguer suivant les articles et sessions de l'Assemblée constituante.

directe de l'autorité judiciaire »¹ ; et celle de Giovanni Leone prévoyant, dans l'article relatif au ministère public, de préciser que « la police est sous la direction du ministère public »².

Les différents membres de la section prennent des positions assez diverses. En particulier, des voix s'élèvent pour s'inquiéter que l'expression « sous la dépendance de » puisse donner l'impression que la police dépend sous tous ses aspects de l'autorité judiciaire (Renzo Laconi, Aldo Bozzi) en même temps que l'on note la justesse de l'expression « autorité judiciaire » (Ferdinando Targetti). Est finalement votée une rédaction mixant les projets de Piero Calamandrei et de Giovanni Leone dans un article unique : « l'autorité judiciaire peut disposer directement de l'activité de la police judiciaire »³.

479. Les discussions au sein de l'Assemblée constituante. Les divergences sur le caractère exclusif ou non de la dépendance de la police judiciaire vis-à-vis de l'autorité judiciaire sont ranimées par les discussions de novembre 1947, au sein cette fois de l'Assemblée constituante elle-même. Plusieurs députés réclament la création d'un corps propre de police judiciaire sous la dépendance exclusive de l'autorité judiciaire⁴. Lorsque le vote a lieu le 26 novembre 1947, deux textes sont proposés. L'un prévoit que « la police judiciaire dépend directement de l'autorité judiciaire »⁵ et a été approuvé en commission ; l'autre, proposé par Giovanni Uberti afin d'éviter le flou de l'expression « dépend », affirme que « l'autorité judiciaire dispose directement de l'activité de la police judiciaire »⁶. C'est finalement ce dernier texte qui est approuvé, sans que l'on explique encore aujourd'hui comment a pu se former une majorité sur ce texte – Paolo Tonini parle de

¹ « La polizia giudiziaria, che ha per compito la prevenzione, l'accertamento e la repressione dei reati, è posta alla dipendenza esclusiva e diretta dell'autorità giudiziaria » : v. www.nascitacostituzione.it.

² « La polizia è sotto la direzione del Pubblico Ministero » : v. www.nascitacostituzione.it.

³ « L'Autorità giudiziaria può disporre direttamente dell'opera della polizia giudiziaria » : v. www.nascitacostituzione.it.

⁴ Il en va ainsi, avec plus ou moins d'intensité rhétorique, d'Angelo Carboni (séance du 7 novembre 1947), de Giovanni Persico (séance du 8 novembre 1947), de Reginaldo Monticelli (séance du 11 novembre 1947), d'Antonio Romano (séance du 11 novembre 1947), de Guido Cortese (séance du 12 novembre 1947), d'Edmondo Caccuri (séance du 112 novembre 1947) ou encore d'Antonino Varvaro (séance du 25 novembre 1947).

⁵ « La polizia giudiziaria dipende direttamente dalla autorità giudiziaria » : v. www.nascitacostituzione.it.

⁶ « L'autorità giudiziaria dispone direttamente dell'opera della polizia giudiziaria » : v. www.nascitacostituzione.it.

« mystère »¹. L'article 109 de la Constitution italienne est donc une disposition de compromis² qui tranche sans rien trancher et introduit une « ambiguïté de fond »³ sur le statut de la police judiciaire.

480. La position de la Cour constitutionnelle. La Cour constitutionnelle, dans un arrêt du 18 juin 1963, a affirmé que l'article 109 implique un rapport de subordination fonctionnelle qui ne saurait être exclusif de rapports de dépendance bureaucratique et disciplinaire vis-à-vis de l'appareil exécutif⁴. En 1971, les juges de la *Consulta* précisent que cette dépendance fonctionnelle ne saurait concerner l'ensemble des forces de police judiciaire mais seulement « un noyau spécifique des forces de police »⁵. Cela n'exclut cependant pas que l'autorité judiciaire puisse utiliser le fruit de l'activité de police judiciaire des autres membres des forces de police – forces qui sont au demeurant toutes tenues d'obéir à l'ordre ou la directive reçue⁶. Se dessine en réalité une intégration seulement fonctionnelle de la police judiciaire italienne à l'autorité judiciaire.

2. L'intégration fonctionnelle de la police judiciaire

481. Une ambiguïté maintenue. Aujourd'hui encore on souligne le flou quelque peu artistique qui entoure le statut exact de la police judiciaire. Oliviero Mazza replace cette incertitude du statut dans un contexte plus large, notamment quant aux incidences que le maintien d'un lien avec le pouvoir exécutif pourrait avoir :

« Il est aisé de relever l'ambiguïté de fond d'une fonction, celle de police judiciaire, servant le pouvoir judiciaire, non attribuée à un organisme propre dépendant de

¹ P. TONINI, *Polizia giudiziaria e magistratura*, *op.cit.*, p. 291 : « Come si sia formata la maggioranza restò e resta un mistero ».

² L'idée d'une disposition de compromis est régulièrement soulignée en doctrine : v. M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, *op.cit.*, p. 160 ; O. DOMINIONI *et al.*, *Procedura penale*, *op.cit.*, p. 127 ; G. MONACO, *Pubblico ministero ed obbligatorietà dell'azione penale*, Giuffrè, 2003, p. 310.

³ R. PUGLISI, « I rapporti tra pubblico ministero e polizia giudiziaria », *op.cit.*, spéc. p. 114.

⁴ Cour constitutionnelle italienne, sentence n° 94 du 18 juin 1963.

⁵ Cour constitutionnelle italienne, sentence n° 122 du 9 juin 1971.

⁶ Cour constitutionnelle italienne, sentence n° 122 du 9 juin 1971 : « L'assoggettamento all'autorità giudiziaria solo di appositi nuclei delle forze di polizia non esclude però che quella possa giovare altresì dell'opera degli appartenenti alla polizia, pur se non facciano parte dei nuclei, essendo tutti tenuti all'obbedienza, tempestiva e diligente, agli ordini dell'autorità stessa, secondo risulta dall'art. 229 c.p.p. che garantisce l'osservanza dell'obbligo stesso con la previsione di apposite sanzioni disciplinari irrogabili dal competente Procuratore generale ».

la magistrature mais au contraire distribuée à tous les membres des forces de l'ordre qui, en tant que tels, sont organiquement dépendants du pouvoir exécutif. Cette ambiguïté est porteuse de potentiels chevauchements des pouvoirs de l'État et susceptible de conséquences profondes quant au respect d'autres principes constitutionnels : l'on pense, par exemple, à la possibilité concrète que la police judiciaire joue un rôle de filtre des infractions dont elle a connaissance [*notizie di reato*] et dont elle devrait informer le ministère public, entraînant un contournement substantiel du principe de légalité des poursuites et de légalité procédurale. »¹

Issue d'un compromis entre les forces politiques présentes à l'Assemblée constituante, l'article 109 de la Constitution prévoit en réalité une dépendance et une intégration fonctionnelle de la police judiciaire au sein de l'autorité judiciaire tout en maintenant une dépendance hiérarchique vis-à-vis des structures administratives d'appartenance, c'est-à-dire le pouvoir exécutif. Le Code de 1989 ne bouleverse pas ce système, prévoyant simplement une gradation de l'intégration fonctionnelle, qui culmine avec les sections de police judiciaire. Preuve de cette intrication des liens entre police, exécutif et judiciaire, l'effectif des sections de police judiciaire – soit les divisions de police étant le plus fortement intégrées à l'autorité judiciaire – est décidé tous les deux ans par un décret du ministre de la Justice pris *en concertation* avec les ministres de l'Intérieur, de la Défense et des Finances et après avoir entendu le procureur général près la Cour d'appel du ressort concerné sur les besoins en effectifs².

482. La consistance de la dépendance fonctionnelle. La situation, finalement assez complexe, de la police judiciaire italienne est résumée en quelques lignes par Aldo Morgigni, pour qui la subordination fonctionnelle de cet organe doit être distinguée de la notion de subordination hiérarchique, qui n'opère pas sur le même plan :

« La subordination hiérarchique, en effet, consiste dans le devoir d'exécuter les ordres venant du sujet qui se trouve dans une position supérieure de responsabilité au sein

¹ O. DOMINIONI *et al.*, *Procedura penale, op.cit.*, p. 127 : « È agevole rilevare l'ambiguità di fondo di una funzione, quella di polizia giudiziaria, ancillare rispetto al potere giudiziario, ma non affidata a un organismo a sé, dipendente dalla magistratura, bensì distribuita in capo a tutti gli appartenenti alle forze dell'ordine, come tali organicamente dipendenti dal potere esecutivo. Ambiguità foriera di potenziali sovrapposizioni fra poteri della Stato e capace di incidere profondamente nel rispetto di altri principi costituzionali: si pensi, ad esempio, alla concreta eventualità che la polizia giudiziaria funga da filtro per le notizie di reato che raccoglie e che dovrebbe poi trasmettere al pubblico ministero, con sostanziale elusione del principio di obbligatorietà nell'azione penale e di legalità processuale ».

² Décret législatif n° 271 du 28 juillet 1989 portant normes d'application, de coordination et de transition vers le Code de procédure pénale, art. 6.

d'un même organe, sur la base d'une échelle verticale qui, à partir du niveau le plus bas des membres des forces de police, remonte jusqu'à l'organe au sommet de l'administration (normalement le ministre compétent). La subordination fonctionnelle, à l'inverse, opère sur un plan différent et oblige chaque membre de la police ayant le statut d'agent ou d'officier de police judiciaire à exécuter l'ordre [...] émanant de l'autorité judiciaire, qui est extérieure à l'organe auquel appartient le sujet qui reçoit la tâche de mettre en œuvre le commandement. La subordination hiérarchique peut donc être représentée comme la séquence verticale des différentes qualifications du premier au dernier des membres des forces de police, tandis que la subordination fonctionnelle peut être vue comme un ensemble de cercles concentriques où les ordres des membres du cercle plus large (autorité judiciaire) lient *tous* les membres des cercles plus étroits (la police judiciaire), quel que soit le niveau de qualification détenu dans leurs systèmes respectifs. »¹

483. La Cour constitutionnelle gardienne de l'article 109. Même si la police italienne ne dépend que fonctionnellement de l'autorité judiciaire, la Cour constitutionnelle veille à ce que l'article 109 soit strictement respecté. Le dernier exemple en date – qui étonnera le juriste français – est la décision n° 229 du 7 novembre 2018². La Cour a en effet annulé une des dispositions d'un décret législatif de 2016 prévoyant que les chefs des différentes polices d'État devaient prendre des instructions spécifiques afin que les différents membres de forces de police fassent remonter à leur hiérarchie les *notizie di reato* (information qu'une infraction a été commise) transmises à l'autorité judiciaire. Le procureur de la République de Bari avait saisi la Cour constitutionnelle d'un conflit d'attributions entre les pouvoirs de l'État (*conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato*)³. Celle-ci a reconnu que le ministère public, parce qu'il fait partie de l'autorité judiciaire, a

¹ A. MORGIGNI, *L'attività della polizia giudiziaria*, *op.cit.*, p. 78-79 : « La previsione di una diretta dipendenza dall'autorità giudiziaria comporta un particolare tipo di subordinazione funzionale che si differenzia dalla subordinazione gerarchica, perché è legata alle funzioni svolte dalla polizia giudiziaria e non alla posizione che i singoli appartenenti ricoprono nella struttura della quale fanno parte. La subordinazione gerarchica, infatti, consiste nel dovere di eseguire gli ordini provenienti dal soggetto che si trova in posizione di responsabilità superiore all'interno del medesimo organo, in base ad una scala verticale che a partire dal livello più basso degli appartenenti alle forze di polizia risale fino all'organo di vertice dell'amministrazione (normalmente il ministro competente). La subordinazione funzionale, invece, opera su un piano diverso e vincola ogni appartenente alle forze di polizia con qualifica di agente o ufficiale di polizia giudiziaria ad eseguire l'ordine (spesso contenuto in un provvedimento motivato) proveniente dall'autorità giudiziaria che è esterna al corpo al quale appartiene il soggetto che riceve il compito di attuare il comando. La subordinazione gerarchica, perciò, può essere immaginata come la sequenza verticale delle varie qualifiche degli appartenenti alle forze di polizia del primo all'ultimo, mentre la subordinazione funzionale può essere immaginata come un insieme di cerchi concentrici dove gli ordini dagli appartenenti al cerchio più ampio (autorità giudiziaria) vincolano tutti gli appartenenti ai cerchi più ristretti (la polizia giudiziaria) prescindendo dal livello delle qualifiche rivestite all'interno dei rispettivi ordinamenti ».

² Cour constitutionnelle italienne, 7 novembre 2018, n° 229.

³ Constitution italienne (*Costituzione della Repubblica italiana*), art. 134.

bien la qualité de pouvoir de l'État compétent à la saisir d'un conflit d'attributions. La Cour a ensuite considéré que la disposition en question empiétait sur les attributions constitutionnelles du procureur de la République qui, selon l'article 109 de la Constitution, dispose en tant que membre de l'autorité judiciaire directement de la police judiciaire :

« Ce rapport de subordination fonctionnelle [entre la police judiciaire et le ministère public], s'il n'entre pas en conflit avec la relation organique de dépendance bureaucratique et disciplinaire de la police judiciaire vis-à-vis du pouvoir exécutif, ne permet en revanche pas que se développent des formes de coordination des enquêtes alternatives à celle menée par le parquet compétent, quand bien même elles seraient justifiées par des exigences légitimes d'information et d'organisation. »¹

La police italienne est donc fonctionnellement intégrée à l'autorité judiciaire même si elle reste organiquement dépendante, pour la carrière et l'avancement, du pouvoir exécutif². Si la police judiciaire italienne est en ce sens la plus proche d'une judiciarisation complète puisqu'une partie d'entre elle dépend fortement de l'autorité judiciaire, son intégration n'est ainsi pas complète et demeure un lien avec les structures administratives d'origine. Toutefois, plusieurs raisons poussent à plaider pour une complète intégration d'un organe de police judiciaire à l'autorité judiciaire.

Section 2

La nécessité de l'intégration d'un organe de police judiciaire à l'autorité judiciaire

484. La comparaison des droits a donné un résultat mitigé. Si elle a confirmé l'absence d'intégration des polices françaises et allemandes à l'autorité judiciaire, elle a infirmé pour partie la première lecture que l'on pouvait avoir du système italien. Si la police judiciaire italienne est à la disposition directe de l'autorité judiciaire avec des sections de

¹ Cour constitutionnelle italienne, 7 novembre 2018, n° 229 : « Tale rapporto di subordinazione funzionale, se non collide con l'organico rapporto di dipendenza burocratica e disciplinare della polizia giudiziaria nei confronti del potere esecutivo, non ammette invece che si sviluppino, foss'anche per legittime esigenze informative ed organizzative, forme di coordinamento investigativo alternative a quello condotto dal pubblico ministero competente ».

² P. TONINI, *Manuale di procedura penale, op.cit.*, p. 127-128. V. aussi A. D'IPPOLITO et E. PISANELLO, *Rapporti tra pubblico ministero, polizia giudiziaria e difensore nelle indagini preliminari, op.cit.*, p. 148.

police judiciaire installées auprès de chaque parquet, l'analyse révèle que disposition directe ne signifie pas intégration totale.

Cette absence de rattachement peut sans doute être expliquée par la place de la police dans chacun de ces systèmes. En effet, la police n'y est la plupart du temps vue que comme le bras droit du ministère public ou du juge dirigeant la phase préparatoire – un organe auxiliaire, en somme¹. Elle n'a de fonction que l'investigation. Toutefois, dans la distribution envisagée, la police judiciaire exercerait de multiples fonctions, qui doivent donc dicter son statut. Apparaît alors la nécessité d'intégrer un organe de police judiciaire à l'autorité judiciaire (§ 1), non sans avoir levé quelques objections (§ 2).

§ 1. La conséquence des fonctions de l'organe de police judiciaire

485. Les fonctions exercées par l'organe devant dicter son statut, quelles sont les fonctions de l'organe de police proposé ? Lorsqu'a été envisagée une distribution des pouvoirs-fonctions entre les différents pouvoirs-organs de la phase préparatoire, la police s'est vue reconnaître la titularité de la fonction d'investigation et sa direction, tant qu'il n'est pas nécessaire de porter atteinte à un droit fondamental (niveaux 1 et 2). En conséquence, l'organe policier serait titulaire de la fonction de protection de la procédure et de décision de mise en mouvement de l'action publique dans tous les cas où il exercerait la direction des investigations. Rappelons qu'en matière de protection de la procédure, l'exercice par la police d'une prérogative portant atteinte aux droits fondamentaux (demande de détention provisoire au juge, par exemple), emporte la prise de direction des investigations par le parquet (*one shot*)².

C'est au regard de ces trois fonctions – investigation (A), protection de la procédure (B) et décision sur l'exercice de l'action publique (C) – qu'il convient de s'interroger sur la nécessité d'une intégration à l'autorité judiciaire.

¹ Ce qualificatif d'auxiliaire se retrouve dans les trois pays étudiés : v. J. PRADEL, *Procédure pénale*, *op.cit.*, n° 408 et s. ; C. ROXIN et B.SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, *op.cit.*, p. 59 (étudiant la police dans un chapitre consacré au ministère public et ses auxiliaires) ; M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, *op.cit.*, p. 160.

² V. *supra* n° 280.

A. La titularité de la fonction d'investigation impose-t-elle l'intégration à l'autorité judiciaire ?

486. Sera dans un premier temps rappelé succinctement le concept de fonction d'investigation (1), puis seront discutées ses conséquences sur la nécessité de l'intégration de la police à l'autorité judiciaire (2).

1. Le concept de fonction d'investigation

487. La définition de la fonction d'investigation¹. L'investigation est un pouvoir-fonction, c'est-à-dire une activité finalisée ayant un objet précisément circonscrit qui lui donne sa spécificité.

Plus précisément, l'investigation a pour objet la base de toute procédure pénale : les faits, c'est-à-dire la modification par un ou plusieurs agents de la réalité tangible. La procédure pénale doit conduire du fait au droit², ou plutôt des faits à leur traduction juridique dans le langage du droit. Pour ce faire, il convient de connaître les faits, de savoir au mieux possible ce qu'il s'est passé, sachant que le film ne peut quoi qu'il en soit pas être rembobiné. La fonction d'investigation peut donc être définie comme l'activité consistant à rechercher, explorer et établir les faits, c'est-à-dire ce qu'il s'est passé, dans une optique médiate ou immédiate de preuve. Il s'agit d'une fonction centrale dans la phase préparatoire du procès pénal, celle de laquelle découlent les autres, y compris la fonction de garantie des droits.

488. La titularité de la police³. Les investigations peuvent être subdivisées en différents niveaux par le croisement de deux critères : leur caractère attentatoire au droit et le secret de leur exécution. La titularité de la police varie, en la matière, suivant l'urgence ou non de la situation.

¹ V. *supra* n° 128.

² M. DELMAS-MARTY (prés.), « Rapport préliminaire sur la mise en état des affaires pénales », dans *La Mise en état des affaires pénales : rapports, Commission justice pénale et droits de l'homme*, La Documentation française, 1990, p. 7, spéc. p. 11.

³ V. *supra* n° 223.

Dans la distribution de principe, la police est la titulaire exclusive des investigations de niveaux 1 (mesures non attentatoires et non secrètes). Tant que les investigations ne supposent pas de porter atteinte aux droit et libertés (niveaux 3 et 4), la police dispose même de la prérogative de direction des investigations, sa compétence s'étendant jusqu'aux investigations de niveau 2 (mesures non attentatoires mais secrètes). Si le niveau 3 est atteint, la police perd en revanche la prérogative de direction des investigations au profit du parquet, seul titulaire des investigations de niveaux 3 et 4. La prise de direction du parquet entraîne limitation de l'organe policier à sa seule compétence exclusive (niveau 1). En d'autres termes, la police perd dans ce cas la titularité de la fonction d'investigation de niveau 2. La police reste quoi qu'il en soit tenue d'obéir aux ordres et directives du parquet une fois que celui-ci a pris la direction des investigations.

En cas d'urgence cependant, l'organe policier peut temporairement se voir reconnaître une titularité de l'ensemble de la fonction d'investigation, niveaux 3 et 4 compris, c'est-à-dire les investigations attentatoires aux droits et libertés et exécutées (niveau 4) ou non (niveau 3) de manière secrète.

Ainsi entendue, la titularité de la police rend-elle nécessaire son intégration à l'autorité judiciaire ?

2. L'étude de la nécessité de l'intégration

489. Un argument de poids. L'investigation est le cœur pratique de la phase préparatoire : c'est elle qui donne la mesure et le rythme à la procédure, elle qui nourrit la décision de mise en mouvement de l'action publique, elle qui alimente les fonctions de protection de la procédure mais aussi de garantie des droits. Pour autant, la conduite des investigations ne semble pas, à première vue, nécessiter l'intégration de l'organe policier à l'autorité judiciaire. Actuellement, aucune des polices judiciaires des pays étudiés, qui effectuent toutes des investigations, ne fait véritablement partie de l'autorité judiciaire. Cependant, les sections de police judiciaire italiennes, les plus proches de l'intégration complète, interrogent. Lorsqu'elles ont été créées en 1989, le législateur expliquait très clairement ses motivations :

« Si l'exigence d'une utilisation de la police judiciaire sans interférences hiérarchiques est atténuée dans un système confiant la formation de la preuve

essentiellement à l'organe juridictionnel (impartial), cette même exigence est en revanche fortement accentuée au regard de la fonction de recherche de la preuve, que l'on a voulu potentialiser. En effet, si le ministère public doit diriger dès le début l'enquête, au besoin en déléguant à la police judiciaire certains actes déterminés, et si l'enquête doit se conclure [...] au plus vite et quoi qu'il en soit dans les délais restreints fixés par la loi, il devient absolument nécessaire que les rapports avec le personnel de la police judiciaire soient caractérisés par une confiance, une fluidité ainsi qu'une continuité maximales et que soit éliminée toute interférence source de retard. Dans la nouvelle procédure, le ministère public sera le chef effectif de la police judiciaire lors des enquêtes préliminaires, mais il ne pourra assumer un tel rôle qu'en ayant la pleine disposition de la police judiciaire elle-même. »¹

Ces lignes sont bien sûr propres au système italien, notamment par la référence implicite à l'imperméabilité de la phase préparatoire et de la phase décisive (recherche de la preuve/formation de la preuve)². Toutefois, ne peut-on pas en tirer des arguments ?

Nous avons pu proposer, afin d'assurer un exercice optimal de toutes les fonctions, d'enserrer l'investigation dans un délai de principe de six mois à un an à partir de la première saisine effective ou théorique du juge garant des droits fondamentaux³. Surtout, la police s'est vue reconnaître non seulement la possibilité d'effectuer des actes sur délégation du parquet mais aussi la possible titularité de la prérogative de direction des investigations. En d'autres termes, l'organe policier aura dans certaines affaires le même rôle que le parquet est censé occuper actuellement dans toutes les procédures. Aussi un rattachement à l'autorité judiciaire d'un véritable organe de police judiciaire permettrait, en coupant le lien avec l'administration, une concentration de cet organe sur la seule et unique activité procédurale, sans interférence – dommageable, au vu du délai de procédure – administrative ou bureaucratique. De plus, il serait assez difficile d'expliquer pourquoi

¹ Ministero di grazia e giustizia, *Relazioni al progetto preliminare e al testo definitivo del Codice di procedura penale, delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni e delle norme per l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario al nuovo processo penale ed a quello a carico degli imputati minorenni*, Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana n° 93 du 24 octobre 1988, p. 25 : « Ora, se l'esigenza dell'utilizzazione di una polizia giudiziaria priva di interferenze gerarchiche resta attenuata in un contesto che assegna la formazione della prova prevalentemente all'organo giurisdizionale (imparziale), la stessa esigenza viene invece ad essere fortemente accentuata in relazione alla funzione di ricerca delle prova, che si è voluta potenziare. Infatti, se il pubblico ministero deve dirigere fin dal primo momento l'indagine, all'uopo delegando alla polizia singole attività, e se l'indagine deve concludersi, almeno agli effetti di formulare l'imputazione, al più presto e comunque entro i termini ristretti fissati dalla legge, diviene assolutamente necessario che i rapporti con il personale della polizia giudiziaria siano caratterizzati dalla massima fiducia, snellezza, continuità e che sia eliminata ogni interferenza ritardatrice. Nel nuovo processo il pubblico ministero durante le indagini preliminari sarà il capo effettivo della polizia giudiziaria, ma tale ruolo egli non potrà convenientemente assumere se non avrà piena disponibilità della polizia giudiziaria stessa ».

² V. *supra* n° 127.

³ Par exception et pour des infractions spécialement énumérées, le délai maximal pourrait être porté à trois années : v. *supra* n° 444 et s.

deux organes titulaires d'une même fonction seraient l'un membre de l'autorité judiciaire, l'autre membre de l'administration.

490. Un argument insuffisant. La titularité policière de la fonction d'investigation pourrait donc rendre nécessaire le rattachement d'un organe de police judiciaire à l'autorité judiciaire pour permettre une concentration sur les activités procédurales mais aussi au regard de la similarité de fonctions avec le ministère public. Cela permettrait au surplus une meilleure coopération et une plus grande confiance entre ces deux organes chargés d'une même fonction, l'investigation¹. Cependant, à ce stade de la réflexion, une intégration seulement fonctionnelle à l'italienne, c'est-à-dire une dépendance fonctionnelle totale sans rompre le lien avec l'administration policière, pourrait sans doute suffire puisqu'elle permettrait alors une concentration sur l'activité procédurale. Si la police ne fait qu'enquêter, certains de ces membres doivent pouvoir se concentrer sur cette activité d'investigation, ce que permettrait une transposition du modèle italien, sans pour autant que cela impose l'intégration de la police judiciaire à l'autorité judiciaire. C'est dire que la titularité de la fonction d'investigation ne suffit pas à elle seule à justifier le rattachement à l'autorité judiciaire. En irait-il autrement de la titularité de la fonction de protection de la procédure ?

B. La titularité de la fonction de protection de la procédure impose-t-elle le rattachement à l'autorité judiciaire ?

491. Sera d'abord brièvement rappelé le concept de fonction de protection de la procédure (1), puis seront discutées ses conséquences sur la nécessité de l'intégration de la police à l'autorité judiciaire (2).

¹ J. PRADEL, « De la réforme de l'instruction préparatoire », *D.* 1989, chron., p. 100.

1. Le concept de fonction de protection de la procédure

492. La définition de la fonction de protection de la procédure¹. Le pouvoir-fonction de protection de la procédure a pour objet, comme son nom l'indique, la procédure pénale elle-même. Plus précisément, le droit doit organiser une procédure pénale efficace, permettant l'application et la réalisation exactes du droit pénal matériel. Il s'agit donc d'assurer la tranquillité de la procédure par la prise de mesures de protection comme le contrôle judiciaire, les saisies conservatoires, la garde à vue ou encore la détention provisoire. La fonction de protection de la procédure a ainsi été définie comme l'activité visant à assurer la bonne marche et l'efficacité de la procédure – la procédure étant entendue comme une suite d'actes ambitionnant de passer du fait au droit et de réaliser complètement ce dernier. Une telle fonction est absolument cruciale puisque participant de l'idée même de justice.

493. La titularité de la police². Pour que la fonction de protection de la procédure soit déployée, la procédure doit être en danger, c'est-à-dire que le chemin du fait au droit que l'on souhaite emprunter soit déjà ou sur le point d'être obstrué par un obstacle indésirable. Or le principal moteur du véhicule procédural reste l'investigation. Un tel danger pour l'investigation ne peut toutefois apparaître qu'à l'organe qui dispose d'une vue d'ensemble des recherches menées. Aussi la fonction de protection de la procédure a-t-elle été distribuée au regard de la prérogative de direction des investigations, pondérée naturellement par la prise en compte du caractère attentatoire de l'immense majorité des prérogatives attachées à la protection de la procédure. Ici encore, la titularité de la police varie suivant l'urgence ou non de la situation.

Dans la distribution de principe proposée, la police est titulaire de la fonction de protection de la procédure tant qu'elle reste directrice des investigations. Toutefois, si la mesure de protection envisagée par la police est attentatoire, elle devra saisir le juge qui, une fois la mesure autorisée ou non, renverra le dossier au ministère public, nouveau directeur des investigations. Il s'agirait donc, pour la police, d'un *one shot*.

¹ V. *supra* n° 134 et s.

² V. *supra* n° 280 et s.

En cas d'urgence, la police sera titulaire de la fonction de protection de la procédure même si elle ne dirige pas ou plus les investigations. L'urgence impliquant, hors détention provisoire, l'intervention *a posteriori* et non plus *a priori* du juge garant des droits et libertés, la police pourra prendre seule, même si elle ne dirige pas ou plus les investigations, une mesure de précaution de la procédure attentatoire aux droits. Toutefois, le mécanisme du *one shot* demeurera : le juge, saisi *a posteriori*, confirmera ou infirmera la mesure puis renverra le dossier au ministère public, ce dernier prenant, le cas échéant, la direction des investigations.

Ainsi entendue, la titularité de la police nécessite-t-elle son intégration à l'autorité judiciaire ?

2. L'étude de la nécessité de l'intégration

494. Un argument supplémentaire. L'importance de la fonction de protection de la procédure est suggérée par l'énoncé même de sa définition. Par son exercice, l'organe cherche à favoriser l'aboutissement serein de toute procédure. Il s'agit ici d'une exigence de justice, tant il serait difficilement admissible que le déroulement d'une phase préparatoire soit mis à mal par des considérations extérieures ou, à l'inverse, que la procédure en cours provoque des remous propres à troubler fortement la société, empêchant en retour son déroulement serein.

Un tel rôle renforce un peu plus la conviction de la nécessité d'intégrer l'organe de police judiciaire à l'autorité judiciaire. Il en va en effet de la séparation même des pouvoirs, au sens constitutionnel du terme. Si la police n'était pas rattachée à l'autorité judiciaire, la distribution proposée aurait pour conséquence de reconnaître au pouvoir exécutif, et plus exactement à l'administration, la titularité de la fonction de protection de la procédure pénale ! Autant reconnaître au ministre de l'Intérieur le droit de demander le placement en détention provisoire à un juge.

La question de la séparation des pouvoirs est d'ailleurs invoquée par les auteurs italiens pour justifier la disposition directe de la police judiciaire à l'autorité judiciaire¹.

¹ R. PUGLISI, « I rapporti tra pubblico ministero e polizia giudiziaria », *op.cit.*, spéc. p. 112.

Aldo Morigigni note que ce principe « eut été vidé de sa substance si l'*exécution* de toute mesure judiciaire avait été confiée au pouvoir exécutif dont dépendent hiérarchiquement les forces de police des différentes administrations »¹. L'accent est ici mis sur le fait qu'en Italie, la police doit être intégrée le plus possible à l'autorité judiciaire puisqu'elle exécute les décisions. Mais dans le cas de la distribution que nous proposons, l'organe policier se verrait reconnaître une véritable titularité de la fonction de protection de la procédure. La police ne se contenterait donc plus d'exécuter les décisions prises par l'autorité judiciaire – ce qui, déjà, pousse à plaider pour une intégration à l'autorité judiciaire – mais *déciderait* de mesures de protection de la procédure. En cas d'urgence, elle pourrait même décider et exécuter d'initiative des mesures attentatoires aux droits et libertés. L'argument de la séparation des pouvoirs s'impose alors avec encore plus de force qu'en Italie.

495. Début de nécessité d'une intégration complète. La fonction de protection de la procédure reconnue à la police implique, en quelque sorte pour la protection de la procédure elle-même (qui serait troublée par l'immixtion extrêmement puissante du pouvoir exécutif), que l'organe policier intervenant dans la phase préparatoire soit rattaché à l'autorité judiciaire. Cette exigence est définitivement renforcée et acquise lorsque l'on considère la titularité de la police de la fonction de décision de mise en mouvement de l'action publique.

¹ A. MORGIGNI, *L'attività della polizia giudiziaria*, *op.cit.*, p. 78 : « Il principio di divisione dei poteri sarebbe stato sostanzialmente vanificato se ogni provvedimento dell'autorità giudiziaria fosse stato affidato per l'*attuazione* al potere esecutivo, alle cui dipendenze gerarchiche operano le forze di polizia giudiziaria nelle varie amministrazioni » (nous soulignons).

C. La titularité de la fonction de décision de mise en mouvement de l'action publique impose-t-elle le rattachement à l'autorité judiciaire ?

496. Sera d'abord rappelé brièvement le concept de fonction de décision de mise en mouvement de l'action publique (1), puis seront discutées ses conséquences sur la nécessité de l'intégration de la police à l'autorité judiciaire (2).

1. Le concept de fonction de décision de mise en mouvement de l'action publique

497. La définition de la fonction de décision de mise en mouvement de l'action publique¹. La fonction de décision de mise en mouvement de l'action publique a naturellement pour objet l'action publique. Celle-ci a été définie, au-delà de l'article premier du Code de procédure pénale, comme la possibilité juridiquement reconnue de s'adresser à un organe détenteur de la juridiction pénale pour qu'il tranche en droit une prétention émanant du droit de punir. La décision de faire usage ou non de cette possibilité est le propre de la fonction de mise en mouvement de l'action publique, qui marque le basculement de la phase préparatoire à la phase décisive.

498. La titularité de la police². La fonction de décision de mise en mouvement de l'action publique suppose d'avoir suffisamment d'élément d'appréciation pour savoir si le pouvoir de punir de l'État doit être exercé. Ce pouvoir s'exerçant au regard de faits réputés commis, la connaissance des faits – donc l'investigation – est encore une fois capitale. La fonction de décision de mise en mouvement de l'action publique a donc été distribuée au regard de la prérogative de direction des investigations. En ce sens, la police décidera de mettre ou non en mouvement l'action publique lorsque les enquêtes menées par elle n'auront nécessité ni d'actes portant atteinte aux droits et libertés, ni de mesures de protection de la procédure portant atteinte à ces mêmes droits. Cette titularité n'est pas

¹ V. *supra* n° 130 et s.

² V. *supra* n° 254 et s.

affectée par l'urgence de la situation, celle-ci ne jouant que sur les fonctions d'investigation, de protection de la procédure et de garantie des droits et libertés.

Ainsi entendue, la titularité de la police implique-t-elle la nécessité de son intégration à l'autorité judiciaire ?

2. L'étude de la nécessité de l'intégration

499. Recherche des liens entre mise en mouvement de l'action publique et autorité judiciaire. La titularité de la fonction de décision sur l'exercice de l'action publique impose-t-elle le rattachement à l'autorité judiciaire ? Pour répondre à cette question, il convient sans doute, au vu de l'absence actuelle de titularité de la police concernant cette fonction, de raisonner par analogie avec le ministère public qui se voit confier en France une telle fonction et qui appartient, aux yeux du Conseil, à l'autorité judiciaire¹. En d'autres termes, si *d'autres organes* – les droits des personnes privées sont, on l'a dit, inopérants dans notre réflexion² – que le ministère public se voient reconnaître la titularité du pouvoir-fonction de décision de mise en mouvement de l'action publique, et si ces autres organes ne sont pas membres de l'autorité judiciaire, alors la nécessité du rattachement de la police judiciaire perdrait de sa force. Dans le cas contraire, l'on disposerait d'un argument supplémentaire en faveur d'un organe de police judiciaire, puisque l'on pourrait en déduire que cette fonction de mise en mouvement de l'action publique ressort du domaine de l'autorité judiciaire.

Le Code de procédure pénale est formel : « l'action publique pour l'application des peines est mise en mouvement et exercée par les magistrats ou par les fonctionnaires auxquels elle est confiée par la loi »³. Il est donc admis que des fonctionnaires non membres

¹ Cons. const., 11 août 1993, n° 93-326 DC, considérant n° 5 ; *JORF* du 15 août 1993 ; Cons. const., 22 avril 1997, n° 97-389 DC, considérant n° 61 ; *JORF* du 25 avril 1997 ; Cons. const., 29 août 2002, n° 2002-461 DC, considérant n° 74 ; *JORF* du 10 septembre 2002 ; Cons. const., 20 novembre 2003, n° 2003-484 DC, considérant n° 75 ; *JORF* du 27 novembre 2003 ; Cons. const., 2 mars 2004, n° 2004-492 DC, considérant n° 98 ; *JORF* du 10 mars 2004 ; Cons. const., 30 juillet 2010, n° 2010-14/22 QPC, considérant n° 26 ; *JORF* du 31 juillet 2010 ; Cons. const., 17 décembre 2010, n° 2010-80 QPC, considérant n° 11 ; *JORF* du 19 décembre 2010 ; Cons. const., 6 mai 2011, n° 2011-125 QPC, considérant n° 8 ; *JORF* du 7 mai 2011 ; Cons. const., 22 juillet 2016, n° 2016-555 QPC, considérant n° 10 ; *JORF* du 24 juillet 2016 ; Cons. const., 8 décembre 2017, n° 2017-680 QPC, considérant n° 6 ; *JORF* du 9 décembre 2017.

² V. *supra* n° 28 et s.

³ Code de procédure pénale français, art. 1 al. 1.

de l'autorité judiciaire puissent décider de mettre en mouvement l'action publique. Pour Serge Guinchard et Jacques Buisson, de tels fonctionnaires doivent être considérés comme des « substituts extérieurs [...] investis par la loi d'un droit d'action publique limité à quelques infractions limitativement énumérées *n'entamant pas la compétence de droit commun du procureur de la République* »¹. Jean Pradel souligne, lui, la diversité de régime de l'action publique exercée par des fonctionnaires spécialisés et, surtout, sa « *nature différente* de celle qu'exerce le ministère public »². D'une manière plus générale, la doctrine s'accorde à souligner la faible importance de ce pouvoir reconnu à certaines administrations qui concerne des domaines très spécifiques (eaux et forêt, conservation des voies publiques et certaines hypothèses douanières et fiscales), parlant de simple « dérogation »³, rappelant que le ministère public conserve toujours son droit d'agir⁴, relevant qu'il s'agit « de régimes juridiques et d'administrations très spécialisées »⁵ ou encore de « cas particuliers »⁶, voire d'une « action administrative »⁷. Philippe Conte et Patrick Maistre du Chambon reconnaissent cependant que « les administrations désignées par la loi ont un rôle important »⁸.

La présence de titulaires extérieurs à l'autorité judiciaire pourrait faire conclure à l'absence de nécessité d'une intégration de l'organe policier à l'autorité judiciaire du seul fait qu'il est titulaire de la fonction de décision de mise en mouvement de l'action publique. Il n'en demeure pas moins que ces différentes administrations n'ont compétence à décider de l'exercice de l'action publique que pour « des infractions qui les intéressent »⁹ et non pour toute infraction de manière générale, comme ce que nous proposons pour la police judiciaire¹⁰.

¹ S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale, op.cit.*, n° 1155 (nous soulignons).

² J. PRADEL, *Procédure pénale, op.cit.*, n° 275 (nous soulignons). V. aussi, parlant de « caractère original » : R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel : procédure pénale, op.cit.*, n° 33.

³ C. AMBROISE-CASTÉROT et P. BONFILS, *Procédure pénale, op.cit.*, 2018, n° 88.

⁴ G. ROUSSEL, *Procédure pénale, op.cit.*, n° 204.

⁵ F. FOURMENT, *Procédure pénale, op.cit.*, n° 301.

⁶ E. DREYER et O. MOUYSSSET, *Procédure pénale*, 2^e éd., LGDJ, 2019, n° 69.

⁷ M.-L. RASSAT, *Procédure pénale, op.cit.*, n° 200.

⁸ P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Procédure pénale, op.cit.*, n° 175.

⁹ J. PRADEL, *Procédure pénale, op.cit.*, n° 276.

¹⁰ La titularité de la police dépend en effet non du type d'infraction mais de la direction des investigations, dépendant elle-même des atteintes aux droits et libertés rendues nécessaires au cours de la phase préparatoire. La police pourrait donc décider de mettre en mouvement l'action publique pour n'importe quelle infraction, même les plus « graves ».

En réalité, on pourrait estimer que derrière ces administrations et fonctionnaires particuliers visés par l'article 2 du Code se cache une figure de victime¹. Lorsqu'est attribuée à l'administration des Ponts et Chaussées la fonction de décider sur l'exercice de l'action publique pour les infractions à la police de la conservation du domaine public routier, n'est-ce pas, quelque part, reconnaître ici un droit d'action à l'administration victime²? Tirer de l'attribution de la décision de mise en mouvement de l'action publique à certaines administrations, pour des infractions les affectant et limitativement énumérées, un argument en faveur ou en défaveur du rattachement de la police judiciaire à l'autorité judiciaire est assez difficile.

En réalité, la question est relative à l'organisation de l'État. Les attributions du ministre de l'Intérieur sont précisément circonscrites :

«Le ministre de l'intérieur [...] prépare et met en œuvre la politique du Gouvernement en matière de sécurité intérieure, de libertés publiques, d'administration territoriale de l'État, d'immigration, d'asile et de sécurité routière. Sans préjudice des attributions du ministre d'État, garde des sceaux, ministre de la justice, il prépare et met en œuvre, dans la limite de ses attributions, la politique du Gouvernement en matière d'accès à la nationalité française. Sans préjudice des attributions du ministre de l'Europe et des affaires étrangères, il est chargé de l'organisation des scrutins. Il est, en outre, chargé de coordonner les actions de lutte contre les trafics de stupéfiants. Il préside, par délégation du Premier ministre, le comité interministériel de prévention de la délinquance et de la radicalisation. À ce titre, il prépare la politique gouvernementale en matière de prévention de la délinquance et de la radicalisation et veille à sa mise en œuvre.»³

La décision sur l'exercice de l'action publique ne saurait rentrer dans l'une de ces attributions, pas même la prévention de la délinquance qui concerne par hypothèse des situations où aucune action publique n'est encore née puisqu'il s'agit de prévenir un fait infractionnel non encore commis. L'organe de police judiciaire auquel nous proposons de confier la fonction de décision sur l'exercice de l'action publique pour toutes les infractions quelles qu'elles soient et dont l'élucidation n'a nécessité aucun acte attentatoire aux droits fondamentaux ne peut donc pas relever du ministère de l'Intérieur. Bien plus, exerçant une fonction générale de décision sur l'exercice de l'action publique au même titre que le parquet, il doit être intégré à l'autorité judiciaire puisqu'il y participe d'une manière

¹ J. PRADEL, *Procédure pénale*, op.cit., n° 281.

² Code de la voirie routière, art. L116-4.

³ Décret n° 2017-1070 du 24 mai 2017 relatif aux attributions du ministre d'État, ministre de l'Intérieur, art. 1 (dernièrement modifié par le décret n° 2018-912 du 24 octobre 2018).

décisive – la décision sur l'exercice de l'action publique permettant de moduler « l'input de la justice pénale »¹. Il en va, ici encore, de la séparation des pouvoirs, et l'on pourrait transposer nos développements précédents². La décision de mise en mouvement de l'action publique est une activité naturellement judiciaire, qui doit donc être attribuée à des organes relevant de l'autorité du même nom. *La fonction devant dicter le statut, et la police étant titulaire de la fonction de décision de mise en mouvement de l'action publique, il doit être intégré à l'autorité judiciaire un véritable organe de police judiciaire.*

Au demeurant, signalons que le ministère public italien, membre de l'autorité judiciaire, dispose du monopole de la décision sur l'exercice de l'action publique³, tandis que si le ministère public allemand, qui dispose lui aussi d'un tel monopole⁴, n'est pas unanimement rangé parmi les membres de l'autorité judiciaire – notion au demeurant difficilement transposable en Allemagne – l'on s'accorde à dire de lui qu'il est un organe autonome de l'administration de la justice (*ein selbständiges Organ der Rechtspflege*)⁵.

500. Nécessité de l'intégration de la police à l'autorité judiciaire au regard des fonctions exercées. L'organe de police judiciaire, à partir du moment où lui sont reconnus des pouvoirs-fonctions relevant pleinement de la justice, en particulier la titularité de la fonction de décision de mise en mouvement de l'action publique, doit être intégré à l'autorité judiciaire. Il en va de la séparation des pouvoirs. Toutefois, rappelons qu'il s'agit ici d'étudier et de se prononcer pour un rattachement de l'organe policier à l'autorité

¹ C. GUARNIERI, *Pubblico ministero e sistema politico*, CEDAM, 1984, p. 1.

² V. *supra* n° 494.

³ Décret législatif n° 271 du 28 juillet 1989 portant normes d'application, de coordination et de transition vers le Code de procédure pénale, art. 231 : « Sont abrogés les dispositions de toute loi ou décret prévoyant l'exercice de l'action publique par des organes autres que le ministère public » (« Sono abrogate le disposizioni di leggi o decreti che prevedono l'esercizio dell'azione penale da parte di organi diversi dal pubblico ministero »). Sur le statut du ministère public italien, v. *infra* n° 531 et s.

⁴ Code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung* ou *StPO*), § 152 al. 1.

⁵ L'expression serait due à E. SCHMIDT, *Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, 2^e éd., Vandenhoeck & Ruprecht, 1964, Tome I, n° 96. Elle est aujourd'hui massivement reprise par la doctrine : v. par exemple V. KREY et H. MANFELD, *Deutsches Strafverfahrensrecht*, 2^e éd., Kohlhammer, 2018, n° 235 ; C. ROXIN et B. SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, V. KREY et H. MANFELD, *Deutsches Strafverfahrensrecht*, 2^e éd., Kohlhammer, 2018, n° 235, p. 56 ; H.-H. KÜHNE, *Strafprozessrecht*, V. KREY et H. MANFELD, *Deutsches Strafverfahrensrecht*, 2^e éd., Kohlhammer, 2018, n° 235, n° 130 ; W. BEULKE et S. SWOBODA, *Strafprozessrecht*, V. KREY et H. MANFELD, *Deutsches Strafverfahrensrecht*, 2^e éd., Kohlhammer, 2018, n° 235, n° 88 ; C. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, 25^e éd., C.H. Beck, 1998, p. 52 ; G. PFEIFFER, « Die Anklage », dans *Festschrift für Günter Bemann*, Nomos, 1997, p. 582 ; G. PRECHTEL, *Das Verhältnis der Staatsanwaltschaft zum Ermittlungsrichter. Eine kritische Betrachtung der Mitwirkung des Richters im Ermittlungsverfahren, insbesondere zur Bedeutung des § 162 StPO*, VVF, 1995, p. 54. Sur le statut du ministère public allemand, v. *infra* n° 522 et s.

judiciaire sans considération, pour l'instant, du statut qui doit être reconnu aux différents organes de l'autorité judiciaire. En d'autres termes, devrait être créé au sein de l'autorité judiciaire un véritable organe de police judiciaire, composés de membres n'ayant plus de lien avec le ministère de l'Intérieur. Les besoins statutaires de cette autorité judiciaire nouvellement composée restent à établir¹. Il convient entretemps de lever certaines objections que l'intégration de la police pourrait faire naître.

§ 2. Le dépassement des objections

501. L'idée d'une intégration d'un organe de police judiciaire à l'autorité judiciaire est propre à soulever de vives critiques et se heurte à un refus constant². La plus importante concerne le lien indissoluble qui lierait police administrative et police judiciaire (A) et qui ruinerait toute possibilité d'une intégration d'un organe policier à l'autorité judiciaire. D'autres, en vérité moins décisives, invoquent successivement les écus et le peuple, le budget et la démocratie (B).

A. L'objection tenant au lien indissoluble entre police administrative et police judiciaire

502. Cette objection, de taille, doit d'abord être exposée (1) avant d'être éprouvée afin d'en vérifier la solidité (2).

1. L'énoncé de l'objection

503. Une double activité. La police, que ce soit en France, en Allemagne ou en Italie, exerce en tant qu'organe une double activité, une activité préventive de police administrative et une activité répressive de police judiciaire. Cette présentation est

¹ V. *infra* n° 513 et s.

² Constat fait par J.-J. GLEIZAL, « Le juge et le policier », *Pouvoirs* 2002, n° 102, p. 87. V. aussi C. GIUDICELLI, « Regard croisés sur la direction de l'enquête dans les procédures pénales », *AJ Pénal* 2008, p. 439.

commune aux trois pays¹, qui emploient d'ailleurs le même vocabulaire de double-fonction ou de «dédoulement fonctionnel»² (*Doppelfunktion, duplice funzione*). Rappelons cependant qu'il conviendrait de voir dans la police judiciaire bien plus qu'une fonction (activité) : un véritable organe (élément organisé de l'appareil étatique participant de manière cohérente à la structure d'une institution plus large). Roger Merle et André Vitu notent d'ailleurs la polysémie du terme police judiciaire³.

504. Une séparation impossible. Quoi qu'il en soit, l'argument visant à réfuter toute possibilité d'intégration d'un organe de police judiciaire à l'autorité judiciaire se résume à dire que l'activité répressive de la police ne peut pas être envisagée en dehors de son activité préventive. Jean-Pierre Dintilhac affirme ainsi que « de nombreux policiers et gendarmes peuvent exercer à la fois des fonctions de police judiciaire et participer à des missions de sécurité publique »⁴. Les frontières entre police administrative et police judiciaire étant floues⁵, et cette perméabilité grandissant avec la lutte contre le terrorisme⁶,

¹ En France, on distingue entre police administrative et police judiciaire, selon une présentation aujourd'hui traditionnelle : v. les auteurs cités en note 2 p. 502. En Allemagne, on parle de fonction de prévention des dangers (*Gefahrenabwehr*) et de fonction de répression pénale (*Strafverfolgung*), selon une présentation assez répandue : v. les auteurs cités en note 2 p. 499. En Italie, on emploie des termes similaires à la distinction française, puisque l'on identifie une *polizia giudiziaria* et une *polizia amministrativa* : v. les auteurs cités en note 2 p. 506.

² V. par exemple M. DELMAS-MARTY (prés.), « Rapport final sur la mise en état des affaires pénales », *op. cit.*, p. 105, spéc. p. 164.

³ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel : procédure pénale*, *op. cit.*, n° 236 et s. Cette ambivalence du terme de police judiciaire est soulignée par la majorité des auteurs : v. les références citées en note 3 p. 502.

⁴ J.-P. DINTILHAC, « Le contrôle du parquet sur la police judiciaire », *Archives de politique criminelle* 2011/1 (n° 33), p. 29.

⁵ V. sur ce point, parlant même d'une distinction dépassée, R. PARIZOT, « La distinction entre police administrative et police judiciaire est-elle dépassée ? », dans M. TOUILLER (dir.), *Le code de la sécurité intérieure, artisan d'un nouvel ordre ou semeur de désordre ?*, Dalloz, 2017, p. 133. V. aussi H. MATSOPOULOU, « Le critère de la distinction entre la police administrative et la police judiciaire », *Lexbase* 2018, n° N2236BX4. V. déjà H. MATSOPOULOU, *Les enquêtes de police*, LGDJ, 1996, n° 29 et s. Pour une comparaison franco-allemande concluant au même degré d'incertitude de part et d'autre du Rhin, J. WALTHER, « Les pouvoirs d'enquête de la police aux confins du droit pénal. Entre "polices administratives" et administrations "quasi-policieres" », dans J. LEBLOIS-HAPPE (dir.), *Les investigations policières. Die polizeilichen Ermittlungen*, PUAM, 2012, p.65, spéc. p. 68 et s.

⁶ La lutte contre le terrorisme a en effet eu un impact certain sur les frontières, déjà floues, des deux polices : v., sur la question du renseignement, R. PARIZOT, « Surveiller et prévenir... à quel prix ? Loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement », *JCP G* 2015, doct. 1077. Sur ce texte, v. aussi M. TOUILLER, « La loi sur le renseignement traduit-elle l'émergence d'une procédure "para-pénale" ? », dans M. TOUILLER (dir.), *Le code de la sécurité intérieure, artisan d'un nouvel ordre ou semeur de désordre ?*, Dalloz, 2017, p. 159, spéc. p. 171. V. aussi, en matière de perquisition et de visites, F. FOURMENT, « La visite de sécurité intérieure, substitut de la perquisition pénale », *Gaz. Pal.* 23 janvier 2018, p. 82. La critique a même été faite que le terrorisme « dénaturerait » la police administrative elle-même, qui en viendrait à être utilisée pour régir les comportements : M. CHAMBON, « Une redéfinition de la police administrative », dans J. ALIX et O. CAHN (dir.), *L'hypothèse de la guerre contre le terrorisme*, Dalloz, 2017, p. 133. V. aussi, au sujet de la loi du 28 février 2017, T. HERRAN, « L'impact de la loi relative à la sécurité publique sur la distinction entre la police judiciaire et la police administrative », *AJ Pénal* 2017, p. 427.

la séparation des deux polices mènerait à une impasse. La Commission de modernisation de l'action publique s'est, elle aussi, interrogée sur le rattachement de la police judiciaire mais l'écarte dans des termes non équivoques :

« Ces unités accomplissent à la fois des missions de police administrative et des missions de police judiciaire, les premières débouchant fréquemment sur les secondes. Outre qu'une séparation des unités de sécurité quotidienne et des unités d'investigation et de recherche nuirait à la circulation naturelle de l'information entre ces services, la Commission estime que l'interpénétration des missions de police judiciaire et de police administrative rend impossible le rattachement complet à l'autorité judiciaire de l'ensemble des agents qui sont appelés à exercer une mission de police judiciaire. »¹

On retrouve le même type d'argument en Allemagne où, face aux quelques auteurs se prononçant pour un pseudo-rattachement à l'italienne², la doctrine avance que l'on ne saurait distinguer clairement entre activité de prévention et activité de répression de la police, l'une alimentant l'autre³ – d'autant que la lutte contre le terrorisme est, comme en France, la source d'un renforcement considérable des pouvoirs de police administrative⁴. La doctrine allemande a même connu un revirement spectaculaire d'un de ses plus illustres représentants contemporains, Claus Roxin. Cet auteur plaidait en 1969 pour un

¹ J.-L. NADAL (prés.), *Refonder le ministère public : rapport de la Commission de modernisation de l'action publique*, 2013, p. 72. La commission rajoute que le rattachement pourrait nuire au contrôle de l'enquête par le ministère public, s'interrogeant : « peut-on bien contrôler une force que l'on dirige ? » (p. 72). Cette interrogations paraît sans doute un peu obscure, surtout si l'on en inverse les termes : peut-on diriger une force que l'on ne contrôle pas ?

² V. par exemple N. SCHLACHETZKI, *Die Polizei – Herrin des Strafverfahrens ?*, op. cit., p. 205 ; C. ROXIN, « Rechtsstellung und Zukunftsaufgaben der Staatsanwaltschaft. Vortrag anlässlich einer Feier zum 100 jährigen Bestehen der Hamburger Staatsanwaltschaft », *DRiZ* 1969, p. 385.

³ V. H. SATZGER, *Chancen und Risiken einer Reform des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens: Gutachten C zum 65. Deutschen Juristentag*, C.H. Beck, 2004, spéc. p. C136 ; H. RÜPING, « Das Verhältnis von Staatsanwaltschaft und Polizei. Zum Problem der Einheit der Strafverfolgung », *ZStW* Bd. 95 (1983), p. 894 ; P. KERBEL, *Zur Stellung, Organisation und Tätigkeit der Staatsanwaltschaft*, Thèse Francfort, 1974, p. 104-105.

⁴ Depuis 2018, les lois renforçant les prérogatives de la police administrative se multiplient, attisant les craintes d'une partie de la doctrine et de la population. Le droit de la police relevant des *Länder*, chaque *Land* a compétence pour renforcer ou non les pouvoirs de police. Le coup d'envoi du renforcement de ces pouvoirs a été donné par la Bavière avec la loi du 18 mai 2018, adoptée malgré les manifestations et attaquée sans succès devant la Cour constitutionnelle fédérale (Cour constitutionnelle fédérale allemande, 8 octobre 2018, 1 BvR 1658/18). D'autres *Länder* ont depuis suivi : la *Rhénanie-du-Nord-Westphalie* en décembre 2018 (v. T. PODOLSKI, « NRW verabschiedet Polizeigesetz : Besser, aber immer noch verfassungswidrig ? », *LTO* 12 décembre 2018, accessible en ligne sur www.lto.de/persistent/a_id/32693/) et dernièrement le *Brandebourg* par une loi du 13 mars 2019 (v. « Brandenburg : Landtag beschließt umstrittenes Polizeigesetz », *LTO* 13 mars 2019, accessible en ligne sur https://www.lto.de/persistent/a_id/34365/). Un texte similaire est en cours de discussion au Parlement de Saxe, ayant entraîné plusieurs manifestation à Dresde ainsi qu'une pétition signée, au 24 mars 2019, par vingt et une mille sept cent trente-neuf personnes. La Basse-Saxe s'apprête à discuter d'un texte similaire en mai. Dans le *Land* de Brême, toutefois, le texte initialement présenté et discuté au printemps et à l'été 2018 a été rapidement abandonné.

rattachement total d'une partie de la police judiciaire au ministère public¹. Dans la dernière édition en solitaire de son ouvrage en 1998, il estime qu'un tel modèle ne peut plus être soutenu, car « les activités répressives et préventives de la police ne sont absolument pas si clairement délimitables que ne le suppose ce modèle »². En Italie aussi, on a pu souligner qu'un tel lien faisait obstacle à un rattachement complet de la police judiciaire à l'autorité du même nom³.

Cette objection, très forte, doit maintenant être mise à l'épreuve.

2. La mise à l'épreuve de l'objection

505. Les apports de la comparaison. Les motifs avancés par les détracteurs d'un éventuel rattachement de l'organe de police judiciaire à l'autorité judiciaire seraient extrêmement pertinents et propres à emporter la conviction, si ce n'était une chose : l'expérience italienne. On notera d'ailleurs que le secrétariat général du SCPN et le groupe de travail sur la procédure pénale taisent sur cette question soigneusement l'exemple italien dans leur tour d'horizon des polices européennes, préférant mentionner l'Allemagne⁴.

Deux enseignements peuvent toutefois être tirés du système italien : d'une part, l'intégration (qui n'est d'ailleurs pas complète) ne concerne pas toutes les forces de police mais seulement, des mots mêmes du législateur, « les organes qui exercent de manière continue et exclusive des fonctions de police judiciaire »⁵ ; d'autre part, la composition des

¹ C. ROXIN, « Rechtsstellung und Zukunftsaufgaben der Staatsanwaltschaft. Vortrag anlässlich einer Feier zum 100 jährigen Bestehen der Hamburger Staatsanwaltschaft », *op. cit.*, p. 385.

² C. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, *op. cit.*, p. 68 : « ...außerdem lassen sich repressives und präventives Handeln der Polizei keinesweg so klar trennen, wie es ein derartiges Modell voraussetzen würde ». Depuis la 26^e édition, l'ouvrage est cosigné par Claus Roxin et Bernd Schünemann. La 29^e édition de 2017 ne mentionne plus ce revirement.

³ G. P. VOENA, « Attività investigative ed indagini preliminari », dans *Le nuove disposizioni sul processo penale*, CEDAM, 1989, p. 27, spéc. n° 2.

⁴ Secrétariat Général du SCPN et Groupe de travail sur la procédure pénale, « Police judiciaire – justice : "la complémentarité n'exige pas l'intégration" », *La tribune du commissaire* 2014, n° 130, p. 8.

⁵ Ministero di grazia e giustizia, *Relazioni al progetto preliminare e al testo definitivo del Codice di procedura penale, delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni e delle norme per l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario al nuovo processo penale ed a quello a carico degli imputati minorenni*, Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana n° 93 du 24 octobre 1988, p. 25 : « ...porre gli organi che svolgono continuamente ed in via esclusiva funzioni di polizia giudiziaria alle effettive dipendenze [...] dei singoli uffici giudiziari ». Il en va de même de la proposition faite en Allemagne par Nicolas Schlachetzki de rattacher seulement un faible nombre d'agents (*nur eine geringe Anzahl von Beamten*) à l'autorité judiciaire : v. N. SCHLACHETZKI, *Die Polizei – Herrin des Strafverfahrens ?*, *op. cit.*, p. 205.

sections de police judiciaire permet de faire le lien avec la police administrative puisque ne peuvent être intégrés aux sections de police judiciaire que des agents des forces de police déjà en exercice¹, impliquant qu'ils aient donc une connaissance du travail de police administrative. Plus précisément, est même prévue *une exigence de gradation vers l'exercice exclusif de la police judiciaire* puisque deux tiers des effectifs des sections de polices judiciaires doivent être issus des services de police judiciaire², c'est-à-dire de la structure à mi-chemin entre les sections de police judiciaire et les structures de pure police administrative³. Cela permet de garantir de bons et étroits rapports professionnels entre les différentes polices⁴.

506. La possibilité de créer un organe de police judiciaire membre de l'autorité judiciaire. Une telle solution pourrait être de mise dans le cadre de la distribution des pouvoirs proposée pour la France. Pourrait être créé un organe de police judiciaire composé d'agents chargés exclusivement d'intervenir dans les procédures pénales mais pour la majorité d'entre eux issus des services de police administrative. Le lien se ferait ainsi entre les deux polices. Mieux, un tel organe pourrait participer de la résorption de l'incompréhension croissante entre police et justice, soulignée à l'été 2018 par le rapport sur l'état des forces de sécurité intérieure⁵. L'assignation pourrait être le fait d'un concours ouvert par le ministère de la justice ou par un Conseil supérieur de l'autorité judiciaire à créer suivant le degré d'indépendance que l'on entendrait reconnaître à l'autorité judiciaire nouvellement constituée⁶.

À l'évidence, ce nouvel organe de police judiciaire intégré à l'autorité judiciaire ne serait composé que d'un certain nombre des actuels effectifs des forces de l'ordre. En 2016,

¹ Décret législatif n° 271 du 28 juillet 1989 portant normes d'application, de coordination et de transition vers le Code de procédure pénale, art. 8 al. 1.

² Décret législatif n° 271 du 28 juillet 1989 portant normes d'application, de coordination et de transition vers le Code de procédure pénale, art. 8 al. 4.

³ Les services de police judiciaire regroupent « tous les officiers et unités auxquels est confiée par leur administration respective ou par les organismes prévus par la loi la tâche d'accomplir de manière prioritaire et continue » les fonctions de police judiciaire : Décret législatif n° 271 du 28 juillet 1989 portant normes d'application, de coordination et de transition vers le Code de procédure pénale, art. 12 al. 1 (« ...sono servizi di polizia giudiziaria tutti gli uffici e le unità ai quali è affidato dalle rispettive amministrazioni o dagli organismi previsti dalla legge il compito di svolgere in via prioritaria e continuativa le funzioni indicate nell'articolo 55 del codice »). V. *supra* n° 476.

⁴ M. BARGIS *et al.*, *Compendio di procedura penale*, *op. cit.*, p. 83.

⁵ Le rapport parle d'une « érosion palpable du lien de confiance avec la justice » : M. BOUTANT (prés.) et F. GROSDIDIER (rapp.), *Rapport n° 612 fait au nom de la commission d'enquête relative à l'état des forces de sécurité intérieure*, *op. cit.*, Tome I, p. 88.

⁶ V. *infra* n° 513 et s.

Pierre Lyon-Caen relevait que dix mille membres de forces de police environ ne s'occupaient que des tâches de police judiciaire¹. Cela pourrait être un bon début.

Surtout, cela ne supprimerait en rien, comme en Italie, les autres structures de police qui n'interviendraient qu'à la marge dans la procédure pénale. Il faut être clair sur ce point : l'intégration d'un véritable organe de police judiciaire suppose la création, au sein de l'autorité judiciaire, d'un ensemble organisé de membres des forces de police exerçant à titre exclusif des fonctions procédurales (investigations, protection de la procédure et décision sur l'exercice de l'action publique). Cela n'enlèverait toutefois rien à la possibilité pour l'autorité judiciaire nouvellement composée de commettre les forces de police extérieures à l'organe de police judiciaire pour exécuter certaines mesures. Cette utilisation devra seulement avoir lieu à titre exceptionnel lorsque l'organe de police judiciaire n'est pas à même d'y procéder. En d'autres termes, la création d'un organe de police judiciaire et son intégration à l'autorité judiciaire viseraient à garantir une dotation minimale de celle-ci en agents et officiers de police judiciaire propres à intervenir en tant que véritable organe de la procédure, conformément à ses nouvelles fonctions.

Question se pose toutefois de la séparation pratique des situations de police administrative et de police judiciaire. Les exemples sont en effet légions où une infraction est constatée à l'occasion de l'exercice de fonctions de police administrative. Dans l'hypothèse de la création d'un organe de police judiciaire intégré à l'autorité judiciaire, ses membres n'interviendront ainsi vraisemblablement pas les premiers sur la « scène du crime ». Les forces de police administrative, par hypothèse primo-intervenantes, pourraient alors se voir reconnaître, sur le modèle de la distribution d'urgence retenue pour la phase préparatoire du procès pénal², la possibilité de procéder aux premières constatations et actes urgents en cas de passage inopiné d'une situation de police administrative à une situation de police judiciaire. Elles seraient en revanche dans l'obligation de prévenir immédiatement la « vraie » police judiciaire, c'est-à-dire l'organe policier intégré à l'autorité judiciaire. Soulignons, de plus, que le rapport sur l'état des forces de sécurité intérieure souligne en juin 2018 une « désaffectation croissante, parmi les agents des services,

¹ P. LYON-CAEN, « La police judiciaire est-elle réellement soumise à l'autorité judiciaire ? », dans *L'exigence de justice. Mélanges en l'honneur de Robert Badinter*, op. cit., p. 567, spéc. p. 568. Ce nombre, au demeurant, ne semble pas évoluer, puisque le constat était le même en 2010 : v. G. ROUSSEL, « Le rattachement de services de police judiciaire au ministère de la Justice », *AJ Pénal* 2013, p. 378.

² Sur laquelle v. *supra* n° 382 et s.

pour les postes à qualification judiciaire »¹, due entre autres choses au formalisme toujours plus poussé des opérations judiciaires. Une frontière semble donc en pratique déjà exister entre « policiers judiciaires » et « policiers administratifs », prouvé par « la spécialisation de nombreux services de police judiciaire »², ce que la création d'un véritable organe de police judiciaire intégré à l'autorité judiciaire ne ferait que systématiser tout en maintenant des relations entre les deux polices grâce à l'obligation d'être passé par la police administrative pour espérer intégrer l'organe de police judiciaire. L'idée d'une séparation des organes pour « repenser la police » est d'ailleurs l'une des pistes avancées par Raphaële Parizot³.

L'objection de l'impossible séparation des polices siamoises ne semble donc pas si convaincante que cela et la création puis l'intégration à l'autorité judiciaire d'un véritable organe policier apparaît peut-être moins utopique « juridiquement parlant »⁴.

B. Les objections budgétaire et démocratique

507. Au-delà de l'objection de deux polices inséparables, deux arguments sont parfois subsidiairement avancés : une objection budgétaire (1) et une objection démocratique (2).

1. La mise à l'épreuve de l'objection budgétaire

508. L'énoncé de l'objection. Une objection pourrait être décisive, en tout cas plus sur le plan pratique que théorique : la question des moyens. Le fossé budgétaire séparant l'autorité judiciaire des autorités de police est connu⁵. Certains auteurs avancent l'argument

¹ M. BOUTANT (prés.) et F. GROSDIDIER (rapp.), *Rapport n° 612 fait au nom de la commission d'enquête relative à l'état des forces de sécurité intérieure*, *op. cit.*, Tome I, p. 91.

² G. ROUSSEL, « Le rattachement de services de police judiciaire au ministère de la Justice », *op. cit.*, p. 378.

³ R. PARIZOT, « La distinction entre police administrative et police judiciaire est-elle dépassée ? », *op. cit.*, p. 133, spéc. p. 145. Sont aussi évoquées la recherche d'un critère matériel fiable pour distinguer les deux polices ou encore l'abandon de la distinction pour offrir les mêmes garanties à tous les actes de police.

⁴ « Politiquement parlant », en revanche, vaste programme !

⁵ En 2018, l'action Conduite de la politique pénale et jugement des affaires pénales du programme Justice judiciaire de la mission Justice a bénéficié d'un milliard deux cents millions d'euros de crédits, tandis que les actions Missions de police judiciaire et concours à la justice des programmes Police nationale et Gendarmerie nationale de la mission Sécurités ont cumulé environ quatre milliards huit cents millions d'euros de crédits :

budgétaire pour refuser tout rattachement de la police judiciaire à l'autorité judiciaire, indiquant qu'un tel rattachement provoquerait « de multiples problèmes tant de gestion que de fonctionnement »¹.

509. La levée de l'objection. Il s'agit en réalité d'une objection inconsistante, écartée d'un trait de plume par la Commission de modernisation de l'action publique, qui prône pourtant le maintien de la police dans le giron de l'Intérieur :

« [La commission] a aussi considéré que les difficultés, souvent mises en avant, tenant à la lourdeur de la gestion administrative par le ministère de la Justice d'un nombre important d'officiers de police judiciaire, n'étaient pas véritablement déterminantes. *Tout rattachement impliquerait en effet le transfert des moyens correspondants.* Et l'on ne saurait par ailleurs postuler que le ministère de la Justice, auquel incombe déjà la charge de gérer un corps aussi important que celui des personnels de surveillance de l'administration pénitentiaire, ne saurait être en mesure d'assurer la gestion d'officiers de police judiciaire, fussent-ils nombreux. »²

Nous rajouterons deux choses. *Primo*, l'organe de police judiciaire à créer ne saurait concerner qu'un nombre relativement réduit de membres des actuels forces de police. En 2016, dix mille membres de forces de police environ ne semblaient s'occupaient que des tâches de police judiciaire³. *Secondo*, ce rattachement pourrait tout à fait se faire par étape. La France a bien réussi à transférer, hors opérations militaires, la force de gendarmerie et ses cent milles membres du ministère de la Défense au ministère de l'Intérieur⁴ : pourquoi serait-il impossible d'intégrer à l'autorité judiciaire un organe policier autonome ?

v. les *Verts budgétaires* annexés à la loi de finances pour 2018 sur les missions Justices et Sécurité. V. aussi, soulignant que même au sein du ministère de la Justice le budget des juridictions « pèse peu », F. TIBERGHEN, « Pouvoir judiciaire et gestion autonome des moyens », *Après-demain* 2017, n° 41, p. 26. V. encore, parlant de « clochardisation de la justice », CONFÉRENCE NATIONALE DES PROCUREURS DE LA RÉPUBLIQUE, *Le livre noir du ministère public*, 2017, p. 6.

¹ V. par exemple J.-P. DINTILHAC, « Le contrôle du parquet sur la police judiciaire », *op. cit.*, p. 29 ; C. MIANSONI, « Le procureur de la République dirige-t-il la police judiciaire ? », *AJ Pénal* 2013, p. 374.

² J.-L. NADAL (prés.), *Refonder le ministère public : rapport de la Commission de modernisation de l'action publique*, 2013, p. 71 (nous soulignons).

³ P. LYON-CAEN, « La police judiciaire est-elle réellement soumise à l'autorité judiciaire ? », *op. cit.*, p. 567, spéc. p. 568.

⁴ Décret n° 2002-889 du 15 mai 2002 relatif aux attributions du ministre de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales. Plus exactement, la gendarmerie nationale relève depuis du ministère de l'Intérieur sauf pour l'exécution de ses missions militaires et le pouvoir disciplinaire, qui appartiennent au ministère de la Défense : v. Code de la défense français, art. L 3225-1.

L'objection budgétaire n'est donc pas apte à amoindrir la nécessité de créer un véritable organe policier au sein de l'autorité judiciaire. Il en va de même de l'objection démocratique.

2. La mise à l'épreuve de l'objection démocratique

510. L'énoncé de l'objection. L'on ne saurait passer sous silence, dans ces développements sur la création d'un véritable organe de police judiciaire, l'étonnante objection démocratique soulevée par le rapport Léger :

« Une réflexion a ensuite été conduite concernant le statut de la police judiciaire. Le comité s'est interrogé aux fins de savoir si cette police devait être rattachée à l'autorité judiciaire.

Cette hypothèse a été rejetée.

Il a été considéré que le maintien des services de police et de gendarmerie sous une double autorité, administrative et judiciaire, constituait une garantie démocratique. »¹

Le rapport souligne aussi l'impossible séparation totale entre police administrative et police judiciaire, déjà étudiée².

511. La levée de l'objection. On a pu qualifier cet argument démocratique d'« obscur »³. Il faudra en effet nous expliquer comment le lien très fort, principal même, qu'entretiennent actuellement les agents exerçant les fonctions de police *judiciaire* avec un ministre de l'Intérieur dont l'une des attributions est la « *sécurité* intérieure »⁴ peut rassurer le citoyen. La séparation des pouvoirs n'est-elle pas, en France, la condition d'existence de la Constitution, elle-même seul cadre possible à notre démocratie contemporaine⁵ ? La

¹ P. LÉGER (prés.), *Rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale*, 2009, p. 10.

² V. *supra* n° 503 et s.

³ D. GUÉRIN, « Les droits de la défense et de la partie civile dans la phase préparatoire du procès pénal selon le rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale », *Dr. pén.* 2009, dossier 6.

⁴ Décret n° 2017-1070 du 24 mai 2017 relatif aux attributions du ministre d'État, ministre de l'Intérieur, art. 1 (nous soulignons).

⁵ Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, 26 août 1789, art. 16 : « Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ».

police serait amenée, dans la distribution proposée, à exercer de véritables fonctions de justice. Un organe de police judiciaire doit donc intégrer l'autorité judiciaire.

512. L'organe policier, dans la distribution des pouvoirs proposée, devient titulaire de véritables fonctions judiciaires, pouvant même mettre en mouvement l'action publique. Parce que les fonctions doivent dicter le statut et non l'inverse, la création d'un véritable organe de police judiciaire membre de l'autorité judiciaire est indispensable.

Cet organe ne saurait recouvrir l'ensemble des effectifs des forces de l'ordre : pourraient être seulement concernés, dans un premier temps, les dix milles agents s'occupant actuellement à plein temps des activités de police judiciaire. Mais là où Pierre Lyon-Caen préconise de procéder par voie de détachement¹, nous proposons au contraire la création d'un nouvel organe, dont les membres seraient autonomes. Cet organe serait composé de membres issus des forces de police classiques qui se verraient confier la tâche exclusive d'assurer les fonctions dévolues à la police dans la phase préparatoire du procès pénal, ceci afin de maintenir un lien de confiance entre les polices. Afin d'intégrer ce nouvel organe, tout membre des forces de police remplissant les conditions d'expériences devraient passer un concours organisé par l'organe de gestion d'une autorité judiciaire renouvelée². Passé ce concours, le brigadier-chef de gendarmerie ou le lieutenant de police changerait de profession et intégrerait un nouveau corps, un nouvel organe. En conséquence il perdrait son grade pour en acquérir un nouveau, propre à l'organe de police judiciaire, de la même manière que le commissaire de police réussissant l'un des concours de l'École nationale de la magistrature ne saurait continuer d'être commissaire tout en étant devenu auditeur de justice puis magistrat. Au sein de l'organe de police judiciaire, pourrait être envisagée la gradation suivante : agent, officier et officier supérieur de police judiciaire.

Toutefois, la création de ce nouvel organe de police judiciaire ne saurait supprimer la possibilité pour l'autorité judiciaire nouvellement composée (création d'un organe de

¹ P. LYON-CAEN, « La police judiciaire est-elle réellement soumise à l'autorité judiciaire ? », *op. cit.*, spéc. p. 573. V. aussi G. ROUSSEL, « Le rattachement de services de police judiciaire au ministère de la Justice », *op. cit.*

² V. *infra* n° 580.

police judiciaire) de commettre les forces de police extérieures à cette autorité à l'exécution de certaines mesures. Simplement, cela ne saurait être que l'exception, le principe devant être l'intervention du seul organe de police judiciaire, seul *titulaire* de pouvoirs dans le cadre de la phase préparatoire. De plus, devrait être prévue une compétence d'urgence des forces administratives en cas de découvertes d'une infraction au cours d'une activité de police administrative, charge à elles de prévenir immédiatement l'organe de police judiciaire.

La création d'un organe de police judiciaire, qui dépasse le modèle des sections de police judiciaire italiennes, est seule à même de garantir que les nouvelles fonctions confiées à la police soient exercées dans un but de *justice* et non polluées par des considérations de sécurité. Il en va de la séparation des pouvoirs. Il reste que si la police judiciaire doit être rattachée organiquement à l'autorité judiciaire, le statut de cette dernière doit lui aussi être renforcé pour éviter tout retour d'un déséquilibre.

CHAPITRE 2

RENFORCER L'INDÉPENDANCE DE L'AUTORITÉ JUDICIAIRE

513. Les besoins statutaires de l'autorité judiciaire nouvellement composée.

Aux membres classiques de l'autorité judiciaire que sont, en France, le juge et le ministère public¹ s'ajouterait un organe de police judiciaire. Cette autorité se verrait confier toutes les fonctions à l'œuvre dans la phase préparatoire du procès pénal (investigation, décision de mise en mouvement de l'action publique, protection de la procédure, garantie des droits et libertés), distribuées de manière équilibrée entre ses différents organes. Toutefois, l'intégration de l'organe policier à l'autorité judiciaire ne dit rien du statut de cette dernière, en particulier de son indépendance. Autrement dit, *les besoins statutaires de l'autorité judiciaire nouvellement constituée n'ont pas été abordés.*

Le problème reste que les trois organes membres de l'autorité judiciaire n'exercent pas les mêmes fonctions. La distinction la plus importante sur le plan statutaire paraît être celle entre les organes décidant de la mise en mouvement de l'action publique – fonction traditionnellement avancée pour justifier, en France et en Allemagne, la dépendance du ministère public au regard du pouvoir exécutif – et ceux n'en décidant pas. Dans le cadre de la répartition des pouvoirs envisagée, cela revient à étudier d'abord la question de l'indépendance des organes parquetier et policier, chargés de la décision de mise en mouvement de l'action publique (Section 1), puis de celle de l'organe juge, à qui est confiée la fonction de garantie des droits (Section 2).

¹ Cons. const., 11 août 1993, n° 93-326 DC, considérant n° 5 ; *JORF* du 15 août 1993 ; Cons. const., 22 avril 1997, n° 97-389 DC, considérant n° 61 ; *JORF* du 25 avril 1997 ; Cons. const., 29 août 2002, n° 2002-461 DC, considérant n° 74 ; *JORF* du 10 septembre 2002 ; Cons. const., 20 novembre 2003, n° 2003-484 DC, considérant n° 75 ; *JORF* du 27 novembre 2003 ; Cons. const., 2 mars 2004, n° 2004-492 DC, considérant n° 98 ; *JORF* du 10 mars 2004 ; Cons. const., 30 juillet 2010, n° 2010-14/22 QPC, considérant n° 26 ; *JORF* du 31 juillet 2010 ; Cons. const., 17 décembre 2010, n° 2010-80 QPC, considérant n° 11 ; *JORF* du 19 décembre 2010 ; Cons. const., 6 mai 2011, n° 2011-125 QPC, considérant n° 8 ; *JORF* du 7 mai 2011 ; Cons. const., 22 juillet 2016, n° 2016-555 QPC, considérant n° 10 ; *JORF* du 24 juillet 2016 ; Cons. const., 8 décembre 2017, n° 2017-680 QPC, considérant n° 6 ; *JORF* du 9 décembre 2017.

Section 1

La question de l'indépendance des organes titulaires de la fonction de décision de mise en mouvement de l'action publique

514. L'indépendance des organes chargés de la décision sur l'exercice de l'action publique est un sujet extrêmement complexe¹ et, surtout, sulfureux – qu'on songe au « serpent de mer »² que constitue l'idée d'un parquet français indépendant. La réflexion se concentrera sur le ministère public puisqu'il est actuellement le seul organe chargé de la décision de mise en mouvement de l'action publique dans les trois systèmes et, donc, la seule cible des débats. Mais *ce qui vaut pour le ministère public vaudra aussi pour l'organe policier* qui, dans la distribution proposée, se voit lui aussi confier une telle mission.

Les besoins d'indépendance des organes chargés de décider de l'exercice de l'action publique doivent, comme pour la question du rattachement de la police, être appréciés au regard des disparités statutaires que les droits étrangers révèlent (§ 1) avant d'être précisément déterminés au sein du système français au regard de la fonction exercée (§ 2). La fonction doit en effet dicter les statuts, non l'inverse.

§ 1. Les disparités étrangères

515. L'étude des parquets français, allemand et italien révèle deux « clans » : alors que le parquet français (A) et son homologue allemand (B) sont distingués des juges pour être soumis à une subordination interne et externe, le ministère public italien jouit aujourd'hui du même degré d'indépendance que le siège (C).

¹ L. VIOLINI, « Separazione delle carriere e indipendenza della magistratura : riflessioni di diritto comparato », dans *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Giuffrè, 2011, p. 2035.

² E. BONIS, « L'indépendance des magistrats du parquet ou le difficile exercice d'équilibriste du Conseil constitutionnel », *Dr. pén.* 2018, étude 3 ; A. TALEB-KARLSSON, « La constitutionnalité de la subordination du ministère public au pouvoir exécutif », *AJ Pénal* 2018, p. 83 ; J. LEBLOIS-HAPPE, « Avis sur la refondation de l'enquête pénale », dans C. LAZERGES (dir.), *Les grands avis de la Commission nationale consultative des droits de l'homme*, Dalloz, 2016, p. 359, spéc. p. 368.

A. La tradition française de la dépendance

516. La dépendance du ministère public est, qu'on le veuille ou non, une réalité juridique (1) et les contrepoinds prévus n'empêchent pas la critique (2).

1. L'indépendance refusée

517. **Une double dépendance.** L'organisation du ministère public français lorsqu'il intervient dans la phase préparatoire du procès pénal a déjà été détaillée¹. Aussi nous concentrerons-nous sur son statut. Le parquet français, qui fait partie avec le siège du corps judiciaire, est placé « sous la direction et le contrôle de leurs chefs hiérarchiques et sous l'autorité du garde des Sceaux, ministre de la Justice »². Le ministère public est donc marqué par une subordination interne et externe, le tout étant généralement rassemblé sous l'appellation « caractère hiérarchisé »³, « subordination hiérarchique »⁴, quand on ne parle pas de « subtile alchimie »⁵ entre hiérarchie et qualité de magistrat, de « particularité »⁶ ou encore d'« ambivalence »⁷. Il faut pourtant être clair : « le parquet, corps hiérarchisé, est un organe soumis au pouvoir, et donc *sans indépendance* »⁸. Cette dépendance est autant interne qu'externe.

¹ V. *supra* n° 160.

² Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, art. 5.

³ V. par exemple J. PRADEL, *Procédure pénale*, 19^e éd., Cujas, 2017, n° 239 et s.

⁴ V. par exemple J. LEROY, *Procédure pénale*, 5^e éd., LGDJ, 2017, n° 158 et s. ; F. FOURMENT, *Procédure pénale*, 14^e éd., Larcier, 2013, n° 294 et s. ; E. DREYER et O. MOUYSSSET, *Procédure pénale*, 2^e éd., LGDJ, 2019, n° 67 ; P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Procédure pénale*, 4^e éd., Armand Colin, n° 146 et s. V. aussi, parlant de simple « subordination du ministère public » : R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel : procédure pénale*, 5^e éd., Cujas, 2001, n° 225 et s.

⁵ P. LEMOINE, « La liberté de parole des magistrats du ministère public – à propos d'un arrêt rendu par la Cour de cassation le 12 septembre 2007 », *Dr. pén.* 2008, étude 7.

⁶ R. GELLI, « Le ministère public en France », dans S. GUINCHARD et J. BUISSON (dir.), *Les transformations de la justice pénale*, Dalloz, 2014, p. 107, spéc. p. 114.

⁷ J. ALIX, « Quels visages pour le parquet en France ? », dans C. LAZERGES (dir.), *Figures du parquet*, PUF, 2006, p. 67, spéc. p. 69.

⁸ C. AMBROISE-CASTÉROT et P. BONFILS, *Procédure pénale*, 2^e éd., PUF, 2018, n° 95 (nous soulignons). V. aussi A. OUDOUL, *L'impartialité des magistrats dans la procédure pénale française à l'aune du droit de la Convention EDH*, Thèse Université d'Auvergne, 2016, n° 713.

518. La dépendance interne. La *dépendance interne* du ministère public, qui pose à vrai dire peu de problèmes, revêt deux aspects complémentaires.

D'une part, le procureur général près la Cour d'appel peut donner instruction au procureur de la République de son ressort d'exercer l'action publique ou, si l'action publique est déjà exercée, de « saisir la juridiction compétente de telles réquisitions écrites que le procureur général juge opportunes »¹. Ce même procureur général dispose d'une autorité d'animation et de coordination des parquets de son ressort². Le procureur de la République, « subordonné au procureur général, doit comme tout subordonné lui rendre compte »³, ce qui implique des obligations de rapports d'initiative ou sur demande.

D'autre part, tout parquet est organisé de manière hiérarchique et le chef (procureur général ou procureur de la République) a autorité sur ses substituts.

519. La dépendance externe. Bien plus intéressante est la *dépendance externe* du parquet, placé sous l'autorité du Garde des Sceaux. En d'autres termes, le « chef du ministère public »⁴ a son bureau au 13, place Vendôme. Au XIX^e siècle, le ministre était même appelé le « grand juge »⁵.

Historiquement, cette autorité tenait plutôt du caporalisme puisqu'en dehors de la salle d'audience, tout trait de plume était serf. Depuis 1790 en effet, « les officiers du ministère public sont les agents du pouvoir exécutif auprès des tribunaux »⁶, alors même qu'ils étaient auparavant les procureurs du Roi. Les causes de ce « glissement sémantique »⁷ sont aujourd'hui connues grâce aux travaux de Michèle-Laure Rassat⁸ : les membres du ministère public étant les représentants du Roi, et le Roi exerçant, sous l'analyse révolutionnaire, la fonction exécutive, les procureurs sont naturellement devenus les agents du pouvoir exécutif. Mais, note l'auteure, il s'agit d'une erreur d'analyse :

« Le droit de poursuivre les infractions, dès lors qu'il est retiré à leur victime directe, ne peut être que l'apanage du pouvoir souverain tel qu'il est défini dans la société

¹ Code de procédure pénale français, article 36.

² Code de procédure pénale français, art. 35.

³ J. PRADEL, *Procédure pénale*, *op. cit.*, n° 243.

⁴ *Ibid.*, n° 240.

⁵ A. PERRODET, *Étude pour un ministère public européen*, LGDJ, 2001, n° 15.

⁶ Loi des 16 et 24 août 1790 sur l'organisation judiciaire, Titre VIII, art. 1.

⁷ P. TCHERKESOFF, *Cohérence et légitimité du ministère public*, Thèse Paris 2, 2015, n° 80.

⁸ M.-L. RASSAT, *Le ministère public entre son passé et son avenir*, LGDJ, 1967, n° 77 ainsi que 187 et s. ; M.-L. RASSAT, *Procédure pénale*, 3^e éd., Ellipses, 2017, n° 181 et s.

considérée. Il était parfaitement logique que les agents du ministère public fussent dits officiers du Roi dans l'ancien régime. Ce n'était pas, cependant, parce que le Roi exerçait le pouvoir exécutif, qu'il en était ainsi, mais parce que le Roi était le pouvoir souverain. Il n'est donc pas exact d'avoir fait de ce ministère public, après la Révolution et par une transposition purement littérale, les agents du pouvoir exécutif auprès des tribunaux parce que, dans la société démocratique post révolutionnaire, le gouvernement n'est pas le pouvoir souverain. Depuis la Révolution, le pouvoir souverain réside dans la Nation¹ et les officiers du ministère public auraient donc dû être dits agents de la Nation auprès des tribunaux, ce qui ne se borne pas à une différence nominale. »²

Ce malentendu vieux de plus de deux siècles continue d'affecter le statut externe du parquet français. Il demeure nommé, avancé et sanctionné sur avis simple du Conseil supérieur de la magistrature³, ne bénéficie toujours pas de l'inamovibilité⁴ et reste tenu de suivre les « instructions générales »⁵ du Garde des Sceaux. Son statut externe n'est certes plus celui de l'ère napoléonienne, mais les avancées sont timides et assez récentes. Ce n'est ainsi que depuis 1993 que les membres du parquet sont nommés, avancés et sanctionnés sur avis – simple – du Conseil supérieur de la magistrature⁶. Auparavant, tout dépendait du seul ministre de la Justice. Et encore, il a fallu attendre 2008⁷ pour que l'avis simple à la nomination concerne aussi les postes pourvus en conseil des ministres (procureurs généraux près la Cour de cassation et près les cours d'appel), puis 2016⁸ pour que ces nominations de certains membres du parquet en conseil des ministres soient supprimées. Il faut dire que les exigences constitutionnelles sont minces en ce domaine, le Conseil rappelant à qui veut l'entendre que la magistrature est un corps unique composé du siège et du parquet et que le cordon ombilical reliant ce dernier au Garde des Sceaux est « conforme à la conception française de la séparation des pouvoirs »⁹ – on a pu parler

¹ « Le principe de toute Souveraineté réside essentiellement dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément » : Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, 26 août 1789, art. 3.

² M.-L. RASSAT, *Procédure pénale, op. cit.*, n° 194. Dans le même sens, v. P. TCHERKESOFF, *Cohérence et légitimité du ministère public, op. cit.*, n° 25.

³ Constitution française, art. 65 al. 5.

⁴ Constitution française, art. 64 al. 4 ; Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, art. 4 al. 1.

⁵ Code de procédure pénale français, art. 30 al. 2.

⁶ Loi constitutionnelle n° 93-952 du 27 juillet 1993 portant révision de la Constitution du 4 octobre 1958 et modifiant ses titres VIII, IX, X et XVI, art. 1.

⁷ Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^e République, art. 31.

⁸ Loi organique n° 2016-1090 du 8 août 2016 relative aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature, art. 7.

⁹ Il s'agit d'un véritable leitmotiv : Cons. const., 11 août 1993, n° 93-326 DC, considérant n° 5 ; *JORF* du 15 août 1993 ; Cons. const., 22 avril 1997, n° 97-389 DC, considérant n° 61 ; *JORF* du 25 avril 1997 ; Cons.

« d'une forte capacité d'auto-persuasion »¹. De même, ce n'est qu'en 2013 que le Code de procédure pénale sera modifié pour interdire les instructions individuelles du ministre².

Cette dépendance externe est, depuis longtemps et malgré certaines atténuations, la source de nombreuses critiques.

2. La dépendance critiquée

520. Les atténuations à la dépendance. La dépendance du ministère public, tant interne qu'externe, connaît de véritables atténuations. On signale traditionnellement de nombreuses limites à ces dépendances – on a donc pu aborder, après la subordination, « l'indépendance du ministère public »³. Outre la liberté de la parole⁴, sont mentionnées le fait qu'avant 2013 il ne pouvait pas être donné d'ordre de ne pas poursuivre mais aussi que les chefs de parquets disposent de *pouvoirs propres*, « très important correctif »⁵ interdisant au Garde des Sceaux ou à un autre parquetier hiérarchiquement supérieur de décider

const., 29 août 2002, n° 2002-461 DC, considérant n° 74 ; *JORF* du 10 septembre 2002 ; Cons. const., 20 novembre 2003, n° 2003-484 DC, considérant n° 75 ; *JORF* du 27 novembre 2003 ; Cons. const., 2 mars 2004, n° 2004-492 DC, considérant n° 98 ; *JORF* du 10 mars 2004 ; Cons. const., 30 juillet 2010, n° 2010-14/22 QPC, considérant n° 26 ; *JORF* du 31 juillet 2010 ; Cons. const., 17 décembre 2010, n° 2010-80 QPC, considérant n° 11 ; *JORF* du 19 décembre 2010 ; Cons. const., 6 mai 2011, n° 2011-125 QPC, considérant n° 8 ; *JORF* du 7 mai 2011 ; Cons. const., 22 juillet 2016, n° 2016-555 QPC, considérant n° 10 ; *JORF* du 24 juillet 2016 ; Cons. const., 8 décembre 2017, n° 2017-680 QPC, considérant n° 6 ; *JORF* du 9 décembre 2017.

¹ B. DE LAMY, « Indépendance des magistrats du parquet : la méthode Coué au Conseil constitutionnel », *Rev. sc. crim.* 2018, p. 163. V. aussi, parlant de « trompe-l'œil » : F. HOURQUEBIE, « L'institution du parquet au sein du pouvoir judiciaire », dans B. MATHIEU et M. VERPEAUX (dir.), *Le statut constitutionnel du parquet*, Dalloz, 2012, p. 15, spéc. p. 18.

² Code de procédure pénale français, art. 30 al. 3 tel que modifié par 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, art. 1.

³ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel : procédure pénale*, *op. cit.*, n° 232 et s. Cette indépendance serait « une réalité incontournable » : J.-L. LENNON, « L'indépendance du ministère public ou le supplice de Tantale », *Dr. pén.* 2016, étude 25. La doctrine préfère majoritairement parler de limites, d'atténuations ou de tempéraments : v. entre autres J. PRADEL, *Procédure pénale*, *op. cit.*, n° 245 ; M.-L. RASSAT, *Procédure pénale*, *op. cit.*, n° 195 ; J. LEROY, *Procédure pénale*, *op. cit.*, n° 158 et s. ; F. FOURMENT, *Procédure pénale*, 14^e éd., Larcier, 2013, n° 298 et s. ; P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Procédure pénale*, *op. cit.*, n° 147 ; B. BOULOC, *Procédure pénale*, *op. cit.*, n° 191. V. encore, affirmant qu'« il y a autant d'indépendance d'esprit au siège comme au parquet », F. CASORLA, « La justice séparée », *LPA* 12 juillet 2007, p. 4. V. enfin, affirmant que le principe d'indépendance est applicable au parquet français même si d'une portée différente par rapport au siège, A. PERRODET, *Étude pour un ministère public européen*, *op. cit.*, n° 59 et s.

⁴ Encore que cela ne s'applique que lors des *audiences*, phénomène judiciaire en voie de disparition suite à la montée des alternatives : v. B. DE LAMY, « Indépendance des magistrats du parquet : la méthode Coué au Conseil constitutionnel », *Rev. sc. crim.* 2018, p. 163.

⁵ M.-L. RASSAT, *Procédure pénale*, *op. cit.*, n° 195. V. aussi J.-P. JEAN, « Le ministère public entre modèle jacobin et modèle européen », *Rev. sc. crim.* 2005, p. 670 ; P. TCHERKESSOFF, *Cohérence et légitimité du ministère public*, *op. cit.*, n° 122 et s.

d'exercer l'action publique à la place du parquetier compétent. Bien entendu, le représentant du ministère public rebelle engagera le cas échéant sa responsabilité disciplinaire devant le seul ministre jusqu'en 1993, devant le ministre avisé de la position du Conseil supérieur de la magistrature depuis lors...

Relevons, pour l'anecdote, que cela n'empêche pas ce même ministre d'aller faire chercher au fin fond de l'Himalaya le procureur d'Évry pour tenter de raisonner son premier procureur adjoint ayant décidé en son absence d'ouvrir une information judiciaire contre Xavier Tibéry¹.

521. Une dépendance critiquée. Demeurent cependant des critiques de plus en plus fortes invoquant l'impérative indépendance de l'autorité judiciaire au regard de la séparation des pouvoirs² – on a ainsi pu parler de « l'omniprésence de l'un des trois pouvoirs constitutionnels (l'exécutif) au sein d'un autre (le judiciaire) »³. D'autres auteurs avancent le risque d'une fonctionnarisation du parquet⁴. Certains, enfin, affirment que le parquet ne peut pas rester au milieu du gué et qu'il faudra bien choisir un jour entre exécutif et judiciaire⁵. Ces critiques ne semblent toutefois pas avoir raison de la malédiction frappant les projets de réformes constitutionnelles proposant une étape supplémentaire vers

¹ O. BERTRAND et F. JOHANNES, « SOS au Népal pour Xavier Tiberi. L'État a tout tenté pour rapatrier d'urgence le procureur chargé de l'affaire », *Libération*, 13 novembre 1996 ; P. GEORGES, « Chasse au yéti », *Le Monde*, 13 novembre 1996.

² V. en particulier S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, *op. cit.*, n° 1140 et 1480 ; P. TCHERKESOFF, *Cohérence et légitimité du ministère public*, *op. cit.*, n° 551 ;

³ P.-F. DIVIER, « L'instruction pénale française à l'épreuve du procès équitable européen », *D.* 2004, p. 2948.

⁴ V. par exemple J.-P. DINTILHAC, « Rôle et attributions du procureur de la République. Histoire et évolutions », *Rev. sc. crim.* 2002, p. 35.

⁵ V. par exemple L. CADIET, « Introduction à un cours de droit institutionnel de la justice », dans *Humanisme et justice. Mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage*, Dalloz, 2016, p. 289, spéc. n° 21.

l'indépendance du parquet : tous ont été enterrés, avant¹ ou après² convocation du Congrès³.

La réforme constitutionnelle en demi-teinte – « je crois donc profondément que le parquet à la française se doit d'être rattaché par ses fonctions mêmes au garde des Sceaux mais que notre travail est d'assurer plus fermement, plus clairement son indépendance »⁴ – annoncée par Emmanuel Macron le 15 janvier 2018 et prévoyant la nomination des membres du parquet après avis conforme du Conseil supérieur de la magistrature et l'attribution à ce dernier du pouvoir de sanction disciplinaire⁵ semble, elle aussi, en fâcheuse position. Les discussions ont en effet été suspendues le 22 juillet 2018, à la suite des troubles causés par l'affaire dite Benalla. Début août, on laisse même entendre que cette réforme serait purement et simplement abandonnée⁶, son examen n'étant pas à l'ordre du jour de la session parlementaire extraordinaire du 12 septembre 2018⁷ – les discussions n'ayant pas repris depuis. Certains avancent même que le parquet ne sera jamais indépendant en France⁸. Notons d'ailleurs que prévoir une nomination des parquetiers sur

¹ Projet de loi constitutionnelle portant réforme du Conseil supérieur de la magistrature présenté par le gouvernement socialiste le 13 mars 2013 et abandonné le 16 mars 2016, la classe politique s'étant entre temps écharpée sur la question de la déchéance de nationalité qui avait été inscrite à l'ordre du jour après la vague d'attentat de 2015-2016.

² Projet de loi constitutionnelle relatif au Conseil supérieur de la magistrature présenté par le gouvernement socialiste de cohabitation le 15 avril 1998. Ce projet faisait suite à la publication du Rapport Truche. La loi, votée en des termes identiques par les deux chambres, ne verra jamais les plafonds de Versailles puisque la convocation du Congrès, initialement prévue pour le 25 janvier 2000 est annulée quelques jours avant (Décret du 19 janvier 2000 abrogeant le décret du 3 novembre 1999 tendant à soumettre deux projets de loi constitutionnelle au Parlement réuni en Congrès).

³ À tel point qu'on a pu, en désespoir de cause, proposer de modifier seulement l'ordonnance de 1958, ce qui supposerait tout de même une loi organique : v. CONFÉRENCE NATIONALE DES PROCUREURS DE LA RÉPUBLIQUE, *Le livre noir du ministère public*, 2017, p. 15 et s.

⁴ E. MACRON, *Discours du Président de la République devant la Cour de cassation*, 15 janvier 2018, p. 6 (accessible en ligne sur le site de la Cour de cassation).

⁵ Projet de loi constitutionnelle pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace présenté le 9 mai 2018, art. 12. Dans le même sens, v. F. PILLET (rapp.), *Quarante propositions pour une révision constitutionnelle utile à la France*, Sénat, 2018.

⁶ M. RESCAN et S. DE ROYER, « Richard Ferrand : “Après la tempête vient le ressac” », *Le Monde*, 2 août 2018, p. 7 (accessible en ligne). Le président du groupe La République en marche à l'Assemblée nationale semble considérer que les objectifs de la révision pourraient être atteints pas des textes simples. Parmi ces objectifs, nulle mention du parquet, preuve s'il en était que cette question est politiquement résiduelle : « La révision constitutionnelle est très importante, mais *les engagements essentiels pris par Emmanuel Macron portent sur trois choses : la réduction du nombre de parlementaires, la limitation du cumul des mandats dans le temps et l'introduction d'une dose de proportionnelle*. Or, ces trois réformes ne nécessitent pas une révision de la Constitution. Si d'aventure le climat ne se prêtait pas à la reprise de la révision constitutionnelle, nous serions quand même en capacité de tenir l'intégralité de nos engagements » (nous soulignons).

⁷ Décret du 27 août 2018 portant convocation du Parlement en session extraordinaire, art. 2.

⁸ « Le ministère public ne sera pas indépendant en France à court ou moyen terme » : C. GUÉRY, « La fin de l'instruction », *AJ Pénal* 2007, p. 319. V. aussi, parlant de « chimère », G. STRAEHLI, « Les impératifs d'un système d'instruction préparatoire en matière criminelle et pour les affaires complexes : les différentes

avis conforme du Conseil supérieur de la magistrature alors que les juges sont nommés sur *proposition* du même Conseil ne revient pas à aligner le parquet sur le siège¹.

Le parquet français n'est donc pas, quoi qu'on en dise, indépendant. Il en va de même de son cousin allemand.

B. La tradition allemande de la dépendance

522. Le parquet allemand est marqué par une organisation hiérarchisée et une forte dépendance à l'égard du pouvoir exécutif (1). Ce statut ne semble toutefois pas, selon les analyses allemandes, devoir être modifié (2)

1. Les manifestations de la dépendance

523. Une dépendance interne et externe. Le statut du parquet allemand, dont l'organisation a déjà été évoquée², est « hybride » (*Zwitterstellung*)³ – entendre par là marqué par la dépendance à l'égard du ministre de la Justice. À la lecture des textes, le parquet apparaît comme soumis au droit d'injonction externe (*externes Weisungsrecht*) du ministre auquel il est rattaché ainsi qu'aux injonctions internes de son supérieur (*internes Weisungsrecht*) du fait de son organisation hiérarchisée.

524. La dépendance interne du parquet allemand. La *dépendance interne*, considérée comme non problématique⁴, s'exerce tant au niveau fédéral qu'au niveau des

réponses actuelles », *Dr. pén.* 2009, dossier 4. V. encore, parlant « d'arlésienne », J.-C. SAINT-PAU, « Le ministère public concurrence-t-il le juge du siège ? », *Dr. pén.* 2007, étude 14.

¹ D'où la proposition faite par la Commission de modernisation de l'action publique d'inscrire dans la Constitution que les membres du parquet sont nommés sur proposition et sur avis conforme du Conseil supérieur de la magistrature : v. J.-L. NADAL (prés.), *Refonder le ministère public : rapport de la Commission de modernisation de l'action publique*, 2013, p. 9.

² V. *supra* n° 522 et s. Sur l'organisation judiciaire allemande, v. Annexe n° 1 p. 739.

³ W. BEULKE et S. SWOBODA, *Strafprozessrecht*, 14^e, C. F. Müller, 2018, n° 88.

⁴ H. SATZGER, *Chancen und Risiken einer Reform des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens: Gutachten C zum 65. Deutschen Juristentag*, C.H. Beck, 2004, p. C131 ; M. MARKWARDT, « Brauchen wir eine "unabhängige" Staatsanwaltschaft ? Zur Stellung der Staatsanwaltschaft im demokratischen Rechtsstaat », dans *Festschrift für Reinhard Böttcher zum 70. Geburtstag*, De Gruyter, 2007, p. 93, spéc. p. 96 et s. ; H.-C. SCHAEFER, « Das Berufsbild der Staatsanwaltschaft », dans *Strafrechtspraxis und Reform : Festschrift für Heinz Stöckel*, Duncker & Humblot, 2010, p. 307, spéc. p. 317.

Länder. Au sein du parquet fédéral, le procureur fédéral général a autorité sur ses procureurs généraux. Dans les parquets des *Länder*, la dépendance interne se dédouble. Tout d'abord, les procureurs généraux près les tribunaux régionaux supérieurs ont autorité sur les procureurs adjoints et les assistants ainsi que sur les parquets près les tribunaux régionaux et cantonaux de leur ressort. Ensuite, le chef du parquet près le tribunal régional a autorité sur tous les membres du parquet de son ressort. La dépendance interne suit donc l'organisation verticale des juridictions des *Länder* (tribunal régional supérieur, tribunal régional, tribunal cantonal). Dans le cadre de cette dépendance interne, le supérieur hiérarchique dispose plus spécifiquement de trois prérogatives : l'injonction, la dévolution et la substitution.

La prévision de possibles injonctions¹ du supérieur hiérarchique est assez classique. Elle peut concerner la mise en mouvement de l'action publique (principe de légalité oblige) ou le classement de l'affaire (l'Allemagne connaît des cas de classements en opportunité)². Quoiqu'il en soit, un acte effectué par un parquetier en contrariété avec les injonctions reçues demeure procéduralement valable, les conséquences n'étant que disciplinaires³.

Le droit – ou, mieux, la prérogative – de dévolution (*Devolutionsrecht*)⁴ permet aux chefs des parquets près le tribunal régional supérieur et près le tribunal régional d'opérer lui-même les actes de tout membre du ministère public de son ressort⁵. Il s'agit donc pour le procureur général (tribunal régional supérieur) ou le procureur en chef (tribunal régional) d'exercer lui-même les fonctions de parquetier dans toute affaire traitée par un parquet de son ressort. Ce faisant, le supérieur « rappelle à lui l'affaire »⁶ qu'il avait confiée à l'un de ses parquetiers. Dans le cadre de ce droit de dévolution, le supérieur peut naturellement décider de mettre en mouvement l'action publique⁷, prérogative n'étant donc pas considérée comme un pouvoir propre du parquetier saisi.

¹ Loi sur l'organisation judiciaire allemande (*Gerichtsverfassungsgericht* ou *GVG*), § 147 al. 1 n° 3.

² V. *supra* n° 148.

³ C. ROXIN et B. SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, 29^e éd., C.H. Beck, 2017, p. 55.

⁴ Loi sur l'organisation judiciaire allemande (*Gerichtsverfassungsgericht* ou *GVG*), § 145 al. 1

⁵ W. BEULKE et S. SWOBODA, *Strafprozessrecht*, *op. cit.*, n° 83 : « Auf Grund des Devolutionsrechts sind die ersten Beamten der StA bei den Oberlandesgerichten (die Generalstaatsanwälte) und den Landgerichten (die Leitenden Oberstaatsanwälte) befugt, bei allen Gerichten ihres Bezirks die Amtsverrichtungen der StA selbst zu übernehmen ».

⁶ C. ROXIN et B. SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, *op. cit.*, p. 55 : « [der erste Beamte der StA], der die Sache jederzeit an sich ziehen [...] kann ».

⁷ V. KREY et M. HEINRICH, *Deutsches Strafverfahrensrecht*, *op. cit.*, n° 247.

Le droit de substitution (*Substitutionsrecht*)¹ permet au chef du parquet près le tribunal régional supérieur ou près le tribunal régional de « commettre un autre fonctionnaire que celui originellement compétent »² pour toute affaire traitée par un parquet de son ressort.

Cette dépendance interne, propre à l'organisation hiérarchique du ministère public allemand, se double d'une dépendance externe à l'égard du pouvoir exécutif.

525. La dépendance externe du parquet allemand. La dépendance externe prend la forme d'un droit de surveillance et de direction par le ministre fédéral de la justice pour le parquet fédéral et par les ministres de la justice des différents *Länder* pour les parquets fédérés³. Toutefois, seuls les membres du parquet fédéral sont expressément qualifiés par la loi (fédérale) de fonctionnaires (*Beamte*)⁴. La doctrine parle plus généralement d'un « service administratif (judiciaire) hiérarchiquement bâti » (*hierarchisch aufgebaute [Justiz]Behörde*)⁵. La subordination des parquets aux ministres de la justice considérés se traduit donc par un droit d'injonction externe⁶. Quant aux droits de dévolution et de substitution, seul un droit de substitution, c'est-à-dire la nomination d'un autre parquetier, semble reconnu aux ministres de la justice concernés, le droit de dévolution leur étant dénié du fait qu'ils ne sont pas membres du ministère public⁷.

¹ Loi sur l'organisation judiciaire allemande (*Gerichtsverfassungsgericht* ou *GVG*), § 145 al. 1.

² W. BEULKE et S. SWOBODA, *Strafprozessrecht*, *op. cit.*, n° 83 : « ...einen anderen als den zunächst zuständigen Beamten zu beauftragen ».

³ Loi sur l'organisation judiciaire allemande (*Gerichtsverfassungsgericht* ou *GVG*), § 147 al. 1 n° 1 et 2.

⁴ Loi sur l'organisation judiciaire allemande (*Gerichtsverfassungsgericht* ou *GVG*), § 148 : « Der Generalbundesanwalt und die Bundesanwälte sind Beamte ». Certaines législations locales semblent toutefois avoir fait jusqu'à il y a peu du procureur général près le tribunal régional supérieur un fonctionnaire politique révocable à tout moment et sans obligation de motivation par le ministre. Hans-Heiner Kühne mentionne ainsi en 2015 les *Länder* du Brandebourg, du Mecklembourg-Poméranie-Occidentale, du Schleswig-Holstein et de la Thuringe (*Strafprozessrecht*, *op. cit.*, note 64 p. 109 ; v. sur ce point H. FRANK, « Staatsanwälte als politische Beamte », *DRiZ* 1987, p. 449). En 2018 toutefois, Volker Krey et Manfred Heinrich notent que les procureurs généraux de tous les *Länder* ne sont dorénavant plus des fonctionnaires politiques (*Deutsches Strafverfahrensrecht*, *op. cit.*, n° 252).

⁵ V. par exemple C. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, 25^e éd., C.H. Beck, 1998, p. 49 ; H.-H. KÜHNE, *Strafprozessrecht*, *op. cit.*, n° 140.

⁶ Les instructions du ministre n'ont pas à être rendues publiques : v. dernièrement, refusant l'accès à une telle instruction à une association pour la liberté d'information, Cour fédérale administrative allemande, 28 février 2019, 7 C 23.17.

⁷ W. BEULKE et S. SWOBODA, *Strafprozessrecht*, *op. cit.*, n° 83 ; Meyer-Goßner/Schmitt *GVG* § 147 Rn 1 ; V. KREY et H. MANFELD, *Deutsches Strafverfahrensrecht*, *op. cit.*, n° 250 ; C. ROXIN et B. SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, *op. cit.*, p. 55.

Cette double dépendance du ministère public fait l'objet d'analyses qui, pour leur majorité, ne remettent que peu en cause cette organisation.

2. Les analyses de la dépendance

526. Les atténuations à la dépendance. Cette situation de dépendance du parquet, importée sur le modèle napoléonien par les gouvernements autoritaires forcés de se plier à certaines exigences libérales bien choisies après le printemps 1848¹, est atténuée par trois facteurs.

Le premier, régulièrement souligné², est le principe de légalité des poursuites, qui est toutefois loin d'être absolu, les exceptions d'opportunité étant de plus en plus nombreuses. En dernière analyse, si la loi fait obligation au parquet d'obéir aux instructions reçues, une instruction allant à l'encontre du principe de légalité des poursuites sera considérée comme dénuée de force obligatoire.

Le second facteur est une disposition constitutionnelle, l'article 20 alinéa 3 de la Loi fondamentale, imposant dans un État de droit la soumission des pouvoirs exécutif et judiciaire à la loi et au droit³. Cette soumission concerne naturellement le ministère public⁴. D'une manière plus générale, l'article 20 alinéa 3 impose la primauté de la Constitution et de la loi sur toute l'organisation étatique allemande (*Vorrang von Verfassung und Gesetz*)⁵. Une telle disposition constitue, à l'évidence, un puissant rempart contre toute ingérence

¹ V. *supra* n° 198 et s.

² V. par exemple C. ROXIN et B. SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, *op. cit.*, p. 57 ; V. KREY et H. MANFELD, *Deutsches Strafverfahrensrecht*, *op. cit.*, n° 253 ; W. BEULKE et S. SWOBODA, *Strafprozessrecht*, *op. cit.*, n° 85 ; H.-H. KÜHNE, *Strafprozessrecht*, *op. cit.*, n° 140 ; Meyer-Gofßner/Schmitt GVG § 146 Rn. 3. C. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, *op. cit.*, 1998, p. 52 ; C. ROXIN, « Die Rechtsstellung der Staatsanwaltschaft », *MDR* 1/1951, p. 1 ; K. S. BADER, « Staatsanwaltschaft und Rechtspflege », *JZ* 1956, p. 4. Pour une analyse française, v. E. MATHIAS, *Les procureurs du droit. De l'impartialité du ministère public en France et en Allemagne*, CNRS Editions, 1999, p. 184 ainsi que C. WITZ, *Le droit allemand*, 3^e éd., Dalloz, 2018, p. 90 ou encore M. DELMAS-MARTY (dir.), *Procédures pénales d'Europe*, PUF, 1995, p. 74. V. enfin, affirmant que le ministre, ne faisant pas partie du parquet, n'est pas soumis à la légalité des poursuites qui ne constitue donc qu'une limite indirecte à la subordination, M. SCHAIRER, « Gedanken zum externen Weisungsrecht », dans *Festschrift für Theodor Lenckner*, C.H. Beck, 1998, p. 739, spéc. p. 746.

³ Loi fondamentale allemande (*Grundgesetz* ou *GG*), art. 20 al. 3 : « Le pouvoir législatif est lié par l'ordre constitutionnel, les pouvoirs exécutif et judiciaire sont liés par la loi et le droit. ». V. H. SATZGER, *Chancen und Risiken einer Reform des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens: Gutachten C zum 65. Deutschen Juristentag*, *op. cit.*, p. C 133 ; M. SCHAIRER, « Gedanken zum externen Weisungsrecht », *op. cit.*, spéc. p. 747 ; C. TRENTMANN, « Der politische Staatsanwalt ? », *ZIS* 2/2016, p. 130.

⁴ V. déjà H. HENKEL, *Strafverfahrensrecht*, 2^e éd., Kohlhammer, 1968, p. 135.

⁵ *Jarass/Piero* GG art. 20 Rn. 45 et s.

illégal ou inconstitutionnelle – d’autant que l’alinéa 2 du même article 20 consacre le principe de séparation des pouvoirs au sens constitutionnel du terme¹.

Le dernier élément atténuant la dépendance du parquet allemand est l’organisation fédérale de l’État². En effet, en éclatant et isolant les différents centres d’influence possibles (ministère fédéral de la Justice pour le parquet fédéral, les seize ministères régionaux de la justice pour chacun des parquets fédérés), le fédéralisme allemand réduit *ipso facto* l’importance de cette influence contrairement à une République française toujours empreinte, qu’on le veuille ou non, de jacobinisme³. Tout cela fait dire à Éric Mathias que, même si la soumission du parquet allemand peut paraître « absolue »⁴, « les magistrats du ministère public français ne sont pas moins subordonnés au pouvoir exécutif que les fonctionnaires de la *Staatsanwaltschaft* allemande »⁵. Comme en France, des enquêtes impliquant des politiques sont régulièrement menées par le parquet. Dernière exemple en date, le procureur d’Erfurt a ouvert une enquête à l’été 2018 contre son propre ministre de la Justice, Dieter Lauinger, qui aurait communiqué au président du groupe CDU au Parlement de la Thuringe des informations sur une procédure pénale le concernant⁶. La procédure a finalement été classée le 11 mars 2019.

¹ Loi fondamentale allemande (*Grundgesetz* ou *GG*), art. 20 al. 2 : « Tout pouvoir d’État émane du peuple. Le peuple l’exerce au moyen d’élections et de votations et par des organes spéciaux investis des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire ».

² C. WITZ, *Le droit allemand*, *op. cit.*, p. 90 ; L. VIOLINI, « Separazione delle carriere e indipendenza della magistratura : riflessioni di diritto comparato », *op. cit.*, spéc. n° 4.2. ; S. GLESS *et al.*, « Regards de droit comparé sur la phase préparatoire », dans V. MALABAT, B. DE LAMY et M. GIACOPELLI (dir.), *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale : opinio doctorum*, Dalloz, 2009, p. 203, spéc. p. 228.

³ V. J.-P. JEAN, « Le ministère public entre modèle jacobin et modèle européen », *op. cit.*

⁴ E. MATHIAS, *Les procureurs du droit. De l’impartialité du ministère public en France et en Allemagne*, *op. cit.*, p. 169.

⁵ *Ibid.*, p. 240.

⁶ V. « Vorwurf des Geheimnisverrats Justizminister im Visier der Staatsanwaltschaft », *LTO* 14 août 2018, accessible en ligne sur www.lto.de/persistent/a_id/30325/ (consulté le 24 mars 2019).

527. Des critiques nuancées. Cette subordination reste critiquée par une partie de la doctrine¹ bien que, nous a-t-il semblé², de manière beaucoup moins vive qu'en France³. On présente parfois encore le ministère public comme le « gardien de la loi » (*Wächter des Gesetzes*)⁴ ou comme l'« administration la plus objective du monde » (*objektivste Behörde der Welt*)⁵. On souligne aussi la faible importance pratique des injonctions externes, les plus problématiques⁶.

L'opposition la plus importante, même si tout en nuances, de ces dernières années est sans doute celle d'Helmut Satzger en 2004. Importante non seulement parce que la critique s'inscrit dans une proposition de réforme de l'entière phase préparatoire mais aussi, et surtout, parce qu'il s'agit du rapport mis au vote – il sera rejeté – lors du 65^e *Juristentag* en 2004⁷. Le *Deutscher Juristentag* désigne une association très puissante de juristes allemands fondée en 1860 et comptant aujourd'hui environ cinq mille membres⁸ ainsi que son congrès bisannuel se réunissant à chaque fois dans une ville différente⁹. Lors de ces congrès, plusieurs rapports sont rédigés dans chacune des branches du droit par d'éminents

¹ V. par exemple K. PFÖRTNER, « Staatsanwaltschaft am Bändel der Politik ? », dans H. DIHM et M. PIAZOLO (dir.), *Staatsanwälte zwischen allen Stühlen ? Zur Stellung der Staatsanwaltschaft zwischen den Gewalten*, Akademischer Verlag, 2004, p. 7 ; E.-C. RAUTENBERG, « Staatsanwaltschaft und Gewaltenteilung », *NJ* 2003, p. 169 ; S. DETTE, « Zur Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft », *DRiz* 2014, p. 213 ; H. MEIER-STAUDE, « Frische Pferde für die Kavallerie – Die unendliche Geschichte der Reform der gerichtsverfassungsrechtlichen Regelung über die Staatsanwaltschaft », dans H. DIHM et M. PIAZOLO (dir.), *Staatsanwälte zwischen allen Stühlen ? Zur Stellung der Staatsanwaltschaft zwischen den Gewalten*, Akademischer Verlag, 2004, p. 27.

² Sur l'inéliminable subjectivité de toute comparaison des droits, v. *supra* n° 43.

³ Pour un même constat, v. E. MATHIAS, *Les procureurs du droit. De l'impartialité du ministère public en France et en Allemagne*, *op. cit.*, p. 171-172.

⁴ V. par exemple J. BRÜNING, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, Nomos, 2005, p. 26.

⁵ V. par exemple G. PRECHTEL, *Das Verhältnis der Staatsanwaltschaft zum Ermittlungsrichter. Eine kritische Betrachtung der Mitwirkung des Richters im Ermittlungsverfahren, insbesondere zur Bedeutung des § 162 StPO*, VVF, 1995, p. 62. Il semble que cette expression, due à Franz von Liszt, ait d'abord été employée dans un sens ironique : v. C. TRETMANN, « Der politische Staatsanwalt ? », *ZIS* 2/2016, p. 130. Sur la question de l'objectivité du parquet, v. l'analyse historique de W. WAGNER, « Der objektive Staatsanwalt – Idee und Wirklichkeit », *JZ* 1974, p. 212.

⁶ M. MARKWARDT, « Brauchen wir eine "unabhängige" Staatsanwaltschaft ? Zur Stellung der Staatsanwaltschaft im demokratischen Rechtsstaat », *op. cit.*, spéc. p. 101 ; H.-C. SCHAEFER, « Das Berufsbild der Staatsanwaltschaft », *op. cit.*, spéc. p. 319.

⁷ H. SATZGER, *Chancen und Risiken einer Reform des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens: Gutachten C zum 65. Deutschen Juristentag*, *op. cit.*

⁸ Chiffre avancé par l'association elle-même : www.djt.de/der-verein/ (consulté le 24 janvier 2019).

⁹ Le 72^e *Juristentag* s'est déroulé en septembre 2018 à Leipzig. Le thème abordé pour la matière pénale fut celui de la nécessité d'une réforme de la réglementation du choix et de la mesure de la peine : *Sentencing Guidelines vs. freies richterliches Ermessen – Brauchen wir ein neues Strafzumessungsrecht?* Le rapporteur était le professeur Johannes Kaspar. Le *Juristentag* a rejeté l'introduction de *sentencing guidelines* en Allemagne : v. T. PODOLSKI, « Beschlüsse des 72. DJT : die Wunschzettel der Juristen », *LTO* 28 septembre 2018, accessible en ligne sur www.lto.de/persistent/a_id/31211/ (consulté le 24 mars 2019).

spécialistes et ensuite soumis au vote des deux milles cinq-cents à trois milles cinq-cents participants¹. Le *Juristentag* est une véritable institution de la vie juridique allemande². La critique émise par Helmut Satzger, rapporteur chargé de la question de la réforme de la phase préparatoire du procès pénal lors du *Juristentag* de 2004, a donc une ampleur singulière, même si son rapport ne sera pas voté.

L'auteur aborde la question du renforcement de l'indépendance du ministère public au regard de la policierisation de la procédure mais aussi de la réforme globale qu'il propose. Il s'agirait de passer à une phase préparatoire non seulement participative (*partizipatorische Ermittlungsverfahren*), impliquant un renforcement conséquent des droits des parties privées³, mais aussi communicative (*kommunikative Ermittlungsverfahren*)⁴, avec une réorganisation des échanges d'informations entre les parties privées et le ministère public⁵, et équilibrée (*ausbalancierte Ermittlungsverfahren*) par un renforcement du juge de l'enquête et – enfin – par une amélioration de l'indépendance du ministère public⁶. Après avoir rappelé la situation de dépendance externe et interne du parquet allemand, l'auteur note que les cas d'influences du politique sur le ministère public demeurent quantitativement rares mais suscitent l'attention publique⁷. Écartant en cinq lignes la question des injonctions internes, qui ne posent pas de problème⁸, il aborde plus longuement celle des injonctions externes du ministre. Pour lui,

¹ Chiffre avancé par l'association elle-même : www.djt.de/der-verein/.

² Pour un historique, rappelant que le premier *Juristentag* a réuni, le 28 août 1860, sept cent onze juristes, v. R. M. KIESOW, « Die Tage der Juristen. Der Deutsche Juristentag wird 150 Jahre alt », *Myops* 2010, n° 10, p. 4.

³ H. SATZGER, *Chancen und Risiken einer Reform des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens: Gutachten C zum 65. Deutschen Juristentag*, op. cit., p. C32 et s.

⁴ Cette notion de procédure pénale communicative, qui implique davantage d'échanges entre les acteurs, doit être mis en parallèle avec les interrogations, assez développées en doctrine allemande, sur les liens entre la procédure pénale et la notion de discours : v. en particulier H. RADTKE, « Das Strafverfahren als Diskurs ? », dans *Strafrecht, Biorecht, Rechtsphilosophie : Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber*, C.F. Müller, 2003, p. 375.

⁵ H. SATZGER, *Chancen und Risiken einer Reform des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens: Gutachten C zum 65. Deutschen Juristentag*, op. cit., p. C95 et s.

⁶ *Ibid.*, p. C114 et s.

⁷ *Ibid.*, p. C131 : « Die Debatte dreht sich dabei in erster Linie um die – öffentliche Aufmerksamkeit erregenden, wenngleich zählenmäßig geringen – Fälle politischer Einflussnahme auf die Arbeit der Staatsanwaltschaft ».

⁸ L'auteur indique qu'il s'agit d'une prérogative normale dans le cadre de l'organisation hiérarchisée du ministère public allemand, qui au surplus sert l'égalité d'application de la loi : H. SATZGER, *Chancen und Risiken einer Reform des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens: Gutachten C zum 65. Deutschen Juristentag*, op. cit., p. C131. Cette absence de contestation des injonctions internes est assez classique en Allemagne : v. M. MARKWARDT, « Brauchen wir eine "unabhängige" Staatsanwaltschaft ? Zur Stellung der Staatsanwaltschaft im demokratischen Rechtsstaat », op. cit., spéc. p. 96 et s. ; H.-C. SCHAEFER, « Das Berufsbild der Staatsanwaltschaft », op. cit., spéc. p. 317 ; H. MEIER-STAUDE, « Frische Pferde für die Kavallerie – Die unendliche Geschichte der Reform der gerichtsverfassungsrechtlichen Regelung über die

qui rappelle les deux camps extrêmes du maintien et de l'abolition totale des injonctions externes, une troisième voie pourrait suffire, celle de la suppression des injonctions externes individuelles et de la limitation conséquente aux seules injonctions générales¹ :

« De telles instructions [générales] n'entraînent pas la méfiance de la population quant à des poursuites pénales objectives. Elles sont écrites, transparentes et servent l'objectif légitime d'une application uniforme de la loi et de poursuites uniformes conformément à la politique juridique du gouvernement considéré. Le ministre de la Justice en accepte clairement et sans ambiguïté la responsabilité.

Il en va autrement des instructions individuelles dans les cas concrets. Malgré leur faible nombre, elles ne sont pas seulement très désagréables pour le ministère public concerné, mais façonnent aussi l'image publique d'un parquet lié et intimidé par la politique. Il faut ce faisant garder à l'esprit que de telles instructions ne sont presque jamais données ouvertement et visiblement au monde extérieur. [...] L'image de la justice et de la politique peut être discréditée une fois acquise la désagréable apparence de l'instrumentalisation de la justice. D'autre part, l'abolition du droit d'instruction dans les cas individuels ne modifierait pas la responsabilité parlementaire fondamentale du ministre de la Justice, puisque les pouvoirs de contrôle par des instructions générales demeurent suffisants. »²

Cette proposition, pour mesurée qu'elle soit, correspond à la situation française actuelle où, depuis 2013, les injonctions individuelles du Garde des Sceaux sont interdites. Cependant, le rapport d'Helmut Satzger est rejeté par le *Juristentag*. Le parquet allemand

Staatsanwaltschaft », *op. cit.*, p. 27, spéc. p. 31 ; « Zur Rechtsstellung der Staatsanwaltschaft damals und heute », *DRiZ* 1997, p. 109. V. cependant, demandant le rattachement du parquet au pouvoir judiciaire et, en conséquence, la même indépendance que les juges et donc l'abolition des injonctions internes, W. KANNENBERG, « Stellungnahme der Neuen Richtervereinigung », dans *Die Zukunft von Staatsanwaltschaft und Kriminalpolizei in Deutschland*, Clear Canvas, 2013, p. 44, spéc. p. 48.

¹ Dans le même sens, v. H. MEIER-STAUDE, « Frische Pferde für die Kavallerie – Die unendliche Geschichte der Reform der gerichtsverfassungsrechtlichen Regelung über die Staatsanwaltschaft », *op. cit.*, spéc. p. 32 ; C. TRENTMANN, « Der politische Staatsanwalt ? », *op. cit.*.

² H. SATZGER, *Chancen und Risiken einer Reform des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens: Gutachten C zum 65. Deutschen Juristentag*, *op. cit.*, p. C131-C133 : « Derartige Weisungen begründen nicht das Misstrauen der Bevölkerung in eine objektive Strafverfolgung. Sie sind schriftlich niedergelegt, transparent und dienen dem legitimen Zweck, eine einheitliche Rechtsanwendung und eine einheitliche Strafverfolgung in Übereinstimmung mit den rechtspolitischen Vorstellungen der jeweiligen Regierung durchzusetzen. Der anweisende Justizminister übernimmt insoweit eindeutig und klar die Verantwortung. Anders ist dies hingegen mit den Einzelweisungen in konkreten Fällen. Trotz ihrer geringen Zahl sind sie nicht nur für den betroffenen Staatsanwalt höchst unangenehm, sie prägen in der Öffentlichkeit auch das Bild einer von der Politik gefesselten und gegängelten Staatsanwaltschaft. Dabei ist zu berücksichtigen, dass derartige Weisungen so gut wie nie offen und nach aussen erkennbar erteilt werden. [...] Das Ansehen der Justiz und auch der Politik insgesamt kann hierdurch in Verruf geraten, wenn erst einmal der böse Anschein der Instrumentalisierung der Strafrechtspflege entstanden ist. Eine Abschaffung des Weisungsrechts im Einzelfall würde andererseits an der grundsätzlichen parlamentarischen Verantwortlichkeit des Justizministers nichts ändern, da hinreichende Lenkungsbefugnisse über generelle Weisungen verblieben ».

reste donc l'administration la plus objective du monde... placée sous la dépendance directe du ministère de la Justice fédéral ou du *Land* considéré.

528. Un parquet vent debout contre le droit d'injonction externe ? Les principaux intéressés par la dépendance du ministère public restent les parquetiers eux-mêmes. En 2014, l'association des juges allemands (*Deutscher Richterbund*) commande à l'institut Allensbach un rapport sur la perception du système juridique et judiciaire allemand par les juges et parquetiers. L'une des questions posées était claire : « il est nécessaire d'abolir la possibilité pour le ministre de la justice de donner des injonctions concrètes aux parquetiers quant au traitement de cas concrets. Comment vous positionnez-vous sur ce débat ? »¹. 84 % des magistrats interrogés ont coché la réponse « je suis pour l'abolition du droit d'injonction du ministre de la Justice »². Dans l'édition 2019 du rapport, le taux monte à 86 %³.

Le chiffre impressionne, mais doit sans doute être relativisé. D'une part, la différence de formulation entre la question (abolition des injonctions particulières du ministre) et de la réponse donnée (abolition du droit d'injonction sans autre précision) ne permet pas de savoir si le parquet allemand est, dans son ensemble, favorable à une indépendance externe totale ou simplement à un aménagement de sa dépendance vis-à-vis des ministères de la Justice. D'autre part, si le rapport indique que mille sept cent soixante-dix juges et parquetiers ont répondu à l'enquête, il ne mentionne pas la répartition siège/parquet parmi ce nombre⁴. Si le rapport donne certainement une idée de l'état d'esprit général d'un parquet allemand qui tendrait à exiger plus d'indépendance, il ne permet pas de saisir l'exacte portée de cette revendication. Il faut dire que la place du ministère public au sein de l'ordonnement juridique fait encore l'objet de discussions.

¹ *Roland Rechtsreport 2014. Sonderbericht : das deutsche Rechts- und Justizsystem aus Sicht von Richtern und Staatsanwälten*, 2014, p. 53 : « Es gibt die Forderung, die Möglichkeit der Justizminister, konkrete Weisungen an Staatsanwälte zur Sachbehandlung im Einzelfall zu geben, abzuschaffen. Wie stehen Sie dazu ? ». Le rapport est disponible en ligne sur le site de l'association des juges allemands : www.drb.de.

² *Ibid.*, p. 53 : « Ich bin dafür, die Weisungsbefugnis der Justizminister abzuschaffen ».

³ *Roland Rechtsreport 2019*, 2019, p. 61.

⁴ *Roland Rechtsreport 2014. Sonderbericht : das deutsche Rechts- und Justizsystem aus Sicht von Richtern und Staatsanwälten*, 2014, p. 3.

529. Le problème de la place du ministère public dans le droit allemand. La place exacte du ministère public allemand n'est pas clairement déterminée par la loi¹. Certains auteurs rattacheront le parquet au pouvoir exécutif², parfois avec la précision qu'il ne s'agit pas d'un fonctionnaire comme les autres³. D'autres diront qu'il s'agit d'un organe de l'administration de la justice (*Organ der Rechtspflege*) qui ne se voit cependant pas confier de pouvoir juridictionnel (*Rechtsprechung*)⁴. Mais l'opinion majoritaire semble voir dans le ministère public un entre-deux, *sui generis*⁵, parlant d'organe *autonome* de l'administration de la justice (*selbständiges Organ der Rechtspflege*)⁶ – il s'agit de la dénomination reprise en France pour décrire le parquet allemand⁷ – ou encore d'un « pont entre l'exécutif et le judiciaire »⁸.

Même les juges de Karlsruhe semblent ne pas trop savoir que faire de ce parquet. La Cour constitutionnelle fédérale a en effet considéré que le ministère public était affilié

¹ H.-C. SCHAEFER, « Das Berufsbild der Staatsanwaltschaft », *op. cit.*, spéc. p. 316. Cela a pu poser des problèmes lors des discussions sur la loi des juges (*Richtergesetz*) dans les années cinquante : v. E. SCHMIDT, « Die Rechtsstellung der Staatsanwälte im Rahmen der rechtsprechenden Gewalt und ihre Einbeziehung in das Richtergesetz », *DRiZ* 1957, p. 273 ; K. S. BADER, « Staatsanwaltschaft und Rechtspflege », *JZ* 1956, p. 4.

² V. par exemple *Meyer-Goßner/Schmitt* GVG 10. Titel Rn. 6.

³ V. par exemple C. KOLLER, *Die Staatsanwaltschaft – Organ der Judikative oder Exekutivbehörde ?*, Peter Lang, 1997, p. 381 et s.

⁴ *LR StPO* Einl. Abschn. J. Rn. 55. *Contra*, demandant la modification de l'article 92 de la Loi fondamentale pour prévoir que le pouvoir judiciaire est confié tant au juge qu'au parquet, W. KANNENBERG, « Stellungnahme der Neuen Richtervereinigung », *op. cit.*, spéc. p. 47.

⁵ V. par exemple K. NEHM, « Umfang der Bindung des Ermittlungsrichters an Anträge der Staatsanwaltschaft », dans *Strafverfahrensrecht in Theorie und Praxis. Festschrift für Lutz Meyer-Gossner*, C.H. Beck, 2001, p. 277 ; W. ODERSKY, « Staatsanwaltschaft, Rechtspflege und Politik », dans *Festschrift für Karl Bengl*, C.H. Beck, 1984, p. 57.

⁶ L'expression serait due à E. SCHMIDT, *Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, 2^e éd., Vandenhoeck & Ruprecht, 1964, Tome I, n° 96. Elle est aujourd'hui massivement reprise par la doctrine : v. par exemple V. KREY et H. MANFELD, *Deutsches Strafverfahrensrecht*, *op. cit.*, n° 235 ; C. ROXIN et B. SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, *op. cit.*, p. 56 ; H.-H. KÜHNE, *Strafprozessrecht*, *op. cit.*, n° 130 ; W. BEULKE et S. SWOBODA, *Strafprozessrecht*, *op. cit.*, n° 88 ; C. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, *op. cit.*, p. 52 ; G. PFEIFFER, « Die Anklage », dans *Festschrift für Günter Bemann*, Nomos, 1997, p. 582 ; G. PRECHTEL, *Das Verhältnis der Staatsanwaltschaft zum Ermittlungsrichter. Eine kritische Betrachtung der Mitwirkung des Richters im Ermittlungsverfahren, insbesondere zur Bedeutung des § 162 StPO*, *op. cit.*, p. 54 ; G. DÄHN, « Probleme des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens », *JA* 1979, p. 363 ; W. ODERSKY, « Aktuelle Überlegungen zur Stellung der Staatsanwaltschaft », dans *Festschrift für Kurt Rebmann*, C.H. Beck, 1989, p. 343.

⁷ V. par exemple J. LEBLOIS-HAPPE, « Éléments de cohérence de la procédure pénale allemande. L'équilibre entre les prérogatives du ministère public et celle du juge dans la phase préliminaire du procès », dans *La procédure pénale en quête de cohérence*, Dalloz, 2007, p. 241 ; M. DELMAS-MARTY (dir.), *Procédures pénales d'Europe*, *op. cit.*, p. 75.

⁸ V. par exemple J. DALLMEYER, « Der Richtervorbehalt als Garant staatsanwaltschaftlicher Verfahrensherrschaft im Ermittlungsverfahren », dans *Festschrift für Bernd von Heintschel-Heinegg*, C.H. Beck, 2015, p. 87, spéc. p. 90 : « eine Brücke zwischen Exekutive und Judikative » ; C. ROXIN, « Zur Rechtsstellung der Staatsanwaltschaft damals und heute », *DRiZ* 1997, p. 109. V., pour la désignation par ce qualificatif des parquets allemands et français, N. SALDITT, « Anmerkungen zum Status der Staatsanwaltschaft », dans H. JUNG, J. LEBLOIS-HAPPE et C. WITZ (dir.), *200 Jahre Code d'instruction criminelle – Le bicentenaire du Code d'instruction criminelle*, Nomos, 2010, p. 139, spéc. p. 155.

à la justice d'un point de vue organisationnel (*organische Eingliederung in die Justiz*)¹ tout en appartenant à l'exécutif² et en représentant un organe nécessaire de l'administration de la justice³... Tout cela a fait se demander à certains si l'on ne cherchait pas à faire s'asseoir le parquet allemand « entre toutes les chaises »⁴.

530. L'analyse européenne. La Cour EDH n'a, à notre connaissance, jamais été saisie de la question de l'indépendance du ministère public allemand⁵ – la doctrine consultée ne mentionne d'ailleurs jamais cette institution lorsqu'elle étudie le statut du parquet. Cette absence de jurisprudence peut sans doute s'expliquer par deux raisons. D'une part, l'article 6 de la Convention EDH est inapplicable au ministère public, qui n'est pas une juridiction⁶. Il ne reste donc plus que l'article 5. D'autre part, cet article 5 concerne justement la privation de liberté, et son paragraphe 3 l'exigence de présenter la personne devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires « aussitôt » qu'a lieu la privation de liberté pour en contrôler la légalité. Or la Cour de Strasbourg interprète l'adverbe « aussitôt » comme étant distinct de l'immédiateté et se rapprochant plus de l'imminence⁷. Si l'appréciation doit être faite *in concreto*⁸, la Cour a pu affirmer qu'un délai de quatre jours est en soi trop long⁹ et qu'une présentation au bout de deux jours est conforme à la Convention¹⁰. Le droit allemand prévoit constitutionnellement

¹ Cour constitutionnelle fédérale allemande, 19 mars 1959, 1 BvR 295/58 (BVerfGE 9, 223), spéc. n° 21.

² Cour constitutionnelle fédérale allemande, 20 février 2001, 2 BvR 1444/00 (BVerfGE 103, 142), spéc. n° 42 : « Das gilt auch für Anordnungen der Staatsanwaltschaft, die trotz ihrer Eingliederung in die Justiz zur Exekutive gehört ».

³ Cour constitutionnelle fédérale allemande, 25 septembre 2009, 2 BvR 1113/06 (BVerfGE 32, 216).

⁴ H. DIHM et M. PIAZOLO (dir.), *Staatsanwälte zwischen allen Stühlen ? Zur Stellung der Staatsanwaltschaft zwischen den Gewalten*, Akademischer Verlag, 2004.

⁵ Sur les neuf affaires concernant l'Allemagne ayant donné lieu à un arrêt de la Cour EDH traitant de l'article 5 paragraphe 3, aucun requérant n'invoquait la question de l'indépendance du ministère public. V. Cour EDH, 9 juillet 2015, n° 88/24/09 et 42836/12, *El Khoury c. Allemagne* ; Cour EDH, 6 novembre 2014, n° 67522/09, *Ereren c. Allemagne* ; Cour EDH, 7 mars 2013, n° 15598/08, *Ostendorf c. Allemagne* ; Cour EDH, 3 mai 2011, n° 18120/03, *Bielski c. Pologne et Allemagne* ; Cour EDH, 26 octobre 2006, n° 65655/01, *Chraïdi c. Allemagne* ; Cour EDH, 10 novembre 2005, n° 65745/01, *Dzelili c. Allemagne* ; Cour EDH, 29 juillet 2004, n° 46746/99, *Čevizović c. Allemagne* ; Cour EDH, 5 juillet 2001, n° 38321/97, *Erdem c. Allemagne* ; Cour EDH, 27 juin 1968, n° 2122/64, *Wemhoff c. Allemagne*.

⁶ Cour EDH, 18 octobre 2018, n° 80018/12, *Thiam c. France*, § 70-71.

⁷ Cour EDH, 29 novembre 1988, n° 11209, 11234 et 11266/84, *Brogan et autres c. Royaume-Uni*, § 59.

⁸ Cour EDH, 29 novembre 1988, n° 11209, 11234 et 11266/84, *Brogan et autres c. Royaume-Uni*, § 59.

⁹ Cour EDH, 23 juin 2009, n° 39686/02, *Oral et Atabay c. Turquie*, § 43 ; Cour EDH, 4 octobre 2007, n° 74785/01, *Nastase-Silvestru c. Roumanie*, § 32. V. déjà Cour EDH, 29 novembre 1988, n° 11209, 11234 et 11266/84, *Brogan et autres c. Royaume-Uni*, § 62.

¹⁰ Cour EDH, 29 avril 1999, n° 65642/94, *Aquilina c. Malte*, § 51.

la présentation de toute personne privée de liberté devant le *juge* dans les vingt-quatre heures de la privation de liberté¹. Le parquet allemand ne risque donc pas d'être inquiété !

L'analyse faite par les experts du Groupe d'États contre la corruption (GRECO) est en revanche particulièrement intéressante. Lors du premier cycle d'évaluation de l'Allemagne menée en 2001, les experts notent que « le contrôle politique direct dans des affaires concrètes menées par des procureurs semble limité, et [que] les garanties semblent suffisantes »², appelant à cesser toutefois la nomination des procureurs généraux en tant que fonctionnaires politiques librement révocables dans les quatre *Länder* concernés³ (c'est aujourd'hui chose faite⁴).

Lors de la quatrième évaluation, en revanche, le ton change quelque peu :

« [Le groupe d'évaluation] reconnaît que les ministres n'ont recours à ce droit que dans des cas rares et exceptionnels. Ceci dit, selon un certain nombre d'interlocuteurs, l'obéissance par anticipation des procureurs est un phénomène plus fréquent et le parquet peut être influencé par les ministres d'une manière plus subtile, par exemple par l'intermédiaire d'une conversation téléphonique ou d'une réunion ordinaire ou bien d'un "rapport d'intention" à soumettre au ministère dans les affaires très importantes [...].

[Le groupe d'experts] rappelle, par ailleurs, qu'il est crucial pour restaurer la confiance du public que le ministère public soit – et soit perçu – comme impartial et libre de toute influence indue, surtout lorsque cette influence revêt un caractère politique. [...] *Le GRECO recommande aux autorités allemandes de : (i) envisager l'abolition du droit des ministres de la Justice de communiquer des instructions externes dans des affaires individuelles ; et, au cas où ledit droit ne serait pas aboli, (ii) prendre des mesures appropriées supplémentaires pour veiller à ce que les instructions communiquées par les ministres de la Justice incluent des garanties adéquates de transparence et d'équité et – s'agissant d'une instruction demandant à un procureur de s'abstenir de poursuivre – fassent l'objet d'un contrôle spécifique approprié.* Les Länder devraient être invités à participer à ce processus de réforme. »⁵

¹ Loi fondamentale allemande (*Grundgesetz* ou *GG*), art. 104 al. 3 : « Toute personne soupçonnée d'avoir commis une infraction pénale et provisoirement détenue pour cette raison doit être conduite, au plus tard le lendemain de son arrestation, devant un juge qui doit lui notifier les motifs de l'arrestation, l'interroger et lui donner la possibilité de formuler ses objections ».

² GRECO, *Rapport d'évaluation sur l'Allemagne. Premier cycle d'évaluation*, 8 mars 2002, n° 82.

³ *Ibid.*, n° 84.

⁴ V. KREY et M. HEINRICH, *Deutsches Strafverfahrensrecht*, *op. cit.*, n° 252.

⁵ GRECO, *Rapport d'évaluation sur l'Allemagne. Quatrième cycle d'évaluation*, 10 octobre 2014, n° 204-205 (nous soulignons).

Quoi qu'il en soit, les recommandations des experts du GRECO ne concernent d'une part que les instructions particulières et, d'autre part, que celles émises par l'exécutif. Le parquet allemand reste donc, d'une manière classique (en tout cas pour un français) placé sous l'influence du pouvoir exécutif. La situation italienne surprend alors d'autant plus.

C. L'ancrage italien de l'indépendance

531. Une indépendance étonnante. Le juriste français, passant les Alpes, sera étonné : le ministère public italien est totalement indépendant du pouvoir exécutif et appartient de plein droit à l'autorité judiciaire. Cette analyse est issue de la lecture combinée de plusieurs articles de la Constitution. L'article 101 dispose d'abord que « les juges ne sont soumis qu'à la loi »¹. C'est ensuite l'article 102 qui explique que « la fonction juridictionnelle est exercée par des *magistrats* ordinaires institués et régis par les règles sur l'organisation judiciaire »². Quelques dispositions plus tard, l'article 104 est formel : « la magistrature constitue un ordre autonome et indépendant de tout autre pouvoir »³. L'article 108, lui, prévoit expressément l'indépendance du ministère public près les juridictions spéciales. Enfin, l'article 107 reste la clé de lecture du statut du *pubblico ministero*, précisant successivement que « les magistrats sont inamovibles », que « les magistrats ne se distinguent entre eux que par la diversité de leurs fonctions » et que « le ministère public jouit des garanties établies à son égard par les normes sur l'organisation judiciaire »⁴. Le ministère public fait donc partie, au même titre que le siège, d'une autorité judiciaire totalement indépendante.

Cette indépendance du parquet, très discutée historiquement (1), est aujourd'hui acquise et représente la principale caractéristique du ministère public italien (2).

¹ Constitution italienne (*Costituzione della Repubblica italiana*), art. 101 al. 2.

² Constitution italienne (*Costituzione della Repubblica italiana*), art. 102 al. 1.

³ Constitution italienne (*Costituzione della Repubblica italiana*), art. 104 al. 1.

⁴ Constitution italienne (*Costituzione della Repubblica italiana*), art. 107 al. 1, 3 et 4.

1. L'historique de l'indépendance

532. Avant 1946. Historiquement, la position du ministère public vis-à-vis du pouvoir exécutif a été calquée sur le système français, le Code de procédure pénale ayant traversé Arcole en même temps que le petit caporal. Ainsi la première loi d'organisation judiciaire de l'Italie unifiée disposait-elle que « le ministère public est le représentant du pouvoir exécutif près l'autorité judiciaire et est placé sous la direction du ministre de la Justice »¹. Le Garde des Sceaux était donc « au sommet de cette pyramide »², pouvant admonester, censurer ou suspendre les officiers du ministère public désobligeants³.

Des discussions apparurent très vite, mêlant réflexions sur le caractère public ou non de l'accusation, interrogations sur la légalité ou l'opportunité des poursuites et réflexions sur la nécessaire indépendance du parquet, que nous pouvons résumer comme suit⁴. En dehors de quelques auteurs importants comme Francesco Carrara et surtout Gaetano Filangieri qui prônent une plus grande (Carrara), voire exclusive (Filangieri), implication de la victime dans l'accusation, la majorité de la doctrine s'accorde bien vite sur le caractère nécessairement public de l'accusation. Le débat se déporte alors sur le caractère discrétionnaire ou non du déclenchement de l'action publique. Parmi les tenants d'une mise en mouvement discrétionnaire, on avance parfois la dépendance externe du parquet vis-à-vis du ministre de la Justice, qui pouvait l'empêcher ou le forcer à exercer l'action publique en application de « son devoir de protection de l'ordre public et de veiller à l'exécution des lois pénales »⁵. Quant aux partisans de la légalité des poursuites, à qui l'on faisait remarquer que, justement, le ministère public dépendait du gouvernement, certains répondaient que cette dépendance ne concernait que « son action de vigilance, d'ordre, de discipline, et certainement pas l'action pénale, au regard de laquelle le ministère

¹ Décret royal n° 2626 du 6 décembre 1865, art. 129 al. 1 : « Il Pubblico Ministero è il rappresentante del potere esecutivo presso l'autorità giudiziaria, ed è posto sotto la direzione del ministro della giustizia ».

² G. MONACO, *Pubblico ministero ed obbligatorietà dell'azione penale*, Giuffrè, 2003, p. 38.

³ Décret royal n° 2626 du 6 décembre 1865, art. 143 al. 1 et 2 : « Gli ufficiali del pubblico ministero possono essere ammoniti o censurati dal ministero della giustizia [...]. Il ministro della giustizia può inoltre chiamarli innanzi a sè, acciò rispondano sui fatti ad essi imputati, e sospenderli delle loro funzioni ».

⁴ Pour une présentation détaillée, v. G. MONACO, *Pubblico ministero ed obbligatorietà dell'azione penale*, *op. cit.*, p. 41 et s.

⁵ *Ibid.*, p. 46 : « Tali poteri del ministro della giustizia derivano dal suo dovere di tutelare l'ordine pubblico e di curare l'esecuzione delle leggi penali ».

public était un organe commis par la loi »¹. Une autre partie de la doctrine légaliste réclamait, de manière plus cohérente, l'indépendance du ministère public, partie intégrante du pouvoir judiciaire.

Quoi qu'il en soit, le gouvernement ne s'embarrassait pas de telles considérations. Giuseppe Monaco fait ainsi référence à une circulaire du 6 août 1869 prise par le ministre Michele Pironti et incitant à une plus dure répression des appels de la presse au fédéralisme, vus comme une menace pour le royaume nouveau-né : « les chefs du ministère public manqueraient à leur devoir, et je ne manquerais pas de leur en demander des comptes, s'ils n'étaient pas en ce moment à leurs postes pour frapper ces imprimeurs »².

533. L'Assemblée constituante. Les débats ressurgissent, après l'expérience fasciste de soumission du ministère public au gouvernement³, lors des discussions à l'Assemblée constituante en 1946-1947 et causent « un intense débat »⁴. Les discussions ont lieu au départ, comme pour la police, au sein de la seconde section de la seconde sous-commission de la Commission pour la Constitution, où s'opposent à nouveau Giovanni Leone et Piero Calamandrei⁵.

La position de Giovanni Leone, membre de la démocratie chrétienne, est assez classique : le juge doit être la bouche de la loi, ce qui implique sa totale indépendance, mais la collaboration entre les pouvoirs impose de lui adjoindre un organe de liaison avec le pouvoir exécutif, le ministère public, qui serait alors naturellement soumis au ministre dans une organisation hiérarchique sur le modèle de n'importe quelle fonction publique⁶.

À l'opposé, Piero Calamandrei, membre du parti d'action gravitant autour du parti socialiste, considère que le juge doit décider « en sa conscience » mais qu'il est activé par les agissements du ministère public qui partage avec lui le but du maintien de la légalité.

¹ *Ibid.*, p. 49-50 : « A chi ricordava la dipendenza del pubblico ministero dall'esecutivo si ribatteva che tale subordinazione riguardava esclusivamente la sua azione di vigilanza, di ordine, di disciplina e non certamente l'azione penale, in relazione alla quale il pubblico ministero assumeva la veste di organo della legge ».

² *Ibid.*, p. 53 : « I capi del pubblico ministero mancherebbero al loro dovere, ed io non mancherei di chiederne loro stretto conto, quando non si trovassero in tali momenti fermi al loro posto, per colpire quegli stampanti ».

³ Sur l'importance de l'argument de la réaction à la période fasciste dans les débats actuels sur le ministère public italien, v. I. BOUCOBZA, *La fonction juridictionnelle. Contribution à une analyse des débats doctrinaux en France et en Italie*, Dalloz, 2005, n° 103. Sur le ministère public sous l'ère fasciste, v. G. MONACO, *Pubblico ministero ed obbligatorietà dell'azione penale*, *op. cit.*, p. 60 et s.

⁴ A. GUSTAPANE, *Il ruolo del pubblico ministero nelle costituzione italiana*, BUP, 2012, p. 195.

⁵ Sur leur opposition sur le statut de la police, v. *supra* n° 478 et s.

⁶ Pour une présentation détaillée du projet de Giovanni Leone, v. A. GUSTAPANE, *Il ruolo del pubblico ministero nelle costituzione italiana*, *op. cit.*, p. 196 et s.

Le ministère public est alors analysé comme « un véritable organe judiciaire autonome » (*organo giudiziario vero e proprio*) devant être dans une position similaire à celle du juge et « ne pouvant être placé dans une position de subordination hiérarchique » d'autant plus contradictoire que le parquet est soumis à la légalité des poursuites¹. Piero Calamandrei conclut en martelant que « le ministère public n'est pas un fonctionnaire administratif mais [...] un magistrat, et il doit bénéficier des exigences d'indépendance et d'inamovibilité »².

Les débats de la seconde sous-commission voient ses différents membres se répartir entre les positions de Giovanni Leone et de Piero Calamandrei³ et la formulation de ce dernier l'emporte dans le projet préliminaire adopté : « les magistrats se distinguent entre eux par la diversité de leurs fonctions et non de leurs grades [et] le ministère public jouit de toutes les garanties des magistrats »⁴, inamovibilité et indépendance.

Le feu des débats reprend de plus belle devant l'Assemblée constituante⁵. Se font alors jour des craintes quant à l'équivalence de statut du ministère public et du juge au regard des désaccords théoriques sur la nature des fonctions du premier⁶. Ferdinando Targetti propose le 26 novembre 1947 que soit maintenu le *statu quo* tant que la nature et les fonctions du parquet ne seront pas tranchées⁷. Dans la foulée, Giovanni Leone propose d'ajouter au futur article 107 un dernier alinéa précisant que « le ministère public jouit des garanties établies par les normes sur l'organisation judiciaire ». Son amendement est adopté le jour même. En résulte, ici encore, une disposition de compromis⁸ – voire ambiguë⁹ – qui a pourtant aujourd'hui acquis la force de l'évidence : le parquet italien est totalement

¹ Pour une présentation détaillée du projet de Piero Calamandrei, v. . GUSTAPANE, *Il ruolo del pubblico ministero nelle costituzione italiana*, op. cit., p. 201 et s. Les citations ici reproduites sont celles de Piero Calamandrei citées par Antonello Gustapane.

² « Pertanto il Pubblico Ministero non è funzionario amministrativo, ma [...] un magistrato, e deve godere dei requisiti dell'indipendenza e della inamovibilità » : propos tenus le 10 janvier 1947, v. www.nascitacostituzione.it

³ Pour le détail des discussions et prises de position v. A. GUSTAPANE, *Il ruolo del pubblico ministero nelle costituzione italiana*, op. cit., p. 211 et s. ainsi que le site www.nascitacostituzione.it permettant de naviguer dans les travaux préparatoires de la Constitution italienne.

⁴ Projet de Constitution élaboré par la Commission, art. 99 al. 3 et 4 : « I magistrati si distinguono per diversità di funzioni e non di gradi. Il pubblico ministero gode di tutte le garanzie dei magistrati ».

⁵ Sur lesquels v. A. GUSTAPANE, *Il ruolo del pubblico ministero nelle costituzione italiana*, op. cit., p. 216 et s. ainsi que le site www.nascitacostituzione.it.

⁶ Font part de leurs craintes en particulier les députés Giuseppe Maria Bettiol et Ferdinando Targetti : v. A. GUSTAPANE, *Il ruolo del pubblico ministero nelle costituzione italiana*, op. cit., p. 225.

⁷ « L'Assemblea Costituente ritiene che, fino a quando non sia meglio definita la natura delle funzioni e quindi la figura del pubblico ministero, debbano essere integralmente mantenute le garanzie che per il pubblico ministero stabilisce la legge 31 maggio 1946 » : v. www.nascitacostituzione.it.

⁸ G. MONACO, *Pubblico ministero ed obbligatorietà dell'azione penale*, op. cit., p. 281 et s.

⁹ M. DELMAS-MARTY (dir.), *Procédure pénales d'Europe*, op. cit., p. 367.

indépendant – on a pu parler de « complète équivalence et fongibilité entre siège et parquet »¹.

2. La permanence de l'indépendance

534. Une double indépendance. L'indépendance du parquet, comme celle de *toute la magistrature*, se conçoit à deux niveaux : une indépendance externe, vis-à-vis de l'exécutif, et une indépendance interne², faisant de l'autorité judiciaire un « pouvoir diffus » (*potere diffuso*)³.

535. L'indépendance externe affirmée. Aujourd'hui, si de très rares juristes invoquent encore le dernier alinéa de l'article 107 pour affirmer que la Constitution n'impose pas l'indépendance complète du ministère public⁴, la chose est entendue, au moins juridiquement : le ministère public italien est indépendant. Dans un très important

¹ C. GUARNIERI, *Pubblico ministero e sistema politico*, CEDAM, 1984, p. 23 : « si ha una completa parificazione e fungibilità dei magistrati requirenti e giudicanti ».

² V. R. PARIZOT, « Au nom de l'indépendance : le ministère public en Italie », dans C. LAZERGES (dir.), *Figures du parquet*, PUF, 2006, p. 105, spéc. p. 106 ; S. MOGINI, « L'indépendance du pouvoir judiciaire en Italie », *Rev. pénit.* 2005, p. 527.

³ Ce terme a pour la première fois été avancé, semble-t-il, par E. CAPACCIOLI, « Forma e sostanza dei provvedimenti relativi ai magistrati ordinari », *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 1964, p. 272, spéc. note 4. Il a ensuite été repris par la Cour constitutionnelle (22 octobre 1975, n° 231). C'est aujourd'hui un grand classique de l'analyse de la magistrature italienne. V. I. BOUCOBZA, *La fonction juridictionnelle. Contribution à une analyse des débats doctrinaux en France et en Italie*, op. cit., n° 91.

⁴ V. N. ZANON et F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, 4^e éd., Zanichelli, 2014, p. 227 et s. Nicolò Zanon et Francesca Biondi considère que la Constitution, en prévoyant en son article 107 alinéa 4 que « le ministère public jouit des garanties qui lui sont accordées par les règles relatives à l'organisation judiciaire », renvoie en réalité au législateur ordinaire le soin de fixer le contenu réel de l'indépendance du parquet. En d'autres termes, « la Constitution prévoit que des garanties d'indépendances doivent être reconnues au ministère public, mais ne dit pas quelles doivent être ces garanties » (p. 228). En conséquence, ne doivent pas nécessairement être reconnues au parquet les mêmes garanties d'indépendance que pour le siège (p. 229). Il s'agit d'une interprétation minoritaire selon I. BOUCOBZA, *La fonction juridictionnelle. Contribution à une analyse des débats doctrinaux en France et en Italie*, op. cit., n° 100. Plus précisément, Nicolò Zanon considère que la source de l'indépendance, purement fonctionnelle, du ministère public doit être trouvée dans le principe de légalité des poursuites prévu à l'article 112 de la Constitution : v. N. ZANON, « Le parquet dans le système institutionnel italien », dans B. MATHIEU et M. VERPEAUX (dir.), *Le statut constitutionnel du parquet*, Dalloz, 2012, p. 29.

arrêt du 15 février 1991, les juges de la *Consulta*, reprenant et complétant deux de leurs décisions antérieures¹, sont on ne peut plus clairs :

« Réaliser la légalité dans l'égalité n'est pas concrètement possible si l'organe auquel l'action est confiée dépend d'autres pouvoirs, de sorte que l'indépendance du ministère public est une condition préalable à ces principes. Comme un juge, il n'est soumis qu'à la loi et se qualifie de magistrat appartenant au pouvoir judiciaire et placé en position d'indépendance institutionnelle par rapport à tout autre pouvoir, qui n'affirme pas d'intérêts particuliers mais agit exclusivement pour protéger l'intérêt général du respect de la loi. »²

Le ministère public italien bénéficie donc de toutes les garanties d'indépendance reconnues à l'autorité judiciaire, notamment en matière de nomination, d'avancement et de sanction, qui dépendent du *seul* Conseil supérieur de la magistrature³.

536. Des critiques politiques. Il reste que si des critiques sont régulièrement émises en invoquant le dernier alinéa de l'article 107 de la Constitution, elles émanent essentiellement de la classe politique. L'histoire post-constitutionnelle du ministère public italien, et plus généralement de toute la magistrature italienne, est en effet celle d'un conflit larvé avec la classe politique⁴, explosant parfois lors de crises profondes.

La plus connue reste l'opération dite mains propres (*mani pulite*) ou *Tangentopoli* – littéralement « ville des pots-de-vin » – qui a signé le passage à ce que les italiens appellent la Seconde République⁵. Il s'agit de « la crise institutionnelle la plus profonde traversée par l'Italie »⁶, qui éclate le 17 février 1992 lorsque Mario Chiesa, cadre du parti socialiste, est arrêté en flagrant délit de corruption. S'en suit un enchaînement de

¹ Cour constitutionnelle italienne, 16 décembre 1970, n° 190 ; Cour constitutionnelle italienne, 29 avril 1975, n° 96.

² Cour constitutionnelle italienne, 15 février 1991, n° 81 : « Realizzare la legalità nell'eguaglianza non è, però, concretamente possibile se l'organo cui l'azione è demandata dipende da altri poteri: sicché di tali principi è imprescindibile requisito l'indipendenza del pubblico ministero. Questi è infatti, al pari del giudice, soggetto soltanto alla legge e si qualifica come un magistrato appartenente all'ordine giudiziario collocato come tale in posizione di istituzionale indipendenza rispetto ad ogni altro potere, che non fa valere interessi particolari ma agisce esclusivamente a tutela dell'interesse generale all'osservanza della legge ».

³ Constitution italienne (*Costituzione della Repubblica italiana*), art. 105. V. *infra* n° 566 et s.

⁴ M. G. CIVININI, « Le statut du magistrat en Italie », *RID comp.* 2007, p. 8 ; M. A. CABIDDU, « La "committimus" del cavaliere : a proposito dell'eterno conflitto politica/magistratura », dans *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Giuffrè, 2011, p. 255.

⁵ V. L. CHIARA, « Politica e magistratura negli anni della Seconda repubblica : profili storici », dans A. APPOLONIO (dir.), *Processo e legge penale nella Seconda Repubblica. Riflessioni sulla giustizia da Tangentopoli alla fine del berlusconismo*, Carocci, 2015, p. 25.

⁶ I. BOUCOBZA, *La fonction juridictionnelle. Contribution à une analyse des débats doctrinaux en France et en Italie*, op. cit., n° 3. V. aussi C. MAURO, « Quelle politique pénale en Italie ? », *AJ Pénal* 2012, p. 452.

révélations qui conduiront à la dissolution de la Démocratie chrétienne, parti qui dominait la vie politique italienne depuis l'après-guerre¹. Qu'on imagine : en 1994, quatre-cent-trente-huit parlementaires sont mis en examen². Comme le note Raphaële Parizot, cette crise « a indubitablement contribué à présenter le ministère public italien comme un modèle d'indépendance »³. Antoine Vauchez, lui, affirme plus généralement que « la justice s'impose comme une institution “à part” dans l'État, porte-parole de la “demande de légalité” portée par la société civile »⁴. Émergent alors, entre des scènes de quasi-lynchages et des suicides⁵, la figure de plusieurs magistrats de la *pool* anticorruption du parquet de Milan, en particulier Antonio di Pietro, ce qui n'est pas sans provoquer de remous au sein même de la magistrature⁶. Passée la stupeur, le milieu politique réagit de manière virulente avec la rhétorique du « pas en arrière » (*passo indietro*) que la magistrature devrait faire. Cette lutte entre magistrature et partis politiques explique en bonne partie le mouvement de contre-réforme observée dans les dix premières années du nouveau Code italien, qui aboutira à la modification de la Constitution⁷. Antonio di Pietro, lui, deviendra député puis ministre, ayant fondé son propre parti politique, l'Italie des valeurs (*Italia dei Valori*). Les relations seront de nouveau extrêmement tendues, on s'en doute, lors des différents gouvernements Berlusconi⁸.

Encore très récemment, le parquet italien a refait parler de lui dans l'affaire du *Diciotti*, navire des garde-côtes italiens ayant récupéré en mer cent-cinquante migrants naufragés et bloqué au port de Catane avec interdiction de débarquer pendant une dizaine de jour en août 2018. Le 26 août 2018, le procureur de la République d'Agrigente a notifié à Matteo Salvini, ministre de l'Intérieur, l'information de garantie due à tout mis en cause dans une procédure pénale. Une enquête le vise en effet pour séquestration de personnes

¹ Pour une idée, romancée, de l'ambiance de cette année particulière, v. la série créée par A. FABBRI, L. RAMPOLDI et S. SARDOLA, *1992*, 2015, 10 épisodes. Deux autres saisons sont prévues, traitant des années 1993 et 1994.

² H. RAYNER, « Clientélisme et corruption », dans M. LAZAR (dir.), *L'Italie contemporaine de 1945 à nos jours*, Fayard, 2009, p. 93, spéc. p. 102.

³ R. PARIZOT, « Au nom de l'indépendance : le ministère public en Italie », *op. cit.*, p. 105.

⁴ A. VAUCHEZ, « Entre État et société civile : justice, administration et politique », dans M. LAZAR (dir.), *L'Italie contemporaine de 1945 à nos jours*, Fayard, p. 81, spéc. p. 84-85.

⁵ V. H. RAYNER, « Clientélisme et corruption », *op. cit.*, spéc. p. 102.

⁶ V. A. VAUCHEZ, *L'institution judiciaire remotivée. Le processus d'institutionnalisation d'une « nouvelle justice » en Italie*, LGDJ, 2004, p. 183 et s.

⁷ V. *supra* n° 127.

⁸ V. R. BALDASSARRE, « Il berlusconismo : una fenomenologia politica strettamente intrecciata alle vicende penali del paese », dans A. APPOLONIO (dir.), *Processo e legge penale nella Seconda Repubblica. Riflessioni sulla giustizia da Tangentopoli alla fine del berlusconismo*, Carocci, 2015, p. 37.

dans le cadre de cette affaire. S'agissant d'un ministre, le système italien prévoit que le procureur doit ensuite saisir une section *ad hoc* du tribunal ordinaire qui peut décider, après avoir entendu le ministère public, de classer l'affaire ou bien de demander l'autorisation au parlement de mettre en accusation le ministre¹. Le principal intéressé rouvre alors, à sa manière, le débat sur l'indépendance du parquet : le 22 août, il publiait déjà sur son compte Facebook une tribune se concluant par une sorte de défi à la magistrature : « #arrêtezmoi » (#*arrestatemi*). Le 1^{er} novembre 2018, on apprend que le procureur, entendu par le tribunal des ministres, a demandé le classement de l'affaire. Le ministre de l'Intérieur, en direct sur Facebook, se demande combien d'argent a été dépensée pour cette enquête. Le 22 janvier 2019 toutefois, *le tribunal des ministres de Catane annonce avoir demandé l'autorisation au parlement italien de poursuivre Matteo Salvini*². Celui-ci, toujours sur les réseaux sociaux, lit et commente pendant une quinzaine de minutes cette décision. Cette dernière mentionne notamment le fait que le ministre de l'Intérieur aurait abusé de ses pouvoirs. La réponse de l'intéressé est suffisamment révélatrice de certaines critiques contre l'indépendance du parquet et, plus largement, de toute l'autorité judiciaire :

« C'est ça que... "abusant de ses pouvoirs"...Mais : les juges font leur travail de juge – et je les respecte – et les ministres font leur travail de ministres en exerçant leurs pouvoirs. Eh bien non, selon ces trois messieurs du tribunal de Catane, j'aurais abusé de mes pouvoirs. [...] "Ainsi en a été décidé à Catane"... – on dirait je ne sais quel programme télévisé – "le 7 décembre 2018 par [il nomme les magistrats]", à qui je présente tous mes respects, la bise, une tape dans le dos ! [...] Je demande seulement au peuple italien s'il retient que je dois continuer à être ministre, en exerçant les droits et les devoirs d'un ministre, ou si nous devons demander à tel ou tel tribunal les politiques à mener en matière d'immigration. »³

¹ Constitution italienne (*Costituzione della Repubblica italiana*), art. 96 ; loi constitutionnelle n° 1 du 16 janvier 1989, arts. 6 et s.

² Tribunal de Catane, section des infractions ministérielles, 7 décembre 2018.

³ « È questo che... "abusando dei suoi poteri"...Ma allora, i giudici fanno i giudici e io li rispetto, i ministri fanno i ministri e esercitano i loro poteri. No, secondo questi tre signori del tribunale di Catane, avrei abusato dei miei poteri. [...] "Così deciso in Catania" – sembra qualche trasmissione televisiva – "il 7 dicembre 2018 da [il nomme ensuite les magistrats], a qui vanno i miei pieni rispetti, un bel baccione, un abbraccio ! [...] Chiedo solo al popolo italiano se riteniate che io debba continuare a fare il ministro esercitando i diritti e i doveri del ministro [...] – oppure se dobbiamo domandare a questo o a quel tribunale le politiche sull'immigrazione ».

Le 19 février 2019, la commission des immunités du Sénat italien rejette la demande du tribunal. Ce vote est confirmé, en hémicycle, le 20 mars 2019. La procédure devrait en conséquent être classée.

Notons toutefois que les différentes réformes visant à affaiblir cette indépendance *externe* du parquet n'ont jamais abouti, supposant de modifier la Constitution¹. Le parquet italien bénéficie de plus d'une indépendance interne.

537. Des critiques juridiques ? Le juriste français pourrait voir dans les différents appels de la doctrine en faveur de l'établissement de critères de priorité dans l'exercice de l'action publique² une critique en creux de l'indépendance du ministère public. En réalité, il s'agit plus de critiques faites au principe de légalité des poursuites, qui serait en pratique impossible à réaliser malgré l'exigence constitutionnelle³. L'idée serait d'ailleurs de

¹ Sur la réforme avortée présentée en 2011, qui prévoyait notamment de ne plus viser que les juges comme constituant un ordre autonome et indépendant de tout pouvoir, v. E. DOLCINI, « Esercizio dell'azione penale, divisione dei poteri e prevenzione generale dei reati. Lo spiacevole retrogusto del progetto di riforma costituzionale della giustizia », dans *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Giuffrè, 2011, p. 759. V. aussi G. RICCIO, *Sulla riforma dello statuto del pubblico ministero*, Editoriale Scientifica, 2011.

² Sur cette question, v. L. RUSSO, « I criteri di priorità nella trattazione degli affari penali : confini applicativi ed esercizio dei poteri di vigilanza », *Diritto penale contemporaneo*, 9 novembre 2016, accessible en ligne (www.penalecontemporaneo.it) (consulté le 21 février 2019) ; C. VALENTINI, « L'obbligatorietà dell'azione penale tra criteri di priorità e garanzia di eguaglianza », dans F. R. DINACCI (dir.), *Processo penale e Costituzione*, Giuffrè, 2010, p. 127 ; G. MONACO, *Pubblico ministero ed obbligatorietà dell'azione penale*, *op. cit.*, p. 257 et s. ; M.-L. ZANIER, *L'accusa penale in prospettiva socio-giuridica*, FrancoAngeli, 2012, p. 60 et s. Certains parquet donnent actuellement des critères de priorité en interne. Sur le projet de réforme constitutionnel avorté de 2011, qui prévoyait de reformuler l'article 112 de la Constitution pour prévoir la possibilité d'établir des critères de priorité par la loi, v. E. DOLCINI, « Esercizio dell'azione penale, divisione dei poteri e prevenzione generale dei reati. Lo spiacevole retrogusto del progetto di riforma costituzionale della giustizia », *op. cit.*. En dernière analyse, la loi prévoit depuis 2008 des critères de priorité pour l'enrôlement des affaires, c'est-à-dire dans le cadre de la phase décisive : sur ce point v. E. MARZADURI, « La sospensione dei processi penale nei sui rapporti con la previsione dei c.d. criteri di priorità », dans V. GAROFOLI (dir.), *L'azione penale tra obbligatorietà e discrezionalità*, Giuffrè, 2009, p. 25. Cette disposition ne porte cependant pas atteinte à la légalité des poursuites, qui ne concerne que la mise en mouvement de l'action publique : v. G. SPANGHER, « Relazione di sintesi », dans V. GAROFOLI (dir.), *L'azione penale tra obbligatorietà e discrezionalità*, Giuffrè, 2009, p. 129, spéc. p. 131.

³ Constitution italienne (*Costituzione della Repubblica italiana*), art. 112. Sur la légalité des poursuites, v. *infra* n° 544. Sur l'impossible respect de la légalité des poursuites, v. E. DOLCINI, « Esercizio dell'azione penale, divisione dei poteri e prevenzione generale dei reati. Lo spiacevole retrogusto del progetto di riforma costituzionale della giustizia », *op. cit.*, spéc. p. 765 et s. ; C. VALENTINI, « L'esercizio dell'azione penale tra constatations de apparence et débatto sulla sostanza », dans *Il rito accusatorio a vent'anni dalla grande riforma. Continuità, fratture, nuovi orizzonti*, Giuffrè, 2012, p. 149 ; G. MONACO, *Pubblico ministero ed obbligatorietà dell'azione penale*, *op. cit.*, p. 293 et s. ; M.-L. ZANIER, *L'accusa penale in prospettiva socio-giuridica*, *op. cit.*, p. 24 (cette auteure avance notamment une étude montrant qu'en réalité, les pays où le nombre d'affaires finissant au tribunal est le moins important sont les pays légalistes, p. 23 et s.) ; B. MIGLIUCCI, « Tavola rotonda », dans A. R. CASTALDO (dir.), *Crisi e riforma del sistema penale : giornata di studi in onore di Alfonso M. Stile*, CEDAM, 2016, p. 77, spéc. p. 80. Ce constat semble avoir été fait dès le Code Rocco : C. GUARNIERI, *Pubblico ministero e sistema politico*, CEDAM, 1984, p. 39 et s. ; F. RUGGIERI, *La giurisdizione di garanzia nelle indagini preliminari*, Giuffrè, 1996, note 7 p. 145. V., en français, R.

confier au Parlement, ou plus rarement au Conseil supérieur de la magistrature, le soin de préciser des critères de priorité qui emporteraient l'obligation de poursuivre certaines infractions avant les autres, toutes les infractions demeurant toutefois soumise à la légalité des poursuites et devant donc être poursuivis *in fine*¹. De tels critères de priorité sont actuellement émis par les différents chefs de parquet². Ces critiques concernent donc un principe particulier, la légalité des poursuites, non le statut du parquet en tant que tel. Rares semblent d'ailleurs aujourd'hui les auteurs à remettre en cause l'indépendance externe du ministère public³.

538. L'indépendance interne du parquet italien. Parce que le parquet italien est intégré à la magistrature au même titre et sans singularité par rapport au siège, les différents membres du ministère public ne se distinguent, eux aussi, que par la diversité de leurs fonctions⁴. Aussi n'y a-t-il en principe de hiérarchie ou de subordination ni entre parquets, ni au sein d'un parquet⁵. Toutefois, ces deux hypothèses connaissent des atténuations.

L'indépendance *entre parquets* est atténuée par deux séries de dispositions. Tout d'abord, le Code de procédure pénale fait obligation aux procureurs de parquets différents enquêtant sur des faits connexes de collaborer⁶. Surtout, il est prévu un pouvoir d'évocation

PARIZOT, « Au nom de l'indépendance : le ministère public en Italie », dans C. LAZERGES (dir.), *Figures du parquet*, op. cit., spéc. p. 109 et s. ; A. PERRODET, *Étude pour un ministère public européen*, op. cit., n° 167 et s. V. toutefois, affirmant réussir à traiter toutes les affaires tout en admettant en prioriser certaines en termes de ressources et de temps, le témoignages d'un procureur d'une circonscription moyenne du nord du pays recueilli par M.-L. ZANIER, *L'accusa penale in prospettiva socio-giuridica*, op. cit., p. 135 et s. Il faut dire que le principe de légalité des poursuites n'a jamais imposé d'enquêter et de poursuivre toutes les affaires avec la même intensité : v. D. DÖLLING, « Polizei und Legalitätsprinzip », dans C. GEISLER (dir.), *Das Ermittlungsverhalten der Polizei und die Einstellungspraxis der Staatsanwaltschaften*, KrimZ, 1999, p. 39, spéc. p. 59.

¹ Ce à quoi on a pu répondre que : 1) cela reviendrait à entraîner *de facto* la prescription de toutes les infractions dont la poursuite n'est pas jugée prioritaire (V. GAROFOLI, « La malintesa endiadi tra pubblica sicurezza e durata ragionevole del processo », dans V. GAROFOLI [dir.], *L'azione penale tra obbligatorietà e discrezionalità*, Giuffrè, 2009, p. 3, spéc. p. 9) ; 2) il serait pour le moins étrange que la Parlement, après avoir choisi d'ériger un comportement en infraction, décide immédiatement de ne le voir poursuivre que de manière éventuel (G. MONACO, *Pubblico ministero ed obbligatorietà dell'azione penale*, op. cit., p. 260 et 265). Il reste que l'argument de la prescription de fait des infractions non prioritaires pourrait être minimisé par la récente réforme Orlando rallongeant les délais de prescription.

² Sur l'une des premières circulaires interne de ce genre (2006), dite circulaire Maddalena du nom du procureur de la République de Turin, Marcello Maddalena, v. C. SARZOTI, *Processi di selezione del crimine. Procure della Repubblica e organizzazione giudiziaria*, Giuffrè, 2007, p. 276 et s. Cette circulaire sera approuvée par le Conseil supérieur de la magistrature le 15 mai 2007.

³ V. toutefois, plaçant, *sous le régime de l'ancien Code de procédure pénale*, pour un rattachement du parquet à l'exécutif : C. GUARNIERI, *Pubblico ministero e sistema politico*, op. cit., p. 35 et s. Ce rattachement serait, pour cet auteur, le contrepoids de l'indépendance reconnue au juge (p. 175 et s. ainsi que 180).

⁴ Constitution italienne (*Costituzione della Repubblica italiana*), art. 107 al. 3.

⁵ G. SCARSELLI, *Ordinamento giudiziario e forense*, 4^e éd., Giuffrè, 2013, p. 344.

⁶ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 371 et 371 bis.

(*avocazione*) du procureur général vis-à-vis des parquets de son district. Il s'agit cependant « d'un pouvoir non général, toujours subordonné à des hypothèses législatives limitatives propres à en faire une institution de nature exceptionnelle »¹. Il faut distinguer entre évocation possible et évocation obligatoire. L'évocation par le procureur général est *obligatoire* lorsque la coordination entre parquets n'a pas eu lieu² ; lorsque la substitution immédiate du parquetier chargé de l'affaire qui décide de s'abstenir en raison de circonstances graves est impossible ou n'a pas eu lieu à temps³ ; mais aussi, et surtout, lorsque le ministère public ne se décide pas sur l'exercice de l'action publique à l'expiration du délai de la phase préparatoire accordé et éventuellement prolongé⁴. On a cependant pu noter que la récente réforme de 2017 concernant la durée des enquêtes préliminaires pouvait multiplier les cas d'évocation par le procureur général et, en dernière analyse, porter atteinte à l'indépendance interne des différents parquets de premier degré⁵. Pour rendre possible cette évocation, le procureur général reçoit chaque semaine du secrétariat du procureur de la République les *notizie* (informations qu'une infraction vient d'être commise) pour lesquelles la décision de mise en mouvement de l'action publique n'a pas été prise à temps⁶. L'évocation est enfin *facultative* lorsque le juge pour les enquêtes préliminaires retient de devoir procéder à une audience contradictoire pour décider sur la demande de classement sans suite que lui a présenté le ministère public⁷, mais aussi lorsque, dans la phase décisive, le juge de l'audience préliminaire indique au procureur saisi du dossier que des investigations sont encore nécessaires⁸.

¹ G. CONSO *et al.*, *Compendio di procedura penale*, 8^e éd., CEDAM, 2016, p. 57 : « Il relativo potere non è generalizzato, ma sempre subordinato a tassative previsioni legislative così da caratterizzarsi come istituto di natura eccezionale ».

² Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 372 al. 1 bis. La procédure est cependant particulière.

³ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 372 al. 1.

⁴ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 412 al. 1.

⁵ V. les craintes de la magistrature dont se fait écho Mauro Chiavario, qui souligne que les hypothèses d'évocation par le procureur général étaient, avant la réforme de 2017, d'un usage extrêmement réduit : M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, 7^e éd., Utet, 2017, p. 526. Cette même réforme Orlando a d'ailleurs inscrit le devoir pour le procureur général de veiller à l'observation des dispositions relatives à l'inscription de la *notizia di reato* (information qu'une infraction vient d'être commise) sur les registres du ministère public – participant d'une stratégie plus large de renforcement des pouvoirs du procureur général : v. M. BARGIS *et al.*, *Compendio di procedura penale*, 9^e éd., CEDAM, 2018, p. 58. Sur la réforme de 2017, v. *supra* n° 430.

⁶ Décret législatif n° 271 du 28 juillet 1989 portant normes d'application, de coordination et de transition vers le Code de procédure pénale, art. 127.

⁷ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), arts. 410 al 3 et 412 al. 2.

⁸ Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), art. 421 bis al. 2.

L'indépendance *au sein d'un parquet* a, elle, fait l'objet d'une profonde réforme en 2005-2006¹. Le procureur de la République, chef du parquet, est « titulaire exclusif de l'action publique »² qu'il exerce personnellement ou par *délégation* à d'autres membres du parquet. Dans le cadre d'une telle délégation, le procureur de la République définit les conditions à respecter par le magistrat délégué dans l'exécution de la ou des tâches qui lui sont assignées et peut surtout révoquer la délégation par décret motivé ouvrant une procédure complexe faisant intervenir la Cour de cassation³. Cette réforme, qui peut paraître protectrice à l'œil français, a toutefois été extrêmement critiquée. On a ainsi pu écrire qu'avec cette réforme, « l'indépendance interne est expressément supprimée pour les magistrats du parquet considéré, puisque seul est indépendant dans ce système le procureur de la République et non les autres membres de l'office »⁴. La réforme de 2006 prévoyait enfin que le procureur de la République devait donner son assentiment préalable à toute demande par un substitut d'une mesure de précaution au juge des enquêtes préliminaires (détention provisoire, saisie, etc.)⁵, mais les sections réunies de la Cour de cassation ont indiqué très rapidement que le défaut d'un tel assentiment n'entraînait pas une quelconque sanction procédurale, seulement des suites disciplinaires⁶. La disposition a ainsi perdu quelque peu de son effet.

539. L'analyse européenne. Au vu de l'indépendance complète du ministère public, la Cour EDH n'a bien entendu jamais eu à connaître de cette question. Si l'arrêt Brincat de 1992 est parfois avancé, et si l'Italie a bien été condamnée dans cette affaire, la condamnation se fonde sur la question de l'*impartialité* du parquet italien au regard de l'article 5 paragraphe 3 (contrôle de la privation de liberté par un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires). La Cour, qui relève que l'indépendance du ministère public italien n'est pas contestée, lui reproche de s'être prononcé sur la détention alors qu'il allait être ensuite partie à l'affaire en déclenchant les

¹ Loi n° 150 du 25 juillet 2005 ; Décret législatif n° 106 du 20 février 2006. Sur ces textes, v. R. PARIZOT, « Au nom de l'indépendance : le ministère public en Italie », *op. cit.*, spéc. p. 118.

² Décret législatif n° 106 du 20 février 2006, art. 1 al. 1 : « Il procuratore della Repubblica, quale preposto all'ufficio del pubblico ministero, è titolare esclusivo dell'azione penale e la esercita sotto la propria responsabilità nei modi e nei termini fissati dalla legge ».

³ Décret législatif n° 106 du 20 février 2006, art. 2 al. 2.

⁴ G. SCARSELLI, *Ordinamento giudiziario e forense*, *op. cit.*, p. 349 : « Con il sistema della riforma, la c.d. indipendenza interna è espressamente soppressa con riguardo ai magistrati dell'ufficio del pubblico ministero, poiché in quel sistema è indipendente solo il procuratore capo ma non gli altri addetti all'ufficio ».

⁵ Décret législatif n° 106 du 20 février 2006, art. 3 al. 1.

⁶ Cour de cassation italienne, sections pénales réunies, 22 janvier 2009, n° 8388, *Novi*.

poursuites¹, discours qu'elle tiendra quelques années plus tard pour le cas français. Surtout, l'affaire soumise à la Cour remonte à 1987, soit *deux avant la publication du nouveau Code de procédure pénale, qui enlève toute compétence de contrôle de la privation de liberté au ministère public pour la confier au seul juge.*

540. Leçons comparatives. Le parquet italien offre donc, au même titre que son collègue du siège, le visage d'une institution totalement indépendante d'un point de vue externe et extrêmement autonome d'un point de vue interne, au risque d'une politisation irresponsable. Le contraste est fort avec le système allemand, qui ressemble à s'y méprendre au parquet français. Toutefois, l'expérience italienne s'est révélée riche d'enseignements quant à la nécessité de l'indépendance, en tout cas externe, de *toute* l'autorité judiciaire, parquet compris. Il nous revient maintenant de plaider, dans le cadre de la distribution des pouvoirs proposée, pour l'indépendance des organes chargés de la fonction de décision de mise en mouvement de l'action publique (parquet et police).

§ 2. La nécessité de l'indépendance

541. La complexité de la question de l'indépendance des organes chargés de décider de la mise en mouvement de l'action publique, qui revêt en France une certaine dimension psychodramatique, impose la prudence. Aussi devons-nous longuement détailler les raisons de l'indépendance (A) mais aussi nous employer à lever ou atténuer certaines des objections les plus importantes soulevées par l'indépendance du parquet et de l'organe de police judiciaire nouvellement créé (B).

¹ Cour EDH, 26 novembre 1992, n° 13867/88, *Brincat c. Italie*, § 19 et s.

A. Les raisons de l'indépendance

542. Plusieurs arguments doivent être éprouvés : certains seront inopérants (1), d'autres devraient en revanche emporter la conviction (2).

1. Les arguments inopérants

543. **L'hypothèse Strasbourg ?** Un argument pourrait consister à invoquer la jurisprudence de la Cour EDH sur le ministère public français pour conclure à la nécessité de rendre le parquet indépendant¹. En 2008, les juges strasbourgeois estiment que le procureur français n'est pas un magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires, car « il lui manque en particulier l'indépendance à l'égard du pouvoir exécutif pour pouvoir être ainsi qualifié »². Le gouvernement français ayant porté l'affaire devant la grande chambre, cette critique disparaît deux ans plus tard au profit d'un rappel des grands principes³. Mais la même année, la Cour EDH réaffirme que « les membres du ministère public, en France, ne remplissent pas l'exigence d'indépendance à l'égard de l'exécutif »⁴.

Cette jurisprudence, confirmée depuis⁵, est cependant inapte à plaider la cause de l'indépendance du ministère public⁶. Ce que dit la Cour EDH dans les arrêts *Medvedyev*, *Moulin* et *Vassis* – dont on a pu souligner jusqu'en Italie la portée historique⁷ – c'est que le ministère public ne peut pas, parce qu'il dépend du pouvoir exécutif (problème d'indépendance) *et* parce qu'il est ensuite chargé de mettre en mouvement l'action publique

¹ V. par exemple P. TCHERKESOFF, *Cohérence et légitimité du ministère public*, *op. cit.*, n° 138 et s., qui invoque la jurisprudence de la Cour EDH tant au regard de l'indépendance à donner au ministère public qu'au regard de son impartialité. V. aussi J. FICARA, « Quelle indépendance pour le parquet ? Propositions pour la constitution d'un ministère public français indépendant », *AJ Pénal* 2012, p. 509.

² Cour EDH, 10 juillet 2008, n° 3394/03, *Medvedyev et autres c. France*, § 61.

³ Cour EDH, grande chambre, 29 mars 2010, n° 3394/03, *Medvedyev et autres c. France*.

⁴ Cour EDH, 23 novembre 2010, n° 37104/06, *Moulin c. France*, § 57.

⁵ « La Cour relève d'emblée qu'il ne s'agit pas, en l'espèce, de se prononcer sur le point de savoir si les magistrats du ministère public peuvent être qualifiés de "juge ou (...) autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires" au sens autonome des dispositions de l'article 5 § 3 de la Convention, cette question ayant été tranchée dans son arrêt *Moulin c. France* » : Cour EDH, 27 juin 2013, n° 62736/09, *Vassis c. France*, § 53. V. aussi Cour EDH, 4 décembre 2014, n° 17110/10 et 17301/10, *Ali Samatar et autres c. France*, § 44 ; Cour EDH, 4 décembre 2014, n° 46695/10 et 54588/10, *Hassan et autres c. France*, § 88.

⁶ F. WINCKELMULLER, *La mutation de la mise en état des affaires pénales à l'épreuve des droits européens*, Thèse Strasbourg, 2017, Tome I, n° 544 et s.

⁷ C. MORSELLI, *Modelli processuali in Francia e in Italia*, Giuffrè, 2013, p. 114.

(problème d'impartialité), contrôler les privations de libertés effectuées lors de la procédure¹.

Les différentes décisions ont en effet été rendues au visa de l'article 5 de la Convention EDH, en particulier du paragraphe 3-c imposant la traduction de toute personne privée de liberté devant « un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires »². *En d'autres termes, la jurisprudence de la Cour EDH ne peut pas vraiment être invoquée dans le cadre de nos réflexions pour plaider l'indépendance du parquet, puisqu'elle ne concerne que le contrôle des mesures attentatoires, confié dans la distribution des pouvoirs proposée à un organe juge indépendant et impartial.* Le parquet italien, pourtant indépendant, avait ainsi été condamné sur le même fondement sous l'ancien Code Rocco qui lui conférait un pouvoir en matière de détention³.

Si l'article 5 ne semble pas apte à plaider, dans le cadre de la répartition des pouvoirs envisagée, l'indépendance du ministère public et de la police chargés de décider de mettre

¹ V. par exemple D. REBUT, « L'arrêt Medvedyev et la réforme de la procédure pénale », *D.* 2010, p. 970 ; L. SCHENIQUE, *La réforme de la phase préparatoire du procès pénal*, L'Harmattan, 2014, spéc. n° 388 ; S. GUINCHARD, « L'instrumentalisation de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme dans les débats français sur le statut du parquet », dans *Les droits de l'homme à la croisée des droits. Mélanges en l'honneur du professeur Frédéric Sudre*, LexisNexis, 2018, p. 315. V. aussi M.-L. RASSAT, « À remettre sur le métier : des insuffisances de la réforme de la garde à vue », *JCP G*, 30 mai 2011, act. 632 ; E. BONIS-GARÇON et O. DÉCIMA, « Le parquet et les sirènes de l'indépendance. À propos du projet de loi du 27 mars 2013 et du projet de loi constitutionnelle du 14 mars 2013 », *JCP G* avril 2013, act. 460. V. aussi G. ROUJOU DE BOUBÉE, « La réforme de la garde à vue : commentaire de la loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 », *D.* 2011, p. 1570 ; J.-F. RENUCCI, « La Cour européenne persiste et signe : le procureur français n'est pas un magistrat au sens de l'article 5 de la Convention », *D.* 2011, p. 277 ; P. TCHERKESOFF, *Cohérence et légitimité du ministère public*, *op. cit.*, n° 134 et s. Le problème est donc essentiellement celui de l'impartialité : v. J.-Y. LE BOUILLONNEC, « Le ministère public, acteur majeur de la justice pénale ? », dans S. GUINCHARD et J. BUISSON (dir.), *Les transformations de la justice pénale*, Dalloz, 2014, p. 127, spéc. p. 130 ; F. FOURMENT et L. MORTET, « Le contrôle de l'autorité judiciaire sur les mesures de contrainte : le cas de la garde à vue », dans V. MALABAT, B. DE LAMY et M. GIACOPELLI (dir.), *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale : opinio doctorum*, Dalloz, 2009, p. 171, spéc. p. 175. V. aussi, F. FOURMENT, « Après l'affaire *Moulin*, encore du grain à moudre », *D.* 2011, p. 26.

² Convention EDH, art. 5 al. 3-c. D'autant que, le juge intervenant, en France, au bout de quarante-huit heures, la jurisprudence strasbourgeoise pourrait bien être totalement inapte à plaider une quelconque réforme du ministère public... v. A. CAPPELLO, « La Cour européenne des droits de l'Homme ou le chef d'orchestre de la constitutionnalisation du droit pénal », dans *Entre tradition et modernité : le droit pénal en contrepoint. Mélanges en l'honneur d'Yves Mayaud*, Dalloz, 2017, p. 157, spéc. p. 164. Le problème n'est donc pas tant statutaire que procédural : v. Y. MAYAUD, « Le ministère public, acteur majeur de la justice pénale ? », dans S. GUINCHARD et J. BUISSON (dir.), *Les transformations de la justice pénale*, Dalloz, 2014, p. 135, spéc. p. 142. *Contra*, parlant de critère « trop fragile » pour sauver le système français, v. G. BEAUSSONIE et al., « Contribution à l'étude de la notion "d'autorité judiciaire" », dans V. MALABAT, B. DE LAMY et M. GIACOPELLI (dir.), *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale : opinio doctorum*, Dalloz, 2009, p. 161, spéc. p. 166.

³ Cour EDH, 26 novembre 1992, n° 13867/88, *Brincat c. Italie*, § 19 et s.

en mouvement l'action publique, qu'en est-il d'une éventuelle application *de l'article 6* ?
La Cour EDH s'est très clairement prononcée en octobre 2018 :

« S'agissant des magistrats du parquet, la Cour rappelle que si elle a conclu à l'absence d'indépendance de ces derniers dans l'arrêt Moulin précité, *ce n'est que sous l'angle de l'article 5 § 3 de la Convention s'agissant du contrôle juridictionnel d'une privation de liberté* [...].

En tout état de cause, en l'espèce, le procureur, en tant que partie poursuivante, n'était pas appelé, en cette qualité, à "décider du bien-fondé d'une accusation en matière pénale" au sens de l'article 6 § 1 de la Convention. La Cour rappelle à cet égard que *le ministère public ne saurait être astreint aux obligations d'indépendance et d'impartialité que l'article 6 impose à un "tribunal"* [...]. »¹

La Convention EDH et sa Cour semblent donc ne pas pouvoir fonder, dans la distribution des pouvoirs proposée, l'indépendance du ministère public et de la police.

544. L'hypothèse légaliste ? L'examen des droits allemand et italien pourrait faire surgir un autre argument, ou plutôt une variable qui permettrait d'éviter de trancher la question de l'indépendance du parquet, particulièrement sulfureuse en France. En effet, dans chacun des deux pays, l'indépendance du parquet est couplée, dans les argumentaires doctrinaux et jurisprudentiels, à la question de la légalité des poursuites. En Allemagne, on affirme ainsi que la subordination hiérarchique, externe comme interne, du procureur est limitée par le respect du principe de légalité des poursuites². En Italie, la Cour constitutionnelle a clairement affirmé que la légalité des poursuites vise à « garantir d'une part l'indépendance du ministère public dans l'exercice de ses fonctions et, d'autre part, l'égalité des citoyens devant la loi »³. Pour les juges de la *Consulta*, indépendance et légalité

¹ Cour EDH, 18 octobre 2018, n° 80018/12, *Thiam c. France*, § 70-71 (nous soulignons). V. aussi A. OUDOUL, *L'impartialité des magistrats dans la procédure pénale française à l'aune du droit de la Convention EDH*, *op. cit.*, n° 691.

² V. par exemple C. ROXIN et B. SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, *op. cit.*, p. 57 ; V. KREY et H. MANFELD, *Deutsches Strafverfahrensrecht*, *op. cit.*, n° 253 ; W. BEULKE et S. SWOBODA, *Strafprozessrecht*, *op. cit.*, n° 85 ; H.-H. KÜHNE, *Strafprozessrecht*, *op. cit.*, n° 140 ; *Meyer-Goßner/Schmitt GVG* § 146 Rn. 3. C. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, 25^e éd., C.H. Beck, 1998, p. 52. Pour une analyse française, v. E. MATHIAS, *Les procureurs du droit. De l'impartialité du ministère public en France et en Allemagne*, *op. cit.*, p. 184 ainsi que C. WITZ, *Le droit allemand*, *op. cit.*, p. 90. V. *supra* n° 526.

³ Cour constitutionnelle italienne, 26 juillet 1979, n° 84 : « L'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale [...] é [un] elemento che concorre a garantire, da un lato, l'indipendenza del Pubblico Ministero nell'esercizio della propria funzione e, dall'altro, l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge penale ». V. aussi, affirmant que « Le principe de légalité des poursuites est [...] le point de convergence d'un ensemble de principes de base du système constitutionnel, de sorte que son atténuation modifierait la structure globale du système » : Cour constitutionnelle italienne, sentence n° 88 du 15 février 1991 (« Il principio di obbligatorietà è [...]

des poursuites seraient « les deux faces d'une même médaille »¹. En doctrine, on a même pu écrire que « la légalité des poursuites devrait servir de contrepoids nécessaire et suffisant à un exercice exclusif et politiquement irresponsable de l'action publique par des organes "techniques" »². Nicolò Zanon et Francesca Biondi, qui réfutent le fait que l'indépendance du ministère public découle, comme les magistrats, de l'article 107 de la Constitution, voient dans la légalité des poursuites, prévue à l'article 112, « le fondement de l'indépendance fonctionnelle du ministère public »³. En d'autres termes, (re)mettre sur la table la question de la légalité ou de l'opportunité des poursuites permettrait de contourner tout problème statutaire, puisqu'un passage à la légalité pourrait justifier tant la dépendance en étant un rempart contre les ingérences indues, que l'indépendance en évitant tout arbitraire d'un organe irresponsable politiquement. D'autant que le Conseil constitutionnel a avancé fin 2017 l'opportunité des poursuites pour valider le lien de subordination du parquet à l'exécutif – laissant entendre que l'opportunité serait une source d'indépendance ou, en tout cas, d'atténuation de la dépendance⁴. Toutefois, un tel argument bute sur deux objections.

D'une part – et en dehors du fait qu'une bonne partie de la doctrine française continue à écarter l'option légaliste d'un trait de plume⁵ au motif bien commode que, pour grossir le trait, « tout le monde sait que ça ne marche pas » – argumenter en faveur de l'indépendance du parquet dans le cadre de la distribution des pouvoirs proposée en appelant à la légalité des poursuites ne cadre pas avec l'approche ici retenue, selon laquelle

punto di convergenza di un complesso di principi basilari del sistema costituzionale, talché il suo venir meno ne altererebbe l'assetto complessivo »).

¹ Cour constitutionnelle italienne, sentence n° 420 du 6 septembre 1995 : « si osserva che obbligatorietà dell'azione penale e indipendenza del pubblico ministero sono due facce della stessa medaglia ». V. dans le même sens M.-L. ZANIER, *L'accusa penale in prospettiva socio-giuridica*, op. cit., p. 57. Cette médaille serait le principe d'égalité.

² G. DI FEDERICO, « Presentazione della ricerca : sue caratteristiche e sua rilevanza per un riesame delle nostre strutture requirenti-inquirenti », dans C. GUARNIERI, *Pubblico ministero e sistema politico*, CEDAM, 1984, p. VII, spéc. p. XV : « ...l'obbligatorietà dell'azione penale dovrebbe fungere da necessario e sufficiente contrappeso ad un suo esercizio esclusivo e politicamente irresponsabile da parte di organi tecnici ». V. aussi C. GUARNIERI, *Pubblico ministero e sistema politico*, op. cit., p. 37. V. encore P. TCHERKESSOFF, *Cohérence et légitimité du ministère public*, op. cit., n° 275.

³ N. ZANON et F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, op. cit., p. 237 : « il principio di obbligatorietà dell'azione è il fondamento dell'indipendenza funzionale del pubblico ministero ». Sur la position de ces auteurs quant à l'article 107 de la Constitution, v. *supra* note 4 p. 563.

⁴ Cons. const., 8 décembre 2017, n° 2017-680 QPC, considérant 12 ; *JORF* du 9 décembre 2017.

⁵ V. les neuf lignes consacrées à la question dans le rapport Léger : P. LÉGER (prés.), *Rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale*, 2009. V. aussi le constat de la grande ténacité de la doctrine française fait par Jocelyne Leblois-Happe, l'une des rares auteures à s'intéresser aux fondements théoriques et dogmatiques de l'option entre légalité et opportunité, sans doute parce qu'elle est une comparatiste germaniste : J. LEBLOIS-HAPPE, « Plaidoyer pour la légalité des poursuites », *JCP G* 2010, doctr. 168.

les fonctions exercées dictent le statut. Or *la légalité ou l'opportunité des poursuites ne sont pas la fonction elle-même* – dans un système d'opportunité ou de légalité il y aura toujours une fonction de décision de mise en mouvement de l'action publique – mais bien un *caractère* de la fonction¹. Le statut est, lui, déduit directement de la nature de la fonction, non de ses éventuels caractères. On pourra alors opposer que la question de la légalité ou de l'opportunité des poursuites est elle aussi résolue au regard de la nature de la fonction de décision de mise en mouvement de l'action publique². Certes, mais cela renforce en réalité notre propos : si l'indépendance d'un côté et la légalité/opportunité des poursuites de l'autre sont toutes deux déduites de la nature de la fonction, elles ne peuvent donc se déduire l'une de l'autre. *Ces deux choix procèdent de réflexions parallèles ayant pour point de départ la nature de la fonction de décision de mise en mouvement de l'action publique*. En d'autres termes, ce n'est pas parce que l'on déduit de la fonction l'indépendance de l'organe l'exerçant que cela implique la légalité des poursuites, et vice versa³. Preuve en est, deux systèmes ayant choisi la légalité des poursuites ont chacun un ministère public statutairement opposé (Italie, Allemagne) ; tandis que deux systèmes ayant opté pour un parquet soumis restent fondés l'un sur l'opportunité, l'autre sur la légalité des poursuites (France, Allemagne)⁴. Le statut de l'organe doit être tiré directement de la fonction exercée, non d'un de ses caractères. La question du choix entre légalité et opportunité, dont il ne s'agit pas ici de nier le caractère absolument fondamental pour tout système pénal, ne peut donc simplement pas avoir d'incidence sur la question de l'indépendance de l'organe chargé de la fonction de mise en mouvement de l'action publique dans la répartition envisagée (parquet, police).

¹ V., affirmant au contraire que le choix entre légalité et opportunité semble historiquement avoir été guidé par la volonté de contrebalancer l'absence de responsabilité du gouvernement – aux ordres duquel était soumis le parquet – devant le parlement : C. GUARNIERI, *Pubblico ministero e sistema politico*, op. cit., p. 136 et s. Plus généralement, cet auteur avance que la légalité des poursuites serait liée à la difficile réalisation de la démocratie dans le pays considéré (p. 140).

² V. en particulier les discussions italiennes du XIX^e siècle mentionnées *supra* n° 532.

³ V. en ce sens T. S. RENOUX, « L'apport constitutionnel à la réflexion sur l'évolution du ministère public », dans *Quel avenir pour le ministère public*, Dalloz, 2008, p. 33, spéc. p. 48.

⁴ Où l'on voit ici les intérêts de la comparaison des droits : alors que la doctrine italienne avance parfois qu'indépendance et légalité des poursuites sont intimement liées (v. par exemple G. MONACO, *Pubblico ministero ed obbligatorietà dell'azione penale*, op. cit., p. 276), l'analyse du droit allemand permet de relativiser cette approche et de proposer un dépassement de la question en séparant clairement ces deux aspects.

D'autre part, et parce que la légalité des poursuites n'a jamais signifié, ne signifie pas et ne signifiera jamais l'automatisme des poursuites¹, l'organe chargé de décider sur l'exercice de l'action publique effectuera toujours *un choix*. Par exemple, le ministère public italien doit exercer les poursuites si les conditions du classement sans suite ne sont pas réunies, conditions réunies selon le Code de procédure pénale lorsque « les éléments acquis lors des enquêtes préliminaires ne sont pas aptes à soutenir l'accusation en jugement »² – on dit alors que la *notizia* est infondée. Si cela ne saurait ouvrir, selon la Cour constitutionnelle, « aucune marge de discrétion »³ au parquet, la doctrine fait remarquer qu'en réalité la notion de caractère discrétionnaire (*discrezionalità*) a pour origine, sur le modèle allemand de l'*Ermessen*, « une norme formulée de manière indéterminée non pas accidentellement mais volontairement, de sorte qu'un des éléments constitutifs normatifs se concrétise seulement par rapport à une situation de fait donnée dont la vérification est demandée »⁴ à l'organe agissant. Il lui reste donc, forcément, une marge de manœuvre⁵. Et c'est cette marge de manœuvre qui peut éventuellement impliquer une indépendance, ou une dépendance, y compris dans un système de légalité. C'est dire que la légalité des poursuites n'est pas, en tant que telle, propre à faire pencher la balance pour ou contre

¹ V. J. LEBLOIS-HAPPE, « Plaidoyer pour la légalité des poursuites », *op. cit.*. Dernièrement encore, on a pourtant pu affirmer que la légalité des poursuites imposait qu'« au moins en principe, toute infraction dont l'auteur est connu doit donner lieu à des poursuites » : v. F. HAMON, « L'État de droit et le principe de l'opportunité des poursuites », *Le Débat* 2017, n° 4, p. 107. V. dans le même sens P. TCHERKESSOFF, *Cohérence et légitimité du ministère public*, *op. cit.*, n° 171.

² Code de procédure pénale italien (*Codice di procedura penale*), arts. 405 et 408 renvoyant au Décret législatif n° 271 du 28 juillet 1989 portant normes d'application, de coordination et de transition vers le Code de procédure pénale, art. 125 : « Il pubblico ministero presenta al giudice la richiesta di archiviazione quando ritiene l'infondatezza della notizia di reato perché gli elementi acquisiti nelle indagini preliminari non sono idonei a sostenere l'accusa in giudizio ».

³ Cour constitutionnelle italienne, sentence n° 84 du 26 juillet 1979 : « ...attribuisce al Pubblico Ministero [...] l'esercizio dell'azione penale, senza consentirgli alcun margine di *discrezionalità* nell'adempimento di tale doveroso ufficio » (nous soulignons).

⁴ C. VALENTINI, « L'obbligatorietà dell'azione penale tra criteri di priorità e garanzia di eguaglianza », *op. cit.*, spéc. p. 138 : « il potere discrezionale trova sicuramente origine da una norma fraseggiata in modo non casualmente, ma volutamente indeterminato, così che uno degli elementi della fattispecie normativa si concretizzi solo in relazione ad una data situazione di fatto il cui accertamento è demandato dal legislatore all'[organo] ». Cette approche est nourrie des travaux de la doctrine de droit administratif : v. G. MONACO, *Pubblico ministero ed obbligatorietà dell'azione penale*, *op. cit.*, p. 191 et s., spéc. p. 210 et s.

⁵ V. dans le même sens C. GUARNIERI, *Pubblico ministero e sistema politico*, *op. cit.*, p. 133 et s. ainsi que 144 et s. Pour l'Allemagne, v. V. ERB, « Legalitäts- und Opportunitätsgrundsatz als normative Prinzipien », dans C. GEISLER (dir.), *Das Ermittlungsverhalten der Polizei und die Einstellungspraxis der Staatsanwaltschaften*, *KrimZ*, 1999, p. 27. Il faut en effet toujours avoir à l'esprit que toute procédure pénale, si elle conduit du fait au droit, est aussi un processus de sélection (*Selektionsprozeß*) des « faits » susceptibles d'emprunter le chemin du « droit » : v. W. HEINZ, « Die Abschlußentscheidung des Staatsanwalts aus rechtstatsächlicher Sicht », dans C. GEISLER (dir.), *Das Ermittlungsverhalten der Polizei und die Einstellungspraxis der Staatsanwaltschaften*, *KrimZ*, 1999, p. 125, spéc. p. 126-133.

l'indépendance, ni même à dépasser ou contourner la question statutaire du ou des organes chargés de la fonction de décision de mise en mouvement de l'action publique.

Quels arguments, alors, pour plaider la cause de l'indépendance ?

2. Les arguments retenus

545. Un début d'argument : le parquet européen. Après deux décennies de réflexion¹, paraît le 12 octobre 2017 le règlement instituant un parquet européen², véritable révolution³. Ce parquet aura « compétence pour rechercher, poursuivre et renvoyer devant la justice les auteurs d'infractions portant atteinte au budget de l'Union européenne »⁴. Il s'agit d'un organe indivisible de l'Union doté de la personnalité juridique et fonctionnant comme un parquet unique organisé à un double niveau, central et décentralisé⁵. Le niveau central est composé de plusieurs structures, dont le Bureau central et le chef du parquet européen⁶, ses adjoints ainsi que les procureurs européens. Le niveau décentralisé renvoie, lui, à des procureurs européens délégués affectés dans les États membres. Le règlement est très clair quant à l'indépendance de *tous* les membres du parquet européen, consacrant un article spécifique à la question :

« Le Parquet européen est indépendant. Le chef du Parquet européen, ses adjoints, les procureurs européens, les procureurs européens délégués, le directeur administratif ainsi que le personnel du Parquet européen, dans l'exercice des fonctions qui leur sont dévolues

¹ Sur lesquelles v. J-F. THONY, « Genèse du parquet européen », *AJ Pénal* 2018, p. 276 ainsi que F. ANDREONE, « L'institution du Parquet européen », *RUE* 2018, p. 43 et F. WINCKELMULLER, *La mutation de la mise en état des affaires pénales à l'épreuve des droits européens*, *op. cit.*, Tome I, n° 275 et s. Les premières volontés de créer un parquet européen remonte aux années quatre-vingt-dix et plus encore au *Corpus juris* de 1997 : v. C. HAGUENAU-MOIZARD, F. GAZIN et J. LEBLOIS-HAPPE, *Les fondements du droit pénal de l'Union européenne*, Larcier, 2016, p. 173.

² Règlement (UE) 2017/1939 du Conseil du 12 octobre 2017 mettant en œuvre une coopération renforcée concernant la création du Parquet européen.

³ V. déjà P. BEAUVAIS, « Les acteurs institutionnels de l'espace pénal européen », *Dr. pén.* 2010, étude 18.

⁴ P. CSONKA, « Le parquet européen : le nouvel acteur de l'espace judiciaire européen », *AJ Pénal* 2018, p. 283. V. aussi Règlement (UE) 2017/1939 du Conseil du 12 octobre 2017 mettant en œuvre une coopération renforcée concernant la création du Parquet européen, art. 4.

⁵ Règlement (UE) 2017/1939 du Conseil du 12 octobre 2017 mettant en œuvre une coopération renforcée concernant la création du Parquet européen, arts. 3 et 8. V., parlant de « double visage », P. BEAUVAIS, « Lecture analytiques guidées. Quel modèle de Parquet ? », *Rev. sc. crim.* 2018, p. 625.

⁶ Début mars 2019, étaient en lice pour le poste de chef du parquet européen la roumaine Laura Codruta Kövesi, le français Jean-François Bohnert et l'allemand Andrés Ritter, même si ce dernier semble avoir peu de chances : v. H. SULIAK, « Neuer Chefankläger für EU-Staatsanwaltschaft : Deutscher Kandidat aus dem Rennen ? », *LTO* 4 mars 2019, accessible en ligne sur https://www.lto.de/persistent/a_id/34183/ (consulté le 24 mars 2019).

par le présent règlement, agissent dans l'intérêt de l'Union dans son ensemble, au sens de la législation, et ne sollicitent ni n'acceptent d'instructions d'aucune personne extérieure au Parquet européen, d'aucun État membre de l'Union européenne, ou d'aucune institution, d'aucun organe ou organisme de l'Union. Les États membres de l'Union européenne et les institutions, organes et organismes de l'Union respectent l'indépendance du Parquet européen et ne cherchent pas à l'influencer dans l'exercice de ses missions. »¹

Cette indépendance a cependant pour « contrepartie »² l'obligation de rendre des comptes au Parlement, au Conseil et à la Commission par l'établissement d'un rapport annuel, chacune de ses institutions pouvant saisir la Cour de justice de l'Union européenne aux fins de destitution du chef du parquet européen³. L'exigence d'indépendance est de nouveau mentionnée pour les choix du chef du parquet européen, ses adjoints, les procureurs européens mais aussi pour *les procureurs européens délégués*⁴. L'indépendance est, définitivement, un des principes qui « président l'établissement du parquet européen »⁵. Toutefois, Pascal Beauvais note que la procédure de nomination des procureurs européens délégués ressort essentiellement du domaine des États membres, ce qui pourrait faire craindre le maintien d'une coloration politique à la nomination dans certains États⁶.

Si « le statut du parquet dans les différents États membres est donc sans influence sur l'indépendance du parquet européen »⁷, certains estiment à l'inverse que l'indépendance du parquet européen pourrait avoir des conséquences sur la dépendance du ministère public français. Ainsi Thomas Cassuto avance que « la mise en œuvre au plan national du parquet européen devrait appeler une réforme constitutionnelle qui ne saurait

¹ Règlement (UE) 2017/1939 du Conseil du 12 octobre 2017 mettant en œuvre une coopération renforcée concernant la création du Parquet européen, art. 6 al. 1.

² Règlement (UE) 2017/1939 du Conseil du 12 octobre 2017 mettant en œuvre une coopération renforcée concernant la création du Parquet européen, point 18 du préambule.

³ Règlement (UE) 2017/1939 du Conseil du 12 octobre 2017 mettant en œuvre une coopération renforcée concernant la création du Parquet européen, art. 6 al. 2 ainsi qu'arts. 7 et 14 al. 5.

⁴ Règlement (UE) 2017/1939 du Conseil du 12 octobre 2017 mettant en œuvre une coopération renforcée concernant la création du Parquet européen, arts. 14 à 17.

⁵ F. ANDREONE, « L'institution du Parquet européen », *op. cit.* V., parlant de constance de l'indépendance dans les différents projets de parquets européens, F. WINCKELMULLER, *La mutation de la mise en état des affaires pénales à l'épreuve des droits européens*, *op. cit.*, Tome II, n° 1154 et s.

⁶ P. BEAUVAIS, « Lecture analytiques guidées. Quel modèle de Parquet ? », *op. cit.* Les procureurs européens délégués sont nommés, après désignation par leur État respectif, par le collège, instance de direction du parquet européen, qui peut s'opposer à la nomination si le candidat ne remplit pas les conditions d'aptitudes exigées par le règlement. L'auteur note aussi que la réussite de l'indépendance du parquet européen suppose que ses membres « respectent l'esprit comme la lettre du règlement du 12 octobre 2017 et privilégient leur affiliation temporaire à cet organe de l'Union sur leur loyauté à l'égard de leur autorité ou corps national d'appartenance ». Dans le même sens, rajoutant la crainte issue de la vocation des membres français du parquet européen à réintégrer leur corps d'origine, v. F. WINCKELMULLER, *La mutation de la mise en état des affaires pénales à l'épreuve des droits européens*, *op. cit.*, Tome II, n° 1162 et s.

⁷ J.-F. THONY, « Genèse du parquet européen », *op. cit.*

se satisfaire d'un statut spécial réservé à un parquet spécialisé, quand bien même il s'agirait du parquet national financier »¹.

La création d'un parquet européen indépendant plaide, c'est incontestable, en faveur de l'indépendance du ministère public français et, plus largement, de tout organe appelé à exercer la fonction de décision de mise en mouvement de l'action publique². Le préambule du règlement ne souligne-t-il pas que « *puisque* le Parquet européen doit être investi de pouvoirs d'enquête et de *poursuite*, il convient de mettre en place des garde-fous institutionnels pour garantir son *indépendance* ainsi que son obligation de rendre des comptes aux institutions de l'Union »³ ? Si la mention de l'obligation de rendre des comptes renseigne sur l'une des plus importantes objections à l'indépendance totale⁴, le lien de cause à effet que le règlement établit entre les fonctions exercées et l'indépendance statutaire nous ramène à la question unique et essentielle : *la fonction de décision de mise en mouvement de l'action publique implique-t-elle l'indépendance de l'organe l'exerçant ?* Cette nécessité doit être envisagée sous l'angle de l'indépendance externe et interne.

546. La titularité de la fonction de décision de mise en mouvement de l'action publique implique-t-elle l'indépendance externe de l'organe l'exerçant ? Pour répondre à cette question, il convient de revenir à la fonction considérée. Celle-ci consiste en l'activité visant à décider de faire usage ou non de la possibilité juridiquement reconnue de s'adresser à un organe détenteur de la juridiction pénale pour qu'il tranche en droit une prétention émanant du droit de punir⁵. Ce faisant, c'est l'exercice de cette fonction qui va

¹ T. CASSUTO, « La collaboration entre le procureur européen et les parquets nationaux », *AJ Pénal* 2018, p. 279. V. aussi C. MAURO, « Procureur de la République et procureur européen : mêmes enjeux », *AJ Pénal* 2011, p. 119 ; L. CADIEU, « Statut du parquet : le retour. Mais lequel ? », *Procédures* 2017, repère 8.

² Doit aussi être mentionnée l'indépendance du Bureau du Procureur près la Cour pénale internationale, statutairement garantie : v. Statut de Rome de la Cour pénale internationale, art. 42 al. 1 : « *Le Bureau du Procureur agit indépendamment en tant qu'organe distinct au sein de la Cour. Il est chargé de recevoir les communications et tout renseignement dûment étayé concernant les crimes relevant de la compétence de la Cour, de les examiner, de conduire les enquêtes et de soutenir l'accusation devant la Cour. Ses membres ne sollicitent ni n'acceptent d'instructions d'aucune source extérieure* » (nous soulignons). Le Procureur est élu au scrutin secret par l'Assemblée des États Parties, à la majorité absolue pour un mandat non renouvelable de neuf années (al. 4). Sur ce point, v. M. JACQUELIN, « Le Bureau du Procureur près la Cour pénale internationale, enfant d'une métamorphose », dans C. LAZERGES (dir.), *Figures du parquet*, PUF, 2006, p. 237.

³ Règlement (UE) 2017/1939 du Conseil du 12 octobre 2017 mettant en œuvre une coopération renforcée concernant la création du Parquet européen, point 16 du préambule.

⁴ V. *infra* n° 550 et s.

⁵ V. *supra* n° 144 et s.

déterminer la réalisation de la fonction ultime, la juridiction¹. La place cardinale de la décision sur l'exercice de l'action publique apparaît clairement, qui *conditionne l'existence même de la juridiction pénale*. En ce sens, elle est le véritable « *input* de la justice pénale »², selon l'expression bien trouvée de la doctrine italienne.

L'approche la plus éclairante de la fonction de décision sur l'exercice de l'action publique nous vient sans doute d'un processualiste à l'origine civiliste, Piero Calamandrei, qui critique le système en vigueur avant la Constitution italienne. Pour cet auteur, le ministère public a une activité de stimulation de l'activité du juge, tant en matière civile que pénale. S'il n'exerce pas lui-même directement la juridiction, il requiert que les organes compétents le fassent. C'est-à-dire qu'il requiert des juges qu'ils appliquent la loi. On comprend alors que le ministère public, qui partage en réalité le même intérêt à l'application de la loi que le juge – mais ne l'exerce pas – ne peut en aucune façon être organisé de manière administrative mais doit au contraire être un véritable organe judiciaire³. L'auteur résume :

« La première et plus notable forme d'ingérence du politique dans la justice est ce que nous pourrions appeler l'ingérence préventive, qui consiste en la chose suivante : l'autorité gouvernementale, alors même que sont concrètement réunies les conditions préalables factuelles précises appelant sans discussion possible, et en vertu d'une norme juridique préexistante, l'intervention de l'autorité judiciaire, empêche ou retarde, par des considérations essentiellement politiques, l'entrée en action de celle-ci [...]. Cela peut advenir, comme chacun le sait, dans le champ de la justice pénale, où l'action est exercée par l'État comme titulaire du droit de punir, et en son nom par le ministère public organe de nature essentiellement administrative, placé dans notre organisation sous la dépendance hiérarchique du ministre de la Justice. [...] *Dire d'un côté que la justice est indépendante de la politique, et de l'autre laisser au gouvernement la faculté de décider sur la base de considérations politiques si la justice doit ou ne doit pas suivre son cours ; affirmer d'une part que la loi est égale pour tous, et laisser de l'autre au pouvoir exécutif la faculté de la faire observer seulement dans les cas qui ne déplaisent ni au parti ni au gouvernement est*

¹ La fonction juridictionnelle consiste vraisemblablement à dire en droit que la loi pénale a été violée par une personne et que la prétention punitive de l'État de voir constater une telle violation puis réaliser le droit pénal est fondée : v. *supra* n° 144 et s. V. aussi, affirmant que « la décision du procureur au stade de l'opportunité des poursuites lui permet de sélectionner, parmi les infractions portées à sa connaissance, celles qui doivent être ou non soumises au siège » : C. VIENNOT, *Le procès pénal accéléré. Étude des transformations du jugement pénal*, Dalloz, 2012, n° 57.

² C. GUARNIERI, *Pubblico ministero e sistema politico*, *op. cit.*, p. 1.

³ P. CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, CEDAM, Casa editrice dott. Antonio, 1944, Tome II, p. 511-513.

un tel contresens qu'il n'est pas nécessaire de lui consacrer beaucoup de mots pour en révéler toute l'énormité. »¹

Si ces lignes ont été écrites en 1921, à une époque où le parquet italien était soumis au Garde des Sceaux, ne gardent-elles pas toute leur valeur pour le système français actuel ? *Parce que la décision de mise en mouvement de l'action publique conditionne la fonction juridictionnelle et participe ainsi de l'œuvre de justice, elle doit indéniablement bénéficier des mêmes garanties, sous peine de ruiner l'indépendance d'exercice de la juridiction*². Serge Guinchard et Jacques Buisson notent en ce sens que « l'action publique entre dans le pouvoir juridictionnel du procureur de la République »³ pour lequel le magistrat du ministère public doit être indépendant, sous peine d'atteinte à la séparation des pouvoirs. Si nous nous écartons de l'analyse de l'action publique comme une fonction juridictionnelle⁴, il n'en demeure pas moins que l'exigence est juste. La décision sur l'exercice de l'action publique est la clé de la fonction juridictionnelle. Il serait tout de même assez peu logique de proclamer le libre accès à la maison et d'y poster un vigile prenant ses ordres du voisin d'en face...

Il pourrait toutefois être opposé que la dépendance externe des organes chargés de décider de mettre en mouvement l'action publique ne ruine pas totalement l'indépendance de la fonction juridictionnelle puisque, en France, la *victime* peut se constituer partie civile par voie d'action et activer ainsi la fonction juridictionnelle, contrepoids au ministère public. Outre le fait que nous avons déjà mis en exergue les possibles errements de l'esprit de l'égalité des armes faisant des personnes privées les égales du parquet⁵, deux contre-

¹ P. CALAMANDREI, « *Governo e magistratura* », discours tenu à Sienne en 1921, dans P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, Morano, 1966, Tome II, p. 195 : « La prima forma, e la più nota, di ingerenza della politica nella giustizia, è quella che potremmo chiamare ingerenza preventiva, consistente in ciò: che l'autorità governativa, sebbene si siano verificati in concreto i precisi presupposti di fatto che richiederebbero senz'altro, in virtù di una norma giuridica preesistente, l'intervento dell'autorità giudiziaria, impedisce o ritarda, per considerazioni essenzialmente politiche, l'entrata in azione di questa [...] ciò può avvenire, come tutti sanno, nel campo della giustizia penale, in cui l'azione è esercitata dallo Stato come titolare del diritto di punire, e per esso dal P.M. organo di natura essenzialmente amministrativa, posto nel nostro ordinamento alla dipendenza gerarchica del Ministro della Giustizia [...] *Dire da un lato che la giustizia è indipendente dalla politica, e dall'altra lasciare al governo la facoltà di decidere in base a considerazioni politiche se la giustizia debba o non debba seguire il suo corso; affermare da una parte che la legge è uguale per tutti, e dall'altra lasciare al potere esecutivo la facoltà di farla osservare soltanto nei casi in cui ciò non dispiace al partito che è al governo, è tale un controsenso, che non importa spendervi su molte parole per rilevarne tutta la enormità* » (nous soulignons). Cité par G. SCARSELLI, *Ordinamento giudiziario e forense*, op. cit., p. 331.

² « L'indépendance est indissociable de l'exercice des fonctions judiciaires » : G. BEAUSSONIE *et al.*, « Contribution à l'étude de la notion "d'autorité judiciaire" », op. cit., spéc. p. 163.

³ S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, op. cit., n° 1480.

⁴ V. *supra* n° 144 et s.

⁵ V. *supra*, n° 28 et s.

arguments nous paraissent déterminants. Tout d'abord, un tel remède à l'ingérence de l'exécutif suppose non seulement une victime, mais encore une victime qui souhaite agir. Ensuite, et surtout, cela est en réalité sans rapport, puisque l'ingérence du pouvoir exécutif, ne vaut, d'après les textes, que pour ordonner la mise en mouvement de l'action publique, non pour imposer l'inertie¹. Or la victime ne joue son rôle de contrepoids – admettons – que si, par hypothèse, le ministère public ne fait rien, inertie qui est en théorie extérieure à toute dépendance. C'est dire que l'argument d'une victime contrepoids, outre le fait de confondre droits et pouvoirs, ne peut rien contre la *nécessité de garantir, au vu des fonctions exercées, l'indépendance externe des organes parquetier et policier*. La question des droits de la victime doit intervenir une fois la distribution des pouvoirs déterminée et le retour du déséquilibre évité.

Enfin, il pourrait être avancé que l'étape franchie par la loi de 2013 qui a supprimé les injonctions particulières du ministre de la Justice mais maintenue les injonctions générales – ce que certains réclament d'ailleurs en Allemagne – suffit à rendre indépendant le ministère public français. C'est oublier que le garde des Sceaux peut toujours faire pression sur le parquet général pour qu'il délivre des instructions individuelles au procureur de la République. La loi de 2013 n'a en effet rien changé à la dépendance interne du parquet, véritable circuit de secours de la dépendance externe². De même, l'obligation de rapport du procureur de la République au procureur général et du procureur général au ministre a été maintenue et pose problème³. Tout lien doit donc être coupé avec l'exécutif et *une indépendance externe totale doit être garantie à tout organe de décision de mise en mouvement de l'action publique*⁴.

Reste à savoir si la fonction exercée implique aussi l'indépendance externe.

547. La titularité de la fonction de décision de mise en mouvement de l'action publique implique-t-elle l'indépendance interne de l'organe l'exerçant ? En d'autres

¹ Code de procédure pénale français, art. 36.

² F. WINCKELMULLER, *La mutation de la mise en état des affaires pénales à l'épreuve des droits européens*, *op. cit.*, Tome I, n° 393 et s.

³ Code de procédure pénale français, arts. 39-1 al. 2 et 35 al. 3. V. F. FOURMENT, « Le ministre de la Justice, le ministère public et les affaires individuelles, dix ans après la loi du 9 mars 2004 », *Gaz. Pal.* 21 août 2014, p. 227.

⁴ L'idée d'un *statu quo* agrémenté de la création d'un procureur spécial complètement indépendant mais compétent uniquement pour les affaires politiques nous paraît, le lecteur l'aura compris, s'arrêter au milieu du gué : v. H. LEHMAN, « Poser le parquet au bon endroit », *AJ Pénal* 2018, p. 356.

termes, le ou les organes de décision de mise en mouvement de l'action publique peuvent-ils être organisés d'une manière hiérarchisée ? À l'évidence, le cordon coupé avec l'exécutif, rien ne s'y oppose. Au contraire. L'activité visant à décider de faire usage ou non de la possibilité juridiquement reconnue de s'adresser à un organe détenteur de la juridiction pénale peut tout à fait connaître, au sein d'un organe indépendant de tout autre acteur, une répartition hiérarchisée impliquant des pouvoirs de contrôle voire, pourquoi pas, d'évocation à l'italienne¹.

Bien plus, un tel système participerait d'un sous-équilibre des pouvoirs interne à l'organe considéré et propre à éviter tout risque d'arbitraire. La situation interne actuelle du parquet français ne devrait donc pas forcément être repensée. En effet, la dépendance interne ne pose de réel problème que lorsqu'elle se double d'une dépendance externe, puisque c'est par celle-ci qu'arrivent les considérations extérieures à la justice et à la loi. La remontée d'information sur les soupçons d'un procureur de la République à son procureur général concernant la possible fraude fiscale d'un député est légitime puisqu'elle permet à l'organe entier du ministère public d'être à même de prendre une décision raisonnée. Elle l'est beaucoup moins lorsqu'elle se double d'une remontée du procureur général au ministre. La dépendance externe entraîne donc avec elle le risque d'une utilisation anormale de la dépendance interne, sorte de circuit de secours. Mais à partir du moment où tout reste dans l'organe judiciaire, police ou parquet, chargé de décider sur l'exercice de la fonction publique, l'organisation intraorganique importe peu, et son caractère hiérarchisé pourrait même contribuer à un équilibre interne.

548. Pour l'indépendance externe des organes chargés de décider de mettre en mouvement l'action publique. La fonction même exercée par la police et le ministère public en tant qu'organes de poursuite implique leur nécessaire indépendance externe, afin que l'accès à la juridiction ne soit pas modulable ni modulé par des considérations extérieures à la justice. Police judiciaire et parquet devraient donc être totalement détachés du pouvoir exécutif et jouir de toutes les garanties d'indépendance propres à l'autorité judiciaire, sans particularisme. En bref, « la procédure pénale moderne ne peut se fonder sur le recours à un parquet organisé selon les règles héritées du premier empire »².

¹ Sur ce pouvoir d'*avocazione* reconnu au parquet général italien, v. *supra* n° 162 et n° 538.

² D. GUÉRIN, « Les droits de la défense et de la partie civile dans la phase préparatoire du procès pénal selon le rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale », *Dr. pén.* 2009, dossier 6.

Toutefois, de nombreuses objections sont soulevées, en France, contre un tel passage vers une autorité judiciaire uniformément indépendante. Il convient donc de tenter de les lever.

B. La levée des objections

549. L'indépendance externe totale des organes chargés de décider de la mise en mouvement de l'action publique se heurte à certaines objections. Comme le note Jean-Paul Jean, l'indépendance entraînerait une « coupure radicale du lien entre politique criminelle et pouvoir exécutif [qui] ne paraît pas compatible avec la responsabilité politique qui s'attache à la conduite des politiques publiques dont fait partie la politique pénale »¹. En somme, le parquet indépendant (puisque les débats tournent actuellement autour de lui) *n'aurait pas la légitimité démocratique pour mener une politique pénale*². L'argument, en réalité, se dédouble : le parquet indépendant n'aurait pas de légitimité démocratique (1) ; la politique pénale est une politique publique comme les autres³ (2).

1. La question de la légitimité démocratique

550. Formulation de l'objection. La première objection est celle du manque de légitimité démocratique du parquet indépendant. Selon certains auteurs, la fin du cordon avec l'exécutif entraînerait un « déficit démocratique malheureux »⁴. Cet argument est généralement opposé aux partisans d'un procureur général de la Nation qui serait le chef

¹ J.-P. JEAN, « Le ministère public entre modèle jacobin et modèle européen », *op. cit.*. Il faut sans doute voir en cette objection les traditions et le contexte institutionnel et politique mentionnés par Louis Favoreu pour refuser l'indépendance du parquet : L. FAVOREU, « Brèves observations sur la situation du parquet au regard de la Constitution », *Rev. sc. crim.* 1994, p. 675. Jean-Paul Jean a depuis atténué ses objections, appelant à un renforcement des garanties statutaires du parquet : J.-P. JEAN, « Le ministère public français au regard de la justice pénale d'Europe », *AJ Pénal* 2011, p. 106.

² V. récemment F. WINCKELMULLER, *La mutation de la mise en état des affaires pénales à l'épreuve des droits européens*, *op. cit.*, Tome II, n° 783.

³ Y. AGUILA, « La politique pénale est-elle une politique publique comme une autre ? », *Revue administrative* 1994, n° 277, p. 7 ; M. DELMAS-MARTY, « La politique pénale est-elle une politique publique comme les autres ? », *Rev. sc. crim.* 1994, p. 150.

⁴ E. BONIS-GARÇON et O. DÉCIMA, « Le parquet et les sirènes de l'indépendance. À propos du projet de loi du 27 mars 2013 et du projet de loi constitutionnelle du 14 mars 2013 », *op. cit.*. V. aussi P. LÉGER (prés.), *Rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale*, 2009, p. 11 ; S. GUINCHARD, « Requiem joyeux pour l'enterrement annoncé du juge d'instruction », dans *Code pénal et Code d'instruction criminelle, Livre du Bicentenaire*, Dalloz, 2010, p. 257, spéc. p. 279.

hiérarchique interne du parquet nouvellement indépendant¹. Le défaut de légitimité démocratique a aussi pu être avancé outre-Rhin. Ainsi Helmut Satzger, pour maintenir le principe d'instructions générales du ministre, note que des décisions de caractère politique sont inévitables et se demande « pourquoi de telles décisions seraient mieux émises par un procureur général démocratiquement non légitime plutôt que par un membre du gouvernement responsable devant le Parlement et qui est lui aussi soumis au droit et à la loi »².

551. Étude de l'objection. L'argument repose donc essentiellement sur le fait que, dans une société démocratique, la seule légitimité est celle des suffrages, dont bénéficient l'exécutif et, surtout, le législatif. On répond alors que ce fameux procureur général de la Nation, qui correspondrait tout à fait aux nécessités de la dépendance interne et de l'indépendance externe, pourrait être nommé ou en tout cas responsable devant le Parlement³. C'est notamment le modèle qui a été prévu pour le parquet européen, dont le chef rend des comptes devant le Parlement, la Commission et la Commission⁴. Cela entraînerait toutefois un amoindrissement très net de son indépendance externe qui, on l'a vu, paraît indispensable à la garantie de l'équilibre des pouvoirs proposés.

Michèle-Laure Rassat, qui en 1967 optait, afin de réparer l'erreur révolutionnaire⁵, pour un ministère public indépendant compensé par la création d'un commissaire du gouvernement chargé de faire valoir les vues de l'exécutif⁶, plaide aujourd'hui coupable

¹ V. dernièrement S. GUINCHARD, « L'instrumentalisation de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme dans les débats français sur le statut du parquet », *op. cit.*. V. aussi J.-C. SAINT-PAU, « Le ministère public concurrence-t-il le juge du siège ? », *op. cit.*. Cela amène certains à dire que ce procureur général de la Nation serait responsable devant le Parlement et déciderait en concertation avec le gouvernement de la politique pénale à mener (v. P. TCHERKESOFF, *Cohérence et légitimité du ministère public*, Thèse *op. cit.*, n° 564 et s.), ce qui reviendrait à recréer une situation de dépendance politique (M. MARKWARDT, « Brauchen wir eine "unabhängige" Staatsanwaltschaft ? Zur Stellung der Staatsanwaltschaft im demokratischen Rechtsstaat », *op. cit.*, spéc. p. 99).

² H. SATZGER, *Chancen und Risiken einer Reform des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens: Gutachten C zum 65. Deutschen Juristentag*, *op. cit.*, p. C132 : « Warum diese besser von einem demokratisch nicht legitimierten Generalstaatsanwalt erlassen werden sollen als von einem dem Parlament verantwortlichen Regierungsmitglied, welches ebenso an Recht und Gesetz gebunden ist, mag nicht recht einleuchten ». V. aussi M. MARKWARDT, « Brauchen wir eine "unabhängige" Staatsanwaltschaft ? Zur Stellung der Staatsanwaltschaft im demokratischen Rechtsstaat », *op. cit.*, spéc. p. 98 ; M. SCHAIRER, « Gedanken zum externen Weisungsrecht », *op. cit.*, spéc. p. 746.

³ V. par exemple J. PRADEL, *Procédure pénale*, *op. cit.*, n° 242.

⁴ Règlement (UE) 2017/1939 du Conseil du 12 octobre 2017 mettant en œuvre une coopération renforcée concernant la création du Parquet européen, arts. 6 al. 2 ainsi que 7 et 14 al. 5.

⁵ V. *supra* n° 519.

⁶ M.-L. RASSAT, *Le ministère public entre son passé et son avenir*, *op. cit.*, n° 339 et s. Dans le même sens, v. P. TCHERKESOFF, *Cohérence et légitimité du ministère public*, *op. cit.*, n° 115.

d'« un abusif esprit de système (le gouvernement n'a aucune raison de s'intéresser à tous les procès pénaux) [et] d'une indifférence totale aux considérations d'intendance qui sont deux caractéristiques de la jeunesse »¹. L'auteure propose, en sus de l'indépendance du parquet, d'accorder au gouvernement « la possibilité de faire ouvrir, s'il le souhaite, une action publique par plainte directe du garde des Sceaux auprès des autorités judiciaires concernées, puis de faire exercer cette action par une personne de son choix (fonctionnaire, avocat ou mandataire *ad hoc*) dans le sens souhaité par lui »². Cette solution, en tant que telle, n'aurait pas pour conséquence de porter atteinte à l'indépendance des organes judiciaires chargés de décider de la mise en mouvement de l'action publique ni à la distribution des pouvoirs proposée pour la phase préparatoire du procès pénal, puisqu'elle ne concernerait que la phase décisive, le ministre de la Justice ne se voyant pas reconnaître de fonctions d'investigation ou de protection de la procédure³. Il ne pourrait que décider d'exercer l'action publique, entraînant en quelque sorte directement une phase décisive sans véritable phase préparatoire.

552. Levée de l'objection. Quoi qu'il en soit, la question demeure : le suffrage est-il la seule source de légitimité en République française ? La Constitution précise que « la souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum »⁴, ce qu'on a pu qualifier de « mystérieuse formule »⁵. Si le suffrage (vote ou référendum) semble donc le mode d'expression du titulaire populaire de la souveraineté nationale (!), la Constitution ne dit rien de son exclusivité ou non. Bien plus, la lecture de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 déléguant au gouvernement le soin de rédiger une Constitution est assez surprenante. Son article unique dispose, entre autres choses, que la Constitution devra mettre en œuvre les principes suivants :

« 1° *Seul le suffrage universel est la source du pouvoir. C'est du suffrage universel ou des instances élues par lui que dérivent le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif.* [...] »

¹ M.-L. RASSAT, *Procédure pénale*, op. cit., n° 197.

² *Ibid.*; v. déjà, M.-L. RASSAT, *Proposition de réforme du Code de procédure pénale : rapport à M. le garde des Sceaux, ministre de la Justice*, La documentation française, 1997, p. 9 et s.

³ *Ibid.*, p. 13.

⁴ Constitution française, art. 3 al. 1.

⁵ F. HAMON et M. TROPER, *Droit constitutionnel*, 39^e éd., LGDJ, 2018, n° 205.

4° *L'autorité judiciaire doit demeurer indépendante* pour être à même d'assurer le respect des libertés essentielles telles qu'elles sont définies par le préambule de la Constitution de 1946 et par la Déclaration des droits de l'homme à laquelle il se réfère. »¹

Une analyse littérale de ces dispositions conduit à dire que si seul le suffrage est la source exclusive du pouvoir, ne dérivent de lui que les pouvoirs législatif et exécutif, *l'autorité judiciaire n'étant donc pas soumise à cette exigence*. C'est dire que, dans l'esprit, il pourrait très bien être soutenu que l'*autorité* judiciaire n'est pas soumise à l'exigence de légitimation de son existence par le suffrage.

Bien plus, la légitimité de l'autorité judiciaire devrait être tirée, sur le modèle allemand, de sa seule soumission au droit et à la loi (*Recht und Gesetz*)². Michèle-Laure Rassat parle d'ailleurs du parquet comme d'un « organe de la loi »³. C'est bien là la seule différence, et donc la légitimation de l'existence de l'autorité judiciaire toute entière par rapport au pouvoir exécutif, soumis aux lois *et* au Parlement. Si l'autorité judiciaire, ou ne serait-ce qu'un de ses organes, était vue comme un corps politique, elle perdrait toute spécificité au sein de l'organisation étatique, puisqu'alors elle ne serait plus qu'une branche particulière de l'administration exécutive, soumise à un gouvernement tirant sa légitimité par ruissellement du président de la République et par évaporation du Parlement élus au suffrage universel direct. Dans un jeu à trois où il n'y a fondamentalement que deux tâches à remplir – faire les normes et les exécuter – la différenciation repose mathématiquement sur une diversité de légitimité. Le législatif et l'exécutif qui font, défont et appliquent les normes, ont une légitimité démocratique issue du suffrage. Le judiciaire, qui applique lui aussi la norme, a une légitimité *juridique* tirée du droit même qu'il applique – c'est d'ailleurs pour cela qu'il ne peut l'appliquer que dans des cas concrets et non généraux. Le ministère public, comme toute l'autorité judiciaire nouvellement constituée, n'est donc pas le délégué de l'exécutif mais l'émanation du droit et le délégué de la Loi dont il tire sa seule

¹ Loi constitutionnelle du 3 juin 1958 portant dérogation transitoire aux dispositions de l'article 90 de la Constitution, art. unique (nous soulignons).

² Loi fondamentale allemande (*Grundgesetz* ou *GG*), art. 20 al. 3.

³ M.-L. RASSAT, *Le ministère public entre son passé et son avenir*, *op. cit.*, n° 340.

légitimité¹. On a ainsi pu affirmer en Italie que les magistrats, quels qu'ils soient, sont légitimes car ils sont des professionnels du droit².

Plus largement, l'exclusivité de la légitimité par le suffrage est en crise. Comme le note Gilles Accomando dès 1996, le modèle classique d'un gouvernement seul responsable politique devant un parlement élu directement par le peuple a vécu : l'existence d'un Conseil constitutionnel et le développement des autorités administratives indépendantes ruine l'idée de l'exclusivité du suffrage comme source de légitimité³. Dominique Rousseau affirme d'ailleurs qu'il est aujourd'hui acquis que « dans la configuration démocratique moderne [...] le suffrage universel n'est pas ou n'est plus la source de légitimité »⁴.

Cet auteur, en 2017, va même plus loin et situe la justice en dehors de l'État, lui donnant une légitimité encore plus profonde que la loi, la société elle-même :

« La justice n'est pas un pouvoir de l'État, elle est un pouvoir de la société. Pour comprendre ce basculement, il faut imaginer la société comme étant divisée en trois espaces : l'espace civil qui est celui où chacun a ses activités professionnelles, personnelles, sociales, amicales, amoureuses ; l'espace public qui regroupe les syndicats, les partis politiques, les réseaux sociaux, là où se mutualisent les problèmes rencontrés dans l'espace civil ; et l'espace politique là où les lois sont préparées, conçues, votées. Dans cette représentation, la justice n'est pas à l'intérieur d'un de ces trois espaces, elle est à l'articulation de l'espace civil et de l'espace public et de l'espace public et de l'espace politique. Pour employer une formule triviale, la justice est le genou d'une société : si un homme n'a pas de genou, sa démarche est raide ; s'il a un genou, elle est souple et équilibrée. »⁵

En d'autres termes, l'argument du défaut de légitimité démocratique d'un parquet indépendant pourrait ne pas avoir une répercussion aussi décisive que prévue, puisque le

¹ P. TCHERKESOFF, *Cohérence et légitimité du ministère public*, op. cit., n° 561. *Contra*, affirmant que le ministère public tire sa légitimité de la loi et de sa dépendance externe, sans toutefois préciser pourquoi, R. GELLI, « Le ministère public en France », op. cit., spéc. p. 123.

² M. A. CABIDDU, « La "committimus" del cavaliere : a proposito dell'eterno conflitto politica/magistratura », op. cit., spéc. n° 4.

³ G. ACCOMANDO, « Évolutions possibles du rôle et du statut du Parquet. Rapport introductif », dans *Le parquet dans la République. Vers un nouveau ministère public ?*, ENM, 1996, p. 229. V. aussi D. ROUSSEAU, *Radicaliser la démocratie. Proposition pour une refondation*, Points, 2017, p. 178-179.

⁴ D. ROUSSEAU, « La République des juges ou la démocratie par les juges ? », dans *Politique(s) criminelle(s). Mélanges en l'honneur du professeure Christine Lazerges*, Dalloz, 2014, p. 417, spéc. p. 427. V. aussi P. ROSANVALLON, *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, Seuil, 2008.

⁵ D. ROUSSEAU, « Le président peut-il être le "garant de l'indépendance" de l'autorité judiciaire ? », *Après-demain* 2017, n° 41, p. 17 ; D. ROUSSEAU, *Radicaliser la démocratie. Proposition pour une refondation*, Points, 2017, p. 182 et s. Il s'agit en ce sens de clairement « faire sortir la justice de l'État » : L. GOLOVKO et

ministère public, comme toute l'autorité judiciaire, peut être considéré comme *légitime par sa seule soumission à la loi et, plus largement, au droit dont il demanderait l'application en décidant de mettre en mouvement l'action publique*. Ce droit, articulation principale de la société contemporaine, suffit à légitimer l'autorité qui l'applique. Il reste que le parquet, dit-on, exerce une politique pénale, politique publique comme les autres.

2. La question de la politique pénale

553. Formulation de l'objection. La dernière objection, de taille, consiste à dire qu'« il n'est pas envisageable que le pouvoir exécutif, qui tire sa légitimité du processus démocratique, *ne puisse pas définir la politique pénale* et la faire appliquer harmonieusement sur l'ensemble du territoire de la République »¹. Cette critique, assez récurrente², suppose d'abord de savoir ce qu'est la politique pénale.

554. Définition de la politique pénale. La définition de la politique pénale n'est pas, et de loin, chose aisée. Dans leur ouvrage, les membres du groupe de recherche *Parquet et politique pénale*, notent à cet égard le « maquis » d'une « notion à géométrie variable »³.

B. MATHIEU, « La justice dans l'État ou la justice contre l'État ? », dans L. GOLOVKO et B. MATHIEU (dir.), *Le juge et l'État*, Mare & Martin, 2018, p. 15.

¹ P. LÉGER (prés.), *Rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale*, 2009, p. 11.

² V. par exemple G. CLÉMENT, « Les métamorphoses du ministère public en matière pénale », dans *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel*, Cujas, 2006, p. 271, spéc. p. 287 ; C. VIGOUROUX, « Les Sceaux ont-ils besoin d'être gardés ? », *Après-demain* 2017, n° 41, p. 23 ; J.-Y. LE BORGNE, « Le rapport Léger, le poids de l'habitude et la peur de la nouveauté », *AJ Pénal* 2009, p. 400 ; J. PRADEL et J.-P. LABORDE, « Du ministère public en matière pénale. À l'heure d'une éventuelle autonomie ? », *D.* 1997, p. 141 ; V. LESCLOUS, « Le procureur : du mécanicien de la poursuite pénale à l'architecte d'un traitement social. Une fonction judiciaire républicaine », *Dr. pén.* 2013, étude 13 ; E. BONIS-GARÇON et O. DÉCIMA, « Le parquet et les sirènes de l'indépendance. À propos du projet de loi du 27 mars 2013 et du projet de loi constitutionnelle du 14 mars 2013 », *op. cit.* ; M. ROBERT, « L'avenir du ministère public français », *AJ Pénal* 2011, p. 115 ; M.-A. CANU-BERNARD, « Pour une vraie réforme de la procédure pénale », *Gaz. Pal.* 16 février 2010, p. 10 ; A. OUDOUL, *L'impartialité des magistrats dans la procédure pénale française à l'aune du droit de la Convention EDH*, *op. cit.*, n° 734 et s.. V. aussi J. LEBLOIS-HAPPE, *Quelles réponses à la petite délinquance ? Étude du droit répressif français sous l'éclairage comparé du droit répressif allemand*, PUAM, 2002, Tome II, n°1120-1121. V. encore, proposant de permettre à un avocat du gouvernement, différent du parquetier, de faire valoir les vues de l'exécutif au cours de toute procédure pénale, P. TCHERKESSOFF, *Cohérence et légitimité du ministère public*, *op. cit.*, n° 115. Il s'agit ici de la reprise d'une proposition faite puis abandonnée par Michèle-Laure Rassat : v. *supra* n° 551.

³ C. BRUSCHI (dir.), *Parquet et politique pénale depuis le XIX^e siècle*, PUF, 2002, p. 11.

Il conviendrait d'isoler tout d'abord la politique *criminelle*, notion connue depuis Feuerbach et alors définie comme « l'ensemble des procédés répressifs par lesquels l'État réagit contre le crime »¹, ou encore comme « l'ensemble des procédés par lesquels le corps social organise les réponses au phénomène criminel »². Cette notion de politique criminelle est classique et est restée pendant longtemps la seule utilisée.

La politique *pénale*, ensuite, tient plus lieu d'une *pratique* devenue notion³, celle des classements en opportunité par les différents parquets, phénomène observable dès le XIX^e siècle. Plus précisément, une circulaire du 8 mars 1817 prescrit au parquet « de ne poursuivre, sur les plaintes qui lui sont faites, que lorsque le délit intéresse essentiellement l'ordre public, sauf, dans le cas contraire, et quand le délit ne blesse que des intérêts privés, à renvoyer le plaignant à se pourvoir lui-même comme partie »⁴. Le terme même de politique pénale semble apparaître au moment où l'intérêt de la doctrine se porte sur la notion de politiques publiques⁵, c'est-à-dire sur la « conduite politique et administrative des affaires publiques »⁶. En dernière analyse, il conviendrait de distinguer deux sens à la politique pénale.

Au sens large, la politique pénale serait composée de six éléments : « l'élaboration de la norme pénale, la prévention, la police judiciaire, les poursuites, le jugement pénal et l'exécution des peines et la politique pénitentiaire »⁷. La politique pénale verrait donc en ce sens « s'entrecroiser les attributions du gouvernement, celles du Parlement et, au sein de l'autorité judiciaire, celles des procureurs *comme celles des juges* »⁸. On comprend donc qu'une telle définition est totalement inapte à justifier la dépendance du parquet en tant que participant à la politique pénale, puisqu'il devrait alors en aller de même du juge. La même remarque peut être faite au sujet de la définition proposée par Stéphane Enguéléguélé, pour

¹ P. J. A. VON FEUERBACH, *Lehrbuch*, 1803, cité et traduit par C. BRUSCHI (dir.), *Parquet et politique pénale depuis le XIX^e siècle*, *op. cit.*, p. 23.

² M. DELMAS-MARTY, *Modèles et mouvements de politique criminelle*, Economica, 1983, p. 13 ; S. ENGUÉLÉGUÉLÉ, *Les politiques pénales (1958-1995)*, L'Harmattan, 1998, p. 21.

³ C. BRUSCHI (dir.), *Parquet et politique pénale depuis le XIX^e siècle*, *op. cit.*, p. 26 et s.

⁴ Texte cité par E. MATHIAS, *Les procureurs du droit. De l'impartialité du ministère public en France et en Allemagne*, *op. cit.*, p. 78.

⁵ C. BRUSCHI (dir.), *Parquet et politique pénale depuis le XIX^e siècle*, *op. cit.*, p. 23.

⁶ F. LACASSE et J.-C. THOENING, *L'action publique*, L'Harmattan, 1997, p. 7.

⁷ Y. AGUILA, « La politique pénale est-elle une politique publique comme une autre ? », *op. cit.*. Pour des approches similaires, v. G. CLÉMENT, « Les métamorphoses du ministère public en matière pénale », *op. cit.*, spéc. p. 287 ; C. ANDRÉ, « Alternance et politique pénale : le droit pénal français en quête de sens (1981-2015) », dans *L'exigence de justice. Mélanges en l'honneur de Robert Badinter*, Dalloz, 2016, p. 1.

⁸ D. MONDON, « Pour une analyse systémique de la politique pénale ? », *AJ Pénal* 2012, p. 442 (nous soulignons)

qui « la politique pénale est le réseau de décision et d'actions concrètes qui dynamisent la réponse pénale au phénomène criminel »¹.

À l'opposé, une conception plus restrictive et pratique – que nous retiendrons – voit dans la politique pénale « la détermination de priorités dans la mise en œuvre de l'action publique [c'est-à-dire] une simple stratégie de poursuite »², ou encore « la nécessité de coordonner l'exercice de l'action publique »³. Cette expression correspondrait plus ou moins à celle, malheureuse, de « politique d'action publique » dont le Code de procédure pénale attribuait la direction au Garde des Sceaux entre 2004 et 2013.

555. Levée de l'objection. Dans tous les cas, les auteurs et le Conseil constitutionnel avancent classiquement que la politique pénale est « une politique publique comme les autres »⁴ qui relève donc du gouvernement qui, selon la Constitution, « détermine et conduit la politique de la Nation »⁵. Certains soulignent toutefois qu'il s'agit là d'une « politique publique singulière, parce qu'elle touche au fonctionnement même de l'autorité judiciaire, dont l'indépendance est constitutionnellement garantie, et parce qu'elle met en jeu les droits et libertés des citoyens »⁶. Il reste qu'il est un peu facile, au regard de la naissance historique des pratiques de politique(s) pénale(s), de venir parler d'une politique de la Nation. Comme le note Jean-Louis Nadal :

« Entre 1845 et 1869, la gendarmerie augmente ses effectifs d'un tiers alors que la police les triple. En conséquence, d'environ 100 000 procès-verbaux par an transmis par ces services aux parquets entre 1841 et 1845, on passe à trois fois plus de 1876 à 1880. Or l'augmentation du contentieux soumis à la justice pénale ne s'est pas traduite par une

¹ S. ENGUÉLÉGUÉLÉ, *Les politiques pénales (1958-1995)*, *op. cit.*. L'auteur reprend d'ailleurs la définition de Yann Aquila (p. 23).

² C. BRUSCHI (dir.), *Parquet et politique pénale depuis le XIX^e siècle*, *op. cit.*, p. 19. V. aussi M. DELMAS-MARTY, « La politique pénale est-elle une politique publique comme les autres ? », *op. cit.* ; P. TCHERKESOFF, *Cohérence et légitimité du ministère public*, *op. cit.*, n° 365 ; D. BOCCON-GIBOD, « La nouvelle action publique », *Rev. pénit.* 2003, p. 453.

³ P. BEAUVAIS, « Politique pénale et séparation des pouvoirs », dans *Politique(s) criminelle(s). Mélanges en l'honneur du professeur Christine Lazerges*, Dalloz, 2014, p. 89.

⁴ M. DELMAS-MARTY, « La politique pénale est-elle une politique publique comme les autres ? », *op. cit.* ; G. CLÉMENT, « Les métamorphoses du ministère public en matière pénale », *op. cit.*, spéc. p. 287. V. aussi M.-L. RASSAT, *Procédure pénale*, *op. cit.*, n° 199 ; J.-L. NADAL (prés.), *Refonder le ministère public : rapport de la Commission de modernisation de l'action publique*, 2013 ; S. ENGUÉLÉGUÉLÉ, *Les politiques pénales (1958-1995)*, *op. cit.*, p. 24.

⁵ Constitution française, art. 20 al. 1. V. Cons. const., 2 mars 2004, n° 2004-492 DC, considérant n° 98 ; *JORF* du 10 mars 2004 ; Cons. const., 22 juillet 2016, n° 2016-555 QPC, considérant n° 14 ; *JORF* du 24 juillet 2016 ; Cons. const., 8 décembre 2017, n° 2017-680 QPC, considérant n° 5 ; *JORF* du 9 décembre 2016.

⁶ J.-L. NADAL (prés.), *Refonder le ministère public : rapport de la Commission de modernisation de l'action publique*, 2013, p. 29.

augmentation des jugements des tribunaux correctionnels et des cours d'assises. [...] L'absorption de ces flux d'affaires s'est faite au moyen des abandons de poursuite par les parquets. »¹

La pratique de l'opportunité des poursuites² et, donc, la nécessité d'une politique pénale qui ne disait à l'époque pas encore son nom, apparaissent très tôt³. On profite en réalité du silence du Code d'instruction criminelle qui, au demeurant, semblait plus pencher pour la légalité des poursuites⁴ – rappelons son article 47 : « le procureur impérial, instruit, soit par une dénonciation, soit par toute autre voie, qu'il a été commis dans son arrondissement un crime ou un délit, ou qu'une personne qui en est prévenue se trouve dans son arrondissement, sera tenu de requérir le juge d'instruction d'ordonner qu'il en soit informé »⁵. La politique pénale est depuis lors justifiée par l'idée « qu'on ne peut pas tout faire ». Pourtant, le nombre de magistrats est à peine plus élevé qu'en 1827⁶ et l'on continue

¹ J.-L. NADAL, « Préface », dans C. BRUSCHI (dir.), *Parquet et politique pénale depuis le XIX^e siècle*, op. cit., p. 5, spéc. p. 6. V. déjà A. DAVIDOVITCH, « Criminalité et répression en France depuis un siècle (1851-1952) », *Revue française de sociologie* 1961, 2-1, p. 30.

² En Italie, le caractère absolu du principe de légalité des poursuites empêche toute politique pénale, les auteurs remarquant toutefois qu'en pratique des choix restent inévitables et que cette politique pénale pratique est incohérente, variant d'une juridiction à l'autre : v., en français, C. MAURO, « Quelle politique pénale en Italie ? », op. cit.. La proposition a ainsi pu être faite de mettre en place, par la loi, des critères de priorités dans la mise en mouvement de l'action publique. Ces critères ne remettraient toutefois pas en cause l'obligation de poursuivre *in fine* toutes les infractions constituées dont le classement sans suite n'est pas obligatoire. Ce à quoi on a pu répondre que : 1) cela reviendrait à entraîner *de facto* la prescription de toutes les infractions dont la poursuite n'est pas jugée prioritaire ; 2) il serait pour le moins étrange que la Parlement, après avoir choisi d'ériger un comportement en infraction, décide immédiatement après de ne le voir poursuivre que de manière éventuel. V. pour ces critiques G. MONACO, *Pubblico ministero ed obbligatorietà dell'azione penale*, op. cit., p. 260 et 265. Il reste que l'argument de la prescription de fait des infractions non prioritaires pourrait être minimisé par la récente réforme Orlando rallongeant les délais de prescription. Sur l'impossible respect de la légalité des poursuites, v. les références citées note 3 p. 567.

³ Cass. crim., 8 décembre 1826, bull. n° 250.

⁴ E. MATHIAS, *Les procureurs du droit. De l'impartialité du ministère public en France et en Allemagne*, op. cit., p. 70 et s ; G. GIUDICELLI-DELAGE, « La figure du juge de l'avant-procès entre symboles et pratiques », dans *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel*, Cujas, 2006, p. 335, spéc. p. 341 ; M.-L. RASSAT, *Le ministère public entre son passé et son avenir*, op. cit., n° 303 et s.

⁵ Code d'instruction criminelle, art. 47. V. aussi l'exposé des motifs par le conseiller d'État Jean-Baptiste Treilhard, lors de la séance du 9 novembre 1808 : « le premier livre du Code d'instruction criminelle, qui vous est actuellement soumis, pourvoit sagement à ce qu'aucun crime, aucun délit, aucune contravention ne restent sans poursuite » (dans *Code d'instruction criminelle, édition conforme à l'édition originale du bulletin des lois ; suivi des motifs exposés par les Conseillers d'État, par la Commission de Législation du Corps Législatif, sur chacune des lois qui composent le Code*, Mame Frère, 1810).

⁶ On compte alors sept mille sept cent quatre-vingt-neuf magistrats contre huit mille neuf cent cinquante en 2016... v. J.-C. FARCY, *Les carrières des magistrats (XIX^e-XX^e siècles)*, Université de Bourgogne, 2009, p. 113 (http://tristan.u-bourgogne.fr/CGC/prodscientifique/Rapports_recherche/Rapport.pdf). Sur la même période, la population française est passée d'environ trente-trois millions d'habitants à plus de soixante-six millions : v. A. DITTGEN, « L'évolution de la population de la France de 1800 à 1945 », dans C. BERGUOIGNAN *et al.*, *La population de la France – Évolutions démographiques depuis 1946*, CUDEP, 2005, p. 5, spéc. p. 7 ainsi que le site de l'INSEE. En 2016, Christophe André faisait le constat que le nombre de magistrat était égal à celui de 1914 : C. ANDRÉ, « Alternance et politique pénale : le droit pénal français en quête de sens (1981-2015) », op. cit., spéc. p. 4.

allégrement d'enrichir un Code pénal saturé dont on ne compte même plus les pages – ce qui, bien sûr, mène irrémédiablement à la conclusion que, vu le nombre d'infractions, « on ne peut pas tout faire ». Politique pénale et dépendance du parquet se renforcent mutuellement, comme le décrit Pascal Beauvais : « à mesure que la notion de politique pénale se voit reconnue, la place et la hiérarchisation du parquet se voient renforcées ; et à mesure que ces dernières sont renforcées, la politique pénale occupe une place grandissante dans le système »¹.

L'autorité judiciaire tire pourtant sa légitimité, on l'a dit, du seul droit qu'elle est chargée d'appliquer dans les cas particuliers. La Constitution prévoit d'ailleurs que la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables mais aussi la procédure pénale relève de la loi². C'est-à-dire que si choix il y a, ils doivent avoir lieu dans le cadre de la loi et non par le biais d'une ingérence du gouvernement³. On peut sans doute pousser le vice jusqu'à affirmer que le législateur, qui crée le droit et façonne la légitimité de l'autorité judiciaire, légitime une politique pénale menée par cette seule autorité judiciaire lorsqu'il incrimine de plus en plus de comportements au mépris affiché du principe de nécessité⁴. On a pu parler en Italie de *nomorrea*, de submersion (*gomorrha*)

¹ P. BEAUVAIS, « Politique pénale et séparation des pouvoirs », *op. cit.*, spéc. p. 91. V. aussi P. MILBURN, « Les procureurs de la République : passeurs de justice ou gestionnaires des “politiques pénales” ? », *Droit et Société* 2010, p. 73.

² Constitution française, art. 34.

³ « Fondamentalement la politique pénale ne peut être que l'application effective de la loi votée par le Parlement » : J.-P. DINTILHAC, « Le contrôle du parquet sur la police judiciaire », *Archives de politique criminelle* 2011/1 (n° 33), p. 29.

⁴ Sur la faible importance accordée, en France, au principe de nécessité des incriminations, v. R. PARIZOT, « Pour un véritable principe de nécessité des incriminations », dans *Politique(s) criminelle(s). Mélanges en l'honneur du professeur Christine Lazerges*, Dalloz, 2014, p. 245 ; R. PARIZOT, *La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité organisée. Le cas symptomatique de l'association de malfaiteurs et du blanchiment en France et en Italie*, LGDJ, 2010, n° 200 et s. Dans le même sens, v. E. ALLAIN, « Ultima ratio : un principe en voie de disparition ? », dans *Entre tradition et modernité : le droit pénal en contrepoint. Mélanges en l'honneur d'Yves Mayaud*, Dalloz, 2017, p. 149. Il est vrai que la matière pénale française semble être gouvernée par l'adage selon lequel « tout sujet du “vingt heures” est virtuellement une loi » : G. CARCASSONNE, « De la discussion jaillit la lumière », dans *La procédure pénale en quête de cohérence*, Dalloz, 2007, p. 75, spéc. p. 77. Robert Badinter, lui, utilise la métaphore du fumeur ne pouvant s'empêcher d'enchaîner les cigarettes : R. BADINTER, « L'avenir : vers une justice européenne », dans *La procédure pénale en quête de cohérence*, Dalloz, 2007, p. 299.

de normes (*nomos*)¹. Au surplus, beaucoup des incriminations déjà existantes ne sont pas utilisées².

Inutile, donc, d'en appeler à l'argument politique : la politique pénale est un mythe masquant une pénalisation à tour de bras d'une société malade justifiant depuis plus de deux siècles l'ingérence de l'exécutif là où devrait suffire l'encadrement et la légitimité par le droit³. Quant au fameux article 20 de la Constitution, rappelons que, s'il affirme d'abord que « le Gouvernement détermine et conduit la politique de la Nation » – ce qui est souvent avancé pour justifier la dépendance du parquet⁴ –, il précise ensuite que ce gouvernement « dispose de l'administration et de la force armée ». Or, jusqu'à preuve du contraire, le ministère public n'est intégré ni à l'administration ni aux forces armées⁵. Enfin, l'idée d'un gouvernement engageant sa responsabilité devant le Parlement pour la conduite de la politique pénale ne fonctionne pas : « on n'a jamais vu dans notre pays un ministre de la Justice et pas davantage un gouvernement, renversé par un vote de défiance du Parlement à l'issue de l'exposé de sa politique pénale »⁶.

Les organes parquetier et policier, en ce qu'ils seraient chargés, dans la répartition proposée, de décider de mettre en mouvement l'exercice de l'action publique, font partie d'une autorité judiciaire indépendante tirant sa légitimité du seul droit qu'elle applique. Si leur organisation interne hiérarchisée n'emporte pas de risques pour l'équilibre des pouvoirs, leur indépendance externe doit en revanche être consacrée et assurée de la même

¹ G. SANTACROCE, « Tavola rotonda » dans A. R. CASTALDO (dir.), *Crisi e riforma del sistema penale : giornata di studi in onore di Alfonso M. Stile*, CEDAM, 2016, p. 55, spéc. n° 3. Alors même que la nécessité des incriminations est un principe beaucoup plus vigoureux en Italie, où a pu être développée la théorie du droit pénal minimum et du garantisme pénal : v. en français S. LAVRIC, « Le “garantisme pénal” : pour la défense d'un droit pénal minimal », dans *Légalité, légitimité, licéité : regards contemporains. Mélanges en l'honneur du professeur Jean-François Seuic*, PUN, 2018, p. 143.

² V. P. LÉGER (prés.), *Rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale*, 2009, p. 48, spéc. note 1 : sur les 10 249 infractions recensées par le Comité, 7 975 sont susceptibles de faire l'objet d'une inscription au casier judiciaire. Entre 2005 et 2007, seules 3 919 infractions différentes ont fait l'objet d'une inscription.

³ « Le concept de politique pénale [...] a conduit à une forte légitimation de l'interventionnisme du pouvoir exécutif, et plus particulièrement du garde des Sceaux, dans l'institution judiciaire » : P. BEAUVAIS, « Politique pénale et séparation des pouvoirs », *op. cit.*, spéc. p. 90.

⁴ V. par exemple A. DECOCQ, « L'avenir funèbre de l'action publique », dans *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, PUF, Jurisclasseur, 1999, p. 781, spéc. p. 782 ; A. OUDOUL, *L'impartialité des magistrats dans la procédure pénale française à l'aune du droit de la Convention EDH*, *op. cit.*, n° 734. V. dernièrement P. LE MONNIER DE GOUVILLE, « Le pouvoir politique et l'indépendance », *Lexbase* 2018, n° N6621BXI.

⁵ J.-P. DINTILHAC, « Le contrôle du parquet sur la police judiciaire », *op. cit.*. V. récemment P. CASSIA, « L'article 20 de la Constitution, marqueur de la dépendance des magistrats du parquet ? », *D.* 2018, p. 1.

⁶ T. S. RENOUX, « L'apport constitutionnel à la réflexion sur l'évolution du ministère public », *op. cit.*, spéc. p. 39. V. cependant, citant la séance du 20 décembre 1871, après la Commune de Paris, M.-L. RASSAT, *Le ministère public entre son passé et son avenir*, *op. cit.*, n° 337.

manière que pour l'organe juge chargé de la garantie des droits fondamentaux. Les exigences, assez naturelles, d'adaptation de l'exercice de la fonction de décision de mise en mouvement de l'action publique aux réalités pratiques de telle ou telle juridiction seraient d'ailleurs satisfaites par le maintien d'une hiérarchie interne (le garde des Sceaux connaît-il mieux la réalité de la délinquance lilloise que le procureur général de Lille ?).

Il y a quelques années encore, un garde des Sceaux affirmait sur un plateau de télévision : « je suis chef du parquet [...] je suis chef des procureurs »¹. À la rentrée 2018, Emmanuel Macron a refusé de nommer certains procureurs proposés pourtant par la Garde des Sceaux².

La femme de César, pour ne pas être soupçonnée, doit divorcer. Une simple séparation de corps ne suffit pas³. Et ce qui vaut pour le parquet vaut *a fortiori* pour l'organe de police judiciaire que nous proposons de créer. En effet, c'est bien l'exercice de la fonction de décision de mise en mouvement de l'exercice de l'action publique qui impose l'indépendance. Or cette fonction serait distribuée entre un organe parquetier et un organe policier. Tous deux doivent donc bénéficier d'une indépendance externe tout en restant hiérarchisés en interne. Cette hiérarchie interne les distinguerait, au sein de la nouvelle autorité judiciaire, de l'organe chargé de la garantie des droits et libertés, le juge.

Section 2

La question de l'indépendance de l'organe chargé de la protection des droits et libertés

556. Si les débats sur l'indépendance du parquet ont toujours été, même en Italie, assez vifs, il en va autrement de ceux sur la nécessité de l'indépendance du juge du siège. En effet, l'idée est admise dans les trois pays comparés et, plus largement, dans bon nombre de systèmes juridiques⁴, que cette indépendance est une garantie de l'État de droit et du

¹ Propos tenus par Rachida Dati sur Canal +, le 3 septembre 2007.

² P. LE MONNIER DE GOUVILLE, « Le pouvoir politique et l'indépendance », *op. cit.*

³ Nous nous écartons en ce sens de l'analyse proposée par les différents travaux de Thierry Serge Renoux, qui réfute toute logique binaire (indépendant/pas indépendant) et distingue différents degrés d'indépendance : v. dernièrement T. S. RENOUX, « Une nouvelle approche de l'indépendance des magistrats et de la séparation des pouvoirs », *D.* 2018, p. 953.

⁴ J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, 4^e éd., Dalloz, 2016, n° 154.

respect de la séparation des pouvoirs. Aussi l'étude des droits étrangers ne révèle que quelques nuances, importantes tout de même, entre le statut du siège en Allemagne et en Italie (§ 1). La comparaison des droits pourrait alors donner quelques pistes pour le perfectionnement de l'indépendance du juge français (§ 2).

§ 1. Les nuances étrangères

557. L'Allemagne comme l'Italie affirment constitutionnellement l'indépendance du juge du siège comme l'un des principes fondateurs de l'État. Néanmoins, là où l'Allemagne reste, dirons-nous, dans une indépendance classique (A), l'Italie semble avoir poussé l'exigence d'indépendance vers son maximum en prévoyant une forme d'autogouvernement de la magistrature (B).

A. L'indépendance classique du juge allemand

558. Si l'indépendance du juge allemand est clairement et indéniablement affirmée (1), certaines nuances doivent être mentionnées (2).

1. L'affirmation de l'indépendance

559. La consécration constitutionnelle. Pour Frédérique Ferrand, « la Constitution allemande proclame très clairement l'indépendance du pouvoir judiciaire et de ses membres »¹. La Loi fondamentale, qui consacre pas moins de treize articles au pouvoir judiciaire, est en effet explicite : ce pouvoir est confié aux seuls juges du siège (*Richter*) qui bénéficient de l'indépendance et ne sont soumis qu'à la loi². L'indépendance du juge (*Unabhängigkeit des Richters*) est vue comme « une pierre angulaire de l'État de droit, [...] »

¹ S. GUINCHARD *et al.*, *Droit processuel*, 10^e éd., Dalloz, 2019, n° 492 ALL. V. aussi, parlant de l'indépendance comme d'une « réalité absolue » du travail du juge du siège : W. ODESKY, « Von Eigenheiten der Richtertätigkeit », dans *Festschrift für Reinhard Böttcher zum 70. Geburtstag*, De Gruyter, 2007, p. 135.

² Loi fondamentale allemande (*Grundgesetz* ou *GG*), arts. 92 al. 1 et 97 al. 1. V. aussi la loi allemande sur les juges (*Deutsches Richtergesetz* ou *DRiG*), § 25 et s.

base du bon fonctionnement du troisième pouvoir »¹. La doctrine relie l'exigence d'indépendance tant au principe d'État de droit (*Rechtsstaat*) qu'à celui en découlant de séparation des pouvoirs (*Gewaltenteilung*)².

560. Un régime protecteur. La nécessité de réaffirmer l'indépendance du juge du siège après son « élimination matérielle et formelle »³ lors de la période nazie a abouti à un régime très protecteur, qui vise l'indépendance tant de l'institution de la justice que de la personne des juges⁴.

La nomination du juge, qui doit avoir réussi, comme tout juriste, les deux examens d'État⁵, varie suivant le niveau, fédéral ou fédéré, de la juridiction considérée. Au niveau fédéral, la Loi fondamentale précise que les juges de la Cour fédérale de justice (*Bundesgerichtshof*) sont nommés conjointement par le ministre fédéral de la justice et une commission composée par les ministres de la Justice des *Länder* ainsi que d'un nombre égal de membres élus par le *Bundestag*⁶. En ce qui concerne la nomination des juges dans les *Länder*, c'est-à-dire les juges du tribunal cantonal, du tribunal régional et du tribunal régional supérieur, la Constitution permet aux *Länder* de promulguer une loi instaurant un même mécanisme de nomination conjointe par le ministre de la Justice du *Land* et une commission⁷. L'avis du président de la juridiction est quoi qu'il en soit à recueillir avant toute nomination⁸. Celle-ci a lieu par un acte officiel (*Urkunde*) de l'autorité compétente, qui varie donc suivant les *Länder*⁹.

¹ H.-H. KÜHNE, « Grenzen richterlicher Unabhängigkeit im Strafverfahren », *GA* 2013, p. 40 : « Die richterliche Unabhängigkeit ist ein Grundpfeiler des Rechtsstaats. Sie ist die Basis für die Funktionsfähigkeit der sog. dritten Gewalt ».

² V. par exemple *Jarass/Pieroth GG* art. 97 Rn. 1 ; E. SCHMIDT, *Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, *op. cit.*, Tome I, n° 457 et s. ; C. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, *op. cit.*, p. 10 ; H.-H. KÜHNE, *Strafprozessrecht*, *op. cit.*, n° 109.

³ E. SCHMIDT, *Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, *op. cit.*, Tome I, n° 460 : « [...] nachdem der nationalsozialistische Staat die richterliche Unabhängigkeit sachlich und formel beseitigt hatte ».

⁴ K. PETERS, « Gericht und Richter – Institution und Persönlichkeit », dans *Gedächtnisschrift für Karlheinz Meyer*, Walter de Gruyter, 1990, p. 331.

⁵ V. Annexe n° 1, p. 739.

⁶ Loi fondamentale allemande (*Grundgesetz* ou *GG*), art. 95 al. 2.

⁷ Loi fondamentale allemande (*Grundgesetz* ou *GG*), art. 98 al. 4.

⁸ Loi allemande sur les juges (*Deutsches Richtergesetz* ou *DRiG*), § 57.

⁹ Loi allemande sur les juges (*Deutsches Richtergesetz* ou *DRiG*), § 17.

Une fois nommé et après une période de probation passée durant laquelle il ne bénéficie pas d'une protection constitutionnelle complète¹, il est de coutume de distinguer entre l'indépendance personnelle du juge (*persönliche Unabhängigkeit*) et son indépendance matérielle (*sachliche Unabhängigkeit*)². La première implique l'inamovibilité, la seconde l'interdiction de toute injonction au juge³. Quant à l'avancement, il a lieu, en l'absence de Conseil supérieur de la magistrature, au mérite selon une procédure identique à toute nomination : publication de l'offre au journal officiel puis avis du président de la juridiction, candidature et nomination après avis d'une commission⁴. Enfin, le régime disciplinaire et les mutations relèvent au niveau fédéral d'une chambre particulière de la Cour fédérale de justice (*Dienstgericht des Bundes*). Au niveau des *Länder*, on retrouve une organisation similaire⁵. En effet, la Constitution est stricte sur ce point : « les juges nommés définitivement à titre principal dans un emploi permanent ne peuvent, avant l'expiration de leurs fonctions et contre leur gré, être révoqués, suspendus définitivement ou temporairement de leurs fonctions, mutés à un autre emploi ou mis à la retraite *qu'en vertu d'une décision de justice, et uniquement pour les motifs et dans les formes définis par la loi* »⁶. Cette formation peut être saisie par le président de la juridiction ou par le juge lui-même pour lever les soupçons qui pèseraient sur lui⁷.

La Cour constitutionnelle fédérale est particulièrement pointilleuse sur la question de l'indépendance des juges, l'exigeant même pour les formations appelées, au sein d'une profession, à juger les comportements contraires à l'éthique de celle-ci (*Ehrens-* ou

¹ *Jarass/Pieroth GG* art. 97 Rn. 10a. La Cour constitutionnelle fédérale est toutefois intervenue pour juguler le nombre maximum de juges stagiaires par juridiction : v. Cour constitutionnelle fédérale allemande, 3 juillet 1962, 2 BvR 628/60, 2 BvR 247/61 (BVerfGE 14, 156).

² V. *Jarass/Pieroth GG* art. 97 Rn. 2 et s. ; H.-H. KÜHNE, *Strafprozessrecht, op. cit.*, n° 109.

³ Cour constitutionnelle fédérale allemande, 9 mai 1962, 2 BvL 13/60 (BVerfGE 14, 56) ; Cour fédérale de justice allemande, 10 décembre 1971, RiZ (R) 4/71 (BGHZ 57, 344).

⁴ V. P. FAUCHON et C. GAUTIER, *Rapport n° 383 fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale par la mission d'information sur le recrutement et la formation des magistrats de carrière*, Sénat, 11 juillet 2007, p. 124 et s.

⁵ Le *Dienstgericht* de Freiburg (compétent pour le siège et le parquet) a ainsi décidé en septembre 2018 de révoquer le parquetier Thomas Seitz, député du parti d'extrême droit *Alternative für Deutschland (AfD)*, qui avait qualifié les migrants d'« envahisseurs » : v. « Nach rassistischen Äußerungen : AfD-MdB und Staatsanwalt aus Beamtenverhältnis entfernt », *LTO* 19 septembre 2018, accessible en ligne sur www.lto.de/persistent/a_id/31011/ (consulté le 24 mars 2019).

⁶ Loi fondamentale allemande (*Grundgesetz* ou *GG*), art. 97 al. 2 (nous soulignons).

⁷ V. *Le régime disciplinaire des magistrats du siège*, Les documents de travail du Sénat, série Législation Comparée, n° LC 131, 2004, p. 14 et s.

Berufsgericht)¹ et allant jusqu'à imposer une rémunération fixe appropriée pour tout juge². Dernièrement, elle a censuré la décision du gouvernement du Bade-Wurtemberg de baisser la rémunération des nouveaux juges recrutés pour des considérations budgétaires³. Signalons enfin qu'il existe une hypothèse particulière d'accusation contre un juge (*Richteranklage*) concernant le magistrat du siège qui contreviendrait dans ses fonctions ou en dehors de celles-ci aux principes de la loi fondamentale ou à l'ordre constitutionnel d'un *Land*. La Cour constitutionnelle fédérale, saisie par le Parlement, peut ordonner la mutation, la mise à la retraite ou la révocation du juge⁴.

2. Les nuances de l'indépendance

561. Nuances doctrinales. L'indépendance du juge du siège allemand, si elle semble fortement garantie, n'est cependant pas totale et doit être nuancée. Ainsi la nomination des juges fait intervenir le ministre de la Justice fédéral ou des *Länder*. De même, il existe des possibilités de mutations dans l'intérêt de la fonction judiciaire ou encore en cas de changement dans l'organisation judiciaire⁵, soumises il est vrai à la décision de la formation spéciale compétente en matière de mutations.

Surtout, se font jour en Allemagne des craintes quant à l'indépendance *interne* du juge du siège. Hans-Heiner Kühne avance trois risques : la surmédiatisation de certaines affaires, les pressions budgétaires et managériales de l'administration judiciaire couplées au flux toujours plus important de procédure, et l'encouragement des pratiques carriéristes dans une magistrature du siège qui reste hiérarchisée⁶. Plus précisément, l'auteur note que le système de surveillance des magistrats – qui peut déboucher sur une supervision⁷ – permet des sanctions informelles, entraînant des tensions possibles avec le principe

¹ Cour constitutionnelle fédérale allemande, 11 juin 1969, 2 BvR 518/66 (BVerfGE 26, 186).

² Cour constitutionnelle fédérale allemande, 5 mai 2005, 2 BvL 17/09, 2 BvL 1/14, 2 BvL 6/12, 2 BvL 5/12, 2 BvL 4/12, 2 BvL 3/12, 2 BvL 18/09 (BVerfGE 139, 64). V. S. GUINCHARD *et al.*, *Droit processuel*, 10^e éd., Dalloz, 2019, note 7 p. 883.

³ Cour constitutionnelle fédérale allemande, 16 octobre 2018, 2 BvL 2/17.

⁴ Loi fondamentale allemande (*Grundgesetz* ou *GG*), art. 98 al. 2.

⁵ Loi allemande sur les juges (*Deutsches Richtergesetz* ou *DRiG*), § 30 et s.

⁶ H.-H. KÜHNE, *Strafprozessrecht*, *op. cit.*, n° 110. V., parlant d'un « effet de carrière » (*der Karriereeffekt*) pouvant affecter le bon fonctionnement de la réserve du juge, D. HELMKEN, « Reform des Richtervorbehalts : vom Palliativum zum effektiven Grundrechtsschutz », *StV* 3/2003, p. 193.

⁷ Loi allemande sur les juges (*Deutsches Richtergesetz* ou *DRiG*), § 26.

d'indépendance¹. L'affaire dite du « juge lent » (*langsamer Richter*) illustre parfaitement ces craintes. Thomas Schulte-Kellinghaus, juge au tribunal régional supérieur de Karlsruhe, reçoit en 2012 un avertissement de la présidente de la juridiction : celle-ci a comparé les procédures traitées par ses autres collègues et, sur la période de 2008 à 2010, le taux de traitement de Thomas Schulte-Kellinghaus est de 68 % de la moyenne des taux observés chez les autres juges de la juridiction. Thomas Schulte-Kellinghaus conteste cet avertissement devant les juridictions disciplinaires (*Dienstgericht*)² de Karlsruhe puis de Stuttgart, invoquant son indépendance. En vain. Il finit par saisir la Cour fédérale de justice, qui rejette son recours au motif que « l'indépendance du juge n'est pas atteinte du seul fait que le juge soit directement ou indirectement amené à modifier sa manière de travailler »³. Le juge tente alors de saisir la Cour constitutionnelle fédérale d'un recours individuel, invoquant la violation de ses droits fondamentaux, mais sans succès puisque la Cour rejette son recours le 9 mars 2018⁴. L'explication est procédurale : la Cour fédérale de justice a habilement renvoyé l'affaire, après avoir rejeté le recours du juge, à la juridiction disciplinaire de Stuttgart. Or, la saisine de la Cour constitutionnel par un particulier suppose d'avoir épuisé toutes les voies de recours...⁵

L'image du juge du siège allemand est en dernière analyse assez classique, en tout cas d'un point de vue français. L'indépendance est assurée tout en n'étanchéisant pas complètement le siège de l'exécutif.

562. Un malaise professionnel ? En 2014, l'association des juges allemands (*Deutscher Richterbund*) commande à l'institut Allensbach un rapport sur la perception du système juridique et judiciaire allemand par les juges et parquetiers. Dans le cadre de l'enquête, mille sept cent soixante-dix juges et procureurs ont répondu à un questionnaire

¹ H.-H. KÜHNE, *Strafprozessrecht*, *op. cit.*, n° 744 : « Auch die Dienstaufsicht, der Richter bezüglich der Einhaltung ihrer Dienstpflichten unterliegen, bietet ein potenzielles Spannungsfeld zur richterlichen Unabhängigkeit ».

² Sur laquelle *v. supra* n° 560.

³ Cour fédérale de justice allemande, 7 septembre 2017, RiZ (R) 2/15 : « Dagegen ist die richterliche Unabhängigkeit nicht schon allein dann beeinträchtigt, wenn der Richter unmittelbar oder mittelbar mit dem Vorhalt zu einer Änderung seiner Arbeitsweise veranlasst wird ».

⁴ Cour constitutionnelle fédérale allemande, 9 mars 2018, 2 BvR 174/18.

⁵ Loi sur la Cour constitutionnelle fédérale (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz* ou *BverfGG*), § 90 al. 2.

envoyé par l'institut. Un volet spécifique était consacré à l'indépendance de la justice¹. La première question posée était claire :

« Il existe depuis longtemps la revendication d'une Justice auto-gérée, c'est-à-dire d'une indépendance renforcée de la Justice pour les questions budgétaires et de personnel vis-à-vis des autres pouvoirs. Qu'en pensez-vous : retenez-vous nécessaire de renforcer l'autonomie de la Justice allemande, ou pensez-vous que cela n'est pas nécessaire ? »²

75 % des magistrats interrogés pensent nécessaire de renforcer l'indépendance de la justice allemande, taux qui culmine à 81 % près les tribunaux cantonaux, premiers maillons de l'ordre judiciaire allemand. C'est dire que derrière les affirmations textuelles mais aussi derrière les grands arrêts de la Cour constitutionnelle fédérale existe peut-être, dans les petites juridictions, une certaine crise de l'indépendance judiciaire, ou en tout cas une volonté assez forte d'aller vers plus d'indépendance en matière de gestion et de personnel³. Dans l'édition 2019 du rapport, le taux général tombe à 64 %⁴. Mais cette baisse doit être fortement relativisée par la réponse à une autre question, qui n'avait pas été posée en 2014. Après avoir mentionné les cas de la Pologne puis de la Hongrie, le rapport pose clairement la question du danger qu'encourrait la justice en Allemagne : « Pensez-vous qu'en Allemagne aussi l'indépendance de la justice pourrait être menacée, ou bien considérez-vous que les structures judiciaires allemandes sont suffisamment solides pour résister aux attaques politiques contre l'indépendance de la justice ? »⁵. Les magistrats interrogés sont 63 % à penser l'indépendance de la justice allemande en danger, le taux grimant à 69 % chez les magistrats âgés de plus de 50 ans. Hans-Ernst Böttcher, ancien

¹ *Roland Rechtsreport 2014. Sonderbericht : das deutsche Rechts- und Justizsystem aus Sicht von Richtern und Staatsanwälten*, 2014, p. 52 et s. Le rapport est disponible en ligne sur le site de l'association des juges allemands : www.drb.de.

² « Es gibt seit Längerem die Forderung nach einer selbst verwalteten Justiz, also nach einer stärkeren Unabhängigkeit der Justiz in Personal- und Haushaltsfragen gegenüber den anderen Gewalten. Wie sehen Sie das: Halten Sie es für notwendig, die Autonomie der deutschen Justiz zu stärken, oder halten Sie das nicht für notwendig ? ».

³ En ce sens v. l'interview de Hans-Ernst Böttcher par M. SEHL, « Interview zur Gewaltenteilung und Selbstverwaltung der Justiz », *LTO* 2 juillet 2018, accessible en ligne sur www.lto.de/persistent/a_id/29475/ (consulté le 24 mars 2019). V. aussi les contributions de Werner Kannenberg (« Stellungnahme der Neuen Richtervereinigung »), de Manfred Oswald (« Die Stellungnahme der Richterinnen und Richter, Staatsanwältinnen und Staatsanwälte in der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft ») et d'Alexander Roth (« Stellungnahme des Deutschen Richterbundes, Landesverband Brandenburg »), dans *Die Zukunft von Staatsanwaltschaft und Kriminalpolizei in Deutschland*, Clear Canvas, 2013, respectivement p. 44, 53 et 61.

⁴ *Roland Rechtsreport 2019*, 2019, p. 62.

⁵ *Ibid.*, p. 63 : « Glauben Sie, dass auch in Deutschland die Unabhängigkeit der Justiz in Gefahr geraten könnte, oder halten Sie die Justiz-Strukturen in Deutschland für widerstandsfähig genug, um politischen Angriffen auf die Unabhängigkeit der Justiz zu widerstehen ? ».

président du tribunal régional de Lübeck, déclare en 2018 que « si l'Allemagne voulait adhérer à l'UE aujourd'hui, elle ne serait plus acceptée »¹.

En parallèle, des craintes ont été émises quant au risque d'une pénurie de juges à venir. Si le juriste français peut être étonné – l'Allemagne comptait en 2016 vingt-quatre juges professionnels pour cent mille habitants, contre dix en France –, l'association des juges allemands estime que presque la moitié (40 %) du personnel judiciaire sera à la retraite d'ici 2030². Le pacte pour l'État de droit (*Pakt für den Rechtsstaat*) promis par la coalition actuellement au pouvoir a d'ailleurs pour axe central le recrutement de deux mille nouveaux juges, même si ce pacte peine pour l'instant à se réaliser, les *Länder* et la Fédération bataillant pour savoir qui va payer la facture³.

La réalité de l'indépendance du juge allemand, affirmée et garantie par la Constitution et sa Cour, doit donc être nuancée. D'autant qu'un modèle d'indépendance renforcée existe à quelques heures d'avion de Berlin.

B. L'indépendance renforcée du juge italien

563. L'indépendance du siège italien et, plus largement, de toute l'autorité judiciaire est garantie tant d'un point de vue externe (1) que d'un point de vue interne (2). La magistrature italienne est en effet un pouvoir diffus (*potere diffuso*)⁴.

¹ M. SEHL, « Interview zur Gewaltenteilung und Selbstverwaltung der Justiz », *op. cit.*: « Wenn Deutschland heute der EU beitreten wollte, würde es nicht mehr aufgenommen ».

² « DRB warnt vor Personalmangel an Gerichten : Justiz verliert 10.000 Richter und Staatsanwälte », *LTO* 3 janvier 2018, accessible en ligne sur www.lto.de/persistent/a_id/26263/. V. aussi affirmant que dans dix ans la moitié des juges du *Land* de Mecklembourg-Poméranie-Occidentale sera à la retraite, « Generationenwechsel in der Justiz : Meck-Pomm sucht Nachwuchs », *LTO* 28 décembre 2017, accessible en ligne sur www.lto.de/persistent/a_id/26201/ (consulté le 24 mars 2019).

³ V. M. SEHL, « Vorschlag für Pakt für den Rechtsstaat Nur noch eine "Mogelpackung" ? », *LTO* 23 janvier 2019, accessible en ligne sur www.lto.de/persistent/a_id/33423/ (consulté le 24 mars 2019) ; H. SULIAK, « Vorschlag zum Pakt für den Rechtsstaat : Bund bietet Ländern 220 Millionen Euro für die Justiz », *LTO* 4 décembre 2018, accessible en ligne sur www.lto.de/persistent/a_id/32527/ (consulté le 24 mars 2019). Le pacte pour l'État de droit a entraîné de vives tensions entre les ministres de la justice des *Länder* et la ministre fédérale Katarina Barley lors de la quatre-vingt-neuvième conférence des ministres de la justice (*Justizministerkonferenz* ou *JuMiKo*) en novembre 2018 : v. H. SULIAK, « Beschlüsse der 89. JuMiKo : 16:0 gegen Katarina Barley », *LTO* 15 novembre 2018, accessible en ligne sur www.lto.de/persistent/a_id/32133/ (consulté le 24 mars 2019).

⁴ Ce terme a pour la première fois été avancé, semble-t-il, par E. CAPACCIOLI, « Forma e sostanza dei provvedimenti relativi ai magistrati ordinari », *op. cit.* spéc. note 4. Il a ensuite été repris par la Cour constitutionnelle (22 octobre 1975, n° 231). Il s'agit aujourd'hui d'une expression classique dans l'analyse

1. L'indépendance externe de la magistrature italienne

564. La nécessité historique de l'indépendance. Historiquement¹, le Statut albertin (*Statuto albertino*), première charte constitutionnelle du Royaume d'Italie², prévoyait que « la justice émane du Roi et est administrée en son Nom par les Juges qu'Il institue »³, juges qui n'acquerraient l'inamovibilité qu'après trois années d'exercice⁴. Cette inamovibilité restait fragile, car il pouvait y être mis fin selon les conditions prévues par la loi, cette dernière visant notamment la mutation contrainte pour « l'utilité du service »⁵, notion vague laissant place à des considérations politiques⁶. Toutefois, la nomination était déjà basée sur le mérite et les candidats choisis par une commission externe au roi⁷, tandis que les sanctions disciplinaires étaient prises par l'assemblée des juges de la juridiction concernée⁸. L'indépendance, certes nuancée, de la magistrature du siège ne pouvait survivre à l'avènement du fascisme dont la doctrine est fondée sur le dépassement de la séparation des pouvoirs⁹. Le décret royal du 30 juin 1941 sur l'organisation judiciaire – toujours en vigueur aujourd'hui mais dans une version, bien sûre, remaniée – fait de la magistrature « un simple appareil administratif »¹⁰, l'ensemble des magistrats, siège compris, étant placé sous la « haute surveillance »¹¹ du ministre de la Justice.

On comprend donc la nécessité, pour les membres de l'Assemblée constituante qui se réunissent en 1946-1947, d'affirmer et de sécuriser une bonne fois pour toutes

de la magistrature italienne. V. I. BOUCOBZA, *La fonction juridictionnelle. Contribution à une analyse des débats doctrinaux en France et en Italie*, op. cit., n° 91.

¹ Pour une présentation détaillée de l'indépendance de la magistrature italienne depuis la Rome antique, v. G. SCARSELLI, *Ordinamento giudiziario e forense*, op. cit., p. 39 et s.

² Le texte est à l'origine octroyé par le roi Carlo Alberto, souverain du royaume de Sardaigne (incluant le Piémont) le 4 mars 1848. Après l'unification italienne, le texte sera étendu à tout le nouveau royaume.

³ Statut Albertin du 4 mars 1848, art. 68 : « La Giustizia emana dal Re, ed è amministrata in suo Nome dai Giudici ch'Egli istituisce »

⁴ Statut Albertin du 4 mars 1848, art. 69.

⁵ Décret royal n° 2626 du 6 décembre 1865, art. 199 al. 2 : « Possono bensì per l'utilità del servizio essere tramutati da una Corte o da un tribunale ad altra Corte o tribunale, con parità di grado e di stipendio ».

⁶ G. MONACO, *Pubblico ministero ed obbligatorietà dell'azione penale*, op. cit., p. 33.

⁷ G. SCARSELLI, *Ordinamento giudiziario e forense*, op. cit., p. 58.

⁸ Décret royal n° 2626 du 6 décembre 1865, art. 189.

⁹ S. FODERARO, « La teorica della divisione dei poteri nel diritto pubblico fascista », *Rivista di diritto pubblico* 1939, I, p. 748. Sur la magistrature pendant l'ère fasciste, v. G. N. MODONA, « Quale giudici per quale giustizia nel ventennio fascista », dans L. GARLATI (dir.), *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, Giuffrè, 2010, p. 209, spéc. p. 213 et s.

¹⁰ G. SCARSELLI, *Ordinamento giudiziario e forense*, op. cit., p. 62 : « Esso stravolge ogni rapporto tra l'esecutivo e il giudiziario, rendendo la magistratura un mero apparato amministrativo ».

¹¹ Décret royal n° 12 du 30 janvier 1941, art. 228 (version originale) : « Il ministro di Grazia e Giustizia esercita l'alta sorveglianza sulle corti, sui tribunali e su tutti i giudici dello Stato ».

l'indépendance de la *magistratura*. D'ailleurs, un large consensus unit sur la question toutes les forces politiques représentées¹. Même Piero Calamandrei et Giovanni Leone tombent d'accord, eux qui s'opposent pourtant sur la question du ministère public². Signe de l'importance de la question, la Constitution consacre treize articles à la question de la magistrature.

565. Une indépendance externe consacrée et garantie. La Constitution italienne est particulièrement limpide lorsqu'elle affirme d'abord que « les juges ne sont soumis qu'à la loi »³ puis que « la magistrature constitue un ordre autonome et indépendant de tout autre pouvoir »⁴. Ce faisant, le constituant réalise l'exigence de séparation des pouvoirs⁵. Giuliano Scarselli égraine les cinq éléments garantissant cette indépendance externe⁶.

Tout d'abord, la magistrature italienne est caractérisée par une forme d'autogouvernement (*autogoverno*) ou d'autogestion⁷, puisque seul le Conseil supérieur est compétent pour le *recrutement*, les affectations, les mutations, les avancements et les mesures disciplinaires⁸. Si la Constitution renvoie aux différentes normes sur l'organisation judiciaire, celles-ci sont, à leur tour, explicites : le ministre ne peut que saisir le Conseil en matière disciplinaire⁹. Le Conseil est donc le garant de cet ordre autonome et indépendant de tout autre pouvoir soumis à la seule loi¹⁰. En matière de nomination, le ministre est même tenu de promulguer par décret et dans les vingt jours les délibérations du Conseil supérieur de la magistrature sur les admis à un concours organisé par ce même Conseil¹¹.

¹ G. SCARSELLI, *Ordinamento giudiziario e forense, op. cit.*, p. 64.

² V. *supra* n° 533.

³ Constitution italienne (*Costituzione della Repubblica italiana*), art. 101 al. 1 : « I giudici sono soggetti soltanto alla legge ».

⁴ Constitution italienne (*Costituzione della Repubblica italiana*), art. 104 al. 1 : « La magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere ».

⁵ N. ZANON et F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura, op. cit.*, p. 82.

⁶ G. SCARSELLI, *Ordinamento giudiziario e forense, op. cit.*, p. 64-65.

⁷ M. DELMAS-MARTY (dir.), *Procédures pénales d'Europe, op ; cit.*, p. 367 et s. ; A. PERRODET, *Étude pour un ministère public européen, op. cit.*, n° 103 et s.

⁸ Constitution italienne (*Costituzione della Repubblica italiana*), art. 105. Le Conseil est composé de vingt-sept membres, dont trois sont de droit : le Président de la République, qui préside le Conseil, le premier président et le procureur général près la Cour de cassation. Les vingt-quatre autres membres sont élus, pour deux tiers d'entre eux, par tous les magistrats et, pour le tiers restant, par le parlement : v. Constitution italienne (*Costituzione della Repubblica italiana*), art. 104.

⁹ Loi n° 195 du 24 mars 1958, art. 10.

¹⁰ Constitution italienne (*Costituzione della Repubblica italiana*), arts. 101 al. 2 et 104 al. 1.

¹¹ Loi n° 195 du 24 mars 1958, art. 12 al. 1.

Le recrutement sur concours public organisé par le Conseil est d'ailleurs la deuxième disposition assurant l'indépendance externe de la magistrature¹. Ce concours a lieu devant une commission dont les membres sont nommés par le ministre de la Justice sur délibération conforme du Conseil supérieur de la magistrature².

Surtout, la Constitution garantit aux juges du siège leur complète inamovibilité, leur mutation ou suspension ne pouvant avoir lieu que sur décision du Conseil supérieur de la magistrature et selon les cas prévus par la loi³.

Les deux derniers éléments de l'indépendance externe de la magistrature italienne sont l'intégration du ministère public à la magistrature⁴ et l'attribution au ministre de la Justice de pouvoirs concernant la seule organisation et le seul fonctionnement des « services relatifs à la justice » (*servizi relativi alla giustizia*) et non de l'administration de la justice elle-même, qui relève du Conseil supérieur de la magistrature⁵. Le ministre de la Justice sera par exemple compétent pour faire des demandes ou observations sur toute matière intéressant le Conseil supérieur de la magistrature, mais aussi pour fixer les périodes des vacances des magistrats. C'est encore lui qui nommera les membres importants de l'administration judiciaire, comme le greffier en chef, ce qui est parfois source de conflit au sein de certaines juridictions⁶. On a pu parler de « pouvoirs résiduels mais pas insignifiants »⁷ du ministre.

Cette indépendance externe renforcée se couple assez logiquement d'une dépendance interne.

2. L'indépendance interne de la magistrature italienne

566. Un pouvoir diffus. L'indépendance interne des juges du siège est garantie par l'une des dispositions les plus intéressantes de la Constitution, l'article 107 alinéa 3,

¹ Constitution italienne (*Costituzione della Repubblica italiana*), art. 106.

² Décret royal n° 12 du 30 janvier 1941, art. 125 ter al. 1 (version actuelle).

³ Constitution italienne (*Costituzione della Repubblica italiana*), art. 107 al. 1.

⁴ V. *infra* n° 534 et s.

⁵ Constitution italienne (*Costituzione della Repubblica italiana*), art. 110.

⁶ V. en ce sens M. G. CIVININI, « Le statut du magistrat en Italie », *op. cit.*.

⁷ A. PERRODET, *Étude pour un ministère public européen*, *op. cit.*, n° 106.

affirmant que « les magistrats se distinguent entre eux seulement par la diversité de leurs fonctions »¹. Giuliano Scarselli explicite cette notion de différence fonctionnelle :

« De cette façon, il n'y a aucune subordination entre le dernier magistrat d'un tribunal d'Italie et le premier magistrat de la Cour suprême de cassation ; il y a seulement, justement, une différence de fonctions, qui, dans tous les cas, ne doit pas être en mesure de compromettre la liberté de tout juge de répondre seulement devant la loi et sa propre science et conscience. »²

La magistrature italienne exerce donc un pouvoir diffus (*potere diffuso*), c'est-à-dire qu'il n'y a pas de hiérarchie définitive entre les juges et qu'un « petit juge » de campagne a autant de poids qu'un conseiller à la Cour de cassation. Tout membre de l'autorité judiciaire, et en particulier du siège, dispose de la même autorité à exercer de manière définitive les fonctions affiliées à cette autorité. Nicolò Zanon et Francesca Biondi développent cette idée, parlant d'une indépendance interne fonctionnelle impliquant qu'« aucun juge, en principe, n'est juridiquement lié par les décisions des autres juges, hors le cas du principe de soumission au droit »³.

567. L'abolition de la carrière. Conséquence extrêmement importante de l'idée d'un pouvoir diffus : le système italien a totalement dissocié le grade de la fonction. En effet, si l'article 107 alinéa 3 n'empêche pas l'existence d'une « carrière » au sein de la magistrature, celle-ci ne doit pas créer de liens de subordination entre magistrats⁴. En conséquence, la Constitution a impliqué une modification de l'organisation de la carrière du juge. Suite à deux lois de 1966 et 1973, l'habilitation à exercer telle ou telle fonction était obtenue par le juge d'une manière automatique après l'exercice pendant un nombre

¹ Constitution italienne (*Costituzione della Repubblica italiana*), art. 107 al. 3 : « I magistrati si distinguono fra loro soltanto per diversità di funzioni ».

² G. SCARSELLI, *Ordinamento giudiziario e forense*, op. cit., p. 65 : « In questo modo non v'è alcuna subordinazione tra l'ultimo magistrato di tribunale d'Italia rispetto al primo magistrato della corte suprema di cassazione ; v'è solo, appunto, una differenza di funzioni, che in ogni caso non deve essere in grado di compromettere la libertà di ogni giudice di rispondere solo alla legge e alla propria scienza e coscienza ».

³ N. ZANON et F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, op. cit., p. 130 : « l'indipendenza funzionale interna implica che nessun giudice, di regola, sia giuridicamente vincolato alla decisione di altri giudici, salvo il caso del vincolo al principio di diritto ».

⁴ *Ibid.*, p. 133.

d'années déterminé de telle ou telle autre fonction¹, peu importe l'absence de poste disponible pour exercer de telles fonctions :

« En conséquence, le magistrat obtenait le titre et le traitement correspondant à la fonction supérieure, tout en continuant à exercer les fonctions inférieures (un système quelque peu différent concernait les magistrats de cassation). L'octroi effectif des fonctions du grade supérieur advenait successivement (mais pouvait aussi ne jamais advenir) si des places se libéraient. »²

On a parlé d'abolition de la carrière³, de carrière ouverte (*carrira a ruoli aperti*)⁴ ou de « progression dans les fonctions » (*progressione delle funzioni*)⁵. En d'autres termes, « tout magistrat peut acquérir pendant sa carrière le grade de magistrat de cour d'appel et de magistrat de cassation [...] bien qu'il ou elle n'exerce pas la fonction correspondante »⁶.

En 2005 et 2006 toutefois⁷, d'importantes modifications ont été apportées à ce système. Dorénavant, l'affiliation aux différentes fonctions (juge de premier degré, juge de second degré ou de cassation, pour les plus importantes⁸) se fait sur demande des juges et par l'intermédiaire de concours internes⁹. Cela ne change en revanche rien à la dissociation du grade et de la fonction. L'avancement du grade, et de la rémunération attenante, est toujours automatique. L'habilitation à exercer les fonctions n'est en revanche plus acquise de manière automatique.

Depuis 2006 toujours, les juges sont évalués tous les quatre ans par le Conseil supérieur au regard de l'avis exprimé par le conseil judiciaire concerné¹⁰, formation regroupant des magistrats, des universitaires et des avocats. Ces conseils sont installés

¹ Lois n° 570 du 25 juillet 1966 et n° 831 du 20 décembre 1973.

² N. ZANON et F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, *op. cit.*, p. 133 : « Di conseguenza, il magistrato conseguiva il titolo e lo stipendio della funzione superiore, pur continuando a svolgere le funzioni inferiori (un sistema in parte diverso vigeva per i magistrati di Cassazione). Il conferimento effettivo delle funzioni di grado superiore avveniva successivamente (ma poteva anche non avvenire mai), qualora si fossero liberati dei posti ».

³ I. BOUCOBZA, *La fonction juridictionnelle. Contribution à une analyse des débats doctrinaux en France et en Italie*, *op. cit.*, n° 247 et 309 ; A. PERRODET, *Étude pour un ministère public européen*, *op. cit.* n° 102.

⁴ N. ZANON et F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, *op. cit.*, p. 133.

⁵ *Ibid.*, p. 132 et s.

⁶ M. G. CIVININI, « Le statut du magistrat en Italie », *op. cit.*, p. 8 ; I. BOUCOBZA, *La fonction juridictionnelle. Contribution à une analyse des débats doctrinaux en France et en Italie*, *op. cit.*, n° 349.

⁷ Loi n° 150 du 25 juillet 2005 ; décret législatif n° 160 du 5 avril 2006.

⁸ Pour la liste complète, v. le décret législatif n° 160 du 5 avril 2006, art. 10.

⁹ Décret législatif n° 160 du 5 avril 2006, art. 12.

¹⁰ Décret législatif n° 160 du 5 avril 2006, art. 11.

auprès de chaque Cour d'appel et sont considérés comme des « organes auxiliaires »¹ du Conseil supérieur de la magistrature. Leur évaluation est prise en compte lors des concours internes.

568. Une indépendance parfois critiquée. D'une manière générale, « la magistrature italienne est traditionnellement très jalouse de son indépendance »², malgré certaines critiques, essentiellement politiques. Dernière exemple en date, la validation par la Cour de cassation le 3 juillet 2018 de la saisie de quarante-neuf millions d'euros de fonds de la Ligue (du nord), qui venait d'entrer au gouvernement, en exécution d'une condamnation datant de 2012³. Les critiques ont alors fusé d'une magistrature politisée. La justice a réitéré le 23 janvier 2019 s'agissant des biens de l'ancien dirigeant de la Ligue, Umberto Bossi⁴. Quelques années auparavant, en 2013, un auteur avançait l'idée d'un « populisme judiciaire » (*populismo giudiziario*), défini comme les situations où « un magistrat prétend assumer un rôle de représentant authentique ou d'interprète des intérêts véritables et des attentes de justice du peuple [...] dans une logique de suppléance si ce n'est de conflit ouvert avec le pouvoir politique officiel »⁵ et causé, entre autre, par le contexte politique général italien, marqué par une profonde défiance vis-à-vis de la classe politique⁶. Ce populisme serait « une forme dangereuse de dégénérescence de la fonction juridictionnelle »⁷. Plus explicite encore, Mauro Mellini parle depuis quelques années d'un « parti [politique] des magistrats » (*il partito dei magistrati*)⁸.

¹ G. SCARSELLI, *Ordinamento giudiziario e forense, op. cit.*, p. 129. V. aussi le décret législatif n° 25 du 27 janvier 2006.

² G. C. CASELLI et A. SPATARO, « La magistrature italienne durant les années de plomb », dans M. LAZAR et M.-A. MATARD-BONUCCI (dir.), *L'Italie des années de plomb*, Autrement, 2010, p. 372, spéc. p. 374.

³ Cour de cassation italienne, 2^e section pénale, 3 juillet 2018, n° 29923, *Procuratore della Repubblica presso il tribunale di Genova*.

⁴ Cour de cassation italienne, 2^e section pénale, 23 janvier 2019, n° 3261.

⁵ G. FIANDACA, « Populismo politico e populismo giudiziario », *Criminalia* 2013, p. 95 : « questo fenomeno ricorre tutte le volte in cui il magistrato pretende di assumere un ruolo di autentico rappresentante o interprete dei reali interessi e delle aspettative di giustizia del popolo [...] in una logica di supplenza se non addirittura di aperto conflitto con il potere politico ufficiale ».

⁶ *Ibid.* Les causes du populisme judiciaire sont identifiées par l'auteur dans le contexte politique général, le comportement de l'opinion publique, la quantité et la qualité des phénomènes criminels, les idéologies internes à la magistratures, le degré d'efficacité du contrôle disciplinaire et la culture juridico-constitutionnelle du citoyen lambda.

⁷ G. FIANDACA, « Populismo politico e populismo giudiziario », *op. cit.* : « rappresenta [...] una pericolosa forma di degenerazione della funzione giurisdizionale in sé considerata ».

⁸ M. MELLINI, « Il partito dei magistrati », dans A. APPOLONIO (dir.), *Processo e legge penale nella Seconda Repubblica. Riflessioni sulla giustizia da Tangentopoli alla fine del berlusconismo*, Carocci, 2015, p. 97.

569. Leçons comparatives. La comparaison des droits allemand et italien rappelle l'évidence : l'indépendance du siège est assurée dans les deux pays, États de droit incontestables. Toutefois, l'expérience italienne montre un degré quelque peu supérieur dans l'indépendance, comme si l'on était passé « à l'étape d'après ». Cet autogouvernement de la magistrature n'est pas sans critiques d'une politisation des juges, certes moins forte que pour le ministère public. C'est donc à l'aune de ces deux expériences, l'une classique, l'autre un peu plus innovante, que peuvent sans doute être données des pistes pour le perfectionnement de l'indépendance du juge français.

§ 2. Le perfectionnement de l'indépendance du juge français

570. Soulignons, encore une fois, l'évidence : le juge du siège français peut être considéré comme globalement indépendant (1). Mais certaines nuances se font jour et pourraient nécessiter des améliorations (2).

A. L'affirmation classique de l'indépendance

571. Le statut du magistrat du siège français est connu. Aussi ne le passerons-nous que rapidement en revue. Après une marche vers l'indépendance, celle-ci semble aujourd'hui acquise (A), même si elle n'est pas sans nuance (B).

1. L'affirmation de l'indépendance

572. La marche vers l'indépendance. S'il est aujourd'hui acquis que le juge bénéficie, en France, de l'indépendance, cela n'a pas toujours été le cas. Le siège a de nombreuses fois été épuré pour des raisons politiques, même – voire surtout – par des républicains. Ainsi la loi du 30 août 1883 suspend l'inamovibilité pour trois mois aux fins

de « réduction du personnel »¹ – comprendre « élimination »² des magistrats favorables à la royauté après les troubles du début de la III^e République. Dans un sens, l'épuration « rythme »³ véritablement l'histoire de la magistrature. Surtout, a prévalu pendant longtemps la pratique des recommandations pour pouvoir être nommé juge, entraînant « la monopolisation de la magistrature par les notables »⁴. S'opère progressivement une « républicanisation de la justice »⁵ et le recrutement sur concours, après quelques hésitations historiques⁶, est acté avec l'ordonnance du 22 décembre 1958 créant le Centre national des études judiciaires⁷, devenu École nationale de la magistrature en 1970⁸.

573. Une indépendance constitutionnelle. La Constitution prévoit l'indépendance de l'autorité judiciaire et l'inamovibilité des magistrats du siège⁹. Le juge du siège est nommé par décret du président de la République sur proposition du Garde des Sceaux (hypothèse générale) ou du Conseil supérieur de la magistrature (premier président de cour d'appel, président de tribunal de grande instance, magistrature assise de la Cour de cassation) et, quoi qu'il en soit, après avis conforme de ce dernier¹⁰. Une fois installé dans ses fonctions, le magistrat du siège est inamovible, même pour avancement¹¹. Quant au pouvoir disciplinaire¹², c'est le Conseil supérieur de la magistrature qui l'exerce¹³, pouvant

¹ Loi du 30 août 1883 sur la réforme de l'organisation judiciaire, art. 11 al. 1 : « Dans un délai de trois mois à partir de la promulgation de la présente loi, il sera procédé [...] à la réduction du personnel des cours d'appel et des tribunaux ».

² Loi du 30 août 1883 sur la réforme de l'organisation judiciaire, art. 11 al. 2 : « Les *éliminations* porteront sur l'ensemble du personnel indistinctement » (nous soulignons).

³ R. BADINTER, « Introduction », dans *L'épuration de la magistrature de la Révolution à la Libération : 150 ans d'histoire judiciaire*, Ed. Loisiel, 1994, p. 8. V. aussi P. TCHERKESOFF, *Cohérence et légitimité du ministère public*, *op. cit.*, n° 31 et s.

⁴ V. C. BRUSCHI (dir.), *Parquet et politique pénale depuis le XIX^e siècle*, *op. cit.*, p. 48 et s.

⁵ J.-C. FARCY, *Histoire de la justice en France*, La découverte, 2015, p. 44.

⁶ Sur lesquelles v. synthétiquement S. GUINCHARD, A. VARINARD et T. DEBARD, *Institutions juridictionnelles*, 14^e éd., Dalloz, 2017, n° 830.

⁷ Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, art. 14. Notons qu'il existe, en dehors de la voie du concours, des possibilités, marginales, d'intégration directe au corps judiciaire : v. *ibid.*, n° 842 et s.

⁸ Loi n° 70-642 du 17 juillet 1970 relative au statut des magistrats, art. 3.

⁹ Constitution française, art. 64 al. 1 et 4.

¹⁰ Constitution française, art. 65 al. 4 ; Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, art. 26 al. 1.

¹¹ Constitution française, art. 64 al. 4 ; Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, art. 4 al. 2.

¹² Sur lequel v. S. GUINCHARD, A. VARINARD et T. DEBARD, *Institutions juridictionnelles*, *op. cit.*, n° 872.

¹³ Constitution française, art. 65 al. 6 ; Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, art. 48 al. 1.

être saisi par les dénonciations du Garde des Sceaux, des premiers présidents de Cour d'appel et, depuis 2010, par un justiciable¹.

Le Conseil constitutionnel veille d'une manière assez stricte à l'indépendance des magistrats du siège, ayant érigé une véritable « Constitution jurisprudentielle »² protégeant les magistrats du siège. Il a ainsi reconnu « un principe d'indépendance des juges »³ découlant de l'article 64 de la Constitution, qu'il a ensuite étendu aux magistrats dits supplétifs (conseillers et avocats généraux en service extraordinaire⁴, magistrats à titre temporaire⁵, juges de proximité⁶).

Cette indépendance n'est toutefois pas sans nuances.

2. Les nuances de l'indépendance

574. Une autorité judiciaire laissée pour compte ? En dernière analyse, l'indépendance du siège français ne semble pas totale⁷.

Tout d'abord, et à tout seigneur tout honneur, le président de la République est vu comme le garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire, alors même qu'il est de moins en moins contestable qu'il est aujourd'hui le chef d'un gouvernement et d'une majorité parlementaire plus marqués, quinquennat aidant, par une tendance à la docilité que par un

¹ V. respectivement l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, arts. 50-1 et 50-2 ainsi que la loi organique n° 2010-830 du 22 juillet 2010 relative à l'application de l'article 65 de la Constitution, art. 50-3.

² T. S. RENOUX, « La Constitution et le pouvoir juridictionnel. De l'article 64 de la Constitution et l'indépendance de l'autorité judiciaire à l'article 16 de la Déclaration des droits et l'indépendance de la justice », dans B. MATHIEU (dir.), *1958-2008. Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Dalloz, 2008, p. 293, spéc. p. 304.

³ Cons. const., 9 juillet 1970, n° 70-40 DC, considérant n° 4 ; *JORF* du 19 juillet 1970.

⁴ Cons. const., 21 février 1992, n° 92-305 DC ; *JORF* du 29 février 1992.

⁵ Cons. const., 10 janvier 1995, n° 94-355 DC ; *JORF* du 14 janvier 1995.

⁶ Cons. const., 20 février 2003, n° 2003-466 DC ; *JORF* du 27 février 2003.

⁷ V. O. BEAUD, « Les mots pour le dire : autorité, pouvoir, dans le débat actuel », *Après-demain* 2017, n° 41, p. 3.

appétit d'indépendance¹. L'article 64 de la Constitution revient, selon le bon mot de Guy Carcassonne, à « proclamer que le loup est garant de la sécurité de la bergerie »².

D'une manière plus générale, c'est sur toute la question de l'autorité judiciaire que le texte constitutionnel paraît « inachevé »³, ne comptant que quatre articles et renvoyant très (trop ?) souvent au législateur organique⁴. L'inamovibilité, plus particulièrement, relève plus du « symbole »⁵ ayant perdu beaucoup de sa superbe⁶. Cette règle connaît de nombreuses atténuations – certains diront « assouplissements »⁷ : l'inamovibilité n'empêche, en effet, ni des obligations de mobilité⁸ ni l'interdiction d'exercer certaines fonctions au-delà d'un certain temps⁹.

Quant au système d'avancement, s'il répond depuis 1906 à un système de tableaux, dont l'inscription du magistrat qui la demande est décidée par une commission composée de vingt de ses pairs¹⁰, le magistrat du siège reste évalué – et non plus noté – par le chef de sa juridiction¹¹. Cette évaluation a lieu tous les deux ans et se traduit par l'insertion dans le dossier administratif de chaque magistrat d'une « cote d'évaluation », qui sera prise en

¹ On a d'ailleurs pu se demander si la nouvelle séparation des pouvoirs ne devait pas être vue entre la majorité et l'opposition plutôt qu'entre l'exécutif et le législatif : E. THIERS, « La majorité contrôlée par l'opposition : pierre philosophale de la nouvelle répartition des pouvoirs ? », *Pouvoirs* 2012, n° 143, p. 61.

² G. CARCASSONNE et M. GUILLAUME, *La Constitution*, 13^e éd., Points, 2016, n° 423. V. aussi J. ROBERT, « Force ou faiblesse de la constitutionnalisation du droit pénal », dans *La procédure pénale en quête de cohérence*, Dalloz, 2007, p. 103, spéc. p. 104.

³ T. S. RENOUX, « La Constitution et le pouvoir judiciaire. De l'article 64 de la Constitution et l'indépendance de l'autorité judiciaire à l'article 16 de la Déclaration des droits et l'indépendance de la justice », *op. cit.*, spéc. p. 299-300. V. aussi J.-L. AUTIN, « Réflexions sur le statut de la magistrature », dans *Politique(s) criminelle(s). Mélanges en l'honneur du professeur Christine Lazerges*, Dalloz, 2014, p. 331.

⁴ On a pu parler de la « place restreinte » occupée par la justice dans la Constitution : v. B. LOUVEL, « Autorité judiciaire et cohérence constitutionnelle », dans B. MATHIEU (dir.), *1958-2008. Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Dalloz, 2008, p. 157.

⁵ S. GUINCHARD, A. VARINARD et T. DEBARD, *Institutions juridictionnelles*, *op. cit.*, n° 858.

⁶ P. HÉBRAUD, « L'autorité judiciaire », *D.* 1959, chron. 81 ; A. HOLLEAUX, « L'administration des magistrats et leur indépendance », *RF sc. pol.* 1963, p. 44 ; R. SAVATIER, « Le juge dans la cité française », *D.* 1967, chron. 195.

⁷ S. GUINCHARD, A. VARINARD et T. DEBARD, *Institutions juridictionnelles*, *op. cit.*, n° 859.

⁸ V. par exemple l'interdiction d'être nommé président de tribunal de grande instance dans la juridiction où l'on est affecté : Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, art. 2 al. 5.

⁹ V. par exemple l'interdiction d'exercer plus de dix ans les fonctions de juge des libertés et de la détention ou de juge d'instruction au sein d'un même tribunal de grande instance : Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, art. 28-3 al. 3.

¹⁰ Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, art. 34 et s.

¹¹ Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, art. 12-1.

compte pour son inscription au tableau d'avancement¹. Ce système est justifié par le fait qu'« en France, l'avancement dans la carrière ne s'effectue pas à l'ancienneté mais au choix, sur la base du mérite. Il faut donc disposer d'instruments de mesure pour apprécier les aptitudes de chacun »².

C'est dire que l'indépendance n'est pas non plus totale. Serge Guinchard, André Varinard et Thierry Debard écrivent d'ailleurs qu'« il est incontestable que la situation du magistrat se rapproche de plus en plus actuellement de celle du fonctionnaire »³.

Enfin, Pascal Beauvais note, d'une manière inquiétante, que la diffusion de l'idée de sécurité dans l'appareil judiciaire a eu pour conséquence « l'attraction de la justice pénale vers un modèle intégré, dans lequel elle ne constitue plus qu'un rouage d'une politique de sécurité de l'État et son éloignement d'un modèle séparatiste dans lequel elle incarne un pouvoir judiciaire indépendant et garant des libertés »⁴.

Quelles pistes alors, pour améliorer cette indépendance indéniablement nuancée ?

B. L'amélioration nécessaire de l'indépendance

575. Au regard du statut actuel du siège français, il faut nous interroger : l'équilibre des pouvoirs proposé implique-t-il des améliorations (1) ? Si oui, lesquelles (2) ?

¹ Pour le détail de l'évaluation, v. le décret n° 93-21 du 7 janvier 1993 pris pour l'application de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 modifiée portant loi organique relative au statut de la magistrature, arts. 18 et s.

² J.-Y. MCKEE, « Note sur le recrutement et l'avancement des juges français », *Cour de cassation*, 2007, p. VII (accessible en ligne sur le site de la Cour de cassation).

³ S. GUINCHARD, A. VARINARD et T. DEBARD, *Institutions juridictionnelles*, *op. cit.*, n° 858. V. aussi, parlant du magistrat comme d'un « jumeau du fonctionnaire » : H. SYNDET, « Magistrat ou juge ? », dans *Entre tradition et modernité : le droit pénal en contrepoint. Mélanges en l'honneur d'Yves Mayaud*, Dalloz, 2017, p. 673, spéc. n° 17. V. encore, affirmant que l'indépendance de la justice « est [...] loi d'être pleinement réalisée » : B. LOUVEL, « Autorité judiciaire et cohérence constitutionnelle », *op. cit.*

⁴ P. BEAUVAIS, « La nouvelle surveillance pénale », dans *Humanisme et justice. Mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage*, Dalloz, 2016, p. 259.

1. La nécessité de l'amélioration

576. La distribution des pouvoirs proposée implique-t-elle l'amélioration de l'indépendance du juge du siège ? Dans le cadre de la répartition des pouvoirs que nous avons pu esquisser, le juge serait chargé de l'exercice exclusif de la fonction de garantie des droits et libertés¹, fonction définie comme l'activité visant à assurer l'observation des conditions normatives aux atteintes aux droits et libertés rendues nécessaires par l'exercice des pouvoirs-fonctions d'investigation et de protection de la procédure². L'affiliation exclusive de cette fonction au juge est justifiée par son importance et par l'impartialité de l'organe juge, qui n'exercerait aucune autre fonction dans le cadre de la phase préparatoire du procès pénal.

On pressent l'importance de l'indépendance du juge. En effet, les mesures attentatoires pouvant être prises dans le cadre d'une procédure pénale sont parmi les plus graves possibles dans un État de droit. L'activité du juge consiste, en tant que garant exclusif des droits et libertés, à autoriser, si toutes les conditions légales en sont réunies, l'organe chargé des fonctions d'investigation et de protection de la procédure à exercer un pouvoir-prérogative emportant lésion de ces droits. *Le juge ne saurait donc dépendre d'aucun pouvoir mais seulement de la loi.* La situation statutaire du juge français laisse encore planer certains doutes sur cette absence d'interférence dans l'activité du juge. Pour minimes que soient ces doutes, ils pourraient à terme amoindrir l'effectivité de la fonction de garantie des droits et libertés et finir par menacer l'équilibre des pouvoirs dans la phase préparatoire du procès pénal. Reste à savoir comment l'indépendance du siège pourrait-elle être renforcée.

2. Les pistes de l'indépendance

577. Modifier l'article 64 de la Constitution. L'un des problèmes majeurs reste sans aucun doute l'article 64 de la Constitution déjà mentionné, véritable « oxymore »³

¹ V. *supra* n° 297 et s.

² V. *supra* n° 140.

³ O. BEAUD, « Les mots pour le dire : autorité, pouvoir, dans le débat actuel », *op. cit.*, p. 3. V. aussi, parlant de « l'ambiguïté fondamentale » de cet article, P. TCHERKESOFF, *Cohérence et légitimité du ministère public*, *op. cit.*, n° 50.

faisant du président de la République le garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire. Preuve du malaise, pour le Conseil constitutionnel le principe d'indépendance de l'autorité judiciaire « résulte »¹ de cet article... qui ne l'affirme donc pas clairement. Plus gravement encore, la question se pose de l'effectivité de cette disposition dans l'organisation politique actuelle de la V^e République. Comme le notent Francis Hamon et Michel Troper :

« Compte tenu des pratiques politiques de la V^e République, il n'est pas certain que cette garantie présidentielle soit toujours efficace. Les pressions susceptibles d'être exercées sur les magistrats judiciaires peuvent en effet provenir du gouvernement. Or, sauf peut-être durant les périodes de cohabitation, le président de la République apparaît en fait, sinon en droit, comme le véritable chef du gouvernement. On peut donc se demander s'il n'est pas lui-même trop profondément engagé dans la vie politique pour jouer un rôle d'arbitre entre l'autorité judiciaire et les autres pouvoirs de l'État. »²

Le président de la République française n'est pas le président de la République italienne. On peut d'ailleurs ajouter qu'avec la mise en place du quinquennat et la superposition du calendrier présidentiel et législatif, les périodes de cohabitation risquent de devenir une hypothèse d'école. Sans doute devrait-on songer à supprimer la mention du président de la République pour faire de l'autorité judiciaire, sur le modèle italien, un ordre indépendant de tout autre pouvoir, ou au moins faire du Conseil supérieur de la magistrature le seul garant de l'indépendance³. D'autant que le président de la République ne préside plus ce Conseil depuis 2008⁴. Cela n'impliquerait toutefois pas de verser dans un autogouvernement qui pourrait dériver vers un certain corporatisme.

578. Faire nommer les membres du Conseil supérieur de la magistrature par le Conseil constitutionnel. La composition du Conseil supérieur de la magistrature, parfois critiquée depuis la réforme de 2008 qui a donné la majorité aux composantes extérieures à la magistrature des différentes formations, nous paraît au contraire propre à éviter tout corporatisme en assurant l'indépendance. Actuellement, le Conseil compte deux sections, l'une pour les magistrats du siège, l'autre pour les magistrats du parquet. La section parquet

¹ Cons. const., 9 juillet 1970, n° 70-40 DC, considérant n° 4 ; *JORF* du 19 juillet 1970

² F. HAMON et M. TROPER, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, n° 826.

³ V. dans ce sens P. TCHERKESOFF, *Cohérence et légitimité du ministère public*, *op. cit.*, n° 552 ; B. LOUVEL, « Autorité judiciaire et cohérence constitutionnelle », *op. cit.*, spéc. p. 170 ; P. CASSIA, « Pour un rééquilibrage des pouvoirs constitutionnels », dans B. MATHIEU (dir.), *1958-2008. Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Dalloz, 2008, p. 361.

⁴ Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^e République, art. 31.

est présidée par le premier président de la Cour de cassation et est composée de cinq magistrats du siège et d'un magistrat du parquet, d'un conseiller d'État désigné par le Conseil d'État, d'un avocat ainsi que de six personnalités qualifiées qui n'appartiennent ni au Parlement, ni à l'ordre judiciaire, ni à l'ordre administratif. Les trois présidents (de la République, de l'Assemblée et du Sénat) désignent chacun deux des six membres qualifiés. La section parquet est, elle, présidée par le procureur général près la Cour de cassation et est composée de cinq magistrats du parquet et d'un magistrat du siège, et du conseiller d'État, de l'avocat et des six personnalités qualifiées déjà évoquées¹. On pourrait toutefois, plus qu'une nomination par les présidences de la République et des assemblées, opter pour une nomination de ces personnalités par le Conseil constitutionnel qui, s'il est encore composé politiquement – contrairement à ses aînés allemand et italien – serait à tout le moins un filtre supplémentaire entre l'exécutif et le législatif d'un côté, le judiciaire de l'autre. D'une telle manière, et sans risquer un corporatisme destructeur, l'autorité judiciaire toute entière serait à même d'exercer sereinement les fonctions qui sont les siennes dans le cadre de la phase préparatoire du procès pénal. La distribution équilibrée des pouvoirs entre ses différents organes serait ainsi garantie.

579. Vers une autonomie budgétaire ? La question de l'autonomie budgétaire de l'autorité judiciaire devra, à un moment ou à un autre, être posée même si, en France, cette question « est considérée comme secondaire et largement étrangère à l'organisation de la séparation des pouvoirs »². Pourtant, l'autonomie financière est « la pierre angulaire de tout pouvoir indépendant »³. Soulignons d'ailleurs que la justice administrative gère elle-même les moyens qui lui sont attribués lors du vote du budget⁴ ! Pierre Tcherkessoff propose, en réponse, que la justice gère son propre budget⁵. L'autonomisation budgétaire de la justice pourrait même être la première étape vers une forme d'autogouvernement judiciaire.

¹ Constitution française, art. 65.

² F. TIBERGHEN, « Pouvoir judiciaire et gestion autonome des moyens », *Après-demain* 2017, n° 41, p. 26.

³ P. JEAN, « La justice et le pouvoir politique : entre indépendance et influences », *Après-demain* 2017, n° 41, p. 20.

⁴ B. LOUVEL, « Autorité judiciaire et cohérence constitutionnelle », *op. cit.*, spéc. p. 163.

⁵ P. TCHERKESOFF, *Cohérence et légitimité du ministère public*, *op. cit.*, n° 50.

580. Vers une justice indépendante ? En 2017, Dominique Rousseau présente en quelques lignes une proposition d'indépendance complète de l'autorité judiciaire¹.

L'article 64 de la Constitution serait supprimé, mais aussi le ministère de la Justice puisque la Justice ressort de la société et non de l'État².

La justice serait confiée à un Conseil supérieur de la Justice, « autorité constitutionnelle », composé de magistrats élus par leurs pairs et d'une majorité de personnes qualifiées élues par les assemblées à la majorité des trois cinquièmes.

Ce Conseil recevrait quatre missions essentielles : la nomination de tous les magistrats, juges et parquets ; l'élaboration du budget de la justice ; la définition de la politique de formation ; l'exercice du pouvoir disciplinaire.

Une telle proposition, que nous reprenons ici avec engouement, constituerait sans doute le meilleur moyen de consolider définitivement une autorité judiciaire nouvellement composée et au sein de laquelle les différents pouvoirs seraient équilibrés sans que l'un ne prenne le pas sur les autres. La seule réserve concernerait la nomination des membres de ce Conseil supérieur de la Justice. Une nomination par le Conseil constitutionnel, éventuellement sur proposition des assemblées pour les membres laïcs, nous paraît préférable afin de donner une légitimité constitutionnelle et non politique à ce Conseil. Un mandat unique d'une durée assez longue (neuf années ?) serait enfin à même de garantir un certain renouvellement évitant le corporatisme tout en garantissant l'indépendance d'esprit et de fonctionnement de cette nouvelle autorité judiciaire³.

¹ D. ROUSSEAU, « Le président peut-il être le “garant de l'indépendance” de l'autorité judiciaire ? », *op. cit.* ; D. ROUSSEAU, *Radicaliser la démocratie. Proposition pour une refondation*, *op. cit.*, p. 180 et s. Pour une proposition similaire, rompant le lien entre l'appareil judiciaire et le ministère de la Justice – qui serait renommé ministère du Droit –, v. P. CASSIA, « Pour un rééquilibrage des pouvoirs constitutionnels », *op. cit.*, spéc. p. 365.

² V. *supra* n° 552. Sur la question du ministère de la justice, v. R. DRAGO, « Le problème de l'existence d'un ministère de la Justice en France », dans *Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à Pierre Drai*, Dalloz, 2000, p. 37 ; P. TCHERKESOFF, *Cohérence et légitimité du ministère public*, *op. cit.*, n° 43.

³ Une auteure a pu faire remarquer le caractère « radical » de la proposition de Dominique Rousseau, craignant « une opposition frontale entre deux pouvoirs, politique et judiciaire » et rappelant la responsabilité du gouvernement dans la conduite de la politique de la Nation : P. LE MONNIER DE GOUVILLE, *op. cit.*. Mais ne faudrait-il pas, au contraire, acter le fait que l'autorité judiciaire a un rôle à jouer dans la crise politique, justement, que traverse la démocratie française ? Le mythe de la « puissance nulle », dû à Montesquieu, a vécu. Au contraire, il pourrait même être avancé que cette place nouvelle – ou retrouvée, si l'on pense aux parlements de l'Ancien Régime – n'est pas tant la manifestation d'un délire omnipotent de certains juges

581. L'équilibre des pouvoirs que nous proposons d'approcher suppose, en dernière analyse, que les fonctions exercées dictent les statuts des organes considérés.

Cela nous pousse à plaider pour l'indépendance externe totale des organes chargés de mettre en mouvement l'action publique (police, parquet). Parce que cette fonction est la condition même de l'activation de la juridiction, elle participe de la Justice et ne doit donc être polluée par aucune considération politique. D'autant que les arguments de la légitimité démocratique par le suffrage et de la politique pénale sont peu convaincants : le premier est aujourd'hui totalement dépassé, à l'heure où le pouvoir par le suffrage est entré dans une crise profonde ; le second est une façade conceptuelle cherchant à masquer une pénalisation massive au mépris de toute nécessité et justifiant par la même occasion l'immixtion de l'exécutif dans la Justice. En revanche, les organes parquetier et policier pourraient toujours être organisés de manière hiérarchique et donc marqués par une dépendance interne.

Le tableau ne saurait être complet sans une ultime plaidoirie pour l'instauration d'une forme d'autogouvernement de l'autorité judiciaire recomposée. Doit être instauré, sur le modèle proposé par Dominique Rousseau, un véritable Conseil supérieur de la Justice chargé à titre exclusif et constitutionnel de la nomination, de la gestion budgétaire, de la discipline et de la formation de tous les membres de la nouvelle autorité judiciaire. Les membres de ce Conseil pourraient être nommés par le Conseil constitutionnel.

L'autorité judiciaire rendue indépendante serait alors à même de participer au bon équilibre des pouvoirs dans la phase préparatoire du procès pénal.

mais bien la conséquence d'un défaut intrinsèque de nos institutions démocratiques : v. en ce sens...D. ROUSSEAU, *Radicaliser la démocratie. Proposition pour une refondation*, op. cit., p. 163.

CONCLUSION DU TITRE II

582. L'orientation a été choisie dès le début de nos réflexions : dans la recherche d'un équilibre des pouvoirs, la priorité doit être donnée aux fonctions, non aux organes. En d'autres termes, les fonctions dictent le statut et non l'inverse. Une telle position entraîne, en dernière analyse, plusieurs propositions fondamentales.

Devrait d'abord être intégré à l'autorité judiciaire un véritable organe autonome de police judiciaire.

Devrait ensuite être assurée la complète indépendance externe des organes parquetier et policier en ce qu'ils sont chargés de décider de la mise en mouvement de l'action publique, donc de gérer rien de moins que l'*input* de la justice pénale.

Devrait enfin être mis en place une forme d'autogouvernement de l'autorité judiciaire recomposée afin de garantir la totale indépendance de la justice pénale.

Seules ces modifications statutaires, conséquentes, permettraient d'assurer la distribution des pouvoirs proposée initialement et d'empêcher tout retour du déséquilibre. L'équilibre des pouvoirs ne serait alors, certes, qu'approché, mais ses avancées seraient sécurisées.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

583. Adapter la distribution proposée en prévoyant *ab initio* une distribution d'urgence des pouvoirs ; reconnaître l'emprise de la connaissance et l'amoindrir par la création d'un dossier numérique unique à accès différencié ; enfermer l'exercice de la fonction d'investigation dans un délai afin d'éviter des enquêtes sans fin(s) ; créer au sein de l'autorité judiciaire un véritable organe de police judiciaire sans lien avec la place Beauvau ; garantir à cet organe de police judiciaire mais aussi à l'organe parquetier une indépendance externe totale en coupant tout lien avec l'exécutif au regard de la nature de la fonction de décision de mise en mouvement de l'action publique ; progresser vers une forme d'autogouvernement de l'autorité judiciaire recomposée en instaurant un Conseil supérieur de la Justice chargé du recrutement, de la gestion, de la carrière, de la discipline et de la formation de tous les membres de cette nouvelle autorité : la sécurisation de l'équilibre approché en première partie suppose des efforts pour le moins conséquents.

De tels efforts paraissent pourtant indispensables pour éviter que ne resurgisse le spectre du déséquilibre.

CONCLUSION

584. Nous aurions aimé écrire ici que les pouvoirs se marièrent et eurent beaucoup d'enfants, équilibrés. Mais la conclusion impose, à l'évidence, de conclure. Nous proposerons d'abord, sur le modèle des thèses allemandes¹, un ultime coup d'œil derrière l'épaule (Section 1) avant de tourner le regard vers l'horizon (Section 2).

Section 1

Rétrospective

585. Propositions de thèse. Historiquement, la thèse fut pendant longtemps « un ensemble de propositions que le candidat devait soutenir devant la Faculté pour être reçu docteur »². Si l'exercice a aujourd'hui un support écrit, la nécessité de proposer quelque chose demeure. Nous détaillerons donc dans les quelques pages qui suivent les principales propositions issues de nos réflexions.

1. La phase préparatoire du procès pénal est déséquilibrée par un phénomène de diffusion de la contrainte entraînant une double translation de pouvoirs : du juge au parquet, puis du parquet à la police.
2. L'égalité des armes, entendue comme l'état d'esprit procédural veillant à la reconnaissance de droits aux personnes privées au cours de la procédure pénale, est inapte à rééquilibrer la phase préparatoire en ce qu'elle confond les droits des personnes privées et les pouvoirs des acteurs institutionnels.
3. L'inspiration publiciste permet de distinguer quatre concepts de pouvoirs transposables à la procédure pénale et à sa phase préparatoire :
 - a. Le pouvoir-fonction, qui consiste en une activité finalisée ayant un objet précisément circonscrit qui lui donne sa spécificité ;
 - b. Le pouvoir-organe, qui désigne tout élément organisé de l'appareil étatique participant de manière cohérente à la structure d'une institution plus large ;
 - c. Le pouvoir-compétence, qui désigne l'aptitude reconnue à un organe d'exercer une ou plusieurs fonctions données ;

¹ Beaucoup de thèses allemandes se terminent en effet par un résumé de la recherche proposée, parfois présenté sous la forme d'une liste de propositions.

² H. CAPITANT, *La thèse de doctorat en droit*, Dalloz, 1951, p. 5.

- d. Le pouvoir-prérogative, qui désigne une faculté juridique précise reconnue à l'organe compétent en considération de l'exercice de sa ou de ses fonctions.
4. Il peut être tiré de l'œuvre de Montesquieu et de ses premières interprétations une définition de l'équilibre des pouvoirs, composée de plusieurs éléments cumulés :
- a. La distinction des pouvoirs, théorie descriptive des différents pouvoirs.
 - b. La séparation des pouvoirs, interdiction de cumul des pouvoirs distingués.
 - c. La distribution des pouvoirs, qui renvoie à la répartition positive des pouvoirs. Deux mécanismes de distribution sont possibles :
 - i. La balance des pouvoirs, c'est-à-dire la distribution d'un pouvoir entre différents organes.
 - ii. L'isolement des pouvoirs, c'est-à-dire la distribution d'un pouvoir à un seul organe, impliquant sa spécialisation et son indépendance.
5. La phase préparatoire du procès pénal connaît quatre pouvoirs-fonctions :
- a. Le pouvoir-fonction d'investigation, qui consiste en l'activité visant à rechercher, explorer et établir les faits, c'est-à-dire ce qu'il s'est passé, dans une optique médiate ou immédiate de preuve.
 - b. Le pouvoir-fonction de décision de mise en mouvement de l'action publique, défini comme l'activité visant à décider de faire usage ou non de la possibilité juridiquement reconnue de s'adresser à un organe détenteur de la juridiction pénale pour qu'il tranche en droit une prétention émanant du droit de punir.
 - c. Le pouvoir-fonction de protection de la procédure, défini comme l'activité visant à assurer la bonne marche et l'efficacité de la procédure.
 - d. Le pouvoir-fonction de garantie des droits et libertés, défini comme l'activité visant à assurer l'observation des conditions normatives aux atteintes aux droits et libertés rendues nécessaires par l'exercice des pouvoirs-fonctions d'investigation et de protection de la procédure.
6. La phase préparatoire du procès pénal connaît trois pouvoirs-organes : le juge, le ministère public et la police.
7. À chaque pouvoir-organe correspond le pouvoir-compétence d'exercer le ou les pouvoirs-fonctions qui lui sont confiés et les pouvoirs-prérogatives s'y rattachant.

8. La distribution des pouvoirs-fonctions aux pouvoirs-organes est la pièce maîtresse de l'équilibre des pouvoirs, sachant que le statut découlera des fonctions exercées et non l'inverse.
9. Le pouvoir-fonction d'investigation devrait être distribué entre le ministère public et la police. Le juge d'instruction serait donc supprimé, en même temps que la phase d'information judiciaire. Cette institution française ne correspond plus à la nouvelle cohérence de la procédure pénale contemporaine et provoque, à l'analyse, un malaise. De plus, le juge d'instruction cumule en réalité les quatre pouvoirs-fonctions, ce qui est contraire à l'idée d'un équilibre des pouvoirs entendu en son sens négatif comme séparation des pouvoirs (v. proposition 4, b).
10. Pour distribuer le pouvoir-fonction d'investigation, il faudrait au préalable établir une typologie des investigations par le croisement de deux critères : l'atteinte aux droits et libertés ; la nécessité du secret dans l'accomplissement de la mesure. Existeraient ainsi quatre niveaux d'investigation :
 - a. Niveau 1 : investigations non attentatoires et non secrètes ;
 - b. Niveau 2 : investigations non attentatoires mais secrètes ;
 - c. Niveau 3 : investigations attentatoires mais non secrètes ;
 - d. Niveau 4 : investigations attentatoires et secrètes.
11. La balance de la fonction d'investigation pourrait être la suivante :
 - a. La police est titulaire exclusive du niveau 1 des investigations. Tant que le niveau 3 n'est pas atteint, c'est-à-dire tant qu'il n'est pas nécessaire de décider d'une mesure attentatoire, l'organe policier dirige seul les investigations qu'il mène. Dans une telle hypothèse, sa compétence s'étend aux investigations de niveau 2 (mesures non attentatoires mais secrètes).
 - b. Le parquet est titulaire exclusif des niveaux 3 et 4 des investigations, c'est-à-dire des mesures attentatoires (niveau 3) voire attentatoires et secrètes (niveau 4). Si une telle mesure doit être prise, le procureur prend la direction des investigations, qui échappe donc à la police. Dans cette hypothèse, la compétence du ministère public s'étend jusqu'au niveau 2, dont est évincée la police. Celle-ci demeure en revanche titulaire exclusive du niveau 1 mais est obligée d'obéir aux ordres du parquet qui dirige les investigations.

12. La fonction de décision de mise en mouvement de l'action publique, acte final de la phase préparatoire, doit être distribuée selon la titularité de la prérogative de direction des investigations. En effet, seul l'organe directeur dispose d'une vue d'ensemble sur le résultat des enquêtes. En conséquence, la balance de la fonction de décision de mise en mouvement de l'action publique devrait être la suivante :

- a. Tant que la phase préparatoire ne nécessite pas d'investigations attentatoires (niveau 3 ou 4), la police dirige les investigations et est donc titulaire de la fonction de décision de mise en mouvement de l'action publique.
- b. Dès lors que le niveau 3 d'investigation a été atteint (mesures attentatoires), le parquet dirige les investigations et est donc titulaire de la fonction de décision de mise en mouvement de l'action publique.

13. La fonction de protection de la procédure suppose d'avoir connaissance de tous les actes menés et des résultats atteints pour apprécier la réalité du danger menaçant la bonne conduite et l'efficacité de la procédure. La distribution de ce pouvoir-fonction doit donc être fondée sur la prérogative de direction des investigations. Mais la majorité des pouvoirs-prérogatives attachés à cette fonction portant atteinte aux droits et libertés, une pondération est nécessaire. La distribution de cette fonction devrait ainsi être la suivante :

- a. Tant que la phase préparatoire n'a pas nécessité de pousser l'investigation jusqu'au niveau 3 (mesures attentatoires) ou 4 (mesures attentatoires et secrètes), la police dirige les investigations et est titulaire de la fonction de protection de la procédure. Deux cas doivent ensuite être distingués :
 - i. La prérogative de protection de la procédure envisagée est attentatoire aux droits et libertés (majorité des cas). Dans ce cas, la police saisit l'organe de garantie des droits et libertés (le juge). Celui-ci autorise la mesure et renvoie le dossier au ministère public qui prend la direction des investigations. La police dispose donc d'un *one shot*.
 - ii. La prérogative de protection de la procédure envisagée n'est pas attentatoire aux droits et libertés (placement sous surveillance électronique consenti). Dans ce cas, la police fait usage directement de sa prérogative et conserve la direction des investigations.

- b. À partir du moment où le niveau 3 d'investigation est atteint (mesures attentatoires), le parquet dirige les investigations et est donc titulaire de la fonction de protection de la procédure.

14. La fonction de garantie des droits et libertés doit être confiée à un organe n'ayant pas d'intérêt dans les fonctions conduisant à porter atteinte aux droits et libertés (investigation, protection de la procédure). Il faudrait ainsi créer une véritable réserve du juge selon les modalités suivantes :

- a. La réserve du juge doit être activée avant toute atteinte.
- b. Le juge, saisi par une requête du parquet ou de la police, autorise la mise en œuvre d'un pouvoir-prérogative dont il ne dispose pas.
- c. Pour autoriser ou non, le juge doit contrôler toutes (mais uniquement) les conditions légales posées à la mise en œuvre de la prérogative considérée.
- d. La décision du juge autorisant l'utilisation du pouvoir-prérogative demandée doit être dûment motivée. La motivation par renvoi à la requête de l'organe requérant n'est acceptée que sous des conditions strictes.
- e. Le parquet et la police demeurent libres de mettre en œuvre ou non la prérogative autorisée, la décision d'autorisation étant toutefois temporellement limitée.

15. Afin d'éviter un retour du déséquilibre, il convient d'adapter *ab initio* la distribution des pouvoirs proposée. Seule l'urgence, définie comme la situation de péril imminent d'atteinte grave à la preuve, aux personnes ou aux biens à laquelle ne peut répondre l'application normale de la distribution des pouvoirs, devrait entraîner une telle adaptation, selon les modalités suivantes :

- a. Tout organe (juge, police, parquet) a compétence pour intervenir en urgence en matière d'investigation et de protection de la procédure.
- b. Hors le cas de la détention provisoire, la réserve *a priori* du juge se transforme en une confirmation *a posteriori*. Les dangers d'un recours automatique à l'urgence pour éviter la réserve du juge peuvent être amoindris par les exigences cumulatives suivantes : caractère exceptionnel du recours à l'urgence ; contrôle total par le juge lors de la confirmation de la mesure ; nécessité d'une motivation propre de l'organe opérant en urgence et du juge confirmant, sans possibilité de motivation *per relationem* ; rapidité du contrôle ; impérativité du contrôle même si la mesure a déjà

entièrement été exécutée ; nullité d'ordre public de l'acte accompli en violation des règles applicables à la distribution d'urgence.

16. La phase préparatoire du procès pénal est marquée par différents avantages cognitifs. L'avantage cognitif, d'inspiration allemande, peut être défini comme la situation de l'organe devant exercer une fonction et qui sait plus de choses que les autres organes. Dans le cadre de la distribution des pouvoirs proposée, deux avantages cognitifs peuvent être distingués : un avantage primaire bénéficiant à la police et un avantage secondaire bénéficiant au parquet. La fonction de garantie des droits et libertés exercée par le juge, seul organe ne disposant pas d'un avantage cognitif, risque donc d'être inexistante. Il faudrait, en conséquence, créer un dossier numérique unique à accès différencié. Le juge, à partir de sa première intervention comme garant des droits et libertés, y aurait un accès total et permanent.

17. Afin d'éviter que l'exercice de la fonction d'investigation ne prenne le pas sur les autres fonctions, devrait être mis en place un véritable délai d'investigation selon les modalités suivantes :

- a. Le délai d'investigation court à partir du moment où le juge organe de garantie des droits et libertés est saisi (distribution de principe) ou aurait dû l'être (distribution d'urgence).
- b. Le délai est initialement de six mois ou d'un an suivant des présomptions de complexité introduites par le législateur.
- c. Des prolongations sont possibles sur autorisation du juge et dans la limite maximale de trois fois, soit un délai butoir de dix-huit mois ou trois ans.
- d. Les actes d'investigation faits au-delà de ce délai sont nuls.

18. Parce que la police est amenée, dans la distribution des pouvoirs proposée, à exercer de véritables fonctions de justice, en particulier celle de mettre en mouvement l'action publique, il faudrait créer un organe de police judiciaire intégré à l'autorité judiciaire et composé d'anciens membres des forces de police administrative, afin de garantir le lien entre les deux polices. Les nouveaux policiers judiciaires se verraient confier la tâche exclusive d'assurer les fonctions reconnues à la police dans la phase préparatoire. Il ne s'agit pas d'un détachement mais bien d'un changement de profession. Quoi qu'il en soit, les forces de police extérieures à cet

organe pourront toujours être commises par l'autorité judiciaire pour exécuter certaines mesures.

- 19.** L'autorité judiciaire recomposée doit être totalement indépendante au regard des fonctions qu'elle exerce. Les modalités de l'indépendance seraient les suivantes :
- a. Indépendance externe totale des organes chargés de mettre en mouvement l'action publique (police, parquet). L'objection de la politique pénale, en particulier, n'est qu'une façade conceptuelle masquant la priorité donnée depuis plus de deux siècles aux forces de police plutôt qu'à l'idée de justice. Le maintien d'une dépendance interne à ces organes ne pose toutefois pas de difficulté.
 - b. Création d'un Conseil supérieur de la Justice. Ses membres seraient nommés par le Conseil constitutionnel et seraient compétents pour la nomination, la carrière, la gestion, la formation et la discipline de toutes les composantes de l'autorité judiciaire.

Ainsi reprises, nos réflexions sur l'équilibre des pouvoirs dans la phase préparatoire du procès pénal permettraient sans doute une plus grande cohérence dans les relations de pouvoirs entre organes du procès pénal. Surtout, pourrait être plus sereinement envisagée l'intégration d'autres éléments extérieurs aux pouvoirs afin de façonner un nouvel équilibre général de la procédure pénale française. C'est alors tourner le regard vers l'horizon.

Section 2

Perspectives

586. Nos réflexions n'ont pas pour objet ni pour ambition de clore la discussion. Bien plus, il pourrait nous être reproché de poser des questions plutôt que de proposer des réponses. Plusieurs grands thèmes d'interrogations surgissent en effet à l'issue de ces longues pages comme la séparation des carrières, les conséquences sur la phase décisive

ou encore l'intégration des personnes privées. Quelques mots doivent alors encore être écrits sur chacune de ces problématiques.

587. Sur la séparation des carrières. Nous avons proposé de créer une autorité judiciaire composée de trois organes (police, parquet, juge) sans préciser le degré d'étanchéité entre ces trois composantes. Doit-on opter pour une stricte étanchéité, en empêchant les changements de carrière ? Doit-on à l'inverse permettre de passer d'un poste à l'autre sans obstacle ? Ou bien doit-on mettre en place une gradation des corps : ne peut être juge que celui ou celle qui a déjà été parquetier, et ne peut être parquetier que celui ou celle qui a déjà été policier ?

La problématique de la séparation des carrières s'avèrera cruciale et la comparaison des droits pourrait sur ce point être de nouveau utile. L'Italie, en particulier, connaît régulièrement de vifs débats sur la question de la séparation des carrières et les prises de position sont nombreuses¹. Depuis le 20 février 2019, est discuté devant la Commission des lois de la Chambre des députés un projet de loi d'initiative populaire pour la réalisation de la séparation des carrières. Ce projet de loi avait été déposé en 2017 après avoir obtenu les cinq cent mille signatures requises par la Constitution².

Selon nous, rien ne s'opposerait, dans le cadre de l'équilibre proposé, à séparer les carrières des trois organes de l'autorité judiciaire tout en ayant à l'esprit le risque d'attraction de certains organes (parquet, police) vers l'exécutif³. Dans tous les cas, la question doit clairement être posée et la réponse doit être le fruit d'une réflexion poussée intégrant aussi les impératifs de la formation. En effet, la séparation des carrières implique de penser les modalités de la formation des organes de la procédure : formation commune des trois organes au sein d'une seule École de la justice ? Formation commune de tous les acteurs du procès pénal (avocats, greffiers, etc.) sur les seuls bancs de l'université avec des concours et stages communs, sur le modèle allemand ? Formation spéciale au sein de trois écoles séparées ? L'intégration à l'autorité judiciaire d'un organe policier nécessitera donc

¹ V. en particulier la confrontation des différents points de vue proposée par R. ORLANDI, O. DOMINIONI et L. PALAMARA, « La separazione delle carriere », *Criminalia* 2008, p. 217.

² Constitution italienne (*Costituzione della Repubblica italiana*), art. 71.

³ V. R. PARIZOT, « Au nom de l'indépendance : le ministère public en Italie », dans C. LAZERGES (dir.), *Figures du parquet*, PUF, 2006, p. 105, spéc. p. 120.

une réflexion profonde sur la formation, initiale comme continue¹, et sur la séparation des carrières au sein de cette autorité recomposée.

588. Sur la phase décisive. Nous avons choisi comme objet de réflexion la phase préparatoire du procès pénal, dans une approche chronologique de la procédure. Les propositions que nous avons pu faire amènent nécessairement à s'interroger sur la phase décisive, mais avec une logique désormais inverse : la phase décisive, malgré son nom, n'est pas la plus importante puisqu'elle est toute entière conditionnée par le déroulement et les relations tissées dans la phase préparatoire. La phase décisive devrait être envisagée comme *conséquence* de la phase préparatoire et non plus comme la phase principale.

La proposition de confier à la police une partie de la fonction de décision de mise en mouvement de l'action publique emporte des conséquences sur l'organisation de la phase décisive, en particulier quant à l'organe soutenant l'accusation. De même, l'analyse des alternatives aux poursuites comme participant de la fonction juridictionnelle et donc de la phase décisive met en lumière la nécessité de repenser ces procédures où l'organe parquetier intervient actuellement comme enquêteur, poursuivant et juridiction au mépris du principe *ne procedat iudex ex officio*. Une fois de plus, la comparaison des droits pourrait être mobilisée, puisque l'Italie comme l'Allemagne proposent un modèle de phase décisive comprenant une procédure intermédiaire avant les débats. De même, l'Italie et ses procédures spéciales supposant toutes la mise en mouvement de l'action publique fourniraient un terreau fertile aux réflexions.

589. Sur l'intégration des personnes privées. Nous avons dit en ouverture de cette recherche qu'il fallait se concentrer sur les seules et déjà complexes relations de pouvoir entre les acteurs institutionnels de la phase préparatoire du procès pénal. L'équilibre des pouvoirs doit donc être vu comme un préalable à une réflexion d'ensemble intégrant les parties privées. Une telle intégration supposera de penser les droits des personnes privées comme autre chose qu'une simple compensation des pouvoirs des autorités. En d'autres termes, devra être posée la question de la nature, de l'objet, du but et de l'utilité des droits. Cela impliquera, à n'en pas douter, de revenir sur de grandes notions comme l'accusation,

¹ La formation continue des magistrats français n'est prévue que depuis 2007 : v. J. LEBLOIS-HAPPE, « La loi sur la responsabilité des magistrats », *AJ Pénal* 2007, p. 218.

la présomption d'innocence, la mise en cause, le procès équitable, la défense ou encore le contradictoire. Il sera de même nécessaire d'introduire dans la réflexion la phase décisive mais aussi la phase préparatoire de second degré. Quels recours envisager ? Selon quelles modalités ? Pour quelles parties ?

Nous sommes d'avis que les droits des personnes doivent être pensés comme un *mode de participation autonome à la procédure pénale*, différent de celui des organes et de leurs pouvoirs. Ici encore, la comparaison des droits pourrait être utile, la doctrine allemande ayant pu proposer un modèle de procédure pénale participative¹ ou coopérative². Le système allemand propose de plus une procédure d'accusation privée (*Privatklage*), où la victime peut tenir à l'audience le rôle du ministère public. La réflexion pourrait alors s'ouvrir sur la question du partage de l'action publique³.

Ces interrogations peuvent paraître insolubles. Qu'on nous permette une ultime conviction : pour espérer y répondre, il faudra aller voir ailleurs.

Encore plus loin, ailleurs⁴.

¹ V. exemple H. SATZGER, *Chancen und Risiken einer Reform des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens: Gutachten C zum 65. Deutschen Juristentag*, C.H. Beck, 2004, p. C32 et s. ; M. JAHN, « Das partizipatorische Ermittlungsverfahren im Deutschen Strafprozess », *ZStW* 2003, p. 815.

² V. par exemple la proposition d'E. DEDY, *Ansätze einer Reform des Ermittlungsverfahrens*, Duncker & Humblot, 2002, p. 111 et s.

³ R. PARIZOT, « Vers une action pénale partagée ? », dans C. LAZERGES (dir.), *La victime sur la scène pénale en Europe*, PUF, 2008, p. 247.

⁴ H.-F. THIÉFAINE, *Autoroutes jeudi d'automne*, 1982, 3 min 45.

Une écuyère est assise sur une chaise, dans un cirque, elle attend un cheval. On lui dit : les chevaux n'existent plus. Elle sourit avec patience, se lève de sa chaise et monte sur un cheval invisible, en équilibre sur un pied, bras tendus, comme si elle dansait sur le dos d'une monture de manège. Elle dit : les chevaux existent quand même.

Y. Haenel, Je cherche l'Italie.

Unsere ganze Arbeit beruht doch letzten Endes auf nichts als auf Ideen, Ideen, die sich im Verlauf der Zeit andauernd verändern und die einen darum nicht selten veranlassen, das, was man für bereits vollendet gehalten hat, wieder einzureißen und von neuem anzufangen.

W. G. Sebald, Die Ringe des Saturn.

In fondo, è solo un trucco. Sì, è solo un trucco.

P. Sorrentino, La grande bellezza.

Car tout notre travail, au bout du compte, repose uniquement sur des idées, des idées qui se transforment continuellement au fil du temps, tant et si bien qu'il n'est pas rare que nous soyons amenés à démolir ce que nous croyions pratiquement achevé et à tout reprendre depuis le début.

W. G. Sebald, Les anneaux de Saturne.

Au fond, ce n'est qu'un truc. Oui, ce n'est qu'un truc.

P. Sorrentino, La grande bellezza.

BIBLIOGRAPHIE

I. Traités, manuels et ouvrages généraux

A. Procédure pénale

En langue française

AMBROISE-CASTÉROT (C.) et BONFILS (P.), *Procédure pénale*, 2^e éd., PUF, 2018.

BOULOC (B.), *Procédure pénale*, 26^e éd., Dalloz, 2017.

BOULOC (B.) et MATSOPOULOU (H.), *Droit pénal général et procédure pénale*, 20^e éd., Sirey, 2016.

BOUZAT (P.) et PINATEL (J.), *Traité de droit pénal et de criminologie*, 2^e éd., Dalloz, 1969, Tome II.

CONTE (P.) et MAISTRE DU CHAMBON (P.), *Procédure pénale*, 4^e éd., Armand Colin, 2002.

DESPORTES (F.) et LAZERGES-COUSQUER (L.), *Traité de procédure pénale*, 4^e éd., Economica, 2015.

DREYER (E.) et MOUYSET (O.), *Procédure pénale*, 2^e éd., LGDJ, 2019.

FOURMENT (F.), *Procédure pénale*, 14^e éd., Larcier, 2013.

GARÉ (T.) et GINESTET (C.), *Droit pénal. Procédure pénale*, 10^e éd., Dalloz, 2018.

GUINCHARD (S.) et BUISSON (J.), *Procédure pénale*, 11^e éd., LexisNexis, 2018.

HÉLIE (F.), *Traité de l'instruction criminelle*, 2^e éd., Plon, 1866, Tome I.

LEROY (J.), *Procédure pénale*, 5^e éd., LGDJ, 2017.

MERLE (R.) et VITU (A.), *Traité de droit criminel : procédure pénale*, 5^e éd., Cujas, 2001, Tome II.

PRADEL (J.), *Procédure pénale*, 19^e éd., Cujas, 2017.

PRADEL (J.) et VARINARD (A.), *Les grands arrêts de la procédure pénale* », 9^e éd., Dalloz, 2016.

RASSAT (M.-L.), *Procédure pénale*, 3^e éd., Ellipses, 2017.

ROUSSEL (G.), *Procédure pénale*, 9^e éd., Vuibert, 2018.

SOURZAT (C.), *Droit pénal général et procédure pénale*, 2^e éd., Larcier, 2016.

SOYER (J.-C.), *Droit pénal et procédure pénale*, 21^e éd., LGDJ, 2012.

VERGES (E.), *Procédure pénale*, 5^e éd., LexisNexis, 2017.

VERNY (E.), *Procédure pénale*, 6^e, Dalloz, 2018.

VLAMYNCK (H.), *Droit de la police*, 6^e éd., Vuibert, 2017.

En langue allemande

BEULKE (W.) et SWOBODA (S.), *Strafprozessrecht*, 14^e éd., C. F. Müller, 2018.

HENKEL (H.), *Strafverfahrensrecht*, 2^e éd., Kohlhammer, 1968.

KINDHÄUSER (U.), *Strafprozessrecht*, 3^e éd., Nomos, 2013.

KREY (V.) et HEINRICH (M.), *Deutsches Strafverfahrensrecht*, 2^e éd., Kohlhammer, 2018.

KÜHNE (H.-H.), *Strafprozessrecht*, 9^e éd., C. F. Müller, 2015.

ROXIN (C.), *Strafverfahrensrecht*, 25^e éd., C. H. Beck, 1998.

ROXIN (C.), **ARTZ (G.) et TIEDEMANN (K.)**, *Einführung in das Strafrecht und Strafprozessrecht*, 6^e éd., C. F. Müller, 2013.

ROXIN (C.) et SCHÜNEMANN (B.), *Strafverfahrensrecht*, 29^e éd., C.H. Beck, 2017.

SOINÉ (M.), *Ermittlungsverfahren und Polizeipraxis*, Kriminalistik, 2013.

En langue italienne

BARGIS (M.) et al., *Compendio di procedura penale*, 9^e éd., CEDAM, 2018.

CHIAVARIO (M.), *Diritto processuale penale*, 7^e éd., Utet, 2017.

CONSO (G.) et al., *Compendio di procedura penale*, 8^e éd., CEDAM, 2016.

CORDERO (F.), *Procedura penale*, 9^e éd., Giuffrè, 1988.

DOMINIONI (O.) et al., *Procedura penale*, 6^e éd., Giappichelli, 2018.

PAGLIARO (A.) et TRANCHINA (G.), *Istituzioni di diritto e procedura penale*, 3^e éd., Giuffrè, 1996.

TONINI (P.),

- *Manuale di procedura penale*, 19^e éd., Giuffrè, 2018.
- *Lineamenti di diritto processuale penale*, 16^e éd., Giuffrè, 2018.
- *Guida allo studio del processo penale*, 10^e éd., Giuffrè, 2018.

SIRACUSANO (D.) et al., *Diritto processuale penale*, Giuffrè, 2018.

UBERTIS (G.), *Sistema di procedura penale*, Giuffrè, 2017, Tome I.

B. Droit pénal général

En langue française

BOULOC (B.), *Droit pénal général*, 26^e éd., Dalloz, 2017.

DREYER (E.), *Droit pénal général*, 4^e éd., LexisNexis, 2016.

ORTOLAN (J.), *Éléments de droit pénal*, 4^e éd., Plon, 1875, Tome II.

PIN (X.), *Droit pénal général*, 10^e éd., Dalloz, 2018.

En langue italienne

MARINUCCI (G.), DOLEINI (E.) et GATTA (G. L.), *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 7^e éd., Giuffrè, 2018.

C. Comparaison des droits

En langue française

ANCEL (M.), *Utilité et méthodes du droit comparé*, Ides et Calendes, 1971.

CUNIBERTI (G.), *Grands systèmes de droit contemporains*, 3^e éd., LGDJ, 2015.

DAVID (R.), JAUFFRET-SPINOSI (C.) et GORÉ (M.), *Les grands systèmes de droit contemporains*, 12^e éd., Dalloz, 2016.

GAMBARO (A.), SACCO (R.) et VOGEL (L.), *Le droit de l'occident et d'ailleurs*, LGDJ, 2011.

GOLTZBERG (S.), *Le droit comparé*, PUF, 2018.

HAGUENAU-MOIZARD (C.), *Introduction au droit comparé*, Dalloz, 2018.

LAITHIER (Y.-M.), *Droit comparé*, Dalloz, 2009.

LEGEAIS (R.), *Grands systèmes de droit contemporains – Approche comparative*, 3^e éd., LexisNexis, 2016.

LEGRAND (P.), *Le droit comparé*, 5^e éd., PUF, 2016.

PRADEL (J.),

– *Procédure pénale comparée dans les systèmes modernes*, Erès, 1998.

– *Droit pénal comparé*, 4^e éd., Dalloz, 2016.

RAMBAUD (T.), *Introduction au droit comparé – Les grandes traditions juridiques dans le monde*, 2^e éd., PUF, 2017.

SÉROUSSI (R.), *Introduction au droit comparé*, 3^e éd., Dunod, 2008.

En langue allemande

KISCHEL (U.), *Rechtsvergleichung*, C. H. Beck, 2015.

ZWEIGERT (K.) et KÖTZ (H.), *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3^e éd., J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1996.

En langue italienne

CADOPPI (A.), *Tra storia e comparazione : studi di diritto penale comparato*, CEDAM, 2014.

PALAZZO (F.) et PAPA (M.), *Lezioni di diritto penale comparato*, 3^e éd., Giappichelli, 2013.

ROTONDI (M.), *Diritto comparato*, CEDAM, 1972.

SACCO (R.) et ROSSI (P.), *Introduzione al diritto comparato*, 6^e éd., Utet, 2015.

SCARCIGLIA (R.), *Metodi e comparazione giuridica*, 2^e éd., CEDAM, 2018.

D. Droit pénal international et européen

BELLIVIER (F.), **EUDES (M.)** et **FOUCHARD (I.)**, *Droit des crimes internationaux*, PUF, 2018.

HAGUENAU-MOIZARD (C.), GAZIN (F.) et LEBLOIS-HAPPE (J.), *Les fondements du droit pénal de l'Union européenne*, Larcier, 2016.

E. Droit public et administratif

ARDANT (P.) et MATHIEU (B.), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 30^e éd., LGDJ, 2018.

BARTHELEMY (J.) et DUEZ (P.), *Traité de droit constitutionnel*, éd. Panthéon Assas, 1933 rééd. 2004.

BOUDON (J.), *Manuel de droit constitutionnel*, PUF, 2015, Tome I.

CARRE DE MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'État*, Dalloz, 1920-1922 rééd. 2004.

CHAGNOLLAUD (D.), *Droit constitutionnel contemporain*, 9^e éd., Dalloz, 2017, Tome I.

CHANTEBOUT (B.), *Droit constitutionnel*, 32^e éd., Sirey, 2015.

COHENDET (M.-A.), *Droit constitutionnel*, 3^e éd., LGDJ, 2017.

CONSTANTINESCO (V.) et PIERRE-CAPS (S.), *Droit constitutionnel*, 7^e éd., PUF, 2016.

DEBBASCH (C.) et al., *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 4^e éd., Economica, 2001.

DUGUIT (L.),

– *L'État, les gouvernants et les agents*, Dalloz, 1903 rééd. 2005.

– *Manuel de droit constitutionnel*, éd. Panthéon Assas, 1923 rééd. 2007.

DUHAMEL (O.) et TUSSEAU (G.), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 4^e éd., Seuil, 2016.

DUVERGER (M.), *Institutions politiques et droit constitutionnel*, PUF, 1990, Tome I.

EISENMANN (C.), *Cours de droit administratif*, 1983, rééd. LGDJ 2014, Tome I.

ESMEIN (A.), *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, éd. Panthéon Assas, 1914 rééd. 2001.

FAVOREU (L.) et al., *Droit constitutionnel*, 21^e éd., Dalloz, 2018.

FOILLARD (P.), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 24^e éd., Larcier, 2018.

GICQUEL (J.) ET GICQUEL (J.-E.), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 32^e éd., Montchrestien, 2018.

GOHIN (O.), *Droit constitutionnel*, 3^e éd., LexisNexis, 2016.

GUASTINI (R.), *Leçons de théorie constitutionnelle*, Dalloz, 2010.

HAMON (F.) et TROPER (M.), *Droit constitutionnel*, 39^e éd., LGDJ, 2018.

HAURIOU (M.),

- *Principes de droit public*, Dalloz, 1910 rééd. 2010.
- *Précis de droit constitutionnel*, Dalloz, 1929 rééd. 2015.

JELLINEK (G.), *L'état moderne et son droit. Deuxième partie : Théorie juridique de l'État*, éd. Panthéon-Assas, 1913 rééd. 2005.

JIANG (J.), *Théorie du droit public*, L'Harmattan, 2010.

KELSEN (H.), *Théorie générale du droit et de l'État*, Bruylant et LGDJ, 1945 trad. 1997.

LE POURHIET (A.-M.), *Droit constitutionnel*, 9^e éd., Economica, 2018.

MÉLIN-SOUCRAMANIEN (F.) et PACTET (P.), *Droit constitutionnel*, 37^e éd., Sirey, 2018.

OWONA (J.), *Droits constitutionnels et institutions politiques du monde contemporain*, L'Harmattan, 2010.

ROUQUETTE (R.), *Petit traité du procès administratif*, 8^e éd., Dalloz, 2018.

ROUVILLOIS (F.), *Droit constitutionnel*, 6^e éd., Flammarion, Tome I, 2017.

TURPIN (D.), *Droit constitutionnel*, 2^e éd., PUF, 2007.

VALETTE (J.-P.), *Droit constitutionnel*, L'Harmattan, 2013.

VERPEAUX (M.), *Droit constitutionnel français*, 2^e éd., PUF, 2015.

ZOLLER (E.), *Droit constitutionnel*, 2^e éd., PUF, 1999.

F. Droit civil, procédure civile et droit processuel

AMRANI-MEKKI (S.) et STRICKLER (Y.), *Procédure civile*, PUF, 2014.

CABRILLAC (R.), *Introduction générale au droit*, 12^e éd., Dalloz, 2017.

CADIET (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé*, 10^e éd., LexisNexis, 2017.

CADIET (L.), NORMAND (J.) et AMRANI-MEKKI (S.), *Théorie générale du procès*, 2^e éd., PUF, 2013.

CARBONNIER (J.), *Droit civil. Introduction*, 27^e éd., 2002.

CHAINAIS (C.) et al., *Procédure civile*, 34^e éd., Dalloz, 2018.

COLIN (A.) et CAPITANT (H.), *Cours élémentaire de droit civil français*, Dalloz, 1957.

DEUMIER (P.), *Introduction générale au droit*, 4^e éd., LGDJ, 2017.

GHESTAIN (J.), BARBIER (H.) et BERGÉ (J.-S.), *Traité de droit civil. Introduction générale*, 5^e éd., LGDJ, 2018.

GUINCHARD (S.) et al., *Droit processuel*, 10^e éd., Dalloz, 2019.

HÉRON (J.) et LE BARS (T.), *Droit judiciaire privé*, 6^e éd., LGDJ, 2015.

JEULAND (E.), *Droit processuel général*, 4^e éd., Montchrestien, 2018.

JOSSERAND (L.), *Cours de droit civil positif français*, 3^e éd., Sirey, 1938, Tome I.

MALAURIE (P.) et MORVAN (P.), *Introduction au droit*, 7^e, LGDJ, 2018.

MOTULSKY (H.), *Écrits, études et notes de procédure civile*, Dalloz, 1973, rééd. 2010.

PLANIOL (M.), *Traité élémentaire de droit civil*, 11^e éd., LGDJ, 1928, Tome I.

ROCHFELD (J.), *Les grandes notions du droit privé*, 2^e éd., PUF, 2013.

TERRE (F.), *Introduction générale au droit*, 10^e, Dalloz, 2015.

VIZIOZ (H.), *Études de procédure*, Dalloz, 1956 rééd. 2011.

VUITTON (V.) et VUITTON (J.), *Les référés*, 4^e éd., LexisNexis, 2018.

G. Droits de l'homme, libertés publiques et fondamentales

GAUTHIER (C.), PLATON (S.) et SZYMCZAK (D.), *Droit européen des droits de l'homme*, Dalloz, 2016.

HENNETTE-VAUCHEZ (S.) et ROMAN (D.), *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, 3^e éd., Dalloz, 2017.

MARGUENAUD (J.-P.), *La Cour européenne des droits de l'Homme*, 7^e éd., Dalloz, 2016.

RENUCCI (J.-F.), *Droit européen des droits de l'homme*, 7^e éd., LGDJ, 2017.

WACHSMANN (P.), *Libertés publiques*, 8^e éd., Dalloz, 2017.

H. Linguistique et traduction

ARNOUX (S.), *Philosophie du langage*, 3^e éd., PUF, 2018.

BOCQUET (C.), *La traduction juridique*, De Boeck, 2008.

CALVET (L.-J.), *Sociolinguistique*, 9^e éd., PUF, 2017.

CORNU (G.), *La linguistique juridique*, 3^e éd., Montchrestien, 2005.

ECO (U.), *Dire presque la même chose*, Le Livre de Poche, 2006.

HAGÈGE (C.), *La structure des langues*, 7^e éd., PUF, 2013.

OUSTINOFF (M.), *La traduction*, 6^e éd., PUF, 2018.

PERROT (J.), *La linguistique*, 19^e éd., 2018.

SAPIR (E.), *Linguistique*, Folio, 1968.

II. Monographies, thèses et ouvrages spécialisés

En langue française

La procédure pénale en quête de cohérence, Actes du cycle de conférence de la Cour de cassation organisé en 2006, Dalloz, 2007.

ANTOINE (V.), *Le consentement en procédure pénale*, Thèse Montpellier I, 2011.

ARNAL (M.), *Le projet de Code d'instruction criminelle, les réformes qu'il introduit, les critiques qu'il soulève*, Thèse Paris, 1952.

BALIVET (B.), *Les techniques de gestion des biens d'autrui*, Thèse Lyon 3, 2004.

BERANGER (R.), *De la justice criminelle en France, d'après les lois permanentes, les lois d'exception, et les doctrines des tribunaux*, L'Huillier Librairie-Editeur, 1818.

BERGEL (J.-L.), *Théorie générale du droit*, 5^e éd., Dalloz, 2012.

BERGOIGNAN-ÉSPER (C.), *La séparation des fonctions de justice répressive*, PUF, 1973.

BERRIAT-SAINT-PRIX (J.), *Remarques sur l'origine de l'institution du ministère public en France*, Moniteur universel, 1842.

BLOT-MACCAGNAN (S.) et CALLEMEIN (G.) (dir.), *Du lieutenant criminel au juge d'instruction. Évolutions historiques et défis contemporains*, PUR, 2018.

BOUCOBZA (I.), *La fonction juridictionnelle. Contribution à une analyse des débats doctrinaux en France et en Italie*, Dalloz, 2005.

BRETTON (P.), *L'autorité judiciaire gardienne des libertés essentielles et de la propriété privée*, LGDJ, 1964.

BRUSCHI (C.) (dir.), *Parquet et politique pénale depuis le XIX^e siècle*, PUF, 2002.

BUISSON (J.),

- *L'acte de police*, Thèse Lyon 3, 1988, 2 tomes.
- *Police, pouvoirs et devoirs*, 2^e éd., Dalloz, 2019.

- CAPDEPON (Y.),** *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, Dalloz, 2013.
- CAPITANT (H.),** *La thèse de doctorat en droit*, Dalloz, 1951.
- CARBASSE (J.-M.)** (dir.), *Histoire du parquet*, PUF, 2000.
- CARCASSONNE (G.) et GUILLAUME (M.),** *La Constitution*, 13^e éd., Points, 2016.
- CHAMPEIL-DESPLATS (V.),** *Méthodologies du droit et des sciences juridiques*, 2^e éd., Dalloz, 2016.
- CLEMENT (S.),** *Les droits de la défense dans le procès pénal : du principe du contradictoire à l'égalité des armes*, Thèse Nantes, 2007.
- COLLET (P.),** *L'acte coercitif en procédure pénale*, Éditions Panthou-Assas, 2018.
- COPAIN (C.),** *L'encadrement de la contrainte probatoire en procédure pénale française*, Thèse Lyon 3, 2011.
- COQUET (M.),** *De l'abolition du système pénal*, L'Irascible, 2016.
- DABIN (J.),** *Les droits subjectifs*, Dalloz, 1952, réed. 2007.
- DAGUIN (F.),** *Code de procédure pénale allemand traduit et annoté*, F. Pichon Librairie, 1884.
- D'AMBRA (D.),** *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, LGDJ, 1994.
- DECHENAUD (D.),** *L'égalité en matière pénale*, LGDJ, 2008.
- DELMAS-MARTY (M.)** (dir.), *Procédures pénales d'Europe*, PUF, 1995.
- DIDIER (P.),** *De la représentation en droit privé*, LGDJ, 2000.
- DRAN (M.),** *Le contrôle juridictionnel et la garantie des libertés publiques*, LGDJ, 1968.
- EKEU (J.-P.),** *Consensualisme et poursuite en droit pénal comparé*, Cujas, 1993.
- ENGUÉLÉGUÉ (S.),** *Les politiques pénales (1958-1995)*, L'Harmattan, 1998.
- ESMEIN (A.),** *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII^e siècle jusqu'à nos jours*, L. Larose et Forcel, 1882.
- FARCY (J.-C.),**
- *Les carrières des magistrats (XIX^e-XX^e siècles)*, Université de Bourgogne, 2009 (http://tristan.u-bourgogne.fr/CGC/prodscientifique/Rapports_recherche/Rapport.pdf).
 - *Histoire de la justice en France*, La découverte, 2015.

FOURMENT (F.), *L'arrestation, menace à la liberté individuelle, devant le droit français (de source nationale et internationale)*, Thèse Paris 2, 1995, 2 tomes.

FRIER (P.-L.), *L'urgence*, LGDJ, 1987.

GAILLARD (E.), *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985.

GUÉRY (C.) et CHAMBON (P.), *Droit et pratique de l'instruction préparatoire*, 10^e éd., Dalloz, 2017.

GUINCHARD (S.), VARINARD (A.) et DEBARD (T.), *Institutions juridictionnelles*, 14^e éd., Dalloz, 2017.

JESTAZ (P.),

– *L'urgence et les principes classiques du droit civil* », LGDJ, 1968.

– *Le droit*, 10^e éd., Dalloz, 2018.

KENNES (L.) et SCALIA (D.) (dir.), *Du juge d'instruction vers le juge de l'enquête. Analyse critique et de droit comparé*, Anthémis, 2017.

KUREK (C.), *Le corps en droit pénal*, Thèse Lyon 3, 2017.

LACASSE (F.) et THOENING (J.-C.), *L'action publique*, L'Harmattan, 1997.

LAZAR (M.) et MATARD-BONUCCI (M.-A) (dir.), *L'Italie des années de plomb*, Autrement, 2010.

LEBLOIS-HAPPE (J.), *Quelles réponses à la petite délinquance ? Étude du droit répressif français sous l'éclairage comparé du droit répressif allemand*, PUAM, 2002, 2 tomes.

LE MONNIER DE GOUVILLE (P.), *Le juge des libertés et de la détention*, Thèse Paris 2, 2011.

LOKIEC (P.), *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, 2004.

LUCIANI-MIEN (D.), *L'effectivité des droits de la défense en procédure pénale*, Thèse Paris II, 2006.

LUXEMBOURG (F.), *La déchéance des droits. Contribution à l'étude des sanctions civiles*, éd. Panthéon-Assas, 2007.

MANGIN (J.-H.-C.), *Traité de l'action publique et de l'action civile en matière criminelle*, 3^e éd., Larose, 1876, Tome I.

MARCY (H.), *Code de procédure pénale du Royaume d'Italie*, Librairie A. Maresquaine, 1881.

MARMOZ (F.), *La délégation de pouvoir*, Litec, 2000.

MATHIAS (E.), *Les procureurs du droit. De l'impartialité du ministère public en France et en Allemagne*, CNRS éd., 1999.

- MATSOPOULOU (H.)**, *Les enquêtes de police*, LGDJ, 1996.
- MAUGER (F.)**, *Les pouvoirs implicites en droit administratif français*, Thèse Paris 2, 2013.
- MICHEL (G.)**, *La notion d'urgence en droit administratif de l'environnement*, Thèse Limoges, 2006.
- MONTESQUIEU**, *De l'Esprit des lois*, GF Flammarion, rééd. 1979, 2 tomes.
- MURBACH-VIBERT (M.)**, *Les pouvoirs d'investigation en droit français*, Thèse Lyon 3, 2010, 4 tomes.
- NORD-WAGNER (M.)**, *L'urgence en procédure pénale*, Thèse Strasbourg 3, 2005.
- OUDOUL (A.)**, *L'impartialité des magistrats dans la procédure pénale française à l'aune du droit de la Convention EDH*, Thèse Université d'Auvergne, 2016.
- PARISI (F.)**, *La séparation des fonctions de justice en matière pénale*, Thèse Montpellier 1, 2005.
- PARIZOT (R.)**, *La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité organisée. Le cas symptomatique de l'association de malfaiteurs et du blanchiment en France et en Italie*, LGDJ, 2010.
- PERRIER (J.-B.)**, *La transaction pénale*, LGDJ, 2014.
- PERRODET (A.)**, *Étude pour un ministère public européen*, LGDJ, 2001.
- PIN (X.)**, *Le consentement en matière pénale*, LGDJ, 2002.
- RASSAT (M.-L.)**, *Le ministère public entre son passé et son avenir*, LGDJ, 1967.
- RICCI (J.-C.)**, *Histoire des idées politiques*, 4^e éd., Dalloz, 2018.
- ROSANVALLON (P.)**, *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, Seuil, 2008.
- ROUBIER (P.)**, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 1963 rééd. 2005.
- ROUSSEAU (D.)**, *Radicaliser la démocratie. Proposition pour une refondation*, Points, 2017.
- SAINT GIRONS (A.)**, *Essai sur la séparation des pouvoirs dans l'ordre politique, administratif et judiciaire*, Larose, 1881.
- SALAS (D.)**, *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Hachette, 2005.
- SCHENIQUE (L.)**, *La réforme de la phase préparatoire du procès pénal*, L'Harmattan, 2014.
- SEGAUD (J.)**, *Essai sur l'action publique*, Thèse Reims, 2010.
- SPECTOR (C.)** (coord.), *Le pouvoir*, GF Flammarion, 1997.
- STORCK (M.)**, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, LGDJ, 1982.

- TCHERKESOFF (P.)**, *Cohérence et légitimité du ministère public*, Thèse Paris 2, 2015.
- TETARD (S.)**, *Mandat et famille. Contribution à l'étude du contrat de mandat*, Thèse Lyon 3, 2015.
- THOMAS-TAILLANDIER (D.)**, *Contribution à l'étude des procédures pénales dérogatoires*, PUAM, 2012.
- THULLIER (B.)**, *L'autorisation. Étude de droit privé*, LGDJ, 1995.
- TIMSIT (G.)**, *Le rôle de la notion de fonction administrative en droit administratif français*, LGDJ, 1963.
- TRILLES (O.)**, *Essai sur le devenir de l'instruction préparatoire*, Thèse Toulouse, 2005.
- TROPER (M.)**, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, LGDJ, 1980 rééd. 2015.
- VAUCHEZ (A.)**, *L'institution judiciaire remotivée. Le processus d'institutionnalisation d'une "nouvelle justice" en Italie*, LGDJ, 2004.
- VIENNOT (C.)**, *Le procès pénal accéléré. Étude des transformations du jugement pénal*, Dalloz, 2012.
- VIGOUR (C.)**, *Réformes de la justice en Europe*, De Boeck, 2018.
- VON SAVIGNY (F. C.)**, *Traité de droit romain* [trad. C. Guenoux], Didot, 1855.
- WINCKELMULLER (F.)**, *La mutation de la mise en état des affaires pénales à l'épreuve des droits européens*, Thèse Strasbourg, 2 tomes, 2017.
- WITZ (C.)**, *Le droit allemand*, 3^e éd., Dalloz, 2018.

En langue allemande

- AMELUNG (K.)**, *Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe*, Duncker & Humblot, 1976.
- BÄCKER (M.)**, *Kriminalpräventionsrecht*, Mohr Siebeck, 2015.
- BACKES (O.) et al.**, *Kurzfassung des Abschlußberichtes zum Forschungsprojekt "Wirksamkeitsbedingungen von Richtervorbehalten bei Telefonüberwachungen"*, Universität de Bielefeld, 2002.
- BITZIGEIO (C.)**, *Der Richtervorbehalt im Spannungsfeld normativer Anforderungen und polizeilicher Praxis*, Verlag für Polizeiwissenschaft, 2015.
- BRUCKERMANN (J.-F.)**, *Neue Rechtsentwicklung zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität*, Tenea, 2003.

- BRÜNING (J.)**, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, Nomos, 2005.
- BÜLLES (E.)**, *Justizpolizei oder Polizeistaatsanwaltschaft*, StA Köln, 2012.
- CARSTEN (E. S.) et RAUTENBERG (E. C.)**, *Die Geschichte der Staatsanwaltschaft in Deutschland bis zur Gegenwart*, 3^e éd., Nomos, 2015.
- DEDY (E.)**, *Ansätze einer Reform des Ermittlungsverfahren*, Duncker & Humblot, 2002.
- DETTMAR (J.-S.)**, *Legalitäts und Opportunität im Strafprozess*, BWV, 2008.
- DIHM (H.) et PIAZOLO (M.) (dir.)**, *Staatsanwälte zwischen allen Stühlen ? Zur Stellung der Staatsanwaltschaft zwischen den gewalten*, Akademischer Verlag, 2004.
- ELSNER (B.)**, *Entlastung der Staatsanwaltschaft durch mehr Kompetenzen für die Polizei ? Eine deutsch-niederländisch vergleichende Analyse in rechtlicher und rechtstatsächlicher Hinsicht*, Universitätsverlag Göttingen, 2008.
- GRABBERGER (R.)**, *Psychologie des Strafverfahrens*, Springer, 1950.
- HÜLS (S.)**, *Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit*, BWV, 2007.
- IGNOR (A.)**, *Geschichte der Strafprozesses in Deutschland 1532-1846*, Paderborn, 2002.
- KAUSCH (E.)**, *Der Staatsanwalt. Ein Richter vor dem Richter ? Untersuchung zum §153a StPO*, Duncker & Humblot, 1980.
- KERBEL (P.)**, *Zur Stellung, Organisation und Tätigkeit der Staatsanwaltschaft*, Thèse Francfort, 1974.
- KETTNER (P.)**, *Der Informationsvorsprung der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren. Untersuchung anhand des Akteneinsichtsrechts und des Verhältnisses zur Öffentlichkeit*, Tenea, 2002.
- KOCH (W.-P.)**, *Die Reform des Strafverfahrensrechts im Dritten Reich unter besonderer Berücksichtigung des StVO-Entwurf 1939*, Thèse Nuremberg, 1972.
- KOLLER (C.)**, *Die Staatsanwaltschaft – Organ der Judikative oder Exekutivbehörde ?*, Peter Lang, 1997.
- KÖNIG (O.)**, *Die Entwicklung der strafprozessualen Zwangsmaßnahmen im Ermittlungsverfahren seit 1877*, Peter Lang, 1992.
- KÖSTER (I.)**, *Der Rechtsschutz gegen die vom Ermittlungsrichter angeordneten und erledigten strafprozessualen Grundrechtseingriffe*, Duncker & Humblot, 1997.
- LIN (Y.-H.)**, *Richtervorbehalt und Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe*, Peter Lang, 1998.
- LORITZ (H.)**, *Kritische Betrachtungen zum Wert des strafprozessualen Zwischenverfahrens*, Peter Lang, 1996.

NELLES (U.), *Kompetenzen und Ausnahmekompetenzen in der Strafprozeßordnung : Zur organisationsrechtlichen Funktion des Begriffs "Gefahr im Verzug" im Strafverfahrensrecht*, Dunckler & Humblot, 1980.

OTTOW (S.), *Grundrechtseingriffe im Ermittlungsverfahren und nach dem Polizeirecht – Die Entwirkungen des europäischen Rechts auf das deutsche Strafverfahren*, Dunckler & Humblot, 2014.

PRECHTEL (G.), *Das Verhältnis der Staatsanwaltschaft zum Ermittlungsrichter. Eine kritische Betrachtung der Mitwirkung des Richters im Ermittlungsverfahren, insbesondere zur Bedeutung des § 162 StPO*, VVF, 1995.

RABE VON KÜHLEWEIN (M.), *Der Richtervorbehalt im Polizei- und Strafprozeßrecht*, Peter Lang, 2001.

SCHLACHETZKI (N.), *Die Polizei – Herrin des Strafverfahrens ?*, Mensch & Buch Verlag, 2002.

TALASKA (C. E.), *Der Richtervorbehalt. Ein sinnvolles Element des Grundrechtsschutzes ?*, Dr. Kovac, 2007.

VORMBAUM (T.),

– *Moderne deutsche Strafrechtsdenker*, Springer, 2011.

– *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, 3^e éd., Springer, 2016.

ZÖLLER (M. A.), *Informationssysteme und Vorfeldmaßnahmen von Polizei, Staatsanwaltschaft und Nachrichtendiensten*, C.F. Müller, 2002.

En langue italienne

APRILE (E.) et SILVESTRI (P.), *Le indagini preliminari e l'archiviazione*, Giuffrè, 2011.

ASSOCIAZIONE TRA GLI STUDIOSI DEL PROCESSO PENALE (coord.), *Libertà personale e ricerca della prova*, Giuffrè, 1995.

BONETTI (M.), *Ministro della giustizia e azione penale*, CEDAM, 2008.

CALAMANDREI (P.), *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, CEDAM, Casa editrice dott. Antonio, 1944, Tome II.

CAPONE (A.), *Storia, cultura e principi del processo penale*, Reggio Calabria, Università degli Studi Mediterranea, 2016.

CENTONZE (S.) et GIOVEDI (L.), *Terrorismo e legislazione d'emergenza*, Key, 2016.

CHIAVARIO (M.), *L'azione penale tra diritto e politica*, CEDAM, 1995.

DE LALLA (P.), *Il concetto legislativo di azione penale*, Casa editrice dott. Eugenio Jovene, 1966.

- D'IPPOLITO (A.) et PISANELLO (E.),** *Rapporti tra pubblico ministero, polizia giudiziaria e difensore nelle indagini preliminari*, Giuffrè, 2013.
- FALZONE (V.) et al.,** *La Costituzione della Repubblica italiana illustrata con i lavori preparatori*, Colombo, 1948.
- FELICIONI (P.),** *Le ispezioni e le perquisizioni*, Giuffrè, 2012.
- FERRAIOLI (M.),** *Il ruolo di garante del giudice per le indagini preliminari*, 4° éd., CEDAM, 2014.
- FERRUA (P.),** *Il giusto processo*, 3° éd., Zanichelli, 2012.
- GAROFOLI (V.) (dir.),** *L'azione penale tra obbligatorietà e discrezionalità*, Giuffrè, 2009.
- GUARNIERI (C.),** *Pubblico ministero e sistema politico*, CEDAM, 1984.
- GUSTAPANE (A.),** *Il ruolo del pubblico ministero nella costituzione italiana*, BUP, 2012.
- LEOPIZZI (A.),** *Le indagini preliminari*, Giuffrè, 2017.
- MANGANIELLO (G. B.),** *La polizia giudiziaria e sue funzioni nel processo penale*, F. Mondini, année inconnue.
- MENICONI (A.),** *Storia della magistratura italiana*, Il Mulino, 2012.
- MONACO (G.),** *Pubblico ministero ed obbligatorietà dell'azione penale*, Giuffrè, 2003.
- MORGIGNI (A.),** *L'attività della polizia giudiziaria*, Giuffrè, 2002.
- MORSELLI (C.),** *Modelli processuali in Francia e in Italia*, Giuffrè, 2013.
- RANIERI (S.),** *L'azione penale*, S. A. Istituto editoriale scientifico Milano, 1928.
- RICCIO (G.),** *Sulla riforma dello statuto del pubblico ministero*, Editoriale Scientifica, 2011.
- RUGGIERI (F.),** *La giurisdizione di garanzia nelle indagini preliminari*, Giuffrè, 1996.
- PARODI (C.) (dir.),** *Riforma Orlando : tutte le novità*, Giuffrè, 2017.
- SARZOTI (C.),** *Processi di selezione del crimine. Procure della Repubblica e organizzazione giudiziaria*, Giuffrè, 2007.
- SCARSELLI (G.),** *Ordinamento giudiziario e forense*, 4° éd., Giuffrè, 2013.
- TONINI (P.),** *Polizia giudiziaria e magistratura*, Giuffrè, 1979.
- VARONE (F.),** *L'archiviazione della notizia di reato*, Giuffrè, 2015.
- VELANI (L. G.),** *Le investigazioni preventive*, Giuffrè, 2012.
- VIVIANI (A.),** *Il nuovo codice di procedura penale: una riforma tradita*, Spirali/Vel, 1989.
- ZANIER (M. L.),** *L'accusa penale in prospettiva socio-giuridica*, FrancoAngeli, 2012.

ZANON (N.) et BIONDI (F.), *Il sistema costituzionale della magistratura*, 4^e éd., Zanichelli, 2014.

III. Encyclopédies

A. Juris-Classeur

BUISSON (J.), *Jcl. Police judiciaire*, juillet 2016.

B. Répertoire Dalloz

BUISSON (J.), *Rép. pénal Dalloz*, s. v. « Preuve », novembre 2017.

CAYROL (N.), *Rép. proc. civ. Dalloz*, s. v. « Action en justice », mars 2013.

CROIZIER (J.-L.) et GUÉRY (C.), *Rep. pénal Dalloz*, s. v. « Expertise », septembre 2017.

LACROIX (C.), *Rép. pénal Dalloz*, s. v. « Juge des libertés et de la détention », février 2018.

ROUSSEL (G.), *Rep. pénal Dalloz*, s. v. « Police judiciaire », janvier 2018.

C. Kommentare

Beck'scher Online-Kommentar zur Strafprozessordnung, 9^e éd., C.H. Beck, 2011, cité *BeckOK StPO*.

Jarass/Pieroth Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 15^e éd., C.H. Beck, 2018, cité *Jarass/Pieroth GG*.

Löwe/Rosenberg Großkommentar zur der Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 26^e éd., De Gruyter, 2006-2014, 13 tomes, cité *LR StPO*.

Meyer-Goßner/Schmitt Kurzkommentar zur Strafprozessordnung, 61^e éd., C.H. Beck, 2018, cité *Meyer-Goßner/Schmitt StPO*.

Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, C.H. Beck, 2014-2018, 4 tomes, cité *MüKoStPO*.

Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, 5^e éd., C.H. Beck, 2016-2017, 10 tomes, cité *SK-StPO*.

SCHMIDT (E.), *Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, 2^e éd., Vandenhoeck & Ruprecht, 1964, Tome I.

IV. Lexiques et dictionnaires

Dictionnaire de l'Académie française, 8^e et 9^e éd.

Grand dictionnaire de la philosophie, 3^e éd., Larousse, 2012.

Vocabulaire Juridique, 12^e éd., PUF, 2018.

Vocabulaire technique et critique de la philosophie, 3^e éd., PUF, 2010.

ALLAND (D.) et RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003.

AVRIL (P.) et GICQUEL (J.), *Lexique de droit constitutionnel*, 5^e éd., PUF, 2016.

BEZIZ-AYACHE (A.), *Dictionnaire de droit pénal général et procédure pénale*, 6^e éd., Ellipses, 2016.

DOUCET (M.) et FLECK (K. E. W.), *Wörterbuch Recht und Wirtschaft*, 7^e ed., C.H. Beck, 2012, 2 tomes.

DUHAMEL (O.) et MENY (Y.) (dir.) *Dictionnaire constitutionnel*, PUF, 1992.

GUINCHARD (S.) et DEBARD (T.) (dir.) *Lexique des termes juridiques*, 26^e éd., Dalloz, 2018.

LE DIVELLEC (A.) et DE VILLIERS (M.), *Dictionnaire du droit constitutionnel*, 11^e éd., Sirey, 2017.

REY (A.), *Dictionnaire historique de la langue française*, Nouvelle édition augmentée, Le Robert, 2016.

SCHANEN (F.) et CONFAIS (J.-P.), *Grammaire de l'allemand. Formes et fonctions*, Armand Colin, 2005 réed. 2017.

TORTORA (G.), *Dictionnaire juridique italien-français, français-italien*, Dalloz et Giuffrè, 2015.

TOUZEIL-DIVINA (M.), *Dictionnaire de droit public interne*, LexisNexis, 2017.

VAN LANG (A.), **GONDOUIN (G.)**, **INSERGUET-BRISSET (V.)**, *Dictionnaire de droit administratif*, 7^e éd., Sirey, 2015.

V. Articles, contributions et notes de doctrine

En langue française

ACCOMANDO (G.),

- « Évolutions possibles du rôle et du statut du Parquet. Rapport introductif », dans *Le parquet dans la République. Vers un nouveau ministère public ?*, ENM, 1996, p. 229.
- « Le statut des magistrats du parquet », dans L. CADIET et L. RICHER (dir.), *Réforme de la Justice. Réforme de l'État*, PUF, 2003, p. 270.

ACCOMANDO (G.) et GUERY (C.), « Le ministère public en Europe », dans *Le Parquet dans la République. Vers un nouveau ministère public ?*, Association d'Études et de recherches de l'École nationale de la magistrature, 1996, p. 29.

ACQUARONE (D.), « La nomination du juge des libertés et de la détention par décret », *D.* 2016, p. 1488.

AGUILA (Y.), « La politique pénale est-elle une politique publique comme une autre ? », *Revue administrative* 1994, n° 277, p. 7.

ALIX (J.),

- « Quels visages pour le parquet en France ? », dans C. LAZERGES (dir.), *Figures du parquet*, PUF, 2006, p. 67.
- « Quelle place pour le droit pénal dans la lutte contre le terrorisme ? », dans *Humanisme et justice : Mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage*, Dalloz, 2016, p. 423.

ALLAIN (E.), « Ultima ratio : un principe en voie de disparition ? », dans *Entre tradition et modernité : le droit pénal en contrepoint. Mélanges en l'honneur d'Yves Mayaud*, Dalloz, 2017, p. 149.

ALT (E.) et LE THEULE (M.-A.), « La justice aux prises avec l'éthique et la performance », *Pyramides*, 2011/22, p. 137.

ALT-MAES (F.), « La contractualisation du droit pénal. Mythe ou réalité ? », *Rev. sc. crim.* 2002, p. 501.

AMBROISE-CASTÉROT (C.),

- « Les prélèvements corporels et la preuve pénale », dans *La justice civile au XXI^e siècle. Mélanges Pierre Julien*, Edilalix, 2003, p. 9.
- « Recherche et administration des preuves en procédure pénale : la quête du graal de la vérité », *AJ Pénal* 2005, p. 261.
- « Le consentement en procédure pénale », dans *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire : Mélanges offerts à Jean Pradel*, Cujas, 2006, p. 29.

AMRANI-MEKKI (S.),

- S. AMRANI-MEKKI, « Qu'est devenue la pensée d'Henri Motulsky ? Les droits de la défense », *Procédures* 2012, dossier 6.
- « Introduction générale », dans S. AMRANI-MEKKI (dir.), *Procédure civile et procédure pénale. Unité et diversité ?*, Bruylant, 2014, p. 9.

ANDRÉ (C.), « Alternance et politique pénale : le droit pénal français en quête de sens (1981-2015) », dans *L'exigence de justice. Mélanges en l'honneur de Robert Badinter*, Dalloz, 2016, p. 1.

ANDREONE (F.), « L'institution du Parquet européen », *RUE* 2018, p. 43.

ANTONMATTEI (P.), « La formation des policiers », *Pouvoirs* 2002, n° 102, p. 57.

APPAP (G.), « Favoriser la conciliation pénale », *Rev. sc. crim.* 1990, p. 633.

ATIAS (C.), « Un point de vue de droit privé ? », dans B. BONNET et P. DEUMIER (dir.), *De l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé ?*, Dalloz, 2010, p. 37.

AUTIN (J.-L.), « Réflexions sur le statut de la magistrature », dans *Politique(s) criminelle(s) : mélanges en l'honneur du professeur Christine Lazerges*, Dalloz, 2014, p. 331.

AVRIL (P.),

- « La séparation des pouvoirs et la V^e République : le paradoxe de 1958 », dans A. PARIENTE (dir.), *La séparation des pouvoirs : théorie contestée et pratique renouvelée*, Dalloz, 2007, p. 79.
- « La séparation des pouvoirs sous la V^e République », dans S. BEAUME et B. FONTANA (dir.), *Les usages de la séparation des pouvoirs*, Michel Houdiard Éditeur, 2008, p. 130.

BABONNEAU (M.), « Procès du cardinal Barbarin : "le procès des parties civiles" et pas celui du parquet, selon la procureure », *Dalloz Actualité* 11 janvier 2019.

BADINTER (R.),

- « Introduction », dans *L'épuration de la magistrature de la Révolution à la Libération : 150 ans d'histoire judiciaire*, Actes du colloque organisé par l'Association française pour l'histoire de la justice à Paris les 4 et 5 décembre 1992, Ed. Loisiel, 1994, p. 8.
- « L'avenir : vers une justice européenne », dans *La procédure pénale en quête de cohérence*, Actes du cycle de conférence de la Cour de cassation organisé en 2006, Dalloz, 2007, p. 299.

BALDOVINI (M.), « La classification du droit pénal et la configuration concurrentielle de la faculté de droit à la fin du XIX^e siècle », *Revue d'histoire des Facultés de droit et de la culture juridique* 2012, n° 32, p. 151.

BANDRAC (M.),

- « L'action en justice, droit fondamental », dans *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, 1996, p. 1.
- « De l'acte juridictionnel, et de ceux des actes du juge qui ne le sont pas », dans *Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à Pierre Drai*, Dalloz, 2000, p. 171.

BARBERIS (M.),

- « La séparation des pouvoirs », dans M. TROPER et D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, Dalloz, 2012, Tome I, p. 706.
- « Le futur passé de la séparation des pouvoirs », *Pouvoirs* 2012, n° 143, p. 5.

BARRIÈRE (L.-A.), « Une approche historique de la *summa divisio* droit public-droit privé », dans B. BONNET et P. DEUMIER (dir.), *De l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé ?*, Dalloz, 2010, p. 7.

BEAUD (O.),

- « Michel Troper et la séparation des pouvoirs », *Droits* 2003, n° 37, p. 149.
- « La multiplication des pouvoirs », *Pouvoirs* 2012, n° 143, p. 47.
- « Les mots pour le dire : autorité, pouvoir, dans le débat actuel », *Après-demain* 2017, n° 41, p. 3.

BEAUME (S.) et FONTANA (B.), « Préface », dans S. BEAUME et B. FONTANA (dir.), *Les usages de la séparation des pouvoirs*, Michel Houdiard Éditeur, 2008.

BEAUSSONIE (G.), « Repenser l'action publique ? », dans J. LEROY (dir.), *Faut-il rethéoriser le droit pénal ?*, LGDJ, 2017, p. 147.

BEAUSSONIE (G.) et al., « Contribution à l'étude de la notion "d'autorité judiciaire" », dans V. MALABAT, B. DE LAMY et M. GIACOPELLI (dir.), *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale : opinio doctorum*, Dalloz, 2009, p. 161.

BEAUSSONIE (G.) et BOTTON (A.), « Analyse comparée des droits des parties privées dans l'enquête et l'instruction », *Gaz. Pal.* 18 juillet 2017, p. 84.

BEAUVAIS (P.),

- « Les acteurs institutionnels de l'espace pénal européen », *Dr. pén.* 2010, étude 18.
- « Politique pénale et séparation des pouvoirs », dans *Politique(s) criminelle(s) : mélanges en l'honneur du professeure Christine Lazerges*, Dalloz, 2014, p. 87.
- « Les perquisitions sous le contrôle de la Cour européenne des droits de l'Homme », *Rev. pénit.* 2014, p. 97.
- « Rapport conclusif », dans C. RIBEYRE (dir.), *La victime de l'infraction pénale*, Dalloz, 2016, p. 259.
- « Les mutations de la souveraineté pénale », dans *L'exigence de justice. Mélanges en l'honneur de Robert Badinter*, Dalloz, 2016, p. 71.
- « La nouvelle surveillance pénale », dans *Humanisme et justice : Mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage*, Dalloz, 2016, p. 259.

- « Lecture analytiques guidées. Quel modèle de Parquet ? », *Rev. sc. crim.* 2018, p. 625.

BEAUVAIS (P.) et MASSÉ (M.), « Questions prioritaires de constitutionnalité : nouvelles perspectives », *AJ Pénal* 2011, p. 274.

BELL (J.), « De la culture », dans P. LEGRAND (dir.), *Comparer les droits, résolument*, PUF, 2009, p. 247.

BERCEA (R.), « Toute comparaison des droits est une fiction », dans P. LEGRAND (dir.), *Comparer les droits, résolument*, PUF, 2009, p. 41.

BERGEL (J.-L.), « Propos conclusifs », *RRJ* 2012, p. 2287.

BERGERE (A.-L.), « Le juge des libertés et de la détention, entre indépendance statutaire et dépendances matérielles », *AJ Pénal* 2019, p. 120.

BIGOT (G.), « La distinction du droit public et du droit privé au prisme de la doctrine française du premier XIX^e siècle », dans P. ALVAZZI DEL FRATE, S. BLOQUET et A. VERGNE (dir.), *La summa divisio droit public / droit privé dans l'histoire de systèmes juridiques en Europe (XIXe-XXIe siècles)*, LGDJ, 2018, p. 15.

BIOY (X.), « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction », dans G. TUSSEAU (dir.), *Les notions juridiques*, Economica, 2009, p. 21.

BLANC-JOUVAN (X.), « Où va le droit comparé ? », dans *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel*, Cujas, 2006, p. 709.

BOCCON-GIBOD (D.), « La nouvelle action publique », *Rev. pénit.* 2003, p. 453.

BOLARD (G.), « Notre belle action en justice », dans *De code en code : Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr*, Dalloz, 2009, p. 17.

BONFILS (P.),

- « La participation de la victime au procès pénal, une action innommée », dans *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel*, Cujas, 2006, p. 179.
- « Faut-il changer notre procédure pénale ? », *D.* 2010, p. 158.
- « Il faut sauver la jurisprudence Laurent Atthalin », *D.* 2010, p. 1153.

BONIS (E.), « L'indépendance des magistrats du parquet ou le difficile exercice d'équilibriste du Conseil constitutionnel », *Dr. pén.* 2018, étude 3.

BONIS(-GARÇON) (E.) et DÉCIMA (O.), « Le parquet et les sirènes de l'indépendance. À propos du projet de loi du 27 mars 2013 et du projet de loi constitutionnelle du 14 mars 2013 », *JCP G* 2013, act. 460.

BONNARD (C.), « Les affaires à dimension exceptionnelle », dans S. GUINCHARD et J. BUISSON (dir.), *Les transformations de la justice pénale*, Dalloz, 2014, p. 191.

BONNARD (R.), « La conception matérielle de la fonction jurisprudentielle », dans *Mélanges R. Carré de Malberg*, Sirey, 1933, rééd. Topos Verlag et Edouard Duchemin 1977, p. 3.

BONNET (T.), « Officier ou ouvrier ? Les nouveaux officiers de police judiciaire », *Déviance et Société* 2018/1, p. 113.

BOTTON (A.), « Le renforcement du rôle du procureur de la République », *AJ Pénal* 2016, p. 562.

BOUCOBZA (I.), « Un concept erroné, celui de l'existence d'un pouvoir judiciaire » *Pouvoirs* 2012, n° 143, p. 73.

BOULAN (F.), « La réforme de l'instruction », dans *Droit pénal contemporain. Mélanges en l'honneur d'André Vitu*, Cujas, 1989, p. 51.

BOULOC (B.),

- « Procédure pénale : la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes », *Rev. sc. crim.* 2001, p. 193.
- « Pour une extension des droits de la défense », *AJ Pénal* 2015, p. 6.

BOURGUIGNON (J.), « La réforme de la garde à vue : l'avis d'un juge d'instruction », *Gaz. Pal.* 7 juillet 2011, p. 33.

BROYELLE (C.) et GUYOMAR (M.), « Du bon usage et des risques du mésusage du droit comparé », dans *Penser le droit à partir de l'individu. Mélanges en l'honneur d'Elisabeth Zoller*, Dalloz, 2018, p. 525.

BRUNET (B.),

- « Le traitement en temps réel : la Justice confrontée à l'urgence comme moyen habituel de résolution de la crise sociale », *Déviance et Société* 1998, n° 38, p. 91.
- « L'acte de juger dans le traitement en temps réel à partir du regard de l'anthropologue sur le service en temps direct d'une grande juridiction », *Gaz. Pal.* 9 janvier 2001, p. 2.

BUISSON (J.),

- « La notion de la force publique », dans *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel*, Cujas, 2006, p. 207.
- « Réforme de la procédure pénale », *Procédures* 2008, comm. 87.
- « Réforme de la procédure pénale (suite), *Procédures* 2007, comm. 118 et 170.
- « La contrainte », dans *Justice et droit du procès : Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Dalloz, 2010, p. 915.
- « Parution du nouvel arsenal de lutte contre le terrorisme », *Procédures* 2016, comm. 239.
- « Le pouvoir judiciaire en cause ? », dans *Entre tradition et modernité : le droit pénal en contrepoint. Mélanges en l'honneur d'Yves Mayaud*, Dalloz, 2017, p. 479.

BURDEAU (G.),

- « Raymond Carré de Malberg, son œuvre, sa doctrine », dans G. BURDEAU, *Écrits de droit constitutionnel et de science politique. 1935-1984* », éd. Panthéon-Assas, 2011, p. 23.
- « Remarques sur la classification des fonctions étatiques », dans G. BURDEAU, *Écrits de droit constitutionnel et de science politique. 1935-1984* », éd. Panthéon-Assas, 2011, p. 111.

BURGUBURU (J.-M.), « Droit public et droit privé au début du XXI^e siècle : de la séparation à l'interpénétration », dans *L'État, le Droit, le Politique. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Colliard*, Dalloz, 2014, p. 9.

BURGELIN (J.-F.), COULON (J.-M.) et FRISON-ROCHE (M.-A.), « L'office de la procédure », dans *Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à Pierre Drai*, Dalloz, 2000, p. 253, spéc. n° 11.

BUSSANI (M.), « Les fermetures de la comparaison juridique », dans *Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, Dalloz, 2013, p. 215.

CADIET (L.),

- « Et les principes directeurs des autres procès ? Jalons pour une théorie des principes directeurs du procès », dans *Justice et droits fondamentaux. Études offertes à J. Normand*, Litec, 2005, p. 71.
- « L'État de droit, l'État de sécurité et le juge », *Procédures* 2016, repère 3.
- « Introduction à un cours de droit institutionnel de la justice », dans *Humanisme et justice : Mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage*, Dalloz, 2016, p. 289.
- « Statut du parquet : le retour. Mais lequel ? », *Procédures* 2017, repère 8.

CADOPPI (A.), « Les six niveaux de la comparaison pénale », dans *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire : Mélanges offerts à Jean Pradel*, Cujas, 2006, p. 725.

CAHN (O.),

- « Réflexions désabusées le chapitre I du titre I de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 », *AJ Pénal* 2016, p. 408.
- « Le dispositif antiterroriste français est-il une loi d'exception ? », dans *Humanisme et justice : Mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage*, Dalloz, 2016, p. 453.

CAMBY (J.-P.), « Séparation des pouvoirs, typologie des régimes », dans *L'État, le Droit, le Politique. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Colliard*, Dalloz, 2014, p. 111.

CAMOUS (E.),

- « Les saisies en procédure pénale : un régime juridique éparpillé », *Dr. pén.* 2010, étude 5.
- « Les saisies en procédure pénale : un régime juridique modernisé », *Dr. pén.* 2011, étude 1.
- « L'enquête à décharge menée par le procureur de la République », *Gaz. Pal.* 18 juillet 2017, p. 88.

CANIVET (G.),

- « 1958-2005 : que reste-t-il du Code de procédure pénale ? Propos introductifs » dans *La procédure pénale en quête de cohérence*, Actes du cycle de conférence de la Cour de cassation organisé en 2006, Dalloz, 2007, p. 5.
- « Pathologie de la garantie de la liberté individuelle : le syndrome de la confusion », dans *Humanisme et justice : Mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage*, Dalloz, 2016, p. 323.

CANU-BERNARD (M.-A.), « Pour une vraie réforme de la procédure pénale », *Gaz. Pal.* 16 février 2010, p. 10.

CAPPELLO (A.),

- « La Cour européenne des droits de l'Homme ou le chef d'orchestre de la constitutionnalisation du droit pénal », dans *Entre tradition et modernité : le droit pénal en contrepoint. Mélanges en l'honneur d'Yves Mayaud*, Dalloz, 2017, p. 157.
- « Le contrôle des actes législatifs par le juge pénal », *Les nouveaux problèmes actuels de sciences criminelles* 2018, XXVIII, p. 35.

CARCASSONNE (G.), « De la discussion jaillit la lumière », dans *La procédure pénale en quête de cohérence*, Actes du cycle de conférence de la Cour de cassation organisé en 2006, Dalloz, 2007, p. 75.

CASAROLI (G.), « La notion européenne de tribunal impartial et indépendant et le système italien », *Rev. sc. crim.* 1990, p. 107.

CASELLI (G. C.) et SPATARO (A.), « La magistrature italienne durant les années de plomb », dans M. LAZAR et M.-A. MATARD-BONUCCI (dir.), *L'Italie des années de plomb*, Autrement, 2010, p. 372.

CASORLA (F.), « La justice séparée », *LPA* 12 juillet 2007, p. 4.

CASSIA (P.),

- « L'article 20 de la Constitution, marqueur de la dépendance des magistrats du parquet ? », *D.* 2018, p. 1.
- « Pour un rééquilibrage des pouvoirs constitutionnels », dans B. MATHIEU (dir.), *1958-2008. Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Dalloz, 2008, p. 361.

CASSUTO (T.),

- « La fin du collège de l’instruction : Beaucoup de bruit pour rien ou La Comédie des erreurs ? », *Dalloz actualité*, 31 mai 2016.
- « La collaboration entre le procureur européen et les parquets nationaux », *AJ Pénal* 2018, p. 279.

CAYROL (N.), « La saisine du juge », dans *De code en code : Mélanges en l’honneur du doyen Georges Wiederkehr*, Dalloz, 2009, p. 99.

CHAMBON (M.), « Une redéfinition de la police administrative », dans J. ALIX et O. CAHN (dir.), *L’hypothèse de la guerre contre le terrorisme*, Dalloz, 2017, p. 133.

CHATILLON (S.), « Droit et langue », *RID comp.* 2002, p. 687.

CHAVENT-LECLERE (A.-S.), « Des évolutions en cours à la révolution attendue en procédure pénale ? », *Procédures* 2015, dossier 6.

CHAZAL DE MAURIAC (R.), « Quelle réforme pour la justice pénale ? », *Gaz. Pal.*, 30 mars 2006, p. 2.

CHEVALLIER (J.-Y.), « Vol au dessus d’un nid de réformes. Observations sur des réformes en rafales. L’adaptabilité du législateur dans la lutte contre la criminalité », dans *Le droit pénal à l’aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel*, Cujas, 2006, p. 253.

CINAMONTI (S.) et PERRIER (J.-B.), « Réflexions conclusives », *Les nouveaux problèmes actuels de sciences criminelles* 2018, XXVIII, p. 95.

CIVININI (M. G.), « Le statut du magistrat en Italie », *RID comp.* 2007, p. 8.

CLÉMENT (G.), « Les métamorphoses du ministère public en matière pénale », dans *Le droit pénal à l’aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel*, Cujas, 2006, p. 271.

COCHE (A.), « Le comité de réflexion sur la justice pénale ou les droits perdus du justiciable ? », *D.* 2009, p. 2765.

COLONNA D’ISTRIA (F.), « Le concept de concept juridique », *RRJ* 2012, p. 2243.

COLSON (R.) et FIELD (S.), « Entre gestion des flux, équité processuelle, efficacité répressive et efficience budgétaire », dans S. GUINCHARD et J. BUISSON (dir.), *Les transformations de la justice pénale*, Dalloz, 2014, p. 11

COMMARET (D. N.), « L’article préliminaire du Code de procédure pénale, simple rappel des principes directeurs du procès pénal, disposition créatrice de droit ou moyen de contrôle de la légalité de la loi ? », dans *Le droit pénal à l’aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel*, Cujas, 2006, p. 71.

CSONKA (P.), « Le parquet européen : le nouvel acteur de l’espace judiciaire européen », *AJ Pénal* 2018, p. 283.

CONTE (P.),

- « Effectivité, inefficacité, sous-effectivité, surefficacité... : variations pour droit pénal », dans *Le droit privé français à la fin du XXe siècle : Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 125.
- « Les galeux de la République – À propos de l'affaire d'Outreau », *JCP G* 2006, I, 101.
- « La nature juridique des procédures "alternatives aux poursuites" : de l'action publique à l'action à fin publique ? », dans *Mélanges offerts à Raymond Gassin*, PUAM, 2007, p. 189.
- « Les propositions du prérapport du comité de réflexion sur la justice pénale », *Dr. pén.* 2009, étude 11.
- « Bas les masques ! », *Dr. pén.* 2016, repère 6.

COTTA (S.), « À la recherche du droit subjectif », *Arch. phil. dr.* 1990, p. 81.

COTTE (B.), « 1958-2005 : que reste-t-il du Code de procédure pénale ? », dans *La procédure pénale en quête de cohérence*, Actes du cycle de conférence de la Cour de cassation organisé en 2006, Dalloz, 2007, p. 19.

COUVRAT (P.),

- « Contractualisation en matière pénale, en général », dans L. CADIET et L. RICHER (dir), *Réforme de la justice. Réforme de l'État*, PUF, 2003, p. 198.
- « Le nom de la loi. Une balade dans le jardin des lois pénales », dans *Apprendre à douter. Études offertes à Claude Lombois*, Pulim, 2004, p. 513.

DANET (J.), « Le droit pénal et la procédure pénale sous le paradigme de l'insécurité », *Archives de politique criminelle* 2003/1 (n° 25), p. 37.

DANTI-JUAN (M.), « Le consentement et la sanction », dans *La sanction du droit. Mélanges offerts à Pierre Couvrat*, PUF, 2001, p. 367.

DAOUD (E.), « Juges et avocats : le désamour », *AJ Pénal* 2007, p. 310.

DAOUD (E.) et MERCINIER (E.), « Garde à vue : la french touch », *AJ Pénal* 2008, p. 269.

DARSONVILLE (A.), « Les titres des lois pénales et la stratégie législative », dans *Légalité, légitimité, licéité : regards contemporains. Mélanges en l'honneur du professeur Jean-François Seuic*, PUN, 2018, p. 73.

DAVIDOVITCH (A.), « Criminalité et répression en France depuis un siècle (1851-1952) », *Revue française de sociologie* 1961, 2-1, p. 30.

DEBOVE (F.),

- « La justice pénale instantanée, entre miracles et mirages », *Dr. pén.* 2006, étude 19.
- « Garde à vue : entre cadence et décadence », dans *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2014, p. 191.

- « L'enquête préliminaire est-elle encore différente de l'enquête de flagrance ? » dans *Entre tradition et modernité : le droit pénal en contrepoint*, Dalloz, 2017, p. 507.

DECHEIX (P.), « Droits de la défense et défense des droits », *LPA* 3 avril 1995, p. 9.

DECHENAUD (D.), « La clandestinité en procédure pénale », dans *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2014, p. 191.

DECOCQ (A.),

- « L'avenir funèbre de l'action publique », dans *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, PUF, Jurisclasseur, 1999, p. 781, spéc. p. 782.
- « Réflexions sur l'article préliminaire du Code de procédure pénale », dans *Principes de justice : Mélanges en l'honneur de Jean-François Burgelin*, Dalloz, 2008, p. 115.
- « Dialogue des morts sur la réforme de la procédure pénale », dans *Justice et droit du procès : Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Dalloz, 2010, p. 939.

DE LAMY (B.),

- « Le juge des libertés et de la détention : un trompe-l'œil ? », *Dr. pén.* 2007, étude 13.
- « Indépendance des magistrats du parquet : la méthode Coué au Conseil constitutionnel », *Rev. sc. crim.* 2018, p. 163.

DELCAMP (A.), « La recherche en droit comparé », *LPA* 15 avril 1999, p. 53.

DELMAS-MARTY (M.), « La politique pénale est-elle une politique publique comme les autres ? », *Rev. sc. crim.* 1994, p. 150.

DESDEVISES (Y.), « Collégialité, impartialité et contradiction », dans *Justice et droit du procès : Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Dalloz, 2010, p. 233.

DE SOTO (J.), « La notion de juridiction », *D.* 1956, chron. IX, p. 45.

DETRAZ (S.),

- « Le nouveau dispositif de recevabilité de la plainte avec constitution de partie civile », *JCP G* 2008, I, 111.
- « La notion textuelle de victime », dans *Humanisme et justice : Mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage*, Dalloz, 2016, p. 67.

DEWAELE (J.-M.), « L'effet des variables objectives et affectives sur la maîtrise orale de multilingues adultes », *Études de linguistique appliquée* 2006, p. 441.

D'HAUTEVILLE (A.), « Le point de vue des victimes dans le procès pénal : quels équilibres ? », dans *Politique(s) criminelle(s) : mélanges en l'honneur du professeur Christine Lazerges*, Dalloz, 2014, p. 649.

D'HERVE (N.), « La magistrature face au management judiciaire », *Rev. sc. crim.* 2015, p. 49.

DI MARINO (G.),

- « La redistribution des rôles dans la phase préparatoire du procès pénal », dans *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel*, Cujas, 2006, p. 317.
- « La procédure pénale à visage dissimulé », dans *Mélanges offerts à Raymond Gassin*, PUAM, 2007, p. 199.

DINTILHAC (J.-P.),

- « Rôle et attributions du procureur de la République. Histoire et évolutions », *Rev. sc. crim.* 2002, p. 35.
- « Le contrôle du parquet sur la police judiciaire », *Archives de politique criminelle* 2011/1 (n° 33), p. 29.
- « Juges et procureurs », dans S. GUINCHARD et J. BUISSON (dir.), *Les transformations de la justice pénale*, Dalloz, 2014, p. 107

DITTGEN (A.), « L'évolution de la population de la France de 1800 à 1945 », dans C. BERGUOIGNAN *et al.*, *La population de la France – Évolutions démographiques depuis 1946*, CUDEP, 2005, p. 5.

DIVIER (P.-F.), « L'instruction pénale française à l'épreuve du procès équitable européen », *D.* 2004, p. 2948.

DONNEDIEU DE VABRES (H.), « La réforme de la procédure pénale », *Rev. sc. crim.* 1946, p. 315 ainsi que *Rev. sc. crim.* 1949, p. 433, 617 et 796.

DORWLING-CARTER (M.), « Faut-il supprimer le juge d'instruction ? », *JCP G* 1990, I, 3458.

DOUNOT (C.), « Droit pénal et séparation des pouvoirs sous la Révolution : le pouvoir judiciaire victime d'empiètements », *Les nouveaux problèmes actuels de sciences criminelles* 2018, XXVIII, p. 17.

DRAGO (G.), « Liberté individuelle et Constitution. Quels principes pour quels juges ? », dans *Entre tradition et modernité : le droit pénal en contrepoint. Mélanges en l'honneur d'Yves Mayaud*, Dalloz, 2017, p. 529.

DRAGO (R.), « Le problème de l'existence d'un ministère de la Justice en France », dans *Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à Pierre Drai*, Dalloz, 2000, p. 37.

DROSS (W.), « L'identité des concepts juridiques : quelles distinctions entre concept, notion, catégorie, qualification, principe ? », *RRJ* 2012, p. 2229.

DUFOUR (M.), « L'homme animal politique », *Bulletin de l'association Guillaume Budé* 1928, n° 18, p. 35.

DUGUIT (L.), « L'acte administratif et l'acte juridictionnel », *RDP* 1906, p. 413.

EISENMANN (C.),

- « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *Arch. phil. dr.* 1966, p. 25.
- « Droit public, droit privé », dans C. EISENMANN, *Écrits de théorie du droit constitutionnel et d'idées politiques*, éd. Panthéon Assas, 2002, p. 49.
- « Les fonctions de l'État », dans C. EISENMANN, *Écrits de théorie du droit constitutionnel et d'idées politiques*, éd. Panthéon Assas, 2002, p. 183.
- « La théorie des fonctions de l'État chez Carré de Malberg », dans C. EISENMANN, *Écrits de théorie du droit constitutionnel et d'idées politiques*, éd. Panthéon Assas, 2002, p. 221.
- « L'Esprit des lois et la séparation des pouvoirs », dans C. EISENMANN, *Écrits de théorie du droit constitutionnel et d'idées politiques*, éd. Panthéon Assas, 2002, p. 565.
- « La pensée constitutionnelle de Montesquieu », dans C. EISENMANN, *Écrits de théorie du droit constitutionnel et d'idées politiques*, éd. Panthéon Assas, 2002, p. 583.
- « Le système constitutionnel de Montesquieu et le temps présent », dans C. EISENMANN, *Écrits de théorie du droit constitutionnel et d'idées politiques*, éd. Panthéon Assas, 2002, p. 603.

FAUVARQUE-CAUSSON (B.), « L'enseignement du droit comparé », *RID comp.* 2002, p. 293.

FAVOREU (L.), « Brèves observations sur la situation du parquet au regard de la Constitution », *Rev. sc. crim.* 1994, p. 675.

FELDMAN (J.-P.), « La séparation des pouvoirs et le constitutionnalisme. Mythes et réalités d'une doctrine et de ses critiques », *RFD const.* 2010, p. 483.

FICARA (J.), « Quelle indépendance pour le parquet ? Propositions pour la constitution d'un ministère public français indépendant », *AJ Pénal* 2012, p. 509.

FLEURIOT (C.), « La fonction de juge des libertés restera-t-elle mal-aimée ? », *Dalloz actualité*, 18 novembre 2016.

FOUCAULT (M.), « Le sujet et le pouvoir », dans M. FOUCAULT, *Dits et écrits*, Gallimard, 1994, Tome IV, p. 232.

FOUGIER (G.), « L'impossible réforme de la police », *Pouvoirs* 2002, n° 102, p. 97

FOURMENT (F.),

- « Après l'affaire Moulin, encore du grain à moudre », *D.* 2011, p. 26.
- « Le ministre de la Justice, le ministère public et les affaires individuelles, dix ans après la loi du 9 mars 2004 », *Gaz. Pal.* 21 août 2014, p. 227.
- « L'enquête-instruction », *Gaz. Pal.* 11 août 2015, p. 31.
- « L'enquête de flagrance incidente à une instruction », *Gaz. Pal.* 3 novembre 2015, p. 42.

- « Géolocalisation : ne pas confondre urgence et précipitation », *Gaz. Pal.* 26 janvier 2016, p. 64.
- « L'instruction à décharge du procureur impartial », *Gaz. Pal.* 26 avril 2016, p. 53.
- « Halte aux ordonnances du JLD motivées par référence aux réquisitions du procureur de la République », *Gaz. Pal.* 24 janvier 2017, p. 60.
- « Remarques sur l'impartialité du procureur enquêteur », *Gaz. Pal.* 18 juillet 2017, p. 92.
- « Repenser le mode de traitement du dossier pénal », dans J. LEROY (dir.), *Faut-il réthoriser le droit pénal ?*, LGDJ, 2017, p. 173.
- « Boîtier IMEI versus IMSI catcher », *Gaz. Pal.* 23 janvier 2018, p. 63.
- « La visite de sécurité intérieure, substitut de la perquisition pénale », *Gaz. Pal.* 23 janvier 2018, p. 82.
- « Nécessité et temps de la perquisition », *Gaz. Pal.* 24 juillet 2018, p. 49.
- « Géolocalisation : ne pas confondre vitesse et précipitation », *Gaz. Pal.* 24 juillet 2018, p. 51.
- « Pas de motivation rétrospective, par la chambre de l'instruction, de l'autorisation de poursuite d'une mesure de géolocalisation initiée en urgence », *Gaz. Pal.* 6 novembre 2018, p. 61
- « Le procureur de la République n'est pas "Monsieur-tout-le-monde" ! », *Gaz. Pal.* 5 février 2019, p. 65.

FOURMENT (F) et MORTET (L.), « Le contrôle de l'autorité judiciaire sur les mesures de contrainte : le cas de la garde à vue », dans V. MALABAT, B. DE LAMY et M. GIACOPELLI (dir.), *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale : opinio doctorum*, Dalloz, 2009, p. 171.

FROMENT (B.), « Les contrôles de la police », *Pouvoirs* 2002, n° 102, p. 43.

FROMONT (M.),

- « Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République fédérale d'Allemagne », dans *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Cujas, 1977, p. 49
- « Réflexions sur l'objet et les méthodes du droit comparé », dans *Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, Dalloz, 2013, p. 377.

GARREC (M.), « La juridiction d'instruction est-elle indispensable ? », *JCP G* 1986, I, 3266.

GARRIDO-GOMEZ (I.), « Le droit comparé en lien avec les autres sciences juridiques », dans *Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, Dalloz, 2013, p. 417.

GASSIN (R.),

- « Considérations sur le but de la procédure pénale », dans *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel*, Cujas, 2006, p. 109.
- « Les mesures d'administrations judiciaire en procédure pénale », dans *Justices et droits du procès. Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Dalloz, 2010, p. 951.

GELLI (R.), « Le ministère public en France », dans S. GUINCHARD et J. BUISSON (dir.), *Les transformations de la justice pénale*, Dalloz, 2014, p. 107.

GIACOPELLI (M.), « Les procédures alternatives aux poursuites. Essai de théorie générale », *Rev. sc. crim.* 2005, p. 505.

GIUDICELLI (C.),

- « Regards croisés sur la direction de l'enquête dans les procédures pénales », *AJ Pénal* 2008, p. 439.
- « Le juge d'instruction évoluera ou disparaîtra », *AJ Pénal* 2009, p. 68.

GIUDICELLI-DELAGE (G.),

- « La figure du juge de l'avant-procès entre symboles et pratiques », dans *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel*, Cujas, 2006, p. 335.
- « La juste disante...réflexions autour de mauvaises (?) questions. À propos de la réforme de l'instruction et de la procédure pénale française », dans *Les droits et le Droit. Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 391.

GLANERT (S.), « Comparaison et traduction des droits : à l'impossible tous sont tenus », dans P. LEGRAND (dir.), *Comparer les droits, résolument*, PUF, 2009, p. 279.

GLEIZAL (J.-J.), « Le juge et le policier », *Pouvoirs* 2002, n° 102, p. 87.

GLENN (P.), « Vers un droit comparé intégré ? », *RID comp.* 1999, p. 841.

GLESS (S.) et al., « Regard de droit comparé sur la phase préparatoire », dans V. MALABAT, B. DE LAMY et M. GIACOPELLI (dir.), *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale : opinio doctorum*, Dalloz, 2009, p. 203.

GOGORZA (A.), « L'autorisation judiciaire pendant la phase policière. Libres propos sur la notion d'acte juridictionnel en procédure pénale », *Rev. sc. crim.* 2017, p. 247.

GOHIN (O.), « Qu'est-ce qu'une juridiction pour le juge français ? », *Droits* 1989, n° 38, p. 93.

GOLOVKO (L.) et MATHIEU (B.), « La justice dans l'État ou la justice contre l'État ? », dans L. GOLOVKO et B. MATHIEU (dir.), *Le juge et l'État*, Mare & Martin, 2018, p. 15.

GORÉ (M.), « La langue », dans *Hommage à Georges Rouhette*, Dalloz, 2013, p. 71.

GRAVEN (J.), « Montesquieu et le droit pénal », dans *La pensée politique et constitutionnelle de Montesquieu : bicentenaire de l'Esprit des lois*, Sirey, 1952, p. 209.

GUÉRIN (D.), « Les droits de la défense et de la partie civile dans la phase préparatoire du procès pénal selon le rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale », *Dr. pén.* 2009, dossier 6.

GUÉRY (C.),

- « Les paliers de la vraisemblance pendant l’instruction préparatoire », *JCP G* 1998, I, 140.
- « Le juge d’instruction et le voleur de pommes : pour une réforme de la constitution de partie civile », *D.* 2003, p. 1575.
- « Une détention provisoire exceptionnelle...mais souhaitable », *AJ Pénal* 2004, p. 238.
- « Une instruction sans fin », *AJ Pénal* 2007, p. 271.
- « La fin de l’instruction », *AJ Pénal* 2007, p. 319.

GUÉRY (C.) et LAVIELLE (B.), « Copié, collé, jugé ? (Sur la motivation des ordonnances de renvoi par le juge d’instruction », *Dr. pén.* 2010, étude 24.

GUINCHARD (S.),

- « Les procédures d’urgence dans le contentieux pénal », dans O. GOHIN (dir.), *Les procédures d’urgence : approche comparative*, éd. Panthéon Assas, 2008, p. 33.
- « Requiem joyeux pour l’enterrement annoncé du juge d’instruction », dans *Code pénal et Code d’instruction criminelle, Livre du Bicentenaire*, Dalloz, 2010, p. 257.
- « Une vision renouvelée de leurs relations dans l’émergence d’un droit processuel humaniste », dans S. AMRANI-MEKKI (dir.), *Procédure civile et procédure pénale. Unité et diversité ?*, Bruylant, 2014, p. 27.
- « L’instrumentalisation de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’Homme dans les débats français sur le statut du parquet », dans *Les droits de l’homme à la croisée des droits. Mélanges en l’honneur du professeur Frédéric Sudre*, LexisNexis, 2018, p. 315.

HAENEL (H.), « Les voies de la cohérence », dans *La procédure pénale en quête de cohérence*, Actes du cycle de conférence de la Cour de cassation organisé en 2006, Dalloz, 2007, p. 273.

HALPERIN (J.-L.), « L’idée de culture juridique française est-elle utile au droit comparé ? », dans B. FAUVARQUE-COSSON (dir.), *Le droit comparé au XXI^e siècle. Enjeux et défis*, Société de législation comparée, 2015, p. 155.

HAMMER (S.), « La distinction entre le droit public et le droit privé dans l’espace germanique de l’époque absolutiste à l’État constitutionnel démocratique », dans P. ALVAZZI DEL FRATE, S. BLOQUET et A. VERGNE (dir.), *La summa divisio droit public / droit privé dans l’histoire de systèmes juridiques en Europe (XIX^e-XXI^e siècles)*, LGDJ, 2018, p. 93.

HAMON (F.), « L’État de droit et le principe de l’opportunité des poursuites », *Le Débat* 2017, n° 4, p. 107.

HARDOUIN (S.), « La transformation numérique au service de la Justice », *JCP G* 2018, doct. 1321.

HARDOUIN-LE GOFF (C.), « Le consentement du délinquant ou l'entretien d'une illusion dans le procès pénal », dans *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, p. 343.

HAROUNE (A.), « Le juge des libertés et de la détention : un magistrat qui sort de l'ombre », *Les cahiers de la justice* 2019, p. 169.

HASTINGS-MARCHADIER (A.), « Le budget de la justice pénale et la loi de finances pour 2019 », *AJ Pénal* 2019, p. 108.

HAURIOU (M.), « Les éléments du contentieux administratif », *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, 2^e série, Tome 1, 1905, p. 1.

HÉBRAUD (P.), « L'autorité judiciaire », *D.* 1959, chron. 81.

HENRION (H.), « Y a-t-il une place pour la victime en procédure pénale allemande », dans C. LAZERGES (dir.), *La victime sur la scène pénale en Europe*, PUF, 2008, p. 25.

HENRION (H.) et SالدITT (N.), « Le ministère public allemand, une institution ambivalente », dans C. LAZERGES (dir.), *Figures du parquet*, PUF, 2006, p. 29.

HERRAN (T.), « L'impact de la loi relative à la sécurité publique sur la distinction entre la police judiciaire et la police administrative », *AJ Pénal* 2017, p. 427.

HERZOG (J.-B.), « Les principes et les méthodes du droit pénal comparé », *RID comp.* 1957, p. 337.

HOLLEAUX (A.), « L'administration des magistrats et leur indépendance », *RF sc. pol.* 1963, p. 44.

HOUIN (R.), « Les incapacités », *RTD civ.* 1947, p. 383.

HOUREBIE (F.), « L'institution du parquet au sein du pouvoir judiciaire », dans B. MATHIEU et M. VERPEAUX (dir.), *Le statut constitutionnel du parquet*, Dalloz, 2012, p. 15.

JACQUELIN (M.), « Le Bureau du Procureur près la Cour pénale internationale, enfant d'une métamorphose », dans C. LAZERGES (dir.), *Figures du parquet*, PUF, 2006, p. 237.

JALUZOT (B.),

- « Méthodologie du droit comparé : bilan et prospective », *RID comp.* 2005, p. 29.
- « Cartographier les droits », dans *Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, Dalloz, 2013, p. 679.

JAMIN (C.), « Le vieux rêve de Salilles et Lambert revisité », *RID comp.* 2000, p. 733.

JARROSSON (C.), « La contractualisation de la justice : jusqu'où aller ? », dans L. CADIET et L. RICHER (dir.), *Réforme de la justice. Réforme de l'État*, PUF, 2003, p. 185.

JAUFFRET-SPINOSI (C.), « La pensée de René David », dans *Hommage à René David*, Dalloz, 2012, p. 13.

JEAN (J.-P.),

- « Le ministère public entre modèle jacobin et modèle européen », *Rev. sc. crim.* 2005, p. 670.
- « De l'efficacité en droit pénal », dans *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel*, Cujas, 2006, p. 135.
- « Le ministère public français au regard de la justice pénale d'Europe », *AJ Pénal* 2011, p. 106.

JEAN (P.), « La justice et le pouvoir politique : entre indépendance et influences », *Après-demain* 2017, n° 41, p. 20.

JEANNE (N.), « Réflexions sur la transaction pénale par officier de police judiciaire », *Rev. sc. crim.* 2016, p. 1.

JÉOL (M.), « Les voies de la cohérence », dans *La procédure pénale en quête de cohérence*, Actes du cycle de conférence de la Cour de cassation organisé en 2006, Dalloz, 2007, p. 281.

JEZE (G.), « L'acte juridictionnel et la classification des recours contentieux », *RDP* 1909, p. 667.

JUNG (H.),

- « Vers un nouveau modèle du procès pénal ? Réflexions sur les rapports "La mise en état des affaires pénales" », *Rev. sc. crim.* 1991, p. 526.
- « Karl Joseph Anton Mittermaier et le droit comparé », *L'irascible* 2016, n° 6, p. 147.

KARSENTY (D.), « Réflexions sur la mise en œuvre des pôles de l'instruction au regard des droits fondamentaux », *JCP G* 2008, I, 121.

KÖHLER (M.), « Le droit pénal entre public et privé », *Arch. phil. dr.* 1997, p. 199.

LABRUSSE-RIOU (C.),

- « La personnalité de René David », dans *Hommage à René David*, Dalloz, 2012, p. 1.
- « Souvenirs d'étude : travailler aux frontières et au-delà », dans *Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, Dalloz, 2013, p. 737.

LAHMER (M.), « Le Moment 1789 et la séparation des pouvoirs », *Jus politicum* 2014, n° 12.

LAIDIÉ (Y.), « Égalité et procédure administrative contentieuse », dans C. COURVOISIER et P. CHARLOT (dir.), *Actualité politique et juridique de l'égalité*, EUD, 2003, p. 213.

LAINGUI (A.), « Une révolution permanente : la réforme de la procédure pénale française », dans *Code pénal et Code d'instruction criminelle, Livre du Bicentenaire*, Dalloz, 2010, p. 73.

LAITHIER (Y.-M.),

- « Regard sur l'œuvre du comparatiste René David », dans *Hommage à René David*, Dalloz, 2012, p. 23.
- « La comparaison juridique », dans *Hommage à Georges Rouhette*, Dalloz, 2013, p. 79.

LAMANDA (V.), « Préface », dans S. GUINCHARD et J. BUISSON (dir.), *Les transformations de la justice pénale*, Dalloz, 2014, p. 1.

LANGERON (P.), « La recherche en droit comparé », *RRJ* 1996, p. 1101.

LARTIGUE (M.), « Vendôme Tech : la Chancellerie affiche ses ambitions numériques », *Gaz. Pal.* 4 décembre 2018, p. 5.

LAUZIERE (L.), « Le sens ordinaire des mots comme règle d'interprétation », *Les Cahiers de droit* 1987, p. 367.

LAVRIC (S.), « Le "garantisme pénal" : pour la défense d'un droit pénal minimal », dans *Légalité, légitimité, licéité : regards contemporains. Mélanges en l'honneur du professeur Jean-François Seuvic*, PUN, 2018, p. 143.

LAVROFF (D. G.), « Conclusion », dans A. PARIENTE (dir.), *La séparation des pouvoirs : théorie contestée et pratique renouvelée*, Dalloz, 2007, p. 139.

LAZAR (M.), « Une République incertaine, de 1945 à la fin des années 1980 », dans M. LAZAR (dir.), *L'Italie contemporaine*, Fayard, 2009, p. 27.

LAZERGES (C.),

- « Médiation pénale, justice pénale et politique criminelle », *Rev. sc. crim.* 1997, p. 186.
- « Le renforcement de la protection de la présomption d'innocence et des droits des victimes : histoire d'une navette parlementaire », *Rev. sc. crim.* 2001, p. 7.
- « La dérive de la procédure pénale », *Rev. sc. crim.* 2003, p. 644.
- « De l'écriture à l'usage de l'article préliminaire du Code de procédure pénale », dans *Le champ pénal. Mélanges en l'honneur du professeur Reynald Ottenhof*, Dalloz, 2006, p. 71.
- « Introduction », dans C. LAZERGES (dir.), *Figures du parquet*, PUF, 2006, p. 15.
- « Dédoublage de la procédure pénale et garantie des droits fondamentaux », dans *Les droits et le Droit. Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 573.
- « Introduction », dans C. LAZERGES (dir.), *La victime sur la scène pénale en Europe*, PUF, 2008, p. 17.
- « Le rapport Léger : analyse des propositions », *AJ Pénal* 2009, p. 385.

LEBLOIS-HAPPE (J.),

- « La médiation pénale comme mode de réponse à la petite délinquance : état des lieux et perspectives », *Rev. sc. crim.* 1994, p. 525.
- « De la transaction à la composition pénale », *JCP G* 2000, I, 198.

- « Continuité et discontinuité dans les nouvelles réformes de la procédure pénale », *JCP G* 2007, I, 181.
- « La loi sur la responsabilité des magistrats », *AJ Pénal* 2007, p. 218.
- « Éléments de cohérence de la procédure pénale allemande. L'équilibre entre les prérogatives du ministère public et celle du juge dans la phase préliminaire du procès », dans *La procédure pénale en quête de cohérence*, Actes du cycle de conférence de la Cour de cassation organisé en 2006, Dalloz, 2007, p. 241.
- « Quelle collégialité pour l'instruction en 2010 ? », *D.* 2008, p. 2101.
- « Le placement en détention provisoire : description du mécanisme », *AJ Pénal* 2003, p. 9.
- « Les yeux et les oreilles de la justice pénale », dans *De code en code : Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr*, Dalloz, 2009, p. 499.
- « Plaidoyer pour la légalité des poursuites », *JCP G* 2010, doct. 168.
- « Police et justice – quels rapports ? », dans J. LEBLOIS-HAPPE (dir.), *Les investigations policières. Die polizeilichen Ermittlungen*, PUAM, 2012, p. 117.
- « Avis sur la refondation de l'enquête pénale », dans C. LAZERGES (dir.), *Les grands avis de la Commission nationale consultative des droits de l'homme*, Dalloz, 2016, p. 359.
- « La loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle et la mise en état des affaires pénales – *quo vadis* ? », *D.* 2017, p. 873.
- « De quelques manières de "tuer" le juge judiciaire », dans *Légalité, légitimité, licéité : regards contemporains. Mélanges en l'honneur du professeur Jean-François Seuvic*, PUN, 2018, p. 629.

LEBLOIS-HAPPE (J.), PIN (X.) et WALTHER (J.),

- « Chronique de droit pénal allemand », *RID pén.* 2005/3, vol. 76, p. 503.
- « Chronique de droit pénal allemand », *RID pén.* 2007/3, vol. 78, p. 621.
- « Chronique de droit pénal allemand », *RID pén.* 2009/1, vol. 80, p. 271.

LE BORGNE (J.-Y.), « Le rapport Léger, le poids de l'habitude et la peur de la nouveauté », *AJ Pénal* 2009, p. 400.

LE BOUILLONNEC (J.-Y.), « Le ministère public, acteur majeur de la justice pénale ? », dans S. Guinchard et J. Buisson (dir.), *Les transformations de la justice pénale*, Dalloz, 2014, p. 127.

LEBUR (F.), « Le juge des libertés et de la détention : béni-oui-oui ou terminator ? », *Gaz. Pal.* 28 juillet 2001, p. 3.

LECLERC (H.),

- « Rappel historique de l'évolution de la procédure », *Gaz. Pal.* 20 août 2009, p. 5.
- « Le temps de la réflexion est indispensable », *AJ Pénal* 2010, p. 167.

LE DIVELLEC (A.), « L'articulation des pouvoirs dans les démocraties parlementaires européennes ; fusion et mitigation », *Pouvoirs* 2012, n° 143, p. 123.

LEGEAIS (R.), « La méthodologie du droit pénal comparé », dans *A la recherche d'un nouveau droit fondamental à travers le droit civil, le droit pénal et le droit comparé : Mélanges offerts à Raymond Legeais*, Cujas, 2003, p. 335.

LEGRAND (P.),

- « Comparer », *RID comp.* 1996, p. 279.
- « Comparer », dans *Le droit comparé aujourd'hui et demain*, Société de législation comparée, 1996, p. 21.
- « Au lieu de soi », dans P. LEGRAND (dir.), *Comparer les droits, résolument*, PUF, 2009, p. 11.
- « La comparaison des droits expliquée à mes étudiants », dans P. LEGRAND (dir.) ; *Comparer les droits, résolument*, PUF, 2009, p. 209.

LE GUNEHEC (F.), « La loi du 24 août 1993 : un rééquilibrage de la procédure pénale », *JCP G* 1993, I, 3720.

LEHMAN (H.), « Poser le parquet au bon endroit », *AJ Pénal* 2018, p. 356.

LELIEUR (J.), « Convergences et divergences à propos de la prescription de l'action publique », dans J. LEBLOIS-HAPPE (dir.), *Vers un nouveau procès pénal ? Neue Wege des Strafprozesses*, Société de législation comparée, 2008, p. 17.

LEMOINE (P.), « La liberté de parole des magistrats du ministère public – à propos d'un arrêt rendu par la Cour de cassation le 12 septembre 2007 », *Dr. pén.* 2008, étude 7.

LEMONDE (M.), « Le juge des libertés et de la détention : une réelle avancée ? », *Rev. sc. crim.* 2001, p. 51.

LE MONNIER DE GOUVILLE (P.),

- « Le pouvoir politique et l'indépendance », *Lexbase* 2018 n° N6621BXI.
- « La mutation du juge des libertés et de la détention », *AJ Pénal* 2019, p. 131.

LENNON (J.-L.),

- « Les aspects coercitifs et intrusifs de l'enquête préliminaire ou l'effritement de la distinction entre enquête de flagrance et enquête préliminaire », *Dr. pén.* 2007, étude 21.
- « L'indépendance du ministère public ou le supplice de Tantale », *Dr. pén.* 2016, étude 25.

LEROY (J.), « Réflexions sur l'injusticiabilité en matière pénale », dans *Entre tradition et modernité : le droit pénal en contrepoint. Mélanges en l'honneur d'Yves Mayaud*, Dalloz, 2017, p. 113.

LESCLOUS (V.), « Le procureur : du mécanicien de la poursuite pénale à l'architecte d'un traitement social. Une fonction judiciaire républicaine », *Dr. pén.* 2013, étude 13.

LIGIER (D.), « Fonction de la justice : mieux juger ou traiter les flux policiers ? », *Gaz. Pal.* 13 mai 2004, p. 5.

LOUVEL (B.), « Autorité judiciaire et cohérence constitutionnelle », dans B. MATHIEU (dir.), *1958-2008. Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Dalloz, 2008, p. 157.

LUCAZEAU (G.), « L'action du parquet selon le rapport du comité de réflexion sur la justice pénale », *Dr. pén.* 2009, dossier 5.

LYON-CAEN (P.),

- « Vers un parquet indépendant ? », *D.* 2013, p. 1359.
- « La police judiciaire est-elle réellement soumise à l'autorité judiciaire ? », dans *L'exigence de justice. Mélanges en l'honneur de Robert Badinter*, Dalloz, 2016, p. 567.

LUDWICZAK (F.), « Procédures alternatives aux poursuites et action publique : entre apparence de conformité et quête de cohérence », *JCP G* 2011, note 1453.

MAGENDIE (J.-C.), « Loyauté, dialogue, célérité : trois principes à inscrire en lettres d'or aux frontons des palais de justice », dans *Justice et droit du procès : Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Dalloz, 2010, p. 329.

MAISTRE DU CHAMBON (P.), « Observations hétérodoxes sur quelques évolutions de la procédure pénale », dans *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel*, Cujas, 2006, p. 395.

MALABAT (V.), « L'avant projet du futur Code de procédure pénale : refonte, simplification ou confusion des phases de la procédure pénale ? », *AJ Pénal* 2010, p. 162.

MARIE (C.), « La montée en puissance de l'enquête », *AJ Pénal* 2004, p. 221.

MATHIEU-IZORCHE (M.-L.), « Approches épistémologiques de la comparaison des droits », dans P. LEGRAND (dir.), *Comparer les droits, résolument*, PUF, 2009, p. 123.

MATSOPOULOU (H.),

- « Les évolutions récentes de la preuve en matière pénale », dans *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel*, Cujas, 2006, p. 411.
- « Les innovations dans la conduite de l'information judiciaire : une urgence pour 2010 ! », *Dr. pén.* 2007, étude 5.
- « Pôle de l'instruction est cosaisine : en attendant la collégialité... À propos du décret n° 2008-54 du 16 janvier 2008 », *JCP G* 2008, act. 106.
- « Le juge des libertés et de la détention : un acteur de premier ou de second rôle en matière de détention provisoire ? », *D.* 2008, p. 1494.
- « À propos du rapport du comité de réflexion sur la justice pénale », *JCP G* 2009, act. 236.

- « La coordination enquête policière et "nouvelle" instruction », dans V. MALABAT, B. DE LAMY et M. GIACOPELLI (dir.), *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale : opinio doctorum*, Dalloz, 2009, p. 193.
- « Les nouveaux moyens de preuve au service de la criminalité organisée – à propos de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 », *JCP G* 2016 act. 707.
- « Le critère de la distinction entre la police administrative et la police judiciaire », *Lexbas* 2018, n° N2236BX4.

MAUREL (E.), « Le recours à la médiation pénale par le procureur de la République », *AJ Pénal* 2011, p. 219.

MAURO (C.),

- « Procureur de la République et procureur européen : mêmes enjeux », *AJ Pénal* 2011, p. 119.
- « Quelle politique pénale en Italie ? », *AJ Pénal* 2012, p. 452.

MAYAUD (Y.), « Le ministère public, acteur majeur de la justice pénale ? », dans S. GUINCHARD et J. BUISSON (dir.), *Les transformations de la justice pénale*, Dalloz, 2014, p. 135.

MCKEE (J-Y.), « Note sur le recrutement et l'avancement des juges français », *Cour de cassation*, 2007.

MEKKI (M.), « Le numérique : "faites entrer le justiciable" ! », *Gaz. Pal.* 15 janvier 2019, p. 3.

MÉLIN-SOUCRAMANIEN (F.), « Avant-propos », dans A. PARIENTE (dir.), *La séparation des pouvoirs : théorie contestée et pratique renouvelée*, Dalloz, 2007, p. 1.

MERLE (R.), « La distinction entre le droit de se constituer partie civile et le droit d'obtenir réparation du dommage causé par l'infraction », dans *Droit pénal contemporain. Mélanges en l'honneur d'André Vitu*, Cujas, 1989, p. 397.

MIANSONI (C.),

- « La nature juridique du traitement en temps réel des procédures pénales », *AJ Pénal* 2012, p. 152.
- « Le procureur de la République dirige-t-il la police judiciaire ? », *AJ Pénal* 2013, p. 374.

MICHAUD (J.), « Le Janus de la magistrature », *Rev. sc. crim.* 1974, p. 666.

MILACIC (S.), « De la séparation des pouvoirs à l'idée des contre-pouvoirs : Montesquieu revigoré par le néolibéralisme », dans A. PARIENTE (dir.), *La séparation des pouvoirs : théorie contestée et pratique renouvelée*, Dalloz, 2007, p. 31.

MILBURN (P.), « Les procureurs de la République : passeurs de justice ou gestionnaires des "politiques pénales" ? », *Droit et Société* 2010, p. 73.

MILBURN (P.) et MOUHANNA (C.), « Le parquet et les politiques pénales en France – Introduction », *Droit et Société* 2010, p. 7.

MOGINI (S.), « L'indépendance du pouvoir judiciaire en Italie », *Rev. pénit.* 2005, p. 527.

MONATERI (P. G.), « Critique et différence : le droit comparé en Italie », *RID comp.* 1999, p. 989.

MONDON (D.), « Pour une analyse systémique de la politique pénale ? », *AJ Pénal* 2012, p. 442.

MOTULSKY (H.), « Le droit subjectif et l'action en justice », dans H. MOTULSKY, *Écrits, études et notes de procédure civile*, Dalloz, 1973, rééd. 2010, p. 85.

MUIR-WATT (H.), « La fonction subversive du droit comparé », *RID comp.* 2000, p. 503.

MOLFESSIS (N.), « Le titre des lois », dans *Le droit privé français à la fin du XXe siècle : Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 47.

MULLER (Y.), « La réforme de la garde à vue ou la figure brisée de la procédure pénale française », *Dr. pén.* 2011, étude 2.

NADAL (J.-L.),

- « Contractualisation et politique pénale, en particulier », dans L. CADIET et L. RICHER (dir.), *Réforme de la justice. Réforme de l'État*, PUF, 2003, p. 206.
- « 1958-2005 : que reste-t-il du Code de procédure pénale ? Propos introductifs », dans *La procédure pénale en quête de cohérence*, Actes du cycle de conférence de la Cour de cassation organisé en 2006, Dalloz, 2007, p. 11.
- « Le pouvoir de la justice », dans *L'exigence de justice. Mélanges en l'honneur de Robert Badinter*, Dalloz, 2016, p. 575.

NADAL (J.-L.) et GHALEH-MARZBAN (P.), « Regards sur l'évolution de la formation des magistrats », dans *Principes de justice : Mélanges en l'honneur de Jean-François Burgelin*, Dalloz, 2008, p. 279.

NISAND (C.), « La réforme de la garde à vue : l'avis d'un procureur de la République », *Gaz. Pal.* 7 juillet 2011, p. 24.

NORD-WAGNER (M.),

- « L'urgence en procédure pénale », *Rev. pénit.* 2006, p. 261.
- « Le Code de procédure pénale ou la réforme permanente », dans *De code en code : Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr*, Dalloz, 2009, p. 593.

OTTOLINI (T.), « La victime en Italie : histoire d'un difficile équilibre entre les intérêts privés et publics à la réponse au crime », dans C. LAZERGES (dir.), *La victime sur la scène pénale en Europe*, PUF, 2008, p. 123.

ODOUL (A.), « Les opinions politiques des magistrats face à l'exigence d'impartialité », *Lexbase* n° N6750BXB.

PAPADOPOULOS (Y.), « De la séparation à l'enchevêtrement », dans S. BEAUME et B. FONTANA (dir.), *Les usages de la séparation des pouvoirs*, Michel Houdiard Éditeur, 2008, p. 172.

PARAIN-VIAL (J.), « La nature du concept juridique et la logique », *Arch. phil. dr.* 1966, p. 45.

PARIENTE (A.),

- « Introduction », dans A. PARIENTE (dir.), *La séparation des pouvoirs : théorie contestée et pratique renouvelée*, Dalloz, 2007, p. 3.
- « Le Conseil constitutionnel et la théorie de la séparation des pouvoirs », dans A. PARIENTE (dir.), *La séparation des pouvoirs, théorie contestée et pratique renouvelée*, Dalloz, 2007, p. 65.

PARIZOT (R.),

- « Au nom de l'indépendance : le ministère public en Italie », dans C. LAZERGES (dir.), *Figures du parquet*, PUF, 2006, p. 105.
- « Vers une action pénale partagée ? », dans C. LAZERGES (dir.), *La victime sur la scène pénale en Europe*, PUF, 2008, p. 247.
- « Pour un véritable principe de nécessité des incriminations », dans *Politique(s) criminelle(s) : mélanges en l'honneur du professeur Christine Lazerges*, Dalloz, 2014, p. 245.
- « Surveiller et prévenir...à quel prix ? Loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement », *JCP G* 2015, doct. 1077.
- « Utilité et méthode du droit pénal comparé », dans *Humanisme et justice : Mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage*, Dalloz, 2016, p. 795.
- « Organisation criminelle versus association de malfaiteurs et associazione per delinquere : quel socle à la lutte contre la criminalité organisée en France et en Italie ? », *Rev. sc. crim.* 2017, p. 1.
- « La distinction entre police administrative et police judiciaire est-elle dépassée ? », dans M. TOUILLER (dir.), *Le code de la sécurité intérieure, artisan d'un nouvel ordre ou semeur de désordre ?*, Dalloz, 2017, p. 133.

PELLÉ (S.), « Repenser le pouvoir de contrainte policier et judiciaire », dans J. LEROY (dir.), *Faut-il rethéoriser le droit pénal ?*, LGDJ, 2017, p. 163.

PERRIER (J.-B.), « Alternatives aux poursuites : l'orthodoxie juridique face à l'opportunité pratique », *D.* 2011, p. 2349.

PERROCHEAU (V.), « La composition pénale et la composition sur reconnaissance de culpabilité : quelles limites à l'omnipotence du parquet ? », *Droit et Société* 2010, p. 55.

PEYRON BONJAN (C.), « Points de vue philosophiques sur les concepts : notion, concept, catégorie, principe, qualification », *RRJ* 2012, p. 2237.

PICARD (E.), « Pourquoi certaines branches du droit échappent-elles à la *summa divisio* ? », dans B. BONNET et P. DEUMIER (dir.), *De l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé ?*, Dalloz, 2010, p. 65.

PIMENTEL (C.-M.),

- « Le sanctuaire vide : la séparation des pouvoirs comme superstition juridique ? », *Pouvoirs* 2002, n° 102 p. 119.
- « De l'État de droit à l'État de jurisprudence ? Le juge de l'habilitation et la séparation des pouvoirs », dans A. PARIENTE (dir.), *La séparation des pouvoirs : théorie contestée et pratique renouvelée*, Dalloz, 2007, p. 9.

PIN (X.),

- « La traduction des concepts de droit pénal : l'exemple franco-allemand », dans E. MATZNER (dir.), *Droit et langues étrangères 2 : traductions juridiques, domaine du juriste, du linguiste ou du jurilinguiste ?*, Presses Universitaires de Perpignan, 2001, p. 43.
- « La privatisation du procès pénal », *Rev. sc. crim.* 2002, p. 245.
- « La théorie du consentement de la victime en droit pénal allemand », *Rev. sc. crim.* 2003, p. 259.
- « La participation consensuelle », dans M. DANTI-JUAN (dir.), *Les nouvelles orientations de la phase exécutoire du procès pénal*, Cujas, 2006, p. 27.
- « Le centenaire de l'arrêt Laurent Atthalin », *D.* 2007, p. 1025.
- « Le consentement à la lésion de soi-même. Vers la reconnaissance d'un fait justificatif ? », *Droits* 2009, n° 49, p. 83 .
- « L'infraction juste », dans *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, p. 585.
- « La notion de juridiction (le point de vue d'un pénaliste) », dans S. AMRANI-MEKKI (dir.), *Procédure civile et procédure pénale. Unité et diversité ?*, Bruylant, 2014, p. 57.
- « Retour sur le consentement de la victime », dans C. RIBEYRE (dir.), *La victime de l'infraction pénale*, Dalloz, 2016, p. 95.
- « Ortolan, le droit pénal comparé et le droit pénal européen », dans *Humanisme et justice : Mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage*, Dalloz, 2016, p. 809.
- « La peine consentie », dans *Légalité, légitimité, licéité : regards contemporains. Mélanges en l'honneur du professeur Jean-François Seuvic*, PUN, 2018, p. 427.
- « Preuve et vérité(s) », dans P. BEAUVAIS et R. PARIZOT (dir.), *Les transformations de la preuve pénale*, LGDJ, 2017, p. 11.

PONCELA (P.),

- « Quand le procureur compose avec la peine », *Rev. sc. crim.* 2002, p. 638.
- « Quant le procureur compose avec la peine (bis) », *Rev. sc. crim.* 2003, p. 139.

PONTHOREAU (M.-C.),

- « Le droit comparé en question(s) : entre pragmatisme et outil épistémologique », *RID comp.* 2005, p. 7.
- « L'argument fondé sur la comparaison dans le raisonnement juridique », dans P. LEGRAND (dir.), *Comparer les droits, résolument*, PUF, 2009 p. 537.

PORTELLI (H.), « Du bouleversement à la rupture », dans *La procédure pénale en quête de cohérence*, Actes du cycle de conférence de la Cour de cassation organisé en 2006, Dalloz, 2007, p. 29.

POTIER DE LA VARDE (B.), « 1958-2005 : que reste-t-il du Code de procédure pénale ? », dans *La procédure pénale en quête de cohérence*, Actes du cycle de conférence de la Cour de cassation organisé en 2006, Dalloz, 2007, p. 23.

PRADEL (J.),

- « De la réforme de l'instruction préparatoire », *D.* 1989, chron., p. 1.
- « La mise en état des affaires pénales. Propos sceptiques sur le rapport de la Commission justice pénale et droits de l'homme », *D.* 1990, p. 301.
- « La saisine matérielle du juge d'instruction en cas de faits nouveaux », *D.* 1996, jurispr. p. 198.
- « Centenaire de la loi du 8 décembre 1897 sur la défense avant jugement pénal : essai d'un bilan », *D.* 1997, p. 375.
- « De l'enquête pénale proactive : suggestions pour un statut légal », *D.* 1998, p. 57.
- « Vers un aggiornamento des réponses de la procédure pénale à la criminalité : apports de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 dite Perben II », *JCP G* 2004, I, 132 et *JCP G* 2004, I, 134.
- « Notre procédure pénale défend-elle l'intérêt général ? », *Rev. pénit.* 2005, p. 503.
- « La célérité et les temps du procès pénal », dans *Le champ pénal. Mélanges en l'honneur du professeur Reynald Ottenhof*, Dalloz, 2006, p. 251.
- « La mauvaise volonté du suspect au cours de l'enquête », dans *Mélanges offerts à Raymond Gassin*, PUAM, 2007, p. 305.
- « Un problème français : que faire du juge d'instruction ? », dans *Festschrift für Heike Jung*, Nomos, 2007, p. 729.
- « Tous les péchés du juge d'instruction méritent-ils sa mise à mort ? », *D.* 2009, p. 438.
- « Procédure pénale et collégialité », dans *Justice et droit du procès : Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Dalloz, 2010, p. 985.
- « Faut-il un juge pour les victimes ? », dans H. JUNG, J. LEBLOIS-HAPPE et C. WITZ (dir.), *200 Jahre Code d'instruction criminelle – Le bicentenaire du Code d'instruction criminelle*, Nomos, 2010, p. 190.

- « Introduction (les investigations policières) », dans J. LEBLOIS-HAPPE (dir.), *Les investigations policières. Die polizeilichen Ermittlungen*, PUAM, 2012, p. 9
- « L'enquête pénale aujourd'hui : vers une stabilisation dans l'équilibre ? », *D.* 2014, p. 1647.
- « Le rôle du juge pénal dans la charge de la preuve : approche comparée des systèmes de Common Law et romano-germanique », dans *Humanisme et justice : Mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage*, Dalloz, 2016, p. 829.

PRADEL (J) et LABORDE (J.-P.), « Du ministère public en matière pénale. À l'heure d'une éventuelle autonomie ? », *D.* 1997, p. 141.

PUIGELIER (C.),

- « La liberté de la recherche et l'œuvre doctorale », dans C. PUIGELIER (dir.), *L'œuvre doctorale*, Mare & Martin, 2017, p. 23.
- « Le doctorat. Un grade universitaire parmi d'autres ? », dans C. PUIGELIER (dir.), *L'œuvre doctorale*, Mare & Martin, 2017, p. 159.

QUÉMÉNER (M.), « Loyauté de la preuve et nouvelles technologies : entre exigences processuelles et efficacité répressive », dans S. GUINCHARD et J. BUISSON (dir.), *Les transformations de la justice pénale*, Dalloz, 2014, p. 247.

RAIMBOURG (D.), « Entre gestion des flux, équité processuelle, efficacité répressive et efficience budgétaire », dans S. GUINCHARD et J. BUISSON (dir.), *Les transformations de la justice pénale*, Dalloz, 2014, p. 25.

RASSAT (M.-L.),

- « Le projet de réforme de la procédure pénale », *JCP G* 2010, act. 369.
- « À remettre sur le métier : des insuffisances de la réforme de la garde à vue », *JCP G*, 30 mai 2011, act. 632.

RAYNER (H.), « Clientélisme et corruption », dans M. LAZAR (dir.), *L'Italie contemporaine de 1945 à nos jours*, Fayard, 2009, p. 93.

REBUT (D.),

- « L'arrêt Medvedyev et la réforme de la procédure pénale », *D.* 2010, p. 970.
- « La nécessaire reconnaissance du statut du JLD », *JCP G* 2016, doct. 209.

RENOUX (T. S.),

- « Le Conseil constitutionnel et l'instruction pénale, juge ou magistrat ? », *Justices* 1998, n° 10, p. 75.
- « L'apport constitutionnel à la réflexion sur l'évolution du ministère public », dans *Quel avenir pour le ministère public*, Dalloz, 2008, p. 33.
- « La Constitution et le pouvoir juridictionnel. De l'article 64 de la Constitution et l'indépendance de l'autorité judiciaire à l'article 16 de la Déclaration des droits et l'indépendance de la justice », dans B. MATHIEU (dir.), *1958-2008. Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Dalloz, 2008, p. 293.

- « Une nouvelle approche de l'indépendance des magistrats et de la séparation des pouvoirs », *D.* 2018, p. 953.

RENUCCI (J.-F.), « La Cour européenne persiste et signe : le procureur français n'est pas un magistrat au sens de l'article 5 de la Convention », *D.* 2011, p. 277.

RIALS (S.), « L'office du juge », *Droits* 1989, n° 9, p. 3.

RIBEYRE (C.),

- « La communication du dossier d'instruction aux parties privées », *JCP G* 2006, I, 152.
- « Défense des droits de la défense avant jugement », dans V. MALABAT, B. DE LAMY et M. GIACOPELLI (dir.), *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale. Opinio doctorum*, Dalloz, 2009, p. 231.
- « Loi n° 2016-6731 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 ? », *Dr. pén.* 2016, étude 17.

ROBERT (J.), « Force ou faiblesse de la constitutionnalisation du droit pénal », dans *La procédure pénale en quête de cohérence*, Actes du cycle de conférence de la Cour de cassation organisé en 2006, Dalloz, 2007, p. 103.

ROBERT (J.-H.),

- « L'égalité des armes », *Dr. pén.* 2002, repère 12.
- « L'étrange figure de l'action publique au cours de l'instruction préparatoire » dans *Humanisme et justice : Mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage*, Dalloz, 2016, p. 413.

ROBERT (M.),

- « Les propositions du rapport Léger : point de vue d'un parquetier », *AJ Pénal* 2009, p. 393.
- « L'avenir du ministère public français », *AJ Pénal* 2011, p. 115.

ROBERT (P.), « Ordre, insécurité, liberté : les incertitudes de la procédure pénale », dans *La procédure pénale en quête de cohérence*, Actes du cycle de conférence de la Cour de cassation organisé en 2006, Dalloz, 2007, p. 37.

ROUIDI (H.), « Du pouvoir de l'OPJ de transiger sur l'action publique », *Dr. pén.* 2016, étude 2.

ROUJOU DE BOUBÉE, « La réforme de la garde à vue : commentaire de la loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 », *D.* 2011, p. 1570.

ROUSSEAU (D.),

- « La République des juges ou la démocratie par les juges ? », dans *Politique(s) criminelle(s) : mélanges en l'honneur du professeur Christine Lazerges*, Dalloz, 2014, p. 417.

- « Le président peut-il être le "garant de l'indépendance" de l'autorité judiciaire ? », *Après-demain* 2017, n° 41, p. 17.

ROUSSEL (G.),

- « Le rattachement de services de police judiciaire au ministère de la Justice », *AJ Pénal* 2013, p. 378.
- « La délicate simplification de l'enquête de police », *Lexbase* 2018, n° N3088BXN.

ROUVIÈRE (F.), « Avant propos », *RRJ* 2005, p. 2167.

RUBI-CAVAGNA (E.), « L'extension des procédures dérogatoires », *Rev. sc. crim.* 2008, p. 23.

SAAS (C.),

- « De la composition pénale au plaider coupable : le pouvoir de sanction du procureur », *Rev. sc. crim.* 2004, p. 827.
- « De l'action publique à la nouvelle action publique », dans H. JUNG, J. LEBLOIS-HAPPE et C. WITZ (dir.), *200 Jahre Code d'instruction criminelle – Le bicentenaire du Code d'instruction criminelle*, Nomos, 2010, p. 124.

SACCO (R.), « Un point de vue italien », *Les Cahiers du droit* 1987, p. 845.

SAINT-BONNET (F.), « L'autre séparation des pouvoirs de Montesquieu », dans A. PARIENTE (dir.), *La séparation des pouvoirs : théorie contestée et pratique renouvelée*, Dalloz, 2007, p. 49.

SAINT-PAU (J.-C.), « Le ministère public concurrence-t-il le juge du siège ? », *Dr. pén.* 2007, étude 14.

SAINT-PIERRE (F.),

- « La nature juridique des droits de la défense dans le procès pénal », *D.* 2007, p. 260.
- « Qu'espérer de la commission Léger ? Une réforme d'ampleur de la justice pénale ! », *AJ Pénal* 2009, p. 171.

SALVAGE (P.), « Le consentement en droit pénal », *Rev. sc. crim.* 1991, p. 699.

SAMUEL (G.), « Dépasser le fonctionnalisme », dans P. LEGRAND (dir.), *Comparer les droits, résolument*, PUF, 2009 p. 405.

SAURON (J.-L.), « Les vertus de l'inquisitoire ou l'État au service des droits », *Pouvoirs* 1990, n° 55, p. 53.

SAUTEL (O.), « Les alternatives aux poursuites. Un exemple de "dérive" », dans *Politique(s) criminelle(s) : mélanges en l'honneur du professeure Christine Lazerges*, Dalloz, 2014, p. 797.

SAVATIER (R.), « Le juge dans la cité française », *D.* 1967, chron. 195.

SCALIA (D.), « Conclusions », dans L. KENNES et D. SCALIA [dir.], *Du juge d'instruction vers le juge de l'enquête : analyse critique et de droit comparé*, Anthémis, 2017, p. 335.

SCHMID (J.), « Après la dénazification, la "renazification" ? La réintégration des magistrats en Allemagne d'après-guerre (1945-1968) », *Droit et société* 2016, p.159.

SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF (H. A.), « Langage et droit », dans *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Dalloz, 1981, p. 399.

SCHWENDENER (M.), « La direction d'enquête », *AJ Pénal* 2008, p. 447.

SECRETARIAT GÉNÉRAL DU SCPN et GROUPE DE TRAVAIL SUR LA PROCÉDURE PÉNALE, « Police judiciaire – justice : "la complémentarité n'exige pas l'intégration" », *La tribune du commissaire* 2014, n° 130, p. 8.

SEURIN (M.), « De la loi du 15 juin 2000 à la loi du 9 mars 2004. Quel avenir pour l'instruction préparatoire ? », dans *Le droit pénal à l'aube du troisième. Mélanges offerts à Jean Pradel*, Cujas, 2006, p. 565.

SIZAIRE (V.), « Quels modèles pour l'instruction », *AJ Pénal* 2009, p. 388.

SOMMIER (I.), « D'une crise sociale à l'autre. Des années 1940-1950 aux années de plomb », dans M. LAZAR (dir.), *L'Italie contemporaine*, Fayard, 2009, p. 55.

STRAEHLI (G.), « Les impératifs d'un système d'instruction préparatoire en matière criminelle et pour les affaires complexes : les différentes réponses actuelles », *Dr. pén.* 2009, dossier 4.

STRICKLER (Y.),

- « Après la crise de l'affaire d'Outreau : l'émotion et la procédure pénale », *LPA* 14 décembre 2006, p. 7.
- « Le droit à un procès équitable », dans R. CABRILLAC (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 24^e éd., Dalloz, 2018, p. 671.

SYNVET (H.), « Magistrat ou juge ? », dans *Entre tradition et modernité : le droit pénal en contrepoint. Mélanges en l'honneur d'Yves Mayaud*, Dalloz, 2017, p. 673.

TALEB-KARLSSON (A.), « La constitutionnalité de la subordination du ministère public au pouvoir exécutif », *AJ Pénal* 2018, p. 83.

TAVILLA (E.), « Droit, administration, politique : l'impermanence des frontières entre public et privé dans l'expérience juridique italienne des XIX^e et XX^e siècles », dans P. ALVAZZI DEL FRATE, S. BLOQUET et A. VERGNE (dir.), *La summa divisio droit public / droit privé dans l'histoire de systèmes juridiques en Europe (XIX^e-XXI^e siècles)*, LGDJ, 2018, p. 175.

TCHIVOUNDA PAMBOU (G.), « Recherche sur l'urgence en droit administratif français », *RDP* 1983, p. 81.

TERRÉ (F.),

- « Sociologie juridique et droit comparé », dans *Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, Dalloz, 2013, p. 1001.
- « Sur la notion de libertés et droits fondamentaux », dans R. CABRILLAC (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 24^e éd., 2018, p. 4.

THÉRY (P.), « La notion de juridiction », dans S. AMRANI-MEKKI (dir.), *Procédure civile et procédure pénale. Unité et diversité ?*, Bruylant, 2014, p. 35.

THIERRY (G.), « Comment le ministère de la justice espère rebondir sur le dossier des écoutes judiciaires », *Dalloz actualité* 21 novembre 2018.

THIERRY (J.-B.),

- « L'omniprésence envahissante de la victime en matière pénale », dans V. MALABAT, B. DE LAMY et M. GIACOPELLI (dir.), *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale : opinio doctorum*, Dalloz, 2009, p. 239.
- « Motivation du JLD pour une perquisition sans assentiment », *AJ Pénal* 2017, p. 43.
- « De l'importance de la motivation : à propos des décisions du 23 novembre 2016 », *AJ Pénal* 2017, p. 76.

THIERS (E.), « La majorité contrôlée par l'opposition : pierre philosophale de la nouvelle répartition des pouvoirs ? », *Pouvoirs* 2012, n° 143, p. 61.

THIREAU (J.-L.), « L'avènement de la comparaison des droits en France », dans P. LEGRAND (dir.), *Comparer les droits, résolument*, PUF, 2009, p. 597.

THOMAS (D.),

- « Le concept de procès pénale », dans *La sanction du droit. Mélanges offerts à Pierre Couvrat*, PUF, 2001, p. 401.
- « L'évolution de la procédure pénale française contemporaine : la tentation sécuritaire », dans *Le champ pénal. Mélanges en l'honneur du professeur Reynald Ottenhof*, Dalloz, 2006, p. 53.

THOMAS-TAILLANDIER (D.),

- « La question de la théorisation de la spécialisation de la procédure », dans J. LEROY (dir.), *Faut-il rethéoriser le droit pénal ?*, LGDJ, 2017, p. 203.
- « L'enquête-instruction : focus sur l'évolution de la mise en état des affaires pénales », *Gaz. Pal* 18 juillet 2017, p. 74.

THOMAS (H.), « De la servilité des concepts : trois remarques (intempestives) sur l'usage des concepts en sociologie », *RRJ* 2012, p. 2209.

THONY (J.-F.), « Genèse du parquet européen », *AJ Pénal* 2018, p. 276.

TIBERGHIEU (F.), « Pouvoir judiciaire et gestion autonome des moyens », *Après-demain* 2017, n° 41, p. 26.

TOUILLER (M.), « La loi sur le renseignement traduit-elle l'émergence d'une procédure "para-pénale" ? », dans M. TOUILLER (dir.), *Le code de la sécurité intérieure, artisan d'un nouvel ordre ou semeur de désordre ?*, Dalloz, 2017, p. 159.

TROPER (M.), « Les nouvelles séparations des pouvoirs », dans S. BEAUME et B. FONTANA (dir.), *Les usages de la séparation des pouvoirs*, Michel Houdiard Éditeur, 2008, p. 17.

TUSSEAU (G.), « Critique d'une métanotion fonctionnelle. La notion (trop) fonctionnelle de "notion fonctionnelle" », *RFDA* 2009, p. 641.

UNION SYNDICALE DE LA MAGISTRATURE, « Loi organique du 8 août 2016 : les principales modifications », *Le nouveau pouvoir judiciaire* 2016, n° 416, p. 2.

URVOAS (J.-J.), « L'enjeu de l'indépendance des magistrats pour la matière pénale. Mythes et réalités de l'indépendance de la justice », *Les nouveaux problèmes actuels de sciences criminelles* 2018, XXVIII, p. 75.

VALCKE (C.), « "Droit" : réflexions sur une définition aux fins de comparaison », dans P. LEGRAND (dir.), *Comparer les droits, résolument*, PUF, 2009, p. 99.

VAUCHEZ (A.), « Entre État et société civile : justice, administration et politique », dans M. LAZAR (dir.), *L'Italie contemporaine de 1945 à nos jours*, Fayard, p. 81.

VEDEL (G.),

- « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein », *JCP G* 1948, I, 682.
- « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *JCP G* 1950, I, 851.

VERGÈS (E.),

- « La notion d'action », dans S. AMRANI-MEKKI (dir.), *Procédure civile et procédure pénale. Unité et diversité ?*, Bruylant, 2014, p. 89.
- « La procédure pénale à son point d'équilibre », *Rev. sc. crim.* 2016, p. 551.

VERNY (E.), « Des surveillances nouvelles en droit pénal », dans *Les droits et le Droit. Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 1141.

VIGOUR (C.), « Faire varier les échelles dans la comparaison », dans P. LEGRAND (dir.), *Comparer les droits, résolument*, PUF, 2009, p. 279.

VIGOUROUX (C.), « Les Sceaux ont-ils besoin d'être gardés ? », *Après-demain* 2017, n° 41, p. 23.

VLAMYNCK (H.),

- « La théorie de l'apparence : enquêtes préliminaires, de flagrance et enquêtes spécifiques de mort suspecte et de disparition inquiétante », *AJ Pénal* 2005, p. 322.
- « La garde à vue du Code d'instruction criminelle à nos jours », *AJ Pénal* 2008, p. 257.

VOUIN (R.), « La détention provisoire », *D.* 1970, chron. XL, p. 191.

VOULAND (P.), « Quels changements pour la pratique ? », *AJ Pénal* 2010, p. 169.

VOLFF (J.),

- « Un coup pour rien ! L'injonction pénale et le Conseil constitutionnel », *D.* 1995, p. 201.
- « La privatisation rampante de l'action publique », *JCP G* 2004, I, 146.

VUELTA SIMON (S.), « Aperçu de la justice pénale française à l'aube du XXI^e siècle », dans *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel*, Cujas, 2006, p. 655.

WALINE (M.), « Du critère des actes juridictionnels », *RDP* 1933, p. 565.

WALTHER (J.),

- « L'évolution de l'instruction de 1808 à 2009 : chronique des turpitudes d'un modèle français en péril », dans H. JUNG, J. LEBLOIS-HAPPE et C. WITZ (dir.), *200 Jahre Code d'instruction criminelle – Le bicentenaire du Code d'instruction criminelle*, Nomos, 2010, p. 108.
- « Les pouvoirs d'enquête de la police aux confins du droit pénal. Entre "polices administratives" et "administrations "quasi-policières" », dans J. LEBLOIS-HAPPE (dir.), *Les investigations policières. Die polizeilichen Ermittlungen*, PUAM, 2012, p. 65.
- « Figures et normalisation de l'exception en droit pénal français », dans X. PIN (dir.), *Mémoire et droit pénal en France et en Allemagne. Gedächtnis und Strafrecht in Frankreich und Deutschland*, Société de législation comparée, 2017, p. 177.
- « Se passer du juge d'instruction à la lumière allemande ? », dans L. KENNES et D. SCALIA (dir.), *Du juge d'instruction vers le juge de l'enquête. Analyse critique et de droit comparé*, Anthémis, 2017, p. 141.

WHITTAKER (S.), « Le rayonnement de René David », dans *Hommage à René David*, Dalloz, 2012, p. 65.

WIEDERIN (E.), « La distinction entre le droit public et le droit privé dans les pays germanophones de 1945 à nos jours », dans P. ALVAZZI DEL FRATE, S. BLOQUET et A. VERGNE (dir.), *La summa divisio droit public / droit privé dans l'histoire de systèmes juridiques en Europe (XIX^e-XXI^e siècles)*, LGDJ, 2018, p. 165.

WIEDERKEHR (G.),

- « Qu'est-ce qu'un juge ? », dans *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, 1996, p. 575.
- « La notion d'action », dans S. AMRANI-MEKKI (dir.), *Procédure civile et procédure pénale. Unité et diversité ?*, Bruylant, 2014, p. 79.

ZANON (N.), « Le parquet dans le système institutionnel italien », dans B. MATHIEU et M. VERPEAUX (dir.), *Le statut constitutionnel du parquet*, Dalloz, 2012, p. 29.

En langue allemande

AMBOS (K.), « Staatsanwaltschaftliche Kontrolle der Polizei, Verpolizeichung des Ermittlungsverfahren und organisierte Kriminalität », *Jura* 10/2003, p. 674.

AMELUNG (K.), « Die Entscheidung des BVerfG zur "Gefahr im Verzug" i. S. des Art. 13 II GG », *NStZ* 2001, p. 337.

AMOS (M.),

- « BVerfG zu rkennungsdienstlicher Behandlung : Fingerabdrücke für später », *LTO* 20 août 2018, accessible en ligne sur (consulté le 24 mars 2019).
- « Keine Ermittlungen gegen AfD-Politiker : Vom "Neger" und seinen Krankheiten », *LTO* 12 février 2019, accessible en ligne sur www.lto.de/persistent/a_id/33819/ (consulté le 24 mars 2019).

APING (H.-W.), « Strafverfolgungszwang im Spannungsfeld polizeilicher Aufgabenbewältigung », dans C. GEISLER (dir.), *Das Ermittlungsverhalten der Polizei und die Einstellungspraxis der Staatsanwaltschaften*, *KrimZ*, 1999, p. 107.

ARTZ (G.), « Ein Rationierungsmodell zur Begrenzung schwerer strafprozessrechtlicher Eingriffe », dans *Festschrift für Theodor Lenckner*, C.H. Beck, 1998, p. 663.

ASBROCK (B.), « Zum Mythos des Richtervorbehaltes als wirksames Kontrollinstrument im Zusammenhang mit besonderen polizeilichen Eingriffsbefugnissen », *KritV* 1997, p. 265.

BADER (K. S.), « Staatsanwaltschaft und Rechtspflege », *JZ* 1956, p. 4.

BENFER (J.), « Anordnung von Grundrechtseingriffen durch Richter und Staatsanwalt und die Verpflichtung zum Vollzug », *NJW* 1981, p. 1245.

BINDEL (F.-M.), « Verhältnis Staatsanwaltschaft-Polizei », *DriZ* 1994, p. 165.

BOETTICHER (A.) et LANDAU (H.), « Plädoyer für eine Stärkung des Richters im Ermittlungsverfahren », dans *Festschrift aus Anlaß des fünfzigjährigen Bestehens von Bundesgerichtshof, Bundesanwaltschaft und Rechtsanwaltschaft beim Bundesgerichtshof*, Heymanns, 2000, p. 555.

BROSCH (C.) et FIEBIG (P.), « E-Akte in Strafsachen : Was lange währt... », *LTO*, 25 octobre 2017, accessible en ligne sur https://www.lto.de/persistent/a_id/25219/ (consulté le 21 janvier 2019).

BRÜNING (J.),

- « Der Richtervorbehalt – ein zahnloser Tiger ? Über die verfassungsrechtliche Notwendigkeit des Richtervorbehalts und seine Ineffizienz in der Praxis », *ZIS* 1/2006, p. 29.
- « Die Einstellung nach § 153a StPO. Moderner Ablasshandel oder Rettungsanker der Justiz ? », *ZIS* 12/2015, p. 586.

BRÜNING (J.) et WENSKE (M.), « Der Ermittlungsrichter – Ein Hilfsorgan der Staatsanwaltschaft ? », *ZIZ* 7/2008, p. 340.

CASPARI (S.), « Strafprozessordnung-Reform : ein neuer Anlauf ist nötig ! », *DRiZ* 2014, p. 82.

DÄHN (G.), « Probleme des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens », *JA* 1979, p. 363.

DALLMEYER (J.), « Der Richtervorbehalt als Garant staatsanwaltschaftlicher Verfahrensherrschaft im Ermittlungsverfahren », dans *Festschrift für Bernd von Heintschel-Heinegg*, C.H. Beck, 2015, p. 87.

DEITERS (M.), « Plädoyer für die Abschaffung des § 153a StPO und die Einführung eines neuen abgekürzten Verfahrens », *GA* 2015, p. 371.

DETTE (S.), « Zur Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft », *DRiZ* 2014, p. 213.

DÖLLING (D.),

- « Polizei und Legalitätsprinzip », dans C. GEISLER (dir.), *Das Ermittlungsverhalten der Polizei und die Einstellungspraxis der Staatsanwaltschaften*, KrimZ, 1999, p. 39.
- « Über das Ziel des Strafverfahrens », dans *Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag*, C.F. Müller, 2015, p. 679.

ELSNER (B.), « Das Verhältnis zwischen Staatsanwaltschaft und Polizei im Wandel », *SIK Journal* 2/2008, p. 39.

ERB (V.), « Legalitäts- und Opportunitätsgrundsatz als normative Prinzipien », dans C. GEISLER (dir.), *Das Ermittlungsverhalten der Polizei und die Einstellungspraxis der Staatsanwaltschaften*, KrimZ, 1999, p. 27.

FEZER (G.), « Effectiver Rechtsschutz bei Verletzung der Anordnungsvoraussetzung "Gefahr im Verzug" », dans *Festschrift für Peter Riess*, De Gruyter, 2002, p. 93.

FRANK (C.), « Die Notwendigkeit einer spezialisierten Polizeiausbildung aus Sicht der Justiz », dans *Die Zukunft von Staatsanwaltschaft und Kriminalpolizei in Deutschland*, Clear Canvas, 2013, p. 131.

FRANK (H.), « Staatsanwälte als politische Beamte », *DriZ* 1987, p. 449.

GEISLER (C.), « Anspruch und Wirklichkeit des Legalitätsprinzips », dans C. GEISLER (dir.), *Das Ermittlungsverhalten der Polizei und die Einstellungspraxis der Staatsanwaltschaften*, KrimZ, 1999, p. 11.

GERGEN (T.), « Der Einfluss des Code d'instruction criminelle in den deutschen Territorien », dans H. JUNG, J. LEBLOIS-HAPPE et C. WITZ (dir.), *200 Jahre Code d'instruction criminelle – Le bicentenaire du Code d'instruction criminelle*, Nomos, 2010, p. 40.

GIEHRING (H.), « Das Recht des Verletzten auf Strafverfolgung und dessen Bedeutung für das Ermittlungsverfahren », dans *Strafrecht, Jugendstrafrecht, Kriminalprävention in Wissenschaft und Praxis. Festschrift für Heribert Ostendorf*, Nomos, 2015, p. 353.

GÖRGEN (F.), « Die Polizei als Staatsanwaltschaft vor der Staatsanwaltschaft ? », *DriZ* 1976, p. 296.

GÖSSEL (K. H.),

- « Überlegungen über die Stellung der Staatsanwaltschaft im rechtsstaatlichen Strafverfahren und über ihr Verhältnis zur Polizei », *GA* 1980, p. 325.
- « Über die Pflicht zur Ermittlung der materiell-objektiven Wahrheit und die Zuständigkeit zur Eröffnung eines Strafverfahrens und zu dessen Durchführung », dans *Strafverfahrensrecht in Theorie und Praxis. Festschrift für Lutz Meyer-Gossner*, C.H. Beck, 2001, p. 187.

GROß (K.-H.), « Das Legalitätsprinzip auf dem Prüfstand », dans C. GEISLER (dir.), *Das Ermittlungsverhalten der Polizei und die Einstellungspraxis der Staatsanwaltschaften*, *KrimZ*, 1999, p. 263.

GÜSY (C.), « Grundrechtssicherung durch Richtervorbehalte », dans *Strafe und Prozess im freiheitlichen Rechtsstaat. Festschrift für Hans-Ulrich Paeffgen zum 70. Geburtstag*, 2015, p. 407.

HAMM (R.), « Quo vadis Strafprozess ? », dans *Festschrift für Egon Müller*, Nomos, 2008, p. 235.

HEINZ (W.), « Die Abschlußentscheidung des Staatsanwalts aus rechtstatsächlicher Sicht », dans C. GEISLER (dir.), *Das Ermittlungsverhalten der Polizei und die Einstellungspraxis der Staatsanwaltschaften*, *KrimZ*, 1999, p. 125.

HELMKEN (D.), « Reform des Richtervorbehalts : vom Palliativum zum effektiven Grundrechtsschutz », *StV* 3/2003, p. 193.

HERRMANN (J.), « Die Strafprozeßreform vom 1. 1. 1975 », *JuS* 1976, p. 413.

HILGER (H.), « Über den Richtervorbehalt im Ermittlungsverfahren », dans *Gedächtnisschrift für Karlheinz Meyer*, Walter de Gruyter, 1990, p. 209.

HÜLS (S.), « Der Richtervorbehalt – seine Bedeutung für das Strafverfahren und die Folgen von Verstößen », *ZIS* 4/2009, p. 160.

HUND (H.), « Das Legalitätsprinzip im Spannungsfeld zwischen den Institutionen "Polizei" und "Staatsanwaltschaft" », dans C. GEISLER (dir.), *Das Ermittlungsverhalten der Polizei und die Einstellungspraxis der Staatsanwaltschaften*, *KrimZ*, 1999, p. 243.

JAEGER (R. R.), « Die Ausbildung der Kriminalpolizei », dans *Die Zukunft von Staatsanwaltschaft und Kriminalpolizei in Deutschland*, Clear Canvas, 2013, p. 85.

JAHN (M.), « Das partizipatorische Ermittlungsverfahren im Deutschen Strafprozess », *ZStW* 2003, p. 815.

JUNG (H.), « Frankreich und seine (Straf)Richter – Eine Fallstudie zum "Outreau-Verfahren" und seiner parlamentarischen Aufarbeitung », dans *Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag*, C.F. Müller, 2007, p. 237.

KANNENBERG (W.), « Stellungnahme der Neuen Richtervereinigung », dans *Die Zukunft von Staatsanwaltschaft und Kriminalpolizei in Deutschland*, Clear Canvas, 2013, p. 44.

KIESOW (M. R.), « Die Tage der Juristen. Der Deutsche Juristentag wird 150 Jahre alt », *Myops* 2010, n° 10, p. 4.

KÖBLER (R.), « Digitalisierung in der Justiz : die E-Akte muss mehr können », *LTO* 31 janvier 2019, accessible en ligne sur www.lto.de/persistent/a_id/33561/ (consulté le 24 mars 2019).

KUHLMANN (G.-J.), « Gedanken zum Bericht über das Verhältnis Staatsanwaltschaft und Polizei », *DriZ* 1976, p. 265.

KÜHNE (H.-H.),

- « Die Definition des Verdachts als Voraussetzung strafprozessualer Zwangsmaßnahmen », *NJW* 1979, p. 617.
- « Grenzen richterlicher Unabhängigkeit im Strafverfahren », *GA* 2013, p. 40.

LEPSISUS (O.), « Die Unverletzlichkeit der Wohnung bei Gefahr im Verzug », *Jura* 2002, p. 259.

LILIE (H.), « Das Verhältnis von Polizei und Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren », *ZStW* 1994, p. 625.

LORENZ (P.), « Bundesverfassungsgericht : Stephan Harbarth soll Nachfolger von Kirchhof werden », *LTO* 9 novembre 2018, accessible en ligne sur https://www.lto.de/persistent/a_id/32003/ (consulté le 24 mars 2019).

MANSDÖRFER (M.), « Bundesrat beschließt StPO-Reform : die GroKO räumt auf », *LTO* 11 juillet 2017.

MARKWARDT (M.), « Brauchen wir eine "unabhängige" Staatsanwaltschaft ? Zur Stellung der Staatsanwaltschaft im demokratischen Rechtsstaat », dans *Festschrift für Reinhard Böttcher zum 70. Geburtstage*, De Gruyter, 2007, p. 93.

MEIER-STAUDE (H.), « Frische Pferde für die Kavallerie – Die unendliche Geschichte der Reform der gerichtsverfassungsrechtlichen Regelung über die Staatsanwaltschaft », dans H. DIHM et M. PIAZOLO (dir.), *Staatsanwälte zwischen allen Stühlen ? Zur Stellung der Staatsanwaltschaft zwischen den gewalten*, Akademischer Verlag, 2004, p. 27.

MÜLLER (K.) et TRURNIT (C.), « Eilzuständigkeiten der Staatsanwaltschaft und des Polizeivollzugsdienstes in der StPO », *StraFo* 4/2008, p. 144.

NEHM (K.), « Umfang der Bindung des Ermittlungsrichters an Anträge der Staatsanwaltschaft », dans *Strafverfahrensrecht in Theorie und Praxis. Festschrift für Lutz Meyer-Gossner*, C.H. Beck, 2001, p. 277.

NITSCHMANN (K.), « Untersuchungsrichter vs Staatsanwaltschaft – eine Strukturfrage. Überlegungen vor dem Hintergrund von Claude Chabrols Film "L'ivresse du pouvoir" », dans J. LEBLOIS-HAPPE (dir.), *Vers un nouveau procès pénal ? Neue Wege des Strafprozesses*, Société de législation comparée, 2008, p. 81.

ODERSKY (W.),

- « Staatsanwaltschaft, Rechtspflege und Politik », dans *Festschrift für Karl Bengl*, C.H. Beck, 1984, p. 57.
- « Aktuelle Überlegungen zur Stellung der Staatsanwaltschaft », dans *Festschrift für Kurt Rebmann*, C.H. Beck, 1989, p. 343.
- « Von Eigenheiten der Richtertätigkeit », dans *Festschrift für Reinhard Böttcher zum 70. Geburtstag*, De Gruyter, 2007, p. 135.

OEHMICHEN (A.), « Entwicklungen strafprozessualer Maßnahmen in europa im Rahmen der Terrorfurcht », *ZIS* 11/2011, p. 931.

OSTENDORF (H.) et BRÜNING (J.), « Die gerichtliche überprüfbarkeit der Voraussetzungen von "Gefahr im Verzug" », *JuS* 2001, p. 1063.

OSWALD (M.), « Die Stellungnahme der Richterinnen und Richter, Staatsanwältinnen und Staatsanwälte in der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft », dans *Die Zukunft von Staatsanwaltschaft und Kriminalpolizei in Deutschland*, Clear Canvas, 2013, p. 53.

PETERS (K.), « Gericht und Richter – Institution und Persönlichkeit », dans *Gedächtnisschrift für Karlheinz Meyer*, Walter de Gruyter, 1990, p. 331.

PFÖRTNER (K.), « Staatsanwaltschaft am Bändel der Politik ? », dans H. Dihm et M. Piazzolo (dir.), *Staatsanwälte zwischen allen Stühlen ? Zur Stellung der Staatsanwaltschaft zwischen den gewalten*, Akademischer Verlag, 2004, p. 7.

PODOLSKI (T.),

- « Beschlüsse des 72. DJT : die Wunschzettel der Juristen », *LTO* 28 septembre 2018, accessible en ligne sur www.lto.de/persistent/a_id/31211/ (consulté le 24 mars 2019).
- « NRW verabschiedet Polizeigesetz : Besser, aber immer noch verfassungswidrig ? », *LTO* 12 décembre 2018, accessible en ligne sur www.lto.de/persistent/a_id/32693/ (consulté le 24 mars 2019).

PFEIFFER (G.), « Die Anklage », dans *Festschrift für Günter Bemann*, Nomos, 1997, p. 582.

RABE VON KÜHLEWEIN (M.), « Normative Grundlagen der Richtervorbehalte », *GA* 2002, p. 636.

RADTKE (H.), « Das Strafverfahren als Diskurs ? », dans *Strafrecht, Biorecht, Rechtsphilosophie : Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber*, C.F. Müller, 2003, p. 375.

RAUTENBERG (E.-C.),

- « Staatsanwaltschaft und Gewaltenteilung », *NJ* 2003, p. 169.
- « Die deutsche Staatsanwaltschaft im Wandel der Zeiten », dans *Die Zukunft von Staatsanwaltschaft und Kriminalpolizei in Deutschland*, Clear Canvas, 2013, p. 19.

RIEB (P.),

- « Der Hauptinhalt des Ersten Gesetzes zur Reform des Strafverfahrensrechts », *NJW* 1975, p. 81.
- « Über Subsidiaritätsverhältnisse und Subsidiaritätsklauseln im Strafverfahren », dans *Gedächtnisschrift für Karlheinz Meyer*, Walter de Gruyter, 1990, p. 367.
- « Die Prüfungskompetenz des Ermittlungsrichters », *NStZ* 1991, p. 513.
- « Gerichtliche Kontrolle des Ermittlungsverfahrens ? », dans *Kriminalistik und Strafrecht. Festschrift für Friedrich Geerds*, Schmidt-Röhnhildt, 1995, p. 501.
- « Die Entwicklung der gesetzlichen Aufgabenverteilung im Ermittlungsverfahren im deutschen Strafprozess », dans *In dubio pro libertate : Festschrift für Klaus Volk*, C.H. Beck, 2009, p. 559.

ROTH (A.), « Stellungnahme des Deutschen Richterbundes, Landesverband Brandenburg », dans *Die Zukunft von Staatsanwaltschaft und Kriminalpolizei in Deutschland*, Clear Canvas, 2013, p. 61.

ROXIN (C.),

- « Rechtsstellung und Zukunftsaufgaben der Staatsanwaltschaft. Vortrag anlässlich einer Feier zum 100 jährigen Bestehen der Hamburger Staatsanwaltschaft », *DRiZ* 1969, p. 385.
- « Zur Rechtsstellung der Staatsanwaltschaft damals und heute », *DRiZ* 1997, p. 109.
- « Zum Beweisverwertungsverbot bei bewusster Missachtung des Richtervorbehalts nach § 105 I 1 StPO », *NStZ* 2007, p. 616 .

RÜPING (H.), « Das Verhältnis von Staatsanwaltschaft und Polizei. Zum Problem der Einheit der Strafverfolgung », *ZStW* Bd. 95 (1983), p. 894.

SALDITT (N.), « Anmerkungen zum Status der Staatsanwaltschaft », dans H. JUNG, J. LEBLOIS-HAPPE et C. WITZ (dir.), *200 Jahre Code d'instruction criminelle – Le bicentenaire du Code d'instruction criminelle*, Nomos, 2010, p. 139.

SATZGER (H.),

- « Die Rolle des Richters im Ermittlungsverfahren in Deutschland und Frankreich », dans H. JUNG, J. LEBLOIS-HAPPE et C. WITZ (dir.), *200 Jahre Code d'instruction criminelle – Le bicentenaire du Code d'instruction criminelle*, Nomos, 2010, p. 93.

- « Im Anfang war das Verdacht – oder nicht ? », dans *Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag*, C.F. Müller, 2015, p. 1009.

SCHAEFER (H.-C.),

- « Zur Entwicklung des Verhältnisses Staatsanwaltschaft-Polizei », dans *Festschrift für Ernst-Walter Hanack zum 70. Geburtstag*, Walter de Gruyter, 1999, p. 191.
- « Staatsanwaltliches Ermittlungsverfahren und Vorverurteilung – eine zwingende Folge ? », dans *Festschrift für Egon Müller*, Nomos, 2008, p. 623
- « Die Staatsanwaltschaft – ein politisches Instrument ? », dans *Festschrift für Reiner Hamm*, De Gruyter, 2008, p. 643.
- « Das Berufsbild der Staatsanwaltschaft », dans *Strafrechtspraxis und Reform : Festschrift für Heinz Stöckel*, Dunckler & Humblot, 2010, p. 307.

SCHÄFFER (G.), « Vom Umgang mit dem Ermittlungsrichter », dans *Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag*, De Gruyter, 2011, Tome II, p. 1299.

SCHAIRER (M.), « Gedanken zum externen Weisungsrecht », dans *Festschrift für Theodor Lenckner*, C.H. Beck, 1998, p. 739.

SCHMIDT (E.),

- « Die Rechtstekkung der Staatsanwaltschaft », *MDR* 1/1951, p. 1.
- « Die Rechtstellung der Staatsanwälte im Rahmen der rechtsprechenden Gewalt und ihre Einbeziehung in das Richtergesetz », *DRiZ* 1957, p. 273.

SCHMIDT (H.-C.), « Die unzureichende Begründung ermittelungsrichterlicher Anordnungen und deren Auswirkung auf die Beweisverwertung im Strafprozess », *StraFo* 11/2009, p. 448.

SCHOREIT (A.), « Verpolizeilichung des Ermittlungsverfahrens », *StV* 10-1989, p. 449.

SCHÜNEMANN (B.),

- « Zur Reform des strafprozessualen Ermittlungsverfahrens in Europa : kontradiktorische Ausbalancierung statt Partizipation », dans *Gedächtnisschrift für Theo Vogler*, C.F. Müller, 2004, p. 81.
- « Die Vorschläge der Expertenkommission des BMJV zur Reform des Strafprozesses. *Parturien montes, nascetur ridiculus mus ?* », *StraFO* 2/2016, p. 45.

SEHL (M.),

- « Interview zur Gewaltenteilung und Selbstverwaltung der Justiz », *LTO* 2 juillet 2018, accessible en ligne sur www.lto.de/persistent/a_id/29475/ (consulté le 24 mars 2019).
- « OLG zu überlanger Verfahrensdauer: Brandenburg lässt verurteilten Neonazi-Brandstifter frei », *LTO* 3 janvier 2019, accessible en ligne sur https://www.lto.de/persistent/a_id/33013/ (consulté le 4 janvier 2019).

- « Vorschlag für Pakt für den Rechtsstaat Nur noch eine "Mogelpackung" ? », *LTO* 23 janvier 2019, accessible en ligne sur www.lto.de/persistent/a_id/33423/ (consulté le 24 mars 2019).

SENGE (L.), « Zur Zulässigkeit staatsanwaltlicher Vorermittlungen », dans *Festschrift für Reiner Hamm*, De Gruyter, 2008, p. 702.

STADLER (T.), « Der Richtervorbehalt : ein politisches Instrument ? », *Humanistische Union* 7 avril 2014, accessible en ligne sur www.humanistische-union.de (consulté le 25 mars 2019).

STUCKENBERG (C.-F.), « Justizpflicht und Verdacht », dans *Strafe und Prozess im freiheitlichen Rechtsstaat. Festschrift für Hans-Ulrich Paeffgen zum 70. Geburtstag*, 2015, p. 483.

SULIAK (H.),

- H. SULIAK, « Vorschlag zum Pakt für den Rechtsstaat : Bund bietet Ländern 220 Millionen Euro für die Justiz », *LTO* 4 décembre 2018, accessible en ligne sur www.lto.de/persistent/a_id/32527/ (consulté le 24 mars 2019).
- « Neuer Chefankläger für EU-Staatsanwaltschaft : Deutscher Kandidat aus dem Rennen ? », *LTO* 4 mars 2019, accessible en ligne sur https://www.lto.de/persistent/a_id/34183/ (consulté le 24 mars 2019).

TRENTMANN (C.), « Der politische Staatsanwalt ? », *ZIS* 2/2016, p. 130.

VORMBAUM (M.), « Effektive Kontrolle oder überflüssige Schreibearbeit? Kritik des strafprozessualen Zwischenverfahrens und Möglichkeiten seiner Reform », *ZIS* 6/2015, p. 328.

WAGNER (W.), « Der objektive Staatsanwalt – Idee und Wirklichkeit », *JZ* 1974, p. 212.

WEBLAU (E.), « Heimliche Ermittlungsmaßnahmen, Richtervorbehalt und datenschutzrechtliche Kontrolle – ein Klärungsversuch » dans *Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension. Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, 2013, p. 1167.

WÖLF (B.), « Vorermittlungen der Staatsanwaltschaft », *JuS* 2001, p. 478.

En langue italienne

ADORNO (R.), « La progressiva latitudine del giudizio cautelare », dans *Il Codice di procedura penale in vent'anni di riforme : frammenti di una costante metamorfosi*, Giappichelli, 2009, p. 15.

AMATO MANGIAMELI (A. C.), « Dal pre-giudizio al giudizio. Note in margine al sistema della prova », *Rivista internazionale di filosofia del diritto* 2007, fasc. 1, p. 47.

AMODIO (E.),

- « Il processo penale nella parabola dell'emergenza », *Cassazione penale*, 1983, p. 2114.
- « Il "dopo-riforma" del processo penale italiano nel tempo delle riforme in Europa », *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 1991, p. 787.
- « Affermazioni e sconfitte della cultura dei giuristi nella elaborazione del nuovo codice di procedura penale », *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 1996, n° 4, p. 899.
- « La procedura penale dal rito inquisitorio al giusto processo », *Cassazione penale*, 2003, p. 1419.
- « Giusto processo, *procès équitable* e *fair trial* : la riscoperta del giusnaturalismo processuale in Europa », *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2003, p. 93.
- « Giuliano Vassalli e il suo codice », *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 2010, p. 1808.
- « Verso una storia della giustizia penale in età moderna e contemporanea », *Criminalia* 2010, p. 11.
- « Come eravamo. Il ruolo dei giuristi nella elaborazione del codice », dans *Il rito accusatorio a vent'anni dalla grande riforma. Continuità, fratture, nuovi orizzonti*, Giuffrè, 2012, p. 1.

BALDASSARRE (R.), « Il berlusconismo : una fenomenologia politica strettamente intrecciata alle vicende penali del paese », dans A. APPOLONIO (dir.), *Processo e legge penale nella Seconda Repubblica. Riflessioni sulla giustizia da Tangentopoli alla fine del berlusconismo*, Carocci, 2015, p. 37.

BARGIS (M.), « L'incidente probatorio », *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 1990, p. 1328.

BENE (T.), « Polimorfismo dell'inchiesta preliminare », dans *Il Codice di procedura penale in vent'anni di riforme : frammenti di una costante metamorfosi*, Giappichelli, 2009, p. 43.

BIONDI (A.), « Intervento », dans *Il giudice per le indagini preliminari dopo cinque anni di sperimentazione*, Giuffrè, 1996, p. 147.

BIONDI (G.), « L'istituto dell'incidente probatorio, dagli albori del Codice di rito alle prospettive de iure condendo », dans *Il rito accusatorio a vent'anni dalla grande riforma. Continuità, fratture, nuovi orizzonti*, Giuffrè, 2012, p. 75.

BONTEMPELLI (M.), « Il captatore informatico in attesa della riforma », *Diritto penale contemporaneo*, 20 décembre 2018, accessible en ligne sur www.penalecontemporaneo.it (consulté le 24 mars 2019).

BOZZAOTRE (M.), « Alcune considerazioni sul processo penale telematico dal punto di visto dell'avvocato », février 2018, accessible en ligne sur www.discrimen.it (consulté le 24 mars 2019).

CABIDDU (M. A.), « La "committimus" del cavaliere : a proposito dell'eterno conflitto politica/magistratura », dans *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Giuffrè, 2011, p. 255.

CALAMANDREI (P.), « *Governo e magistratura* », discours tenu à Sienne en 1921, dans P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, Morano, 1966, Tome II, p. 195.

CAPACCIOLI (E.), « Forma e sostanza dei provvedimenti relativi ai magistrati ordinari », *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 1964, p. 272.

CAPRIOLI (S.), « Saluto del preside della facoltà », dans *Le nuove disposizioni sul processo penale*, CEDAM, 1989, p. 7.

CHIARA (L.), « Politica e magistratura negli anni della Seconda repubblica : profili storici », dans A. APPOLONIO (dir.), *Processo e legge penale nella Seconda Repubblica. Riflessioni sulla giustizia da Tangentopoli alla fine del berlusconismo*, Carocci, 2015, p. 25.

CHIAVARIO (M.),

- « Intervento », dans *Il giudice per le indagini preliminari dopo cinque anni di sperimentazione*, Giuffrè, 1996, p. 205.
- « Introduzione », dans *Il rito accusatorio a vent'anni dalla grande riforma, Continuità, fratture, nuovi orizzonti*, Giuffrè, 2012, p. 7.

CHIUSANO (V.), « Intervento », dans *Il giudice per le indagini preliminari dopo cinque anni di sperimentazione*, Giuffrè, 1996, p. 225.

CONSO (G.),

- « Problemi di metodo e scelte di fondo », dans *Le nuove disposizioni sul processo penale*, CEDAM, 1989, p. 169.
- « Conclusioni », dans *Il giudice per le indagini preliminari dopo cinque anni di sperimentazione*, Giuffrè, 1996, p. 257.

CONTI (C.), « La riservatezza delle intercettazioni nella "delega Orlando". Una tutela paternalistica della privacy che può andare a discapito del diritto della prova », *Diritto penale contemporaneo* 2017, n° 3, p. 78.

CORONA (F.), « Il processo telematico », dans M. IASSELI (dir.), *Diritto e nuove tecnologie*, Altalex, 2016, p. 423.

CURTOTTI (M.), « Intervento », *Il giudice per le indagini preliminari dopo cinque anni di sperimentazione*, Giuffrè, 1996, p. 163.

D'ALESSANDRO (S.), « Intervento », dans *Il giudice per le indagini preliminari dopo cinque anni di sperimentazione*, Giuffrè, 1996, p. 181.

D'ARGENTO (N.), « Intervento », dans *Il giudice per le indagini preliminari dopo cinque anni di sperimentazione*, Giuffrè, 1996, p. 187.

DEAN (G.), « Novità in tema di archiviazione », dans *Le nuove disposizioni sul processo penale*, CEDAM, 1989.

DE CRISTOFARO (E.), « Giuristi e cultura giuridica dal fascismo alla Repubblica (1940-1948) », *Laboratoire italien* 12/2012, disponible en ligne sur openedition.org

DIDDI (A.), « L'inviolabilità della segretezza delle comunicazioni », dans F. R. DINACCI (dir.), *Processo penale e Costituzione*, Giuffrè, 2010, p. 209.

DI FEDERICO (G.), « Presentazione della ricerca : sue caratteristiche e sua rilevanza per un riesame delle nostre strutture requirenti-inquirenti », dans C. GUARNIERI, *Pubblico ministero e sistema politico*, CEDAM, 1984, p. VII.

DINACCI (F. R.), « Introduzione : verso un costituzionalismo dei valori », dans F. R. DINACCI (dir.), *Processo penale e Costituzione*, Giuffrè, 2010, p. XI.

DI NAPOLI (M.), « Tutela dei diritti ed efficace esercizio dell'azione penale : il punto di vista di una procura della Repubblica », dans V. GAROFOLI (dir.), *L'azione penale tra obbligatorietà e discrezionalità*, Giuffrè, 2009, p. 41.

DOLCINI (E.), « Esercizio dell'azione penale, divisione dei poteri e prevenzione generale dei reati. Lo spiacevole retrogusto del progetto di riforma costituzionale della giustizia », dans *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Giuffrè, 2011, p. 759.

DOMINIONI (O.), « Chiusura delle indagini preliminari e udienza preliminare », dans E. AMODIO *et al.*, *Il nuovo processo penale. Dalle indagini preliminari al dibattimento*, Giuffrè, 1989, p. 53.

FANUELE (C.), « La libertà personale », dans F. R. DINACCI (dir.), *Processo penale e Costituzione*, Giuffrè, 2010, p. 209.

FELCHER (I. V.), « Il processo penale telematico », dans P. PERRI et G. ZICCARDI (dir.), *Tecnologia e diritto*, Giuffrè, 2017, p. 185.

FERRAIOLI (M.), « I controlli giurisdizionali in sede di archiviazione e udienza preliminare », dans *Il rito accusatorio a vent'anni dalla grande riforma*, Giuffrè, 2012, p. 25.

FERRUA (P.), « Il GIP e l'acquisizione delle prove », dans *Il giudice per le indagini preliminari dopo cinque anni di sperimentazione*, Giuffrè, 1996, p. 51.

FODERARO (S.), « La teoria della divisione dei poteri nel diritto pubblico fascista », *Rivista di diritto pubblico* 1939, I, p. 748.

GAGLIOTTA (G.), « Indagini difensive », dans *Il rito accusatorio a vent'anni dalla grande riforma. Continuità, fratture, nuovi orizzonti*, Giuffrè, 2012, p. 81.

GAITO (A.), « Presentazione », dans *Le nuove disposizioni sul processo penale*, CEDAM, 1989, p. 1.

GALANTINI (N.), « Diritto di difesa e difetto di potere investigativo nella fase antecedente l'iscrizione della notizia di reato », dans *Il rito accusatorio a vent'anni dalla grande riforma*, Giuffrè, 2012, p. 37.

GAROFOLI (V.), « La malintesa endiadi tra pubblica sicurezza e durata ragionevole del processo », dans V. GAROFOLI (dir.), *L'azione penale tra obbligatorietà e discrezionalità*, Giuffrè, 2009, p. 3.

GAVOTTI (G.), « Intervento », dans *Il giudice per le indagini preliminari dopo cinque anni di sperimentazione*, Giuffrè, 1996, p. 195.

GHITTI (I.), « Intervento », dans *Il giudice per le indagini preliminari dopo cinque anni di sperimentazione*, Giuffrè, 1996, p. 121.

GIALUZ (M.), CABIALE (A.) et DELLA TORRE (J.), « Riforma Orlando : le modifiche attinenti al processo penale, tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni », *Diritto penale contemporaneo* 2017, n° 3, p. 173.

GIANNUZZI (R.), « La laconica espressione "negli altri casi" ed il mitigato rigore del divieto di testimonianza *de relato* della polizia giudiziaria », dans *Il rito accusatorio a vent'anni dalla grande riforma. Continuità, fratture, nuovi orizzonti*, Giuffrè, 2012, p. 87.

GIOSTRA (G.),

- « La riforma dell'incidente probatorio », *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 1995, p. 661.
- « Il GIP e le garanzie della libertà personale », dans *Il giudice per le indagini preliminari dopo cinque anni di sperimentazione*, Giuffrè, 1996, p. 31.

GIUNCHEDI (F.), « Accertamenti tecnico-scientifici non ripetibili e giusto processo : una frattura in continua espansione », dans *Il rito accusatorio a vent'anni dalla grande riforma. Continuità, fratture, nuovi orizzonti*, Giuffrè, 2012, p. 133.

GREVI (V.), « Funzioni di garanzia e funzioni di controllo del giudice nel corso delle indagini preliminari », dans E. AMODIO *et al.*, *Il nuovo processo penale. Dalle indagini preliminari al dibattimento*, Giuffrè, 1989, p. 13.

LATTANZI (G.),

- « Intervento », dans *Il giudice per le indagini preliminari dopo cinque anni di sperimentazione*, Giuffrè, 1996, p. 225.
- « La prova e il dibattimento. Introduzione », dans *Il rito accusatorio a vent'anni dalla grande riforma. Continuità, fratture, nuovi orizzonti*, Giuffrè, 2012, p. 157.

LORUSSO (S.),

- « La fase preliminare vent'anni dopo », dans *Il Codice di procedura penale in vent'anni di riforme : frammenti di una costante metamorfosi*, Giappichelli, 2009, p. 3.

- « I molteplici volti del contraddittorio : dalle regole costituzionale all'attuazione legislativa », dans F. R. DINACCI (dir.), *Processo penale e Costituzione*, Giuffrè, 2010, p. 345.

MACCHIA (A.), « La riforma del giudizio abbreviato e degli altri riti speciali », *Diritto penale contemporaneo*, 24 novembre 2017, accessible en ligne sur www.penalecontemporaneo.it (consulté le 24 mars 2019).

MADDALENA (M.), « Intervento », dans *Il giudice per le indagini preliminari dopo cinque anni di sperimentazione*, Giuffrè, 1996, p. 133.

MARITATI (A.), « L'inquadramento procedimentale delle videoriprese compiute nel corso delle indagini preliminari », dans *Il rito accusatorio a vent'anni dalla grande riforma. Continuità, fratture, nuovi orizzonti*, Giuffrè, 2012, p. 121.

MARZADURI (E.), « La sospensione dei processi penale nei suoi rapporti con la previsione dei c.d. criteri di priorità », dans V. GAROFOLI (dir.), *L'azione penale tra obbligatorietà e discrezionalità*, Giuffrè, 2009, p. 25.

MASTROLIA (G.), « La custodia cautelare in carcere : da *extrema ratio* a regola ? », dans *Il rito accusatorio a vent'anni dalla grande riforma*, Giuffrè, 2012, p. 107.

MAZZA (O.), « L'illusione accusatoria : Carnelutti e il modello dell'inchiesta preliminare di parte », dans L. GARLATI (dir.), *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del codice Rocco nella culture processualpenalistica italiana*, Giuffrè, 2010, p. 153.

MELLINI (M.), « Il partito dei magistrati », dans A. APPOLONIO (dir.), *Processo e legge penale nella Seconda Repubblica. Riflessioni sulla giustizia da Tangentopoli alla fine del berlusconismo*, Carocci, 2015, p. 97.

MENNA (M.), « Intervento », *Il giudice per le indagini preliminari dopo cinque anni di sperimentazione*, Giuffrè, 1996, p. 169.

MICOZZI (F. P.), **GALLUS (G. B.)** et **VACIAGO (G.)**, « Processo penale telematico », dans G. CASSANO et F. PAPPALARDO (dir.), *Prontuario del processo telematico*, 2016, Giuffrè, p. 179 .

MIGLIUCCI (B.), « Tavola rotonda », dans A. R. Castaldo (dir.), *Crisi e riforma del sistema penale : giornata di studi in onore di Alfonso M. Stile*, CEDAM, 2016, p. 77.

MILETTI (M. N.), « La scienza nel codice. Il diritto processuale penale nell'Italia fascista », dans L. GARLATI (dir.), *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del codice Rocco nella culture processualpenalistica italiana*, Giuffrè, 2010, p. 57.

MODONA (G. N.), « Quale giudici per quale giustizia nel ventennio fascista », dans L. GARLATI (dir.), *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del codice Rocco nella culture processualpenalistica italiana*, Giuffrè, 2010, p. 209.

NAPPI (A.),

- « Intervento », dans *Il giudice per le indagini preliminari dopo cinque anni di sperimentazione*, Giuffrè, 1996, p. 217.
- « Oscillazioni e punti fermi nel regime delle misure cautelari personali », dans *Il rito accusatorio a vent'anni dalla grande riforma*, Giuffrè, 2012, p. 13.

NATALE (M.), « Una breve riflessione sul codice di rito del 1913 : azione penale, pubblico ministero e giudice istruttore tra modello misto e suggestioni accusatorie », *Historia ed ius*, 3 (2013), paper 9.

ORLANDI (R.), DOMINIONI (O.) et PALAMARA (L.), « La separazione delle carriere », *Criminalia* 2008, p. 217.

PANSINI (G.), « Terzietà ed imparzialità : da attributi della funzione di giudizio a presupposti processuali », dans F. R. DINACCI (dir.), *Processo penale e Costituzione*, Giuffrè, 2010, p. 49.

PASTA (A.), « Dall'epistème alla critica : il diritto alla prova dell'accusato », dans F. R. DINACCI (dir.), *Processo penale e Costituzione*, Giuffrè, 2010, p. 289.

PERCHINUNNO (V.), « Il giudice per le indagini preliminari e le scelte relative all'azione penale », dans *Il giudice per le indagini preliminari dopo cinque anni di sperimentazione*, Giuffrè, 1996, p. 67.

PESTELLI (G.), « Brevi note sul nuovo decreto legislativo in materia di intercettazioni : (poche) luci et (molte) ombre di una riforma frettolosa », *Diritto penale contemporaneo* 2018, n° 1, p. 169.

PISAPIA (G. D.), « Il giudice per le indagini preliminari : bilancio di un quinquennio », dans *Il giudice per le indagini preliminari dopo cinque anni di sperimentazione*, Giuffrè, 1996, p. 3.

PRETTI (D.), « Prime riflessioni a margine della nuova disciplina sulle intercettazioni », *Diritto penale contemporaneo* 2018, n° 1, p. 189.

PUGLISI (G.), « Intervento », *Il giudice per le indagini preliminari dopo cinque anni di sperimentazione*, Giuffrè, 1996, p. 159.

PUGLISI (R.), « I rapporti tra pubblico ministero e polizia giudiziaria », dans F. R. DINACCI (dir.), *Processo penale e Costituzione*, Giuffrè, 2010, p. 111.

RENON (P.), « Linee per una riforma dell'incidente probatorio », dans *Il rito accusatorio a vent'anni dalla grande riforma. Continuità, fratture, nuovi orizzonti*, Giuffrè, 2012, p. 139.

RUSSO (L.), « I criteri di priorità nella trattazione degli affari penali : confini applicativi ed esercizio dei poteri di vigilanza », *Diritto penale contemporaneo*, 9 novembre 2016, accessible en ligne (www.penalecontemporaneo.it) (consulté le 21 février 2019).

SAGNOTTI (S. C.), « Il contraddittorio : una riflessione filosofico-giuridica », dans F. R. DINACCI (dir.), *Processo penale e Costituzione*, Giuffrè, 2010, p. 331.

SANTACROCE (G.), « Tavola rotonda » dans A. R. CASTALDO (dir.), *Crisi e riforma del sistema penale : giornata di studi in onore di Alfonso M. Stile*, CEDAM, 2016, p. 55.

SANTALUCIA (G.), « Autonomia e indipendenza dei magistrati : dall'ordinamento giudiziario al processo », dans F. R. DINACCI (dir.), *Processo penale e Costituzione*, Giuffrè, 2010, p. 85.

SANTANGELO CORDANI (A.), « Il dibattito dottrinale sull'azione penale in età postunitaria », dans *Studi in onore di Giorgio De Nova*, Giuffrè, 2015, p. 2725.

SARZANA (C.), « Intervento », dans *Il giudice per le indagini preliminari dopo cinque anni di sperimentazione*, Giuffrè, 1996, p. 153.

SCAGLIONE (A.), « I rapporti tra pubblico ministero e polizia giudiziaria », dans *Il rito accusatorio a vent'anni dalla grande riforma. Continuità, fratture, nuovi orizzonti*, Giuffrè, 2012, p. 99.

SCALFATI (A.), « Vent'anni senza tregua », dans *Il Codice di procedura penale in vent'anni di riforme : frammenti di una costante metamorfosi*, Giappichelli, 2009, p. 171.

SIRACUSANO (D.),

- « Il nuovo codice di procedura penale : realtà e prospettive », dans *Le nuove disposizioni sul processo penale*, CEDAM, 1989, p. 11.
- « Relazione di sintesi », dans *Il rito accusatorio a vent'anni dalla grande riforma. Continuità, fratture, nuovi orizzonti*, Giuffrè, 2012, p. 465.

SPANGHER (G.),

- « Il giudice per le indagini preliminari ed i procedimenti speciali », dans *Il giudice per le indagini preliminari dopo cinque anni di sperimentazione*, Giuffrè, 1996, p. 82.
- « Relazione di sintesi », dans V. GAROFOLI (dir.), *L'azione penale tra obbligatorietà e discrezionalità*, Giuffrè, 2009, p. 129.
- « Il progetto Orlando di riforma del codice di procedura penale », dans A. LUMINOSO (dir.), *Diritto e crisi*, Giuffrè, 2016, p. 353

TASSONE (K.), « La costante riforma del codice antimafia : un cantiere aperto », *Diritto penale contemporaneo*, 22 janvier 2019, accessible en ligne sur www.penalecontemporaneo.it (consulté le 24 mars 2019).

TRANCHINA (G.),

- « Processo penale e società », *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 1986, p. 198.
- « Ruoli naturali ed innaturali del giudice nel nuovo processo penale », *Legislazione penale* 1990, p. 392.

TRIGGIANI (N.), « Effettività del contraddittorio e indagini difensive », dans *Il Codice di procedura penale in vent'anni di riforme : frammenti di una costante metamorfosi*, Giappichelli, 2009, p. 55.

VALENTINI (C.),

- « L'accrescimento cognitivo in udienza preliminare », dans *Il Codice di procedura penale in vent'anni di riforme: frammenti di una costante metamorfosi*, Giappichelli, 2009, p. 75.
- « L'obbligatorietà dell'azione penale tra criteri di priorità e garanzia di eguaglianza », dans F. R. DINACCI (dir.), *Processo penale e Costituzione*, Giuffrè, 2010, p. 127.
- « L'esercizio dell'azione penale tra constatazioni di apparenza e dibattito sulla sostanza », dans *Il rito accusatorio a vent'anni dalla grande riforma. Continuità, fratture, nuovi orizzonti*, Giuffrè, 2012, p. 149.

VASSALLI (G.), « Introduzione », dans L. GARLATI (dir.), *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del codice Rocco nella culture processualpenalistica italiana*, Giuffrè, 2010, p. 9.

VIGNA (P. L.), « Le indagini preliminari », dans E. AMODIO *et al.*, *Il nuovo processo penale. Dalle indagini preliminari al dibattimento*, Giuffrè, 1989, p.1.

VIOLINI (L.), « Separazione delle carriere e indipendenza della magistratura : riflessioni di diritto comparato », dans *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Giuffrè, 2011, p. 2035.

VOENA (G. P.), « Attività investigative ed indagini preliminari », dans *Le nuove disposizioni sul processo penale*, CEDAM, 1989, p. 27.

ZAGREBELSKY (V.), « Il giudice per le indagini preliminari nel quadro dell'ordinamento giudiziario », dans *Il giudice per le indagini preliminari dopo cinque anni di sperimentazione*, Giuffrè, 1996, p. 17.

ZAPPALÀ (E.),

- « Le funzioni del giudice nella fase delle indagini preliminari », dans *Le nuove disposizioni sul processo penale*, CEDAM, 1989, p. 49.
- « Le garanzie giurisdizionali in tema di libertà personale e di ricerca della prova », dans *Libertà personale e ricerca della prova*, Giuffrè, 1995, p. 51.

En langue anglaise

DE GROOT (C.-R.), « The point of view of a comparative lawyer », *Les Cahiers de droit* 1987, p. 793.

HUSSEIN (B. A.-S.), « The Sapir-Whorf hypothesis today », *Theory and practice in language studies* 2012, p. 642.

MICHAELS (R.), « The functional method of comparative law », dans R. BANAKAR et M. TRAVERS, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, 2006, p. 339.

VI. Rapports, avis et travaux préparatoires

En langue française

Bleu budgétaire de la Mission Justice annexé au projet de loi de Finances pour 2019.

Étude d'impact 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, Assemblée nationale, 2 février 2016, NOR : USD1532276L/Bleue-1.

Le régime disciplinaire des magistrats du siège, Les documents de travail du Sénat, série Législation comparée, n° LC 131, 2004.

Le rôle de la police judiciaire dans l'instruction des affaires pénales, Les documents de travail du Sénat, série Législation comparée, n° LC 198, 2009.

L'instruction des affaires pénales, Les documents de travail du Sénat, série Législation comparée, n° LC 195, 2009.

Procédure pénale numérique. Une ambition au bénéfice de tous, Ministère de la Justice et Ministère de l'Intérieur, 2018.

Systèmes judiciaires européens. Efficacité et qualité de la justice, Rapport CEPEJ, 2018.

BEAUME (J.), *Rapport sur la procédure pénale*, 2014.

BEAUME (J.) et NATALI (F.) (référénts), *Chantiers de la justice – Amélioration et simplification de la procédure pénale*, 2018.

BEYNET (J-F.) et CASAS (D.) (référénts), *Chantiers de la justice – Transformation numérique*, Ministère de la Justice, 2018.

BOUTANT (M.) (prés.) et GROSDIDIER (F.) (rapp.), *Rapport n° 612 fait au nom de la commission d'enquête relative à l'état des forces de sécurité intérieure*, 27 juin 2018, Sénat.

CAPDEVIELLE (C.) et POPELIN (P.), *Rapport n° 3515 fait au nom de la commission des lois 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*, Assemblée nationale, 2016.

CNCDH, 29 avril 2014, *Avis sur la refondation de l'enquête pénale*.

CONFÉRENCE NATIONALE DES PROCUREURS DE LA RÉPUBLIQUE, *Le livre noir du ministère public*, 2017.

COUR DES COMPTES, *Approche méthodologique des coûts de la justice. Enquête sur la mesure de l'activité et l'allocation des moyens des juridictions judiciaires*, 2018.

DELMAS-MARTY (M.) (prés.), *La Mise en état des affaires pénales : rapports, Commission justice pénale et droits de l'homme*, La Documentation française, 1990.

ESMEIN (A.), « Rapport présenté au Conseil supérieur de l'instruction publique, le 23 juillet 19896, sur un projet d'arrêté portant réorganisation de l'agrégation des facultés de droit », dans A. DE BEAUCHAMP, *Recueil des lois et règlement sur l'enseignement supérieur comprenant les décisions de la jurisprudence et les avis des conseils de l'instruction publique et su Conseil d'État*, Delalain, 1898, Tome V, p. 607.

FAUCHON (P.) et GAUTIER (C.), *Rapport n° 383 fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale par la mission d'information sur le recrutement et la formation des magistrats de carrière*, Sénat, 11 juillet 2007.

GRECO,

- *Rapport d'évaluation sur l'Allemagne. Premier cycle d'évaluation*, 8 mars 2002.
- *Rapport d'évaluation sur l'Allemagne. Quatrième cycle d'évaluation*, 10 octobre 2014.

JOLIBOIS (C.), *Rapport n° 283 fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi, adopté avec modification par l'Assemblée nationale en deuxième lecture, renforçant la protection de la présomption d'innocence et le droit des victimes*, Sénat, 22 mars 2000.

LECERF (J.-R.) et MICHEL (J.-P.), *Rapport n° 162 fait au nom de la commission des lois sur l'évolution du régime de l'enquête et de l'instruction*, Sénat, 2010.

LAMBERT (A.) et BOULARD (J.-C.), *Rapport de la mission de lutte contre l'inflation normative*, La documentation française, 2013.

LAZERGES (C.), *rapport n° 1468 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes*, Assemblée nationale, 11 mars 1999.

LAZERGES (C.) et JOLIBOIS (C.), *Rapport fait au nom de la commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion du projet de loi renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes*, Commission mixte paritaire, 18 mai 2000.

LÉGER (P.) (prés.), *Rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale*, 2009

NADAL (J.-L.) (prés.), *Refonder le ministère public : rapport de la Commission de modernisation de l'action publique*, 2013.

PIETRASANTA (S.), *Rapport n° 1732 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le*

projet de loi, adopté par le Sénat après engagement de la procédure accélérée relatif à la géolocalisation, Assemblée nationale, 28 janvier 2014.

PIETRASANTA (S.) et SUEUR (J.-P.), *Rapport n° 1798 et 374 fait au nom de la commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion du projet de loi relatif à la géolocalisation, Commission mixte paritaire 18 février 2014.*

PILLET (F.) (rapp.), *Quarante propositions pour une révision constitutionnelle utile à la France, Sénat, 2018.*

RASSAT (M.-L.), *Proposition de réforme du Code de procédure pénale : rapport à M. le garde des Sceaux, ministre de la Justice, La documentation française, 1997.*

SUEUR (J.-P.), *Rapport n° 284 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) sur le projet de loi relatif à la géolocalisation, Sénat, 15 janvier 2014.*

WARSMANN (J.-L.), *Rapport n° 157 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générales de la République sur le projet de loi d'orientation et de programmation pour la justice, Assemblée nationale, 30 juillet 2002.*

ZOCCHETTO (F.), *Rapport d'information n° 17 fait au nom de la commission des lois sur les procédures accélérées de jugement en matière pénale, Sénat, 2005*

En langue allemande

Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Reform des Strafverfahrensrechts (1. StVRG), 7. Wahlperiode, Drucksache 7/551.

Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuchs, des Jugendgerichtsgesetzes, der Strafprozessordnung und weiterer Gesetze, 30 décembre 2016, Drucksache 792/16.

Roland Rechtsreport 2014. Sonderbericht : das deutsche Rechts- und Justizsystem aus Sicht von Richtern und Staatsanwälten, 2014.

Roland Rechtsreport 2019, 2019.

Stellungnahme des Deutschen Anwaltsvereins durch den Ausschuss Strafrecht zum Entwurf eines Gesetzes zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens, 2016.

Stellungnahme des Deutschen Richterbundes zum Referententwurf eines Gesetzes zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens, 2016.

SATZGER (H.), *Chancen und Risiken einer Reform des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens: Gutachten C zum 65. Deutschen Juristentag, C.H. Beck, 2004.*

GROBE STRAFRECHTSKOMMISSION DES DEUTSCHEN RICHTERBUNDES, *Das Verhältnis von Gericht, Staatsanwaltschaft und Polizei im Ermittlungsverfahren, strafprozessuale Regeln und faktische (Fehl-?)Entwicklungen*, 2008.

En langue italienne

ASSOCIAZIONE NAZIONALE MAGISTRATI, *Proposte di riforma in materia di diritto e processo penale*, 2018.

MAMMONE (G.), *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2018*, 25 janvier 2019, accessible en ligne sur www.discrimen.it (consulté le 24 mars 2019).

MINISTERO DI GRAZIA E GIUSTIZIA, *Relazioni al progetto preliminare e al testo definitivo del Codice di procedura penale, delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni e delle norme per l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario al nuovo processo penale ed a quello a carico degli imputati minorenni*, Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana n° 93 du 24 octobre 1988.

VII. Articles de journaux, billets de sites internet, films, romans et musiques

En langue française ou traduction française

BERTRAND (O.) et JOHANNES (F.), « SOS au Népal pour Xavier Tiberi. L'État a tout tenté pour rapatrier d'urgence le procureur chargé de l'affaire », *Libération*, 13 novembre 1996.

BORGES (J. L.), « Pierre Ménard, auteur du Quichotte », dans *Fictions*, Gallimard, 1957 et 1965, rééd. Folio 2014, p. 41.

BOUVIER (N.), *Journal d'Aran et d'autres lieux*, Payot, rééd. 2001.

DE BALZAC (H.), *Splendeurs et misères des courtisanes*, Garnier Frères, rééd. 1965.

DIRE STRAITS, *Money for nothing*, 1985, 7 min 04.

ECO (U.), *Comment voyager avec un saumon*, Le livre de poche, 2000.

FABBRI (A.), RAMPOLDI (L.) et SARDOLA (S.), 1992, 2015, 10 épisodes.

FINCHER (D.), *Seven*, 1995, 130 min.

GEORGES (P.), « Chasse au yéti », *Le Monde*, 13 novembre 1996

GRISHAM (J.), *Le contrat*, Pocket, rééd. 2010.

KUBRICK (S.), 2001, *l'Odyssée de l'Espace*, 1968, 149 min.

RESCAN (M.) et DE ROYER (S.), « Richard Ferrand : “Après la tempête vient le ressac” », *Le Monde*, 2 août 2018, p. 7.

SPOTTISWOODE (R.), *Demain ne meurt jamais*, 1995, 119 min.

THIEFAINE (H.-F.), *Autoroutes jeudi d'automne*, 1982, 3 min 45.

VEDEL (G.), « Faux diagnostics et faux remède », *Le Monde*, 19 juillet 1958

VILLENEUVE (D.), *Premier contact*, 2016, 116 min.

VON TROTTA (M.), *Les années de plomb*, 1981, 106 min.

En langue allemande

LEGAL TRIBUNE ONLINE,

- « DRB warnt vor Personalmangel an Gerichten : Justiz verliert 10.000 Richter und Staatsanwälte », *LTO* 3 janvier 2018, accessible en ligne sur www.lto.de/persistent/a_id/26263/ (consulté le 24 mars 2019).
- « Vorwurf des Geheimnisverrats Justizminister im Visier der Staatsanwaltschaft », *LTO* 14 août 2018, accessible en ligne sur www.lto.de/persistent/a_id/30325/ (consulté le 24 mars 2019).
- « Nach rassistischen Äußerungen : AfD-MdB und Staatsanwalt aus Beamtenverhältnis entfernt », *LTO* 19 septembre 2018, accessible en ligne sur www.lto.de/persistent/a_id/31011/ (consulté le 24 mars 2019).
- « NSU-Prozess kostete 30 Millionen Euro », *LTO* 11 octobre 2018, accessible en ligne sur https://www.lto.de/persistent/a_id/31455/ (consulté le 4 janvier 2019).
- « BVerfG bemängelt Haftfortdauer im Frankenthaler Babymordprozess : Gerichtüberlastung ist kein Argument », *LTO* 25 janvier 2019, accessible en ligne sur www.lto.de/persistent/a_id/33459/ (consulté le 24 mars 2019).
- « Drohbriefe der "Nationalsozialistischen Offensive : Ermittelt bald der Generalbundesanwalt ? », *LTO* 14 février 2019, accessible en ligne sur www.lto.de/persistent/a_id/33869/ (consulté le 24 mars 2019).
- « Brandenburg : Landtag beschließt umstrittenes Polizeigesetz », *LTO* 13 mars 2019, accessible en ligne sur https://www.lto.de/persistent/a_id/34365/ (consulté le 24 mars 2019).

SPIEGEL ONLINE, « Todesfall Jalloh - Anwältin will Klage erzwingen », 7 janvier 2019, accessible en ligne sur <http://www.spiegel.de/panorama/justiz/oury-jalloh-anwaeltin-will-klage-erzwingen-a-1246816.html> (consulté le 8 janvier 2019)

En langue italienne

FABBRI (A), RAMPOLDI (L.) et SARDOLA (S.), *1992*, 2015, 10 épisodes.

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

I. Juridictions françaises

A. Conseil constitutionnel

Cons. const., 9 juillet 1970, n° 70-40 DC ; *JORF* du 19 juillet 1970.

Cons. const. 23 mai 1979, n° 79-104 DC ; *JORF* du 25 mai 1979.

Cons. const., 22 juillet 1980, n° 80-117 DC ; *JORF* du 24 juillet 1980.

Cons. const., 20 janvier 1981, n° 80-127 DC ; *JORF* du 22 janvier 1981.

Cons. const., 3 septembre 1986, n° 86-213 DC ; *JORF* du 5 septembre 1986.

Cons. const., 28 juillet 1989, n° 89-260 DC ; *JORF* du 1^{er} août 1989.

Cons. const., 21 février 1992, n° 92-305 DC ; *JORF* du 29 février 1992.

Cons. const., 11 août 1993, n° 93-326 DC ; *JORF* du 15 août 1993.

Cons. const., 13 août 1993, n° 93-325 DC ; *JORF* du 18 août 1993.

Cons. const., 10 janvier 1995, n° 94-355 DC ; *JORF* du 14 janvier 1995.

Cons. const., 2 février 1995, n° 95-360 DC ; *JORF* du 7 février 1995.

Cons. const., 22 avril 1997, n° 97-389 DC ; *JORF* du 25 avril 1997.

Cons. const., 29 août 2002, n° 2002-461 DC ; *JORF* du 10 septembre 2002.

Cons. const., 20 février 2003, n° 2003-466 DC ; *JORF* du 27 février 2003.

Cons. const., 20 novembre 2003, n° 2003-484 DC ; *JORF* du 27 novembre 2003.

Cons. const., 2 mars 2004, n° 2004-492 DC ; *JORF* du 10 mars 2004.

Cons. const., 30 juillet 2010, n° 2010-14/22 QPC ; *JORF* du 31 juillet 2010.

Cons. const., 17 décembre 2010, n° 2010-80 QPC ; *JORF* du 19 décembre 2010.

Cons. const., 6 mai 2011, n° 2011-125 QPC ; *JORF* du 7 mai 2011.

Cons. const., 10 mars 2011, n° 2011-625 DC ; *JORF* du 15 mars 2011.

Cons. const., 31 juillet 2015, n° 2015-477 QPC ; *JORF* du 2 août 2015.

Cons. const., 9 octobre 2014, n° 2014-420/421 QPC ; *JORF* du 12 octobre 2014.

Cons. const., 25 mars 2014, n° 2014-693 DC ; *JORF* du 29 mars 2014.

Cons. const., 22 juillet 2016, n° 2016-555 QPC ; *JORF* du 24 juillet 2016.

Cons. const., 8 décembre 2017, n° 2017-680 QPC ; *JORF* du 9 décembre 2017.

Cons. const., 21 mars 2019, n° 2019-778 DC ; *JORF* du 24 mars 2019.

B. Cour de cassation

Assemblée plénière

Cass. ass. plén., 22 novembre 2002, n° 92-82.460, bull. n° 2 ; *Rev. sociétés* 2003, p. 359, obs. BOULOC ; *Gaz. Pal.* 2 août 2003, p. 26, obs. MONNET.

Chambre criminelle

Cass. crim., 8 décembre 1826, bull. n° 250.

Cass. crim., 8 décembre 1906, *Placet* ; *D.* 1907. 1. 207, note F.T et rapp. LAURENT-ATTHALIN ; *S.* 1907. 1. 377, note DEMOGUE ; *Grands arrêts de la procédure pénale*, n° 7, obs. PRADEL.

Cass. crim., 22 janvier 1932 ; *DH* 1932, p. 164.

Cass. crim., 6 juin 1952, bull. n° 142.

Cass. crim., 5 décembre 1972, bull. n° 375 ; *Rev. sc. crim.* 1977, p. 716, obs. ROBERT.

Cass. crim., 5 juin 1984, n° 84-91.677, bull. n° 207.

Cass. crim., 9 mai 1985, n° 84-92.130, bull. n° 178.

Cass. crim. 11 mai 1989, bull. n° 193.

Cass. crim., 11 octobre 1989, n° 89-81.639, bull. n° 356.

Cass. crim., 12 mai 1992, n° 92-81.080, bull. 186 ; *D.* 1992, p. 427, note MAYER ; *Rev. sc. crim.* 1992, p. 606, obs. BRAUNSCHWEIG.

Cass. crim., 6 février 1996, n° 95-84.041, bull. n° 60 ; *D.* 1996, 198 et somm. 262, note PRADEL ; *Rev. sc. crim.* 1996, 690, obs. DINTILHAC ; *JCP* 1996, II, 22634, note CHAMBON ; *Dr. pén.* 1996, n° 74, obs. MARON ; *Procédures* 1996, n° 94, obs. BUISSON ; *Justices* 1996-4, 286, obs. REBUT.

Cass. crim., 24 novembre 1998, n° 98-82.496, bull. n° 314.

Cass. crim., 19 janvier 1999, n° 98-83.787, bull. n° 9 ; *Rev. sc. crim.* 1999, p. 588, obs. DELMAS SAINT-HILAIRE.

Cass. crim. 26 janvier 2000, n° 99-85.725, bull. n° 41 ; *Rev. sc. crim.* 2000, p. 852, obs. COMMARET ; *Gaz. Pal.* 5 août 2000, p. 12 chron. DOUCET.

Cass. crim., 10 mai 2001, n° 01-81.441, bull. n° 119 ; *Procédures* 2001, comm. 14 BUISSON.

Cass. crim., 7 mai 2002, n° 01-80.317, inédit ; *Rev. sc. crim.* 2003, p. 391, obs. BUISSON ; *Procédures* 2002, comm. 192 BUISSON.

Cass. crim., 13 octobre 2004, n° 00-86.726, 01-83.943, 01-83.944, 01-83.945 et 03-81.763, bull. n° 243 ; *Procédures* 2004, comm. 265 ; *Gaz. Pal.* 24 mars 2005, note MONNET.

Cass. crim., 1^{er} décembre 2004, n° 04-80.536, bull. n° 302 ; *Rev. sc. crim.* 2005, p. 375, obs. BUISSON ; *Dr. pén.* 2005, comm. 30 MARON ; *Procédures* 2005, comm. 76 BUISSON ; *Gaz. Pal.* 2 juin 2005, p. 20 note MONNET.

Cass. crim., 23 août 2005, n° 03-87.719, bull. n° 209 ; *D.* 2006, p. 617, chron. PRADEL.

Cass. crim., 8 mars 2006, n° 05-83.284, inédit.

Cass. crim., 23 mai 2006, n° 06-83.241, bull. n° 139 ; *D.* 2006, p. 2836, obs. PRADEL ; *Dr. pén.* 2006, comm. 131 MARON ; *Gaz. Pal.* 30 décembre 2006, p. 37, note MONNET.

Cass. crim., 12 décembre 2006, n° 06-86.137, inédit.

Cass. crim., 10 mars 2010, n° 09-83.914, inédit.

Cass. crim. 1^{er} février 2011, n° 10-83.523, bull. n° 15 ; *Procédures* 2011, comm. 147 BUISSON.

Cass. crim., 15 février 2011, n° 10-90.122, bull. n° 24.

Cass. crim., 2 mars 2011, n° 10-86.940, bull. n° 47 ; *Rev. sc. crim.* 2011, p. 421 obs. DANET ; *Rev. sc. crim.* 2011, p. 865, obs. SELVAT ; *D.* 2011, p. 821, obs. LAVRIC ; *D.* 2011, p. 1849, chron. ROTH, LEPRIEUR et DIVIALLE ; *AJ Pénal* 2011, p. 252, obs. ASCENSI ; *JCP G* 2011, note 342, obs. DETRAZ ; *Dr. pén.* 2012, chron. 1, obs. GEORGET ; *Gaz. Pal.*, 21 juin 2011, p. 21, obs. LASSERRE CAPDEVILLE.

Cass. crim., 21 mars 2011, n° 10-87.053, inédit.

Cass. crim., 29 mars 2011, n° 10-88.271, inédit.

Cass. crim., 21 juin 2011, n° 11-80.003, bull. n° 141 ; *D.* 2011, p. 2349, obs. PERRIER ainsi que p. 2379, obs. DESPREZ ; *AJ Pénal* 2011, p. 584, obs. BELFANTI ; *D.* 2012, p. 2118, chron. PRADEL ; *JCP G*, note 1453 LUDWICZAK ; *Procédures* 2011, comm. 312 BUISSON ; *Gaz. Pal.* 19 juillet 2011, p. 18, obs. DETRAZ.

Cass. crim., 17 janvier 2012, n° 10-88.226, bull. n° 12 ; *D.* 2012, p. 2118, chron. PRADEL.

Cass. crim., 6 mars 2013, 12-87.810, bull. n° 62 ; *D.* 2013, chron. PRADEL.

Cass. crim., 29 mai 2013, n° 13-80.908, inédit.

Cass. crim. 25 juin 2013, n° 13-81.977, bull. n° 154 ; *Gaz. Pal.* 15 octobre 2013, p. 1493, obs. FOURMENT.

Cass. crim., 17 novembre 2015, n° 15-84.025, bull. n° 529 ; *Rev. sc. crim.* 2016, p. 369, obs. CORDIER ; *Procédures* 2016, comm. 26 CHAVENT-LECLÈRE ; *Gaz. Pal* 19 décembre 2015, p. 18, obs. MÉSA ainsi que 26 janvier 2016, p. 64, obs. FOURMENT.

Cass. crim., 23 novembre 2016, n° 16-81.904, bull. n° 306.

Cass. crim., 23 novembre 2016, n° 15-83.649, bull. n° 307 ; *D.* 2017, p. 245, chron. GUÉHO, ASCENSI, PICHON, LAURENT et BARBIER ; *AJ Pénal* 2017, p. 43 et 76, obs. THIERRY ; *Dr. pén.* 2017, comm. 13 MARON et HAAS ; *Procédures* 2017, comm. 16 CHAVENT-LECLÈRE ; *JCP G* 2017, note 82 PRADEL ; *Gaz. Pal.* 24 janvier 2017, p. 60, note FOURMENT.

Cass. crim., 26 avril 2017, n° 16-86.840, bull. n° 128 ; *Procédures* 2017, comm. 168 CHAVENT-LECLÈRE ; *Dr. pén.* 2017, comm. 98 MARON et HAAS.

Cass. crim., 23 mai 2017, n° 16-87.323, bull. n° 140.

Cass. crim., 8 juin 2017, n° 17-80.709, bull. n° 159 ; *Procédures* 2017, comm. 212 CHAVENT-LECLÈRE ; *Gaz. Pal.* 11 juillet 2017, p. 37, obs. BERLAUD.

Cass. crim., 10 avril 2018, n° 17-85.607, inédit.

Cass. crim., 9 mai 2018, n° 17-86.638, inédit ; *Dr. pén.* 2018, comm. 136 MARON et HAAS ; *Procédures* 2018, comm. 224 CHAVENT-LECLERE ; *Gaz. Pal.* 24 juillet 2018, p. 51, obs. FOURMENT.

Cass. crim., 9 mai 2018, n° 17-86.558, inédit ; *Dr. pén.* 2018, comm. 136 MARON et HAAS ; *Procédures* 2018, comm. 224 CHAVENT-LECLERE ; *Gaz. Pal.* 24 juillet 2018, p. 51, obs. FOURMENT.

Cass. crim., 16 mai 2018, n° 17-84.909 ; *Gaz. Pal.* 24 juillet 2018, p. 49 note FOURMENT.

Cass. crim., 13 juin 2018, n° 17-81.849, inédit.

Cass. crim., 20 juin 2018, n° 17-86.651, bull. numérique n° 1562 ; *Gaz. Pal.* 18 septembre 2018, p. 12, obs. MÉSA.

Cass. crim., 20 juin 2018, n° 17-86.657, bull. numérique n° 1519 ; *Gaz. Pal.* 18 septembre 2018, p. 12, obs. MÉSA ainsi que 6 novembre 2018, obs. FOURMENT.

Cass. crim., 25 juillet 2018, n° 18-80.651, bull. numérique n° 2032 ; *Procédures* 2018, comm. 307 CHAVENT-LECLERE ; *Gaz. Pal.* 6 novembre 2018, obs. FOURMENT.

Cass. crim., 9 octobre 2018, n° 18-83.788 ; *Gaz. Pal.* 5 février 2019, p. 65 note FOURMENT.

Autres chambres

Cass. civ., 7 mai 1828, bull. n° 47.

II. Juridictions allemandes

A. Cour constitutionnelle fédérale

Cour constitutionnelle fédérale allemande, 28 novembre 1957, 2 BvL 11/56 (BVerfGE 7, 183).

Cour constitutionnelle fédérale allemande, 19 mars 1959, 1 BvR 295/58 (BVerfGE 9, 223).

Cour constitutionnelle fédérale allemande, 9 mai 1962, 2 BvL 13/60 (BVerfGE 14, 56).

Cour constitutionnelle fédérale allemande, 3 juillet 1962, 2 BvR 628/60, 2 BvR 247/61 (BVerfGE 14, 156).

Cour constitutionnelle fédérale allemande, 15 décembre 1965, 1 BvR 513/65 (BVerfGE 19, 342).

Cour constitutionnelle fédérale allemande, 3 mai 1966, 1 BvR 58/66 (BVerfGE 20, 45).

Cour constitutionnelle fédérale allemande, 4 juillet 1967, 2 BvL 10/62 (BVerfGE 22, 125).

Cour constitutionnelle fédérale allemande, 11 juin 1969, 2 BvR 518/66 (BVerfGE 26, 186).

Cour constitutionnelle fédérale allemande, 27 avril 1971, 2 BvL 31/71 (BVerfGE 31, 43).

Cour constitutionnelle fédérale allemande, 13 octobre 1971, 2 BvR 233/71 (BVerfGE 32, 87).

Cour constitutionnelle fédérale allemande, 15 novembre 1971, 2 BvF 1/70 (BVerfGE 32, 199).

Cour constitutionnelle fédérale allemande, 11 octobre 1978, 2 BvR 1055/76 (BVerfGE 49, 329).

Cour constitutionnelle fédérale allemande, 3 avril 1979, 1 BvR 994/76 (BVerfGE 51, 97).

Cour constitutionnelle fédérale allemande, 8 novembre 1983, 2 BvR 1138/83.

Cour constitutionnelle fédérale allemande, 15 décembre 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).

Cour constitutionnelle fédérale allemande, 5 mars 1985, 2 BvR 1715/83.

Cour constitutionnelle fédérale allemande, 11 juillet 1994, 2 BvR 777/94.

Cour constitutionnelle fédérale allemande, 27 mai 1997, 2 BvR 1992/92 (BVerfGE 96, 44).

Cour constitutionnelle allemande, 8 février 2001, 2 BvF 1/00 (BVerfGE 103, 111).

Cour constitutionnelle fédérale allemande, 20 février 2001, 2 BvR 1444/00 (BVerfGE 103, 142).

Cour constitutionnelle fédérale allemande, 15 mai 2002, 2 BvR 2292/00 (BVerfGE 105, 239).

Cour constitutionnelle fédérale allemande, 10 décembre 2003, 2 BvR 1481/02 (BVerfGE 2, 176).

Cour constitutionnelle fédérale allemande, 15 janvier 2004, 2 BvR 1895/03.

Cour constitutionnelle fédérale allemande, 3 mars 2004, 1 BvR 2378/98 (BVerfGE 109, 279).

Cour constitutionnelle fédérale allemande, 12 avril 2005, 2 BvR 581/01 (BVerfGE 112, 304).

Cour constitutionnelle fédérale allemande, 12 avril 2005, 2 BvR 1027/02 (BVerfGE 113, 29).

Cour constitutionnelle fédérale allemande, 5 mai 2005, 2 BvL 17/09, 2 BvL 1/14, 2 BvL 6/12, 2 BvL 5/12, 2 BvL 4/12, 2 BvL 3/12, 2 BvL 18/09 (BVerfGE 139, 64)

Cour constitutionnelle fédérale allemande, 28 septembre 2006, 2 BvR 876/06 (BVerfGE 9, 287).

Cour constitutionnelle fédérale allemande, 12 février 2007, 2 BvR 273/06 (BVerfGE 10, 270).

Cour constitutionnelle fédérale allemande, 15 janvier 2009, 2 BvR 2044/07 (BVerfGE 122, 248).

Cour constitutionnelle fédérale allemande, 17 février 2009, 2 BvR 1372/07, 2 BvR 1745/07 (BVerfGE 15, 71).

Cour constitutionnelle fédérale allemande, 2 juillet 2009, 2 BvR 1691/07 (BVerfGE 16, 1).

Cour constitutionnelle fédérale allemande, 25 septembre 2009, 2 BvR 1113/06 (BVerfGE 32, 216).

Cour constitutionnelle fédérale allemande, 9 mars 2018, 2 BvR 174/18.

Cour constitutionnelle fédérale allemande, 11 juin 2018, 2 BvR 819/18.

Cour constitutionnelle fédérale allemande, 8 octobre 2018, 1 BvR 1658/18.

Cour constitutionnelle fédérale allemande, 16 octobre 2018, 2 BvL 2/17.

Cour constitutionnelle fédérale allemande, 23 janvier 2019, 2 BvR 2429/18.

B. Cour fédérale de justice

Cour impériale de justice, 1^{er} décembre 1892 (RGSt 23, 334).

Cour fédérale de justice, 10 décembre 1971, RiZ (R) 4/71 (BGHZ 57, 344).

Cour fédérale de justice allemande, 14 mai 1991, 1 StR 699/90.

Cour fédérale de justice allemande, 5 mars 2003, StB 7/03.

Cour fédérale de justice allemande, 12 janvier 2005, 5 StR 191/04.

Cour fédérale de justice allemande, 31 janvier 2007, StB 18/06 (BGHSt 51, 211).

Cour fédérale de justice allemande, 11 mars 2010, StB 16/09.

Cour fédérale de justice allemande, 7 septembre 2017, RiZ (R) 2/15.

C. Cour fédérale administrative

Cour fédérale administrative allemande, 3 décembre 1974, I C 11.73 (BVerwGE 47, 255, 263).

Cour fédérale administrative allemande, 27 juin 2018, 6 C 39.16.

Cour fédérale administrative allemande, 28 février 2019, 7 C 23.17.

D. Juridictions des *Länder*

Tribunal administratif d'Aix-la-Chapelle, 5 octobre 2009, 6 K 1802/08.

Tribunal administratif supérieur de Coblenz, 15 novembre, 2018, 7 A 10084/18.OVG.

Tribunal régional de Bayreuth, 13 février 2019, 3 Qs 4/19.

III. Juridictions italiennes

A. Cour constitutionnelle

Cour constitutionnelle italienne, 24 mai 1967, n° 61.

Cour constitutionnelle italienne, 9 juillet 1970, n° 123.

Cour constitutionnelle italienne, 26 juillet 1970, n° 84.

Cour constitutionnelle italienne, 16 décembre 1970, n° 190.

Cour constitutionnelle italienne, 13 janvier 1972, n° 3.

Cour constitutionnelle italienne, 29 avril 1975, n° 96.

Cour constitutionnelle italienne, 22 octobre 1975, n° 231.

Cour constitutionnelle italienne, 26 juillet 1979, n° 84.

Cour constitutionnelle italienne, 26 octobre 1989, n° 503.

Cour constitutionnelle italienne, 28 janvier 1991, n° 88.

Cour constitutionnelle italienne, 15 février 1991, n° 81.

Cour constitutionnelle italienne, 6 juin 1991, n° 253.

Cour constitutionnelle italienne, 20 novembre 1991, n° 436.

Cour constitutionnelle italienne, 13 janvier 1992, n° 3.

Cour constitutionnelle italienne, 22 janvier 1992, n° 24.

Cour constitutionnelle italienne, 15 avril 1992, n° 174.

Cour constitutionnelle italienne, 18 mai 1992, n° 254 et n° 255.

Cour constitutionnelle italienne, 14 octobre 1998, n° 361.

Cour constitutionnelle italienne, 24 avril 2009, n° 121.

Cour constitutionnelle italienne, 21 juillet 2010, n° 265.

Cour constitutionnelle italienne, 12 mai 2011, n° 164.

Cour constitutionnelle italienne, 22 juillet 2011, n° 231.

Cour constitutionnelle italienne, 3 mai 2012, n° 110.

Cour constitutionnelle italienne, 29 mars 2013, n° 57.

Cour constitutionnelle italienne, 18 juillet 2013, n° 213.

Cour constitutionnelle italienne, 23 juillet 2013, n° 232.

Cour constitutionnelle italienne, 25 février 2015, n° 48.

Cour constitutionnelle italienne, 7 novembre 2018, n° 229.

B. Cour de cassation

Sections pénales réunies

Cour de cassation italienne, sections pénales réunies, 13 décembre 1992, n° 17, *Bernini ed altri*.

Cour de cassation italienne, sections pénales réunies, 21 juin 2000, n° 17.

Cour de cassation italienne, sections pénales réunies, 21 juin 2000, n° 216248, *Tammaro*.

Cour de cassation italienne, sections pénales réunies, 22 novembre 2000, n° 34.

Cour de cassation italienne, sections pénales réunies, 20 octobre 2008, n° 40538, *Lattanzi*.

Cour de cassation italienne, sections pénales réunies, 22 janvier 2009, n° 8388, *Novi*.

Autres sections pénales

Cour de cassation italienne, 6^e section pénale, 21 mai 1990, *Bonamora*.

Cour de cassation italienne, 3^e section pénale, 5 décembre 1990, *Micheletti*.

Cour de cassation italienne, 6^e section pénale, 11 février 1991, *Loffredo*.

Cour de cassation italienne, 6^e section pénale, 5 mars 1991, n° 3473, *P.M. in proc. Ghelardini*.

Cour de cassation italienne, 1^{re} section pénale, 6 juillet 1992, *Barberio*.

Cour de cassation italienne, 5^e section pénale, 18 octobre 1993, *Crici*.

Cour de cassation italienne, 1^{re} section pénale, 21 février 1995, n° 1708, *Colazzo*.

Cour de cassation italienne, 1^{re} section pénale, 28 avril 1995, *Grimoli*.

Cour de cassation italienne, 2^e section pénale, 31 juillet 1995, n° 3460, *Quagliari*.

Cour de cassation italienne, 6^e section pénale, 29 août 1995, n° 2281, *Piromallo*.

Cour de cassation italienne, 4^e section pénale, 27 août 1996, *Guddo*.

Cour de cassation italienne, 6^e section pénale, 24 octobre 1997, *Todini*.

Cour de cassation italienne, 1^{re} section pénale, 27 mars 1998, *Dell'Anna*.

Cour de cassation italienne, 1^{re} section pénale, 19 mai 1998, n° 1840, *Dell'Anna*.

Cour de cassation italienne, 1^{re} section pénale, 11 mars 1999, *Testa*.

Cour de cassation italienne, 5^e section pénale, 27 mars 1999, *P.G. in proc. Longarini*.

Cour de cassation italienne, 5^e section pénale, 5 août 1999, n° 2673, *P.M. in proc. Ravelli L.*

Cour de cassation italienne, 2^e section pénale, 17 mai 2000, n° 2756, *Bonacina*.

Cour de cassation italienne, 3^e section pénale, 15 octobre 2002, *Scarpa ed altri*.

Cour de cassation italienne, 6^e section pénale, 17 février 2003, *Parrella*.

Cour de cassation italienne, 3^e section pénale, 22 septembre 2003, n° 36174, *Perfigli*.

Cour de cassation italienne, 5^e section pénale, 8 octobre 2003, *Liscai*.

Cour de cassation italienne, 5^e section pénale, 21 septembre 2006, *Boscarato*.

Cour de cassation italienne, 6^e section pénale, 20 mars 2009, n° 19833, *Cavallo*.

Cour de cassation italienne, 1^{re} section pénale, 13 janvier 2012, n° 998, *P.M. in proc. Frau*.

Cour de cassation italienne, 2^e section pénale, 23 janvier 2012, n° 2732, *P.M. in proc. Manzittu e altro*.

Cour de cassation italienne, 6^e section pénale, 31 janvier 2012, n° 3891, *Pmt in proc. Milana e altro*.

Cour de cassation italienne, 5^e section pénale, 5 avril 2012, n° 12987, *P.M. in proc. Di Felice ed altri*.

Cour de cassation italienne, 2^e section pénale, 16 juin 2013, n° 34986, *Pini*.

Cour de cassation italienne, 4^e section pénale, 18 septembre 2013, n° 38466, *Kolgjini*.

Cour de cassation italienne, 3^e section pénale, 4 mars 2016, n° 9149, *Plaka*.

Cour de cassation italienne, 4^e section pénale, 4 novembre 2016, n° 46470, *Mouzzaoui*.

Cour de cassation italienne, 3^e section pénale, 30 décembre 2016, n° 55285, *Bruzzese ed altri*.

Cour de cassation italienne, 3^e section pénale, 16 janvier 2017, n° 1772, *Xianshun*.

Cour de cassation italienne, 6^e section pénale, 8 février 2017, n° 5852, *Mengardo e Bruscaolin*.

Cour de cassation italienne, 2^e section pénale, 19 avril 2018, n° 17701, *Bruno*.

Cour de cassation italienne, 2^e section pénale, 3 juillet 2018, n° 29923, *Procuratore della Repubblica presso il tribunale di Genova*.

Cour de cassation italienne, 2^e section pénale, 8 août 2018, n° 28217, *Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Roma*.

Cour de cassation italienne, 2^e section pénale, 23 janvier 2019, n° 3261.

C. Juridictions inférieures

Tribunal de Catane, section des infractions ministérielles, 7 décembre 2018.

IV. Cour européenne des droits de l'Homme

Commission EDH, 30 juin 1959, n° 434/58, *Szwabowicz c. Suède*.

Cour EDH, 27 juin 1968, n° 2122/64, *Wemhoff c. Allemagne*.

Cour EDH, 10 novembre 1969, n° 2178/64, *Matznetter c. Autriche*.

Cour EDH, 17 janvier 1970, n° 2889/65, *Delcourt c. Belgique*.

Cour EDH, 8 juin 1976, n° 5100/71, 5101/71, 5102/71 5354/72 et 5370/72, *Engel et autres c. Pays-Bas*.

Cour EDH, 1^{er} octobre 1982, n° 8692/79, *Piersack c. Belgique*.

Cour EDH, 22 octobre 1984, n° 8790/79, *Sramek c. Autriche*.

Cour EDH, 26 octobre 1984, n° 9186/80, *De Cubber c. Belgique*.

Cour EDH, 6 mai 1985, n° 8658/79, *Bönisch c. Autriche*.

Cour EDH, 2 mars 1987, n° 9562/81 et 9818/82, *Monnell et Morris c. Royaume-Uni*.

Cour EDH, 26 mai 1988, n° 10563/83, *Ekbatani c. Suède*.

Cour EDH, 29 novembre 1988, n° 11209, 11234 et 11266/84, *Brogan et autres c. Royaume-Uni*.

Cour EDH, 24 mai 1989, n° 10846/83, *Hauschildt c. Danemark*.

Cour EDH, 30 mars 1989, n° 10444/83, *Lamy c. Belgique*.

Cour EDH, 15 juin 1992, n° 12433/86, *Lüdi c. Suisse*.

Cour EDH, 26 novembre 1992, n° 13867/88, *Brincat c. Italie*.

Cour EDH, 27 octobre 1993, n° 14448/88, *Dombo Beheer c. Pays-Bas*.

Cour EDH, 18 mars 1997, n° 21497/93, *Mantovanelli c. France*.

Commission EDH, 20 mai 1998, n° 36331/97, *Société Garage Gremeau c. France*.

Cour EDH, 29 avril 1999, n° 65642/94, *Aquilina c. Malte*.

Cour EDH, 5 juillet 2001, n° 38321/97, *Erdem c. Allemagne*.

Cour EDH, 29 juillet 2004, n° 46746/99, *Čevizović c. Allemagne*.

Cour EDH, 10 novembre 2005, n° 65745/01, *Dzelili c. Allemagne*.

Cour EDH, 26 octobre 2006, n° 65655/01, *Chraidi c. Allemagne*.

Cour EDH, 4 octobre 2007, n° 74785/01, *Nastase-Silvestru c. Roumanie*.

Cour EDH, 10 juillet 2008, n° 3394/03, *Medvedyev et autres c. France*.

Cour EDH, 23 juin 2009, n° 39686/02, *Oral et Atabay c. Turquie*.

Cour EDH, grande chambre, 29 mars 2010, n° 3394/03, *Medvedyev et autres c. France*.

Cour EDH, 22 avril 2010, n° 29808/06, *Chesne c. France*.

Cour EDH, 19 octobre 2010, n° 20999/04, *Özpinar c. Turquie*.

Cour EDH, 23 novembre 2010, n° 37104/06, *Moulin c. France*.

Cour EDH, 3 mai 2011, n° 18120/03, *Bielski c. Pologne et Allemagne*.

Cour EDH, 7 mars 2013, n° 15598/08, *Ostendorf c. Allemagne*.

Cour EDH, 27 juin 2013, n° 62736/09, *Vassis c. France*.

Cour EDH, 6 novembre 2014, n° 67522/09, *Ereren c. Allemagne*.

Cour EDH, 4 décembre 2014, n° 17110/10 et 17301/10, *Ali Samatar et autres c. France*.

Cour EDH, 4 décembre 2014, n° 46695/10 et 54588/10, *Hassan et autres c. France*.

Cour EDH, 9 juillet 2015, n° 88/24/09 et 42836/12, *El Khoury c. Allemagne*.

Cour EDH, 18 octobre 2018, n° 80018/12, *Thiam c. France*.

INDEX ALPHABÉTIQUE

Action publique :

Critère de scansion de la procédure : 8

Définition : 130

Alternatives aux poursuites : 149

Audience préliminaire (Italie) : 236

Autorité judiciaire (indépendance) : 575 et s.

Avantage cognitif :

Dangers : 405 et s.

Définition : 397 et s., 404

Comparaison des droits : 34 et s.

Définition : 36 et s.

Méthode : 44 et s.

Confusion des droits des pouvoirs : 28 et s.

Décision de mise en mouvement de l'action publique :

Définition : 132

Distribution : 228 et s.

Délais de procédure : 424 et s.

Dans la distribution proposée :

Contrôle : 448 et s.

Durée : 444 et s.

Point de départ : 442 et s.

En Italie : 425 et s.

Détention provisoire :

Allemagne : 264, 270

France : 266, 272

Italie : 265, 271

Diffusion de la contrainte : 15 et s.

Causes : 18

Conséquences : 20 et s.

Définition : 16

Manifestation : 17

Dossier numérique unique à accès différencié permanent : 412 et s.

Égalité des armes : 23 et s.

Définition : 24 et s.

Utilisation : 27 et s.

Équilibre des pouvoirs (définition) : 93 et s.

Flagrance :

Absence d'incidence sur la distribution des pouvoirs : 347 et s.
Allemagne : 335 et s.
France : 344 et s.
Italie : 338 et s.
Présomption d'urgence : 349

Fonction juridictionnelle (définition) : 144 et s.**Garantie des droits et libertés :**

Définition : 140
Distribution : 285 et s.
Urgence : 385

Gravité de l'infraction : 318 et s.

Absence d'incidence sur la distribution des pouvoirs : 331 et s.
En Allemagne : 320 et s.
En France : 328 et s.
En Italie : 323 et s.

Incident probatoire (Italie) : 147**Investigation :**

Atteinte aux droits et libertés : 217
Consentement : 218
Définition : 128
Direction : 224
Distribution : 195 et s.
Niveaux : 220
Preuve : 127
Secret : 219
Urgence : 384

Juge :

Nécessaire amélioration de l'indépendance : 575 et s.
Organisation :
 Allemagne : 156
 France : 155
 Italie : 157
Statut :
 Allemagne : 558 et s.
 France : 571 et s.
 Italie : 563 et s.

Juge d'instruction :

Actes juridictionnels : 147
Débat :
 Allemagne : 198 et s.
 France : 210 et s.
 Italie : 202 et s.
Cumul des fonctions : 115 et s. ; 212
Malaise : 13
Présentation : 155

Légalité des poursuites : 544

Légitimité démocratique : 550 et s.

Ministère public :

Nécessaire indépendance : 541 et s.

Organisation :

Allemagne : 161

France : 160

Italie : 162

Statut :

Allemagne : 522 et s.

France : 517 et s.

Italie : 531 et s.

Opération mains propres : 536

Parquet européen : 545

Phase intermédiaire (Allemagne) : 232

Phase préparatoire (définition) : 9

Police :

Nécessité d'intégration à l'autorité judiciaire : 484 et s.

Organisation :

Allemagne : 170

France : 169

Italie : 171

Revalorisation : 166 et s.

Statut :

Allemagne : 463 et s.

France : 469 et s.

Italie : 472 et s.

Police judiciaire / police administrative : 503 et s.

Policiarisation : 22

Politique pénale :

Définition : 554

Critique : 555

Pouvoir (définition) : 56 et s.

Définitions retenues : 84

En droit privé : 61 et s.

En droit public : 64 et s.

En science politique et philosophie : 59 et s.

Pouvoir-compétence :

Dans la phase préparatoire : 181 et s.

Définition : 80 et s.

Pouvoir-fonction :

Dans la phase préparatoire : 123 et s. ; 142

Définition : 72 et s.

Pouvoir-organe :

Dans la phase préparatoire : 152 et s.
Définition : 76 et s.

Pouvoir-prérogative :

Dans la phase préparatoire : 174 et s.
Définition : 82 et s.

Procédure de contrainte à poursuites (Allemagne) : 233**Procédure pénale liberticide : 193****Protection de la procédure :**

Consentement : 278
Définition : 136
Distribution : 261 et s.
Urgence : 384

Réserve du juge :

Activation : 298 et s.
Contrôle :
Définition : 293 et s. ; 296
Étendue : 308
Moment : 303
Motivation : 309

Séparation des fonctions :

De poursuite, d'instruction et de jugement : 106 et s.
D'investigation et juridictionnelle : 114 et s.

Séparation des pouvoirs : 87 et s.**Traduction : 48****Urgence :**

Contrôle : 386 et s.
Dangers : 362 et s.
Définition :
 Allemagne : 353
 Définition retenue : 359 et s.
 France : 356 et s.
 Italie : 354
Impact sur la distribution des pouvoirs :
 Allemagne : 367 et s.
 France : 376 et s.
 Impact retenu : 382 et s.
 Italie : 372 et s.
 Motivation : 389

ANNEXES

Annexe 1 : Présentation des systèmes	- 731 -
Annexe 2 : Tableau comparatif.....	- 757 -

ANNEXE 1

PRÉSENTATION DES SYSTÈMES

Seront ici présentés le système français (section 1), le système allemand (section 2) et le système italien (section 3) selon une grille d'analyse commune.

Nous nous attacherons d'abord à présenter la procédure pénale du pays sous deux angles : son déroulement (procédure classique, procédures spéciales) et ses acteurs (organes étatiques, sujets).

Il s'agira ensuite de décrire plus largement le contexte juridique au travers du droit pénal (structure des infractions, modes de responsabilité et place dans la législation), du droit constitutionnel (Constitution, Cour constitutionnelle) et des institutions judiciaires. Cette analyse, rapide, entraînera nécessairement certaines approximations et omissions.

Section 1

France

§ 1. Présentation de la procédure pénale française

A. Le déroulement de la procédure

Idée générale. Le Code de 1958 perpétue dans le principe le consensus napoléonien entre une phase préparatoire à tendance inquisitoire et une phase principale à dominante accusatoire. La France est de plus un pays d'opportunité des poursuites.

1. La procédure classique

Des faits aux enquêtes. Le moment de la constatation des faits a une incidence sur la forme de l'enquête. En effet, on distingue l'enquête de flagrance, si la constatation a lieu

rapidement, et l'enquête préliminaire dans les autres cas. La flagrance entraîne un avis immédiat au parquet, l'enquête préliminaire pouvant être conduite pendant 6 mois sans informer le ministère public. Les faits constatés s'ouvrent l'enquête.

Le déroulement des enquêtes. La police, dirigée par le ministère public, effectue les actes d'investigations nécessaires à l'élucidation des faits. Le parquet, régulièrement informé, donne son autorisation à certaines mesures. Les actes d'investigation possibles varient selon le type d'enquête, l'enquête de flagrance étant plus coercitive que l'enquête préliminaire qui suppose généralement le consentement des personnes à la coercition. Mais cette différence tend à se réduire par une série d'exceptions où, sur autorisation d'un juge des libertés et de la détention, des actes coercitifs vont être accomplis sans le consentement de la personne. Ce mécanisme d'autorisation de la contrainte par le juge a été généralisé en matière de criminalité organisée et de terrorisme, en flagrance comme en préliminaire. La différence entre les enquêtes détermine leur durée : alors que l'enquête de flagrance, coercitive, est strictement limitée dans le temps, l'enquête préliminaire n'est soumise qu'à la limite du délai raisonnable de la procédure en son entier.

La place de la défense pendant l'enquête est assez marginale, les points notables étant l'assistance de l'avocat lors de la garde à vue ou encore le droit, dans certains cas, d'accéder au dossier lorsqu'il n'a reçu aucune suite. La victime, elle, dispose surtout de droits à l'assistance et à l'information.

La fin des enquêtes et la décision du ministère public. Les enquêtes terminées, le dossier est transmis au ministère public qui va décider de la suite à donner selon le principe d'opportunité des poursuites. Il peut décider d'un classement sans suite, d'une alternative aux poursuites ou de la poursuite. Les plaignants sont avisés de sa décision.

Le classement sans suite, aujourd'hui encadré, est un acte d'administration de la justice et n'est susceptible que d'un recours hiérarchique. La victime peut, en se constituant partie civile par voie d'action, déclencher les poursuites et obliger le parquet à exercer l'action publique.

Les alternatives aux poursuites, troisième voie entre la poursuite et le classement, consistent en différentes mesures demandées au mis en cause, comme la médiation.

Certaines s'apparentent à une sorte de classement sous condition qui n'emporte pas extinction de l'action publique. D'autres, plus punitives, emportent extinction de l'action.

La poursuite, qui peut être forcée par l'action de la victime, revient à exercer l'action publique devant une juridiction. Ces juridictions peuvent être d'instruction ou de jugement.

La poursuite devant les juridictions d'instruction. Obligatoire en cas de crime, nécessaire en cas de délit complexe, la saisine d'un juge d'instruction, qui prend la charge de la procédure, conduit à une sorte de nouvelle enquête, cette fois-ci menée par un juge du siège aidé de la police judiciaire. Celui-ci accomplit, à charge et à décharge, tous les actes utiles à la manifestation de la vérité. S'il décide seul des mesures à prendre, ce principe connaît deux atténuations : les parties privées et le parquet peuvent lui demander certains actes, qu'il ne peut refuser que par ordonnance motivée ; et le placement en détention provisoire lui échappe au profit du juge des libertés et de la détention. L'instruction terminée, le juge procède à sa clôture contradictoire et, s'il estime les charges suffisantes, renvoie le mis en cause en jugement. À défaut, il décide du non-lieu qui, s'il est fondé sur des motifs de droit, empêche la réouverture d'une instruction sur les mêmes faits.

Les droits de la défense augmentent au fur et à mesure que les soupçons et le statut procédural s'aggravent, culminant dans la mise en examen et l'acquisition du statut de partie. La victime partie civile a des droits d'intervention, pas seulement d'information.

La poursuite devant les juridictions de jugement. Les juridictions sont saisies soit par le ministère public en l'absence d'instruction, soit par le juge d'instruction. La phase de jugement comprend deux étapes principales : les débats et la sentence.

L'audience obéit à trois principes généraux : publicité, oralité et contradictoire. Le juge, qui connaît le dossier, dispose de pouvoirs forts, la France ne connaissant pas, au pénal, le principe dispositif. Les débats se terminent par les arguments de la partie civile, du ministère public et de la défense.

En dehors de la cour d'assises, la sentence peut être mise en délibéré à une date ultérieure. Les preuves sont appréciées selon le principe de l'intime conviction, le standard du doute raisonnable n'existant pas en droit français. Quoi qu'il en soit, la décision doit

être motivée, même aux assises. La sentence peut être soit la condamnation, assortie ou non d'une peine, soit l'acquittement aux assises ou la relaxe devant les autres juridictions.

2. Les procédures spéciales

L'engorgement des juridictions a conduit le législateur à créer des procédures spéciales en matière délictuelle, supposant toutes des poursuites. Les principales tendent à accélérer la survenance des débats, à les réduire à une homologation ou à les supprimer. Existente aussi, en matière de criminalité organisée et de terrorisme, des procédures dérogatoires.

Juger vite : la comparution immédiate. Cette procédure suppose que le mis en cause soit déféré au parquet qui estime l'affaire en état d'être jugée. Soumise à des conditions strictes, elle entraîne un jugement en principe le jour même. Mais l'individu ou le tribunal peuvent refuser le jugement en l'état, renvoyant l'affaire à une date ultérieure et ouvrant la voie à des mesures restrictives ou privatives de liberté à l'encontre du mis en cause.

Juger par homologation : la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité. Ersatz de *plea bargain* soumis à des conditions limitatives, cette procédure permet au parquet, d'office ou sur demande de la défense, de proposer une peine au mis en cause qui ne peut excéder certains seuils, faibles. Si le mis en cause accepte, une audience se tient devant le juge qui ne peut qu'accepter ou refuser d'homologuer l'accord. La victime, informée, peut se constituer partie civile à l'audience et dispose, comme le mis en cause et le parquet, d'un droit d'appel. Si l'homologation est déniée, ou si l'individu refuse dès le départ l'offre du procureur, on procède soit selon la procédure normale, avec une éventuelle instruction, soit selon la procédure de comparution immédiate.

Juger sans débats : l'ordonnance pénale. Cette procédure permet au parquet, pour certains délits, de saisir le président du tribunal d'une ordonnance de condamnation à une peine d'amende inférieure à un certain seuil. Celui-ci peut rendre une ordonnance de relaxe ou de condamnation, mais aussi renvoyer le dossier au procureur s'il estime qu'un débat

contradictoire est utile ou qu'une peine d'emprisonnement doit être prononcée. Dans cette hypothèse, de même que dans le cas d'une opposition du mis en cause ou d'une citation directe faite par la victime, se tient une audience classique devant le tribunal correctionnel.

Juger la criminalité organisée. Le législateur français a fait le choix de systématiser au sein du Code de procédure pénale un régime d'enquête dérogatoire propre aux actes relevant de la criminalité organisée ou du terrorisme. La caractéristique principale de ces enquêtes est la forte coercition qu'elles permettent de déployer sans saisine d'un juge d'instruction mais avec l'autorisation du juge des libertés et de la détention.

B. Les acteurs de la procédure

1. Les organes de la procédure

Le juge. Le juge est constitutionnellement inamovible et indépendant, l'essentiel de son statut étant prévu par une loi organique. Il dépend du Conseil supérieur de la magistrature pour sa nomination (avis conforme), sa promotion ou encore en matière disciplinaire.

Quant à leur formation, les juges sont majoritairement recrutés par concours national, ne pouvant concourir en principe que les titulaires d'un diplôme sanctionnant au moins quatre années d'études après le baccalauréat. Une fois admis, l'auditeur de justice suit une formation d'abord générale puis de spécialisation, alternant toutes deux théorie et stages, pour un total de trente et un mois dans le cadre d'une École nationale de la magistrature créée en 1959.

En 2016, la France comptait 6 995 juges professionnels, soit 10,4 pour 100 000 habitants, en baisse de 2 % depuis 2012¹.

Le ministère public. Le ministère public fait partie du corps de la magistrature mais ne bénéficie ni de l'indépendance ni de l'inamovibilité, étant soumis à une forte

¹ Source : *Systèmes judiciaires européens. Efficacité et qualité de la justice*, Rapport CEPEJ, 2018. V. Annexe n° 2 p. 757.

hiérarchisation. Il dépend d'une formation distincte du Conseil supérieur de la magistrature, qui ne rend qu'un avis consultatif quant à sa nomination ainsi qu'en matière disciplinaire. Le recrutement et la formation du parquet sont identiques à ceux du juge.

En 2016, la France comptait 1 955 parquetiers, soit 2,9 pour 100 000 habitants, en baisse de 2 % depuis 2012¹.

La police. Les forces de police françaises sont militaires ou civiles, ressortissant cependant toutes du Ministère de l'Intérieur. La police remplit une double fonction de police administrative et de police judiciaire. Cette dernière est placée sous la direction du procureur de la République, sous la surveillance du procureur général et sous le contrôle de la chambre de l'instruction, sans que cela n'enlève rien à l'appartenance du fonctionnaire ou militaire à son corps, donc à sa hiérarchie.

La formation de la police dépend des corps intégrés. Le concours d'entrée demeure une règle générale. De manière schématique, il existe une gradation des formations suivant l'échelon demandé : durée de la formation, mais aussi diplômes exigés et nombre d'épreuves aux concours. Des épreuves de droit ne sont prévues à titre obligatoire que pour la force civile (police nationale) à partir du deuxième grade. Toutes les formations voient alterner cours théoriques et stages pratiques.

En 2016, la France comptait 217 818 agents de police, soit 326,4 pour 100 000 habitants, en augmentation de 14,8 % par rapport à 2012².

2. Les sujets de la procédure

Le mis en cause. Si l'hypothèse est rare, il reste possible qu'une personne soit mise en cause dans une procédure sans qu'elle le sache, notamment si aucun acte nécessitant sa présence n'est réalisé et si la procédure se termine par un classement. Quoiqu'il en soit, le mis en cause dispose de droits se renforçant au fur et à mesure des phases de la procédure. L'un des faits marquants de ces dernières années est la timide et parfois controversée

¹ Source : *Systèmes judiciaire européens. Efficacité et qualité de la justice*, Rapport CEPEJ, 2018. V. Annexe n° 2 p. 757.

² Source : Eurostat. V. Annexe n° 2 p. 757.

augmentation des droits du suspect en phase d'enquête. De plus, son consentement est requis pour certaines étapes (procédures spéciales). Les modalités de privation de sa liberté varient, nécessitant (détention provisoire) ou non (garde à vue) l'intervention du juge.

Le défenseur. Le Conseil constitutionnel reconnaît la valeur constitutionnelle des droits de la défense. Pour accéder à la profession d'avocat, il est nécessaire de réussir l'examen d'accès, nationalisé, de l'un des centres régionaux de formation à la profession d'avocat. L'élève avocat, titulaire d'une maîtrise de droit, suivra une formation mêlant théorie et pratique et débouchant sur le certificat d'aptitude à la profession d'avocat. Le rôle de la défense a augmenté en même temps que son activation avait lieu plus en amont.

La victime. On distingue la victime de la partie civile.

La victime de l'infraction n'est pas définie légalement, mais on peut la considérer comme « l'individu qui a subi un dommage »¹. Elle dispose de droits propres, en particulier de droit d'information, même si sa plainte est parfois nécessaire aux poursuites.

La partie civile est la « personne physique ou morale qui, titulaire de l'action civile, a exercé *de facto* cette dernière devant la juridiction pénale [...] et est donc devenue partie à la procédure »². La constitution de partie civile est soumise à des conditions relativement strictes concernant le caractère certain, direct et personnel du dommage, même si les exceptions sont assez nombreuses. C'est, en tout cas, en se constituant partie civile que la victime va parfois pouvoir forcer la main du parquet et déclencher l'action publique.

§ 2. Présentation du contexte juridique français

Le droit pénal. Une division tripartite des infractions (contraventions, délits, crimes) est fondée sur la gravité des incriminations. Protégeant des valeurs sociales, l'infraction suppose, pour être qualifiée, un préalable légal (le texte de loi) mais aussi un élément matériel (comportement, résultat, lien de causalité) et un élément moral (dol ou

¹ A. BEZIZ-AYACHE, *Dictionnaire de droit pénal général et procédure pénale*, 5^e éd., Ellipses, 2011, s. v. « Victime ».

² S. DETRAZ, « La notion textuelle de victime », dans *Humanisme et justice : Mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage*, Dalloz, 2016, p. 67 spéc. n° 6.

imprudence). L'infraction doit être imputable à une personne disposant de ses facultés mentales pour conclure à sa culpabilité. Existente cependant des causes d'irresponsabilité frappant tant la qualification de l'infraction que son imputation.

Fondé sur la responsabilité du fait personnel, le droit prévoit la responsabilité pénale des personnes morales à l'exception de l'État pour, en principe, toutes les infractions.

Le droit pénal, sanctionnateur, occupe une place à part dans la législation. Ceci explique que le pénal l'emporte sur le civil, entraînant l'interruption d'un procès civil tant que le volet pénal n'est pas réglé, et justifie la compétence de principe du juge pénal pour trancher toute question, civile ou administrative mais pas constitutionnelle, dont dépend la solution de l'affaire. On observe aussi une tendance à un foisonnement des textes pénaux à l'intérieur et à l'extérieur du Code pénal, la France n'étant pas un pays de dépenalisation.

Le droit constitutionnel. La Constitution adoptée en 1958, renvoie à la Déclaration de 1789 qui tient encore lieu de charte des droits fondamentaux. Modifiée vingt-quatre fois, le texte organise un régime marqué par une forte présidentialisation depuis l'adoption de l'élection présidentielle au suffrage universel direct et la fin du septennat. Le président de la République dispose d'importants pouvoirs. Plus généralement, la France connaît un exécutif fort pouvant agir dans tous les domaines non réservés au législateur. Le bicaméralisme est en faveur de l'Assemblée nationale, qui a le dernier mot en cas de désaccord avec le Sénat. Enfin, si la France reste attachée à une tradition jacobine centralisatrice, le principe de son organisation décentralisée est inscrit dans la Constitution.

Le Conseil constitutionnel occupe un rôle croissant, surtout depuis l'institution en 2008 de la question prioritaire de constitutionnalité qui permet un contrôle *a posteriori* activé seulement sur demande d'une partie et après filtre des hautes juridictions. A ainsi été censuré le régime de la garde à vue en 2010. Le Conseil est composé de neuf membres titulaires d'un mandat unique de neuf années, nommés par le président de la République et les présidents des deux chambres sans considération de leurs aptitudes juridiques. Les anciens présidents de la République en sont membres de droit. La tâche majeure du Conseil est le contrôle, *a priori* et *a posteriori*, de la constitutionnalité des lois. Lors d'un contrôle

a posteriori, le texte censuré est en principe abrogé à compter de la publication de la décision au journal officiel.

L'organisation judiciaire. Les juridictions de premier degré sont : le tribunal de police, juridiction à juge unique compétente pour les contraventions ; le tribunal correctionnel, juridiction collégiale ou à juge unique compétente pour les délits ; la cour d'assises, juridiction collégiale échevinée compétente pour les crimes.

Les juridictions d'appel sont : la cour d'appel pour certaines affaires relevant en premier ressort du tribunal de police et pour toutes les affaires relevant en premier ressort du tribunal correctionnel ; la cour d'assises d'appel pour les affaires relevant en premier ressort de la cour d'assises, l'appel étant circulaire auprès d'une autre cour d'assises.

Le dernier degré est occupé par la Cour de cassation, juge du droit dont la formation la plus importante est l'assemblée plénière.

En 2016, le budget alloué au système judiciaire français était de 65,9 € par habitant, contre 61,2€ en 2012¹.

Section 2

Allemagne

§ 1. Présentation de la procédure pénale allemande

A. Le déroulement de la procédure

Idée générale. Même si elle a supprimé en 1974 un juge d'instruction hérité de Napoléon, la procédure pénale allemande reste marquée par le compromis entre une phase

¹ Source : *Systèmes judiciaire européens. Efficacité et qualité de la justice*, Rapport CEPEJ, 2018. V. Annexe n° 2 p. 757.

préparatoire secrète, écrite et en principe non contradictoire, et une audience plus accusatoire. L'Allemagne est de plus un pays de légalité atténuée des poursuites.

1. La procédure classique

Des faits à la procédure d'enquête. Après constatation des faits, le parquet (*Staatsanwaltschaft*), ou plus souvent la police, apprécient si le seuil d'un soupçon initial (*Anfangsverdacht*) est atteint, supposant qu'« apparaisse possible, d'après l'expérience criminalistique, qu'une infraction poursuivable ait été commise »¹. Si oui, la légalité des poursuites impose d'ouvrir une enquête. Certains délits supposent la plainte de la victime.

Le déroulement de la procédure d'enquête. Le parquet dirige la phase d'enquête (*Ermittlungsverfahren*) et, aidé d'une police disposant sous conditions de pouvoirs d'initiative, entreprend des investigations à charge et à décharge pour décider de l'exercice de l'action publique. Le Code réglemente les différentes mesures d'investigations, les plus graves devant en principe être autorisées par un juge de l'enquête (*Ermittlungsrichter*). Le ministère public et même la police peuvent toutefois procéder à ces mesures en cas d'urgence, sous réserve d'une validation du juge *a posteriori*. Ce juge intervient de plus afin de donner une valeur probante plus forte à l'interrogatoire du mis en cause. Il peut enfin, en cas d'urgence exceptionnelle, accomplir des actes ressortissant de la compétence du parquet. Le juge de l'enquête pourra par la suite faire partie de la formation de jugement.

Le mis en cause et la défense peuvent demander l'accès au dossier dès la phase d'enquête, le parquet pouvant parfois refuser sous certaines conditions. Le suspect peut

¹ MüKoStPO/Peters StPO § 152 Rn. 35 : « [...] wenn es nach kriminalistischer Erfahrung möglich erscheint, dass eine verfolgbare Straftat begangen worden ist ».

aussi saisir le juge de l'enquête de la validité de toute mesure d'investigation. La victime dispose surtout, sur demande, de droits à l'information.

La fin de la procédure d'enquête. Le dossier est communiqué au parquet qui se décidera par principe selon la légalité, par exception selon l'opportunité des poursuites.

La légalité des poursuites impose d'exercer l'action publique en cas de soupçon suffisant (*hinreichende Tatverdacht*), quand il « apparaît vraisemblable que le mis en cause ait commis un acte pénalement répréhensible et qu'il sera pour cela condamné »¹. Si ce seuil n'est pas atteint, le classement est obligatoire. La victime pourra toutefois, par un recours devant le tribunal régional supérieur (cour d'appel), forcer le parquet à poursuivre.

Le Code prévoit une série d'exceptions de classements en opportunité. Il s'agit surtout de faits de moindre gravité où l'intérêt public à poursuivre n'existe pas ou peut être supprimé par l'exécution de certaines obligations. En principe, l'accord de la juridiction compétente pour le jugement est nécessaire, même si parfois le parquet classera d'office. Seul le classement pour exécution de certaines obligations emporte extinction de l'action. Contrairement au classement en légalité, la victime ne dispose pas d'un recours devant le juge pour contraindre un procureur qui aurait classé en opportunité.

La procédure intermédiaire. Si l'action publique est exercée s'ouvre une procédure intermédiaire (*Zwischenverfahren*), considérée comme préalable et intrinsèquement liée à la phase d'audience. C'est d'ailleurs la juridiction compétente pour le jugement qui va contrôler le seuil du soupçon suffisant. La défense a la possibilité de déposer des demandes de preuve et de s'opposer à l'ouverture, sans que cela n'implique en principe la tenue d'une audience. Si le tribunal estime ne pas pouvoir décider en l'état, il ordonne un supplément d'information. Dans le cas contraire, plusieurs possibilités s'offrent à lui : ouvrir la procédure principale s'il conclut au soupçon suffisant ; refuser l'ouverture et clore ainsi la procédure ; classer en opportunité avec l'accord du parquet et du mis en cause.

¹ W. BEULKE et S. SWOBODA, *Strafprozessrecht*, 14^e, C. F. Müller, 2018, n° 357 : « [...] wenn die Wahrscheinlichkeit besteht, dass er eine strafbare Handlung begangen hat und verurteilt werden wird ».

La procédure principale. La procédure principale (*Hauptverfahren*) implique une audience débouchant sur une sentence.

L'audience est gouvernée par les principes de publicité, d'oralité, d'instruction par le juge et d'immédiateté, impliquant un rapport direct entre le juge et la preuve. La lecture d'actes antérieurs à l'audience est normalement prohibée, même si les exceptions sont nombreuses. Défense et parquet déposent des demandes de preuve ne liant pas le juge, bien que les conditions de refus soient strictement prévues.

Le juge, qui connaît le dossier, délibère selon le principe de libre appréciation des preuves, se basant sur sa conviction librement formée lors des débats et condamnant si la culpabilité est établie en toute certitude. Sa décision est motivée et peut être de plusieurs ordres : condamnation, acquittement ou classement définitif si l'action publique est éteinte.

2. Les procédures spéciales

Face au risque d'engorgement des juridictions, une série de procédures spéciales cherchent à remédier au (x) défaut(s) de la procédure classique en supprimant la procédure intermédiaire ou les débats, ou bien encore en permettant des accords procéduraux. Il n'y a pas de véritable procédure dérogatoire réglementée en matière de criminalité organisée et de terrorisme.

Supprimer la procédure intermédiaire et simplifier les débats : la procédure accélérée. Pour les délits de faible gravité, le parquet peut demander, même oralement, le jugement selon la procédure accélérée (*beschleunigte Verfahren*) si les faits sont simples, les preuves claires et si l'audience peut avoir lieu dans un délai rapide. S'ensuit une procédure principale simplifiée, la lecture des actes antérieurs à l'audience étant facilitée. Le prévenu ne pourra être condamné qu'à une peine dont le maximum légal est faible.

Supprimer la procédure intermédiaire et les débats : l'ordonnance pénale. En matière de petite délinquance, le parquet peut saisir directement le juge d'une demande d'ordonnance pénale (*Strafbefehl*) prononçant certaines mesures ne pouvant dépasser un an de prison. La demande peut être faite lors de la phase d'enquête, mais aussi lors d'une phase principale classique. Nécessitant un soupçon suffisant, la demande d'ordonnance

pénale est considérée comme un acte d'exercice de l'action publique. Le juge, qui n'entend pas le mis en cause, peut : refuser de rendre l'ordonnance si le soupçon suffisant n'est pas atteint ; ouvrir une procédure principale classique ; rendre l'ordonnance pénale. Cette dernière sera susceptible d'opposition par le mis en cause, entraînant une audience classique. À défaut d'opposition, l'ordonnance équivaut à un jugement de condamnation.

S'entendre entre accusation et défense : la procédure d'accord. Devant avoir lieu lors de la phase principale, la procédure d'accord (*Verständigung*) permet au parquet et à la défense de s'entendre afin de proposer une fourchette de peine au juge. Celui-ci, en principe lié par un accord légalement conclu, n'en dispose pas moins de pouvoirs d'instruction à l'audience.

B. Les acteurs de la procédure

1. Les organes de la procédure

Le juge. Titulaire du pouvoir judiciaire, le juge est constitutionnellement indépendant et n'est soumis qu'à la loi. Il est de surcroît inamovible sauf décision de justice contraire répondant à de strictes conditions légales. L'Allemagne ne connaît pas l'équivalent d'un Conseil supérieur de la magistrature.

Quant à la formation des juges, il n'existe pas d'École nationale ni de concours. En réalité, la formation des professions judiciaires est commune. Après plusieurs années à l'Université sans spécialisation poussée et deux examens d'État entrecoupés d'une période de stages de deux ans, les notes aux examens d'État déterminent la profession du juriste, chaque juridiction ou cabinet posant ses conditions. Pour les juges, la sélection est drastique et seuls les meilleurs obtiennent un poste. Ils accèdent alors au statut de juges à l'essai (*Richter auf Probe*) pendant trois à cinq ans, ne bénéficiant pas de toutes les garanties.

En 2016, l'Allemagne comptait 19 867 juges professionnels, soit 24,2 pour 100 000 habitants, en baisse de 3 % par rapport à 2012¹.

Le ministère public. Les membres du ministère public forment un corps séparé du siège et dépendant du ministre de la Justice de la Fédération ou du Land suivant le niveau de juridiction. Ils peuvent recevoir des instructions de leur supérieur hiérarchique et du ministre. Extérieur au pouvoir judiciaire, le parquet est considéré comme un organe autonome de l'administration de la justice (*ein selbständiges Organ der Rechtspflege*). Son recrutement et sa formation sont les mêmes que celle du siège.

En 2014, l'Allemagne comptait 5 505 parquetiers, soit 6,7 pour 100 000 habitants, en baisse de 1 % par rapport à 2012².

La police. La police relève de la législation des *Länder*. L'Allemagne compte donc des polices régionales et plusieurs organismes fédéraux. Le principal est l'Office fédéral de police criminelle (*Bundeskriminalamt*), chargé de coordonner la coopération entre la Fédération et les polices des *Länder*, mais pouvant aussi mener des enquêtes d'envergures. La police exerce quoi qu'il en soit une double fonction, préventive et répressive. Elle dépend de l'exécutif et constitue un corps fortement hiérarchisé sur lequel le parquet n'a pas beaucoup de prise, le Code ne prévoyant pas expressément un contrôle ou une direction de sa part. Enfin, il faut distinguer les simples fonctionnaires de police et les fonctionnaires habilités à procéder aux enquêtes (*Ermittlungspersonen*), immense majorité des agents, qui disposent de pouvoirs renforcés.

La formation de la police varie suivant le niveau fédéral ou régional, mais aussi selon les échelons. On note beaucoup de recrutements par concours ou examen du dossier, ainsi qu'une gradation des exigences et des formations communes à certains grades alternant pratique et théorie au sein d'universités spéciales pour une période minimum de deux ans. Un savoir juridique ne semble pas être demandé à l'entrée, étant acquis au cours de la formation.

¹ Source : *Systèmes judiciaire européens. Efficacité et qualité de la justice*, Rapport CEPEJ, 2018. V. Annexe n° 2 p. 757.

² Source : *Systèmes judiciaire européens. Efficacité et qualité de la justice*, Rapport CEPEJ, 2018. V. Annexe n° 2 p. 757.

En 2016, l'Allemagne comptait 244 318 agents de police, soit 297,3 pour 100 000 habitants, en baisse de 2,1 % par rapport à 2012¹.

2. Les sujets de la procédure

Le mis en cause. S'il doit en principe être interrogé avant la fin de l'enquête, il est possible qu'un individu soit mis en cause dans une procédure sans le savoir, notamment si la procédure est classée. Le suspect bénéficie de garanties comme le droit d'être entendu par un juge ou le droit à une validation par le juge de sa privation de liberté. Les faits lui sont notifiés lors de son interrogatoire et il peut avoir accès à certaines pièces du dossier.

Le défenseur. Le droit à l'assistance d'un défenseur est rattaché au principe constitutionnel de l'État de droit. Pour accéder à la profession d'avocat, il suffit d'avoir réussi les deux examens d'État. Le défenseur a le droit de s'entretenir et d'échanger sans obstacle avec son client et a accès au dossier au plus tard à la fin de l'enquête. Il dépose des demandes à chaque étape de la procédure, y compris des demandes de preuves, ne pouvant toutefois pas diligenter d'enquête privée. Lors de l'enquête, sa présence est obligatoire si le juge ou le parquet interroge son client ou quand le juge auditionne un témoin.

La victime. La victime (*Verletzte*) est la personne « dont un des biens juridiques a été atteint par la prétendue infraction »². Lui sont reconnus des droits comme l'accès à quelques pièces du dossier ou la possibilité de forcer le parquet à poursuivre en cas de classement en légalité. Sa plainte est exigée pour la poursuite de certaines infractions, le procureur pouvant parfois passer outre l'absence de plainte.

La victime peut ensuite choisir, pour certaines infractions et si le ministère public a exercé l'action, de devenir une sorte de partie jointe (*Nebenklage*). Elle ne saurait toutefois demander d'indemnisation et n'exerce donc pas son action civile devant le juge pénal. La victime obtient alors certains droits, comme l'introduction de voies de recours.

¹ Source : Eurostat. V. Annexe n° 2 p. 757.

² U. KINDHÄUSER, *Strafprozessrecht*, 3^e éd., Nomos, 2013, p. 145 : « derjenige, der durch die behauptete Tat [...] in einem Rechtsgut beeinträchtigt ist ».

La victime peut encore décider d'exercer son action civile au pénal en adhérant à la procédure en cours (*Adhäsionsverfahren*).

Enfin, il est des cas limitatifs où le monopole d'action du parquet est aboli, laissant la place à une action privée de la victime (*Privatklage*) qui prend en quelques sortes la place du parquet. Celui-ci peut toutefois décider d'agir s'il y a un intérêt public à la poursuite.

§ 2. Présentation du contexte juridique allemand

Le droit pénal. La division des infractions, basée sur leur gravité, est bipartite (crimes, délits), les contraventions n'existant plus. Protégeant des biens juridiques, le droit pénal exige, pour qu'une infraction soit qualifiée, la réunion de trois éléments : les faits constitutifs, supposant un élément objectif (comportement, résultat, lien de causalité) et un élément subjectif (dol ou imprudence) ; l'illicéité, qui revient à rechercher d'éventuels faits justificatifs ; et la culpabilité, qui exige l'imputabilité et la conscience de l'illicéité.

Fondé sur la responsabilité personnelle, le droit ne prévoit pas la responsabilité pénale des personnes morales, ces dernières pouvant cependant être condamnées pour des infractions réglementaires qui relèvent du droit administratif.

Le droit pénal entretient des rapports particuliers avec les autres droits. Si en principe la solution pénale s'impose aux autres instances, le juge pénal doit normalement poser une question préjudicielle aux autres juridictions en cas de problème de droit non pénal. De plus, le principe d'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil est inconnu. Enfin, l'Allemagne a procédé à plusieurs dépénalisations, en commençant par les anciennes contraventions, devenues infractions réglementaires (*Ordnungswidrigkeiten*).

Le droit constitutionnel. La Loi fondamentale (*Grundgesetz* ou *GG*) de 1949, écrite sous l'occupation alliée et révisée soixante-deux fois, débute par un catalogue des droits, dignité humaine en tête. L'Allemagne est un État fédéral. Les *Länder* ont chacun leur organisation politique et juridictionnelle et disposent d'une compétence législative de

principe, même si de nombreux domaines relèvent de la Fédération¹. Le pouvoir législatif fédéral revient à deux chambres, dont l'une représente les *Länder*. L'exécutif, dirigé par un chancelier élu par le Parlement, dispose de pouvoirs importants. Le président de la République a un rôle symbolique même s'il peut dissoudre une des chambres.

La Cour constitutionnelle fédérale occupe une place extrêmement importante. Elle a par exemple censuré en 2011 le régime de certaines mesures de sûreté. Elle est composée de seize juges élus par les chambres pour un mandat non renouvelable de douze ans en considération de leurs compétences juridiques. Parmi ses principales fonctions, la protection des droits fondamentaux et le contrôle de constitutionnalité. Celui-ci peut intervenir *a priori* comme *a posteriori*, nécessitant alors la saisine de la Cour par un juge, d'office ou sur demande des parties. Les arrêts de la Cour, aux effets *erga omnes*, sont publiés au journal officiel. Enfin, tout individu peut saisir la Cour d'un recours pour violation d'un droit fondamental par les pouvoirs publics.

L'organisation judiciaire. Les juridictions pénales du premier degré sont : le tribunal cantonal, siégeant à juge unique ou en composition collégiale échevinée et compétent pour les faits les moins graves ; le tribunal régional, juridiction collégiale dont l'échevinage de la composition varie et compétente pour les infractions les plus graves ; le tribunal régional supérieur, juridiction collégiale non échevinée compétente pour les atteintes à l'État.

La juridiction du second degré est le tribunal régional pour les affaires relevant en premier ressort du tribunal cantonal. Il n'y a pas d'appel pour les décisions rendues en premier ressort par le tribunal régional et par le tribunal régional supérieur.

Enfin, un pourvoi fondé sur des questions de droit est possible auprès : du tribunal régional supérieur pour les affaires relevant en premier ressort du tribunal cantonal, qu'un appel ait été interjeté ou non devant le tribunal régional ; la Cour de justice fédérale pour les cas relevant en premier ressort du tribunal régional et du tribunal régional supérieur.

¹ Le droit pénal et sa procédure relèvent de la compétence législative concurrente entre la Fédération et les *Länder*, étant prévue que si la première légifère, la compétence des seconds tombe : art. 74 de la Loi fondamentale. C'est le cas avec le Code pénal et le Code de procédure pénale.

En 2016, le budget alloué au système judiciaire allemand était de 122 € par habitant, contre 114,3€ en 2012¹.

Section 3

Italie

§ 1. Présentation de la procédure pénale italienne

A. Le déroulement de la procédure

Idée générale. Le Code de 1989 opère un virage accusatoire en séparant nettement la phase préparatoire (*procedimento*) et le procès (*processo*). Celui-ci commence avec l'exercice de l'action publique et comprend deux phases, l'audience préliminaire et les débats. En principe, la preuve est formée lors des débats, les actes de la phase préparatoire n'ayant pas de valeur probante. L'Italie est de plus un pays de légalité absolue des poursuites.

1. La procédure classique

Des faits aux enquêtes préliminaires. Le ministère public apprécie si les faits revêtent les caractères d'une « information qu'une infraction a été commise » (*notizia di reato*). La *notizia* est « une information qui permet à la police judiciaire et au ministère public de prendre connaissance d'une infraction pénale »². Si le parquet ne conclut pas à la présence d'une information qu'une infraction a été commise, il procède à un classement sans suite d'office (*cestinazione*). Dans le cas contraire, il inscrit la *notizia* dans un registre

¹ Source : *Systèmes judiciaire européens. Efficacité et qualité de la justice*, Rapport CEPEJ, 2018. V. Annexe n° 2 p. 757.

² P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, 19^e éd., Giuffrè, 2018, p. 509 : « La notizia di reato è un'informazione che permette alla polizia giudiziaria ed al pubblico ministero di venire a conoscenza di un illecito penale ».

prévu à cet effet. Court alors le délai d'accomplissement des enquêtes préliminaires (*indagini preliminari*).

Le déroulement des enquêtes préliminaires. Le parquet, aidé de la police, accomplit les investigations nécessaires aux décisions inhérentes à l'exercice de l'action publique y compris, de manière provisoire et en urgence, certains actes réservés au juge. Plus généralement, ce juge pour les enquêtes préliminaires (*giudice per le indagini preliminari*) n'intervient que de manière incidente, dans les cas prévus par la loi et sur requête des parties. Ainsi les mesures restrictives et privatives de libertés, ou encore la procédure d'incident probatoire, sorte d'anticipation de la formation de la preuve avant les débats. Lorsqu'il intervient, le juge n'a de pouvoirs ni d'investigation ni d'impulsion.

La défense peut procéder à ses propres enquêtes et constituer un dossier de la défense. Elle doit par contre obtenir l'autorisation du ministère public ou du juge pour certains actes. Quant à la victime, elle dispose essentiellement de droits à être informée.

La fin des enquêtes préliminaires. Les enquêtes prennent fin dans deux cas : le ministère public a accompli toutes les investigations nécessaires ; le délai légal, prolongé au maximum par le juge, est écoulé. Dans ce dernier cas, le procureur général près la Cour d'appel est informé de l'absence de décision du parquet et devra évoquer l'affaire. La légalité des poursuites implique d'exercer l'action publique si les conditions obligeant au classement ne sont pas réunies. Le classement (*archiviazione*) est obligatoire lorsque les éléments des enquêtes préliminaires ne sont pas aptes à soutenir l'accusation en jugement.

Si le ministère public considère l'information infondée, il saisit le juge pour les enquêtes préliminaires d'une requête en classement. En principe, le juge statue seul, l'exception majeure étant l'opposition de la victime. Se tient alors une audience contradictoire et soit le juge accepte le classement et renvoie au ministère public, soit il refuse et ordonne au parquet d'accomplir des investigations ultérieures ou d'exercer l'action. Dans tous les cas, le procureur général est informé et peut évoquer l'affaire.

Si le ministère public estime ne pas devoir classer, il exerce l'action publique.

L'audience préliminaire. Une fois l'action publique exercée, le dossier est transmis au juge de l'audience préliminaire (*giudice dell'udienza preliminare*), différent du

juge pour les enquêtes préliminaires et du juge de jugement. On cherche à « éviter la tenue de débats iniques pour l'accusé et inutiles pour le système »¹. Les parties exposent synthétiquement leurs arguments, l'accusation pouvant être modifiée.

S'il ne peut pas décider en l'état, le juge indique au parquet des investigations ultérieures. Le procureur général est prévenu et peut évoquer l'affaire. Par exception, le juge peut administrer d'office les preuves décisives *en faveur* du mis en cause.

Si le juge estime pouvoir décider, il prononce un non-lieu ou, si les conditions du non-lieu ne sont pas remplies, un décret d'ouverture de l'audience de jugement, qui n'est pas motivé afin d'éviter d'influencer le juge des débats. Le juge de l'audience préliminaire procède, à partir des dossiers du parquet et de la défense, à la formation du dossier pour les débats. Celui-ci contient les actes déjà accomplis dans le respect du contradictoire ou qui étaient, dès leur accomplissement, d'une nature telle qu'ils ne pourraient pas être refaits à l'audience. Parquet et défense peuvent s'accorder sur l'insertion d'autres actes.

L'audience de jugement. La juridiction de jugement saisie, la phase de jugement proprement dite comprend deux étapes principales : les débats et la sentence.

Les débats sont gouvernés par les principes du contradictoire, d'oralité, de concentration temporelle et d'immédiateté, impliquant « l'identité entre le juge qui acquiert la preuve et celui qui décide »². L'audience est le cadre de l'administration de la preuve par la méthode du contradictoire entre le parquet et la défense. Par principe, la preuve est administrée sur requête des parties, les témoins étant examinés puis contre-examinés et le juge n'administrant la preuve d'office que dans les cas prévus par la loi. Par exception aux principes d'oralité et d'immédiateté, les actes des phases antérieures à l'audience peuvent parfois être lus, sans que cela emporte en principe preuve des faits qui y sont affirmés.

Le juge apprécie les preuves selon sa libre conviction. Il rend une décision motivée et ne se base que sur les preuves acquises lors des débats pour décider l'acquittement ou la condamnation si la culpabilité est prouvée au-delà de tout doute raisonnable.

¹ M. BARGIS *et al.*, *Compendio di procedura penale*, 9^e éd., CEDAM, 2018, p. 611 : « evitare dibattimenti iniqui per l'imputato e inutili per l'ordinamento ».

² Cour constitutionnelle italienne, 21 février 2007, n° 67 : « identità tra il giudice che acquisisce le prove e quello che decide ».

2. Les procédures spéciales

Face au risque d'engorgement dû à la formation de la preuve lors des débats sont prévues des procédures spéciales après exercice de l'action publique. Fondées en principe sur le consentement des parties, elles visent à éviter l'audience préliminaire, les débats ou les deux. Une procédure dérogatoire est aussi prévue en matière mafieuse.

Éviter l'audience préliminaire : le jugement direct et le jugement immédiat. La procédure de jugement direct (*giudizio direttissimo*), dans certains cas obligatoire, n'a lieu que sur demande du parquet qui, après acceptation du juge pour les enquêtes préliminaires, procède unilatéralement à la formation du dossier pour les débats. L'audience de jugement suit en principe la forme classique des débats. Le jugement immédiat (*giudizio immediato*) emporte lui aussi l'absence d'audience préliminaire, mais peut être demandé par le mis en cause, le juge ne pouvant normalement pas refuser la requête.

Éviter les débats contre une réduction de peine : le jugement abrégé et l'application de la peine sur demande des parties. Le jugement abrégé (*giudizio abbreviato*) permet au juge de l'audience préliminaire, sur demande du seul mis en cause, de statuer au fond en l'état du dossier sans opposition possible du parquet. L'audience de jugement abrégé se tient dans les formes de l'audience préliminaire. L'application de la peine sur demande des parties (*patteggiamento*) permet, elle, au ministère public et au mis en cause de s'accorder sur une peine, le juge pour les enquêtes préliminaires ou de l'audience préliminaire ne pouvant qu'accepter ou refuser. S'il refuse, l'on procèdera suivant la procédure classique. S'il accepte, sa décision n'emporte pas déclaration de culpabilité et n'a donc pas d'effet au civil.

Éviter l'audience préliminaire et les débats : le jugement par décret. Seul le ministère public peut déposer une telle demande (*giudizio per decreto*) auprès du juge pour les enquêtes préliminaires s'il estime, notamment, que seule une peine pécuniaire, légalement limitée, doit être prononcée. Le juge peut rejeter la demande, rendre une sentence d'acquittement ou accueillir la demande. Le décret n'est pas mentionné au casier judiciaire et n'a pas d'effet au civil. Le mis en cause peut faire opposition et l'on procèdera, en principe, selon les formes du jugement immédiat.

Juger la mafia. À partir des années 1990, l'Italie se dote progressivement d'un arsenal antimafia, avec notamment les directions de district antimafia et un Code antimafia. Les principales dérogations au modèle classique concernent les enquêtes préliminaires, où les possibilités de mesures de contraintes sont renforcées et simplifiée, mais aussi l'audience principale, où des dispositions spécifiques quant à la formation de la preuve où la protection des témoins s'appliquent. De plus, des organes spécifiques interviennent, en particulier les directions antimafia.

B. Les acteurs de la procédure

1. Les organes de la procédure

Le juge. Le juge est constitutionnellement protégé : il n'est soumis qu'à la loi, est indépendant, inamovible et dépend entièrement du Conseil supérieur de la magistrature.

Quant à sa formation, le juge est recruté sur concours national. Peuvent en principe concourir les aspirants dotés d'un master qui ont, notamment : suivi les cours d'une école de spécialisation ou effectué une formation professionnelle de dix-huit mois près les professions judiciaires. Une fois admis, l'auditeur de justice suit une formation initiale de dix-huit mois, dont douze mois de stage près les juridictions du premier degré, dans le cadre d'une École supérieure de la magistrature créée en 2006.

En 2016, l'Italie comptait 6 395 juges professionnels, soit 10,6 pour 100 000 habitants, en augmentation de 7 % par rapport à 2012¹.

Le ministère public. Le statut du ministère public italien est constitutionnellement identique à celui de du siège. L'indépendance du ministère public est à la fois externe, vis-à-vis du pouvoir exécutif, mais aussi interne. En effet, il n'existe pas de lien hiérarchique entre les différents offices malgré une hiérarchisation progressive des rapports au sein d'un même office. Le recrutement et la formation sont identiques à ceux du juge.

¹ Source : *Systèmes judiciaires européens. Efficacité et qualité de la justice*, Rapport CEPEJ, 2018. V. Annexe n° 2 p. 757.

En 2016, l'Italie comptait 2 138 parquetiers, soit 3,5 pour 100 000 habitants, en augmentation de 8 % depuis 2012¹.

La police. Les forces de police sont nombreuses et leur statut dépend de la distinction entre police administrative et police judiciaire. Selon la Constitution, l'autorité judiciaire dispose directement de la police judiciaire. Il s'agit d'une dépendance fonctionnelle et demeure une dépendance organique vis-à-vis des structures policières. La dépendance fonctionnelle varie. Dans son expression maximale, pour les sections de police judiciaire, le parquet est en principe consulté avant tout changement du personnel.

La formation de la police dépend des corps intégrés. Toutefois, l'accès par concours est une règle, chaque police organisant le sien. Une hiérarchie des prérequis paraît se dessiner suivant les grades : diplômes exigés, nombre d'épreuves, etc. Des épreuves de droit ne semblent envisagées qu'à partir des concours d'accès au deuxième grade.

En 2016, l'Italie comptait 274 643 agents de police, soit 452,7 pour 100 000 habitants, en baisse de 2,8 % par rapport à 2012².

2. Les sujets de la procédure

Le mis en cause. Le mis en cause a dans certaines hypothèses le droit d'être interrogé par le ministère public lors des enquêtes mais, dans les cas de classement notamment, la procédure peut parfaitement être ouverte et se terminer sans qu'il ait été interrogé. Quoiqu'il en soit, le suspect est informé des éléments principaux de l'accusation lorsque le parquet accomplit le premier acte auquel le défenseur a le droit d'assister.

Le défenseur. La Constitution consacre le droit à la défense. Pour devenir avocat, un examen est organisé chaque année par les différentes cours d'appel. Titulaire d'un master en droit, le candidat doit avoir effectué une période de stage de six à dix-huit mois dans un cabinet. La défense a gagné en importance avec le nouveau Code, pouvant mener

¹ Source : *Systèmes judiciaires européens. Efficacité et qualité de la justice*, Rapport CEPEJ, 2018. V. Annexe n° 2 p. 757.

² Source : Eurostat. V. Annexe n° 2 p. 757.

sous conditions des enquêtes privées. Quant à la présence de l'avocat lors des actes d'enquête, on distingue les « actes garantis », que les autorités peuvent effectuer seulement en informant le défenseur qui doit être présent, et les « actes par surprise », auxquels le défenseur a droit d'assister sans pour autant avoir le droit d'être informé.

La victime. On distingue la personne offensée, la personne lésée et la partie civile.

La personne offensée (*persona offesa*) est le titulaire de l'intérêt protégé par la norme pénale violée et dispose surtout de droits d'information, même si une plainte spéciale de sa part sera parfois nécessaire à l'exercice de l'action publique (*querela*).

La personne lésée (*danneggiato*) est la personne qui a subi un dommage causé par l'infraction. En règle générale, elle est aussi personne offensée.

La partie civile (*parte civile*), enfin, correspond à la personne lésée (*danneggiato*) qui a décidé d'exercer son action en indemnisation devant le juge pénal. Cela n'est possible que si l'action publique a été exercée, c'est-à-dire à partir de la phase de l'audience préliminaire : il n'existe pas de constitution de partie civile par voie d'action.

§ 2. Présentation du contexte juridique italien

Le droit pénal. Une division bipartite des infractions (délits, contraventions) innerve le droit pénal, une privation de liberté étant possible dans l'un ou l'autre cas. Ne peuvent être incriminés que des comportements portant atteinte à des biens juridiques protégés, en principe rattachables à la Constitution. Pour être qualifiée, l'infraction suppose la réunion d'un élément objectif (comportement, résultat, lien de causalité), d'un élément subjectif (dol ou imprudence) ainsi que l'absence de faits justificatifs. Une partie de la doctrine voit dans celle-ci un troisième élément, l'antijuridicité. L'infraction qualifiée doit ensuite être imputable à une personne pour conclure à sa culpabilité.

Le droit pénal italien connaît une responsabilité administrative des personnes morales en cas d'infraction commise par un représentant. Il s'agit d'un mécanisme particulier : bien que la responsabilité soit administrative, le juge pénal est compétent.

Le droit pénal, droit subsidiaire, entretient des liens particuliers avec les autres droits. Droit autonome, il n'est en principe pas lié aux définitions et concepts des autres

matières, et jouit même d'une autorité de la chose jugée sur le civil. Enfin, l'Italie a procédé à de nombreuses dépenalisations, connaissant des délits civils et administratifs.

Le droit constitutionnel. La Constitution a été adoptée en 1947 et débute par des principes fondamentaux telle la dignité humaine. Le texte, qui n'a été modifié que seize fois, organise un régime parlementaire particulier avec un bicaméralisme parfait et un président de la République aux pouvoirs forts (dissolution des chambres). L'instauration des institutions constitutionnelles a tardé, la Cour constitutionnelle ne commençant à siéger qu'en 1955. L'Italie, République indivisible, a connu un virage régionaliste en 2001, les régions pouvant intervenir dans toutes les matières qui ne sont pas réservées à l'État¹.

La Cour constitutionnelle a un rôle important : en 1992, elle censure les dispositions clés du tout nouveau Code de procédure pénale. Elle est composée de quinze juges titulaires d'un mandat unique de neuf années et nommés par les cours suprêmes², le parlement et le président de la République en regard de leurs compétences juridiques. Sa tâche première est le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* et sur saisine, d'office ou non, du juge du fond. Le texte censuré est inapplicable le lendemain de la publication de la décision au journal officiel.

L'organisation judiciaire. Les juridictions de premier degré sont : le juge de paix, juge unique non professionnel ayant compétence pour certaines infractions ; le tribunal ordinaire, juridiction de droit commun siégeant à juge unique ou en formation collégiale suivant la gravité des faits ; la Cour d'assises, juridiction à composition échevinée.

Les juridictions d'appels sont : la Cour d'assises d'appel pour les affaires relevant en premier ressort de la Cour d'assises ; la Cour d'appel pour les autres affaires.

Enfin, le dernier degré est occupé par la Cour de cassation, juge du droit dont la formation la plus importante est celle des sections réunies (*sezioni unite*).

En 2016, le budget alloué au système judiciaire italien était de 75 € par habitant, en contre 76,7 € en 2012³.

¹ Le droit pénal et sa procédure sont une compétence exclusive de l'État : art. 117 de la Constitution.

² Cour de cassation, Conseil d'État, Cour des comptes.

³ Source : *Systèmes judiciaires européens. Efficacité et qualité de la justice*, Rapport CEPEJ, 2018. V. Annexe n° 2 p. 757.

ANNEXE 2

TABLEAU COMPARATIF

Issues d'Eurostat et du rapport de la Commission européenne pour l'efficacité de la justice, ces données concernent, sauf indication contraire, l'année 2016.

			France	Allemagne	Italie
P e r s o n n e s	Juges prof.	<i>Nombre Pour 100 000 hab. (par rapport à 2012) Statut</i>	6.995 10,4 (- 2%) Indépendant	19.867 24,2 (- 3%) Indépendant	6.395 10,6 (+ 7%) Indépendant
	Parquet	<i>Nombre Pour 100 000 hab. (par rapport à 2012) Statut Nombre de tâches</i>	1.955 2,9 (- 2%) Dépendant 13	5.505 6,7 (- 1%) Dépendant 10	2.138 3,5 (+ 8%) Indépendant 8
	Police	<i>Nombre Pour 100 000 hab. (par rapport à 2012)</i>	217.878 326,4 (+ 14,8%)	244.318 297,3 (- 2,1%)	274.653 452,7 (- 2,8%)
	Mis en cause et détenus	<i>Nombre de suspects (pour 100 000 hab.) Nombre total de détenus (pour 100 000 hab.) Part des détentions provisoire parmi les détenus</i>	1.059.237 (1.586,6) 66.432 (102,5) 28,5%	2.360.806 (2.872,9) 64.291 (78,2) 22,8%	894.537 (1.474,5) 55.978 (92,3) 18,4%
Activité et organisation des juridictions		<i>Budget du système judiciaire par hab. (en 2012)</i>	65,9 € (61,2)	122 € (114,3)	75 € (76,7)
		<i>Tribunaux pour 100 000 hab. (en 2012)</i>	1 (1)	1,3 (1,4)	1,4 (2,3)
		<i>Taux de variation du stock d'affaires pénales pendantes¹ (taux en 2012)</i>	106% (102%)	99% (101%)	107% (94%)
		<i>Durée estimée d'écoulement du stock d'affaires pénales pendantes² (durée en 2012)</i>	NC	117 jours (104 jours)	310 jours (370 jours)

¹ « Le taux [...] est obtenu en divisant le nombre d'affaires terminées par le nombre de nouvelles affaires et en multipliant par 100 le résultat obtenu [...]. Un [taux] qui s'approche de 100% signifie que le système judiciaire est en mesure de terminer à peu près autant d'affaires qu'il en reçoit de nouvelles dans la période considérée. Un [taux] supérieur à 100 % signifie que le système est capable de traiter un nombre plus élevé d'affaires nouvelles que d'affaires reçues et, le cas échéant, de réduire le stock d'affaires déjà existant. Enfin, si le nombre de nouvelles affaires est supérieur à celui des affaires terminées, le taux de variation est inférieur à 100 %. Dans ce cas, le nombre des affaires pendantes à la fin d'une période donnée est en augmentation. » : *Systèmes judiciaire européens. Efficacité et qualité de la justice*, Rapport CEPEJ, 2018, p. 238.

² « L'indicateur compare le nombre d'affaires pendantes à la fin de la période considérée par rapport au nombre d'affaires terminées dans une période donnée, et transforme ce ratio en un nombre de jours. Cet indicateur mesure la durée théorique nécessaire pour qu'une affaire pendante soit résolue dans une juridiction à la vitesse actuelle de travail des tribunaux dans ce pays. [L'indicateur] s'obtient en divisant le nombre d'affaires pendantes à la fin de la période observée par le nombre d'affaires résolues à la fin de la même période, multiplié par 365 (jours dans l'année). » : *Systèmes judiciaire européens. Efficacité et qualité de la justice*, Rapport CEPEJ, 2018, p. 238.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	- 3 -
Section 1 : Le cadre : la phase préparatoire du procès pénal.....	- 6 -
§ 1. Les définitions proposées	- 6 -
§ 2. La définition retenue.....	- 8 -
Section 2 : Le constat : le déséquilibre de la phase préparatoire	- 16 -
§ 1. L'absence d'équilibre	- 16 -
A. Le phénomène de diffusion de la contrainte.....	- 17 -
B. Les conséquences de la diffusion de la contrainte	- 24 -
§ 2. L'absence de rééquilibrage.....	- 31 -
A. L'idée d'une égalité des armes	- 31 -
B. La confusion des droits et des pouvoirs.....	- 38 -
Section 3 : L'éclairage : la comparaison des droits	- 45 -
§ 1. La notion de comparaison des droits	- 46 -
A. La définition de la comparaison des droits	- 46 -
B. Les dangers de la comparaison des droits.....	- 50 -
§ 2. Les méthodes de la comparaison des droits.....	- 54 -
A. Une méthodologie pluraliste.....	- 55 -
B. Une restitution intégrée.....	- 56 -
PREMIÈRE PARTIE : APPROCHER L'ÉQUILIBRE	- 61 -
Titre I : Distinguer les pouvoirs	- 65 -
<i>Chapitre 1 : Façonner les concepts</i>	- 69 -
Section 1 : Le concept de pouvoir	- 72 -
§ 1. L'exploration des domaines du pouvoir	- 73 -
A. Les domaines exclus : la science politique, la philosophie et le droit privé	- 73 -
1. L'exclusion de la science politique et de la philosophie.....	- 74 -
2. L'exclusion du droit privé.....	- 76 -
B. Le domaine retenu : le droit public	- 81 -
1. L'inspiration publiciste	- 81 -

2.	La polysémie publiciste	- 85 -
§ 2.	La définition des pouvoirs	- 87 -
A.	La distinction entre le pouvoir-fonction et le pouvoir-organe	- 88 -
1.	La définition du pouvoir-fonction	- 89 -
2.	La définition du pouvoir-organe	- 93 -
B.	La distinction entre le pouvoir-prérogative et le pouvoir-compétence	- 95 -
1.	La définition du pouvoir-compétence	- 95 -
2.	La définition du pouvoir-prérogative	- 97 -
Section 2 :	Le concept d'équilibre des pouvoirs	- 100 -
§ 1.	De la séparation à l'équilibre des pouvoirs	- 100 -
A.	La séparation des pouvoirs chez Montesquieu	- 102 -
B.	Les interprétations de Montesquieu	- 104 -
§ 2.	Du droit constitutionnel à la procédure pénale	- 109 -
A.	La possibilité de la transposition	- 110 -
B.	L'utilité de la transposition	- 111 -
<i>Chapitre 2 Relire la procédure</i>	- 115 -
Section 1 :	Les pouvoirs-fonctions dans la phase préparatoire du procès pénal.....	- 116 -
§ 1.	La mise à l'épreuve des distinctions classiques.....	- 117 -
A.	La mise à l'épreuve de la distinction des fonctions de poursuite, de jugement et d'instruction	- 117 -
1.	La présentation de la distinction	- 117 -
2.	Les doutes sur la distinction.....	- 121 -
B.	La mise à l'épreuve de la distinction des fonctions d'investigation et des fonctions juridictionnelles	- 123 -
1.	La présentation de la distinction	- 123 -
2.	Les doutes sur la distinction.....	- 127 -
§ 2.	La détermination d'une nouvelle distinction	- 130 -
A.	La présence certaine des faits, de l'action publique, de la procédure et des droits et libertés	- 131 -
1.	Les faits et la fonction d'investigation.....	- 132 -
2.	L'action publique et la fonction de décision de sa mise en mouvement.....	- 140 -

3.	La procédure et la fonction de sa protection.....	- 145 -
4.	Les droits et libertés et la fonction de leur garantie.....	- 148 -
B.	La présence incertaine d'une fonction juridictionnelle.....	- 153 -
1.	La difficile définition de la fonction juridictionnelle.....	- 154 -
2.	L'introuvable fonction juridictionnelle.....	- 159 -
	Section 2 : Les pouvoirs-organes, les pouvoirs-prérogatives et les pouvoirs-compétences dans la phase préparatoire du procès pénal.....	- 170 -
§ 1.	L'identification des pouvoirs-organes.....	- 170 -
A.	La reprise des organes judiciaires de la phase préparatoire du procès pénal.....	- 171 -
1.	L'organisation du juge dans la phase préparatoire.....	- 171 -
2.	L'organisation du ministère public dans la phase préparatoire.....	- 179 -
B.	L'admission d'un organe policier de la phase préparatoire du procès pénal.....	- 183 -
1.	Les raisons de l'admission.....	- 184 -
2.	L'organisation de la police dans la phase préparatoire.....	- 188 -
§ 2.	L'identification des pouvoirs-prérogatives et des pouvoirs compétences.....	- 192 -
A.	La présentation des pouvoirs-prérogatives.....	- 192 -
1.	La multiplicité des pouvoirs-prérogatives.....	- 193 -
2.	Les rapports entre les pouvoirs-prérogatives et les autres pouvoirs ..	- 196 -
B.	La présentation des pouvoirs-compétences.....	- 198 -
1.	La reconnaissance de trois pouvoirs-compétences.....	- 198 -
2.	Les rapports entre les pouvoirs-compétences et les autres pouvoirs ..	- 202 -
	Conclusion du titre I.....	- 205 -
	Titre II : Distribuer les pouvoirs.....	- 209 -
	<i>Chapitre 1 : Distribuer les fonctions d'investigation et de décision de mise en mouvement de l'action publique.....</i>	<i>- 213 -</i>
	Section 1: La distribution de la fonction d'investigation.....	- 213 -
§1.	L'exclusion de la titularité du juge.....	- 214 -
A.	Les exclusions étrangères.....	- 215 -
1.	L'expérience allemande.....	- 215 -

2.	L'expérience italienne.....	- 221 -
3.	Leçons étrangères.....	- 227 -
B.	L'acharnement français.....	- 229 -
1.	Les termes de la discussion.....	- 230 -
2.	Le choix de la suppression.....	- 233 -
§ 2.	La distribution entre le ministère public et la police	- 237 -
A.	Les éléments de la distribution	- 237 -
1.	L'énoncé des critères	- 238 -
2.	Le croisement des critères.....	- 247 -
B.	Le détail de la distribution	- 250 -
1.	La répartition de l'investigation.....	- 250 -
2.	Les relations dans l'investigation.....	- 255 -
Section 2 :	La distribution de la fonction de décision de mise en mouvement de l'action publique	- 257 -
§1.	L'admission d'un nouveau titulaire.....	- 259 -
A.	L'exclusion de la titularité du juge	- 259 -
1.	L'exclusion allemande.....	- 259 -
2.	L'exclusion italienne.....	- 264 -
3.	L'admission exceptionnelle française.....	- 268 -
B.	L'admission de la titularité de la police.....	- 271 -
1.	Le refus unanime.....	- 271 -
2.	L'admission nécessaire	- 272 -
§2.	La distribution entre le ministère public et la police	- 275 -
A.	L'élément de la distribution.....	- 275 -
B.	Le détail de la distribution	- 277 -
1.	La répartition proposée	- 277 -
2.	Les objections à lever.....	- 278 -
<i>Chapitre 2 Distribuer les fonctions de protection de la procédure et de garantie des droits</i>		
.....		- 285 -
Section 1 :	La distribution de la fonction de protection de la procédure	- 286 -
§ 1.	L'exclusion de la titularité du juge	- 286 -
A.	L'admission commune.....	- 286 -
1.	Les admissions étrangères.....	- 288 -

2. L'admission française	- 292 -
B. L'admission erronée.....	- 295 -
1. L'objet réel de l'intervention du juge	- 295 -
2. L'analyse renouvelée de l'intervention du juge.....	- 296 -
§ 2. La distribution entre le ministère public et la police	- 300 -
A. Les éléments de la distribution	- 300 -
1. Le critère principal.....	- 301 -
2. La pondération nécessaire.....	- 302 -
B. Le détail de la distribution	- 305 -
1. La répartition proposée	- 305 -
2. Les objections à lever.....	- 308 -
Section 2 : L'attribution de la fonction de garantie des droits et libertés	- 311 -
§ 1. Le choix de la réserve du juge	- 312 -
A. L'exclusion disparate de la police et du ministère public.....	- 313 -
1. Les nuances étrangères	- 313 -
2. Les nuances françaises	- 320 -
B. L'exclusivité du juge.....	- 322 -
1. Les motifs de l'exclusivité	- 322 -
2. Les mots de l'exclusivité	- 328 -
§ 2. Le détail de la réserve du juge	- 329 -
A. L'activation de la réserve du juge.....	- 329 -
1. La condition de l'activation	- 329 -
2. Le moment de l'activation	- 333 -
B. Les modalités de la réserve du juge	- 336 -
1. La forme de la réserve du juge.....	- 336 -
2. L'étendue de la réserve du juge	- 340 -
Conclusion du titre II	- 351 -
Conclusion de la première partie.....	- 353 -
Seconde partie : Empêcher le déséquilibre.....	- 355 -
Titre I : Assurer les fonctions.....	- 359 -
<i>Chapitre 1 : Adapter la distribution des fonctions</i>	<i>- 363 -</i>
Section 1 : L'adaptation refusée à l'infraction	- 363 -
§ 1. L'adaptation refusée à la gravité de l'infraction.....	- 364 -

A.	Les appréhensions étrangères	- 364 -
1.	L'absence d'incidence de la gravité sur la distribution allemande des pouvoirs	- 365 -
2.	L'incidence exceptionnelle de la gravité sur la distribution italienne des pouvoirs	- 369 -
B.	L'adaptation refusée.....	- 372 -
1.	L'incidence actuelle de la gravité sur la distribution française des pouvoirs.....	- 372 -
2.	Les raisons du refus	- 375 -
§ 2.	L'adaptation refusée à la proximité de l'infraction	- 378 -
A.	Les appréhensions étrangères	- 379 -
1.	L'absence d'incidence de la proximité sur la distribution allemande des pouvoirs	- 379 -
2.	L'incidence apparente de la proximité sur la distribution italienne des pouvoirs.....	- 382 -
B.	L'adaptation refusée	- 384 -
1.	L'incidence à la marge de la proximité sur la distribution française des pouvoirs	- 385 -
2.	Les raisons du refus	- 387 -
Section 2 :	L'adaptation nécessaire à l'urgence	- 391 -
§ 1.	La compréhension de l'urgence.....	- 391 -
A.	Les compréhensions actuelles de l'urgence.....	- 391 -
1.	Les compréhensions étrangères de l'urgence	- 392 -
2.	La compréhension française de l'urgence.....	- 397 -
B.	Le sens retenu	- 400 -
1.	La définition de l'urgence dans le cadre de l'équilibre des pouvoirs	- 400 -
2.	Les dangers de l'urgence	- 404 -
§ 2.	La prise en compte de l'urgence.....	- 406 -
A.	Les prises en compte actuelles.....	- 406 -
1.	La prise en compte de l'urgence en Allemagne.....	- 407 -
2.	La prise en compte de l'urgence en Italie	- 410 -
3.	La prise en compte de l'urgence en France	- 414 -
B.	La prise en compte retenue	- 418 -
1.	La nécessité d'une distribution d'urgence	- 418 -

2. L'encadrement de la distribution d'urgence	425 -
<i>Chapitre 2 : Optimiser l'exercice des fonctions</i>	433 -
Section 1 : L'indispensable circulation de la connaissance.....	433 -
§ 1. L'emprise de la connaissance	435 -
A. La notion d'avantage cognitif.....	435 -
1. L'inspiration allemande	435 -
2. L'importation et la systématisation françaises.....	439 -
B. Les dangers de l'avantage cognitif	441 -
1. La situation cognitive dans l'équilibre des pouvoirs	441 -
2. L'effondrement de l'équilibre des pouvoirs	443 -
§ 2. Les modalités de la circulation	446 -
A. La création d'un dossier numérique unique à accès différencié permanent	446 -
1. Un dossier numérique unique à accès différencié.....	447 -
2. Un accès permanent	451 -
B. L'affaiblissement des obligations particulières d'information	455 -
1. La complexité des obligations d'information	455 -
2. La remise en cause des obligations particulières d'information.....	458 -
Section 2 : L'éventuelle concentration temporelle de la fonction d'investigation ..	460 -
§ 1. Les inconvénients du délai	462 -
A. La difficile généralisation	462 -
1. La simplicité du système italien d'origine	462 -
2. La complexité du système italien actuel	465 -
B. L'incertain point de départ.....	469 -
1. L'apparente clarté du système italien	470 -
2. La réelle incertitude	472 -
§ 2. Le dépassement des inconvénients	476 -
A. L'établissement du délai	476 -
1. La détermination du point de départ	476 -
2. La détermination de la durée.....	479 -
B. Le contrôle du délai	482 -
1. Les modalités du contrôle	482 -

2. Les effets du contrôle.....	- 487 -
Conclusion du titre I.....	- 491 -
Titre II Consolider les organes	- 493 -
<i>Chapitre 1 : Intégrer la police judiciaire à l'autorité judiciaire</i>	- 497 -
Section 1 Les diversités statutaires de l'organe policier.....	- 498 -
§ 1. L'absence d'intégration des polices françaises et allemandes à l'autorité judiciaire.....	- 498 -
A. Le refus allemand	- 498 -
1. L'organisation de la police allemande	- 499 -
2. L'intégration de la police au pouvoir exécutif.....	- 500 -
B. Le paradoxe français	- 501 -
1. L'organisation de la police judiciaire française	- 502 -
2. La faible judiciarisation de la police judiciaire française	- 503 -
§ 2. L'apparence d'intégration de la police italienne à l'autorité judiciaire....	- 505 -
A. La disposition directe de la police judiciaire par l'autorité judiciaire	- 505 -
1. L'organisation de la police judiciaire italienne.....	- 506 -
2. L'intégration affichée à l'autorité judiciaire	- 506 -
B. La réalité des rapports entre la police judiciaire et l'autorité judiciaire .	- 509 -
1. L'ambiguïté historique des rapports	- 509 -
2. L'intégration fonctionnelle de la police judiciaire.....	- 511 -
Section 2 : La nécessité de l'intégration d'un organe de police judiciaire à l'autorité judiciaire.....	- 514 -
§ 1. La conséquence des fonctions de l'organe de police judiciaire.....	- 515 -
A. La titularité de la fonction d'investigation impose-t-elle l'intégration à l'autorité judiciaire ?	- 516 -
1. Le concept de fonction d'investigation.....	- 516 -
2. L'étude de la nécessité de l'intégration	- 517 -
B. La titularité de la fonction de protection de la procédure impose-t-elle le rattachement à l'autorité judiciaire ?	- 519 -
1. Le concept de fonction de protection de la procédure	- 520 -
2. L'étude de la nécessité de l'intégration	- 521 -

C. La titularité de la fonction de décision de mise en mouvement de l'action publique impose-t-elle le rattachement à l'autorité judiciaire ?	- 523 -
1. Le concept de fonction de décision de mise en mouvement de l'action publique.....	- 523 -
2. L'étude de la nécessité de l'intégration	- 524 -
§ 2. Le dépassement des objections.....	- 528 -
A. L'objection tenant au lien indissoluble entre police administrative et police judiciaire	- 528 -
1. L'énoncé de l'objection	- 528 -
2. La mise à l'épreuve de l'objection.....	- 531 -
B. Les objections budgétaire et démocratique.....	- 534 -
1. La mise à l'épreuve de l'objection budgétaire.....	- 534 -
2. La mise à l'épreuve de l'objection démocratique	- 536 -
<i>Chapitre 2 : Renforcer l'indépendance de l'autorité judiciaire</i>	<i>- 539 -</i>
Section 1 : La question de l'indépendance des organes titulaires de la fonction de décision de mise en mouvement de l'action publique	- 540 -
§ 1. Les disparités étrangères.....	- 540 -
A. La tradition française de la dépendance.....	- 541 -
1. L'indépendance refusée	- 541 -
2. La dépendance critiquée	- 544 -
B. La tradition allemande de la dépendance.....	- 547 -
1. Les manifestations de la dépendance	- 547 -
2. Les analyses de la dépendance.....	- 550 -
C. L'ancrage italien de l'indépendance	- 559 -
1. L'historique de l'indépendance.....	- 560 -
2. La permanence de l'indépendance.....	- 563 -
§ 2. La nécessité de l'indépendance	- 571 -
A. Les raisons de l'indépendance	- 572 -
1. Les arguments inopérants	- 572 -
2. Les arguments retenus.....	- 578 -
B. La levée des objections	- 585 -
1. La question de la légitimité démocratique	- 585 -
2. La question de la politique pénale	- 590 -

Section 2 : La question de l'indépendance de l'organe chargé de la protection des droits et libertés.....	- 596 -
§ 1. Les nuances étrangères	- 597 -
A. L'indépendance classique du juge allemand	- 597 -
1. L'affirmation de l'indépendance.....	- 597 -
2. Les nuances de l'indépendance.....	- 600 -
B. L'indépendance renforcée du juge italien.....	- 603 -
1. L'indépendance externe de la magistrature italienne.....	- 604 -
2. L'indépendance interne de la magistrature italienne	- 606 -
§ 2. Le perfectionnement de l'indépendance du juge français	- 610 -
A. L'affirmation classique de l'indépendance.....	- 610 -
1. L'affirmation de l'indépendance.....	- 610 -
2. Les nuances de l'indépendance.....	- 612 -
B. L'amélioration nécessaire de l'indépendance	- 614 -
1. La nécessité de l'amélioration	- 615 -
2. Les pistes de l'indépendance	- 615 -
Conclusion du titre II	- 621 -
Conclusion de la seconde partie	- 623 -
CONCLUSION	- 625 -
Section 1 Rétrospective	- 627 -
Section 2 Perspectives	- 633 -
Bibliographie	- 639 -
Table de la jurisprudence	- 711 -
Index alphabétique	- 725 -
ANNEXES	- 729 -
Annexe 1 : Présentation des systèmes	- 731 -
Section 1 France	- 731 -
§ 1. Présentation de la procédure pénale française	- 731 -
A. Le déroulement de la procédure	- 731 -
1. La procédure classique.....	- 731 -
2. Les procédures spéciales.....	- 734 -
B. Les acteurs de la procédure.....	- 735 -

1. Les organes de la procédure.....	- 735 -
2. Les sujets de la procédure.....	- 736 -
§ 2. Présentation du contexte juridique français.....	- 737 -
Section 2 Allemagne.....	- 739 -
§ 1. Présentation de la procédure pénale allemande.....	- 739 -
A. Le déroulement de la procédure.....	- 739 -
1. La procédure classique.....	- 740 -
2. Les procédures spéciales.....	- 742 -
B. Les acteurs de la procédure.....	- 743 -
1. Les organes de la procédure.....	- 743 -
2. Les sujets de la procédure.....	- 745 -
§ 2. Présentation du contexte juridique allemand.....	- 746 -
Section 3 Italie.....	- 748 -
§ 1. Présentation de la procédure pénale italienne.....	- 748 -
A. Le déroulement de la procédure.....	- 748 -
1. La procédure classique.....	- 748 -
2. Les procédures spéciales.....	- 751 -
B. Les acteurs de la procédure.....	- 752 -
1. Les organes de la procédure.....	- 752 -
2. Les sujets de la procédure.....	- 753 -
§ 2. Présentation du contexte juridique italien.....	- 754 -
Annexe 2 :Tableau comparatif.....	- 757 -
Table des matières.....	- 759 -