

Le contrôle juridictionnel de l'enquête pénale - étude comparative franco-qubécoise

**Mémoire
Maîtrise en droit - avec mémoire**

Louisa Lamour

Université Laval
Québec, Canada
Maître en droit (LL. M.)

et

Université Toulouse 1 Capitole
Toulouse, France
Master (M.)

Résumé

Il s'agit au cours de cette étude d'analyser et de comparer la manière dont les enquêtes pénales sont contrôlées en France et au Canada. En effet, au cours d'une enquête, divers actes peuvent être réalisés par l'autorité chargée d'instruire, dont la mission consiste à rechercher les auteurs de délits, recueillir et rassembler les preuves, et les livrer à l'autorité chargée de juger. Ces actes étant nécessairement coercitifs et attentatoires aux libertés individuelles, des mécanismes permettent à l'autorité judiciaire de s'assurer que les conditions requises pour procéder à de tels actes sont ou ont bien été remplies, et à défaut d'en tirer les conséquences. Cette étude permettra de comparer les procédés de contrôle existant en France et au Canada, de questionner leur efficacité et de dégager des pistes d'amélioration. Nous verrons que si différents types de contrôle sont mis en place, tous ne sont pas susceptibles d'être qualifiés de contrôles juridictionnels. Également, en fonction du moment où il intervient et de l'acteur qui le met en œuvre, le contrôle ne présentera pas la même intensité. Le juge intervient tantôt pour autoriser certains actes, en amont, tantôt pour contrôler la régularité d'actes d'enquête déjà accomplis, en aval.

Table des matières

Résumé	II
Liste des abréviations	V
Remerciements	VI
Introduction	1
Titre 1 : la délimitation de la notion de contrôle juridictionnel.....	10
Chapitre 1 : le critère organique - l'intervention d'un magistrat indépendant et impartial	10
Chapitre 2 : Le critère fonctionnel - l'intervention d'un magistrat pour dire le droit.....	19
Section 1 : Le contrôle opéré par les juges du siège au stade de l'enquête..	20
Section 2 : La nature du contrôle opéré par le ministère public au cours de l'enquête.....	27
Titre 2 : les exigences d'intervention d'un juge au cours de l'enquête.....	31
Chapitre 1 : L'exigence d'intervention d'un juge en tant que garant des libertés individuelles au cours de l'enquête	32
Section 1 : Les exigences d'intervention d'un juge en matière d'atteinte à la liberté d'aller et de venir	32
Section 2 : Les exigences d'intervention d'un juge en matière d'atteinte à la vie privée.....	35
Chapitre 2 : l'exigence d'intervention d'un juge en tant que recours juridictionnel	41
Section 1 : l'émergence d'une exigence d'intervention d'un juge en tant que recours juridictionnel au stade de l'enquête	41
Titre 1 - Le moment d'intervention du contrôle	48
Chapitre 1 : le contrôle a priori – l'autorisation donnée par un juge de procéder à un acte d'enquête	49
Section 1 : Le domaine du contrôle a priori – les actes soumis à une autorisation judiciaire avant leur mise en œuvre.....	50
Section 2 : la liberté d'action des officiers de police.....	54
Paragraphe 1 : L'autonomie policière en matière d'atteinte à la liberté d'aller et de venir	55
Paragraphe 2 : l'autonomie policière en matière d'atteinte à la vie privée	60
Chapitre 2 : le contrôle a posteriori – la contestation de la régularité d'un acte d'enquête visant à exclure un élément de preuve	64
Section 1 : La recevabilité du recours.....	65
Paragraphe 1 : Un examen de la requête subordonné à l'existence d'une instruction ou d'un procès.....	65
Paragraphe 2 : Un examen de la requête subordonné à une qualité pour agir..	67
Section 2 : l'étude du bien-fondé du recours en nullité	70
Paragraphe 1 : Un recours subordonné à la violation d'un droit constitutionnel en droit canadien et d'une formalité textuelle ou substantielle en droit français.....	70

Paragraphe 2 : Une annulation subordonnée à la preuve d'un grief en droit français et à un risque de déconsidération de la justice au Canada	74
Titre 2 : Un contrôle de l'enquête insuffisant.....	81
Chapitre 1 : l'intensité contrastée du contrôle de l'enquête.....	81
Section 1 : l'autorisation préalable de procéder à une mesure – un contrôle de nécessaire mais pas suffisant	81
Paragraphe 1 : Juge de l'autorisation ou du contrôle ?	81
Paragraphe 2 : Les conditions de délivrance de l'autorisation	83
Section 2 : les insuffisances du contrôle a posteriori – les conséquences limitées de l'annulation d'un acte.....	86
Chapitre 2 : quelle juridictionnalisation de l'enquête française ?.....	91
Section 1 : L'instauration controversée d'un cadre unique d'enquête.....	91
Section 2 : Les perspectives d'injection de contrôle dans le cadre de l'enquête pénale actuelle.....	94
Conclusion générale.....	97
Bibliographie.....	99

Liste des abréviations

AJ Pénal.....	Actualité juridique pénal
Art.....	Article(s)
C. proc. pén.....	Code de procédure pénale
Cass. crim.....	Chambre criminelle de la Cour de cassation
CEDH.....	Convention européenne des droits de l'Homme
Circ.....	Circulaire
Coll.....	Collection
Consid.....	Considérant
Cons. const.....	Conseil constitutionnel
Cour EDH.....	Cour européenne des droits de l'Homme
Dir.....	Direction
Dr. pén.....	Revue de droit pénal
Ed.....	Edition(s)
Gaz. Pal.....	Gazette du Palais
Idem.....	Identique
Infra.....	Ci-dessous
JCP G.....	La semaine juridique, édition générale
Op. cit.....	Opere citato (oeuvre précitée)
P.....	Page(s)
PUF.....	Presses universitaires de France
Rec.....	Recueil
Req.....	Requête
RSC.....	Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé
S.....	Suivant(e.s)
Supra.....	Ci-dessus
T.....	Tome
V.....	Voir
Vol.....	Volume

*« L'université n'entend ni approuver
ni désapprouver les opinions particulières de l'auteur. »*

Remerciements

Mes premiers remerciements vont à mes directeurs de mémoire, Monsieur le Professeur BOTTON et Monsieur le Professeur STYLIOS, pour leur accompagnement dans la réalisation de ce travail, leur disponibilité et leurs précieux conseils.

Je remercie également Monsieur le professeur DE LAMY ainsi que tous les professeurs, à la fois à Toulouse mais aussi à Québec, qui, par leur investissement au sein du master, nous ont permis d'accéder à un enseignement de qualité.

Enfin, je remercie chaleureusement ma famille et mes amis, notamment mes colocataires canadiens, mais aussi Antoine RAMOGNINO et Leila LOUCIF qui m'ont apporté beaucoup de soutien et ont su me conseiller au cours de la réalisation de ce mémoire. Plus particulièrement, merci à mes parents, Julien LAMOUR et Nadia BAZRI, pour leurs relectures attentives et leur soutien au cours de ces cinq dernières années.

Introduction

Mise en contexte

L'objet de la procédure pénale est d'encadrer la phase allant de la commission d'une infraction au prononcé d'une sanction pénale, et ce, en recherchant un équilibre entre d'un côté la protection des droits du mis en cause et de l'autre l'efficacité dans la recherche de la vérité. Garantir une procédure juste et équitable n'est pas seulement nécessaire dans un souci de protection du prévenu, c'est également indispensable pour parvenir à déceler la vérité au cours de la procédure.

La recherche permanente d'un équilibre entre la protection du mis en cause et l'efficacité de la procédure. L'enquête pénale française était relativement peu encadrée par le code de procédure pénale de 1959, l'efficacité primait sur les droits du mis en cause. Cela s'explique notamment par le fait que la personne étant uniquement suspecte et pas encore accusée, le législateur considérait qu'il n'était pas indispensable de la protéger. C'est pour cette raison que la phase d'enquête est, par nature, non juridictionnelle. À partir des années 2000 et souvent sous l'influence du juge européen et constitutionnel, de nombreuses lois vinrent progressivement reconnaître un certain nombre de droits au suspect ¹, notamment en renforçant le droit à l'avocat qui fut par exemple introduit dès le début de la garde-à-vue². Le droit de l'Union européenne, par le biais de directives importantes ³ a conduit à des modifications substantielles de la procédure pénale française et plus particulièrement

¹ J. PRADEL, « L'enquête pénale aujourd'hui, vers une stabilisation de l'équilibre ? », *Rec. Dalloz*, 2014, n°29, p.1647.

² Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes.

³ Directive 2010/64/UE du Parlement européen et du Conseil relative au droit à l'interprétation et à la traduction dans le cadre des procédures pénales ; directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales ; directive 2013/48/UE du Parlement européen et du Conseil relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et des procédures relatives au mandat d'arrêt européen, au droit d'informer un tiers dès la privation de liberté et au droit des personnes privées de liberté de communiquer avec des tiers et avec les autorités consulaires ; directive 2016/343 du Parlement européen et du Conseil portant renforcement de certains aspects de la présomption d'innocence et du droit d'assister à son procès dans le cadre des procédures pénales.

de la phase d'enquête. Celle-ci, initialement pensée de manière objective, a peu à peu été subjectivée, par la consécration de nombreux « droits à » accordés au suspect. De la même manière, l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité a permis aux justiciables « d'influer sur la construction jurisprudentielle de la procédure pénale »⁴.

Or, bien que les pratiques policières aient fait l'objet d'encadrement et que le suspect dispose aujourd'hui de davantage de droits au stade de l'enquête, l'enquête permet aux policiers de mettre en place des mesures portant des atteintes importantes aux droits et libertés individuelles, qui étaient antérieurement réservées à l'instruction. Également, de nouveaux procédés ont vu le jour avec l'émergence de techniques de surveillance extrêmement sophistiquées. Même si la protection du suspect est prise en compte, la nécessité de rendre la procédure plus efficace et plus rapide demeure le critère prédominant. Le discours prononcé par Robert BADINTER au Sénat le 20 janvier 2004, s'agissant de la loi Perben II, qu'il qualifie de « *texte de régression* », illustre parfaitement cela. Il y dénonce le fait que le législateur fasse primer l'efficacité de la procédure sur le droit à la sûreté du mis en cause. « *La sûreté est la garantie du citoyen contre l'arbitraire ; elle est l'affirmation essentielle, dans toute démocratie, qu'il existe, face à l'État, pour chaque citoyen, un droit fondamental à être protégé par la loi et par la justice, gardienne des libertés individuelles, contre toute violation par l'État de ces libertés individuelles.* »⁵ Il regrette que l'exigence de nécessité soit trop souvent reléguée au second rang, et que l'accès à des mesures extrêmement attentatoires aux libertés soit permis dans des hypothèses où elles ne sont pourtant pas indispensables. « *Il ne s'agit pas, face à la délinquance, de donner systématiquement à la police judiciaire et au parquet des pouvoirs nouveaux toujours plus étendus parce que cela leur simplifierait la tâche. Dans une démocratie, dans un Etat de droit, il existe des barrières protectrices de la sûreté, des libertés individuelles de chacun que l'on ne doit ni franchir ni supprimer au nom de l'efficacité ou de la commodité des organes de poursuite.* »⁶

⁴ VERGÈS E., « La procédure pénale à son point d'équilibre », *RSC*, 2016, n°3, p.551

⁵ www.senat.fr, Sénat, séance du 20 janvier 2004, 2e lecture du projet de loi sur « l'adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité ».

⁶ *Idem*.

Ce phénomène d'extension des pouvoirs des OPJ dans le cadre de l'enquête, et de l'intensification des procédés en eux-mêmes, rendent le contrôle de cette phase particulièrement important et nécessaire.

Cadres de la mise en état des affaires pénales. La phase préparatoire au procès pénal en France se déroule dans le cadre de l'enquête – de flagrance ou préliminaire – ou de l'instruction, laquelle est obligatoire en matière criminelle et facultative en matière délictuelle. Au cours de l'enquête, ce sont les policiers qui seront chargés de rassembler les preuves et de rechercher les auteurs d'infractions, agissant sous le contrôle et la direction du procureur de la République,⁷ tandis que si une instruction a lieu c'est le juge d'instruction qui aura ce rôle, même s'il peut déléguer la réalisation d'actes d'enquête aux officiers de police judiciaire en délivrant une commission rogatoire⁸. Le Canada, en revanche, ne connaît pas de telle distinction puisque les enquêtes sont instruites par les mêmes acteurs dans tous les cas, à savoir les agents de la paix, bien que des particularités procédurales existent dépendamment de la gravité de l'infraction poursuivie.

Si l'instruction préparatoire en droit français n'entre pas directement dans notre champ d'étude, nous comparerons ponctuellement ce cadre procédural avec celui de l'enquête, puisque, nous le verrons, les pouvoirs pouvant être mis en œuvre au cours de l'enquête tendent à se rapprocher de ceux originellement réservés à la phase d'instruction.

Bouleversement des rôles au sein de la procédure pénale française. L'avant-procès, qui est une phase où les prérogatives de la puissance publique sont, naturellement, très importantes et où à l'inverse le prévenu dispose de droits restreints - ne cesse de gagner du terrain. C'est dans ce contexte que la question de l'intervention du juge au cours de cette phase se pose, « *comme un mécanisme compensateur des pouvoirs du ministère public pour garantir des droits et libertés individuelles dans la mise en état de l'affaire.* »⁹ C'est qu'en effet, le rôle et les

⁷ Art. 12 C. pr. pén.

⁸ Art. 151 C. pr. pén.

⁹ DORNIER O., Juges et membres du ministère public dans l'avant-procès, l'exemple de l'Allemagne et de la France, thèse de doctorat : droit (sous la dir. de LAZERGES Christine et WEIGEND Thomas), Paris : université Panthéon-Sorbonne et université de Cologne, 2019, par. 65.

attributions du ministère public furent renforcés sans que son statut ne soit modifié et que des garanties suffisantes ne soient prévues¹⁰, ce qui pose aujourd'hui problème. En effet, son rôle tend à se rapprocher de celui du juge d'instruction sans qu'il ne présente les mêmes garanties que ce dernier. De la même façon, les pouvoirs des enquêteurs tendent à devenir de plus en plus importants.

Le juge d'instruction est concurrencé par le parquet sur plusieurs aspects. D'une part, car il a perdu le monopole de mettre en œuvre certaines mesures, qui peuvent dorénavant être mises en place par le Procureur, parfois sur avis du JLD, mais aussi car certains pouvoirs lui ont été retirés, comme celui de placer en détention provisoire les personnes mises en cause¹¹. Ainsi, dans le cadre de l'enquête dérogatoire applicable à la criminalité organisée, il n'y a aucuns pouvoirs d'instruction « *qui ne connaissent pas d'équivalent dans l'enquête* », si ce n'est la possibilité de placer le prévenu sous contrôle judiciaire, assignation à résidence ou détention provisoire¹². D'autre part, car le procureur dispose aujourd'hui de fonctions quasi-judictionnelles¹³ en raison du rôle central qui est le sien en matière d'alternatives aux poursuites¹⁴ mais aussi dans le cadre de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité¹⁵ (CRPC).

Cette concurrence est exacerbée par le projet de loi relatif au Parquet européen et à la justice pénale spécialisée,¹⁶ qui attribue aux procureurs européens délégués des fonctions similaires à celles du juge d'instruction. En effet, ceux-ci pourraient conduire les investigations « *conformément aux dispositions applicables à*

¹⁰ A. BOTTON, « Le renforcement du rôle du procureur de la République », *AJ pénal*, 2016, n°12, p.562 ; O. DÉCIMA, Irrésistible juridictionnalisation ? in *La juridictionnalisation de l'enquête pénale : actes du colloque organisé le 30 avril 2014*, Paris : Cujas, 2015, coll. Actes & Études, p. 11.

¹¹ Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes ; V. J-B PERRIER, « Les (r)évolutions de la procédure pénale », *Rec. Dalloz*, 2019, n°19, p.1061.

¹² FOURMENT F., « Le procureur de la République, le juge d'instruction et le préfet, 60 ans après », *Dr. pén.*, 2019, n°4, dossier 6.

¹³ H. MATSOPOULOU, « Magistrats - L'application du principe de l'indépendance de l'autorité judiciaire aux magistrats du parquet - Note sous arrêt par Haritini », *JCP G*, 2018, n°3, p. 51 ; M. DELMAS-MARTY, « La phase préparatoire du procès pénal. Pourquoi et comment réformer ? », *Les Annonces de la Seine*, 2009, n° 34, p. 2.

¹⁴ ART 41-, 41-1-1, 41-2 C. pr. pén.

¹⁵ Art. 495-7 et s C. pr. pén.

¹⁶ Projet de loi n° 2731, adopté par le Sénat relatif au Parquet européen et à la justice pénale spécialisée ; http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/l15b2731_projet-loi.

l'instruction »¹⁷ et ainsi, disposeraient par exemple du pouvoir de mettre en examen des prévenus ou de les placer sous contrôle judiciaire.¹⁸

Ainsi, si l'instruction n'a pas encore été supprimée, une telle réforme est régulièrement suggérée¹⁹. En attendant et à défaut de la supprimer, le législateur favorise un évitement de cette phase²⁰. Dès lors, à peine 2,8 % des affaires poursuivables sont orientées vers l'instruction²¹.

Le juge des libertés et de la détention a été introduit dans ce contexte au sein de la procédure pénale en 2000²² et son rôle a été renforcé, notamment en 2004 avec la loi dite Perben II²³. Il intervient en tant que protecteur des libertés individuelles s'agissant des actes les plus graves, lorsque le magistrat du parquet ne présente plus les garanties nécessaires pour jouer ce rôle, principalement en matière de procédures dérogatoires. En effet, « *comment légitimer autrement que par son contrôle les atteintes à la liberté individuelle que l'enquête autorise, tout en faisant l'économie d'une refonte plus ambitieuse de la procédure ?* »²⁴

Les rôles de ces différents acteurs sont aujourd'hui brouillés et une réforme globale de la procédure pénale est envisagée. C'est dans ce contexte que nous tenterons de délimiter au mieux les différents contrôles devant être opérés et les rôles que peuvent jouer chacun de ces acteurs, dépendamment des garanties qu'ils présentent et de leurs autres fonctions.

¹⁷ Art. 696-118 du projet de loi.

¹⁸ Art. 696-119 du projet de loi.

¹⁹ V. par exemple Avant-projet du futur code de procédure pénale, version du 1er mars 2010 ; DELMAS-MARTY M. (sous la dir. de), *La mise en état des affaires pénales*, Commission Justice pénale et Droits de l'Homme, La documentation française, 1991, 225 p.

²⁰ Par exemple, la 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 instaure l'article 39-3 al 2 dans le C. pr. pén. et repend, pour définir le rôle du procureur, les mêmes termes que ceux utilisés dans l'article 81 du C. pr. pén. s'agissant du juge d'instruction. La loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice s'inscrit, elle aussi, très clairement dans cette logique d'évitement de la phase d'instruction, par exemple en créant des Cours criminelles, ou en limitant le débat contradictoire au cours de l'instruction.

²¹ J. BEAUME, *Rapport sur la procédure pénale*, 2014, p. 75.

²² Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes.

²³ Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

²⁴ O. DÉCIMA, *Irrésistible juridictionnalisation ? in La juridictionnalisation de l'enquête, op. cit.*, p. 11.

Procédure accusatoire et procédure inquisitoire. Cette distinction, même si elle tend à s'estomper, doit être brièvement abordée pour comprendre le rôle de chacun des acteurs au sein de l'enquête, la place du débat contradictoire ainsi que celle du suspect dans les deux systèmes que nous comparerons. Pour définir très simplement les deux modèles, la procédure accusatoire, qui est la procédure retenue au Canada, confère un rôle essentiel aux parties notamment s'agissant de la recherche des preuves tandis que le juge joue d'avantage un rôle d'arbitre. La procédure inquisitoire, qui est traditionnellement le modèle retenu en France, place au contraire le juge au centre de la phase d'investigation en ce qu'il participe activement à la recherche de la vérité judiciaire.²⁵ Ainsi, en France, les magistrats – juge d'instruction et, de plus en plus, magistrat du parquet – ont traditionnellement une place centrale dans la mise en état des affaires pénales tandis que le Canada n'est pas familier avec ce système, puisque c'est essentiellement les agents de la paix et le procureur général ou son représentant – qui ne sont pas membres de l'autorité judiciaire, contrairement aux magistrats du parquet français – qui doivent rechercher les preuves. Le juge a donc un rôle bien moins actif au cours de l'enquête pénale que celui traditionnellement dévolu au juge français.

Statut de la police. Le statut de la police canadienne²⁶ et française²⁷ doit aussi être évoqué, puisque nous comparerons l'étendue des pouvoirs policiers qui en découle dans chacun des pays. La police judiciaire est chargée « *de constater les infractions à la loi pénale, d'en rassembler les preuves et d'en rechercher les auteurs tant qu'une information n'est pas ouverte.* »²⁸ Elle joue donc un rôle central.

Le statut de la police est différent dans les deux systèmes : au Canada, l'enquête est menée par la police judiciaire qui agit de façon indépendante et n'est pas dirigée par un membre de l'autorité judiciaire ; en France en revanche, la mise en état des affaires pénales est toujours dirigée par un membre de l'autorité judiciaire, à ce titre garant des

²⁵ P. BÉLIVEAU et J. PRADEL, La justice pénale dans les droits canadien et français : étude comparée d'un système accusatoire et d'un système inquisitoire, 2e éd, [Bruxelles], Bruylant, 2007.

²⁶ V. notamment Loi sur la Gendarmerie royale du Canada (L.R.C. (1985), ch. R-10) et Loi sur la police, RLRQ c P-13.1. V. également M. VAUCLAIR et T. DESJARDINS, Traité général de preuve et de procédures pénales, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2018, p. 85-105.

²⁷ S. GUINCHARD et J. BUISSON, Procédure pénale, 12e édition, Paris, LexisNexis, 2019, p.529-709.

²⁸ art. 14, al. 1er, C. pr. pén

libertés individuelles, le procureur ou le juge d'instruction²⁹. Les pouvoirs policiers en droit français sont donc naturellement plus importants.³⁰

Cela s'explique par le fait qu'en droit canadien, les poursuites sont engagées au nom de l'État. Ainsi, en vertu du principe d'indépendance judiciaire un juge ne peut pas instruire et participer à l'enquête comme un représentant de l'État, il ne peut en aucun cas cumuler des fonctions d'investigation et de jugement. C'est pour cette raison que la fonction d'investigation est exclusivement réservée aux policiers, la fonction d'exercice de l'action publique au ministère public, et la fonction de jugement au juge. Le juge de paix intervient ainsi en tant qu'arbitre, pour contrôler le déroulé de l'enquête et autoriser la mise en œuvre de mesures d'enquête intrusives. C'est une différence fondamentale avec la situation française où les poursuites sont engagées au nom de la société par un membre de l'autorité judiciaire, le procureur de la République.

En plus de conduire l'ensemble des enquêtes, l'institution policière canadienne déclenche l'action publique en déposant une dénonciation. Ses pouvoirs sont donc très larges. Cela étant, même si le Code criminel ne le prévoit pas, le ministère public intervient régulièrement, en pratique, dans la décision d'instituer une poursuite³¹.

Pertinence de la comparaison franco-qubécoise. La pertinence de ce sujet repose avant tout sur son actualité en droit français. En effet, à l'heure où l'enquête tend à se juridictionnaliser davantage et où la question d'une évolution du statut des magistrats du parquet est clairement posée, il est opportun de clarifier les exigences européennes et constitutionnelles en la matière et de questionner à la fois l'opportunité d'une telle juridictionnalisation, mais aussi les modalités selon lesquelles celle-ci devrait être mise en œuvre. L'intérêt d'une telle analyse réside donc dans son caractère prospectif. Cette approche comparatiste nous permettra de confronter le modèle français au modèle canadien, dans le but de dégager des pistes d'amélioration du droit français, ou à l'inverse, d'alerter sur ce que risque de devenir l'enquête pénale française si l'instruction devait être supprimée. Dès lors, l'étude du système canadien sera plus ponctuelle et ne sera pas centrale. La comparaison s'avère intéressante

²⁹ P. BÉLIVEAU et J. PRADEL, La justice pénale dans les droits canadien et français : étude comparée d'un système accusatoire et d'un système inquisitoire, *op. cit.*, p.75.

³⁰ *Idem.*, p.271.

³¹ P. BÉLIVEAU et J. PRADEL, La justice pénale dans les droits canadien et français : étude comparée d'un système accusatoire et d'un système inquisitoire, *op. cit.*, p.473.

puisque les deux systèmes disposent de procédés semblables, et donc comparables, mais qui ne sont pas utilisés dans les mêmes cas et qui sont soumis à des conditions d'ouverture différentes.

En effet, le contrôle de l'enquête en droit canadien est opéré différemment, puisque le juge de paix (JP) intervient tout au long de la procédure, pour accorder aux enquêteurs le pouvoir de mettre en place certaines mesures, mais aussi pour contrôler ponctuellement la régularité de l'enquête. Il joue en quelque sorte un rôle de « juge de l'enquête ». Le modèle français en revanche ne dispose pas actuellement d'un tel acteur, le JLD intervenant de manière relativement ponctuelle, il n'a pas le rôle central qu'a le JP en droit canadien. Le procureur de la République français en revanche, dispose de prérogatives bien plus larges que son homologue canadien. À la fois puisqu'il met en œuvre l'action publique, mission qui est dévolue aux agents de la paix en droit canadien, mais aussi et surtout parce qu'il est directeur de l'enquête, ce que n'est pas le procureur canadien, il peut à ce titre mettre en œuvre certaines mesures d'enquête et autoriser les OPJ à mettre en œuvre certains actes.

Problématiques

Il s'agira d'analyser, au travers d'une comparaison avec le système canadien, comment l'enquête pénale française est actuellement contrôlée et comment ce contrôle est susceptible d'évoluer, au vu de ses actuelles insuffisances et des exigences européennes et constitutionnelles en la matière.

Certains actes de l'enquête pénale française sont exécutés sous le contrôle étendu du procureur de la république. En quoi ce contrôle pose-t-il problème au regard des règles et principes régissant la procédure pénale ? un tel contrôle permet-il une protection effective des droits ?

Nous verrons que ce contrôle paraît insatisfaisant s'agissant de certains actes hautement attentatoires aux libertés individuelles tels que les placements en garde-à-vue, puisque le ministère public français ne présente pas les garanties nécessaires en termes d'indépendance et d'impartialité. Il s'agira d'analyser en quoi les fonctions attribuées au ministère public posent problème au regard de son statut. À cet égard, une comparaison avec le ministère public canadien sera intéressante puisque ce

dernier ne bénéficie pas de pouvoirs si étendus et n'a pas le même statut qu'en France. La question d'une réforme statutaire constitutionnelle du ministère public, qui est en cours de réflexion, sera envisagée afin de questionner sa pertinence et de se demander si celle-ci résoudrait les problèmes évoqués.

Le contrôle a priori opéré par le JLD en France, impliquant que certains actes ne peuvent être effectués que s'il les autorise, devrait-il être généralisé et étendu à d'autres actes, sur le modèle du droit canadien ?

Une extension du contrôle en amont à d'autres actes pourrait être opportune mais le JLD, dans sa configuration actuelle, ne semble pas être en capacité d'endosser ce rôle de manière satisfaisante. En effet, il ne dispose pas d'un pouvoir d'initiative et n'a pas accès à la totalité du dossier,

donc n'est pas en mesure de vérifier correctement l'opportunité ou non d'autoriser l'acte d'enquête en question. À cet égard nous comparerons la nature, l'étendue et l'intensité de ce contrôle opéré en France par le JLD et au Canada par le juge de paix. Nous verrons que cette autorisation demeure le principe au Canada bien que les policiers puissent de plus en plus agir sans mandat tandis qu'en France ce contrôle est traditionnellement plus restreint mais tend à se développer depuis une quinzaine d'années, rendant ainsi possible l'amplification du pouvoir des enquêteurs. En effet, l'intervention du juge des libertés et de la détention au stade de l'enquête sert actuellement de contrepartie à l'extension des pouvoirs à la disposition des policiers et du ministère public.

Le contrôle a posteriori consistant à octroyer à certaines personnes la possibilité de contester la validité d'un acte est-il satisfaisant en France et au Canada, et à défaut, comment pourrait-il être amélioré ?

Ce contrôle s'avère relativement insatisfaisant en France puisque de nombreux actes échappent à un tel contrôle et lorsqu'il est opéré, ses effets restent limités. À cet égard, le recours en exclusion de preuve en droit canadien ne semble pas plus satisfaisant puisqu'il souffre des mêmes critiques que le recours en nullité en droit français. Nous réfléchirons à des pistes d'amélioration de ces recours, ainsi qu'à la pertinence de permettre son exercice en amont du déclenchement des poursuites.

Partie 1 : Le principe du contrôle juridictionnel

Titre 1 : la délimitation de la notion de contrôle juridictionnel

Il s'agira dans ce titre d'expliquer ce qui peut être considéré comme une forme de contrôle juridictionnel au stade de l'enquête pénale. Les critères permettant de qualifier un contrôle de contrôle juridictionnel sont à la fois organique (*chapitre 1*), à savoir que le contrôle est opéré par un magistrat indépendant et impartial afin de présenter des garanties à la hauteur de la mission dont il est question, et fonctionnel (*chapitre 2*), impliquant que le magistrat intervienne pour exercer sa fonction juridictionnelle : dire le droit, en confrontant les faits à la règle de droit.

Chapitre 1 : le critère organique - l'intervention d'un magistrat indépendant et impartial

Nous analyserons dans ce chapitre les implications des principes d'impartialité et d'indépendance auxquels doivent répondre les membres de l'autorité judiciaire, intimement liés au principe de la séparation des fonctions d'instruction, de poursuite et de jugement, et ce dans le but de délimiter quels sont les acteurs pouvant opérer un réel contrôle de l'enquête pénale.

Notre objectif ici n'est pas de réaliser une étude poussée de ces deux notions dont le sens et les implications varient dans le temps et l'espace, et qui font l'objet d'une jurisprudence foisonnante et complexe, puisqu'une telle étude s'avèrerait incomplète et n'intéresse pas directement notre sujet. Il s'agira plutôt de pointer du doigt les problèmes liés à l'indépendance et l'impartialité de certains acteurs, tels que les ministères publics ou le juge d'instruction français, dans le but de se montrer critique envers le contrôle qu'ils exercent. C'est pourquoi nous aborderons principalement dans ce chapitre le cas français puisque c'est en droit français que le contrôle opéré par le ministère public est le plus questionnable, cette question ne présentant pas un grand intérêt en droit canadien puisque les membres du ministère public ne sont pas magistrats et ne disposent pas de prérogatives de contrôle semblables à celles du ministère public français. Quant au juge de paix, acteur central de l'enquête pénale

canadienne, son impartialité et son indépendance, tout comme celles du JLD, ne posent pas vraiment de problème non plus.

Contours des exigences d'indépendance et d'impartialité. L'indépendance et l'impartialité sont deux notions proches mais pas identiques, la première s'appréciant à l'égard du pouvoir législatif et exécutif tandis que la seconde, à l'égard des parties.³² « *L'indépendance résulte d'un statut, l'impartialité est une vertu* »³³, donc si l'indépendance peut aisément se décréter et est objectivement qualifiable, tel n'est pas le cas de l'impartialité, qui se trouve dans un équilibre puisque « *la vertu se trouve dans le juste milieu entre deux vices* ».³⁴

Cette exigence qui pèse sur les membres de l'autorité judiciaire est une exigence constitutionnelle et européenne en droit français, l'article 6 §1 de la ConvEDH du 4 novembre 1950 prévoit que « *toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle* ». De telles exigences découlent également de l'article 5 §3 de la Convention, et la Cour a fait évoluer ses attentes en matière de « magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires » de sorte qu'elles sont maintenant proches de celles qui existent pour le « tribunal » visé par l'article 6.

L'article 64 de la Constitution française prévoit que « *le président de la République est garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire* », ainsi, « *il n'appartient ni au législateur ni au gouvernement de censurer les décisions des juridictions, d'adresser à elles des injonctions et de se substituer à elles dans le jugement des litiges relevant de leur compétence* »³⁵ et « *(...) d'enfreindre par là même le principe de séparation des pouvoirs* »³⁶. Donc le principe d'indépendance de l'autorité judiciaire est une déclinaison du principe de séparation des pouvoirs³⁷.

³² S. GUINCHARD et J. BUISSON, *op. cit.*, p.334.

³³ *Idem.*

³⁴ ARISTOTE, L'éthique à Nicomaque. II, 10, 1227, b, 9, cité dans GOASDOUE P., L'impartialité du ministère public, Paris : L'Harmattan, coll. Bibliothèques de droit, 2018.

³⁵ Décision n° 80-122 DC du 22 juillet 1980

³⁶ Décision n° 87-228 DC du 26 juin 1987

³⁷ Art. 16 de la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen.

Pour apprécier l'indépendance d'un organe et ainsi déterminer s'il peut être qualifié de « tribunal » au sens de l'article 6, la Cour EDH a fixé plusieurs critères devant être analysés : le mode de désignation et la durée du mandat des membres qui le composent, l'existence de garanties contre les pressions extérieures et l'apparence ou non d'indépendance³⁸. Concernant l'impartialité, toujours sur le fondement du même article, la jurisprudence de la Cour a évolué. Elle s'est prononcée pour la première fois sur cette question dans l'arrêt *Piersack c/ Belgique*³⁹, dans lequel elle a adopté une conception stricte et objective de l'impartialité : le fait qu'un même magistrat puisse exercer des fonctions d'instruction ou de poursuite puis faire partie de la juridiction de jugement constitue, en soi, une méconnaissance du principe d'impartialité, il n'est pas nécessaire que l'impartialité subjective – un parti-pris du magistrat - soit caractérisée. Elle a ensuite fait évoluer sa jurisprudence à partir de l'arrêt *Hauschildt* du 24 mai 1989⁴⁰, considérant dorénavant que l'article 6 n'impose pas en soi, un principe de séparation des fonctions d'instruction ou de poursuite et des fonctions de jugement, et qu'au-delà de cette confusion fonctionnelle il faut prouver que dans le cas d'espèce l'impartialité est caractérisée, que les juges ne disposaient pas du « détachement nécessaire »⁴¹ pour juger cette affaire en toute impartialité. Pour ce faire, elle va analyser *in concreto* l'implication et le rôle qu'a eu le juge lors de l'instruction par exemple s'il a ensuite fait partie de la juridiction de jugement. Ainsi, le fait qu'un juge instruit une affaire qu'il juge par la suite ne constitue plus, en soi, une atteinte à l'article 6.

Les problèmes de dépendance et de partialité du ministère public français au regard de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Le raisonnement de la Cour EDH n'est pas tout à fait le même sur le fondement de l'article 5, donc s'agissant du « *juge ou magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires* ». Dans une décision du 4 décembre 1979⁴² elle a considéré que l'indépendance implique que le magistrat ne puisse pas recevoir d'instruction du ministère de la justice donc du pouvoir exécutif, mais le fait qu'il soit placé sous son autorité ne pose pas de problème à cet égard. Concernant l'impartialité, le magistrat

³⁸ Cour EDH, 28 juin 1984, *Campbell et Fell c/ Royaume-Uni*, série A, n°80, par. 77.

³⁹ Cour EDH, 1^{er} oct. 1982, *Piersack c/ Belgique*, série A, n°53

⁴⁰ Cour EDH, 24 mai 1989, *Hauschildt c/ Danemark*, série A, n°154, par. 50

⁴¹ Cour EDH, 15 déc. 2005, *Kyprianou c/ Chypre*, req. n°73797/

⁴² Cour EDH, 4 déc. 1979, *Schiesser c/ Suisse*, req. n° 7710/76

ne doit pas être susceptible de jouer un rôle dans la poursuite de l'individu dont il a préalablement contrôlé l'arrestation ou la détention. En réalité, la Cour n'impose pas la séparation des fonctions d'instruction et de poursuite ni que les membres du parquet soient indépendants du pouvoir exécutif, mais si un magistrat cumule de telles fonctions et est dépendant, il ne peut pas être le magistrat habilité au sens de l'article 5 à contrôler la mesure de détention ou d'arrestation. L'appréciation de l'impartialité par la Cour EDH a évolué d'une conception *in concerto*⁴³ vers une conception *in abstracto* : la simple possibilité que le juge intervienne pour contrôler la mesure d'arrestation ou de détention d'une personne puis qu'il puisse décider d'engager des poursuites à son encontre suffit à le rendre partial, indépendamment de savoir s'il a effectivement eu ces deux rôles dans le cas d'espèce.⁴⁴

Au vu de cette jurisprudence, les magistrats du parquet français ne présentent pas les garanties d'indépendance et d'impartialité requises pour exercer le contrôle prévu par l'article 5 de la ConvEDH. Ils manquent d'indépendance à l'égard du pouvoir exécutif puisque leur nomination ne se réalise toujours pas sur avis conforme du Conseil supérieur de la magistrature et que ce Conseil n'est pas compétent en matière disciplinaire à leur égard : ils sont nommés par le Président de la république⁴⁵ et sont placés sous l'autorité du garde des sceaux, ministre de la justice.⁴⁶ Ce dernier adresse au parquet des instructions générales d'action publique⁴⁷ même si les instructions dans des affaires particulières ne sont plus permises depuis une loi du 25 juillet 2013.⁴⁸ Ils ne satisfont pas non plus l'exigence d'impartialité imposée par la Cour puisqu'ils peuvent intervenir au cours d'une même procédure pour autoriser le renouvellement d'une garde-à-vue puis pour déclencher l'action publique, et ce, même si leur impartialité est aujourd'hui décrétée par le Code de procédure pénale⁴⁹. C'est en ce

⁴³ *Idem*, par. 31

⁴⁴ Cour EDH, 22 mai 1984, trois arrêts : De Jong, Baljet et Van Den Brink c/ Pays-Bas, série A, n°77 ; Van Der Sluijs, Zuiderveld et Kloppe, série A, n°79

⁴⁵ Ordonnance n° 58-1270 du 22 déc. 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, art. 28.

⁴⁶ *Idem*, art. 66.

⁴⁷ Art 30 C. pr. pén.

⁴⁸ 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 oeuvre de l'action publique ; Art. 30 C. pr. pén.

⁴⁹ Art. 39-3 et 31 C. proc. pén.

sens qu'ont été rendues les décisions Medvedyev⁵⁰ puis France Moulin⁵¹ sur lesquelles la Chambre criminelle s'est alignée.⁵²

Indépendance et impartialité du ministère public français dans la jurisprudence constitutionnelle. Cependant, le Conseil constitutionnel considère toujours que les magistrats du parquet, en tant que membres de l'autorité judiciaire, sont indépendants et impartiaux⁵³. Cette position a été réitérée dans une décision du 8 décembre 2017⁵⁴ dans laquelle la question posée était de savoir si l'article 5 de l'ordonnance du 22 décembre 1958, prévoyant que « *Les magistrats du Parquet sont placés sous la direction et le contrôle de leurs chefs hiérarchiques et sous l'autorité du garde des sceaux, ministre de la justice. À l'audience, leur parole est libre* » était conforme au principe de séparation des pouvoirs et d'indépendance de l'autorité judiciaire ainsi qu'au droit à un procès équitable et aux droits de la défense. Le Conseil semble en effet considérer que la dépendance institutionnelle des magistrats du parquet à l'égard du pouvoir exécutif ne fait pas obstacle à leur autonomie d'un point de vue fonctionnel, laquelle serait garantie par leur impartialité, à la fois dans leur fonction de directeur d'enquête⁵⁵ et dans leur fonction d'exercice de l'action publique⁵⁶, par la liberté dont ils disposent s'agissant du déclenchement⁵⁷ et de l'exercice⁵⁸ de l'action publique, ainsi que par le fait qu'ils ne peuvent plus recevoir d'instructions du garde des sceaux dans des affaires individuelles⁵⁹. Pourtant, comme le soulignait le Professeur Antoine Botton, le fait que leur impartialité ait été décrétée ne les rend pas plus indépendants, l'impartialité s'appréciant à l'égard des parties et non des autres pouvoirs et ils reçoivent toujours des instructions générales de politique pénale⁶⁰. Dès lors, cette indépendance fonctionnelle décrite par le Conseil ne convainc pas.

⁵⁰ Cour EDH, 29 mars 2010, Medvedyev c/France, n°3394/03.

⁵¹ Cour EDH, 23 nov. 2010, France Moulin c/ France : Gaz. Pal. 9 déc. 2010, note Bachelet.

⁵² Cass. Crim., 15 déc. 2010 n° 10-83674

⁵³ V. notamment : Cons. const., 11 août 1993, n°93-326 DC, Loi modifiant la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme du code de procédure pénale

⁵⁴ Cons. const., 8 décembre 2017, décision n° 2017-680 QPC.

⁵⁵ Art. 39-3 C. pr. pén.

⁵⁶ Art 31 C. pr. pén.

⁵⁷ Art. 40-1 C. pr. pén.

⁵⁸ Art. 33 C. pr. pén.

⁵⁹ Art 30 C. pr. pén introduit par la loi n° 2013-669 du 25 juillet 2013

⁶⁰ A. BOTTON, « Les magistrats du parquet, des subordonnés indépendants », *Lexbase. La Lettre juridique*, 2018, 8 p.

Également, le fait que leur impartialité ait été décrétée ne change pas le fait qu'ils sont objectivement partiaux, il s'agit davantage d'un « *précepte d'ordre moral* »⁶¹ ayant été introduit dans le Code de procédure pénale pour renforcer la légitimité du procureur, afin de « *le rapprocher - et de le mettre ainsi au niveau* »⁶² du juge d'instruction.

Dépendance du ministère public québécois à l'égard du pouvoir exécutif.

Les membres du ministère public ne sont pas membres de l'autorité judiciaire mais membres du barreau, ils dirigent les poursuites et exercent l'action publique⁶³ au nom du procureur général qui est également le ministre de la justice⁶⁴. Le ministère public est donc rattaché au pouvoir exécutif puisque les poursuites sont engagées en son nom. Leur dépendance à l'égard du pouvoir exécutif ne pose aucun problème au regard de la séparation des pouvoirs puisqu'ils ne sont pas membres de l'autorité judiciaire. En revanche au Québec, le responsable des poursuites est le directeur des poursuites pénales⁶⁵, fonctionnaire indépendant qui ne reçoit pas de directives gouvernementales, donc cela garantit l'indépendance de la poursuite.

Indépendance et impartialité du juge d'instruction. S'agissant du juge d'instruction, si son indépendance à l'égard du pouvoir exécutif ne fait pas de doute au regard de son statut de juge du siège, son impartialité peut être questionnée. Avant la loi du 15 juin 2000⁶⁶, il décidait à la fois du placement en détention provisoire des personnes mises en examen puis du renvoi de ces personnes devant une juridiction de jugement. Cette situation était susceptible de poser problème au regard de l'article 5 §3⁶⁷ et le JLD a été instauré pour y remédier, il décide désormais du placement d'une personne en détention provisoire et de la prolongation de cette mesure. Ceci étant, même si le juge d'instruction ne décide plus de la mise en détention provisoire, il peut toujours décider du maintien en détention de la personne qu'il décide de renvoyer

⁶¹ H. MATSOPOULOU, « Magistrats - L'application du principe de l'indépendance de l'autorité judiciaire aux magistrats du parquet - Note sous arrêt par Haritini » *op. cit.*, note 7.

⁶² A. BOTTON, « Le renforcement du rôle du procureur de la République », *op. cit.*

⁶³ L'hypothèse de poursuites privées est prévue par le Code criminel mais en pratique cela n'arrive jamais.

⁶⁴ Art 2 C. crim.

⁶⁵ Loi sur le directeur des poursuites criminelles et pénales, RLRQ c D-9.1.1

⁶⁶ Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes

⁶⁷ La Cour EDH a considéré que le juge d'instruction bulgare, qui disposait des mêmes fonctions que le juge d'instruction français sur ce point, était partial au regard de l'article 5 §3. V. notamment l'arrêt *Vachev c/ Bulgarie*, 8 juillet 2004, req n° 42987/98.

devant une juridiction, il cumule donc toujours d'une certaine manière le pouvoir de se prononcer sur le maintien en détention d'une personne et celui de renvoyer le mis en examen devant une juridiction de jugement. Pourtant, la Cour EDH a considéré dans l'arrêt *Medvedyev c/ France* que ce cumul de fonctions ne posait pas de problème au regard de l'impartialité et a ainsi conclu que le juge d'instruction français pouvait être le magistrat compétent au regard de l'article 5. Certains considèrent cette solution critiquable, puisque bien qu'il ne soit pas un organe de poursuite comme le Parquet, la décision qu'il prend lors de la clôture de l'instruction est en substance la même que celle que prend le Procureur de la république à la fin de l'enquête, même si la nature de ces décisions est différente⁶⁸. Or, il s'agit dans le cas du juge d'instruction d'une compétence secondaire et ce dernier ne peut ni participer au procès ni s'auto-saisir, ce qui garantit probablement une impartialité fonctionnelle plus importante.⁶⁹

Réforme constitutionnelle du statut du ministère public français. Une réforme constitutionnelle visant à rendre le ministère public réellement indépendant interviendra probablement prochainement, pour autant, résoudrait-elle les problèmes évoqués ? Une telle réforme résoudrait les problèmes liés à l'indépendance du parquet et est en ce sens souhaitable. Cependant, son manque d'impartialité persistera tant qu'il cumulera des fonctions de direction d'enquête et de mise en œuvre de l'action publique, étant ainsi amené à se prononcer à plusieurs reprises s'agissant de la même affaire. S'il peut se voir imposer des obligations « *de légalité, d'objectivité et de loyauté* »⁷⁰, cela est bien différent d'une exigence d'impartialité qui consiste en le fait de ne pas avoir de parti pris, ce qui semble impossible s'agissant du procureur puisque « *lorsqu'on est autorité de poursuite, on est nécessairement partial dans la décision qu'on prend de poursuivre* »⁷¹.

Au-delà de cette partialité objective, comment le directeur de l'enquête, mettant en œuvre des actes par nature attentatoire aux libertés individuelles qui facilitent forcément l'exercice de cette mission de direction des investigations qui est la sienne,

⁶⁸ S. GUINCHARD et J. BUISSON, *op. cit.* p.103 ; S. Guinchard, « Requiem joyeux pour l'enterrement annoncé du juge d'instruction », *in* livre du bicentenaire du Code pénal et du Code de procédure pénale, Dalloz et Panthéon-assas, ed. 2010 ; REBUT Didier, « L'arrêt *Medvedyev* et la réforme de la procédure pénale », *Rec. Dal.*, 2010, n°16, p.971

⁶⁹ DORNIER O., « Juges et membres du ministère public dans l'avant-procès, l'exemple de l'Allemagne et de la France », thèse de doctorat : droit, *op. cit.*, par. 259. ; HENNION-JACQUET, Patricia, « Arrêt *Medvedyev* : turbulent silence sur les qualités du parquet », *Rec. Dalloz*, 2010, n°22, p.1390

⁷⁰ S. GUINCHARD et J. BUISSON, *op. cit.*, p.365.

⁷¹ *Idem* ; V. également DORNIER O., « Juges et membres du ministère public dans l'avant-procès, l'exemple de l'Allemagne et de la France », thèse de doctorat : droit, *op. cit.*, par. 231.

peut-il être dans le même temps protecteur des libertés individuelles de manière satisfaisante ? Comment se satisfaire du fait qu'il puisse à la fois décider d'une mesure de garde-à-vue puis contrôler son déroulé⁷² ? Sur ce point, il est vrai que les mêmes critiques peuvent être faites au juge d'instruction⁷³ mais cela nous semble bien moins problématique puisque les décisions rendues par ce dernier sont de nature juridictionnelle et donc peuvent faire l'objet d'un recours.

Il nous semble que la consécration d'une indépendance statutaire des magistrats du parquet risque de légitimer l'élargissement des prérogatives qui sont octroyées à ce dernier ainsi qu'aux OPJ dans le cadre de l'enquête, en éclipsant le problème de sa partialité, ce qui nous paraît problématique⁷⁴. Ne serait-il pas plutôt envisageable de reconnaître leur dépendance et d'en tirer les conséquences nécessaires, c'est-à-dire de restreindre leurs prérogatives en tant que magistrats intervenant pour autoriser certaines mesures ?

Cela semble être possible sans contrevenir au principe de la séparation des pouvoirs prévu par l'article 16 de la Constitution puisque les magistrats du parquet, bien que membres de l'autorité judiciaire, n'exercent pas de fonctions juridictionnelles, or le Conseil considère que l'article 16 « *implique le respect du caractère spécifique des fonctions juridictionnelles, sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur ni le Gouvernement* ». D'après une telle interprétation, serait imposée une indépendance de la fonction juridictionnelle, mais pas nécessairement de l'autorité judiciaire entendu en tant qu'organe.⁷⁵

Même si la reconnaissance d'une dépendance des magistrats du parquet semblerait possible, il est tout à fait improbable qu'elle intervienne au vu de la position du Conseil constitutionnel. De surcroît, l'instauration d'un Parquet européen semble aller dans le sens d'une réforme du statut des magistrats du parquet. En effet, le règlement européen du 12 octobre 2017 mettant en œuvre une coopération renforcée concernant

⁷² J. LEROY, La garde à vue : des pistes pour une réforme, *in* La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale *opinio doctorum*, Paris : Dalloz, 2009, p.193

⁷³ Au stade de l'instruction, c'est le juge d'instruction qui intervient d'ailleurs décider du renouvellement de la garde-à-vue, il cumule donc dans ce cas les fonctions de gardien des libertés individuelles et de juge de la mise en état, de la même manière que le procureur. V. sur ce point F. FOURMENT « Le contrôle de l'autorité judiciaire sur les mesures de contrainte : le cas de la garde-à-vue » *in* La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, *opinio doctorum*, *op. cit.*, p. 171.

⁷⁴ N. JEANNE, Juridictionnalisation de la répression pénale et institution du ministère public : étude comparative France-Angleterre, thèse de doctorat, *op. cit.*, par. 475.

⁷⁵ A. BOTTON, « Les magistrats du parquet, des subordonnés indépendants », *op. cit.*

la création du Parquet européen⁷⁶ prévoit que les procureurs européens délégués – représentants nationaux du parquet européen – doivent être indépendants. En ce sens, ils ne doivent accepter ni ne solliciter aucune instruction d'une personne extérieure au Parquet européen.⁷⁷ Le projet de loi relatif au Parquet européen et à la justice pénale spécialisée⁷⁸ vient modifier le droit interne français afin de permettre sa conformité aux exigences européennes. Pour ce faire, il prévoit un article excluant que ces procureurs européens délégués puissent recevoir des instructions de la part des parquets nationaux. Si un tel projet ne concerne aujourd'hui que les procureurs européens délégués, il est fort probable qu'à terme cette indépendance soit étendue à tous les parquetiers. Une telle solution peut sembler inaboutie dans la mesure où elle n'est que partiellement satisfaisante : bien que ces procureurs européens délégués ne puissent pas recevoir d'instructions, ils dépendraient toujours du pouvoir exécutif quant à leur nomination et leur sanction disciplinaire, en vertu de l'article 65 de la Constitution. Dès lors, leur statut demeurerait malaisé et leur indépendance incertaine.

⁷⁶ Règlement (UE) 2017/1939 du Conseil du 12 octobre 2017 mettant en œuvre une coopération renforcée concernant la création du Parquet européen.

⁷⁷ Art. 6 du règlement précité.

⁷⁸ Projet de loi n° 2731, adopté par le Sénat relatif au Parquet européen et à la justice pénale spécialisée, *op. cit.*

Chapitre 2 : Le critère fonctionnel - l'intervention d'un magistrat pour dire le droit

La question se posera de savoir, s'agissant de chacun des acteurs de la procédure pénale, s'ils disposent et peuvent disposer de fonctions juridictionnelles puisqu'à défaut le contrôle qu'ils opèrent ne peut être qualifié de contrôle juridictionnel.

La juridictionnalisation peut être définie comme étant un « procédé consistant à attribuer à des actes qui ne le comporteraient normalement pas la qualification d'acte juridictionnel afin de leur étendre le régime de ce dernier »⁷⁹. Parler de juridictionnalisation implique donc que des actes pris au cours de l'enquête puissent recevoir la qualification d'actes juridictionnels. La notion d'acte juridictionnel est très discutée en doctrine, celui-ci peut être défini comme étant « un acte émanant d'un juge qui, à l'issue d'une procédure, procède à une constatation lui permettant de trancher un litige par sa décision. »⁸⁰ Pour qu'un acte puisse être qualifié d'acte juridictionnel il faut donc qu'il soit pris par un juge indépendant et impartial (critère organique), à l'issue d'une procédure pré établie (critère procédural), que le juge procède à une vérification juridictionnelle, c'est-à-dire qu'il confronte les faits au droit (critère intellectuel) et qu'à l'issue de cette vérification il tranche un litige (critère finaliste). Nous étudierons dans ce chapitre la fonction qu'exercent, à la fois les juges du siège (*Section 1*) mais aussi les membres du ministère public (*Section 2*) intervenant dans la mise en état des affaires pénales, afin de déterminer s'ils exercent une fonction juridictionnelle et s'ils peuvent rendre des actes juridictionnels.

⁷⁹ G. CORNU (sous la dir. de), ASSOCIATION HENRI CAPITANT, Vocabulaire juridique, 12ème ed., Paris : PUF, coll. Quadrige, 2018, 1103 p.

⁸⁰ J HÉRON et T. LE BARS, Droit judiciaire privé, 7e éd, Paris, LGDJ-Lextenso, 2019, 1030 p.

Section 1 : Le contrôle opéré par les juges du siège au stade de l'enquête

Nature du contrôle opéré par le JLD et le juge de paix. Le contrôle opéré par ces acteurs est-il un contrôle de nature juridictionnelle et ces derniers exercent-ils une fonction juridictionnelle lorsqu'ils se prononcent pour autoriser ou non une mesure d'enquête ? C'est en ce sens que s'est prononcée la Chambre criminelle dans un arrêt rendu le 23 novembre 2016⁸¹ dans lequel elle parle d'une évolution « *du statut et rôle juridictionnel du juge des libertés et de la détention voulue par le législateur* » s'agissant de son intervention pour prolonger une garde-à-vue au-delà de la quarante-huitième heure⁸² et pour autoriser une perquisition sans l'assentiment de l'intéressé dans le cadre de l'enquête préliminaire⁸³.

Certains considèrent en revanche qu'il serait inexact de parler de juridictionnalisation s'agissant du contrôle opéré au stade de l'enquête pénale par le JLD puisque cela impliquerait que les actes pris par ce dernier soient ou tendent à devenir des actes juridictionnels, or ces décisions ne sont pas prises à la suite d'un débat contradictoire et sont insusceptibles d'appel, puisque l'action en justice n'a pas encore été mise en mouvement à ce stade.⁸⁴ De la même façon, les actes pris par les OPJ tout comme le contrôle opéré par le parquet, demeureront évidemment des actes non juridictionnels.

Nous souscrivons à cette analyse, il nous semble en effet qu'en droit français comme en droit canadien, les actes pris par ces acteurs ne peuvent être qualifiés d'actes juridictionnels ni leur fonction de juridictionnelle pour la raison principale que l'action publique n'a pas encore été déclenchée à ce stade. Or, « *la fonction juridictionnelle est indéfectiblement liée à la notion d'action en justice* »⁸⁵, « *elle est nécessairement mixte, comprenant à la fois des éléments de fond, dire le droit ; et de forme, application d'une procédure organisée* »⁸⁶. Les demandes qui sont formulées au JLD et au juge de paix ne procèdent pas d'une action en justice dans le cadre de laquelle ils devraient trancher en droit, puisqu'elles émanent du procureur de la république ou des

⁸¹ Crim. 23 nov. 2016, n° 16-81.904 et 15-83.649 ; J.B. THIERRY, « De l'importance de la motivation : à propos des décisions du 23 novembre 2016 », *AJ pénal*, 2017, n°2, p. 76.

⁸² Art. 706-88 C. pr. pén.

⁸³ Art 76 C. pr. pén.

⁸⁴ A. GOGORZA, « L'autorisation judiciaire pendant la phase policière : Libres propos sur la notion d'acte juridictionnel en procédure pénale », *RSC*, 2017, n°2, p. 247

⁸⁵ *Idem.*

⁸⁶ *Idem.*

enquêteurs. C'est pour cette raison que le suspect n'est pas partie à la procédure à ce stade, contrairement à ce qui existe au stade de l'instruction préparatoire en droit français, et c'est aussi ce qui distingue le JLD du juge d'instruction.

Dès lors, cette étape de la procédure au cours de laquelle le JLD et le juge de paix apprécieront de la nécessité d'autoriser ou non la mesure, se déroule ex parte et à huis-clos dans les deux pays. En effet, le mis en cause n'a pas vocation à être informé de ces demandes engagées auprès du juge de paix, pour la raison évidente que la mesure doit rester secrète, puisqu'elle vise à récolter des preuves. Cela se justifie par les exigences d'une administration efficace de la justice.⁸⁷

Même si la mesure n'a pas vocation à rester secrète, la Cour suprême a eu l'occasion de préciser, dans l'arrêt S.A.B par exemple, que la Charte n'impose pas que la personne ciblée par une mesure d'enquête (il s'agissait en l'espèce d'un prélèvement d'échantillon aux fins d'ADN) soit entendue pour faire valoir ses prétentions puisque « *le processus d'enquête ne doit pas être indûment compromis par des exigences procédurales et des procédures interlocutoires* »⁸⁸. Cette position a été réaffirmée dans l'arrêt Rodgers.⁸⁹

Le JLD et le juge de paix interviennent tous deux en tant que membres de l'autorité judiciaire et à ce titre garants des libertés individuelles, mais pas exercer leur fonction juridictionnelle. Nicolas Jeanne écrivait dans sa thèse en parlant du JLD que « *son intervention n'a qu'une vocation attributive de coercition, or la coercition ne saurait constituer une fonction : ce n'est que l'attribut d'une fonction*⁹⁰ ». Certains articles⁹¹ du Code de procédure pénale précisent d'ailleurs expressément que l'ordonnance rendue par le JLD est « *non juridictionnelle* ».

Le rôle du magistrat intervenant en matière d'arrestation ou de détention au visa de l'article 5 de la ConvEDH a par exemple été décrit dans l'arrêt Medvedyev rendu en 2010, comme étant de « *fournir des garanties effectives contre le risque de mauvais traitement qui est à son maximum durant cette phase initiale de détention et contre un*

⁸⁷ MacIntyre c. Nouvelle-Écosse (Procureur général), [1982] 1 R.C.S. 175, 187, g

⁸⁸ R.c. S.A.B, [2003] 2 RCS 678.

⁸⁹ R. c. Rodgers, [2006] 1 R.C.S. 554.

⁹⁰ N. JEANNE, « Juridictionnalisation de la répression pénale et institution du ministère public : étude comparative France-Angleterre », thèse de doctorat : droit, Paris : université Panthéon-Sorbonne, 2015, par. 313.

⁹¹ Par exemple les art.706-97 et 100 du C. pr. pén.

abus par des agents de la force ou une autre autorité des pouvoirs qui lui sont conférés et qui doivent s'exercer à des fins étroitement limitées et en stricte conformité avec les procédures prescrites », ou encore dans l'arrêt Vassis c/ France⁹² rendu en 2013, dans lequel les juges ont rappelé que le contrôle a pour finalité « *de permettre de détecter tout mauvais traitement et de réduire au minimum toute atteinte injustifiée à la liberté individuelle afin de protéger l'individu* ». C'est également la position du Conseil constitutionnel, qui considère par exemple s'agissant du contrôle opéré au stade de la garde-à-vue qu'il n'a « *pas pour objet de permettre la discussion de la légalité des actes d'enquête ou du bien-fondé des éléments de preuve rassemblés par les enquêteurs, qui n'ont pas donné lieu à une décision de poursuite de l'autorité judiciaire et qui ont vocation, le cas échéant, à être discutés devant les juridictions d'instruction et de jugement* »⁹³.

Il ne s'agit donc pas d'intervenir pour procéder à une vérification de nature juridictionnelle, cette vérification pourra avoir lieu une fois les poursuites engagées dans le cadre d'un recours a posteriori, il s'agit plutôt d'accorder une protection à la personne retenue en lui permettant de s'entretenir avec un membre de l'autorité judiciaire qui offre de meilleures garanties en termes d'indépendance et d'impartialité et qui pourrait d'ores et déjà constater de mauvais traitements.

Il nous paraît dès lors plus opportun de parler d'un contrôle opéré par un membre de l'autorité judiciaire que d'un contrôle juridictionnel. Nous verrons cependant plus loin que, bien que de nature similaire, l'étendue du contrôle n'est pas la même en France et au Canada, puisque le juge de paix doit confronter les faits à des conditions plus strictes et plus précises pour décider ou non d'autoriser la mesure, là où le JLD se contente d'apprécier si celle-ci est « *nécessaire à l'enquête* » critère, nous le verrons, peu exigeant. En ce sens, la fonction du juge de paix se rapproche davantage, sur le fond, d'une fonction juridictionnelle puisqu'il doit procéder à une réelle vérification juridictionnelle, ce qui n'est pas vraiment le cas du JLD français.

Contestation de l'autorisation délivrée par le juge de paix ou le JLD.

L'autorisation judiciaire rendue par le juge de paix au Canada est susceptible d'un

⁹² Cour EDH, 27 juin 2013, Vassis c/ France, n°62736/09, par. 56 et s.

⁹³ Cons. const., 18 nov. 2011, n° 2011-191/194/195/196/197, D. 2011, p.3034, note H. MATSOPOULOU.

recours en révision en vertu de l'article 8 de la Charte canadienne⁹⁴, quant à la question de savoir s'il existait réellement des motifs raisonnables d'autoriser la mesure, tandis que l'autorisation rendue par le JLD en France est insusceptible de recours. Le prévenu pourra contester la régularité de l'acte autorisé dans le cadre du recours en nullité, mais cette action n'a pas pour objet de contester la décision rendue par le JLD. En droit canadien, même si le recours en révision permet de contester l'autorisation donnée par le juge de paix et est distinct du recours en exclusion de preuve, l'intérêt de celui-ci est bien de demander l'annulation de l'autorisation donnée pour que, *in fine*, les éléments qui découlent de l'acte autorisé ne puissent pas être utilisés.

Donc en France comme au Canada, la contestation de l'autorisation n'a de sens qu'une fois les poursuites engagées et non au stade de l'enquête, puisqu'à ce stade le prévenu n'a pas vraiment d'intérêt à agir⁹⁵.

Le prévenu canadien peut former un recours en révision lorsqu'il considère que les éléments ayant été présentés au juge de paix dans le cadre d'une demande de mandat contenaient des informations erronées, mensongères, fausses. Il s'agit pour ce dernier de prouver que le juge de paix n'aurait pas pu prendre cette décision s'il ne s'était pas fondé sur ces informations incorrectes. Ainsi, le juge siégeant en révision ne se substitue pas au juge de paix, il ne doit pas apprécier l'opportunité de la décision qui a été prise par le juge de paix, mais doit se demander « *s'il existe encore un fondement quelconque à la décision du juge qui a accordé l'autorisation* »⁹⁶, pour ce faire, il doit se demander « *s'il existait quelque élément de preuve fiable auquel le juge aurait pu raisonnablement ajouter foi pour accorder l'autorisation* »⁹⁷.

Différence de nature entre les décisions rendues par le juge d'instruction et celles du parquet. Le juge d'instruction exerce une fonction juridictionnelle et rend des décisions juridictionnelles tandis que le ministère public non, il ne dit pas le droit et ne peut pas détenir de telles fonctions puisque les fonctions de poursuite et de jugement sont absolument incompatibles, un même acteur ne pouvant être à la fois

⁹⁴ Loi constitutionnelle de 1982, Annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R-U), 1982, c 1.

⁹⁵ C'est d'ailleurs la position de la Chambre criminelle : Cass. Crim. 24 mai 2016 n°16-90.007.

⁹⁶ R. c. Garofoli, [1990] 2 R.C.S. 1421

⁹⁷ R. c. Araujo, [2000] 2 R.C.S. 992, par. 54.

juge et partie.⁹⁸ C'est d'ailleurs en ce sens que le Conseil constitutionnel s'était prononcé dans sa décision rendue le 2 février 1995⁹⁹ s'agissant de l'injonction pénale, dans laquelle il avait invalidé le mécanisme au motif que la mesure n'avait pas à être homologuée par un juge du siège et qu'il permettait donc au parquet de cumuler les fonctions de poursuite et de jugement. Pourtant, un rapprochement entre les fonctions du juge d'instruction et celles du ministère public peut être observé en France, ce qui pose problème étant donné que leur statut est différent et que les décisions rendues par le juge d'instruction sont susceptibles de recours ce qui n'est pas le cas des décisions rendues par le procureur.

Nature des décisions de clôture des phases préparatoires au procès pénal.

Il est notamment intéressant de comparer la nature des différentes décisions consistant à clôturer l'enquête ou l'instruction et à renvoyer une personne devant une juridiction pour qu'elle subisse un procès. En effet, si la phase d'instruction en droit français se termine par une ordonnance de règlement grâce à laquelle le juge d'instruction rend une décision juridictionnelle, tel n'est pas le cas de la clôture de l'enquête par le ministère public qui correspond à une décision administrative. Cette décision, pourtant d'une grande importance pour le prévenu, relève du pouvoir exclusif du ministère public puisqu'elle n'est pas susceptible de recours¹⁰⁰ tandis que la décision de clôture de l'instruction est partiellement ouverte aux recours.

En droit canadien, la décision de poursuivre est prise grâce à une dénonciation, qui correspond à un acte de mise en accusation à partir duquel le prévenu est considéré comme étant inculqué et dont l'émission saisit la cour. Bien que cette dénonciation ne soit pas de nature juridictionnelle puisqu'elle est faite par un agent de la paix, un contrôle est parfois opéré à cette occasion et le poursuivant canadien n'est pas totalement libre dans sa décision d'intenter des poursuites.

⁹⁸ Art. 16 de la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen « *toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution.* » ; Art préliminaire du C. pr. pén., la procédure pénale doit « *garantir la séparation des autorités chargées de l'action publique et des autorités de jugement* ».

⁹⁹ Cons. const., 2 févr. 1995, décision n° 95-360 DC, Loi relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative. À cet égard, la loi de programmation de la justice du 23 mars 2019 constitue un important retour en arrière puisque le procureur peut dorénavant mettre en place une mesure de composition pénale sans que celle-ci ne soit validée par un juge du siège, dans certaines hypothèses. Le Conseil a validé ce mécanisme (Cons. Const., 21 mars 2019, déc. n°2019-778 DC, Loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, par.270 et s.)

¹⁰⁰ Art. 40 et 33 C. pr. pén.,

En effet, si le prévenu est détenu par la police une dénonciation doit obligatoirement être déposée devant le juge de paix, qui n'aura alors pas d'autre choix que de la recevoir¹⁰¹. En revanche lorsque le prévenu n'est pas détenu par la police et que le poursuivant est un agent de l'État et non un simple citoyen (un agent de la paix, un fonctionnaire public ou le procureur général, ce qui est quasiment toujours le cas), le juge de paix qui reçoit une dénonciation doit « *entendre et examiner, ex parte, les allégations du dénonciateur et les dépositions des témoins, s'il l'estime utile* »¹⁰². Cette audition se déroule ex parte donc en l'absence de la personne qui fait l'objet de la dénonciation. Suite à cette audition, « *s'il estime qu'on a démontré qu'il est justifié de le faire* »¹⁰³, il délivrera une sommation ou un mandat d'arrestation. À l'inverse, il ne délivrera pas de tel mandat et ne donnera donc pas suite à la dénonciation s'il estime que cela n'est pas justifié en l'espèce, ce qui revient en fait à doter le juge de paix d'un pouvoir discrétionnaire de classer l'affaire sans suite.¹⁰⁴ Le juge de paix peut notamment s'opposer au déclenchement des poursuites lorsque la poursuite est vexatoire, abusive, frivole ou manifestement mal fondée.¹⁰⁵ Ce contrôle opéré au cours d'une « pré-enquête » n'a pas d'équivalent en droit français, puisque l'intervention d'un juge au stade de l'enquête en droit français se limite à celle du JLD dont l'autorisation est requise pour procéder à certains actes. Ce contrôle exercé par le juge de paix correspond à un contrôle de la preuve, il s'agit de s'assurer que le poursuivant a des éléments suffisants, une preuve « *prima facie* »¹⁰⁶ pour que des poursuites soient engagées à l'encontre d'un prévenu.

Sur ce point, l'absence de contrôle juridictionnel de cette décision prise par le ministère public nous paraît problématique en droit français puisque par exemple, un réquisitoire introductif ne pourra pas être sanctionné quand bien même les faits « *ne peuvent admettre aucune qualification pénale* »¹⁰⁷ lors d'une plainte avec constitution de partie civile. L'avocat pénaliste François Saint-Pierre dénonce le fait que « *dans plusieurs affaires judiciaires, des poursuites ont été lancées malgré de sérieuses questions de*

¹⁰¹ Art. 504 C. cr

¹⁰² Art 507 C. cr

¹⁰³ Art 507 C. cr

¹⁰⁴ P. BÉLIVEAU et J. PRADEL, La justice pénale dans les droits canadien et français : étude comparée d'un système accusatoire et d'un système inquisitoire, op. cit., p.477.

¹⁰⁵ Marcotte c. Pelletier, [1998], R.J.Q. 3186 (C.S.).

¹⁰⁶ R.c. Grinshpun (2005), 190 C.C.C. (3ed) 483, par 2 (C.A.C.-B.).

¹⁰⁷ Art 86 C. pr. pén.

qualification impossible, c'est-à-dire incriminant des faits relevant de l'exercice d'un droit ou d'une liberté sous une qualification pénale manifestement incompatible, ou du moins fortement discutable »¹⁰⁸. Une évolution serait souhaitable dans ce domaine, et le système canadien peut s'avérer inspirant de ce point de vue. Nous pourrions par exemple tout à fait envisager que le JLD, ou la Chambre de l'instruction, opère le contrôle qui est opéré au Canada par le juge de paix.

Un second contrôle de la suffisance de la preuve existe en droit canadien, s'agissant des infractions les plus graves, il est opéré par le juge de paix lors de l'enquête préliminaire. Cette procédure est mise en œuvre sur demande de l'inculpé ou du poursuivant¹⁰⁹ et a lieu devant le juge de paix, qui devra à cette occasion s'assurer que la poursuite dispose de suffisamment de preuves pour renvoyer le prévenu à procès. À l'inverse, si le juge de paix considère que la preuve à l'égard de l'infraction dont il est accusé n'est pas suffisante, il devra le libérer.¹¹⁰ Ce contrôle est relativement similaire à celui opéré par la chambre de l'instruction française, en matière criminelle, dans le cas où une personne renvoyée aux assises par le juge d'instruction fait appel de cette décision. Il s'agit dans les deux cas de prévoir « la possibilité, dans le cas des infractions les plus graves, d'une ultime vérification ; dans le cadre d'un débat contradictoire, du sérieux des accusations ».¹¹¹

Nous pouvons donc considérer que le JP et le JLD n'interviennent pas dans le cadre de l'enquête pour exercer une fonction juridictionnelle mais pour jouer le rôle de protecteur des libertés, contrairement au juge d'instruction lorsqu'il intervient au cours de l'instruction. Il convient à présent de se pencher sur le contrôle exercé par les membres du ministère public.

¹⁰⁸ F. SAINT-PIERRE, « Le véritable enjeu des contrôles juridictionnels de la légalité des procédures pénales : la « sûreté » des justiciables », *AJ pénal*, 2005, n°5, p.177.

¹⁰⁹ Art. 536(4) C. cr.

¹¹⁰ Ar 548 (1) b) C.cr.

¹¹¹ P. BÉLIVEAU et J. PRADEL, *La justice pénale dans les droits canadien et français : étude comparée d'un système accusatoire et d'un système inquisitoire*, *op. cit.*, p.551.

Section 2 : La nature du contrôle opéré par le ministère public au cours de l'enquête

Les ministères publics français et canadiens ne présentent pas, nous l'avons vu, les garanties organiques et fonctionnelles requises pour opérer un contrôle juridictionnel. Les membres du ministère public opèrent néanmoins un contrôle d'une autre nature en France comme au Canada, bien que celui-ci n'ait pas la même ampleur dans les deux pays. Nous allons donc comparer les fonctions dont ils disposent en termes de contrôle de l'enquête.

Les statuts des ministères publics français et canadien. Une différence fondamentale qu'il convient de distinguer en premier lieu est qu'en droit canadien la poursuite est assurée par un avocat tandis qu'en droit français le ministère public est représenté par un magistrat. Cette distinction justifie que le ministère public canadien ne puisse pas disposer de prérogatives de contrôle aussi poussées que celles dont bénéficie le parquet français, prérogatives que ce dernier tient de son statut de membre de l'autorité judiciaire.

Le contrôle de l'enquête opéré par le Procureur de la république français. Le JLD et le procureur français, tous deux membres de l'autorité judiciaire, interviennent en tant que « garant des libertés individuelles » donc en tant qu'organe de contrôle dans différentes hypothèses au cours de la procédure pénale. Puisque, nous l'avons vu, ces deux acteurs ne présentent pas les mêmes garanties, le JLD joue le rôle de protecteur des libertés s'agissant des actes les plus graves, lorsque la protection du procureur est considérée insuffisante. La répartition des compétences entre ces deux acteurs s'effectue selon trois critères : celui de la gravité de l'atteinte aux libertés individuelles, celui de l'importance de l'infraction et celui de l'urgence (qui permet surtout de justifier la liberté d'action des enquêteurs qui peuvent, dans de nombreuses hypothèses, agir sans autorisation ni du procureur ni du JLD).¹¹²

Ainsi dans plusieurs cas, les OPJ ne pourront agir que s'ils disposent de l'autorisation du Procureur.¹¹³ Ce dernier jouera alors le rôle d'autorisateur, un « *premier niveau opérationnel et provisoire de protection de la liberté individuelle* »¹¹⁴, l'autorisation du

¹¹² J. PRADEL , « L'enquête pénale aujourd'hui, vers une stabilisation de l'équilibre ? », *op. cit.*

¹¹³ *Idem.*

¹¹⁴ J. BEAUME, Rapport sur la procédure pénale, 2014, p. 27.

JLD n'étant pas requise. Ces hypothèses sont notamment : le renouvellement d'un placement en garde-à-vue à partir de la vingt-quatrième heure et jusqu'à la quarante-huitième heure¹¹⁵, certains actes de l'enquête préliminaire -donc en l'absence d'urgence- tels que la venue d'un témoin récalcitrant¹¹⁶, les prélèvements externes sur la personne d'un suspect et les prises d'empreintes digitales sur les lieux¹¹⁷ ainsi que les investigations informatiques effectuées sur réquisition auprès de tout organisme public ou privé susceptible de détenir des données intéressant l'enquête¹¹⁸. Il en va de même pour la géolocalisation, pour une durée maximale de huit jours¹¹⁹ ou pour la fouille de véhicule¹²⁰ ainsi que les opérations d'infiltrations en matière de criminalité organisée¹²¹. Il peut également décerner des mandats de recherche dans le cadre de l'enquête de flagrance.¹²² Ces prérogatives sont donc très larges. On peut notamment regretter que s'agissant d'actes tels que la garde-à-vue, qui est une mesure privative de liberté avant tout jugement et pouvant être mise en place sur la base de simples soupçons, ou encore la géolocalisation, qui sont particulièrement intrusives, une autorisation du JLD ne soit pas requise, surtout que ces mesures sont susceptibles d'échapper à tout contrôle juridictionnel si aucune poursuite n'est finalement engagée. La Cour de cassation s'était d'ailleurs prononcée en ce sens en 2013¹²³ et avait exigé que les mesures de géolocalisation soient exécutées sous le contrôle d'un juge¹²⁴.

Au-delà de son intervention en tant qu'autorisateur, l'article 13 du Code de procédure pénale place l'enquête sous la surveillance du procureur général ainsi que sous le contrôle de la Chambre de l'instruction. Donc de nombreux actes d'enquête s'effectuent sous le contrôle du parquet, c'est par exemple le cas de la garde-à-vue. C'est également le procureur qui doit être informé immédiatement en cas de crime ou de délit flagrant. La loi du 3 juin 2016¹²⁵ a ajouté un article prévoyant que son rôle est de contrôler « *la légalité des moyens mis en œuvre par ces derniers, la proportionnalité*

¹¹⁵ Art 63 et 77 C. pr. pén.

¹¹⁶ Art 78 C. pr. pén.

¹¹⁷ Art. 76-2 C. pr. pén.

¹¹⁸ Art. 77-1-1 C. pr. pén.

¹¹⁹ Art. 230-33 C. pr. pén.

¹²⁰ Art. 78-2-2 C. pr. pén.

¹²¹ Art 706-81 C. pr. pén.

¹²² Art. 70 C. pr. pén.

¹²³ Cass. Crim 22 oct. 2013, n°13-81.945.

¹²⁴ MATSOPOULOU H., « L'illégalité des surveillances par « géolocalisation » autorisées par le ministère public », *Rec. Dalloz*, 2014, n°2, p. 115.

¹²⁵ 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.

des actes d'investigation au regard de la nature et de la gravité des faits, l'orientation donnée à l'enquête ainsi que la qualité de celle-ci. »¹²⁶

L'effectivité relative du contrôle opéré par le procureur de la république français. Il serait opportun que les pouvoirs du procureur de la République en matière de contrôle de l'enquête soient restreints. Il ne s'agirait pas de le transformer en « *super Officier de police judiciaire* »¹²⁷ ni de le reléguer « *au rang presque humiliant de substitut du juge des libertés et de la détention* »¹²⁸, mais simplement d'admettre que, puisqu'il est l'organe poursuivant, et surtout puisqu'il est le directeur de l'enquête il est nécessairement partial. Dès lors, il ne nous semble pas être l'acteur le plus à même de contrôler la régularité de la procédure et surtout d'autoriser certaines mesures aussi attentatoires aux libertés que le renouvellement d'une garde-à-vue ou la géolocalisation. Ainsi, s'agissant de ces actes il nous semble que l'intervention d'un juge qui ne participe pas à la recherche de la vérité, qui ne dispose pas de pouvoirs d'enquêteur, offre de meilleures garanties au prévenu. C'est la manière dont le contrôle de l'enquête est opéré au Canada puisque l'acteur central contrôlant le déroulé de l'enquête est le juge de paix, qui ne participe pas à la recherche de la vérité.

Au-delà de cette question de légitimité, il est permis de questionner la réalité du contrôle, au vu de la collaboration entre les services de police ou de gendarmerie et les magistrats. En effet, tous deux participent à la recherche de la vérité et souhaitent pour ce faire mettre en œuvre tous les moyens dont ils disposent pour parvenir à récolter des preuves, « *les nécessités de l'enquête ou de l'instruction ne sont donc pas sans laisser apparaître, en filigrane, les nécessités d'une certaine courtoisie entre enquêteurs et magistrats* »¹²⁹. À ce sujet, le Professeur Roger Merle affirmait à propos des procureurs de la République, qui « *doivent compter sur les services de police* », qu'il leur faudrait « *beaucoup de caractère et peu de diplomatie pour refuser d'autoriser*

¹²⁶ Art. 39-3 C. pr. pén.

¹²⁷ Observations de l'Union syndicale des magistrats (USM) à la mission J. BEAUME visant à réformer l'architecture de l'enquête pénale, Paris, 15 mai 2014, p. 15.

¹²⁸ J. PRADEL, « L'enquête pénale aujourd'hui, vers une stabilisation de l'équilibre ? », *op. cit.*

¹²⁹ DELAGE P., « La sanction des nullités de la garde à vue : de la sanction juridictionnelle à la "sanction parquetière" », *Archives de politique criminelle*, 2006, n°28, p.135

la prolongation d'une garde à vue¹³⁰ ». Dès lors, ce contrôle peut sembler illusoire ou du moins, son effectivité limitée¹³¹.

Le contrôle opéré par le Procureur canadien. En droit canadien, le procureur ne dispose pas de telles missions, son autorisation n'est jamais requise par les enquêteurs lorsqu'ils souhaitent mettre en œuvre des mesures d'enquête, c'est toujours le juge de paix qui autorise ou refuse de telles mesures. Le contrôle qu'il opère sur le déroulement de l'enquête est d'une toute autre nature, c'est davantage un rôle de conseil, un contrôle que l'on peut qualifier d'informel. Il a, par exemple, très souvent son mot à dire dans la décision d'engager des poursuites même si cette décision revient à la police en dernier lieu.¹³²

Conclusion du Titre 1

Le poursuivant canadien « *ne jouit pas de l'indépendance de principe de son collègue français, qui est magistrat* ». ¹³³ Or, cette indépendance n'en est qu'une de principe puisque, par son statut, les magistrats du parquet sont subordonnés au ministère de la justice donc au pouvoir exécutif, qui est compétent s'agissant de leur nomination et en matière disciplinaire à leur égard. Les diverses réformes visant à rendre les membres du parquet plus autonomes ne peuvent occulter cette réalité, l'indépendance s'appréciant principalement au regard d'un statut et non de fonctions. De la même manière, sa « *partialité fonctionnelle naturelle* »¹³⁴ ne peut être occultée.

Ainsi, dans les deux pays à l'étude une subordination du ministère public au pouvoir exécutif existe, ce qui n'est pas problématique en soi. Ce qui peut l'être en revanche, ce sont les fonctions qui sont les siennes et le pouvoir dont il dispose au regard de ce statut. De ce point de vue les deux systèmes divergent, puisque les prérogatives des

¹³⁰ R. MERLE, « Le problème du contrôle juridictionnel de la garde à vue », in Mélanges offerts à Paul COUZINET, Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, p. 556

¹³¹ J. LEROY, « La garde à vue : des pistes pour une réforme », in La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale *opinio doctorum*, op cit., p. 182 ; F. FOURMENT, « Le contrôle de l'autorité judiciaire sur les mesures de contrainte : le cas de la garde à vue », in La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, *op. cit.*, p. 175.

¹³² P. BÉLIVEAU et J. PRADEL, La justice pénale dans les droits canadien et français : étude comparée d'un système accusatoire et d'un système inquisitoire, *op. cit.*, p.473.

¹³³ *Idem*, p. 92.

¹³⁴ DORNIER O., « Juges et membres du ministère public dans l'avant-procès, l'exemple de l'Allemagne et de la France », thèse de doctorat : droit (sous la dir. de LAZERGES Christine et WEIGEND Thomas), Paris : université Panthéon-Sorbonne et université de Cologne, 2019, par. 232.

membres du parquet français sont bien plus larges que celles de leurs homologues canadiens. Cela s'explique par le fait qu'ils sont magistrats et à ce titre garants des libertés individuelles. Ils exercent ainsi une certaine forme de contrôle s'agissant de mesures centrales bien qu'ils ne présentent pas les garanties d'indépendance et d'impartialité. Ce contrôle n'a pas vraiment d'équivalence en droit canadien puisque le contrôle opéré par le ministère public est d'avantage d'ordre informel ; il n'est pas l'acteur central de l'enquête pénale contrairement au procureur français.

Titre 2 : les exigences d'intervention d'un juge au cours de l'enquête

Il s'agira dans ce titre d'étudier les différentes exigences découlant des textes et de la jurisprudence constitutionnelle et européenne. Si les textes constitutionnels et supranationaux sont nécessairement peu précis s'agissant de l'intervention du juge du siège au stade de l'enquête, leur interprétation a permis aux divers organes de contrôle que sont la Cour EDH, le Conseil constitutionnel, la Chambre criminelle ou la Cour suprême d'exiger une telle intervention. En effet, il existe aujourd'hui différentes obligations qui pèsent sur le Canada comme sur la France en la matière, en raison du caractère central de l'enquête pénale et de la nécessité de ne pas laisser cette phase exempte de contrôle. L'intervention d'un juge est parfois requise en raison de son appartenance à l'autorité judiciaire, et au titre de protecteur des libertés (*Chapitre 1*), tandis qu'il s'agit parfois d'exiger qu'il intervienne pour exercer sa fonction juridictionnelle (*Chapitre 2*).

Chapitre 1 : L'exigence d'intervention d'un juge en tant que garant des libertés individuelles au cours de l'enquête

L'intervention d'un juge est requise s'agissant de divers actes, lesquels portent atteinte à la liberté d'aller et de venir (*section 1*) ou à la vie privée (*section 2*).

Section 1 : Les exigences d'intervention d'un juge en matière d'atteinte à la liberté d'aller et de venir

La protection conventionnelle et constitutionnelle française en matière d'atteinte à la liberté d'aller et de venir. L'article 5§ 1c) de la CEDH prévoit qu'un individu peut être arrêté ou détenu en vue d'être conduit « *devant l'autorité judiciaire compétente lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis une infraction ou qu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci* ». Et l'article 5§ 3 de la CEDH de compléter : « *toute personne arrêtée ou détenue, dans les conditions prévues au paragraphe 1.c, doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires et a le droit d'être jugé dans un délai raisonnable ou libéré pendant la procédure* ». L'article 66 de la Constitution quant à lui prévoit que « *l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions posées par la loi* ». L'article préliminaire du Code de procédure pénale quant à lui, dispose 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.* »

La Cour EDH exige, nous l'avons vu, l'indépendance à l'égard du pouvoir exécutif et l'impartialité de l'organe de contrôle ; l'automatisme du contrôle, qui ne doit pas résulter d'une demande de la personne retenue¹³⁵ et également que la personne soit entendue par le magistrat¹³⁶. Comme l'a notamment la Professeure Évelyne BONIS-GARÇON, cette exigence d'automatisme constitue un obstacle à la mise en place d'une forme de

¹³⁵ Cour EDH, 3 oct. 2006, McKay c/ Royaume-Uni, req. n° 543/03, par. 34 : « *Le contrôle doit être automatique et ne peut être rendu tributaire d'une demande formée par la personne détenue. A cet égard, la garantie offerte est distincte de celle prévue par l'article 5 § 4 qui donne à la personne détenue le droit de demander sa libération* ». V. déjà en ce sens : CourEDH, 29 avril 1999, Aquilina c/ Malte, n°25642/94, par. 49.

¹³⁶ Cour EDH, Chambre, 4 déc. 1979, req. n° 7710/76, Schiesser c/ Suisse, par. 31.

référé-liberté au stade de la garde-à-vue, qui impliquerait que le prévenu ait à former un recours contre la décision de placement en garde-à-vue ou de renouvellement de la mesure, du moins dans le cas où ce référé se substituerait à la présentation automatique du prévenu devant le juge.¹³⁷

Or, la Cour interprète de manière très large le terme « aussitôt », puisqu'elle considère qu'il ne signifie pas « immédiatement », ce qui laisse la possibilité d'un laps de temps entre l'arrestation et la présentation à l'autorité judiciaire. La Cour semble limiter le délai à quatre jours¹³⁸ mais apprécie un ensemble de facteurs pour déterminer si l'exigence de promptitude a été respectée. La minorité des personnes retenues a par exemple conduit la Cour à juger excessivement long un délai de trois jours et neuf heures avant que les concernés ne soient conduits devant un juge.¹³⁹ Le fait que l'individu ne fasse l'objet d'aucune investigation après la première journée a également été pris en compte mais il s'agissait d'une privation de liberté de trois jours, cinq heures et trente minutes¹⁴⁰

Ainsi, si la Cour EDH se montre relativement exigeante s'agissant de la substance de la garantie offerte, cela est largement diminué par le délai dans lequel le contrôle doit intervenir.¹⁴¹

S'agissant du contenu du contrôle, la Cour n'exigeait pas que soit opéré un contrôle de la nécessité du placement en garde-à-vue, se bornant à vérifier l'existence de raisons plausibles de soupçonner la personne arrêtée,¹⁴² lesquels nécessitent l'existence de « faits ou renseignements propres à persuader un observateur objectif que l'individu en cause peut avoir accompli l'infraction »¹⁴³. Mais sa jurisprudence a légèrement évolué puisqu'elle a regardé dans certaines affaires¹⁴⁴ si des actes avaient été mis en œuvre durant la garde-à-vue, pour apprécier le délai de traduction devant

¹³⁷ É. BONIS-GARÇON, « La Cour européenne des droits de l'Homme et la juridictionnalisation de l'enquête », *in* La juridictionnalisation de l'enquête pénale : actes du colloque organisé le 30 avril 2014, *op. cit.*, p.29.

¹³⁸ Cour EDH, Grande chambre, 3 oct. 2006, préc., par 47.

¹³⁹ Cour EDH, 3 févr. 2009, Ipek et autres c/ Turquie, req. n° 17019/02 et 30070/02, par. 36.

¹⁴⁰ Cour EDH, 15 oct. 2013, Gutsanovi c/ Bulgarie, req. n° 34529/10, par. 155 et 158

¹⁴¹ JEANNE N., « Juridictionnalisation de la répression pénale et institution du ministère public : étude comparative France-Angleterre », thèse de doctorat : droit, *op. cit.*, note 68, p.258

¹⁴² F. FOURMENT, « Le contrôle de l'autorité judiciaire sur les mesures de contrainte : le cas de la garde à vue », *in* La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, *op. cit.* ; V. par ex. Cour EDH, 6 nov. 2007, Stepuleac c. Moldova, req. n° 8207/06

¹⁴³ Cour EDH, 20 mars 1997, Loukanov c/ Bulgarie, req. n°21915/93, par. 44

¹⁴⁴ Cour EDH, 3 février 2009, Ipek et autres c. Turquie, req. n° 17019/02 et 30070/02

l'autorité judiciaire. Autrement dit, lorsqu'elle apprécie la promptitude du délai elle se demande si le temps écoulé sans présenter le gardé à vue à l'autorité judiciaire n'est pas excessif, ce qui peut s'apparenter à un timide contrôle de la nécessité du placement.¹⁴⁵

En France, le renouvellement par le parquet intervient à la fin de la vingt-quatrième heure donc le fait qu'il ne puisse pas être qualifié de juge ou magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires ne pose pas de problème puisqu'à ce stade l'intervention de l'autorité judiciaire n'est pas requise, d'après l'interprétation de la Cour EDH. Au-delà de la quarante-huitième heure pour les régimes dérogatoires, la décision de renouvellement doit être confiée au JLD qui est un juge du siège indépendant et donc bien une autorité judiciaire au sens européen. Cette intervention du JLD au-delà de la quarante-huitième heure est une exigence constitutionnelle¹⁴⁶. Ce délai de quarante-huit heures semble bien en-deçà du délai le moins important ayant été jugé inconstitutionnel, à savoir le délai de trois jours et cinq heures. Ainsi, les exigences constitutionnelles et l'état actuel du droit positif en la matière semblent répondre aux exigences européennes.

Il pourrait être opportun que la Cour EDH restreigne l'interprétation du terme « aussitôt » en en faisant une interprétation plus littérale, par exemple à une durée de vingt-quatre heures, ce qui conduirait à exiger l'autorisation du JLD pour tout renouvellement de garde-à-voir et donc à une diminution probable du nombre de garde-à-voir durant jusqu'à quarante-huit heures. Cela permettrait peut-être de limiter les abus et de réserver cette hypothèse aux seuls cas dans lesquels la prolongation de la garde-à-voir est strictement nécessaire, à condition toutefois que le JLD soit en mesure d'opérer un réel contrôle de la nécessité et de la proportionnalité de la mesure.

L'exigence constitutionnelle canadienne d'intervention d'un juge de paix suite à une arrestation ou une détention. L'article 9 de la Charte canadienne prévoit

¹⁴⁵ F. FOURMENT, « Le contrôle de l'autorité judiciaire sur les mesures de contrainte : le cas de la garde à vue », in La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, *op. cit.*

¹⁴⁶ Cons. const., 20 janv. 1981, décision n° 80-127 DC, Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes, consid. 25 dans lequel le Conseil affirme que « l'intervention d'un magistrat du siège pour autoriser, dans ces cas, la prolongation de la garde à vue, est nécessaire conformément aux dispositions de l'article 66 de la Constitution » ; V. également, pour la validation du régime dérogatoire de la garde à vue en matière de terrorisme, Cons. const., 3 sept. 1986, décision n° 86-213 DC, Loi relative à la lutte contre le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'Etat, consid. 17

que « *chacun a droit à la protection contre l'arrestation ou l'emprisonnement arbitraires* ». Sur le fondement de cet article, la Cour suprême a consacré la valeur constitutionnelle de l'obligation prévue par le Code criminel de présenter la personne mise sous garde à un juge de paix dans les plus brefs délais ou au plus tard dans les vingt-quatre heures, ou si aucun juge de paix n'est disponible, « *le plus tôt possible* »¹⁴⁷. En effet suite à l'arrestation d'un individu, l'agent de la paix ne peut le mettre sous garde que sous certaines conditions et si la personne est détenue durant vingt-quatre heures, elle doit obligatoirement être présentée à un juge de paix à l'issue de ce délai. La Cour a considéré que la méconnaissance de cette règle peut constituer une violation de l'article 9¹⁴⁸.

De plus, sur le fondement de cet article, la Cour suprême exige un certain degré de suspicion pour que les agents de la paix puissent procéder à une privation de liberté dans le cadre de l'enquête : des motifs raisonnables de croire en matière d'arrestation et des motifs raisonnables de soupçonner en matière de détention aux fins d'enquête¹⁴⁹.

Section 2 : Les exigences d'intervention d'un juge en matière d'atteinte à la vie privée

La prise en compte de la vie privée par la Convention EDH. L'article 8 de la Convention européenne prévoit le droit à la vie privée et au secret des correspondances et limite les possibilités d'y porter atteinte dans le cadre de l'enquête. L'article prévoit que « *il ne peut y avoir ingérence de l'autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui est nécessaire* »¹⁵⁰.

La prise en compte de la vie privée par la Charte canadienne. L'article 8 de la Charte canadienne des droits et libertés, quant à lui, prévoit que « *chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives* ». Ces droits, tout comme les autres droits garantis par la Charte, doivent faire l'objet d'une

¹⁴⁷ Art 503 (1) C.cr. Dans l'arrêt R.c Simpson la Cour a considéré que cette possibilité d'aller au-delà de vingt-quatre heures ne peut se justifier que dans des situations exceptionnelles, dans des régions isolées par exemple.

¹⁴⁸ R.c. Storney [1990] 1 R.C.S. 241; R.c. Simpson [1995] 1 R.C.S. 449.

¹⁴⁹ V. infra p. 58.

¹⁵⁰ Art. 8 § 2 CEDH. V. aussi Kruslin vs France, Cour EDH, 24 avril 1990, req. n° 11801/85.

interprétation large et libérale¹⁵¹, la Cour suprême considère notamment que l'article 8 a pour objet « de protéger les particuliers contre les intrusions injustifiées de l'État dans leur vie privée »¹⁵² dès lors qu'il existe pour l'individu une « expectative raisonnable de vie privée ». ¹⁵³ Ainsi, il ne s'applique pas qu'aux fouilles, perquisitions ou saisies stricto sensu mais englobe d'autres mesures telles que, à titre d'exemple, l'interception de communications¹⁵⁴, la surveillance vidéo d'une personne¹⁵⁵, les dispositifs de localisation ou le fait de procéder à un prélèvement corporel¹⁵⁶.

Les articles 8 de la ConvEDH et de la Charte canadienne ont donc un champ d'application fort semblable.

La prise en compte de la vie privée par la Constitution française. S'agissant de la protection constitutionnelle française, aucun texte du bloc de constitutionnalité ne prévoit expressément de protection en matière de vie privée mais le Conseil constitutionnel français apprécie largement la notion de « liberté individuelle » de l'article 66 de la Constitution, qui ne se limite pas à la liberté d'aller et de venir mais peut englober l'inviolabilité du domicile ou le secret des correspondances. En effet, « selon le Conseil, en cas d'atteintes trop graves aux principes d'inviolabilité du domicile ou du secret des correspondances, ceux-ci réintègrent en quelque sorte la « liberté individuelle » » ¹⁵⁷. Ainsi sur le fondement de cet article, le Conseil a-t-il pu développer une jurisprudence exigeant, dans les cas les plus graves, l'intervention d'un membre de l'autorité judiciaire s'agissant de mesures telles que les écoutes téléphoniques, les perquisitions ou les mesures de géolocalisation.¹⁵⁸

L'exigence de principe d'un contrôle a priori en droit canadien. La Cour suprême canadienne a précisé dans l'arrêt Collins les caractéristiques que doit présenter la fouille, saisie ou perquisition pour ne pas être considérée comme abusive : « une fouille ne sera pas abusive si elle est autorisée par la loi ou la common

¹⁵¹ R.c Dymont, [1988] 2 R.C.S. 417, par. 15.

¹⁵² R.c. Hunter c. Southam Inc., [1984] 2 R.C.S. 145.

¹⁵³ R.c. Hunter c. Southam Inc., [1984] 2 R.C.S. 145; R. c. Edwards, [1996] 1 R.C.S. 128; R. c. Spencer, [2014] 2 R.C.S. 212.

¹⁵⁴ R.c. Duarte, [1990] 1 R.C.S. 30.

¹⁵⁵ R.c. Wong [1990] 3 R.C.S. 36.

¹⁵⁶ R.c Dymont, [1988] 2 R.C.S. 417.

¹⁵⁷ A. BOTTON, « Le rôle du Conseil constitutionnel dans la juridictionnalisation de l'enquête pénale » in La juridictionnalisation de l'enquête, *op. cit.*, p. 58.

¹⁵⁸ V. notamment Cons. const., 2 mars 2004, n°2004-492 DC, Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

law, si la loi elle-même n'a rien d'abusif et si la fouille n'a pas été effectuée d'une manière abusive »¹⁵⁹. Parmi ces trois exigences, celle selon laquelle la loi ne doit rien avoir d'abusif nous renseigne sur l'exigence d'intervention d'un juge du contrôle au stade de l'enquête. En effet, le contenu de cette condition a été détaillé dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc* dans lequel les juges ont considéré que la loi doit, par principe, prévoir un mécanisme d'autorisation préalable par une personne agissant judiciairement, et se fondant sur l'existence de motifs raisonnables et probables de croire qu'un crime a été commis ou est commis et que la fouille permettra de découvrir des éléments de preuve particuliers¹⁶⁰.

La Cour admet en revanche que des situations d'urgence puissent justifier la mise en œuvre d'une mesure relevant de l'article 8 sans autorisation préalable, mais exige dans tous les cas que le juge de paix intervienne dans un bref délai pour valider la mesure, une fois celle-ci mise en œuvre.¹⁶¹

L'exigence limitée d'un contrôle a priori opéré par le JLD dans la jurisprudence constitutionnelle française. Le Conseil exige également que le JLD intervienne pour autoriser certains procédés similaires à ceux visés par l'article 8 de la Charte canadienne, mais cette exigence est plus limitée qu'en droit canadien puisqu'elle n'inclut pas forcément, par exemple, les saisies et les perquisitions de droit commun.

En effet, dans sa décision rendue le 2 mars 2004¹⁶² s'agissant de la loi Perben II, le Conseil constitutionnel a considéré que l'intervention d'un juge du siège est nécessaire pour autoriser les perquisitions et saisies de nuit ainsi que les mesures de captation, fixation, transmission et enregistrement d'images ou de paroles. Son intervention est également requise pour prolonger une garde-à-vue au-delà de quarante-huit heures¹⁶³, pour recourir à une perquisition sans l'assentiment de l'intéressé dans le cadre de l'enquête préliminaire - donc lorsqu'il n'y a pas d'urgence - lorsque l'infraction poursuivie est punie d'une peine d'emprisonnement supérieure ou égale à trois ans¹⁶⁴

¹⁵⁹ R.c. Collins, [1987] 1 R.C.S. 265, 278. Cette formule a été reprise par la suite dans de nombreuses décisions portant sur l'article 8.

¹⁶⁰ R.c. *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145

¹⁶¹ R.c. Tse, [2012] 1 R.C.S. 531, par. 18.

¹⁶² Cons. const. 2 mars 2004, n°2004-492 DC, Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

¹⁶³ Cons. const., 11 août 1993, n°93-326 DC, Loi modifiant la loi n°93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme du code de procédure pénale ; Cons. const., 2 mars 2004 n°2004-492 DC, préc ; Cons. const. 30 juill. 2010, n°2010-14/22 [Garde à vue I].

¹⁶⁴ Art. 76 C. pr. pén.

ou pour prolonger une mesure de géolocalisation au-delà de quinze jours¹⁶⁵. La loi de programmation de la justice du 23 mars 2019 a abaissé ce délai, l'intervention du JLD étant maintenant requise au bout de huit jours de géolocalisation¹⁶⁶.

Cette même loi avait prévu un mécanisme d'urgence en vertu duquel le procureur pouvait se substituer au JLD pour autoriser des interceptions de communications ainsi que d'autres techniques spéciales d'enquête, telles que la captation d'images et de paroles ou l'accès à des données informatiques, pour les vingt-quatre premières heures, sous réserve d'une confirmation postérieure par le JLD, mais cela a été censuré par le Conseil, qui exige donc impérativement l'intervention d'un juge du siège pour autoriser la mesure dès son commencement¹⁶⁷.

Donc, bien qu'il considère que les magistrats du parquet sont membres de l'autorité judiciaire, il opère une distinction entre ces derniers et les magistrats du siège, reconnaissant implicitement que les premiers ne présentent pas les mêmes garanties d'indépendance et d'impartialité que leurs collègues du siège, et ne peuvent donc pas assurer la protection des libertés individuelles s'agissant des mesures les plus graves, en raison de leur nature (écoutes téléphoniques par exemple) ou de leur durée (garde-à-vue ou mesure de géolocalisation au-delà d'une certaine durée). Il existe en effet *« en matière de protection pénale de la liberté individuelle, une compétence constitutionnelle de l'autorité judiciaire, et, à l'intérieur de l'autorité judiciaire, une répartition constitutionnelle des attributions exercées entre agents et officiers de police judiciaire, magistrats du parquet et magistrats du siège, répartition constitutionnelle directement fonction du degré de sévérité de l'atteinte à la liberté individuelle. »*¹⁶⁸

Or, le degré de gravité d'un acte et l'exigence d'intervention d'un juge du siège qui en découle sont fixés de façon arbitraire par le Conseil, qui est libre de placer le curseur où il le souhaite. Il aurait tout à fait pu considérer que certaines mesures telles que la géolocalisation par exemple sont, en soit, suffisamment attentatoires aux libertés pour nécessiter l'autorisation d'un juge du siège dès leur commencement et ainsi élargir le champ d'intervention de ce dernier au stade de l'enquête. Ainsi, l'appartenance des magistrats du parquet à l'autorité judiciaire restreint le domaine du contrôle opéré par

¹⁶⁵ Cons. const., 25 mars 2014, n° 2014-693 DC, Loi relative à la géolocalisation, consid. 9 et s.

¹⁶⁶ Art. 230-32 C. pr. pén.

¹⁶⁷ Cons. const., 21 mars 2019, n° 2019-778 DC, par. 166.

¹⁶⁸ T.S. RENOUX, « Le Conseil constitutionnel et l'instruction pénale : juges ou magistrats ? », *Justices*, 1998, n° 10, p. 75 et s.

le JLD sur le fondement de l'article 66 de la Constitution.¹⁶⁹ Une telle liberté est cependant nuancée par les exigences européennes, que le Conseil constitutionnel ne peut totalement occulter.

La suffisance d'un contrôle a posteriori au regard du droit conventionnel en matière de géolocalisation et de perquisition. L'exigence ou non d'un mandat pour procéder à la mesure dépend de la gravité de l'atteinte à la vie privée, laquelle dépend elle-même de la nature de la mesure en cause.

S'agissant de la géolocalisation, la Cour a jugé dans l'arrêt *Uzun c/ Allemagne* rendu le 2 septembre 2009¹⁷⁰, qu'un contrôle a priori n'était pas nécessaire en la matière, un contrôle a posteriori étant suffisant. De la même manière en matière de perquisitions, elle a imposé qu'un contrôle soit opéré, sans toutefois exiger que celui-ci intervienne en amont de la mesure, puisqu'elle a considéré que « *la non-exigence d'un mandat judiciaire préalable [peut se trouver], dans une certaine mesure, contrebalancée par la possibilité pour la personne visée par la perquisition de solliciter a posteriori un contrôle juridictionnel de la mesure.* »¹⁷¹ Elle a confirmé cette position notamment dans l'arrêt *Gutsanovi c/Bulgarie*¹⁷² mais dans lequel elle précise toutefois qu'elle doit « *redoubler de vigilance* » lorsqu'aucune autorisation n'a été requise pour mettre en œuvre la mesure, c'est-à-dire qu'elle sera d'autant plus rigoureuse lorsqu'elle appréciera si le contrôle mis en œuvre a posteriori a été suffisant. Donc la Cour exige qu'un contrôle intervienne tout en laissant relativement libres les États membres quant aux modalités de celui-ci. S'agissant de ce contrôle a posteriori, la Cour exige qu'il ne soit pas « *purement formel* »¹⁷³ et que le juge ait la possibilité d'exclure des éléments de preuve qui découlent de la mesure si, à l'issue du contrôle, ils constatent que celle-ci n'a pas été mise en œuvre dans les règles.¹⁷⁴

Donc en matière de géolocalisation et de perquisition, le fait que l'intervention du JLD pour autoriser la mesure ne soit pas requise en droit interne n'est pas un problème au

¹⁶⁹ A. BOTTON, « Le rôle du Conseil constitutionnel dans la juridictionnalisation de l'enquête pénale » in *La juridictionnalisation de l'enquête*, *op. cit.*, p. 62

¹⁷⁰ Cour EDH, 2 sept. 2009, *Uzun c/ Allemagne*, n°35623/05

¹⁷¹ Cour EDH, 1ère sect., 7 juin 2007, req. n° 71362/01, *Smirnov c/ Russie*, par. 45

¹⁷² Cour EDH, 4ème sect., 15 oct. 2013, *Gutsanovi c/Bulgarie*, 34529/10, par. 218-227.

¹⁷³ *Idem.*

¹⁷⁴ Cour EDH, 2 sept. 2010, *Uzun c/ Allemagne*, n°35623/05, par. 71

regard des exigences européennes, dès lors qu'un contrôle a posteriori peut être mis en œuvre.

L'exigence d'un contrôle a priori au regard du droit conventionnel en matière d'écoutes téléphoniques. La Cour EDH considère en revanche que les écoutes téléphoniques, étant plus attentatoires à la vie privée, requièrent pour pouvoir être mises en œuvre un mandat délivré par l'autorité judiciaire (au sens européen du terme).

Au-delà de l'exigence limitée d'intervention d'un juge pour autoriser la mesure, la Cour impose, dans le cadre du contrôle qu'elle opère sur le fondement de l'article 8 de la Convention, d'une part, que la mesure est bien prévue par la loi¹⁷⁵ et d'autre part, que celle-ci est nécessaire, compte tenu du but poursuivi¹⁷⁶. Pour apprécier la nécessité, la Cour s'attache « à la nature, à l'étendue et à la durée des mesures pratiquées ; ensuite, aux raisons avancées pour justifier ces mesures ; enfin, aux autorités compétentes pour les permettre, les exécuter et les contrôler »¹⁷⁷. Il s'agit donc d'une appréciation casuistique.

S'il existe dans les deux systèmes une exigence constitutionnelle d'intervention a priori d'un juge du siège, l'étendue de cette exigence n'est pas la même puisqu'en droit canadien les lois mettant en place des mesures susceptibles de porter atteinte à la vie privée de l'individu doivent, en principe, prévoir un mécanisme d'autorisation préalable, tandis que le Conseil constitutionnel et la Cour EDH se satisfont d'un contrôle a posteriori dans de nombreux cas, exigeant le contrôle a priori de manière relativement ponctuelle.

¹⁷⁵ C'est d'ailleurs sous l'impulsion de la Cour EDH que la géolocalisation a été réglementée, puisque cette pratique, bien qu'utilisée, ne faisait l'objet d'aucun encadrement législatif.

¹⁷⁶ V. par exemple Cour EDH, 15 févr. 2011, Harju c/ Finlande, req. n° 56716/09, par. 43-44 ; Cour EDH, 2 sept. 2009, Uzun c/ Allemagne, n°35623/05.

¹⁷⁷ É. BONIS-GARÇON, « La Cour européenne des droits de l'Homme et la juridictionnalisation de l'enquête » in La juridictionnalisation de l'enquête pénale : actes du colloque organisé le 30 avril 2014, *op. cit.*, p.25.

Chapitre 2 : l'exigence d'intervention d'un juge en tant que recours juridictionnel

Nous verrons quelles sont les exigences posées récemment par le Conseil constitutionnel (*Section 1*) et quelles incidences elles sont susceptibles d'avoir sur la procédure pénale française (*Section 2*).

Section 1 : l'émergence d'une exigence d'intervention d'un juge en tant que recours juridictionnel au stade de l'enquête

Il convient d'aborder une nouvelle forme d'exigence de contrôle juridictionnel de l'enquête qui émerge en droit français, fondée sur le droit à un recours juridictionnel effectif découlant de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen¹⁷⁸. Ici, il ne s'agit plus d'exiger qu'un juge intervienne en tant que membre de l'autorité judiciaire et à ce titre protecteur des libertés individuelles, mais qu'il intervienne pour exercer sa fonction juridictionnelle.

En effet, le Conseil constitutionnel a censuré diverses dispositions au motif qu'elles ne permettaient pas au prévenu de contester une décision prise à son encontre au stade de l'enquête. Il en va ainsi de dispositions qui prévoyaient que la saisie de navires utilisés pour commettre des infractions pouvait être ordonnée par le JLD¹⁷⁹, ou que des perquisitions, saisie et visites domiciliaires sur des lieux de travail, hors flagrance, pouvaient être autorisées par le président du TGI¹⁸⁰. De la même façon, l'article octroyant au procureur de la république le pouvoir d'ordonner, dans certaines hypothèses, la destruction de biens meubles saisis au cours de l'enquête a été invalidé¹⁸¹. Cette solution a été réitérée par le Conseil constitutionnel dans une décision du 20 novembre 2015¹⁸², dans laquelle il a déclaré inconstitutionnel le fait de prévoir une obligation d'enregistrement sonore des débats de cour d'assise mais d'exclure la possibilité de former un recours en nullité en cas de méconnaissance de

¹⁷⁸ Cons. const., 9 avr. 1996, n° 96-373 DC, Loi portant statut organique de la Polynésie française, consid. 83 : « *qu'il résulte de cette disposition qu'en principe il ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction* ».

¹⁷⁹ Cons. const., 21 mars 2014, n° 2014-375 QPC

¹⁸⁰ Cons. const., 4 avr. 2014, référence ? à propos de l'art. L.8271-13 du Code du travail

¹⁸¹ Cons. const., 11 avr. 2014, n° 2014-390 QPC à propos de l'art. 41-4 al 4 C. pr. pén.

¹⁸² Cons. const., 20 nov. 2015, n° 2015-499 QPC.

cette formalité¹⁸³. En raison de la spécificité de cette décision qui touche à la complexe théorie des nullités, nous l'analyseront postérieurement, lorsque nous traiterons du recours en nullité.

Si la censure pouvait paraître, dans un premier temps, circonscrite au caractère non contradictoire de la décision, cet élément n'a par la suite plus été invoqué par le Conseil dans les décisions relatives aux perquisitions des lieux de travail et à la destruction de biens ordonnée par le procureur.¹⁸⁴

S'agissant de la censure de l'article relatif à la saisie d'un navire, le Conseil souligne que l'absence de recours pose problème « *au regard des conséquences qui résultent de l'exécution de la mesure de saisie* » : il semble donc que dans ce cas comme dans celui de la destruction de biens par le procureur, l'absence de recours pose problème au regard de la spécificité de ces procédures qui portent atteinte au droit de propriété et qui ont un caractère irrémédiable dans le cas de la destruction de biens. Par contre, le fait que le Conseil censure l'article L.8271-13 du Code du travail au motif « *qu'en l'absence de mise en œuvre de l'action publique (...) aucune voie de droit ne permet à cette personne de contester l'autorisation donnée par le président du tribunal de grande instance* » laisse perplexe puisque, de la même manière, un prévenu qui subit une perquisition dans le cadre d'une enquête préliminaire n'aura aucun moyen de contester l'autorisation du JLD de procéder à cette perquisition si des poursuites ne sont pas engagées à son encontre.¹⁸⁵ Comment justifier que, s'agissant d'hypothèses similaires, des perquisitions dans le cadre d'enquêtes préliminaires, une voie de recours soit offerte au prévenu dans un cas et pas dans l'autre ? Cette exigence de recours juridictionnel est-elle susceptible de s'étendre à d'autres décisions prises au cours de l'enquête, qui ne pourront de la même manière, jamais être contestées si l'action publique n'est pas mise en mouvement par la suite ?

¹⁸³ A. BOTTON, « NULLITÉ DE PROCÉDURE - Le Conseil constitutionnel et la théorie des nullités de la procédure pénale », *JCP G*, 2016, n°5, p.119

¹⁸⁴ A. BOTTON, « Le droit à un recours juridictionnel effectif dans le cadre de l'enquête pénale », *Constitutions : revue de droit constitutionnel appliqué*, Dalloz, 2014, n°4, p. 471

¹⁸⁵ *Idem.*

Section 2 : l'éventuelle extension de l'exigence d'intervention d'un juge en tant que recours juridictionnel au stade de l'enquête

Au vu de cette jurisprudence récente du Conseil constitutionnel, la question se pose de savoir s'il est probable d'une part, et souhaitable d'autre part, que ses exigences sur le fondement du droit à un recours juridictionnel s'étendent à d'autres décisions prises au stade de l'enquête. Cela conduirait à instaurer un réel contrôle juridictionnel au stade de l'enquête, qui se matérialiserait par l'introduction de recours contre les décisions prises, à la fois par les OPJ ou le procureur (notamment la décision de placement en garde-à-vue ou de prolongation de cette mesure, les refus de demandes d'actes des parties ou la décision de déclenchement des poursuites) ou par le JLD, lorsqu'il autorise certaines mesures, alors même qu'aucune poursuite n'est encore engagée à ce stade de la procédure. L'objet d'une telle action ne serait alors plus l'exercice de l'action publique mais le contrôle de l'enquête.

La contestation d'autorisations données par le JLD ou le procureur, s'agissant de mesures qui ont vocation à rester secrètes, ne pourrait intervenir qu'une fois que le prévenu en prendrait connaissance, par exemple une fois la perquisition réalisée ou une fois la mesure de géolocalisation ou de mise sur écoute découverte, mais avant le déclenchement des poursuites. Il en va différemment s'agissant de mesures qui ne présentent pas ce caractère secret, telles que la décision de placement en garde-à-vue ou de renouvellement de cette mesure par exemple. Dans cette hypothèse, on pourrait tout à fait imaginer que la personne retenue ait la possibilité de contester immédiatement la mesure dont elle fait l'objet.

Quel serait alors l'objet d'un tel recours ? Assurément, il s'agirait d'opérer d'une part un contrôle de la nécessité et de l'opportunité d'avoir procédé à la mesure en question, et d'autre part d'un premier contrôle de la mise en œuvre de la mesure, de sa régularité. Le prévenu pourrait ainsi demander à la fois le retrait, d'ores et déjà, d'une pièce découlant d'un acte irrégulier, il s'agirait donc d'opérer une sorte de recours en nullité avant que les poursuites ne soient engagées. Mais il pourrait aussi demander la cessation de la mesure, de garde-à-vue notamment, si celle-ci n'est pas strictement nécessaire.

Une telle possibilité présente-t-elle un intérêt ? Tel que l'affirme la Professeure Gogorza, cela permettrait de priver de support un acte procédural distinct ou d'ôter tout fondement à la décision d'orientation du parquet.¹⁸⁶ Car il est vrai que, même si le prévenu pourra ultérieurement demander l'annulation d'un acte découlant de l'acte irrégulier, il aura tout de même à le subir, ce qui aurait pu être évité. Également, ce contrôle présenterait un intérêt s'agissant des cas où des alternatives aux poursuites seront engagées, privant ainsi le prévenu de son recours en nullité alors qu'il fera l'objet d'une décision proche d'une condamnation et subira une mesure qui s'assimile fortement à une peine.

Cependant, il nous semble qu'il serait possible de pallier ces insuffisances autrement qu'en généralisant les possibilités de recours au stade de l'enquête. Premièrement, le contrôle opéré par le juge au stade du recours en nullité pourrait être plus strict notamment si la notion de « support nécessaire » était interprétée différemment et en permettant ainsi qu'un acte procédural ayant pour fondement un acte irrégulier soit forcément annulé, ce qui n'est pas vraiment le cas aujourd'hui, nous le verrons. Il serait également tout à fait possible d'envisager un examen de la régularité de la procédure même dans les cas où, si des poursuites ne sont pas engagées, des alternatives aux poursuites le sont.

S'agissant de la contestation immédiate de la décision de placement en garde-à-vue ou de sa prolongation, cela nous semble irréalisable puisqu'au vu du nombre colossal de placements en garde-à-vue cela nécessiterait de mobiliser un grand nombre de juges du siège, or la logique actuelle vise à l'inverse à restreindre les coûts de la justice. Également, comme le souligne le Professeur Antoine Botton, « *un contrôle juridictionnel à ce stade n'est-il pas synonyme de suspension et partant, d'allongement de la mesure de garde-à-vue ?* » Et comment le Conseil pourrait-il exiger la tenue d'un débat contradictoire devant un juge du siège sur le fondement du droit à un recours juridictionnel alors qu'il avait, dans sa décision « Garde à vue II »¹⁸⁷, jugé ce principe inopérant lors de la garde-à-vue ?¹⁸⁸ De la même façon, la Professeure É. Bonis-Garçon se demande : « *Ne se trompe-t-on pas d'objectif en créant une sorte de mi*

¹⁸⁶ A. GOGORZA, « L'autorisation judiciaire pendant la phase policière : Libres propos sur la notion d'acte juridictionnel en procédure pénale », *op. cit.*

¹⁸⁷ Cons. const., 18 nov. 2011, n°2011-191/194/195/196/197 QPC

¹⁸⁸ A. BOTTON, « Le droit à un recours juridictionnel effectif dans le cadre de l'enquête pénale », *op. cit.*

procès avant le procès ? Ne risque-t-on pas de nuire davantage aux suspects en augmentant de manière quasi inéluctable le temps de garde à vue afin de procéder à ces contrôles juridictionnels ? »¹⁸⁹

En l'état, il nous semble donc que, si un tel contrôle était instauré, il s'avérerait insatisfaisant ; il s'agirait probablement d'un contrôle purement formel, et partant, ne présenterait que peu d'intérêt pour les justiciables. Une telle extension de l'exigence d'intervention d'un juge du siège sur le fondement de l'article 16 de la DDHC ne nous semble ni probable, ni souhaitable.

Selon nous, il serait plus judicieux, plutôt que de renforcer la possibilité de contester la décision de placement, d'une part de renforcer son contrôle a posteriori au stade du recours en nullité et d'autre part comme nous l'avons vu dans le chapitre précédent, de confier la décision de renouvellement de la garde-à-voir après vingt-quatre heures au JLD, qui présente plus de garanties que le procureur. Mais surtout, au-delà du contrôle de cette mesure, ne pourrions-nous pas plutôt envisager de restreindre fortement les cas où celle-ci peut être mise en place ? Le cas canadien s'avère inspirant de ce point de vue, puisque, nous le verrons, les conditions de mise sous garde sont plus strictes.

Il faut pourtant souligner que la loi de programmation de la justice du 23 mars 2019 a instauré, sur avis du Conseil d'État,¹⁹⁰ la possibilité, pour une personne ayant subi une perquisition dans le cadre d'une enquête préliminaire donc sur autorisation du JLD, d'exercer un recours en annulation de cette mesure devant le JLD si, au bout de six mois, des poursuites n'ont toujours pas été engagées.¹⁹¹ Un tel recours a probablement été mis en place pour éviter tout risque de censure du Conseil constitutionnel, au vu de la censure qu'il a opérée quelques années plus tôt en matière de perquisition sur les lieux de travail. En tout cas, il s'agissait de remédier à cette situation difficilement justifiable en vertu de laquelle une voie de recours contre une décision de perquisitionner existait dans un cas et pas dans l'autre.

¹⁸⁹ É. BONIS-GARÇON, « La Cour européenne des droits de l'Homme et la juridictionnalisation de l'enquête », *in La juridictionnalisation de l'enquête pénale : actes du colloque organisé le 30 avril 2014*, op. cit., p.30.

¹⁹⁰ CE, 12 avr. 2018, avis sur le projet de loi de programmation pour la justice, n° 394535, p. 19.

¹⁹¹ Art. 802-2 c. pr. pén.

Même si cette possibilité de recours reste relativement marginale en raison des cas limités qu'elle concerne, cela nous semble particulièrement intéressant puisqu'il s'agit de l'instauration d'une sorte de recours en annulation d'un acte en amont de toutes poursuites. Au-delà du mécanisme en question, il s'agit d'un renforcement du rôle du JLD qui devient ici juge de la régularité de la procédure et non plus uniquement juge autorisateur¹⁹². Cependant, un problème qui doit être soulevé est que dans une telle hypothèse, le JLD intervient à la fois pour autoriser une mesure puis pour en contrôler l'opportunité et la régularité, ce qui pose un problème d'impartialité. Si le Conseil constitutionnel a précisé que « *lorsque la décision contestée en application de l'article 802-2 a été ordonnée par un juge des libertés et de la détention, ce juge ne saurait, sans méconnaître le principe d'impartialité, statuer sur la demande tendant à l'annulation de sa décision* »¹⁹³, cela ne nous semble satisfaisant qu'à une telle échelle, c'est-à-dire concernant si peu d'hypothèses. En revanche, on ne peut imaginer une généralisation de ce type de mécanismes où le JLD interviendrait à la fois en tant qu'autorisateur d'une mesure puis en tant que recours juridictionnel contre la mesure en question, sauf à ce qu'il ne contrôle que le déroulé de la mesure, et non l'opportunité de l'avoir autorisée.

Se pose également la question de l'articulation de type de recours avec le recours en nullité : par exemple, si le JLD considère que la perquisition s'est déroulée dans les règles et qu'elle n'a pas à être annulée, cela prive-t-il le prévenu d'un recours en nullité si, par la suite, des poursuites sont engagées à son encontre ? Si oui, n'y a-t-il pas un risque que les différents juges de l'annulation n'interprètent pas de la même manière les dispositions et que les possibilités d'annulation ne soient pas les mêmes devant le JLD et devant la Chambre de l'instruction, par exemple ?

Également, comment justifier qu'un tel mécanisme soit mis en place en matière de perquisition mais pas en matière de géolocalisation, d'interception de communications ou de garde-à-vue ?¹⁹⁴

¹⁹² J-B PERRIER, « Les (r)évolutions de la procédure pénale », op. cit.

¹⁹³ Cons. const., 21 mars 2019, n° 2019-778 DC, préc., par. 198.

¹⁹⁴ E. VERGÈS, « Réforme de la procédure pénale : une loi fleuve, pour une justice au gré des courants - À propos de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la Justice », Dr. pén., 2019, n°5, étude 12.

L'instauration de ce type de mécanisme nous semble symptomatique d'une volonté de juridictionnaliser l'enquête sans que les rôles des différents acteurs ne soient réellement repensés, ce qui apparaît pourtant nécessaire dans le cadre d'une juridictionnalisation cohérente. Aussi, une généralisation de ce type d'intervention d'un juge en tant que recours juridictionnel au stade de l'enquête ne peut se faire de façon satisfaisante sans une refonte globale de la procédure pénale.

Cette première partie nous aura permis de dresser un tableau des différents acteurs intervenants au cours de l'enquête pénale dans chacun des systèmes, à la fois s'agissant de leur statut mais aussi de leur fonction, cela aux fins de comprendre la teneur du contrôle que chacun d'eux est en mesure d'opérer. Sous l'influence du droit européen et constitutionnel, différents types de contrôle sont imposés au législateur, qui n'est plus le seul souverain en la matière. Il convient à présent de se pencher sur la manière dont ce dernier réceptionne de telles exigences et les modalités selon lesquelles il les met en œuvre.

Partie 2 : Les modalités de mise en œuvre du contrôle de l'enquête

Nous avons comparé les exigences française et canadienne s'agissant de l'intervention d'un juge au stade de l'enquête et nous verrons maintenant comment ces exigences se traduisent dans chacun des systèmes, à la fois du point de vue du moment où le contrôle intervient (*titre 1*) mais aussi s'agissant de l'intensité de celui-ci (*titre 2*).

Titre 1 - Le moment d'intervention du contrôle

La question d'un contrôle en amont des poursuites ne se posait pas vraiment en droit français tant que les prérogatives des enquêteurs demeuraient restreintes. Or, les techniques qu'ils ont à leur disposition se sont multipliées, rendant ainsi nécessaire l'instauration d'un contrôle en amont adapté.¹⁹⁵ Les deux systèmes disposent d'un mécanisme de contrôle *a priori* en vertu duquel l'autorité policière devra demander à un juge une autorisation afin de procéder à un acte (*Chapitre 1*). Également, dans les deux pays il existe un procédé de contrôle *a posteriori* qui implique qu'une fois l'acte réalisé et lorsque l'action publique est mise en mouvement, la personne l'ayant subi pourra le contester (*Chapitre 2*). Traditionnellement, le Canada favorise le système de contrôle *a priori*, à l'inverse de la France où peu d'actes nécessitent l'autorisation du JLD pour être effectués. Nous verrons cependant que cette distinction tend à s'estomper.

¹⁹⁵ O. DÉCIMA, « Irrésistible juridictionnalisation ? » in La juridictionnalisation de l'enquête : actes du colloque organisé le 30 avril 2014, *op. cit.*

Chapitre 1 : le contrôle a priori – l'autorisation donnée par un juge de procéder à un acte d'enquête

Certains actes requièrent, pour pouvoir être mis en œuvre, l'autorisation du JLD en droit français et le mandat d'un JP en droit canadien. Ces acteurs interviennent dans ce cadre en tant que garants des libertés, garants de la légalité des procédures, et non en tant que recours juridictionnels. En France, la nécessité de requérir une autorisation donnée par un magistrat du siège est traditionnellement relativement marginale puisqu'au stade de l'enquête elle intervient quasi exclusivement en matière de criminalité organisée. À l'inverse, le « mandat judiciaire » en droit canadien constitue le principe pour de nombreux actes d'enquête, bien que la consécration récente de nouveaux pouvoirs policiers autonomes permettant aux policiers d'agir sans mandat nous permette de nuancer ce propos.

Il est intéressant de noter une extension des actes auxquels les policiers peuvent recourir en France comme au Canada, mais cette tendance commune ne se matérialise pas de la même manière dans les deux pays : en France, le recours à de nouveaux procédés très intrusifs à la disposition des policiers rend indispensable l'intervention du JLD qui devra donc donner en amont l'autorisation de mettre en œuvre ces mesures, tandis qu'au Canada on assiste à un recul du rôle du JP puisque des actes qui jusqu'alors nécessitaient un mandat judiciaire vont pouvoir être mis en œuvre par les policiers librement.

Nous comparerons donc successivement le domaine de l'intervention du JLD et du JP dans le cadre du contrôle a priori (*section 1*) et les angles-morts de ce contrôle, les cas dans lesquels les policiers peuvent agir librement sans avoir à requérir une quelconque autorisation (*section 2*).

Section 1 : Le domaine du contrôle a priori – les actes soumis à une autorisation judiciaire avant leur mise en œuvre

Pour la plupart des actes d'enquête au Canada, le principe est que les agents de la paix doivent obtenir un mandat pour agir, avec la possibilité d'y déroger et d'agir sans mandat dans certains cas. À l'inverse en France, le JLD intervient quasi exclusivement dans des procédures dites dérogatoires qui permettent la mise en œuvre de procédés particulièrement attentatoires aux libertés individuelles, donc l'intervention du JLD est nécessaire s'agissant des actes les plus graves, elle n'est pas le principe comme au Canada.

Le large domaine d'intervention du juge de paix en droit canadien. Comme l'exige la Charte canadienne, l'intervention du juge de paix est par principe requise s'agissant de tous les actes d'enquête découlant de l'article 8 de la Charte ; de ce point de vue le Code prévoit exactement ce qu'impose la Charte canadienne telle qu'interprétée par la Cour suprême. Il en va ainsi par exemple en matière de perquisition¹⁹⁶, d'interception électronique d'une communication privée¹⁹⁷ et également s'agissant de « *dispositif ou une technique ou une méthode d'enquête (...) qui constituerait sans cette autorisation une fouille, une perquisition ou une saisie abusive à l'égard d'une personne ou d'un bien* »¹⁹⁸. Cet article, par ses termes imprécis, permet aux agents de la paix de requérir un mandat pour mettre en place une mesure d'enquête qui ne serait pas prévue par la loi mais qui pourrait s'avérer nécessaire dans une affaire en cours. Ces textes constituent les autorisations légales exigées par la Cour suprême s'agissant des actes qui entrent dans le champ d'application de l'article 8.

En matière d'arrestation également, un mandat du juge de paix peut être requis bien que les possibilités d'arrêter sans mandat soient relativement larges.

Le domaine d'intervention traditionnellement plus réduit du JLD au cours de l'enquête pénale. Nous l'avons vu, le Conseil exige que le JLD autorise la mise en place de divers procédés hautement attentatoires aux libertés individuelles, lesquels sont en grande partie traditionnellement réservés aux procédures dérogatoires. Donc

¹⁹⁶ Art. 487 C. crim.

¹⁹⁷ Art. 185(1) C. crim.

¹⁹⁸ Art. 487.01 C. crim.

traditionnellement, le JLD est amené à intervenir pour autoriser des mesures d'enquêtes principalement au cours de ces procédures dérogatoires. Il en va ainsi des interceptions de communications électroniques¹⁹⁹, des gardes à vue dérogatoires au-delà de quarante-huit heures²⁰⁰, des perquisitions hors des heures légales²⁰¹, mais aussi des techniques spéciales d'enquête – telles que par exemple la mise en place d'un appareil permettant de recueillir des données techniques de connexion²⁰², la sonorisation et la fixation d'images de certains lieux ou véhicules²⁰³ ou de la captation de données informatiques.²⁰⁴ Hors du champ des procédures dérogatoires, il doit également intervenir de manière ponctuelle, par exemple pour autoriser les perquisitions en enquête préliminaire²⁰⁵, également pour l'interception, l'enregistrement et la transcription de correspondances émises par la voie des télécommunications dans le cadre de la recherche d'une personne en fuite,²⁰⁶ ou encore pour autoriser les mesures de géolocalisation au-delà de huit jours²⁰⁷.

Les perspectives d'élargissement du champ d'intervention du JLD. Le champ d'intervention du JLD a fait l'objet d'un élargissement avec la loi de programmation de la justice du 23 mars 2019 puisque le domaine de la géolocalisation a été étendu et le seuil de peine requis pour procéder à des perquisitions en enquête préliminaire a été abaissé à trois ans, alors qu'il était de cinq ans. Également, il existe une volonté législative de « *désécialisation de la procédure* »²⁰⁸, c'est-à-dire d'étendre au droit commun des procédés qui sont traditionnellement réservés aux procédures dérogatoires, et donc souvent d'étendre par la même le domaine d'intervention du JLD. À cet égard, cette même loi prévoyait l'élargissement de la possibilité de procéder, d'une part à des interceptions, à l'enregistrement et la transcription de correspondances émises par la voie des communications électroniques, à toute infraction punie d'une peine d'au moins trois ans d'emprisonnement dans le cadre d'une enquête de flagrance et d'autre part l'extension des techniques spéciales d'enquête telles que la sonorisation et la fixation d'images

¹⁹⁹ Art. 706-95 C. pr. pén.

²⁰⁰ Art. 706-88 C. pr. pén.

²⁰¹ Art. 706-89 C. pr. pén.

²⁰² Art. 706-95-20 C. pr. pén.

²⁰³ Art. 706-96 C. pr. pén.

²⁰⁴ Art. 706-102- C. pr. pén.

²⁰⁵ Art. 76 C. pr. pén.

²⁰⁶ Art. 74-2 C. pr. pén.

²⁰⁷ Art. 230-32 C. pr. pén.

²⁰⁸ J-B PERRIER, « Les (r)évolutions de la procédure pénale », *op. cit.*

en des lieux privés ainsi que la captation de données informatiques, à tous les crimes de droit commun.

Le Conseil constitutionnel a censuré ces articles²⁰⁹ au motif qu'une telle extension aurait permis la mise en œuvre de ces mesures pour des infractions ne présentant pas une particulière gravité ou complexité, sans que l'encadrement proposé ne comporte la possibilité pour le juge d'ordonner la cessation de la mesure d'interception, s'il estimait que celle-ci n'était plus nécessaire à la manifestation de la vérité. Donc la censure du Conseil est ici circonstanciée, le fait que la mesure puisse être mise en œuvre s'agissant d'infractions non complexes, voire même ni complexes ni graves dans le cas de l'interception de communications ne semble pas être la raison de la censure, mais plutôt le fait que, s'agissant de ces infractions et dans le cadre d'une procédure de droit commun, le JLD ne puisse pas exercer un véritable contrôle de la nécessité de la mesure au cours du déroulement de celle-ci, et notamment qu'il ne puisse pas en ordonner la cessation²¹⁰.

En ce sens, le Conseil semble aller plus loin que dans sa décision de 2004, dans laquelle il avait considéré, s'agissant des différents procédés prévus en matière de criminalité organisée, que *« les procédures spéciales définies par l'article 1er de la loi déferée sont de nature à affecter gravement l'exercice de droits et libertés constitutionnellement protégés, tels que la liberté individuelle, l'inviolabilité du domicile et le secret de la vie privée ; que l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, ne saurait dès lors autoriser leur utilisation que dans la mesure nécessaire à la recherche des auteurs d'infractions particulièrement graves et complexes, elle-même indispensable à la sauvegarde de principes et droits de valeur constitutionnelle »*²¹¹. Ainsi, il semblait limiter le champ d'intervention de ces mesures particulières d'investigation aux seules infractions graves et complexes tandis qu'il semble aujourd'hui se satisfaire de leur introduction s'agissant d'infractions uniquement graves, voire ni graves ni complexes.

²⁰⁹ Cons. const., 21 mars 2019, n° 2019-778 DC, préc., par. 142 à 147 s'agissant de l'interception de correspondances et par. 164-165 s'agissant des mesures de sonorisation et de fixation d'images.

²¹⁰ A. BOTTON, « Contrôle de la loi de programmation Justice : le Conseil constitutionnel entre « moustiques et chameaux » de procédure pénale » [2019] 14 Sem Jurid Ed Générale 359.

²¹¹ Décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004.

Aussi, une extension de ces techniques d'enquête aux procédures de droit commun semble possible, puisque le législateur pourrait facilement « *corriger sa copie* »²¹² sur ces points en exigeant un contrôle renforcé du JLD, qui ne se limiterait pas à une simple autorisation et qui passerait forcément par un accès à l'ensemble du dossier. Cela conduirait donc à étendre le domaine d'intervention du JLD, mais aussi l'intensité de son contrôle. Pourtant, il nous semble que de tels procédés d'investigation, particulièrement les mesures de sonorisation et de fixation d'images dans des lieux privés, devraient être réservés à des cas spéciaux de criminalité complexe. D'ailleurs, il pourrait être opportun que ces procédures donnent nécessairement lieu à l'ouverture d'une instruction, ou du moins que la mise en place de certaines techniques d'enquête ne soit possible que dans ce cadre, de manière à offrir un cadre plus protecteur aux prévenus²¹³.

Rappelons également que s'agissant de la garde-à-vue dérogatoire, le Conseil considère qu'elle ne peut être mise en œuvre qu'en matière d'infractions « *susceptibles de porter atteinte à la sécurité, à la dignité ou à la vie des personnes* »²¹⁴ donc d'infractions contre les personnes, et non contre les biens. Cette distinction peut sembler hasardeuse puisqu'il n'est pas toujours aisé d'identifier la valeur protégée qui est en cause²¹⁵.

Finalement si le JLD a initialement été instauré pour se prononcer sur les placements en détention provisoire, l'extension actuelle de son champ d'intervention permet au législateur de renforcer les pouvoirs d'investigation du parquet ainsi que des OPJ. En effet, « *le juge des libertés et de la détention n'a plus été seulement l'instrument de l'amputation des fonctions du juge d'instruction : il est rapidement devenu l'instrument de l'attribution au parquet de pouvoirs d'instruction.* »²¹⁶ C'est qu'en effet, « *[l]a compétence du juge des libertés, fruit d'accumulations éparses, semble en définitive*

²¹² J-B PERRIER, « Les (r)évolutions de la procédure pénale », *op. cit.*

²¹³ A. GOGORZA, L'autorisation judiciaire pendant la phase policière : Libres propos sur la notion d'acte juridictionnel en procédure pénale, *op. cit.*

²¹⁴ Cons. const., 9 oct. 2014, décision n° 2014-420/421 QPC ; Cons. const., 11 déc. 2015, n° 2015-508 QPC.

²¹⁵ B. DE LAMY, « L'effet rebond de l'inconstitutionnalité de la garde à vue en matière d'escroquerie en bande organisée », *RSC*, 2016, n°2, p.399

²¹⁶ N. JEANNE, Juridictionnalisation de la répression pénale et institution du ministère public : étude comparative France-Angleterre, thèse de doctorat : droit, *op. cit.*, par. 292

*d'avantage souligner la possibilité pour le législateur d'édicter une nouvelle atteinte aux libertés que la volonté de garantir une protection effective des libertés*²¹⁷ »

Le domaine d'intervention du JP est donc plus large que celui du JLD, puisqu'il intervient en principe pour autoriser toutes les mesures qui sont susceptibles de porter atteinte à la vie privée de l'individu, là où le JLD n'intervient que s'agissant des mesures les plus graves. Par conséquent, les policiers français peuvent largement mettre en place des actes attentatoires à la vie privée sans requérir l'autorisation du JLD, c'est notamment le cas en matière de perquisition.

Par contre, même si les policiers canadiens doivent demander au JP lorsqu'ils souhaitent recourir à ce type de mesures, celles-ci ne sont pas réservées à un type de criminalité particulier et peuvent donc être mises en place pour des infractions de droit commun. Du moins, si le législateur peut décider de restreindre le domaine de certaines mesures, la Cour suprême ne l'exige pas. C'est ce vers quoi le système français risque de tendre si le Conseil n'exige plus que les techniques spéciales d'enquête soient réservées à des infractions graves et complexes.

Section 2 : la liberté d'action des officiers de police

Nous comparerons dans cette partie les actes pour lesquels les officiers de police peuvent agir seul, sans que leur action ne soit contrôlée en amont. En France, les policiers peuvent avoir recours à de nombreux actes coercitifs sans que le JLD n'intervienne pour autoriser ces procédés, et avec des conditions moins difficiles à remplir qu'au Canada. Cette liberté d'action permet aux OPJ de mettre en place des actes portant notamment atteinte à la liberté d'aller et de venir (*Paragraphe 1*) ainsi qu'à la vie privée (*Paragraphe 2*).

²¹⁷ P. LE MOUNIER DE GOUVILLE, « Le juge des libertés et de la détention. Entre présent et avenir », thèse de doctorat : droit (sous la dir. de REBUT Didier), Paris : université Panthéon-Assas, 2011, p. 252-253

Paragraphe 1 : L'autonomie policière en matière d'atteinte à la liberté d'aller et de venir

En France²¹⁸ comme au Canada²¹⁹ les policiers peuvent librement procéder à l'arrestation d'une personne. En droit canadien, l'article 495 (1) du code criminel prévoit que l'agent de la paix peut arrêter sans mandat une personne à l'égard de laquelle il a des motifs raisonnables de croire qu'elle a commis, est en train ou est sur le point de commettre une infraction ; ou encore s'il a des motifs raisonnables de croire que l'individu fait l'objet d'un mandat de dépôt ou d'arrestation²²⁰ ; ou bien s'il a des motifs raisonnables de croire qu'un prévenu a violé, ou est sur le point de violer un véhicule procédural (dans ce cas l'arrestation a pour but de conduire le prévenu devant le juge de paix)²²¹.

Le Code de procédure pénale français prévoit quant à lui que l'arrestation est possible en cas de crime ou délit flagrant punis d'une peine d'emprisonnement²²² et l'arrestation marquera le début de la garde-à-vue qui est une mesure de contrainte « *par laquelle une personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement est maintenue à la disposition des enquêteurs.* »²²³.

Suite à une arrestation, dans les deux systèmes, la possibilité de retenir une personne dans des locaux de police au stade de l'enquête est assujettie à un certain degré de suspicion ainsi qu'à une certaine nécessité et proportionnalité de la mesure, lesquelles sont notamment évaluées en fonction de motifs qui encadrent le placement en garde-à-vue ou la mise sous garde.

Des mesures soumises à un certain degré de suspicion. Pour procéder à l'arrestation puis à la mise sous garde d'un prévenu en droit canadien, des motifs raisonnables de croire qu'une infraction a été commise, va être commise ou est en train d'être commise, sont nécessaires. De tels motifs constituent une norme plus exigeante que les motifs raisonnables de soupçonner : les premiers correspondent à

²¹⁸ Art 73 C. pr. pén.

²¹⁹ Art 495 (1) et 495.1 C. crim.

²²⁰ Art 495 (1) C. crim

²²¹ Art 495.1 C. crim.

²²² Art. 73 C. pr. pén.

²²³ Art 62-2 C. pr. pén.

une probabilité de culpabilité, tandis que les seconds correspondent à une simple possibilité.²²⁴ Donc, une arrestation sur la base de simples soupçons serait illégale et partant, violerait l'article 9 de la charte²²⁵, de même qu'une arrestation qui serait effectuée aux seules fins d'enquête, dans l'unique but d'interroger des suspects et de prélever leurs empreintes digitales par exemple²²⁶. À titre d'exemple, si les policiers reçoivent d'un tiers, anonyme ou non, une information, ils doivent vérifier la véracité de celle-ci²²⁷. Par contre, si les agents de la paix n'ont pas de raison de douter de l'information en question, celle-ci n'a pas à être corroborée par un autre élément.²²⁸ Dans tous les cas, les motifs raisonnables de croire doivent être objectivement et subjectivement caractérisables.²²⁹

La Cour suprême considère qu'en matière d'arrestation sans mandat, l'exigence de motifs raisonnables à laquelle doivent satisfaire les policiers est renforcée²³⁰. En ce sens, elle a d'abord considéré qu'une arrestation n'est arbitraire que si elle est capricieuse, despotique ou injustifiable, ce qui n'incluait pas une erreur de l'agent de la paix quant à l'existence de tels motifs -et vidait donc cette obligation de sa substance- ;²³¹ elle a ensuite fait évoluer sa jurisprudence dans l'arrêt Grant en considérant qu'une détention ou une arrestation est arbitraire si elle n'est pas autorisée par la loi ou si la loi elle-même est arbitraire²³². Donc, une arrestation illégale -par exemple dans le cas où des policiers agissent sans mandat sans motifs raisonnables de croire- sera arbitraire en principe.

En droit français, l'article 62-2 du CPP prévoit qu'il doit exister des « *raisons plausibles de soupçonner* » l'individu pour le placer en garde-à-vue, ce qui signifie qu'il doit exister au moins un indice objectif à son égard. Un simple soupçon ne saurait suffire, de la même manière qu'en droit canadien. Par exemple, une dénonciation anonyme corroborée par d'autres éléments -un comportement suspect par exemple- suffit à

²²⁴ R.c. Chehil, [2013] 3 R.C.S. 220, par. 28

²²⁵ R.c. Ironeagle (1989), 49 C.C.C. (3d) 339 (C.A.S.) ; R.c. Spencer (1988), 41 C.C.C. (3d) 354 (C.A.M.).

²²⁶ T. DESJARDINS et M. VAUCLAIR, *Traité général de preuve et de procédure pénales*, op. cit.; V. R.c. Duguay (1985), 18 C.C.C. (3d) 289 (C.A.O.).

²²⁷ R.c. Day, [2014] 3 R.C.S. 614.

²²⁸ R.c. Shinkewski (2013), 289 C.C.C. (3d) 145, par. 13-17.

²²⁹ R.c. Storrey, [1990] 1 R.C.S. 241.

²³⁰ *Idem*.

²³¹ P. BÉLIVEAU et J. PRADEL, *La justice pénale dans les droits canadien et français : étude comparée d'un système accusatoire et d'un système inquisitoire*, op. cit., p 447 ; V. en ce sens par exemple l'arrêt R.c. Perello (2005), 193 C.C.C. (3d) 151, par 40 ; R.c. Couturier (2005), 190 C.C.C. (3d) 429, par. 45.

²³² R.c. Grant, [2009] 2 R.C.S. 353, par. 54-56.

constituer une raison plausible de soupçonner.²³³ En revanche, une simple dénonciation anonyme ne suffit pas si elle n'est pas corroborée par d'autres éléments ni confortée par des vérifications apportant des éléments précis et concordants²³⁴.

Les motifs rendant nécessaire la mise en place de la mesure de rétention.

La mise sous garde suite à l'arrestation ne peut avoir lieu que si elle constitue l'unique moyen, d'une part de préserver l'intérêt public, lequel peut être apprécié au regard notamment de la nécessité d'identifier la personne, de recueillir ou conserver une preuve de l'infraction, d'empêcher que l'infraction se poursuive ou se répète, ou qu'une autre infraction soit commise, ou d'assurer la sécurité des victimes et témoins de l'infraction ; et d'autre part, l'unique moyen de permettre que la personne se rende au tribunal pour y être traitée selon la loi.²³⁵ Donc une double condition de nécessité est posée.

En droit français, la garde-à-vue doit en principe être strictement nécessaire puisque elle doit constituer « *l'unique moyen de parvenir à l'un au moins de ces objectifs : 1° Permettre l'exécution des investigations impliquant la présence ou la participation de la personne ; 2° 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 ; 3° Empêcher que la personne ne modifie les preuves ou indices matériels ; 4° Empêcher que la personne ne fasse pression sur les témoins ou les victimes ainsi que sur leur famille ou leurs proches ; 5° Empêcher que la personne ne se concerte avec d'autres personnes susceptibles d'être ses coauteurs ou complices ; 6° Garantir la mise en œuvre des mesures destinées à faire cesser le crime ou le délit.* »²³⁶ L'exigence de nécessité de la garde-à-vue découle également de l'article 62-3 qui prévoit que le procureur de la République doit apprécier la nécessité et la proportionnalité du maintien en garde-à-vue au vu de la gravité des faits que le prévenu est suspecté avoir commis. Les motifs précités sont très larges, et en pratique les OPJ invoquent généralement l'ensemble des motifs, l'un d'eux fonctionnant forcément. Cette liste de motifs a été prévue par la réforme, mise en place par la loi du 14 avril 2011 relative à

²³³ Cass. Crim., 8 octobre 2003, n° 02-86 351 et 01-86 667.

²³⁴ 1^{ère} CIV., 31 mai 2005, Bull. n°234. Il s'agissait en l'espèce, non pas d'un placement en garde-à-vue mais d'un contrôle d'identité ayant débouché sur une rétention administrative, lequel est également soumis à des « raisons plausibles de soupçonner » sur le fondement de l'article 78-2 du C. pr. pén.

²³⁵ Art 498 (1.1) C. crim.

²³⁶ Art. 62-2 C. pr. pén.

la garde-à-vue²³⁷, avant cela le Code prévoyait que la garde-à-vue était possible « *pour les nécessités de l'enquête* », et en réalité les six motifs évoqués ne viennent que préciser le sens d'une telle expression, et non consacrer une exigence supplémentaire. Ces motifs permettant de procéder à la garde-à-vue sont plus larges que ceux justifiant la mise sous garde d'un prévenu en droit canadien, puisque s'il suffit que l'un d'eux soit rempli, tandis que le droit canadien exige la réunion de deux conditions cumulatives.

Donc, si le degré de suspicion requis pour procéder à la mise sous garde et à la garde-à-vue est à peu près équivalent, les motifs de ces mesures de retenue sont bien plus larges en droit français, où les policiers peuvent placer en garde-à-vue dès lors qu'un des six motifs est rempli, donc dès lors que cela est nécessaire à l'enquête. Également, le prévenu en droit canadien sera conduit devant un juge de paix dans un délai de vingt-quatre heures si un juge de paix est disponible, et à défaut, il y sera conduit « *le plus tôt possible* ». ²³⁸ En droit français en revanche, le contrôle d'un juge du siège n'interviendra qu'au bout de la quarante-huitième heure dans le cas où la garde-à-vue fait l'objet d'une prolongation. La confrontation de la garde-à-vue et de la mise sous garde permet de constater que le placement en garde-à-vue fait l'objet de conditions relativement souples, alors qu'il s'agit pourtant d'une mesure privant un individu innocent de sa liberté d'aller et de venir, pour une durée pouvant aller jusqu'à six jours en matière de terrorisme. Des conditions plus strictes devraient, à notre sens, être prévues, dans le but de limiter les placements en garde-à-vue.

Le contournement des exigences canadiennes relatives à l'arrestation sans mandat : la création d'un pouvoir de détention pour enquête en common law. La Cour suprême du Canada a consacré la pérennité de la détention aux fins d'enquête dans l'arrêt Mann rendu en 2004²³⁹, bien que ce pouvoir policier eût déjà été amorcé dans l'arrêt Wilson²⁴⁰ notamment. Avant cette consécration jurisprudentielle, les agents de paix ne disposaient pas d'un pouvoir général leur permettant d'entraver la liberté d'aller et de venir d'un individu sans procéder à une arrestation²⁴¹. Or,

²³⁷ Loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue

²³⁸ Art. 503 (1) C. crim.

²³⁹ R c Mann, [2004] 3 R.C.S. 59

²⁴⁰ R.c. Wilson, [1990] 1 R.C.S. 1291

²⁴¹ Le législateur avait par contre, déjà octroyé aux policiers un pouvoir de détention spécifique au cours de l'enquête, dans des contextes particuliers, tels que par exemple l'administration de tests de dépistage

l'arrestation implique de conduire l'individu à un poste de police et n'est possible que si les policiers ont des motifs raisonnables de croire que l'individu a commis une infraction - ce qui constitue une norme de preuve plus exigeante que les motifs raisonnables de soupçonner - ou le surprennent en flagrant délit de commission d'infraction. Ce nouveau pouvoir policier permet donc d'interpeller un simple suspect, ce qui n'était pas possible antérieurement. Les procédés similaires à la détention aux fins d'enquête en droit français sont par exemple les contrôles et vérifications d'identité²⁴², ou la rétention de personnes sur les lieux d'une infraction jusqu'à la clôture des opérations d'enquête²⁴³.

Si l'on peut comprendre que cette extension du pouvoir de détenir se justifie par les nécessités de l'enquête et par l'importance de ne pas prévoir de règles trop rigides²⁴⁴, le fait que l'autorité judiciaire crée de toute pièce et de manière discrétionnaire un nouveau pouvoir policier est critiquable puisque tel n'est pas censé être son rôle²⁴⁵.

Les contours de ce pouvoir ont donc été fixés par la jurisprudence, qui a prévu que le policier peut détenir aux fins d'enquête lorsque, d'une part, cela s'inscrit dans l'un de ses devoirs qui découle d'une disposition législative ou de la common law et d'autre part, lorsque ce geste est justifiable, c'est-à-dire « *raisonnablement nécessaire* »²⁴⁶. Dans l'arrêt Mann, les juges ont détaillé cette dernière exigence et notamment le degré de suspicion requis pour procéder à une telle mesure : des motifs raisonnables de soupçonner. Sur ce point, ils ont notamment précisé qu'une simple intuition ne peut constituer un motif raisonnable de soupçonner, il faut que cette intuition soit corroborée par « *une conduite criminelle spécifique* », ²⁴⁷ il doit s'agir d'un soupçon raisonnable²⁴⁸, qui se base sur des éléments objectifs ²⁴⁹. Comme nous l'avons vu, il doit exister une

d'alcoolémie, qui requiert forcément l'interception de véhicules et la détention des conducteurs sujets au test. Ce pouvoir reposait sur la norme de preuve des « motifs raisonnables de soupçonner » et non celle des « motifs raisonnables de croire ». V. sur ce point R.c. Dedman, [1985] 2 R.C.S. 2.

²⁴² Art. 78-2 C. pr. pén

²⁴³ Art. 61 C. pr. pén

²⁴⁴ A. BOUCHER, F. LACASSE et T. NADON, « La création de la détention pour enquête en common law : dérive jurisprudentielle ou évolution nécessaire ? Un point de vue pragmatique », *Les cahiers de droit*, 2009, Vol. 50, n°3-4, p. 455-1047.

²⁴⁵ V. en ce sens la dissidence du juge Dickson dans l'arrêt R.c. Dedman, [1985] 2 R.C.S. 2.

²⁴⁶ R.c. Dedman, [1985] 2 R.C.S. 2.

²⁴⁷ R.c. Yeh (2009), 248 C.C.C. (3d) 125, par. 75-77.

²⁴⁸ R.c. MacKenzie, [2013] 3 R.C.S. 250, par. 32.

²⁴⁹ R.c. Yeh (2009), 248 C.C.C. (3d) 125, par. 91-94.

possibilité de culpabilité, et non une probabilité, mais cette possibilité doit être objectivement fondée.

Une telle détention doit être de courte durée, mais si les soupçons sont finalement confirmés, l'individu doit être arrêté. De plus, ce pouvoir de détention aux fins d'enquête octroie également aux policiers un pouvoir de fouille accessoire. Cette fouille ne se justifie cependant que si le policier peut justifier d'une « *crainte raisonnable, eu égard à l'ensemble des circonstances, que sa propre sécurité ou celle d'autrui soit menacée*²⁵⁰ ». Il ne peut donc s'agir que d'une fouille à des fins sécuritaires et non dans l'unique but d'obtenir des éléments de preuve ou de faire avancer l'enquête, comme cela peut être le cas dans le cadre d'une fouille accessoire à une arrestation.

La Cour suprême en la matière a octroyé aux policiers des pouvoirs particulièrement important compte tenu de leur statut puisque, rappelons-le, ces derniers ne font l'objet d'aucun contrôle dans le cadre de l'enquête qu'ils mènent, le seul contrôle susceptible d'intervenir en l'espèce est ainsi subordonné à une mise en accusation du prévenu dans le cadre d'une dénonciation. À défaut, ces actes échappent à tout contrôle.

Paragraphe 2 : l'autonomie policière en matière d'atteinte à la vie privée

Il ne s'agira pas de lister de manière exhaustive les mesures attentatoires à la vie privée que peuvent librement mettre en œuvre les enquêteurs au cours de l'enquête, mais plutôt de dresser un panorama global de l'étendue de ces pouvoirs dans chacun des pays, au travers d'exemples.

L'enquête de flagrance en droit français – cadre propice à l'autonomie policière. En France, les officiers de police judiciaire disposent de nombreux pouvoirs et d'une grande autonomie dans le cadre de l'enquête de flagrance, qui se distingue de l'enquête préliminaire par les moyens contraignants et coercitifs que procure la loi aux officiers dans la recherche d'infractions. L'article 53 du CPP prévoit qu'une telle enquête ne peut être ouverte qu'en présence d'une infraction flagrante – qui est en train de se commettre ou vient de l'être- ou réputée flagrante, c'est-à-dire lorsque

²⁵⁰ R.c. Mann, [2004] 3 R.C.S. 59

« dans un temps très voisin de l'action²⁵¹, la personne soupçonnée est poursuivie par la clameur publique ou est trouvée en possession d'objets ou présente des traces ou indices laissant penser qu'elle a participé au crime ou au délit »²⁵². Il faut également que l'infraction en question soit un crime ou un délit puni d'emprisonnement.²⁵³ Enfin, la Cour de cassation a posé un troisième critère qui est celui de l'apparence : elle exige des OPJ qu'ils aient connaissance d'indices apparents d'un comportement délictueux révélant l'existence de l'infraction²⁵⁴.

Le législateur, dans le but d'élargir les hypothèses dans lesquelles les OPJ disposent de pouvoirs d'investigation accrus, souhaite étendre le domaine de l'enquête de flagrance.²⁵⁵ À ce titre, il avait prévu un allongement de la durée de celle-ci dans certains cas ainsi qu'un élargissement des cas permettant son renouvellement²⁵⁶. Le Conseil constitutionnel a cependant censuré ces dispositions, rappelant la spécificité de l'enquête de flagrance et des pouvoirs étendus qui en découlent : « la proximité avec la commission de l'infraction »²⁵⁷ et donc, une certaine forme d'urgence.²⁵⁸ Dans cette même logique visant à étendre les pouvoirs coercitifs des enquêteurs, diverses évolutions législatives visent à combler le fossé entre les deux enquêtes en accordant des pouvoirs plus étendus aux enquêteurs dans le cadre de l'enquête préliminaire²⁵⁹. Également, la jurisprudence adopte une conception relativement souple de la suspicion²⁶⁰, permettant ainsi d'élargir au maximum le cadre législatif prévu en matière de flagrance.

²⁵¹ La Cour de cassation a admis 3 ou 4 jours j et dans un arrêt du 11 février 1998 (Cass. crim., n° 97-85542) elle a considéré que 6j après sa commission un crime n'est plus flagrant. Donc la majorité de la doctrine considère que le délai maximal est de cinq jours.

²⁵² Art. 53 C. pr. pén.

²⁵³ Art 67 C. pr. pén.

²⁵⁴ Cass. Crim., 22 janv. 1953. V. par ex Cass. Crim., 2 fév. 1988 en vertu duquel des témoignages permettent l'ouverture d'une enquête de flagrance mais pas un appel anonyme.

²⁵⁵ Loi n°2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

²⁵⁶ Il était prévu que le renouvellement de l'enquête de flagrance soit possible en cas d'infraction punie d'une peine d'emprisonnement d'au moins trois ans, au lieu de cinq aujourd'hui. Également, la loi prévoyait un allongement de la durée initiale de l'enquête de flagrance pour les crimes et les infractions commises en bande organisée, qui était portée à seize jours, contre huit jours renouvelables une fois aujourd'hui.

²⁵⁷ Cons. const., 21 mars 2019, n° 2019-778 DC, (D. 2019. 910, par. 189 à 191.)

²⁵⁸ J-B PERRIER, « Les (r)évolutions de la procédure pénale », *op. cit.*

²⁵⁹ La loi de programmation du 23 mars 2019 prévoyait par exemple que le procureur puisse autoriser, dans le cadre d'une enquête préliminaire, les agents chargés de procéder à la comparution d'une personne à pénétrer dans un domicile après 6 heures et avant 21 heures. Or le Conseil a rappelé qu'une telle atteinte au principe de l'inviolabilité du domicile nécessite forcément l'intervention d'un juge du siège.

²⁶⁰ À cet égard, la Chambre criminelle admet par exemple que les OPJ agissent conformément aux règles de la flagrance dès lors que la situation objective de flagrance existait au moment de leur intervention, même si les indices apparents de comportement délictueux sont apparus ensuite. Sur ce

Dans le cadre de l'enquête de flagrance, les OPJ français disposent de pouvoirs de contrainte dont ils ne disposent pas dans le cadre de l'enquête préliminaire, ils peuvent par exemple librement perquisitionner le domicile d'une personne suspectée²⁶¹, ils peuvent aussi mettre en place une mesure de géolocalisation en cas d'urgence, laquelle devra être avalidée par le procureur de la république dans les vingt-quatre heures. Au-delà de ce délai et pour une période de huit jours, bien que le procureur doive autoriser la mesure, la géolocalisation pourra perdurer sans qu'un juge du siège n'intervienne.

L'autonomie policière en droit canadien – une possibilité strictement encadrée. En droit canadien en revanche, les hypothèses dans lesquelles les agents de la paix peuvent procéder sans mandat à des actes relevant de l'article 8 de la charte relèvent de l'exception, et sont strictement encadrées.

Par exemple, ils peuvent procéder à une perquisition sans mandat s'il est impossible d'en obtenir un²⁶² sur la base de motifs raisonnables de croire.²⁶³ Également, les agents de la paix peuvent procéder à l'interception de communications privées sans autorisation préalable s'ils ont « *des motifs raisonnables de croire que l'urgence de la situation est telle qu'une autorisation ne peut être obtenue en faisant preuve de toute la diligence raisonnable, que l'interception immédiate est nécessaire pour empêcher la perpétration d'un acte illicite qui causerait des dommages sérieux à une personne ou un bien et si une des parties à la communication est la victime ou l'auteur potentiel de l'acte* ». ²⁶⁴ Dans un tel cas, les juges de la Cour suprême ont précisé que la situation doit être régularisée par une autorisation d'un juge de paix dans « une période raisonnable »²⁶⁵.

Également, une fouille sans mandat peut être mise en œuvre si elle est l'accessoire d'une arrestation sans mandat²⁶⁶, à condition que celle-ci soit légale. Dans ce cas le policier n'aura pas à prouver sa nécessité, le contrôle a posteriori pourra uniquement

point, v. également N. JEANNE, Juridictionnalisation de la répression pénale et institution du ministère public : étude comparative France-Angleterre, thèse de doctorat : droit, op cit. note 68, par. 153 et s.

²⁶¹ Art. 56 C. pr. pén.

²⁶² R.c. Grant, [1993] 3 RCS 223.

²⁶³ Art. 487.11 C. crim.

²⁶⁴ Art. 184.4 C. crim.

²⁶⁵ R.c. Tse, [2012] 1 R.C.S. 531.

²⁶⁶ Cloutier c. Langlois, [1990] 1 R.C.S. 158.

porter sur les conditions de sa réalisation, sur son caractère éventuellement abusif, à l'inverse de la fouille accessoire à une détention aux fins d'enquête, qui est présumée abusive et s'agissant de laquelle le policier devra prouver qu'elle était raisonnablement nécessaire²⁶⁷.

Donc, bien que le principe en droit canadien demeure l'obtention d'un mandat en amont, l'urgence justifie dans la grande majorité des cas que les OPJ interviennent librement, sans autorisation d'un juge du siège. Cependant, celui-ci devra dans un délai très bref avaliser la mesure, donc il n'est pas évincé. De plus, ces possibilités sont strictement encadrées puisque soumises à des conditions relativement strictes.

En droit français en revanche, s'agissant des actes les plus attentatoires aux libertés (les interceptions de communications électroniques par exemple), l'urgence ne saurait évincer le juge du siège, qui doit dans tous les cas autoriser la mesure²⁶⁸. Par contre, s'agissant d'actes considérés comme moins graves (la perquisition par exemple), la liberté des OPJ est grande, puisqu'ils peuvent y procéder sans autorisation et sans non plus avoir à faire avaliser la mesure une fois celle-ci réalisée. Le seul contrôle interviendra dans le cadre d'un éventuel recours en nullité, si tant est que des poursuites soient engagées.

De plus, les conditions requises pour procéder à ces actes sont souvent très peu exigeantes. L'exemple de la perquisition est pertinent de ce point de vue : en France, les policiers peuvent perquisitionner le domicile de personnes qui « *paraissent avoir participé au crime ou détenir des pièces, informations ou objets relatifs aux faits incriminés* »²⁶⁹ tandis qu'en droit canadien il faut des « *motifs raisonnables de croire* » qu'un crime a été ou va être commis et que la perquisition permettra de découvrir des éléments de preuve particuliers. Donc, en droit canadien la perquisition « *ne sera possible qu'en cas de probabilité de la présence d'un élément de preuve et non d'une simple possibilité comme en France.* »²⁷⁰

²⁶⁷ R.c. Mann, [2004] 3 R.C.S. 59.

²⁶⁸ Le Conseil constitutionnel l'a rappelé dans sa décision du 21 mars 2019, Cons. Const., 21 mars 2019, déc. n°2019-778 DC, Loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

²⁶⁹ Art. 56 C. pr. pén.

²⁷⁰ P. BÉLIVEAU et J. PRADEL, La justice pénale dans les droits canadien et français : étude comparée d'un système accusatoire et d'un système inquisitoire, *op. cit.*.

Nous pouvons donc considérer que « *les policiers canadiens ont moins de latitude que leurs collègues français* »²⁷¹ mais cette plus grande liberté d'action des policiers français se justifie par le fait que la direction de l'enquête est menée par le procureur,²⁷² tandis que l'enquête canadienne n'est pas dirigée par l'autorité judiciaire. Il est donc logique que leurs pouvoirs soient plus strictement limités.

Chapitre 2 : le contrôle a posteriori – la contestation de la régularité d'un acte d'enquête visant à exclure un élément de preuve

« Ennemie jurée de l'arbitraire, la forme est la sœur jumelle de la liberté »²⁷³. En effet, le respect des règles formelles revêt une importance cruciale, particulièrement en procédure pénale où l'honneur et la liberté individuelle des individus sont en cause. Aussi, il est fondamental que le non-respect de ces règles ne soit pas sans conséquences, afin de protéger l'individu du risque d'arbitraire. L'objet du recours en nullité en droit français et en exclusion de la preuve en droit canadien est précisément de pouvoir contester la régularité d'un acte d'enquête une fois celui-ci survenu, dans le but d'exclure de la procédure des éléments probants qui auraient été recueillis en violation de la loi.

En la matière, l'objectif est de trouver un point d'équilibre entre d'un côté la nécessité de faire respecter les règles formelles de procédure pénale afin de protéger les justiciables, et de l'autre, la nécessité de ne pas trop fragiliser l'enquête afin qu'elle demeure efficace.²⁷⁴

Il s'agira dans cette section de confronter les deux systèmes s'agissant des conditions de recevabilité d'un tel recours (*section 1*) et des conditions encadrant l'annulation d'un acte du dossier de la procédure (*section 2*).

²⁷¹ P. BÉLIVEAU et J. PRADEL, La justice pénale dans les droits canadien et français : étude comparée d'un système accusatoire et d'un système inquisitoire, *op. cit.*, p.192.

²⁷² V. sur ce point Cass crim 24 mai 2016 n° 16-9007.

²⁷³ R. VON JHIERING, L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement, 2ème éd., traduit par O. de Meulenaere, t. III, Paris, Marescq, 1877, p. 158 ; Bologne, Forni, 1969, p. 164.

²⁷⁴ B. DE LAMY, « Juridictionnalisation de la procédure pénale : l'aventureuse constitutionnalisation du « droit à », RSC, 2016, p.393

Section 1 : La recevabilité du recours

En France comme au Canada, ce recours ne peut être mis en œuvre qu'à un stade avancé de la procédure (*paragraphe 1*) et par la personne ayant subi une violation d'un droit (*paragraphe 2*).

Paragraphe 1 : Un examen de la requête subordonné à l'existence d'une instruction ou d'un procès

En droit français, lorsqu'il n'y a pas d'instruction, ce sont les tribunaux de police et correctionnels qui peuvent connaître des nullités de l'enquête. Aussi, l'invocation de ces dernières nécessite la saisine de l'une de ces juridictions à l'issue de l'enquête. À l'inverse, si aucune poursuite n'est engagée – en cas de classement sans suite ou de procédure alternative aux poursuites – ou si la personne fait l'objet d'une comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC), elle ne pourra pas invoquer l'irrégularité de la procédure d'enquête et donc bénéficier de ce contrôle a posteriori.

Cette limitation se comprend au vu de la finalité du recours en nullité : l'exclusion d'éléments de preuve de la procédure. En effet, « *si les actions en réparation demeurent pertinentes indépendamment des poursuites, les actions en nullité, qui renforcent la défense, sont plus délicates à admettre à un stade où l'action publique n'a pas été mise en mouvement* »²⁷⁵. En revanche, cette situation doit être analysée à l'aune du contexte actuel de développement important des voies alternatives aux poursuites et de la procédure de CRPC. Dans ces situations, bien qu'un procès n'ait pas lieu la personne subira *in fine*, une peine dans le cas d'une CRPC ou une mesure qui y est assimilable dans le cas d'une procédure alternative aux poursuites, et aurait donc tout intérêt à ce que la régularité de l'enquête qu'elle a subie soit contrôlée.

L'utilisation de ces procédures ne donnant pas lieu à procès peut d'ailleurs être un moyen d'éviter que les nullités soient soulevées lorsque la procédure comporte des irrégularités.

Cette situation est susceptible de poser problème au vu des exigences européennes en la matière, puisque la Cour EDH exige qu'un contrôle a posteriori soit opéré

²⁷⁵ A. GOGORZA, « L'autorisation judiciaire pendant la phase policière : Libres propos sur la notion d'acte juridictionnel en procédure pénale », *op. cit.*

lorsqu'un juge ne s'est pas prononcé en amont pour autoriser une mesure, or en droit français, certains actes n'ayant pas été autorisés par le JLD en amont peuvent échapper à tout contrôle si des poursuites ne sont finalement pas engagées.

La CRPC constitue un mode d'exercice des poursuites et non une voie alternative à celles-ci. En effet ce mécanisme, qui suppose un aveu du prévenu, permet au procureur de lui proposer une peine qui ne peut être supérieure à trois ans ni excéder la moitié de la peine d'emprisonnement encourue²⁷⁶. Cet accord doit ensuite être homologué par un juge du siège qui, après avoir « vérifié la réalité des faits et leur qualification juridique »²⁷⁷, peut homologuer la peine fixée par le procureur.

Or, « *ni la loi, ni les juges de la rue Montpensier n'ont pris soin de préciser que le contrôle du juge homologateur devait également porter sur la régularité des investigations effectuées et que le président dispose du pouvoir de refuser l'homologation de la peine s'il estime qu'il existe un vice de procédure.* »²⁷⁸ Il est vrai que l'on peut considérer que si la procédure comporte une irrégularité, le prévenu sur conseil de son avocat n'acceptera pas de recourir à la CRPC et préférera subir un procès afin d'exercer son recours en nullité. Or, les débouchés de ce recours en nullité peuvent s'avérer incertains puisque les conditions d'annulation d'un acte sont strictes et imprécises, et que les effets de l'annulation sont souvent cantonnés. La CRPC peut aussi présenter un certain attrait puisque la peine ne peut être supérieure à la peine d'emprisonnement prévue pour l'infraction en question, donc le prévenu peut largement être tenté d'abandonner l'exercice de son recours en nullité en acceptant l'accord que lui proposera le ministère public.

Il serait souhaitable de corriger cette situation. Le juge de l'homologation pourrait tout à fait avoir à vérifier que la procédure ne comporte aucune irrégularité et à défaut, ne pas homologuer l'accord en question. Cela pourrait également être envisagé en matière d'alternatives aux poursuites. Mais c'est en réalité toute l'ambiguïté de ces mécanismes qui reposent sur l'accord du prévenu, accord qui est supposé constituer par la même, un renoncement à l'exercice du recours en nullité.

²⁷⁶ Art. 495-7 C. pr. pén.

²⁷⁷ Art. 495-9 C. pr. pén.

²⁷⁸ JEANNE N., « Juridictionnalisation de la répression pénale et institution du ministère public : étude comparative France-Angleterre », thèse de doctorat : droit, *op. cit.*, par. 400

Paragraphe 2 : Un examen de la requête subordonné à une qualité pour agir

En vertu de l'article 171 et 802 du Code de procédure pénale, la nullité d'un acte ne peut être prononcée que lorsque l'irrégularité a porté « atteinte aux intérêts de la partie » qui est « concernée » par celui-ci. Mais quel est l'intérêt en procédure pénale, et qui est la partie qui est concernée ? La partie à la procédure en nullité doit-elle être la partie à la procédure au cours de laquelle l'irrégularité a été commise ?

La jurisprudence considère que la formalité méconnue doit être édictée pour protéger la partie qui agit. Cette règle pose une difficulté s'agissant du droit d'agir du tiers à la procédure, qui pourrait vouloir agir dans une procédure à laquelle il n'est pas partie si un acte irrégulier accompli dans une première procédure est versée dans la procédure qui le concerne ou lorsque ce tiers est mis en cause par un suspect d'une autre procédure. Par exemple, si un individu est arrêté de manière irrégulière et qu'au cours du contrôle il dénonce un tiers, ce dernier aura intérêt à faire annuler cet acte.

Sur cette question, la jurisprudence a considérablement évolué. Traditionnellement, la Chambre criminelle considérait qu'une partie privée ne pouvait agir en nullité que si l'irrégularité la concernait directement. Il devait donc y avoir un lien entre l'acte dont l'annulation était demandée et le requérant.²⁷⁹ Néanmoins, la Cour EDH a condamné la France dans deux arrêts²⁸⁰, considérant qu'en cas d'écoutes téléphoniques litigieuses, les personnes concernées devaient être en mesure de la contester, même si la ligne téléphonique ne leur appartenait pas. Elle considère donc que cette situation constitue une violation de l'article 6 de la ConvEDH en ce qu'elle prive les prévenus de leur droit d'accès à un juge. Ces condamnations intervenaient dans le cas particulier des écoutes téléphoniques où les actes en question concernaient directement les prévenus puisque, même si la ligne ne leur appartenait pas, c'était bien leurs propos qui avaient été enregistrés. Suite à ces condamnations, la Chambre criminelle a reviré et s'est adaptée aux exigences européennes, en considérant que « *le requérant à la nullité peut invoquer l'irrégularité d'un acte de la procédure concernant un tiers si cet acte, illégalement accompli, a porté atteinte à ses intérêts* ». Il s'agissait en l'espèce d'un contrôle d'identité ; une personne n'ayant pas de lien

²⁷⁹ S. GUINCHARD et J. BUISSON, Procédure pénale, *op. cit.*, p.1203.

²⁸⁰ Cour EDH, 24 août 1998, Lambert c/ France, req. n° 88/1997/872/1084 ; Cour EDH, Matheron c/ France, 29 mars 2005, req. n° 57752/00.

direct avec ce contrôle pouvait en contester la régularité dès lors qu'à l'occasion de cet acte elle avait été dénoncée, et donc qu'une atteinte à ses intérêts pouvait être caractérisée.²⁸¹ Pourtant, la Cour a fini par revenir à sa solution originelle dès 2012, en matière de garde-à-vue,²⁸² puis en matière de sonorisation d'un appartement²⁸³, amorçant ainsi un nouveau courant jurisprudentiel restrictif. Cette saga jurisprudentielle a été complétée par une série d'arrêts rendus en 2018²⁸⁴ par la Chambre criminelle, dans lesquels elle a posé une nouvelle règle en matière de géolocalisation : le tiers aura qualité pour agir s'il est titulaire d'un droit sur le bien géolocalisé *ou* s'il établit, hors des cas où le véhicule géolocalisé est volé, que la mesure a porté atteinte à sa vie privée au regard de l'article 8 de la ConvEDH.

Il semble donc que le tiers puisse agir pour faire annuler un acte lorsque l'irrégularité a porté atteinte au droit protégé par la disposition violée.²⁸⁵ Ainsi, il ne pourra agir pour demander, par exemple, l'annulation d'un procès-verbal d'audition de garde-à-vue puisque ses droits de la défense n'ont pas été violés lors de cette audition, à laquelle il n'a pas participé. En revanche, si son droit à la vie privée est violé au cours d'une mesure de sonorisation par exemple, il pourra en soulever l'irrégularité.

À notre sens, la question ne devrait pas être de savoir si un droit du tiers a, ou non, été violé au cours de la mesure puisque ce n'est pas vraiment ce que prévoit le Code de procédure pénale. Le propos devrait plutôt être recentré autour de la question de l'intérêt à agir du prévenu : si la mesure irrégulière a porté atteinte à ses intérêts, il est possible de considérer qu'il a forcément qualité pour agir. En effet, une personne qui voit ses intérêts atteints par un acte irrégulier est forcément « concernée » par cette irrégularité, puisque cet acte irrégulier permet de recueillir des éléments probants à son encontre. Une telle appréciation serait plus favorable aux mis en cause et, il nous semble, correspondrait davantage à la logique du recours en nullité.

En droit canadien également, les juges de la Cour suprême ont considéré que « *le par. 24(2) n'accorde un recours qu'aux demandeurs dont les propres droits garantis par*

²⁸¹ Cass. Crim. 6 sept. 2006 n°2006-035122.

²⁸² Cass. Crim. 14 février 2012 n°11-87.757 ; Cass. Crim. 7 mars 2012, n°11-88.118 ; Cass. crim. 11 fév. 2014, n°13-86.878.

²⁸³ Cass. crim., 26 juin 2013, n° 13-81.491.

²⁸⁴ Cass. crim. 27 mars 2018, n°17-85.603.

²⁸⁵ S. FUCINI, « Géolocalisation : qualité à invoquer la nullité », *AJ pénal*, 2018, n°14.

la Charte ont été violés »²⁸⁶. Ainsi, si une preuve est obtenue en violation d'un droit constitutionnel d'une tierce personne, celle-ci sera utilisable et la violation n'aura donc aucune conséquence. Cette situation est donc relativement semblable à celle qui existe en droit français puisque le tiers devra prouver, pour pouvoir invoquer l'exclusion d'un élément probant, une atteinte à l'un de ses droits propres. Ce raisonnement est critiquable, puisque par exemple l'article 8 de la Charte qui avait été méconnu dans l'espèce en question, dispose que « *Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives* ». Dès lors, cette protection vise à protéger « chacun » donc, tous les citoyens présents sur le territoire. Par conséquent, pourquoi le prévenu ne pourrait-il invoquer qu'une atteinte qu'il aurait personnellement subie ?

Ces restrictions, qui existent en France comme au Canada, sont problématiques puisque des éléments obtenus en violation des règles de procédure pénale pourront être conservés et utilisés au procès, ce qui est tout à fait anormal. Pourtant, lorsqu'une personne se voit opposer le « *produit de l'opération matérielle illégale* »²⁸⁷ elle devrait être en mesure de pouvoir contester la validité de cet acte, qui plus est lorsque cet acte irrégulier a permis l'ouverture d'une procédure à son encontre²⁸⁸.

Le recours en nullité ne peut être exercé que dans des cas limités, puisqu'un procès ou une phase d'instruction sont requis, ainsi qu'une qualité pour agir qui est appréciée de manière relativement stricte. Sur ce point, la Cour EDH pourrait aller plus loin et exiger que toute personne victime d'un acte irrégulier puisse exercer un recours en nullité, qu'elle soit ou non partie à la procédure au cours de laquelle cet acte a été mis en œuvre.²⁸⁹

Attardons-nous à présent sur les conditions qui seront appréciées pour décider du bien-fondé de la requête.

²⁸⁶ R.c. Edwards, [1996] 1 R.C.S. 128

²⁸⁷ N. JEANNE, Juridictionnalisation de la répression pénale et institution du ministère public : étude comparative France-Angleterre, thèse de doctorat : droit, op cit., par. 356

²⁸⁸ H. MATSOPOULOU, « Preuve - La chambre criminelle favorable à la recevabilité d'une demande de nullité présentée par un tiers à un acte de procédure entaché de déloyauté », JCP G, 2016, n°12, p. 335.

²⁸⁹ H. MATSOPOULOU, « L'impact du droit européen sur le juge interne : approche de procédure pénale. L'exemple des perquisitions et saisies effectuées par les agents de certaines administrations sous le contrôle de l'autorité judiciaire » in V. DONIER et B. LAEROU-SCHENEIDER (dir.), La régulation par le juge de l'accès au prétoire, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », Paris, 2013, p. 268-269.

Section 2 : l'étude du bien-fondé du recours en nullité

Dans les deux systèmes, toute violation d'une règle procédurale n'entraîne pas automatiquement l'annulation de l'acte qui en est entaché (*paragraphe 1*). Également, en droit français comme en droit canadien, les conséquences de l'irrégularité seront appréciées afin de déterminer si celle-ci doit ou non entraîner l'annulation de l'acte qu'elle entache (*paragraphe 2*).

Paragraphe 1 : Un recours subordonné à la violation d'un droit constitutionnel en droit canadien et d'une formalité textuelle ou substantielle en droit français

Cet élément est central puisqu'il est le point de départ de l'appréciation du bien-fondé de la nullité, il s'agit de savoir quelles formalités sont considérées comme suffisamment importantes pour que leur violation soit susceptible d'entacher la procédure de nullité. La norme dont le respect est contrôlé en droit canadien est une norme constitutionnelle, il pourra donc parfois s'agir d'un contrôle de constitutionnalité puisque des éléments de preuve obtenus dans le respect des formalités prévues par la loi ou la jurisprudence peuvent constituer une violation d'un droit constitutionnel. C'est pour cette raison que le juge présidant l'enquête préliminaire n'est pas compétent pour exclure une preuve : il ne peut pas opérer de contrôle de constitutionnalité en vertu de l'article 52 de la Charte²⁹⁰. Seul le juge au procès est compétent pour annuler une preuve. En France en revanche, il s'agira dans le cadre du recours en nullité, de contrôler le respect des formalités prescrites par la loi.

La violation d'un droit constitutionnel en droit canadien. En droit canadien, plusieurs articles de la Charte sont susceptibles d'être violés au cours de l'enquête. Il en va ainsi s'agissant des articles 8 et 9 comme nous l'avons vu, mais également de l'article 10 par exemple qui prévoit le droit à l'avocat. S'agissant de chacun de ces articles, des conditions précises ont été posées par la jurisprudence pour déterminer les situations dans lesquelles ces droits sont considérés comme étant méconnus. Pour l'article 8 par exemple, il convient d'abord de se demander si l'individu pouvait raisonnablement s'attendre au respect de sa vie privée (applicabilité de l'article). Si tel est le cas, les juges apprécieront si la fouille était bien autorisée par la loi ou la common

²⁹⁰ R.c. White, par. 86-89

law, si la loi elle-même n'a rien d'abusif et si la fouille n'a pas été effectuée d'une manière abusive²⁹¹.

En principe il revient au prévenu de prouver qu'un de ses droits n'a pas été respecté²⁹² mais la charge de la preuve peut être inversée, par exemple en cas de fouille ou perquisition réalisée sans mandat²⁹³ ou lorsque l'accusé invoque une arrestation illégale et en conteste les motifs²⁹⁴. Le tribunal devra décider s'il y a eu ou non, selon la balance des probabilités, violation d'un droit constitutionnel.

Les sources de nullité en droit français - les formalités textuelles et les formalités substantielles. En droit français, les formalités dont la violation est une cause de nullité sont limitées, il faut donc déterminer quelle règle a été violée et vérifier que cette méconnaissance est une source de nullité, ce qui est possible s'agissant de deux catégories de règles. La première concerne les formalités dont la loi prévoit expressément que le non-respect est une cause de nullité (nullités textuelles) et la seconde est une catégorie dont les contours ont été fixés par la jurisprudence, il s'agit de formalités considérées comme essentielles à l'acte de procédure bien que la nullité ne soit pas expressément prévue par la loi (nullités substantielles). Les nullités textuelles existent depuis la loi Constans de 1897²⁹⁵ mais elles étaient à ce moment-là automatiques. Il suffisait de constater qu'une condition posée par la loi n'avait pas été respectée pour obtenir l'annulation de l'acte. De plus, elles étaient peu nombreuses et on a donc vu apparaître en jurisprudence de nouveaux cas de nullités substantielles. Au fur et à mesure que les droits de la défense gagnent du terrain dans la procédure pénale, les juges renforcent aussi ces droits en créant des cas de nullité. Le code de procédure pénale de 1959 a consacré cette distinction entre nullités textuelles et nullités substantielles en accordant au juge le pouvoir de déterminer quelles formalités sont considérées comme substantielles et doivent à ce titre être respectées à peine de nullité²⁹⁶. Ainsi, il s'agit d'un domaine dans lequel ce dernier a un fort pouvoir, et dans lequel les règles édictées sont largement d'origine prétorienne.

²⁹¹ R.c. Collins [1987] 1 R.C.S. 265

²⁹² R.c Collins [1987] 1 R.C.S. 265 ; R.c Campbell [2011] 2 R.C.S. 549.

²⁹³ R.c Collins [1987] 1 R.C.S. 265 ; R.c Mann, [2004] 3 R.C.S. 59, par. 57.

²⁹⁴ R.c. Besharah (2010), 251 C.C.C. (3d) 516 (C.A.S.).

²⁹⁵ Loi du 8 décembre 1897 ayant pour objet de modifier certaines règles de l'instruction préalable en matière de crimes et de délits.

²⁹⁶ Art. 171 et 802 C. pr. pén.

C'est la raison pour laquelle il est très difficile de lister de manière exhaustive les sources de nullités. En effet, les cas de nullités textuelles sont relativement peu nombreux et sont éparpillés dans le code ;²⁹⁷ ils sont rarement invoqués en pratique.²⁹⁸ Les nullités substantielles quant à elles dépendent de l'autorité judiciaire qui ne délimite pas clairement les contours de cette catégorie. Seraient substantielles « *les règles essentielles de la procédure pénale, consistant en des prescriptions nécessaires à la garantie d'un procès équitable, notamment à la protection des droits de la défense, soit en des règles d'ordre public établies dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, telles les règles de compétence.* »²⁹⁹

Cela génère un manque de clarté et de lisibilité important et pose également un problème de légitimité puisque les magistrats disposent du pouvoir discrétionnaire de décider si une formalité mérite ou non d'être considérée comme substantielle. Une liste prévue par le législateur pourrait être une solution, ou bien une détermination claire des nullités substantielles, afin d'assurer la prévisibilité des décisions. On peut supposer que le législateur prévoira des cas de nullités textuelles s'agissant des formalités qu'il considère comme étant les plus importantes, mais la liste de ces nullités est critiquable puisqu'il n'y a pas de critère objectif permettant de justifier l'appartenance ou l'exclusion d'une formalité de cette catégorie.

Le fait que certaines formalités ne soient pas causes de nullité risque de ne pas dissuader les acteurs de l'enquête pénale de méconnaître ces formalités en question, puisque leur inobservation ne sera finalement pas sanctionnée. Il est permis de questionner la pertinence et l'intérêt d'une formalité procédurale si sa méconnaissance est sans conséquence.

L'influence constitutionnelle. Le Conseil constitutionnel a considéré, dans une décision rendue le 20 novembre 2015, que le fait de prévoir une formalité – l'enregistrement sonore des débats de cour d'assise – tout en excluant la possibilité d'exercer un recours en nullité lorsque celle-ci n'est pas respectée, constitue une

²⁹⁷ Nullités textuelles : C. pr. pén., art. 80-1 et 174-1 ; 100-7 ; 59 ; 78-3 ; 698-1 ; 706-35, 706-92, 706-93 ; 696-36. (76, 82-1, 181 et 215, 393, 495-14, 669)

²⁹⁸ F. SAINT-PIERRE, « Le véritable enjeu des contrôles juridictionnels de la légalité des procédures pénales : la « sûreté » des justiciables », *op. cit.*

²⁹⁹ B. DE LAMY « La constitutionnalisation de la procédure pénale », *Droit pénal*, 2019, n°4, dossier 3.

méconnaissance du droit à un recours juridictionnel effectif.³⁰⁰ Le Conseil s’immisce ici dans la théorie des nullités³⁰¹ en interdisant l’exclusion d’un cas de nullité, sans toutefois imposer que ne soit créé un tel cas de nullité.

Cette décision est à mettre en perspective avec celle rendue le 2 mars 2004³⁰², dans laquelle le Conseil avait censuré de la même manière un article de la loi Perben II qui prévoyait, en matière de criminalité organisée, la possibilité de recourir à des procédés intrusifs et qui précisait que, si à l’issue de l’enquête ou de l’instruction la circonstance aggravante de bande organisée n’était pas retenue, il n’en résultait aucune nullité des actes accomplis. La loi interdisait donc de sanctionner par la nullité un détournement de procédure qui avait consisté à retenir la qualification de crime organisé alors qu’aucun élément factuel ne le permettait.³⁰³ Cela dit et comme le souligne le Professeur De Lamy, le Conseil, dans sa décision de 2015 va plus loin que dans celle de 2004. En effet, il semble prohiber toute exclusion du recours en nullité dans sa décision de 2015 tandis qu’en 2004 il avait considéré que la violation résidait dans le caractère général de l’exclusion de la nullité, mais qu’une exclusion du recours en nullité lorsque la circonstance de bande organisée paraissait bien caractérisée au moment de la réalisation de l’acte était tout à fait possible. Autrement dit, il n’interdisait pas une exclusion du recours en nullité si celle-ci était prévue au cas par cas.

Ainsi, sans reconnaître un droit au recours en nullité – ce qui le conduirait à censurer toutes les hypothèses dans lesquelles le recours en nullité n’est pas recevable, notamment lorsque la formalité méconnue n’est ni substantielle ni prévue à peine de nullité par le législateur – le Conseil considère que l’exclusion d’un tel recours porte atteinte au droit à un recours juridictionnel. Or, quelle différence y a-t-il pour le justiciable entre une exclusion du recours en nullité par le législateur, ou une exclusion de celui-ci par le juge ? Puisque, lorsque le juge considère qu’une formalité n’est pas substantielle, il exclut tout recours en nullité qui pourrait être formé en cas de méconnaissance de ladite formalité. Cela conduit à une situation fort paradoxale où le législateur ne peut exclure le recours en nullité tandis que le juge le peut.

³⁰⁰ Cons. const., 20 nov. 2015, n° 2015-499 QPC.

³⁰¹ Antoine BOTTON, « NULLITÉ DE PROCÉDURE - Le Conseil constitutionnel et la théorie des nullités de la procédure pénale », *op. cit.*

³⁰² Cons. const., 2 mars 2004, n° 2004-492 DC.

³⁰³ B. DE LAMY, « Juridictionnalisation de la procédure pénale : l’aventureuse constitutionnalisation du « droit à », *op. cit.*

De plus, l'exigence du Conseil constitutionnel « *semble dépendre du caractère privé de l'intérêt lésé, celle-ci s'avérant à contrario inopérante lorsque la formalité relève de l'organisation de la justice et partant, de l'ordre public* »³⁰⁴ puisqu'il fonde sa décision d'inconstitutionnalité sur le fait que les parties ont un « droit à » l'enregistrement des débats, donc qu'il s'agit d'une formalité qui a pour but de protéger le mis en cause et non l'administration de la justice. Cela est donc paradoxal puisque le Conseil protège ainsi mieux les nullités d'ordre privé que les nullités d'ordre public, faisant ainsi « *abstraction de la logique même du régime pénal des nullités* »³⁰⁵.

Au-delà du fait que toutes les violations de formalité ne sont pas des causes de nullité, dans les deux systèmes, les conséquences de la violation sont prises en compte pour déterminer si l'irrégularité doit ou non entraîner l'annulation de l'acte entaché.

Paragraphe 2 : Une annulation subordonnée à la preuve d'un grief en droit français et à un risque de déconsidération de la justice au Canada

L'exigence d'un grief en droit français. En droit français, la jurisprudence a élaboré le critère du grief causé au prévenu comme condition préalable à l'annulation d'un acte. En effet, si l'irrégularité n'a occasionné aucun préjudice pour les parties, on considèrera qu'il n'y a pas de raison d'annuler l'acte en question, et ce qu'il s'agisse d'une nullité textuelle ou substantielle.³⁰⁶ Ce critère permet de mesurer la gravité de l'inobservation de la règle et cette condition exprime bien la raison d'être du recours en nullité qui repose sur la nécessité de protéger le prévenu, voire de lui accorder une réparation en raison d'un grief subi³⁰⁷. Le recours en exclusion de preuve quant à lui, vise plutôt, traditionnellement, à préserver la confiance dans la justice. Ceci dit, la conséquence de la violation est également prise en compte dans le cadre du recours de l'article 24(2) de la Charte, mais pour déterminer le degré de déconsidération de la justice en cas d'admission d'une telle preuve. Autrement dit, dans les deux systèmes le grief subi par le mis en cause est apprécié, mais ce critère n'est qu'un indice pour évaluer la déconsidération de la justice au Canada, tandis qu'en France il s'agit d'une

³⁰⁴ A. BOTTON, « NULLITÉ DE PROCÉDURE - Le Conseil constitutionnel et la théorie des nullités de la procédure pénale », *op. cit.*

³⁰⁵ *Idem*

³⁰⁶ C. LARONDE-CLÉRAC, « La pratique jurisprudentielle des nullités en procédure pénale », *droit pénal*, 2013, n°4, étude 9.

³⁰⁷ P. HENNION-JACQUET, « La double dénaturation des nullités en matière pénale », *Rec. Dalloz*, 2004, n°18, p. 1262.

considération plus centrale, d'un critère autonome. Le sort de l'acte irrégulier dépendra donc des conséquences que l'irrégularité a causées et pas uniquement de ladite irrégularité, ce qui peut être critiquable si l'on considère que les nullités sont une sanction et non une réparation. Cette exigence « métamorphose la nature même de la notion de légalité », puisque « de sacramentelles, les formalités de la procédure pénale sont devenues fonctionnelles »³⁰⁸. Ainsi, il ne s'agit plus de sanctionner automatiquement la violation de la loi, mais de se pencher sur la fonction de la formalité afin de se demander si l'intérêt sous-jacent a été respecté, si la violation a concrètement préjudicié le mis en cause.

Ce critère du grief a finalement été consacré par le législateur français à l'article 802 du Code de procédure pénale³⁰⁹ avec la loi du 6 août 1975. Or, cet article ne définit pas ce qu'est un grief. C'est le juge qui déterminera si dans chaque espèce un grief a été causé ou non, ce qui génère des solutions imprévisibles et possiblement incohérentes, ainsi que l'illustre l'étude de la jurisprudence en la matière.

La Chambre criminelle considère que dès lors que le demandeur à la nullité ou son avocat ne s'est pas opposé à l'acte qu'il souhaite voir annuler, il n'a pas subi de grief et la nullité ne doit donc pas être prononcée. Par exemple, si un interrogatoire est fixé et qu'il ne respecte pas les délais prévus, si l'avocat s'y rend malgré le non-respect du délai, il ne pourra plus invoquer l'irrégularité de la convocation. Il s'agit d'une forme de renonciation tacite à la nullité, or le Code de procédure pénale exige une renonciation expresse³¹⁰. De plus, considérer que si une personne ne s'est pas opposée à une pratique elle ne peut pas subir un grief du fait de ladite pratique est contestable. L'un n'implique aucunement l'autre. Le prévenu peut ne pas s'opposer à une pratique sans savoir que cette pratique est interdite ou s'il est en position de faiblesse, notamment en l'absence de son avocat.

Pertinence de la condition du grief. L'exigence d'un grief répond à une volonté de souplesse mais est critiquable puisque l'existence ou non du grief dépendra

³⁰⁸ F. SAINT-PIERRE, « Le véritable enjeu des contrôles juridictionnels de la légalité des procédures pénales : la « sûreté » des justiciables », op. cit.

³⁰⁹ Art. 802 C. pr. pén., en vertu duquel « *En cas de violation des formes prescrites par la loi à peine de nullité ou d'inobservation des formalités substantielles, toute juridiction, y compris la Cour de cassation, qui est saisie d'une demande d'annulation ou qui relève d'office une telle irrégularité ne peut prononcer la nullité que lorsque celle-ci a eu pour effet de porter atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne.* »

³¹⁰ Art. 172 C. pr. pén

des circonstances dans lesquelles l'acte a été réalisé, indépendamment de la méconnaissance de la formalité, ce qui est assez imprévisible et laisse beaucoup de latitude au juge. Cela génère un flou jurisprudentiel important. Également, pour certains actes de procédure il est très difficile de dire s'il y a un grief ou pas, surtout que toute la procédure pénale est d'ordre public. Si le juge considère que dans un cas d'espèce aucun grief n'a été causé, cela impliquera concrètement que des éléments obtenus dans des conditions irrégulières pourront être utilisés dans le cadre du procès. Cette position pourtant problématique a été admise par le fait que, en vertu de son intime conviction, le juge dispose de la faculté de les écarter. Or, « *la libre fixation de la valeur probante n'est légitime que si elle repose sur des charges régulières, tant le respect des règles de forme assure en premier lieu la légitime application des règles de fond, notamment de celles qui concernent la peine* »³¹¹ En effet, le contradictoire s'exerce sur le fond du dossier tandis que l'action en nullité permet d'éviter ou de réduire le débat sur le fond en faisant disparaître des preuves du dossier. Ainsi, la force probante ne devrait pas remplacer la véritable sanction qui est la nullité de l'acte irrégulier.

Les nullités invocables sans que la preuve d'un grief ne soit requise. La preuve d'un grief n'est parfois pas nécessaire pour prononcer la nullité, c'est le cas s'agissant des nullités d'ordre public et des nullités d'ordre privé avec présomption de grief. Les nullités d'ordre public concernent des formalités qui ne protègent pas un intérêt privé mais la crédibilité de la procédure elle-même, il s'agit de violations relatives à l'organisation judiciaire, à la composition des juridictions, à leur compétence matérielle, territoriale ou personnelle.³¹² La particularité de ces nullités est qu'elles sont invocables par tout le monde (y compris le tiers), il est impossible d'y renoncer et elles sont absolues : le grief n'a pas à être prouvé. La jurisprudence considère en effet que le caractère primordial de ces règles implique que leur violation entache automatiquement l'acte concerné de nullité.

Les nullités d'ordre privé avec présomption de grief ont été créées entièrement par la jurisprudence pour faciliter la recevabilité des actions. Elles existent principalement en

³¹¹ P. HENNION-JACQUET, « La double dénaturation des nullités en matière pénale », *op. cit.*

³¹² Prévoir une réf.

matière de garde-à-vue car c'est le moment charnière de l'enquête à l'issue duquel le Parquet va décider ou non de poursuivre.

Or, les contours de ces catégories sont imprécis et la qualification de la nullité dépend exclusivement de l'autorité judiciaire, ce qui génère un manque de clarté important.³¹³ S'agissant des nullités d'ordre public par exemple, leur délimitation se fait principalement par défaut : une nullité est d'ordre public si elle n'est pas d'ordre privé. Cette distinction entre nullité d'ordre public et d'ordre privé peut sembler artificielle puisqu'aucun critère clair n'a été posé, la Chambre criminelle opère d'ailleurs parfois des revirements, oscillant entre « publicisation des nullités d'ordre privé et privatisation des nullités d'ordre public »³¹⁴ ce qui engendre des solutions incohérentes et contradictoires. Cela a par exemple été le cas en matière de perquisitions³¹⁵ ou de garde-à-vue. En effet, la Chambre criminelle avait déjà eu l'occasion d'annuler des procès-verbaux d'audition de garde-à-vue pour défaut de notification du droit de se taire et défaut d'assistance par un avocat par exemple, sans faire référence au grief³¹⁶. Par la suite, cette jurisprudence a été remise en cause, la preuve du grief ayant été exigée.³¹⁷

Également, s'agissant de l'article 57 du code de procédure pénale, qui prévoit que l'intéressé doit être présent en cas de perquisition ou à défaut désigner un représentant, semble intéresser en lui-même les droits de la défense et la Cour de cassation considérait initialement ce défaut de formalité comme nullité d'ordre public, mais elle l'a finalement transformé en une nullité d'ordre privé avec preuve de grief, ce qui change complètement les conditions de l'action.

Les nullités sont avant tout gouvernées par le juge. Si le législateur crée des nullités textuelles cela n'obligera le juge qu'à veiller à ce que le non-respect de la formalité ne reste pas sans conséquences mais il reste libre de la nature de cette nullité. S'il veut la favoriser il la qualifiera de nullité d'ordre public, mais s'il veut la canaliser il la

³¹³ C. LARONDE-CLÉRAC, « Procédure pénale - La pratique jurisprudentielle des nullités en procédure pénale », *op. cit.*

³¹⁴ *Idem.*

³¹⁵ Cass. crim., 27 sept. 1984, n° 84-93.474, Cass. crim., 17 sept. 1996, n° 96-82.105, Cass. crim., 15 juin 2000, n° 00-81.334.

³¹⁶ Cass. crim., 14 déc. 1999, n° 99-82.855.

³¹⁷ Cass. crim., 7 févr. 2012, n° 11-83.676.

qualifiera de nullité d'ordre privé. Si le législateur peut imposer un cas de nullité, le juge reste totalement libre du régime de ce cas.

Ainsi, une clarification nous semblerait opportune, des critères précis devraient être posés afin de permettre une meilleure lisibilité et stabilité et d'éviter les contradictions énoncées.

Le risque de déconsidération de l'image de la justice en droit canadien. En droit canadien, le recours en exclusion de preuve est une « protection de l'image de la justice »³¹⁸ en ce sens que l'élément de preuve ne sera annulé que s'il est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Cette notion, imprécise et empreinte d'une forte subjectivité, a été explicitée par les juges de la Cour suprême dans l'arrêt Collins³¹⁹ avant que l'arrêt Grant³²⁰ ne vienne remettre en cause cette interprétation en fixant de nouveaux critères d'appréciation. Dans cet arrêt, la Cour suprême a considéré que le tribunal doit mettre en balance l'effet qu'aurait l'utilisation des preuves en question sur la confiance des citoyens envers la justice en tenant compte de : la gravité de la conduite attentatoire de l'État, l'incidence de la violation sur les droits de l'accusé garantis par la Charte et l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond

La prise en compte de la gravité de la conduite attentatoire de l'État était déjà l'un des facteurs posés par l'arrêt Collins. Nous pouvons aisément comprendre que plus la conduite subie par le prévenu est grave, plus la justice est susceptible d'être « déconsidérée » si un élément de preuve découlant de ladite conduite n'est pas exclu. Étant donné que le recours en exclusion de preuve n'est ouvert qu'en cas de violation de la Charte canadienne, la gravité de la conduite aurait pu être présumée suffisante pour être susceptible de déconsidérer la justice.

Les juges de la Cour suprême ont par exemple expliqué que la gravité ne sera pas identique en fonction de l'intentionnalité des policiers : si la violation est délibérée, elle est forcément plus grave et davantage susceptible de déconsidérer l'administration de la justice que s'il s'agit d'une erreur et que le policier a agi de « *bonne foi* ». ³²¹ Donc

³¹⁸ P. HENNION-JACQUET, « La double dénaturation des nullités en matière pénale », op. cit.

³¹⁹ R.c. Collins, [1987] 1 R.C.S. 265.

³²⁰ R. c. Grant, [2009] 2 R.C.S. 353

³²¹ R. c. Grant, [2009] 2 R.C.S. 353 par. 75

la gravité de la pratique n'est pas analysée uniquement de façon objective, en considération des faits d'espèce, mais également de manière subjective, en prenant en compte l'intention de l'auteur de l'irrégularité. Également, la gravité de la violation constitutionnelle dépendra de la mesure qui a été mise en œuvre ainsi que des conditions dans lesquelles celle-ci est intervenue, par exemple une perquisition irrégulière violera de manière particulièrement grave l'article 8 de la Charte si elle a lieu dans une maison d'habitation³²².

S'agissant de l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond, ce critère est contestable puisque la société n'a-t-elle pas toujours un intérêt à ce que l'affaire soit jugée, si l'on considère que l'infraction constitue une atteinte à l'ordre public ?

De plus, cela signifie que plus l'infraction pour laquelle l'individu est poursuivi est grave, plus la société aura intérêt à ce que l'affaire soit jugée, donc le curseur ici n'est plus mis sur l'atteinte en cause mais sur l'individu poursuivi et l'infraction qu'il a commise. D'après cette condition, il serait tout à fait envisageable par exemple que pour une même violation constitutionnelle l'élément de preuve soit exclu si l'infraction est peu grave tandis qu'il serait conservé pour une infraction plus grave, puisque la société n'aurait pas le même intérêt à ce que l'affaire soit jugée dans les deux cas. Cela n'est cependant pas souhaitable puisque si un élément de preuve a été obtenu dans des circonstances semblables d'une affaire à l'autre, la conséquence devrait être la même et l'accent ne devrait pas être mis sur la conduite de l'individu poursuivi.

De plus, les règles encadrant la procédure pénale sont justement élaborées pour fixer des limites aux atteintes étatiques aux libertés individuelles des individus. Adapter les exigences en fonction de l'intérêt à ce que les individus soient jugés peut donc paraître inadapté.

Au Canada comme en France, l'exclusion d'éléments de preuve repose sur une politique jurisprudentielle qui est en constante évolution, le juge dispose ainsi d'un très grand pouvoir dans ce domaine. À la fois le pouvoir de façonner les règles et le régime en la matière, mais également celui d'apprécier si les critères, qu'il a en grande partie lui-même posés, sont respectés. Au-delà de la critique du point de vue du principe de légalité que nous pouvons faire, le plus problématique nous semble être le fait que les règles posées manquent de clarté, ce qui génère inévitablement de l'insécurité

³²² R.c. Silveira, [1995] 2 R.C.S. 297, 367.

juridique. De surcroît, les règles posées et leur interprétation demeurent trop restrictives, engendrant ainsi un phénomène d'impunité puisque de nombreuses irrégularités ne sont pas sanctionnées. Le souci de sauver la procédure afin de permettre que la personne soit jugée ne devrait pas primer sur la nécessité fondamentale que les règles procédurales soient strictement respectées.

Conclusion Titre 1

En droit canadien, le contrôle a priori est bien plus étendu qu'en droit français, notamment en matière d'atteintes à la vie privée puisque, même lorsqu'une mesure peut être mise en place librement par les policiers, il s'agit de mécanismes d'urgence exceptionnels donc le juge de paix doit intervenir au plus vite pour autoriser la mesure, une fois celle-ci commencée. Il n'y a donc pas d'actes qui échappent totalement à son contrôle dans ce domaine – à l'exception des fouilles accessoires. En droit français en revanche, ce contrôle a priori est plus restreint, bien que le champ d'intervention du JLD tende à s'élargir. S'agissant du contrôle intervenant après que les poursuites aient été engagées, il est soumis dans les deux systèmes à des conditions exigeantes. Ainsi, des actes sont susceptibles d'échapper à tout contrôle, particulièrement en droit français où l'autorisation en amont reste limitée.

Titre 2 : Un contrôle de l'enquête insuffisant

L'intensité du contrôle actuel de l'enquête demeure contrastée (*Chapitre 1*), ce qui nous conduira à envisager les perspectives de renforcement d'un tel contrôle (*Chapitre 2*).

Chapitre 1 : l'intensité contrastée du contrôle de l'enquête

Le contrôle de l'enquête ne présente pas la même intensité en fonction du moment où il intervient et le l'organe qui le diligente. Il convient de se questionner sur l'intensité du contrôle opéré en amont et les modalités de sa mise en œuvre (*Section 1*) avant de mettre en exergue les insuffisances du contrôle opéré *a posteriori* dans le cadre du recours en nullité (*Section 2*)

Section 1 : l'autorisation préalable de procéder à une mesure – un contrôle de nécessaire mais pas suffisant

Paragraphe 1 : Juge de l'autorisation ou du contrôle ?

Quelle garantie représente réellement l'intervention du JLD pour autoriser des actes, en termes de contrôle de l'enquête ? S'il a pu être considéré comme étant « *dépourvu de pouvoir d'initiative, devant se contenter d'autoriser et rarement de contrôler, des mesures réclamées* »³²³, qu'en est-il aujourd'hui ?

Les contours de sa mission en tant que juge autorisateur ne sont pas textuellement définis par le Code de procédure pénale.³²⁴

Il est vrai que son rôle est avant tout celui d'autoriser, mais le Code de procédure pénale prévoit que les mesures qu'il autorise sont conduites sous son contrôle, en matière de perquisitions³²⁵, de géolocalisation³²⁶ ou de sonorisations, par exemple³²⁷.

Mais quelle est la nature de ce contrôle ? La loi impose par exemple au procureur de

³²³ B. DE LAMY, « Le juge des libertés et de la détention : un trompe-l'œil ? », *Droit Pénal*, 2007, Étude 1.

³²⁴ A-L. BERGÈRE, « Le juge des libertés et de la détention, entre indépendance statutaire et dépendances matérielles », *AJ pénal*, 2019, n°3, p. 120.

³²⁵ Art. 76 C. pr. pén.

³²⁶ Art. 230-7 C. pr. pén.

³²⁷ Art. 706-102-4 C. pr. pén.

rendre compte du déroulé d'une mesure d'écoute téléphonique au JLD l'ayant préalablement autorisée³²⁸, or cette transmission d'information n'est imposée qu'à l'issue de la mesure³²⁹, et non au cours de celle-ci, ce qui amoindrit grandement sa nécessité puisque le JLD n'a pas vraiment de droit de regard sur la procédure qu'il autorise. De plus, s'agissant de la majorité des mesures d'enquête qu'il autorise, le JLD ne peut pas, une fois la mesure autorisée, ordonner sa cessation s'il estime que cette dernière n'est plus nécessaire à l'enquête ou qu'elle s'effectue hors du cadre qu'il avait autorisé.

Pourtant, il pourrait être pertinent de renforcer le rôle du JLD et c'est ce à quoi semble inviter le Conseil constitutionnel au vu de sa décision du 21 mars 2019, afin que ce dernier ne se contente pas d'autoriser des mesures mais qu'il puisse veiller à leur bon déroulé. Dans une telle logique, il serait opportun qu'il puisse ordonner la cessation de l'opération si celle-ci ne lui semble plus utile ou qu'elle se déroule hors du cadre qui avait été autorisé, comme c'est d'ailleurs déjà le cas s'agissant des techniques spéciales d'enquête.³³⁰ Certains considèrent qu'il faudrait aller, dans une telle hypothèse, jusqu'à lui octroyer le pouvoir d'annuler l'acte en question, en retirant les éléments probants du dossier³³¹. Comme expliqué précédemment, nous pensons que la possibilité d'annuler des pièces du dossier devrait continuer à s'exercer exclusivement dans le cadre du recours en nullité. Car même si une telle hypothèse peut sembler séduisante, la question de l'articulation du pouvoir d'annulation du JLD avec celui du juge des nullités demeure complexe et non résolue. De plus, il ne nous semble pas que l'institution du JLD dispose, pour l'instant, de moyens financiers et humains lui permettant d'effectuer un tel contrôle et le risque serait de développer une sorte de recours en nullité « au rabais ». Enfin, si le JLD disposait déjà du pouvoir d'ordonner la cessation d'une mesure au motif que celle-ci a dépassé le cadre qui était autorisé, cela pourrait figurer au dossier de procédure et le juge des nullités pourrait, ensuite, tout à fait annuler les éléments de preuve en question s'il estime qu'ils ont été octroyés en violation des formalités prescrites par la loi. D'ailleurs, le Code de

³²⁸ Art. 74-2 C. pr. pén.

³²⁹ Cass. Crim. 23 mai 2006, n° 06-83.241.

³³⁰ Art. 706-95-14 C. pr. pén : « *Ces techniques spéciales d'enquête se déroulent sous l'autorité et le contrôle du magistrat qui les a autorisées. Ce magistrat peut ordonner à tout moment leur interruption.* »

³³¹ P. LE MONNIER DE GOUVILLE « La mutation du juge des libertés et de la détention », *AJ pénal*, 2019, n° 23, p.131.

procédure pénale prévoit parfois que le dépassement de ce cadre constitue une nullité textuelle³³².

Paragraphe 2 : Les conditions de délivrance de l'autorisation

Que vérifie concrètement le juge du siège afin de décider d'autoriser ou non une mesure au cours de l'enquête ?

Les éléments qui devront être analysés par le JP canadien pour décider si le mandat doit ou non être délivré varient en fonction de la mesure requise. Ainsi, s'agissant d'une perquisition par exemple, le JP devra s'assurer qu'il existe des motifs raisonnables de penser que l'individu a commis une infraction et que les policiers découvriront chez le mis en cause un élément qui permettra de prouver que ladite infraction a été commise, ou que la mesure permettra de découvrir une chose à l'égard de laquelle une infraction a été commise, ou une chose destinée à servir à la perpétuation d'une infraction, ou encore un bien infractionnel.³³³ Quant aux interceptions de communication, le Code criminel exige que le juge de paix vérifie d'une part la nécessité de la mesure et d'autre part que celle-ci servira au mieux l'administration de la justice pour qu'il l'autorise.³³⁴ Cette exigence de nécessité est entendue relativement strictement puisque le demandeur doit établir dans l'affidavit qu'il n'existe en l'espèce « *aucune autre méthode d'enquête raisonnable* »³³⁵ qui permettrait de récolter les éléments de preuve recherchés, et donc il doit démontrer en quoi ces autres méthodes ne seraient pas adaptées. La Cour a précisé que cette norme de nécessité ne doit pas être dénaturée en une « *norme de l'efficacité* »³³⁶. Quant au critère selon lequel la mesure doit servir l'administration de la justice, la Cour suprême considère qu'il s'agit de l'exigence de motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction a été commise.³³⁷

³³² Art 706-95-3 C. pr. pén. prévoit que : « *Les opérations mentionnées aux articles 706-95-1 et 706-95-2 sont effectuées sous l'autorité et le contrôle du magistrat qui les a autorisées et ne peuvent, à peine de nullité, avoir un autre objet que la recherche et la constatation des infractions visées dans la décision de ce magistrat.* »

³³³ Art 487 (1) C. cr. ; V. sur ce point Hunter c. Southam Inc., [1984] 2 R.C.S. 145, par. 168

³³⁴ Art. 186 (1)b) C. crim. (Vérifier que l'article pose bien cette double condition)

³³⁵ R. c. Araujo, [2000] 2 R.C.S. 992.

³³⁶ *Idem.*

³³⁷ R.c. Duarte, [1990] 1 R.C.S. 30, 45 ; R.c. Araujo, [2000] 2 R.C.S. 992, par. 20. Il s'agit de l'exigence constitutionnelle de motifs raisonnables de croire découlant de l'article 8 de la Charte, tel que prévu dans l'arrêt R.c. Hunter c. Southam Inc., [1984] 2 R.C.S. 145.

Donc souvent le JP devra prouver des motifs raisonnables de croire, cette notion n'est pas définie par la loi mais ses contours ont été fixés par la jurisprudence, bien qu'ils ne soient pas très précis. Par exemple, de simples soupçons ne suffisent pas, ni une information fournie par une seule personne anonyme. En revanche, les déclarations de plusieurs personnes anonymes peuvent constituer de tels motifs.³³⁸ Ces motifs raisonnables de croire sont relativement similaires à l'indice apparent qui est exigé par la Chambre criminelle pour ouvrir une enquête de flagrance.

Les exigences pesant sur le poursuivant canadien. L'agent de la paix devra exposer au JP les éléments justifiant la délivrance du mandat en prouvant qu'il existe des motifs qui lui permettent raisonnablement de croire que la mesure est justifiée et ce grâce à une dénonciation³³⁹, qui correspond à un acte de mise en accusation. Le poursuivant doit par exemple décrire précisément l'infraction pour laquelle le mandat est requis³⁴⁰, ainsi que des éléments quant à la mesure projetée, tels que, en matière de perquisition, l'endroit où elle doit s'effectuer et les choses qu'ils espèrent y trouver³⁴¹ ou encore en matière d'interception de communications, « *le genre de communications privées qu'on se propose d'intercepter, tout renseignement connu relativement aux personnes dont on veut intercepter les communications, une description générale des lieux de l'interception et une description générale de la façon dont on se propose de procéder à ladite interception.* »³⁴²

Le juge se fondera sur ces éléments contenus dans la dénonciation pour apprécier la nécessité d'autoriser la mesure, donc le bien-fondé de sa décision dépendra en partie de la véracité des éléments contenus dans cette dénonciation. C'est pour cette raison que la jurisprudence a consacré une « *obligation juridique d'exposer de manière complète et sincère les faits considérés* »³⁴³ qui pèse sur le dénonciateur. Contrevient par exemple à cette obligation le fait pour le dénonciateur de trier les informations en ne faisant part dans la dénonciation que des éléments favorables à sa

³³⁸ Kami-Mark (Marketing) Inc. c. Québec (sous-ministre du Revenu), [1997] J.Q. no 2279 (C.A.)

³³⁹ Art 504 C.cr

³⁴⁰ R.c. Grant (1999), 130 C.C.C. (3rd) 53, par. 12 et 21 (C.A.M.).

³⁴¹ T. DESJARDINS et M. VAUCLAIR, *Traité général de preuve et de procédure pénales, op. cit.*

³⁴² Art. 185(1.1) C. crim.

³⁴³ R. c. Araujo, [2000] 2 R.C.S. 992, par 46

demande tout en occultant des éléments qui seraient défavorables, ou encore d'alléguer de fausses affirmations.³⁴⁴

Le critère des « nécessités de l'enquête » en droit français. En droit français, la loi prévoit que le JLD autorisera la mesure si « *les nécessités de l'enquête l'exigent* »³⁴⁵. Ce critère est très peu précis et le législateur n'indique pas dans quel cas ces mesures peuvent être considérées comme étant nécessaires. On peut en effet considérer que ces mesures seront toujours nécessaires à l'enquête, dans le sens où elles permettront forcément de maximiser les chances d'obtenir des éléments de preuve. Il n'a pas, comme le JP dans certains cas, besoin de démontrer en quoi cette mesure est nécessaire en raison de l'insuffisance des autres mesures.

Nous pouvons donc constater que l'autorisation en droit canadien est subordonnée, *a minima*, à des motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction a été commise et que la mesure permettra l'obtention d'éléments de preuve, ainsi que dans certains cas, à une condition de nécessité plus stricte comme c'est le cas en matière d'interception de communications. Surtout, le contrôle opéré par le juge de paix se doit d'être rigoureux puisque le bien-fondé de sa décision est ensuite susceptible d'être contesté, dans le cadre d'un recours en révision. En droit français en revanche, une telle contestation de la décision d'autorisation d'une mesure d'enquête n'est pas possible, et le critère que doit apprécier le JLD pour autoriser les mesures s'avère moins exigeant qu'en droit canadien. Il s'agit davantage, pour l'instant, d'une autorisation formelle, d'un contrôle de faible intensité. Le droit canadien s'avère inspirant de ce point de vue et il serait pertinent de pouvoir contester la décision rendue par le JLD dans le cadre du recours en nullité, afin que soit opéré un contrôle effectif de l'opportunité d'avoir procédé à certaines mesures.

En ce sens, le fait que le JLD doive motiver sa décision en fait et en droit, et qu'il ne puisse plus se contenter de reprendre la motivation figurant dans la requête du procureur³⁴⁶ est un point positif, qui devrait permettre de contrôler l'opportunité de la décision d'autorisation des mesures.

³⁴⁴ R. c. Morelli, [2010] 1 R.C.S. 253, par 58

³⁴⁵ Art. 76, 706-89, 706-90 et 706-95 C. pr pén.

³⁴⁶ Cass. crim. 23 nov. 2016, n°15-83.649 et n°16-81.904 ; J.B. THIERRY, « De l'importance de la motivation : à propos des décisions du 23 novembre 2016 », *op. cit.*

Un contrôle nécessaire mais pas suffisant. Ce contrôle est nécessaire car il permet de limiter les abus, mais pas suffisant puisqu'il ne garantit pas que la mesure sera effectuée dans les règles ni qu'elle était effectivement nécessaire. En effet, cette procédure a lieu ex parte et le débat devant le juge du siège n'est pas contradictoire, le prévenu n'est pas présent et ne peut pas contredire les éléments mis en avant par le poursuivant pour justifier de la nécessité de la mesure. Dès lors, les cas de refus d'autorisation d'une mesure sont relativement rares.

Section 2 : les insuffisances du contrôle a posteriori – les conséquences limitées de l'annulation d'un acte

Au-delà des insuffisances déjà soulignées du recours en nullité, liées au fait que les conditions de recevabilité et d'examen d'un tel recours sont relativement strictes, nous allons ici traiter des insuffisances du mécanisme résultant des conséquences limitées de l'annulation d'un acte.

En effet, lorsqu'un acte est annulé, à quels actes subséquents s'étend l'annulation ? Autrement dit, à quel point des éléments de preuves obtenus postérieurement à la violation pourront être exclus de la procédure ? Dans quelle mesure la nullité par contagion est-elle admise ?

À cet égard, l'article 174 du Code de procédure pénale prévoit que « *la Chambre de l'instruction décide si l'annulation doit être limitée à tout ou partie des actes ou pièces de la procédure viciée ou s'étendre à tout ou partie de la procédure ultérieure* », donc comme en droit canadien l'étude de ce lien repose sur l'appréciation souveraine des juges, sans que des règles précises ne soient posées par le législateur. En vertu d'une jurisprudence établie, les actes postérieurs à l'acte irrégulier ne seront annulés que s'ils trouvent dans l'acte irrégulier leur « support nécessaire »³⁴⁷.

Pour cerner les contours de cette notion de « support nécessaire » il convient d'analyser la jurisprudence puisqu'aucune définition n'en a été donnée.

³⁴⁷ V. par ex. Cass. crim., 23 juin 1999, n° 99-82.186; Cass. crim., 15 oct. 2003, n° 03-82.683; Cass.crim., 10 déc. 2003, n° 03-83.344

Cette notion implique nécessairement que les actes antérieurs à l'acte annulé ne pourront pas être affectés par l'irrégularité de l'acte en question, puisqu'on ne pourrait en aucun cas justifier qu'ils trouvent leur support dans un acte qui n'est pas encore survenu. Elle implique également de vérifier, dans chaque cas, qu'il existe un lien entre l'irrégularité et l'élément de preuve. Par exemple, l'irrégularité d'une garde-à-vue ne saurait affecter le témoignage d'un témoin ou d'une victime, même si ces témoignages sont recueillis au cours de la garde-à-vue en question, puisque l'information aurait été recueillie indépendamment de l'irrégularité commise et elle n'a pas pour support la garde-à-vue irrégulière.³⁴⁸ En revanche, l'irrégularité d'une retranscription de conversation électronique entre un avocat et son client ayant permis de localiser ce dernier, entache de nullité le placement en garde-à-vue et les auditions dudit client, puisque ces actes ont pour support nécessaire la conversation électronique, ils découlent de celle-ci.³⁴⁹

Il existe des cas plus complexes, notamment lorsqu'une mesure d'enquête est mise en œuvre de manière concomitante à une autre mesure d'enquête qui est irrégulière ; par exemple lorsqu'un individu est placé en garde-à-vue sans que ses droits ne lui soient notifiés, et que les enquêteurs décident dans le même temps de perquisitionner son domicile. Dans un tel cas, l'annulation de la garde-à-vue peut-elle entacher de nullité la perquisition qui s'est déroulée dans le même temps ? La question est de savoir si une telle perquisition trouve son support nécessaire dans la garde-à-vue irrégulière.

De manière générale, la Cour de cassation refuse de voir en une garde-à-vue irrégulière le support nécessaire de toute forme de recherche intrusive (fouille ou perquisition)³⁵⁰. La notion de support nécessaire est appréciée de façon stricte, c'est-à-dire que l'acte subséquent ne pourra être annulé que s'il n'aurait pas pu avoir lieu sans la mesure irrégulière, s'il y trouve son support exclusif.

Cette interprétation est le fruit d'une tendance jurisprudentielle qui consiste à sauver habituellement l'acte de procédure « le faisant échapper à la nullité, et même lorsque la nullité est prononcée, elle tend à en limiter les effets. »³⁵¹ C'est ainsi que si une

³⁴⁸ Cass. crim. 29 fév. 2000, n°99-84899

³⁴⁹ Cass. crim., 17 sept. 2008, n°08-85229

³⁵⁰ P. DELAGE, « La sanction des nullités de la garde à vue : de la sanction juridictionnelle à la "sanction parquetière" », *op. cit.*

³⁵¹ C. LARONDE-CLÉRAC, « La pratique jurisprudentielle des nullités en procédure pénale », *op. cit.*

personne fait l'objet d'une garde-à-vue irrégulière et qu'elle obtient l'annulation des procès-verbaux d'audition, cela n'affectera pas le procès-verbal d'interrogatoire de première comparution³⁵² ni le procès-verbal de comparution immédiate³⁵³ si ceux-ci sont fondés sur d'autres éléments de preuve obtenus lors de l'enquête ; ou encore qu'une personne subissant un contrôle d'identité irrégulier peut être poursuivie pour un outrage survenu au cours de ce contrôle d'identité³⁵⁴. Pourtant, dans un tel cas, comment déconnecter la violation subie par le prévenu lors du contrôle d'identité, de l'acte par lequel des poursuites vont être mises en œuvre contre celui-ci pour un outrage survenu au cours du même contrôle ? La position jurisprudentielle actuelle considère qu'en l'espèce, l'outrage aurait eu lieu, indépendamment du respect des formalités prescrites s'agissant du contrôle d'identité. Donc au-delà de prouver que l'acte a pour support un acte irrégulier, c'est un lien de cause à effet qui semble être recherché. Il ne s'agit pas non plus d'une appréciation globale du contexte permettant de conclure que l'élément probant a été obtenu au cours d'une procédure irrégulière, contrairement à ce que nous venons de voir s'agissant du cas canadien.

En droit français, même lorsque la nullité est prononcée ses effets sont cantonnés dans le but de sauver la procédure. Des règles pourtant centrales peuvent donc être violées par les enquêteurs sans que cela ne bouleverse trop la procédure.

En matière de garde-à-vue irrégulière il existe une autre limitation importante de la nullité : la jurisprudence considère que la situation peut être régularisée, c'est-à-dire qu'en cas de défaut de notification de ses droits au prévenu, seules doivent être annulées les déclarations qu'il a pu faire durant cette période, mais si ses droits lui sont notifiés avec du retard, les déclarations qu'il pourrait faire une fois les droits notifiés demeurent valables³⁵⁵. Par contre, une telle régularisation n'est pas possible en cas de défaut d'information au procureur de la république. La nullité peut donc être partielle ou totale.³⁵⁶

³⁵² Cass. crim., 10 oct. 2012, n° 12-84.933.

³⁵³ Cass. crim., 16 mai 2012, n° 11-85.874.

³⁵⁴ Cass. crim., 1^{er} sept. 2004, n° 04-80362.

³⁵⁵ V. par exemple Cass. crim. 22 juin 2000, Bull. crim. n°242.

³⁵⁶ P. DELAGE, « La sanction des nullités de la garde à vue : de la sanction juridictionnelle à la "sanction parquetière" », *op. cit.*

Ces limitations nous paraissent problématiques. Il nous semble qu'une appréciation contextuelle serait plus opportune, de sorte que les actes survenus au cours d'une procédure irrégulière ne puissent pas être pris en compte s'ils découlent de l'irrégularité commise, même si l'acte irrégulier n'en est pas le support exclusif.

En droit canadien, cette question se pose sous un autre prisme : pour déterminer si la condition de violation d'un droit constitutionnel est remplie, le juge doit vérifier l'ampleur du lien de causalité entre l'obtention de la preuve et la violation du droit constitutionnel, afin de déterminer si la preuve a réellement été obtenue dans un contexte de violation d'un droit constitutionnel. La question de l'intensité du lien exigé a fait l'objet de débat jurisprudentiels sur la question de savoir si la violation doit, ou non, être la cause directe de l'obtention de l'élément de preuve. La Cour suprême a considéré que la preuve d'un tel lien de causalité n'est pas nécessaire, mais qu'il s'agit plutôt de démontrer que la preuve a été recueillie « *dans des conditions qui portent atteinte aux droits du prévenu garantis par la Charte.* »³⁵⁷ Une preuve qui découle d'une autre preuve qui elle-même avait été obtenue en violation d'un droit constitutionnel pourra par exemple satisfaire ce critère. Cependant, le lien doit quand même être plus que « faible » ou « ténu ».³⁵⁸

La distension de ce lien peut donner lieu à des situations complexes dans lesquelles il est délicat de savoir si le lien demeure ou s'il est rompu. Par exemple, quid du cas où une perquisition ou fouille abusive permet d'obtenir un élément de preuve, lequel est utilisé par les policiers dans une dénonciation visant à demander au JP un mandat pour un autre acte d'enquête. Dans ce cas, la question se pose de savoir si la mesure subséquente à la première fouille ou perquisition abusive doit, elle aussi, être considérée comme étant abusive ou pas, et si les nouvelles preuves qui pourront être récoltées à cette occasion doivent être exclues. Dans un tel cas, la condition selon laquelle un droit constitutionnel doit avoir été violé est-elle remplie, alors même que la seconde mesure aurait lieu à la suite de l'obtention d'un mandat qui a pu être délivré en prenant en compte d'autres éléments que la preuve illicite ? Le juge doit apprécier factuellement si la preuve a été obtenue « *dans des conditions qui portaient atteinte à une garantie* ». Il s'agit d'une appréciation globale, au vu de tous les facteurs

³⁵⁷ R.c. Strachan, [1988] 2 R.C.S. 980, 1003-1006.

³⁵⁸ R.c. Mack [2014] 3 R.C.S. 3, par.38 ; R.c. Wittwer, [2008] 2 R.C.S. 235, par. 21.

pertinents. Pour ce faire, il doit notamment apprécier si le JP dans ce cas disposait d'autres éléments qui auraient suffi, à eux seuls et en faisant abstraction des éléments irréguliers, à délivrer le mandat.³⁵⁹ Mais même s'il conclut que le JP disposait de suffisamment d'autres éléments pour délivrer le mandat, cela ne l'empêche pas de considérer que l'élément de preuve découlant de la seconde mesure a été obtenu dans des conditions qui portaient atteinte à une garantie prévue par la Charte. À défaut de lien de cause à effet, un lien temporel peut suffire. Ainsi, par exemple, l'importance de la mesure irrégulière dans la décision d'accorder un mandat est un indice permettant d'apprécier le lien causal mais n'est pas un élément à lui seul concluant.

Par exemple, dans l'arrêt Flintoff,³⁶⁰ le lien a été jugé suffisant « *dans le cas où une personne arrêtée pour conduite avec facultés affaiblies avait, en vertu de la politique en vigueur au poste de police, été soumise à une fouille à nu avant l'obtention d'un échantillon d'haleine dont on demandait l'exclusion du résultat* »³⁶¹. Dans un tel cas, l'échantillon d'haleine ne découlait pas directement de la fouille à nu irrégulière, mais pour autant les juges ont considéré que cet élément avait été obtenu dans un contexte global de violation de la charte. Même des éléments de preuve obtenus antérieurement à la violation ont pu être exclus. Il s'agit donc d'une appréciation globale, contextuelle, à l'inverse de l'appréciation opérée sur la base du « support nécessaire » en droit français.

L'intensité du contrôle de l'enquête peut s'avérer décevante à certains égards. Dès lors, une juridictionnalisation poussée de l'enquête pourrait-elle être la solution ?

³⁵⁹ R.c. Garofoli, (1990), 2 RCS 1421 ; R.c. Morelli, (2010), 1 RCS 253.

³⁶⁰ R.c. Flintoff (1998), 126 C.C.C. (3d) 321 (C.A.O.)

³⁶¹ P. BÉLIVEAU et M. VAUCLAIR, Traité général de preuve et de procédure pénales, *op. cit.*, p 317-318.

Chapitre 2 : quelle juridictionnalisation de l'enquête française ?

Deux systèmes sont ici envisageables : la soumission de l'enquête à un juge actif et inquisiteur qui participe à la manifestation de la vérité, cumulant ainsi les fonctions d'instruction et de contrôle de l'enquête et donc nécessairement moins impartial, ou à l'inverse à un juge du contrôle qui ne participe pas à la manifestation de la vérité, selon un modèle plus accusatoire³⁶². Cette seconde option correspond au modèle canadien mais aussi à l'actuel modèle français en matière d'enquête, tandis que la première option correspond à l'actuelle phase d'instruction en droit français. La suppression de cette phase semble programmée, ce qui conduirait donc à instaurer un cadre unique d'enquête. Nous analyserons brièvement les implications que cela aurait (*Section 1*) avant de nous questionner sur les possibilités d'injecter plus de contrôle juridictionnel au stade de l'enquête, sans toutefois supprimer la phase d'instruction (*Section 2*).

Section 1 : L'instauration controversée d'un cadre unique d'enquête

En doctrine, nombreux sont les auteurs à se positionner en faveur de l'instauration d'un cadre unique d'enquête, et donc de la suppression de la phase d'instruction. Cette idée n'est pas nouvelle, elle a déjà été mise en avant par H. Donnedieu de Vabres³⁶³, puis par la commission Justice pénale et droits de l'Homme présidée par Mme la Professeure M. Delmas-Marty³⁶⁴, et à nouveau proposée dans le cadre de l'avant-projet de réforme du Code de procédure pénale, rédigé à la suite du rapport du comité Léger.

Beaucoup considèrent que les missions du juge d'instruction pourraient aujourd'hui être exercées par les OPJ qui disposent de pouvoirs semblables s'agissant de certaines infractions. De plus, il est très rarement saisi en matière délictuelle, et également critiqué en raison du fait qu'il cumule des fonctions d'investigation et juridictionnelles. Nous l'avons vu, diverses lois sont intervenues pour limiter l'accès à cette phase.

³⁶² H. MATSOPOULOU, « Quelle étendue pour la juridictionnalisation ? » *in* La juridictionnalisation de l'enquête, *op. cit.*, p. 69.

³⁶³ H. DONNEDIEU DE VABRES, « La réforme de l'instruction préparatoire », *RSC*, 1949, p. 499.

³⁶⁴ DELMAS-MARTY M. (sous la dir. de), La mise en état des affaires pénales, Commission Justice pénale et Droits de l'Homme), La documentation française, 1991, 225 p.

En ce sens, l'avant-projet de réforme du futur Code de procédure pénale a proposé une confusion des phases d'enquête et d'instruction, pour une seule enquête judiciaire pénale. Il y était prévu que le ministère public conserve à la fois ses pouvoirs de direction d'enquête – donc même s'agissant des infractions les plus graves qui sont aujourd'hui confiées au juge d'instruction – mais aussi le pouvoir contrôler le déroulé de certaines mesures telles que la garde-à-vue, ainsi que celui de décider des suites de l'enquête. Il restait donc l'acteur prédominant dans la phase enquête.

Seraient également instauré des « juridictions du contrôle de l'enquête judiciaire pénale »³⁶⁵ avec un juge de l'enquête et des libertés (JEL) ainsi qu'un tribunal de l'enquête et des libertés au premier degré, et une Chambre de l'enquête et des libertés au second degré, laquelle aurait des prérogatives similaires à celles de la Chambre de l'instruction.

Le JEL aurait à la fois le rôle de recours contre certaines décisions du procureur, comme par exemple la décision de déclenchement des poursuites ou de classement sans suite, mais aussi s'agissant du refus ou de l'inertie du parquet en matière de demandes d'acte formulées par les parties. Également, lui étaient reconnues les prérogatives actuellement reconnues au JLD en matière d'autorisation des mesures les plus attentatoires aux libertés, ainsi qu'en matière de placement en détention provisoire ou sous contrôle judiciaire. Il serait aussi chargé d'assurer le principe du contradictoire tout au long de l'enquête. Son statut serait similaire à celui du juge d'instruction, mais pour autant, « *cela ne saurait suffire à garantir un contrôle efficace de l'enquête conduite par le parquet* »³⁶⁶, lequel disposerait, tout de même, de l'essentiel des prérogatives actuelles du juge d'instruction.

En effet, un tel contrôle serait probablement moins effectif que celui qui est opéré au cours de l'instruction, puisque le JEL cumulerait de nombreuses fonctions différentes et le risque existe qu'il ne dispose pas des moyens suffisants pour toutes les mener à bien. L'exemple de l'Allemagne peut à cet égard s'avérer pertinent puisque la procédure l'instruction a justement été supprimée pour instaurer un « juge de l'enquête ». Le contrôle opéré par ces juges s'avère insatisfaisant puisqu'ils « *ne*

³⁶⁵ Avant-projet du futur code de procédure pénale, version du 1er mars 2010.

³⁶⁶ MALABAT V., « L'avant-projet du futur code de procédure pénale : refonte, simplification ou confusion des phases de la procédure pénale ? », *AJ pénal*, n°4, p.162.

*disposent généralement que d'un temps limité pour exercer cette fonction » et « qu'ils sont souvent débordés en raison des autres charges qu'ils continuent d'assumer ».*³⁶⁷

S'il existe aujourd'hui une volonté de supprimer l'instruction, elle trouve son origine dans un souci de restriction budgétaire, il s'agirait de faire des économies. Or, mener les investigations à plus bas coût implique forcément un amoindrissement des garanties. Le risque également est que, sous cette configuration, le procureur qui verrait accroître son champ d'intervention ne puisse pas réellement diriger l'enquête, il serait davantage un « *contrôleur des enquêtes menées par des OPJ* » qu'un directeur d'enquête.³⁶⁸ Donc les crimes, pour l'instant instruits par un juge d'instruction indépendant, seraient désormais instruits par des OPJ. C'est de cette manière que les enquêtes sont menées au Canada, où les policiers ont la charge de l'enquête et ne sont pas dirigés par le ministère public, ils « *effectuent en quelque sorte une instruction non judiciaire* »³⁶⁹. Or, il est forcément préférable de confier les investigations à un juge plutôt qu'à un procureur et a fortiori, plutôt qu'aux forces de police.

Il nous semble qu'une telle juridictionnalisation de l'enquête irait forcément dans le sens de la consécration de pouvoirs plus larges aux enquêteurs et au MP, sous prétexte que les actes qu'ils mettraient en place feraient l'objet d'un plus grand contrôle. Tel que l'analyse la Professeure Le Monnier de Gouville, « *derrière le truisme d'un contrôle de l'autorité judiciaire se cache souvent l'opportunité pour le législateur d'introduire de nouvelles mesures coercitives. Le juge du siège sert ainsi d'atout processuel, permettant en théorie de combler une 'carence judiciaire' pour mieux repousser les limites de la coercition (...) hier au service des libertés, le juge deviendrait caution de la coercition* ».³⁷⁰ Or à une époque où la discordance entre les pouvoirs et le statut de cet acteur est décriée, lui accorder davantage de pouvoir ne nous paraît pas opportun.

³⁶⁷ S. GLEB, J. LEBLOIS-HAPPE, C. MAURO, F. MESSNER et V. MURSCHEZ, « Regards de droit comparé sur la phase préparatoire du procès », *in* La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale *opinio doctorum*, *op. cit.*, p. 203.

³⁶⁸ MALABAT V., « L'avant-projet du futur code de procédure pénale : refonte, simplification ou confusion des phases de la procédure pénale ? », *op. cit.*

³⁶⁹ P. BÉLIVEAU et J. PRADEL, La justice pénale dans les droits canadien et français : étude comparée d'un système accusatoire et d'un système inquisitoire, *op. cit.*, p.518.

³⁷⁰ P. LE MONNIER DE GOUVILLE, « La mutation du juge des libertés et de la détention », *op. cit.*

C'est pourquoi, il nous semble que l'instruction devrait être conservée puisque même si elle concerne peu d'affaires en termes de proportion, il s'agit des affaires les plus complexes et graves.

Le projet de loi relatif au Parquet européen s'inscrit précisément dans cette logique de suppression de l'instruction. Il reconnaît ainsi aux procureurs européens délégués des fonctions d'instruction ainsi que le pouvoir de rendre des décisions de nature juridictionnelles lors de la clôture de l'information. Ce projet de loi constitue donc, bien qu'à une échelle relativement restreinte, une consécration de l'avant-projet de réforme du Code de procédure pénale. Même si le juge de l'enquête n'est pas institué, Le JLD y jouerait un rôle relativement semblable puisqu'il serait compétent s'agissant des recours mis en œuvre contre certaines des décisions prises par le procureur européen délégué. Si ce projet devait aboutir, il constituerait très probablement un pas de plus vers la suppression de la phase d'instruction.

Section 2 : Les perspectives d'injection de contrôle dans le cadre de l'enquête pénale actuelle

Sans supprimer la phase d'instruction et en conservant les acteurs actuels, comment parvenir à un contrôle plus effectif de l'enquête pénale, au vu des insuffisances qui ont été soulevées ? Il s'agit là d'un « *jeu de mécanique processuelle qu'il convient de résoudre, en réfléchissant au positionnement institutionnel – et au contrôle – de trois acteurs : procureur, juge d'instruction, juge des libertés et de la détention.* »³⁷¹

Plutôt que de chercher à créer de nouveaux mécanismes de contrôle, il semble plus judicieux de renforcer ceux qui existent déjà, à savoir le contrôle opéré par le JLD en amont, et celui opéré a posteriori dans le cadre du recours en nullité. Comme nous l'avons vu, il nous semble que le champ d'intervention du JLD devrait être élargi, afin qu'il se prononce pour autoriser davantage de mesures attentatoires aux libertés, sans toutefois que cette intervention ne continue de servir « *d'alibi qui permet de légitimer un cadre d'enquête beaucoup plus attentatoire aux libertés et qui équivaut quasiment*

³⁷¹ P. LE MONNIER DE GOUVILLE « La mutation du juge des libertés et de la détention », *op. cit.*

à un cadre l'instruction »³⁷². De plus, il devrait avoir un accès renforcé au dossier de procédure, afin qu'il puisse effectuer un réel contrôle en connaissance de cause.

Certains considèrent qu'un juge autorisateur ne participant pas activement à l'enquête n'est pas vraiment en mesure d'apprécier la nécessité d'autoriser les actes soumis à son autorisation, de « faire face » au procureur³⁷³. Pour autant, un juste milieu peut sans doute être trouvé et le JLD peut tout à fait avoir accès au dossier et être en mesure d'apprécier pleinement si les conditions sont ou non réunies pour autoriser une mesure, sans toutefois disposer de pouvoirs d'enquêteur. Un juge du contrôle ne participant pas aux investigations nous semble garantir de manière plus effective la protection des intérêts du mis en cause puisque son impartialité est forcément renforcée.

Le contrôle de certains moments clés pourrait également être envisagé. Il en va ainsi notamment de la clôture de l'enquête, et plus particulièrement de la décision de poursuite prise par le procureur de la République. La loi du 3 juin 2016³⁷⁴ a instauré une phase contradictoire à la fin de l'enquête, sur le modèle de la phase contradictoire qui existe lors de la clôture de l'instruction³⁷⁵. Celle-ci permet à la personne mise en cause de demander à consulter le dossier de procédure et formuler des observations ainsi que des demandes d'acte³⁷⁶. Or, les décisions de refus de demande d'acte du mis en cause ainsi que les décisions de déclenchement de l'action publique sont toujours insusceptibles de recours, à l'inverse de ce qui existe au stade de l'instruction. Nous l'avons vu, de tels recours avaient été envisagés par l'avant-projet de réforme du Code de procédure pénale et le potentiel juge de l'enquête pourrait justement avoir ce rôle. Mais l'instauration de tels recours n'est-elle pas envisageable sans pour autant que la procédure d'instruction ne soit supprimée ? La question se pose de savoir devant quel acteur le recours pourrait-il s'exercer. Un contrôle du JLD pourrait être envisageable mais cela poserait un problème d'impartialité si ce dernier s'est déjà prononcé en amont pour autoriser une mesure ou la contrôler. Ceci étant, le potentiel

³⁷² Y. CAPDEPON, « Quelle place pour le suspect ? » in La juridictionnalisation de l'enquête : actes du colloque organisé le 30 avril 2014, *op. cit.*

³⁷³ H. MATSOPOULOU, « La coordination enquête policière et « nouvelle » instruction », in La réforme du CP et du CPP, *op. cit.*

³⁷⁴ 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.

³⁷⁵ Art. 175 C. pr. pén.

³⁷⁶ Art. 77-2 du C. pr. pén.

futur juge de l'enquête pourrait faire l'objet des mêmes critiques puisqu'il aurait aussi à autoriser les mesures actuellement autorisées par le JLD. Un contrôle par la Chambre de l'instruction pourrait être envisageable.

Conclusion générale

Les prérogatives des magistrats du parquet français, acteurs centraux de la procédure pénale actuelle, ne cessent de s'étendre, malgré le fait qu'ils ne soient ni indépendants ni impartiaux. Si leur indépendance devait être consacrée, il ne faudrait pas que la question de leur impartialité, résultant du cumul de fonctions d'investigation et de poursuite, soit éclipsée. Ainsi, que leur indépendance soit ou non consacrée, il conviendrait de limiter leurs prérogatives, notamment en termes de contrôle de la régularité de l'enquête et d'autorisation de certaines mesures. Le JLD ainsi que le JP, intervenant en tant que garants des libertés individuelles, sont des acteurs neutres, extérieurs à la recherche de la vérité, et semblent dès lors plus à même d'opérer un contrôle impartial.

Si la jurisprudence de la Cour EDH et du Conseil constitutionnel n'exige pas directement une juridictionnalisation poussée de l'enquête, plusieurs éléments semblent ouvrir une telle voie.

En ce sens, l'instauration d'un Parquet européen implique un renforcement de l'indépendance des futurs procureurs européens délégués et à terme, il est probable que l'indépendance des parquetiers nationaux soit également consacrée, ce qui risque d'assoir la légitimité du procureur et ainsi lui permettre d'accéder à une place encore plus centrale dans la phase d'enquête. Également, ces procureurs européens délégués disposeraient de fonctions similaires à celles du juge d'instruction, leur intégration constituerait donc un pas de plus vers la suppression de l'instruction.

Par ailleurs, le Conseil constitutionnel semble inviter le législateur à l'instauration de recours juridictionnels au stade de l'enquête, bien que cette exigence demeure pour l'instant limitée à des cas spécifiques et qu'il semble peu probable qu'elle s'étende à des domaines plus significatifs de l'enquête. Cela étant, il ne semble plus exiger que certaines techniques spéciales d'enquête soient limitées à des cas particuliers de criminalité et ne s'oppose donc pas à une déspecialisation de la procédure, ce qui peut tout à fait conduire à un cadre d'enquête unifié où toutes les techniques pourraient potentiellement être mise en œuvre s'agissant de tout type d'infractions, de la même manière qu'en droit canadien.

Finalement, cette évolution semble augurer un rapprochement des systèmes français et canadien, sur le modèle de ce dernier : des enquêteurs qui disposent de pouvoirs extrêmement larges, même s'ils doivent demander à un JP une autorisation pour les mettre en œuvre. Cette autorisation ne saurait constituer un contrepoids suffisant à des pouvoirs si étendus.

Ainsi, il ne nous paraît pas souhaitable que le JLD se mue en véritable « juge de l'enquête » exerçant un contrôle régulier de toutes les mesures d'enquête, à la manière du JP canadien, puisque cela conduirait – sous couvert d'une plus grande juridictionnalisation de l'enquête – à renforcer davantage les prérogatives du procureur de la République et à supprimer l'instruction, qui deviendrait alors inutile.

Dès lors, si un renforcement de l'indépendance des magistrats du parquet et une intensification du contrôle du JLD paraissent opportuns, cela ne devrait pas conduire à ce que le procureur de la République évince définitivement le juge d'instruction. Il semble plus intéressant, afin de protéger les droits du prévenu, de conserver les différents cadres de la mise en état des affaires pénales, dans la mesure où ils offrent un cadre plus adaptable à la gravité et à la complexité des comportements infractionnels. Cela conduirait à accepter que l'enquête ne devienne pas une phase juridictionnalisée, bien que des contrôles ponctuels opérés par le JLD existent et qu'il serait souhaitable que ceux-ci soient renforcés, lui permettant ainsi de contrôler la mise en œuvre de la mesure qu'il a autorisé.

Aussi, l'exercice du recours en nullité devrait être permis dans de plus nombreuses hypothèses, les conditions d'annulation d'un acte assouplies, et la portée d'une telle annulation renforcée. Cela ne devrait pas pour autant conduire à ce qu'un pouvoir d'annulation soit reconnu au JLD ou à un futur juge de l'enquête. Une telle possibilité d'annulation, intervenant avant le déclenchement de l'action publique, n'aurait pas vraiment de sens et le risque est qu'un tel contrôle soit moins protecteur que celui exercé dans le cadre du recours en nullité. En revanche, il serait souhaitable que le juge de l'homologation ou de la validation qui intervient en cas d'alternative aux poursuites ou de CRPC vérifie la régularité de la procédure avant d'homologuer ou de valider un accord entre le ministère public et le prévenu. Une telle évolution pourrait avoir lieu sous l'influence de la Cour EDH.

Bibliographie

OUVRAGES GÉNÉRAUX

BÉLIVEAU P. et PRADEL J., La justice pénale dans les droits canadien et français : étude comparée d'un système accusatoire et d'un système inquisitoire, 2^e éd, Bruxelles : Bruylant, 2007, 960 p.

BELIVEAU P., et VAUCLAIR M., Traité général de preuve et de procédures pénales, 25^e éd, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2018, 1915 p.

CORNU G. (sous la dir. de), ASSOCIATION HENRI CAPITANT, Vocabulaire juridique, 12^{ème} ed., Paris : PUF, coll. Quadrige, 2018, 1103 p.

DECOCQ A., MONTREUIL J. et BUISSON J., Le droit de la police, 2^e éd, Paris : Litec, 1998, 868 p.

GUINCHARD S. et BUISSON J., Procédure pénale, 12^{ème} ed., Paris : LexisNexis, coll. Manuels, 2019, 1489 p.

HELIE F., Traité de l'instruction criminelle ou Théorie du code d'instruction criminelle, 8 tomes, 2^{ème} ed., Paris : Henri Plon, 1866-1867 (702 p. ; 764 p. ; 520 p. ; 720 p. ; 680 p. ; 875 p. ; 748 p. ; 736 p.

HÉRON J. et LE BARS T., Droit judiciaire privé, 7^e éd, Paris, LGDJ-Lextenso, 2019, 1030 p.

MERLE R. et VITU A., Traité de droit criminel, 2 tomes, 7^{ème} éd. - 5^{ème} ed., Paris : Cujas, 1997-2001 (1068 p. ; 1180 p.)

ORTOLAN J-L-E., Éléments de droit pénal : pénalités, juridictions, procédure : suivant la science rationnelle, la législation positive et la jurisprudence avec les données de nos statistiques criminelles, 2 tomes, 3^{ème} ed., Paris : Henri Plon libraire-éditeur, 1863-1864 (606 p. ; 580 p.)

PRADEL J., Procédure pénale, 19ème ed., Paris : Cujas, coll. Références, 2017, 1087 p.

OUVRAGES SPÉCIAUX ET THÈSES

BUISSON J., L'acte de police, thèse de doctorat : droit (sous la dir. de André Decocq), Lille : université de Lille, 1988, 1237 p.

DÉCIMA O., La juridictionnalisation de l'enquête pénale : actes du colloque organisé le 30 avril 2014, Paris : Cujas, 2015, coll. Actes & Études, 162 p.

DORNIER O., Juges et membres du ministère public dans l'avant-procès, l'exemple de l'Allemagne et de la France, thèse de doctorat : droit (sous la dir. de LAZERGES Christine et WEIGEND Thomas), Paris : université Panthéon-Sorbonne et université de Cologne, 2019, 942 p.

GOASDOUE P. (préface de DANET J.), L'impartialité du ministère public, Paris : L'Harmattan, coll. Bibliothèques de droit, 2018, 253 p.

GUINCHARD S., VARINARD A et DEBARD T., Institutions juridictionnelles, 15^e éd, Paris : Dalloz, coll. Précis, 2019, 1318.

GUINCHARD S. et BUISSON J. (sous la dir. de), Les transformations de la justice pénale : cycle de conférences 2013 à la Cour de cassation, Paris : Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 2014, 309 p.

JEANNE N., Juridictionnalisation de la répression pénale et institution du ministère public : étude comparative France-Angleterre, thèse de doctorat : droit (sous la dir. de GIUDICELLI-DELAGE Geneviève), Paris : université Panthéon-Sorbonne, 2015, 746 p.

LE MOUNIER DE GOUVILLE P., « Le juge des libertés et de la détention. Entre présent et avenir », thèse de doctorat : droit (sous la dir. de REBUT Didier), Paris : université Panthéon-Assas, 2011.

MALABAT V., DE LAMY B. et GIACOPELLI M., La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, opinio doctorum, Paris : Dalloz, 2009, 409 p.

PERRIER, J-B et LAZERGES C., L'audition libre : de la pratique à la réforme, Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso, 2017, 176 p.

PELLÉ S. (sous la dir. de), Quelles mutations pour la justice pénale du XXIème siècle, Paris : Dalloz, 2020, 295 p.

RASSAT M., Le Ministère public entre son passé et son avenir, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1967, 306 p.

WINCKELMULLER F., La mutation de la mise en état des affaires pénales à l'épreuve des droits européens, thèse de doctorat : droit (sous la dir. de LEBLOIS-HAPPE Jocelyne), Strasbourg : université de Strasbourg, 2017, 874 p.

OUVRAGE COLLECTIF, Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire : mélanges offerts à Jean Pradel, Paris : Cujas, 2006, 1159 p.

ARTICLES DE DOCTRINE

BAUD M-S., « Juger ailleurs, juger autrement - La manifestation de la vérité dans le procès pénal : une étude comparée entre la France et les États-Unis », *Les cahiers de la justice*, 2017, n°4, p.707.

BEAUSSONIE G., « Faut-il « déspecialiser » le Ministère public ? » in *Faut-il « déspecialiser » la procédure pénale ?*, colloque du 25 mars 2016, Nancy. Disponible sur : <http://publications.ut-capitole.fr/20568/> (consulté le 30/05/2019)

BERGÈRE A.L., « Le juge des libertés et de la détention, entre indépendance statutaire et dépendances matérielles », *AJ pénal*, 2019, n°3, p. 120.

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, n°17, p.460

BOTTON A., « Contrôle de la loi de programmation Justice : le Conseil constitutionnel entre « moustiques et chameaux » de procédure pénale », *JCP G.*, 2019, n°14, 359

BOTTON A., « Le droit à un recours juridictionnel effectif dans le cadre de l'enquête pénale », 2014, n°4, p. 471.

BOTTON A., « Le renforcement du rôle du procureur de la République », *AJ pénal*, 2016, n°12, p.562.

BOTTON A., « Nullité de procédure - Le Conseil constitutionnel et la théorie des nullités de la procédure pénale », *JCP G*, 2016, n°5, p.119.

BOTTON A., « Le droit à un recours juridictionnel effectif dans le cadre de l'enquête pénale », *Constitutions : revue de droit constitutionnel appliqué*, Dalloz, 2014, n°4, p. 471.

BOUCHER A., LACASSE F. et NADON T., « La création de la détention pour enquête en common law : dérive jurisprudentielle ou évolution nécessaire ? Un point de vue pragmatique », *Les cahiers de droit*, 2009, n°3-4, p.455

BOULOC B., « Les abus en matière de procédure pénale », *RSC*, 1991, n°2, p.221.

CAPDEPON Y. « Juge du siège - Le juge du siège et l'évolution de la procédure pénale : juger ou contrôler ? », *Dr. pén.*, 2007, n°9, étude 15.

DELAGE P., « La sanction des nullités de la garde à vue : de la sanction juridictionnelle à la "sanction parquetière" », *Archives de politique criminelle*, 2006, n°28, p.135.

DE LAMY B., « Indépendance des magistrats du parquet : la méthode Coué au Conseil constitutionnel », *RSC*, 2018, n°1, p.163.

DE LAMY B. « L'effet rebond de l'inconstitutionnalité de la garde à vue en matière d'escroquerie en bande organisée », *RSC*, 2016, n°2, p.399

DE LAMY B. « La constitutionnalisation de la procédure pénale », *Dr. pén.*, 2019, n°4, dossier 3.

DE LAMY B., « La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité », *Rec. Dalloz*, 2004, n°27, p.1910.

DE LAMY B., « Le juge des libertés et de la détention : un trompe l'oeil? », *Dr. pén.*, 2007, n°9, étude 1.

DE LAMY B., « Juridictionnalisation de la procédure pénale : l'aventureuse constitutionnalisation du « droit à », *RSC*, 2016, p.393

DELMAS-MARTY M., « La phase préparatoire du procès pénal. Pourquoi et comment réformer ? », *Les Annonces de la Seine*, 2009, n° 34, p. 2

DANET J., « Brèves remarques sur la typologie et la mise en œuvre des nullités », *AJ pénal*, 2005, n°4, p.133

DE MONTIGNY Y., « Grandeur et misère du recours en exclusion de la preuve pour des motifs d'ordre constitutionnel », *Revue de droit de McGill*, 1995, vol. 40, p.103

DONNEDIEU DE VABRES H., « La réforme de l'instruction préparatoire », *RSC*, 1949, p. 499.

FOURMENT F., « Le procureur de la République, le juge d'instruction et le préfet, 60 ans après », *Dr. pén.*, 2019, n°4, dossier 6.

FOURMENT F., « Le contrôle de l'autorité judiciaire sur les mesures de contrainte : le cas de la garde à vue », in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, opinio doctorum, sous la dir. de MALABAT V.*, Paris : Dalloz, 2009, 409 p.

FUCINI S., « Géolocalisation : qualité à invoquer la nullité », *AJ pénal*, 2018, n°14.

GOGORZA A. « L'autorisation judiciaire pendant la phase policière : Libres propos sur la notion d'acte juridictionnel en procédure pénale », *RSC*, 2017, n°2, p. 247.

GUÉRY C., « Touche pas à ma garde à vue », *AJ pénal*, 2012, n°3, p.159.

GUINCHARD S., « Requiem joyeux pour l'enterrement annoncé du juge d'instruction », in *Code pénal et Code d'instruction criminelle : livre du bicentenaire*, Dalloz et Panthéon-assas, ed. 2010, 828 p.

HENNION-JACQUET P., « La double dénaturation des nullités en matière pénale », *Rec. Dalloz*, 2004, n°18, p.1262

HENNION-JACQUET, Patricia, « Arrêt Medvedyev : un turbulent silence sur les qualités du parquet français », 2010, *Rec. Dalloz*, n°22, p.1390

LARONDE-CLÉRAC C., « La pratique jurisprudentielle des nullités en procédure pénale », *Dr. pén.*, 2013, n°4, étude 9

LE MONNIER DE GOUVILLE P., « Lire, voir, entendre - La juridictionnalisation de l'enquête pénale », *Les cahiers de la justice*, 2015, n°1, p.131.

LE MONNIER DE GOUVILLE P., « La mutation du juge des libertés et de la détention », *AJ pénal*, 2019, n° 23, p.131.

LEROY J., « Garde à vue - Le parquet peut-il contrôler la garde à vue ? Oui, mais... », *JCP G*, 2011, n°8, p.214.

LEROY J., « La garde à vue : des pistes pour une réforme » in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale opinio doctorum*, Paris : Dalloz, 2009, p.193

MALABAT V., « L'avant-projet du futur code de procédure pénale : refonte, simplification ou confusion des phases de la procédure pénale ? », *AJ pénal*, n°4, p.162.

MARÉCHAL J-Y., « Garde à vue - Qualité à agir du demandeur en nullité de la garde à vue », *JCP G*, 2012, n°9, p.242.

MARON A. et HAAS M., « On ne peut laver de sales draps avec le droit propre d'un tiers », *Dr. pén.*, 2012, n°4, comm. 61.

MATSOPOULOU H., « La coordination enquête policière et « nouvelle » instruction », *in La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale opinio doctorum*, Paris : Dalloz, 2009, p.193

MATSOPOULOU H., « L'illégalité des surveillances par « géolocalisation » autorisées par le ministère public », *Rec. Dalloz*, 2014, n°2, p. 115.

MATSOPOULOU H., « Magistrats - L'application du principe de l'indépendance de l'autorité judiciaire aux magistrats du parquet », *JCP G*, 2018, n°3, p. 78.

MATSOPOULOU H., « L'impact du droit européen sur le juge interne : approche de procédure pénale. L'exemple des perquisitions et saisies effectuées par les agents de certaines administrations sous le contrôle de l'autorité judiciaire » *in La régulation par le juge de l'accès au prétoire*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », Paris, 2013, p. 266 et s.

H. MATSOPOULOU, « Preuve - La chambre criminelle favorable à la recevabilité d'une demande de nullité présentée par un tiers à un acte de procédure entaché de déloyauté », *JCP G*, 2016, n°12, p. 335.

MERLE R., « Le problème du contrôle juridictionnel de la garde à vue », *in Mélanges offerts à Paul COUZINET*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, p.551.

MONIN DE FLAUGERGUES J., « Garde à vue - La garde à vue : une mesure privative de liberté sans contrôle juridictionnel effectif », *Dr. pén.*, 2015, n°3, étude 8.

PERRIER J-B., « Les (r)évolutions de la procédure pénale », *Rec. Dalloz*, 2019, n°19, p.1061.

PRADEL J., « L'enquête pénale aujourd'hui, vers une stabilisation de l'équilibre ? », *Rec. Dalloz*, 2014, n°29, p. 1647.

PRADEL J., « Garde à vue - Limitation des effets de la nullité d'un acte de procédure à la seule personne « concernée », *JCP G*, 2012, n°16, p.485.

PRADEL J., « Réforme de la justice - Notre procédure pénale à la recherche d'une efficacité à toute vapeur Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 », *JCP G*, 2019, n°15, p.721.

PRADEL J., « La procédure pénale française à l'aube du troisième millénaire », *Rec. Dalloz*, 2000, n°1, p. 1

REBUT D., « L'arrêt Medvedyev et la réforme de la procédure pénale », *Rec. Dal.*, 2010, n°16, p.971.

RENOUX T.S., « Le Conseil constitutionnel et l'instruction pénale : juges ou magistrats ? », *Justices*, 1998, n° 10, p. 75 et s.

ROUMIER W., « Union européenne - Présentation du projet de loi relatif au Parquet européen et à la justice pénale spécialisée », *Dr. pén.*, 2020, n°3, alerte 25

SAINT-PAU J-C., « Le ministère public concurrence-t-il le juge du siège ? », *Dr. pén.*, 2007, n°9, étude 14.

SAINT-PIERRE F., « Le véritable enjeu des contrôles juridictionnels de la légalité des procédures pénales : la « sûreté » des justiciables », *AJ pénal*, 2005, n°5, p.177

THIERRY J.B., « De l'importance de la motivation : à propos des décisions du 23 novembre 2016 », *AJ pénal*, 2017, n°2, p. 76.

VERGÈS E., « Réforme de la procédure pénale : une loi fleuve, pour une justice au gré des courants - À propos de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la Justice », *Dr. pén.*, 2019, n°5, étude 12.

VERGÈS E., « La procédure pénale à son point d'équilibre », *RSC*, 2016, n°3, p.551.

RAPPORTS

BEAUME J., Rapport sur la procédure pénale, 2014, 89 p.

DELMAS-MARTY M. (sous la dir. de), La mise en état des affaires pénales, Commission Justice pénale et Droits de l'Homme), La documentation française, 1991, 225 p.

MINISTERE DE LA JUSTICE, Les chiffres-clés de la Justice, 2019.