

L'intérêt à agir et les nullités de la phase préalable au jugement

Baptiste Daligaux

▶ **To cite this version:**

Baptiste Daligaux. L'intérêt à agir et les nullités de la phase préalable au jugement. Droit. 2018. dumas-03541031

HAL Id: dumas-03541031

https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-03541031

Submitted on 7 Mar 2022

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

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



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - NoDerivatives 4.0 International License

AIX-MARSEILLE UNIVERSITE
FACULTE DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE

MASTER 2 « LUTTE CONTRE L'INSECURITE »

L'INTÉRÊT À AGIR ET LES NULLITÉS DE LA PHASE PRÉALABLE AU JUGEMENT

Présenté et soutenu par

DALIGAUX BAPTISTE

Directeur de recherche : Professeur Jean-Baptiste PERRIER

- Année 2017/2018 -

« La Faculté n’entend donner ni approbation ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire, qui doivent être considérées comme propres à leur auteur. »

REMERCIEMENTS

Je tiens à adresser mes plus sincères remerciements au Professeur Jean-Baptiste PERRIER qui m'a ouvert les portes de ce sujet passionnant en faisant preuve à mon égard d'écoute, de disponibilité et en me transmettant le plaisir de la recherche.

LISTE DES ABREVIATIONS

AJDA	Actualité juridique droit administratif
AJ Pénal	Actualité juridique pénal
Arch. pol. crim.	Archive de politique criminelle
Ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
[B]	Arrêt publié au bulletin
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre criminelle
c/	Contre
Cass. crim.,	Chambre criminelle de la Cour de cassation
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
Ch. instr.	Chambre de l'instruction
Chron.	Chronique
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Coll.	Collection
Comm.	Commentaire
Cons.	Considérant
Cons. Const.	Conseil constitutionnel
Conv. EDH	Convention européenne des droits de l'homme
C. pr. civ	Code de procédure civile
C. pr. pén.	Code de procédure pénale
Civ.	Cour de cassation, chambres civiles
D.	Recueil Dalloz
DC	Déclaration de conformité
Déc.	Décision
DH	Dalloz hebdomadaire
Dir. de	Sous la direction de
Dr. pénal	Revue Droit pénal, LexisNexis
éd.	Edition
Gaz. Pal	Gazette du palais
In	Dans, extrait de

Infra	Ci-dessous
JCP G	La semaine juridique, édition générale
JOFR	Journal officiel de la République française
L.	Loi
L.G.D.J	Librairie générale de droit et de jurisprudence
p.	Page
Phil. droit	Archive de philosophie du droit
PUF	Presse universitaire de France
n°	Numéro
not.	Notamment
obs.	Observation
OPJ	Officier de police judiciaire
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
Rec. CE	Recueil des décisions du Conseil d'État (Lebon)
req.	Requête
Rev. crim.	Revue (belge) de droit pénal et de criminologie
Rev. pol. crim.	Revue internationale de police criminelle
RPDP	Revue pénitentiaire et de droit pénal
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTDH	Revue trimestrielle des droits de l'homme
RSC	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
S.	Recueil Sirey
supra	Ci-dessus
T. confl.	Tribunal des conflits
UE	Union européenne
V.	Voir

SOMMAIRE

Première Partie

Les contours de l'intérêt à agir dans le contentieux des nullités procédurales

Titre I. L'intérêt à agir défini par l'existence d'un grief

Chapitre 1. Intérêt à agir en nullité : hétérogénéité de la notion

Chapitre 2. Intérêt à agir en nullité : intérêt de la définition

Titre II. L'intérêt à agir soumis à l'exigence d'un grief

Chapitre 1. La démonstration du grief dans le régime des nullités

Chapitre 2. L'absence de démonstration d'un intérêt à agir en nullité

Seconde Partie

L'efficacité de l'intérêt à agir pour le contentieux des nullités procédurales

Titre I. Une appréciation restrictive de l'intérêt à agir limitant son efficacité

Chapitre 1. La réception prétorienne de la qualité à agir et du grief

Chapitre 2. La politique jurisprudentielle de conciliation

Titre II. Tendre vers une appréciation extensive de l'intérêt à agir renforçant son efficacité

Chapitre 1. Reconceptualiser les conséquences du grief

Chapitre 2. Redéfinir les enjeux d'une efficacité renforcée

INTRODUCTION GÉNÉRALE

Comment expliquer ce qu'est l'intérêt à agir en nullité ? Face à cette question qui sous bien des aspects relève du *Mythe de Sisyphe*, peut-être est-il préférable de commencer par se demander ce qu'il représente. Enclavé dans une subtile dialectique entre la forme et le fond, l'intérêt à agir est la réception judiciaire objective des attentes subjectives d'un mis en cause.

« *Même sur un banc des accusés, il est toujours intéressant d'entendre parler de soi. […] Je ne comprenais pas bien comment les qualités d'un homme ordinaire pouvaient devenir des charges écrasantes contre un coupable* »[1].

Albert CAMUS, *L'étranger*

Meursault, quintessence du personnage camusien, écoute, observe, s'interroge, acteur attentif et cependant passif d'une machine judicaire dont il ne comprend pas les rouages. Il sent grandir la dichotomie entre son intérêt personnel et les enjeux d'un appareil répressif qui ne peut, ou ne veut, entendre son ressenti sur des événements qui le concernent directement. Etrange paradoxe que celui de l'appréciation de l'intérêt à agir en nullité. Pourtant, l'enjeu est immense. La nullité est « *la sanction encourue par un acte juridique entaché d'un vice de forme ou d'une irrégularité de fond qui consiste dans l'anéantissement de l'acte* »[2]. Se dessine, en creux, la finalité du contentieux des nullités. « *N'y a-t-il pas dans toutes les procédures des règles qui ne seraient être impunément violées, parce que l'instruction ne peut conduire à la vérité, parce que la justice pénale ne peut conserver son nom qu'à la condition de les observer ?* » s'interrogeait déjà Faustin HÉLIE en 1845 [3]. L'idée se profile que la nullité et l'intérêt à la soulever participent d'une logique « d'incitation » et de « sanction nécessaire ».

1. - Les notions clefs : nullité et procédure. Les actes d'enquête et d'information sont minutieusement encadrés et doivent, en *sus,* être réalisés dans le respect des droits fondamentaux protégeant les individus concernés par la poursuite. Si ces exigences ne sont pas respectées, la question du sort réservé à ces actes irréguliers prend alors toute son importance.

[1] A. CAMUS, *L'étranger*, Galimard, 1942, 2ième partie, Chapitre 4.
[2] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. Thémis droit, 9ième édition, 2011, p. 545.
[3] F. HELIE, *Théorie du Code d'instruction criminelle*, Bruylant Christophe et compagnie, Livre cinquième, 1845, § 445, p. 493.

En effet, « *il ne sert à rien d'élaborer des règles de procédure protectrices et sophistiquées, si leur violation est dépourvue de sanction* »[4]. Bien qu'elle ne soit pas la seule réponse possible[5], la nullité apparaît comme la sanction la plus propice à concilier d'une part la disparition des actes viciés et d'autre part la survie du reste de la procédure et de ses actes sains. Le contentieux des nullités peut dès lors être défini comme « *le contentieux de la légalité des actes non juridictionnels de la procédure pénale* »[6]. Pour reprendre une distinction du contentieux administratif, ce contrôle de légalité concerne la légalité externe des actes et dans une moindre mesure, leur légalité interne. Mais pour pouvoir agir en nullité, encore faut-il avoir un intérêt à le faire.

1.1 - Lorsqu'il examine une demande en nullité, le juge est amené à se poser trois questions[7] : Le requérant a-t-il intérêt à agir ? A-t-il la qualité pour le faire ? La violation procédurale qu'il invoque lui a-t-elle causé un grief ? L'intérêt à agir se révèle être une condition de recevabilité de l'action en nullité de premier plan. C'est la raison pour laquelle, « *l'existence du droit d'agir est classiquement subordonnée à la caractérisation de deux conditions cumulatives : l'intérêt à agir et la qualité pour agir* »[8]. Passé ce constat, une question capitale demeure : quel sens accorder à la notion d'intérêt à agir en nullité de procédure pénale ? La recherche des définitions données par la doctrine pénaliste est une entreprise stérile qui conduit, *de facto*, à se tourner vers la lecture qu'en ont fait les autres matières processuelles.

2. - L'intérêt à agir en droit processuel. Le terme procédure, du latin « *procedere* », signifie étymologiquement « avancer ». La procédure évoque ainsi l'idée de *« l'accomplissement d'une série de formalités permettant d'aboutir à un résultat »*[9]. Si la procédure pénale est incontestablement unique et originale de par ses finalités et l'objet du contentieux dont elle assure le traitement procédural, il est cependant vain d'en faire un « cas à part », isolé de toute influence des autres droits processuels. A ce titre, il est notable que l'intérêt à agir trouve un ancrage originel en droit judiciaire privé. Il a notamment été conceptualisé par la « théorie de l'action » qui s'attache à retracer les conditions dans lesquelles le demandeur

[4] F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, N. MOLFESSIS (sous la dir. de), *Traité de procédure pénale*, Economica, coll. Corpus de droit privé, 4ième éd., 2015, p. 1323, n°1986.
[5] On peut par exemple penser à la mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat ou à la responsabilité pénale et civile du magistrat ou de l'officier de police judiciaire.
[6] F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, N. MOLFESSIS (sous la dir. de), *Traité de procédure pénale*, Economica, coll. Corpus de droit privé, 4ième éd., 2015, p.1324, n°1987.
[7] F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, N. MOLFESSIS (sous la dir. de), *Traité de procédure pénale*, Economica, coll. Corpus de droit privé, 4ième éd., 2015, p. 1354, n°2027.
[8] L. USUNIER, « Action en justice », *Répertoire de droit international*, Dalloz, 2017, n°20.
[9] H. SOLUS, R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, Sirey, 1961, t. 1.

peut saisir un juge. On observera donc qu'une passerelle qui n'a rien d'artificielle se dresse entre cette théorie et l'intérêt à agir en nullité, condition substantielle permettant au demandeur de présenter sa requête au juge des nullités.

3. - Droit judiciaire privé. L'intérêt à agir est avant tout une notion de droit processuel. Largement éprouvée par le droit judiciaire privé, la notion y puise ses fondements conceptuels. Dans cette matière, contrairement à la procédure pénale, le droit positif lui-même réserve une large place à l'intérêt à agir. Il y est érigé, de façon claire et non équivoque, comme une condition de recevabilité de l'action. En ce sens, l'article 31 du Code de procédure civile énonce que « *l'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention* ». Dès lors, selon l'article 122 du même Code, le défaut d'intérêt ou de qualité constitue une fin de non-recevoir que le juge peut relever d'office. Il s'agirait donc ici d'un critère d'irrecevabilité de la demande sans examen au fond de celle-ci, c'est-à-dire sans examiner si elle est bien fondée. Dans la presse civiliste l'intérêt à agir est une « *condition de recevabilité de l'action consistant dans l'avantage que procurerait au demandeur la reconnaissance par le juge du bien-fondé de sa prétention* »[10]. Il doit être direct, né et actuel.

4. - Droit administratif. Mais l'intérêt à agir trouve également des occurrences dans d'autres matières processuelles. En droit administratif par exemple, il est « *une condition se situant au tout premier rang des conditions de recevabilité* »[11]. Dans le cadre de son office de cassation, le Conseil d'Etat contrôle que cette condition est respectée[12]. En développant sa jurisprudence relative à la recevabilité du recours en excès de pouvoir, le Conseil d'Etat a fait preuve au cours du XX^{e} siècle « *d'un grand libéralisme dans l'appréciation de l'intérêt donnant qualité à agir* »[13]. Cette politique jurisprudentielle qui vise à assurer la prééminence des exigences de légalité est aujourd'hui remise en cause. Parmi les facteurs explicatifs il est possible de pointer du doigt un climat dans lequel la stabilité des décisions, les enjeux politiques et économiques, la volonté de règlement rapide des litiges sont désormais au centre des

[10] T. DEBARD, S. GUINCHARD (sous la dir. de), *Lexique des termes juridiques 2016-2017*, Dalloz, coll. Lexiques, 24^{ième} édition, 2016, p. 604.
[11] R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, LGDJ, coll. Précis Domat, 13^{ième} éd., 2008, n°563.
[12] CE, 17 mai 2016, n°268938, Bellanger : JurisData n°2006-070130 ; *JCP S* 2006, 1825 ; *Dr adm.* 2006, comm. 154.
[13] F. MELLERAY, « A propos de l'intérêt donnant qualité à agir en contentieux administratif », *AJDA* 2014, p. 1530.

préoccupations[14]. A l'image de l'imprégnation du principe de légalité et de son atténuation par les aspirations politico-juridiques contemporaines, la réception de l'intérêt à agir en contentieux administratif comporte donc de nombreux points de ressemblance avec l'intérêt à agir en nullité de procédure pénale. Il pourrait inspirer une nouvelle conception de ce dernier. En outre, contentieux administratif et procédure pénale enregistrent tous deux, à propos de l'intérêt à agir, une jurisprudence « *extraordinairement abondante et nuancée, faite bien souvent d'arrêts implicites, et donc la mise en ordre, en vue d'une présentation synthétique se heurte aux plus grandes difficultés* »[15]. Il résulte dans un cas comme dans l'autre un manque de cohérence pour partie responsable de l'hétérogénéité de la notion.

5. - Faux-amis ? Une importante distinction peut être opérée entre l'intérêt à agir en contentieux administratif et l'intérêt à agir en droit judiciaire privé. En contentieux administratif, comme en matière de nullité de procédure pénale, « *il y a rarement matière à douter que celui qui réclame la reconnaissance d'un droit subjectif dont il s'affirme titulaire n'ait pas un intérêt donnant qualité à agir* »[16]. On comprend dès lors que la question préoccupe moins les théoriciens de la procédure civile, où la problématique présente de moindres difficultés[17] : « *le contentieux privé n'est pas un contentieux de la légalité ; l'action en justice ayant pour fondement la protection des droits subjectifs* »[18]. L'intérêt à agir en procédure pénale se situe donc à équidistance entre le contentieux administratif et le droit judicaire privé.

5.1 - L'intérêt à agir est donc largement défini par la branche processuelle de différentes matières. Or tel n'est pas le cas en procédure pénale et *a fortiori* dans le contentieux des nullités. Ces « contours » de la notion qu'offrent les différentes branches du droit peuvent donc être de précieux alliés pour nourrir une réflexion sur l'intérêt à agir en nullité de procédure pénale. Mais ils peuvent aussi complexifier la tâche, en biaisant son analyse et en travestissant les spécificités de la procédure pénale. Aussi, si l'on cherche à appréhender l'intérêt à agir en matière de nullités, la réflexion est intrinsèquement liée au contentieux des nullités lui-même. Ainsi, l'intérêt à agir est un corollaire de l'évolution de l'encadrement des nullités par le droit

[14] F. MELLERAY, « A propos de l'intérêt donnant qualité à agir en contentieux administratif », *AJDA* 2014, p. 1530.
[15] R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 13ième éd. 2008, n°565.
[16] On comprend mieux pourquoi certains praticiens de la procédure pénale ont le sentiment, dans leur pratique quotidienne, ne pas rencontrer de difficultés à propos de la qualité à agir en nullité.
[17] M. GUYOMAR, B. SEILLER, *Contentieux administratif*, Dalloz, 2ième éd., 2012, n°609.
[18] H. SOLUS, R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, Sirey, 1961, t. 1, n°241.

positif et la jurisprudence. L'évolution du traitement des nullités par le droit positif révèle certaines clefs de compréhension pertinentes pour entreprendre le travail d'analyse de l'intérêt à agir en nullité[19].

6. - Historique législatif. Paradoxalement, la représentation nationale a largement confié à la jurisprudence le soin de trouver « *le point d'équilibre entre un légalisme étroit et un laxisme inconsidéré* » dangereux pour les droits de la défense mais également, en certaines hypothèses, pour l'intérêt des victimes et la bonne administration de la justice[20]. Face au silence du Code d'instruction criminelle, la jurisprudence avait élaboré la « théorie des nullités substantielles » visant à sanctionner les atteintes à l'ordre public et aux droits de la défense[21]. La loi du 8 décembre 1897 posa textuellement les premières garanties et prévu la nullité de l'acte et de la procédure ultérieure qui ne les respecteraient pas. Le Code de procédure pénale de 1959 a prudemment consacré les solutions prétoriennes par le biais de l'article 171 qui reprenait les nullités textuelles de la loi de 1897 et de l'article 172 qui prévoyait la sanction de nullité en cas de méconnaissance des règles substantielles, c'est-à-dire dans les autres hypothèses. C'est finalement la loi du 6 août 1975 qui devait consacrer le principe « pas de nullité sans grief » au moyen d'un nouvel article 802. Après diverses évolutions, la loi du 24 août 1993 venait supprimer les nullités textuelles en replaçant le contenu de l'article 172 au sein de l'article 171 qui dispose désormais qu'« *il y a nullité lorsque la méconnaissance d'une formalité substantielle a porté atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne* ».

6.1 - Depuis quelques années, le régime des nullités semble être redevenu une préoccupation de premier plan pour le Parlement. Jusqu'à la loi du 4 janvier 1993 seul le juge d'instruction et le parquet pouvaient saisir la chambre de l'instruction pour demander la nullité lors de l'information. La voie n'était ouverte à l'inculpé et à la partie civile qu'au stade du règlement de l'information[22] en matière criminelle et devant la juridiction de jugement en matière correctionnelle. Pour pallier « *ces annulations tardives, qui affectaient l'image de la*

[19] L'influence de la jurisprudence sur l'intérêt à agir est également considérable. Elle sera cependant abordée par la suite car elle offre la meilleure grille de lecture de l'efficacité de l'intérêt à agir, ainsi que de la qualité à agir et du grief. Cette réception contemporaine des notions constitue le cœur de notre raisonnement et mérite donc d'être abordée plus tard.
[20] F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, N. MOLFESSIS (sous la dir. de), *Traité de procédure pénale*, Economica, coll. Corpus de droit privé, 4ième éd., 2015, p. 1327, n°1991.
[21] Par exemple : inculpé auditionné sous serment, stratagème déloyal, réquisitoire non signé, *etc*.
[22] Devant la chambre d'accusation.

justice, et auxquelles les procédures survivaient rarement »[23] le mis en examen et la partie civile se sont donc vu offrir le droit de saisir la chambre de l'instruction. Les différentes évolutions du système peinaient cependant à le rendre satisfaisant. Le législateur a finalement opté pour une logique de purge des nullités qui suivrait le déroulement de la procédure d'information. Ainsi, la loi du 15 juin 2000 a instauré un délai de forclusion de six mois à compter du premier interrogatoire ou audition. Le 4 mars 2002, ce délai était finalement ramené à quatre mois[24]. Cette même loi a également accordé au témoin assisté le droit de soulever des requêtes en nullité afin qu'il ne puisse faire annuler l'entière procédure « *lors de sa mise en examen, décidée souvent en fin d'information* »[25].

6. 2- La période de 2000 à 2004 révèle le paradigme qui dicte souvent l'action du législateur en matière de nullités et son « *souci d'assurer la sécurité de la procédure paraît l'avoir emporté sur celui de ménager les droits des parties* »[26]. En outre, le système comporte des « effets secondaires ». La crainte pour les parties d'entrer dans le délai de forclusion les incite à invoquer des nullités parfois juridiquement infondées. Cela conduit à ralentir les instructions qui se retrouvent polluées par de nombreuses requêtes qui seront finalement rejetées. La mise en œuvre du régime des nullités a donc une incidence directe sur l'efficacité de l'intérêt à agir.

7. - Mise en œuvre des nullités. En l'état actuel du droit positif, la chambre de l'instruction est compétente pour prononcer les nullités et déterminer leur étendue. Elle peut même les relever d'office[27] lorsqu'elle est saisie sur une question de fond[28]. La nullité de l'acte d'information peut aussi être demandée par le mis en examen, le témoin assisté, la partie civile ou le procureur de la République[29]. Cette demande est soumise à des délais de forclusion de six mois[30]. Si le juge d'instruction présente la demande, il doit informer les parties et prendre l'avis

[23] F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, N. MOLFESSIS (sous la dir. de), *Traité de procédure pénale*, Economica, coll. Corpus de droit privé, 4ième éd., 2015, p. 1329, n°1992.
[24] Désormais de six mois selon l'art. 173-1 C. pr. pén.
[25] F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, N. MOLFESSIS (sous la dir. de), *Traité de procédure pénale*, Economica, coll. Corpus de droit privé, 4ième éd., 2015, p. 1329, n°1992.
[26] F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, N. MOLFESSIS (sous la dir. de), *Traité de procédure pénale*, Economica, coll. Corpus de droit privé, 4ième éd., 2015, p. 1329, n°1992.
[27] Art 174 al. 1 et 206 C. pr. pén.
[28] *Nb* : sous réserve des articles 173-1, 174 et 175 du C. pr. pén.
[29] Art. 171 C. pr. pén.
[30] Art. 173-1 C. pr. pén. Elle doit être soulevée dans les 6 mois de la mise en examen puis dans les 6 mois de tous les interrogatoires ou auditions ultérieurs.

du procureur de la République[31]. Les parties ont la possibilité de soulever les nullités de l'instruction, mais également celles qui résulteraient de l'enquête ayant eu lieu au préalable. A condition néanmoins d'en informer le juge d'instruction et que la requête, signée par le demandeur ou son avocat, fasse l'objet d'une déclaration au greffe de la chambre de l'instruction[32]. Enfin, l'article 174 du Code de procédure pénale impose aux parties[33] que leur demande « *porte sur toutes les nullités encourues au cours de la procédure antérieure* »[34]. La demande doit intervenir dans un délai de trois mois, réduit à un mois si la personne est détenue, avant que le juge d'instruction ne rende son ordonnance de renvoi devant le tribunal correctionnel.

7.1 - A propos de la demande en nullité formulée devant la juridiction de jugement, celle-ci doit être présentée *in limine litis*[35], avant toute défense au fond et l'ouverture débats[36]. Le prévenu ou les autres parties peuvent donc déposer des conclusions[37] et leur dépôt par écrit saisit le tribunal des moyens de nullité soulevés. « *Rien n'interdit expressément de présenter oralement une demande en nullité* »[38], dès lors qu'elle intervient *in limine litis*[39]. A défaut d'empêcher la recevabilité, cela pose en revanche des difficultés de preuve du grief[40]. L'article 385 du Code de procédure pénale dispose que le tribunal pourra se prononcer sur les nullités, à condition que la procédure n'ait pas été renvoyée devant lui par une juridiction d'instruction car l'ordonnance de renvoi devant le tribunal correctionnel couvre les potentielles nullités[41]. Il en va de même pour l'ordonnance de mise en accusation devant la cour d'assisses[42]. Enfin, la demande qui n'aurait pas été formulée ou présentée régulièrement devant les premiers juges est irrecevable en cause d'appel[43], de même si elle n'a pas été soulevée *in limine litis*[44]. En outre, même si la demande en première instance était régulière, elle ne peut être ré-invoquée en appel

[31] Art. 173 al. 2 C. pr. pén.
[32] Art. 173 al. 3 C. pr. pén.
[33] A l'exception du juge d'instruction, du procureur et de la chambre de l'instruction.
[34] B. BOULOC, H. MATSOPOULOU, *Droit pénal général et procédure pénale*, Dalloz, coll. Sirey, 20ième éd., 2016, p. 490, n°707.
[35] Art. 385 C. pr. pén.
[36] Cass. crim., 26 mars 1997, pourvoi n°96-83.477.
[37] Art. 459 C. pr. pén.
[38] C. GUERY, B. LAVEILLE, *Le guide des audiences correctionnelles*, Dalloz, 2013, n°152.
[39] Art. 385 C. pr. pén. V. Cass. crim., 26 avr. 2017, pourvoi n°16-82.742 : cet article n'exige pas que les exceptions de nullités soient soulevées par écrit.
[40] V. Cass. crim., 23 mars 1994, pourvoi n°93-83.451 et Cass. crim., 26 avr. 2017, pourvoi n°16-82.742.
[41] Art. 179 C. pr. pén. Sauf si les moyens soulevés ne sont pas conformes à l'article 50 de la loi de 1881.
[42] Art. 181 C. pr. pén. V. également : Cass. crim., 19 oct. 2016, pourvoi n°15-83.937.
[43] Cass. crim., 19 sept. 1994, pourvoi n°93-85.641.
[44] Cass. crim., 22 nov. 2011, pourvoi n°11-80.013.

en invoquant la violation d'une disposition légale différente[45]. Outre la mise en œuvre des nullités qui révèle l'appréciation temporelle de l'intérêt à agir, une dernière interrogation peut apporter un éclairage conceptuel au soutien de la définition de l'intérêt à agir en nullité.

8. - Existe-t-il un intérêt à agir en nullité des autres parties ? La question de l'intérêt à agir de la partie civile et du ministère public est délicate à résoudre car elle ouvre la voie à une appréciation de la légitimité de l'intérêt à agir, cette fois-ci sur un plan moral. Il se dessine en creux le risque d'un « conflit » des intérêts à agir en nullité. Par soucis d'exhaustivité ces deux points n'ont pas été approfondis au-delà des raisonnements qui suivent. Il serait cependant intéressant qu'ils fassent l'objet d'une étude ultérieure car ils peuvent avoir une véritable incidence sur la conception de l'intérêt à agir en nullité.

8. 1 - A propos du ministère public, c'est en premier lieu la question de sa qualité de partie à l'instance qui interroge. Elle nourrit, depuis maintenant quelques années, de vifs débats entre le juge de cassation et la Cour européenne des droits de l'homme. Ce point semble être désormais réglé et sa qualité reconnue, puisqu'il peut être source d'une rupture d'égalité entre les parties. Certains contentieux soulignent cependant le fragile équilibre sur lequel repose la notion. Par exemple, le Conseil d'Etat a établi le 14 décembre 2001[46] une distinction « *qui ne reconnaît au procureur général la qualité de partie que dans le cas où il avait introduit l'instance par un appel ou un réquisitoire introductif* »[47]. En outre, sa qualité à agir trouve un ancrage textuel en matière de nullités de l'instruction puisque l'article 171 du Code de procédure pénale énonce que le procureur de la République peut saisir la chambre de l'instruction aux fins d'annulation d'un acte ou d'une pièce de la procédure. L'article 173 alinéa 2 lui réserve, quant à lui, la possibilité « *s'il estime qu'une nullité a été commise* » de requérir communication de la procédure pour la transmettre à la chambre de l'instruction. On voit poindre ici l'idée selon laquelle la qualité et l'intérêt à agir du Parquet lui seraient automatiquement reconnus de par son rôle de « contrôleur » de la régularité des enquêtes et des instructions. Ce sentiment est confirmé en matière correctionnelle par l'article 39-3 introduit par la loi du 3 juin 2016[48] qui lui impose de contrôler la légalité des moyens mis en œuvre par les enquêteurs. En *sus*, l'article 393 du Code de procédure pénale l'invite à entendre, lors du

[45] Cass. Ass. plén. 7 juill. 2006, pourvoi n°04-10.672.
[46] CE Ass, 14 déc. 2001, n°204761, *Société Médiation, Réflexion, Ripostes.*
[47] N. GROPER, « La qualité et l'intérêt pour agir en appel devant la Cour des comptes », *AJDA* 2006, p. 1336.
[48] Loi n°2016-731 du 3 juin 2016.

déferrement, les remarques de l'avocat « *portant notamment sur la régularité de la procédure* ». De prime abord, on serait donc tenté de reconnaître au ministère publique un intérêt à agir en nullité, soit en les soulevant, soit en les contestant. L'intérêt public que représente et défend le procureur de la République justifie qu'il demande l'annulation des actes réalisés en violation des règles procédurales. De même, ayant la charge de faire respecter l'ordre public, il est directement intéressé par l'identification et la poursuite des auteurs d'infractions. Il a donc un intérêt à agir contre les nullités qu'il considère comme contraires à cet objectif. Pourtant, si l'on retient l'acception courante de l'intérêt à agir, le constat est plus mitigé. En effet, l'exigence de grief ne semble ici remplie qu'au prix d'un effort d'abstraction conséquent assimilant le grief au tort causé à l'intérêt général par l'acte irrégulier ou par la volonté du requérant de faire annuler un acte mettant en péril la procédure. A l'inverse, il est également possible de considérer que le ministère public est « *la seule partie dont la qualité pour agir lui confère intérêt pour agir* »[49].

8. 2 - De prime abord, la question de l'intérêt à agir en nullité de la partie civile ne semble pas soulever de difficultés particulières. Pourtant la notion n'est pas nécessairement synonyme de certitudes. L'intérêt à agir semble *a priori* lié aux textes lui faisant référence et dépendre de leur qualité de partie à la poursuite pénale. A ce titre, l'article 170 du Code de procédure pénale sous-entend que l'action en nullité de l'instruction est ouverte à la partie civile[50]. En effet, sa lecture combinée avec l'article 173-1, qui fait expressément référence à la partie civile, laisse entendre qu'il s'agit bien de cette dernière. Ainsi, l'article 170, qui ouvre l'action en nullité aux parties civiles, les place sous le régime de mise en œuvre des nullités développé aux articles 171 et suivant. Si la qualité à agir est acquise dès l'article 170, on comprend dès lors que la partie civile n'aura intérêt à agir qu'à la condition que l'acte irrégulier ait porté atteinte à ses intérêts et qu'elle ne soit pas concernée par un délai de forclusion ou une fin de non-recevoir.

8. 3 - Sur le terrain de la légitimité de l'intérêt à agir, une remarque mérite néanmoins d'être faite. Si l'on considère qu'une enquête ou une instruction a pour vocation d'identifier puis de renvoyer s'il y a lieu devant un tribunal un auteur d'infraction, on est en droit de s'interroger sur la nécessité de permettre à une victime d'obtenir la nullité de l'une de ses

[49] N. GROPER, « La qualité et l'intérêt pour agir en appel devant la Cour des comptes », *AJDA* 2006, p. 1336.
[50] L'article 171 du C. pr. pén emploie le terme « par les parties ».

auditions. En effet, si l'on adopte le point de vue selon lequel la poursuite pénale ne doit concerner que l'individu susceptible de faire l'objet d'une déclaration de culpabilité, il peut sembler critiquable de permettre à la victime, dont les intérêts sont nécessairement divergents de ceux du mis en cause, d'influer sur la situation pénale de ce dernier. On pourrait par exemple considérer que l'annulation demandée par la victime ne doit être valable que pour le procès sur les intérêts civils, le droit à la réparation devant être le prisme par lequel l'intérêt à agir de la partie civile doit être analysé. Enfin, cette remarque en appelle une autre car l'on voit poindre ici la logique d'égalité entre les parties. Comme il le sera observé plus tard, ce principe d'égalité constitue d'ailleurs la principale difficulté à l'instauration d'un système qui ne reconnaîtrait un droit d'agir en nullité qu'au mis en cause. A ce titre, on relèvera que la Cour de cassation semble retenir une vision égalitariste du principe d'égalité des armes en considérant que « *toutes les parties au procès doivent disposer des mêmes droits* »[51]. La Cour européenne des droits de l'homme livre une lecture plus souple du principe[52], « *la partie civile n'étant ni l'adversaire du ministère public, ni d'ailleurs nécessairement son allié, leur rôle et leurs objectifs étant clairement distincts* »[53].

8. 4 - Pour conclure, que l'on s'interroge sur la notion d'intérêt à agir dans les divers droits processuels ou que l'on compare l'intérêt à agir en nullité du mis en cause avec celui du ministère public ou de la partie civile, toutes ces visions peuvent servir de postulat de départ pour tenter de définir l'intérêt à agir en nullité de procédure pénale.

9. - Intérêt à agir en nullité et droit à la réparation. Outre les définitions doctrinales précédemment évoquées, la définition de l'intérêt à agir en nullité peut se nourrir de la comparaison avec l'intérêt à agir de la partie civile. L'action en nullité se distingue de l'action civile qui peut être exercée par la victime, soit en même temps que l'action publique devant les juridictions répressives, soit de façon distincte devant une juridiction civile. Pourtant l'action en nullité et l'action civile ont des points de ressemblance, notamment sur la cause de l'action et sur la logique de réparation. A ce titre, il est envisageable que le renforcement de l'intérêt à agir passe par cette logique de réparation. L'action civile vise la réparation d'un dommage directement causé par un crime un délit ou une contravention. Notons qu'en matière de

[51] Cass. crim., 17 sept. 2008, pourvoi n°08-80.598.
[52] V. CEDH, 3 déc. 2002, req. n°48221/19, Berger c/ France et CEDH, 3 oct. 2006, req. n°63879/00, Ben Naceur c/ France.
[53] A. GALLOIS, *Les nullités de procédure pénale*, Gazette du palais, coll. Guide pratique, 2ième éd., 2017, n°133.

constitution de partie civile, ce dommage n'a pas à être prouvé. Dans une logique de parallélisme des formes, l'action en nullité pourrait être envisagée comme l'action en réparation du grief directement né de la violation d'une prescription procédurale. Ce raisonnement permettrait d'irriguer le droit d'agir en nullité du tiers car l'action en nullité appartiendrait alors à tous ceux qui ont personnellement souffert dudit préjudice. Dès lors, pour terminer la définition de l'intérêt à agir, rappelons que « l'action banale », expression créée par la doctrine, est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt personnel au rejet ou à l'acceptation d'une prétention. Ainsi, nous pouvons envisager que l'action en nullité est ouverte au mis en cause qui a un intérêt personnel au rejet ou à l'acceptation d'une demande en nullité. L'intérêt à agir en nullité serait donc la volonté du mis en cause d'améliorer sa situation dans une poursuite pénale en faisant annuler un acte qu'il considère comme irrégulier et lui causant à ce titre, et pour des raisons plus personnelles, un préjudice.

10. - La double légitimité de l'intérêt à agir. Si l'on part du postulat de la théorie de l'action en droit civil, l'existence d'un intérêt à agir est une condition de recevabilité de l'action en nullité. Dans le même sens, pour reprendre l'esprit des articles 171 du CPP et 31 du CPC, cet intérêt doit être légitime. Il ne faut pas concevoir l'adjectif « légitime » sous le sens de sa valeur morale[54] : il s'agit d'un « *intérêt légitime, juridiquement fondé* »[55]. La notion « *évite de confondre recevabilité et bien-fondé* »[56] . Pourtant, elle existe dans ces deux phases de l'action. La notion de légitimité doit donc être réceptionnée comme une capacité à fonder soit la recevabilité, soit le bien-fondé de la demande. Elle est donc intrinsèquement liée à la qualité à agir et au grief qui sont examinés dans les deux hypothèses. Pour le formuler autrement, cette légitimité s'apprécie aux deux stades de l'action en nullité : sur sa recevabilité puis sur son bien-fondé. Contrairement à l'avis d'une partie de la doctrine, il nous semble que l'intérêt à agir en nullité est observable à la fois sur le fondamentalisme procédural et sur le fond de l'affaire[57]. Il n'est pas concevable de considérer que l'intérêt n'est légitime que si la demande est bien fondée car cela conduirait à confondre « *l'action et bien fondé* [et] *c'est à une aporie qu'aboutirait une telle interprétation* »[58]. L'intérêt à agir transcende donc la simple étape de

[54] A l'image de la Cour de cassation qui considère que l'intérêt à agir en nullité du tiers est illégitime s'il a volé le véhicule géolocalisé.
[55] R. IHERING, *L'esprit romain du droit*, trad. O. de MOLENAERE, 2ième ed., Maresq, 1880, t. IV, p. 70 et 71.
[56] V. WIEDERKHER, « La légitimité de l'intérêt à agir », *In Justices et droit du procès : Du légalisme procédural à l'humanisme processuel, Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Dalloz, 2010 p. 878.
[57] A. GALLOIS, *Les nullités de procédure pénale*, Gazette du palais, coll. Guide pratique, 2ième éd., 2017, n°2.
[58] V. WIEDERKHER, « La légitimité de l'intérêt à agir », *In Justices et droit du procès : Du légalisme procédural à l'humanisme processuel, Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Dalloz, 2010 p. 879.

recevabilité et doit être analysé par le prisme de « l'examen » de la demande en annulation. Aussi, cet examen est par conséquent double.

11. - Le double examen de l'intérêt à agir : recevabilité et bien-fondé de la demande. L'intérêt à agir est en premier lieu une condition de recevabilité de la demande. Il s'agit là de l'étape de fondamentalisme procédural. L'intérêt à agir ne peut exister qu'en présence d'une qualité à agir et de la potentialité d'un grief. A ce stade le grief n'a pas à être démontré. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle les nullités d'ordre public, en supposant l'existence d'un grief, facilitent la recevabilité de l'action. Il en va de même lorsque la jurisprudence impose l'existence d'un droit propre pour que le tiers puisse invoquer un potentiel grief. En l'absence de ce droit propre, le grief ne peut donc exister.

11. 1 - L'intérêt à agir est ensuite une condition du bien-fondé de la demande. Si la première étape est franchie avec succès, l'intérêt transcende la question de la recevabilité pour irriguer l'analyse du grief et donc le prononcé de la nullité. C'est à dessein que nous avons uniquement fait ici référence à l'examen de la réalité du grief car c'est sur ce point que se cristallise la majorité de l'analyse portant sur le bien-fondé de l'action en nullité. Sans doute est-ce d'ailleurs la raison pour laquelle les magistrats contestent parfois l'existence de la notion d'intérêt à agir dans le contentieux des nullités de procédure pénale. Effectivement, à ce stade, leur analyse ne se porte plus sur la question de la potentialité mais sur celle de l'existence du grief [59]. Le bien-fondé de la demande en nullité repose donc essentiellement sur les débats autour de l'atteinte aux intérêts. Pourtant l'intérêt à agir demeure, quand bien même il ne serait pas formulé comme tel dans les textes ou la doctrine. Pour preuve, l'examen du bien-fondé de la demande passe par celui des conditions de l'intérêt à agir, *a fortiori* celle relative à l'existence du grief. En outre, la jurisprudence offre un autre exemple de l'existence de l'intérêt à agir au stade de l'examen du bien-fondé. La Cour de cassation vient de déclarer qu'un individu n'avait pas d'intérêt légitime à invoquer la nullité d'une géolocalisation sur un véhicule qu'il avait au préalable volé. Ainsi, si « *l'action n'est pas ouverte à celui qui prétend la fonder sur un principe illégitime* »[60], cela signifie pourtant que l'intérêt à agir existe et qu'il est même analysé. Il est

[59] La qualité à agir n'est quant à elle jamais contestée à ce stade car c'est la loi qui l'attribue et les erreurs sont donc rares. La question de la qualité ne suscite pas des débats comparables à ceux de la constitution de partie civile pour une association par exemple.

[60] V. WIEDERKHER, « La légitimité de l'intérêt à agir », *In Justices et droit du procès : Du légalisme procédural à l'humanisme processuel, Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Dalloz, 2010 p. 877.

simplement illégitime. C'est-à-dire que selon les juges du Quai de l'horloge, en raison de cette illégitimité, il ne possède pas les qualités requises pour fonder l'annulation.

12. - Le doute sémantique. Certains auteurs considèrent que l'intérêt à agir ne relève pas du bien-fondé de la demande mais simplement de la question de la recevabilité s'appuyant sur la potentialité du grief. Peut-être que l'opposition entre cette thèse et la conception dualiste de l'intérêt à agir que nous défendons est d'origine sémantique. Il est vrai que le terme « à agir » sous-entend l'idée qu'il s'agit uniquement de l'intérêt à former l'action. Cet intérêt disparaîtrait donc naturellement au stade de l'examen du bien-fondé pour faire place à l'examen des conditions du grief. Mais pour comprendre la position dualiste ici défendue, il faut concevoir l'intérêt à agir comme l'intérêt à demander la nullité puis comme l'intérêt à obtenir la nullité. Selon notre définition, l'intérêt à obtenir la nullité n'est que la seconde étape de la reconnaissance d'un intérêt à agir par le juge des nullités. En effet, selon nous, l'intérêt à agir existe lors de l'examen du bien-fondé de l'action. Il existe *lato sensu* lorsque ses conditions, c'est-à-dire la qualité et le grief, sont examinées. Il existe *stricto sensu* lorsqu'il fait parfois l'objet d'un examen autonome si la question de sa légitimité se pose. En outre, nombreux sont les auteurs qui défendent l'idée que la légitimité du grief et donc de l'intérêt est systématiquement analysée par le juge. Et ce, quand bien même il ne le formaliserait pas comme tel, ou qu'il ne s'agirait pas d'une condition légale du prononcé de la nullité [61]. Avant de problématiser l'intérêt à agir en nullité, des précisions sur notre champ de prospection doivent être faites.

13. - Limites méthodologiques. Nous limiterons notre champ d'analyse à la réception judiciaire et législative de l'intérêt à agir en nullités de la phase préalable au jugement. Lorsque nous parlerons de « nullités », il s'agira donc de la sanction des « *irrégularités* »[62] de la phase d'enquête et d'instruction. C'est sous cette acception que devra être entendue la référence au « contentieux des nullités ». L'analyse de l'intérêt à agir se tournera principalement vers son traitement par les chambres de l'instruction et la Cour de cassation. Bien qu'il ne faille pas assimiler dans sa totalité le contentieux de l'annulation aux simples nullités de l'information, ces dernières en représentent cependant la part la plus significative car elles en sont le lit naturel. Plusieurs raisons à cela. D'une part, elles ont entraîné une construction législative et prétorienne

[61] Voir notamment : J. PRADEL, « Procédure pénale et morale », *Mélanges Y. Mayaud*, Dalloz, 2017, p. 423.
[62] *V*. notamment : Art. 393 C. pr. pén.

tout à fait conséquente. D'autre part, parce qu'« *au stade de l'instruction, le contentieux se focalise naturellement sur la procédure ; le débat sur la culpabilité n'étant pas encore ouvert* ». Or ces procédures sont longues et constituent souvent un enchevêtrement d'actes et de mesures. Enfin la gravité des faits reprochés incite souvent les individus poursuivis à user de tous les moyens procéduraux disponibles pour faire tomber les charges qui pèsent sur eux. Tous ces paramètres sont autant de facteurs qui nourrissent abondamment le contentieux des nullités de l'information.

14. - Problématique. Si l'on cherche à aborder la question de l'intérêt à agir en nullité de procédure pénale, deux séries de questions méritent d'être posées.

14. 1- La première d'entre elle est : « *qu'est-ce que l'intérêt à agir en nullité ? ».* En effet, toute définition de l'intérêt à agir est imparfaite et ressemble trop souvent à une victoire à la Pyrrhus. Pour preuve, ni la doctrine ni le législateur ne s'y sont risqués. Alors, à tout le moins, peut-on cerner ses fondements et ses finalités ? La réponse à cette question permet-elle d'identifier, *a minima*, les conditions de l'intérêt à agir ? Pour le formuler autrement, la reconnaissance d'un intérêt à agir passe-telle par l'existence d'un grief et d'une qualité à agir, ou bien s'agit-il de conditions distinctes ? En outre, si l'on considère que qualité et grief sont des conditions de reconnaissance de l'intérêt à agir, quels sont les caractères de ces deux conditions, et leur réception a-t-elle *in fine* une incidence sur la reconnaissance de l'intérêt à agir ?

14. 2 - La seconde série de questions concerne l'efficacité de l'intérêt à agir. Celle qui dicte en filigrane toutes les autres pourrait être formulée ainsi : « *Quelles sont les conséquences de la réception prétorienne de l'intérêt à agir et quelles en sont les perspectives d'évolution ? ».* Avant cela, il faudra dresser le bilan de l'intérêt à agir pour mesurer l'efficacité que lui confèrent les juges des nullités. Notons qu'il existe différents statuts de mis en cause, qui représentent autant de demandeurs potentiels à l'action en nullité. Ainsi, la recevabilité de l'intérêt à agir du tiers à un acte de procédure fait-elle l'objet d'un traitement spécifique ? Plus généralement, la jurisprudence apprécie-t-elle différemment l'intérêt à agir selon la nature de l'acte de procédure entaché d'irrégularité ou le droit atteint ? La démonstration du grief est-elle toujours nécessaire ou est-elle à géométrie variable ? Ce constat est-il synonyme d'une politique jurisprudentielle défavorable à la reconnaissance de l'intérêt à agir ou traduit-il simplement une conception

particulière des intérêts en jeu ? Une réponse par l'affirmative conduirait à dresser un bilan de la conception contemporaine de l'équilibre procédural opéré par la Cour de cassation. Fort de ce constat et de l'évaluation de ses conséquences, il faudrait alors se poser une dernière question : « *Quelles sont les perspectives d'évolution du contentieux des nullités et quels pourraient être les outils pour renouveler et améliorer l'efficacité de l'intérêt à agir ?* ».

14. 3 - Ces diverses interrogations, qui mettent en lumière la diversité du régime des nullités, peuvent être synthétisées sur la forme d'une unique question relative aux « contours » notionnels et fonctionnels de l'intérêt à agir et à son efficacité : ***Comment les politiques législatives et jurisprudentielles définissent et appliquent-elles l'intérêt à agir en nullité ?***

15. - Déroulé de la réflexion. Pour tenter de répondre à cette question, il s'agira de scinder le raisonnement en deux étapes. Nous essayerons dans un premier temps de révéler le contenu de l'intérêt à agir en identifiant ses conditions. Dans un second temps, nous proposerons une analyse de la réception contemporaine qui lui est réservée par les juges et le droit positif. Alors, partant du postulat que la protection des droits fondamentaux du mis en cause contribue à la protection de l'intérêt général, diverses propositions seront avancées afin de favoriser la reconnaissance de l'intérêt à agir et renforcer son efficacité dans le contentieux des nullités.

15. 1- Notre démonstration procédera en deux parties, dont chacune s'articulera autour de quelques idées fortes.

16. - Absence de définition. L'intérêt à agir en nullité se caractérise par son absence de définition légale, jurisprudentielle et doctrinale. Il faut alors se contenter, comme postulat de départ, d'une définition *lato sensu* de l'intérêt à agir correspondant à « *l'avantage procuré par l'action* »[63]. Pour mieux appréhender cette notion, qui effectivement « *n'est pas pleinement satisfaisante* »[64], l'étude de ses fonctions et de ses finalités peut s'avérer intéressante. Ainsi, l'intérêt à agir participe du droit d'agir en nullité en permettant l'accès au juge et l'exercice d'un recours juridictionnel effectif. En outre, quand bien même il n'existerait pas de « *condition*

[63] C. AMBROISE-CASTEROT, « Action civile », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2017, n°158.
[64] N. CAYROL, « Action en Justice », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, 2017, n°221.

positive de l'action tenant à l'intérêt »[65], deux éléments nous servirons de postulat. En premier lieu, l'intérêt à agir est une condition « *se situant au tout premier rang des conditions de recevabilité* »[66]. En second lieu, deux conditions sont nécessaires à l'existence de l'intérêt à agir : une qualité à agir du requérant et une atteinte à un droit substantiel provoqué par la méconnaissance des règles procédurales. Nous les nommerons ici « grief ». Sur la première condition, la doctrine diverge quant à savoir si la qualité est autonome de l'intérêt. En outre, la question du grief est elle aussi sujette à débat. Faut-il considérer que l'intérêt à agir est une condition de recevabilité de la demande et qu'ainsi c'est la potentialité de l'existence du grief qui doit être démontrée ? Faut-il à l'inverse concevoir l'intérêt à agir comme une condition de l'examen du bien-fondé de la demande posant donc l'obligation de démontrer l'existence du grief ?

17. - Une définition théorique pour des finalités pratiques. En l'absence de cadre théorique partagé et précis, nous allons tenter de définir l'intérêt à agir comme la somme d'une qualité à agir et d'un grief. Ainsi, c'est donc une « définition par les conditions » que nous proposons. Quand bien même cette définition sera imparfaite, ce qui importe c'est qu'elle fournisse un cadre conceptuel minimal à l'examen concret de la recevabilité *stricto sensu* ou *lato sensu* des demandes en nullité. En d'autres termes, l'intérêt à agir en nullité doit être selon nous une notion plus fonctionnelle que conceptuelle. La principale difficulté résidera dans le caractère hétérogène de la notion d'intérêt à agir. Ce sentiment se confirme à mesure que l'on observe ses « *conditions de mise en œuvre* [qui] *constituent une question complexe dont l'étude laisse une impression d'opacité* »[67]. Et si chacune de ces deux conditions peut susciter des interrogations quant à leur contenu, il n'en demeure pas moins que la qualité à agir est le siège naturel de l'intérêt à agir du requérant, et que le grief en est la justification substantielle.

18. - Qualité à agir et grief. La qualité à agir renvoie à la notion de partie concernée. Le demandeur doit avoir la qualité de partie à la procédure. Cette désignation par les textes n'est pas sans rappeler la théorie civiliste de « l'action attitrée »[68] qui réserve la possibilité d'agir « *aux seules personnes que la loi qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou*

[65] H. MOTULSKY, *Principe d'une réalisation méthodique du droit privé : la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Dalloz, coll. Sirey, 1948, rééd. 2002, n°71.
[66] F. KERNAGUELEN, *Institutions judiciaires*, LexisNexis, coll. Manuels, 6ième éd., 2015, n°72.
[67] J. DANET, « Les nullités, un contrôle efficace de la procédure ? », *AJ Pénal*, n°4/2005, avril 2005, p.133.
[68] Voir notamment les articles 31, 325, 327 du Code de procédure civile.

pour défendre un intérêt déterminé »[69]. Mais la condition de qualité se complexifie lorsque les articles 802 et 171 du Code de procédure pénale imposent que la partie soit concernée par l'acte dont elle demande l'annulation. Si les faits lui sont étrangers, le requérant perd-il sa qualité à agir ? La réception de la qualité varie-t-elle selon que la règle violée soit d'ordre public ou d'intérêt privé ? Pour rajouter à cette opacité, la notion de partie concernée « *est tantôt confondue avec celle de l'intérêt à agir, tantôt avec celle du grief* »[70]. Cette dernière référence au grief révèle son rôle central dans le contentieux des nullités mais la potentialité d'une atteinte aux droits substantiels est une exigence que le législateur et la jurisprudence ont voulu à géométrie variable. D'une part, il dicte l'organisation du régime des nullités par le biais de la distinction entre nullité d'ordre public et nullité d'intérêt privé. Tantôt présumées[71], tantôt exigées, son existence et sa démonstration varient selon l'étape de la demande en nullité. Le cœur de l'intérêt à agir étant la recevabilité de l'action, c'est donc un grief potentiel qui est nécessaire au stade de l'examen de recevabilité. Mais l'intérêt à agir perdure au-delà de la recevabilité. Lorsque c'est le bien-fondé de la demande qui est examiné, il ne s'agit donc plus de démontrer la potentialité du grief mais de le démontrer tout à fait. En ce sens, selon certains auteurs, l'article 802 du Code de procédure pénale n'est qu'une déclinaison de « la théorie des nullités substantielles »[72] et c'est la raison pour laquelle que le grief correspond à une atteinte portée aux droits substantiels du requérant **(PREMIÈRE PARTIE)**.

19. - Evolutions jurisprudentielles. Les pourvois portés devant la Cour de cassation en matière de nullité font l'objet d'un contrôle très approfondi. « *En ce domaine, elle est quasi-juge du fait* »[73] car elle n'hésite pas à contrôler l'exigence de grief et sa démonstration. En parallèle des évolutions législatives, la jurisprudence a elle aussi oscillé entre continuité et contradiction des régimes élaborés, persévérance - d'aucuns diront obstination - et revirement. La réception de la demande en nullité du tiers en est le plus parfait exemple. Raisonnant parfois sur l'intérêt, parfois sur la qualité, la jurisprudence a désormais développé la notion de droit propre. Plus généralement, le régime des nullités rencontre une importante disparité sur les

[69] T. DEBARD, S. GUINCHARD (sous la dir. de), *Lexique des termes juridiques 2016-2017*, Dalloz, coll. Lexiques, 24ième édition, 2016, p. 30.
[70] F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, N. MOLFESSIS (sous la dir. de), *Traité de procédure pénale*, Economica, coll. Corpus de droit privé, 4ième éd., 2015, n°2020.
[71] Par exemple dans le cas des nullités d'ordre public et les nullités d'intérêt privé assimilées.
[72] F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, N. MOLFESSIS (sous la dir. de), *Traité de procédure pénale*, Economica, coll. Corpus de droit privé, 4ième éd., 2015, n°1991.
[73] L. BORÉ, « Nullités et autres exceptions de procédure pénale : le pourvoi en cassation », Dossier Dalloz actualité, 2008.

causes et les effets des nullités. Une lecture systémique des décisions est donc très délicate. Il en résulte un manque de clarté et de cohérence du régime dénoncé par nombre de chercheurs et praticiens.

20. - Jurisprudence casuistique et manque de cohérence. Les juges du Quai de l'horloge mènent une analyse casuistique et pragmatique des cas de nullité, ne voulant pas être liés par des solutions trop abstraites et conserver une marge d'adaptation pour suivre les évolutions du contentieux. Une telle démarche est certes louable, voire même salutaire à certains égards, mais cette logique, poussée à son paroxysme, a des conséquences parfois plus dommageables que les comportements que la Cour entendait rectifier. Insécurité juridique, disparition du caractère incitatif des nullités, atrophie du principe de légalité et de loyauté des preuves[74] sont autant de maux imputables à cette « jurisprudence du cas par cas ».

21. - Apport et influence de la norme internationale. Depuis une dizaine d'années on assiste à une mutation du contentieux des nullités, sous l'effet des divers mouvements jurisprudentiels et des réformes « *qui ont eu pour conséquence une instabilité des textes, un émiettement des règles et une certaine insécurité juridique* »[75]. Par exemple, dès 2006, la Cour de cassation, consciente des difficultés que sa propre jurisprudence avait participé à construire, a organisé un cycle de colloques dont le thème est évocateur : « La procédure pénale en quête de cohérence »[76]. Les acteurs aspirent en réalité à retrouver « *les voies d'une cohérence dans tout cet ensemble* »[77]. Et parmi celles qui peuvent être proposées, le droit conventionnel est selon nous une solution intéressante qui imprégnera notre analyse.

21. 1 - En effet, la Cour européenne des droits de l'homme a souvent servi de « guide » au moyen de ses sanctions en matière de nullité. En témoigne l'incidence des arrêts Lambert[78]

[74] Voir notamment : P.-J DELAGE, « Le laisser-faire de l'autorité publique et le principe de la loyauté de la preuve », *RSC* 2018, p. 117.
[75] R. DE GOUTTES « L'apport de la norme internationale à la cohérence de la procédure pénale et à l'Humanisme processuel », *In Justices et droit du procès : Du légalisme procédural à l'humanisme processuel, Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Dalloz, 2010, p. 927.
[76] Voir notamment : *La procédure pénale en quête de cohérence*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2007.
[77] . DE GOUTTES « L'apport de la norme internationale à la cohérence de la procédure pénale et à l'Humanisme processuel », *In Justices et droit du procès : Du légalisme procédural à l'humanisme processuel, Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Dalloz, 2010, p. 928.
[78] CEDH, 24 août 1998, req. n°23618/94, Lambert c/ France ; *D.* 1999, obs. F.-F RENUCCI ; *RSC* 1998. 829, obs. L.-E PETITI ; *RTD civ*. 1998, 994, obs. J.-P MARGUENAUD.

et Mathéron[79] qui ont conduit les juges de la Chambre criminelle à modifier en profondeur sa vision de l'action en nullité d'un tiers à un acte de procédure.

21. 2 - Mais outre son rôle de sanction, la jurisprudence conventionnelle peut aussi revêtir un rôle de direction. Par l'esprit des paradigmes jurisprudentiels qu'elle dégage, elle peut être un moyen de concevoir différemment le rôle du contentieux des nullités et de l'intérêt à agir. C'est la raison pour laquelle il sera souvent fait référence à sa jurisprudence dans les développements qui suivront. D'une part, parce qu'elle a eu une incidence conséquente sur le traitement de l'intérêt à agir et de ses conditions en droit interne. D'autre part, parce qu'elle tempère certaines aspirations politiques liberticides dans les moments d'émotion collective. En d'autres termes, elle permet « *de contenir, de canaliser les politiques pénales face aux emballements, aux mouvements inévitables de nervosité de la répression, voire aux tentations d'arbitraire sous la pression des circonstances* ».[80] Enfin, elle irrigue le droit positif et la recherche d'équilibre par le juge des nullités grâce au contrôle de nécessité et de proportionnalité de la répression ; contrôle qui s'inscrit de plus en plus dans le paysage du contentieux des nullités.

22. - Un sujet au cœur de l'actualité. Ces perspectives d'évolution nous montrent que le contentieux des nullités, et par conséquent l'intérêt à agir, soulèvent des questions imprégnées par l'actualité de la procédure pénale et l'actualité politique. Les questions soulevées par la loi de programmation en sont un exemple. Dans la période de tentation sécuritaire que nous traversons, l'idée selon laquelle la procédure pénale illustre « le fond qui remonte à la surface » semble plus que jamais justifiée. Les évolutions législatives récentes démontrent que les mesures attentatoires aux libertés dépassent largement le seul cadre de la vie privée ou du droit à l'avocat de tel ou tel individu. Elles soulèvent la question « *des atteintes aux principes de la liberté que la démocratie peut supporter* »[81]. Dans cette dynamique quel rôle peut/pourra jouer l'intérêt à agir ?

[79] CEDH, 29 mars 2005, req. n°57752/00, Matheron c/ France ; *D.* 2005. 1775, note J. PRADEL ; *RSC* 2006. 662, chron. F. MASSIAS ; *JCP* 2005, II, 10091, obs. L. DI RAIMONDO.
[80] R. DE GOUTTES « L'apport de la norme internationale à la cohérence de la procédure pénale et à l'Humanisme processuel », *In Justices et droit du procès : Du légalisme procédural à l'humanisme processuel, Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Dalloz, 2010, p. 929.
[81] J. DANET, « Nullités : qualité à agir et atteinte aux intérêts de la personne concernée, vers une régression des droits de la défense ? », *RSC* 2013, p. 592.

22. 2 - Les juges strasbourgeois ont réussi à imposer aux Etats des garanties et des principes directeurs de la procédure pénale, quel que soit le mode de répression de la criminalité adopté. En construisant ce modèle de procédure équitable, la CEDH se révèle être « *un puissant facteur de cohérence et de garantie d'humanisme pour nos systèmes processuel* »[82]. Les juges et le législateur, qui administrent le contentieux des nullités, doivent s'en inspirer. Réaffirmer ces exigences pourrait être un élément de solution dans l'optique d'une nouvelle conception de l'intérêt à agir en nullité, recentrée sur les droits substantiels de procédure. Différentes propositions tendant à réviser l'intérêt à agir seront alors avancées. Il s'agira par exemple de s'interroger sur la pertinence de la notion d'intérêt propre pour renforcer l'intérêt à agir du tiers, ou encore sur la possibilité de présumer l'existence d'un grief dans toutes les hypothèses d'irrégularités procédurales **(SECONDE PARTIE)**.

[82] R. DE GOUTTES « L'apport de la norme internationale à la cohérence de la procédure pénale et à l'Humanisme processuel », *In Justices et droit du procès : Du légalisme procédural à l'humanisme processuel, Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Dalloz, 2010, p. 927.

Première partie

LES CONTOURS DE L'INTÉRÊT À AGIR DANS LE CONTENTIEUX DES NULLITÉS PROCÉDURALES

Ennemie de l'arbitraire, la forme est la sœur jumelle de la liberté[83]. Cette finalité vers laquelle tend la procédure pénale, trouve un ancrage certain en matière de nullités. La condition originelle d'une demande en nullité réside dans l'inobservation des prescriptions légales, la nullité visant à sanctionner cette violation. « *Plus qu'une simple erreur de procédure,* [la nullité] *révèle une faute de procédure* »[84], voire même « *une infraction de procédure* »[85], comme peut le laisser entrevoir la référence textuelle à la « peine de nullité »[86]. Condition du droit d'agir permettant l'accès un juge des nullités, en supposant un droit à la recevabilité des demandes en nullités, la reconnaissance d'un intérêt à agir résulte d'une conciliation délicate entre les droits du requérant et la bonne administration de la justice. Pourtant l'absence de définition et « *les contours flous* »[87] de l'intérêt à agir rendent sibylline toute tentative de systématisation de ses caractéristiques. Notion plus fonctionnelle que définitionnelle, l'observation des conditions de sa reconnaissance et de ses finalités laisse entrevoir la perspective de lui donner un contenu **(TITRE I)**.

Cet espoir est pourtant vite déçu. Les articles 171 et 802 du Code de procédure pénale posent une condition de fond intangible relative au prononcé des nullités : la méconnaissance des règles encadrant la réalisation des actes d'enquête ou d'instruction doit avoir causé un grief à la partie concernée. Selon la nullité invoquée l'exigence de démonstration de la potentialité du grief varie. Il en va de même pour l'étendue de l'annulation. L'hétérogénéité de la réception des conditions et des effets de l'intérêt à agir ne sont pas sans conséquences sur ce dernier. Sa démonstration est parfois inutile lorsque le grief est présumé, parfois impossible lorsque le requérant est dépourvu de qualité à agir **(TITRE II)**.

---

[83] R.-V. JHERRING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, Maresque, 1958, p. 158.
[84] A. GALLOIS, *Les nullités de procédure pénale*, Gazette du palais, coll. Guide pratique, 2ième éd., 2017, n°1.
[85] A. GALLOIS, *Les nullités de procédure pénale*, Gazette du palais, coll. Guide pratique, 2ième éd., 2017, n°2.
[86] Art. 408 du C. pr. pén.
[87] « Touche pas à ma garde à vue », *AJP* 2012, p. 159.

Titre I. L'intérêt à agir défini par l'existence d'un grief

Le contentieux des nullités s'articule autour de deux idées majeures. Tout d'abord, la nullité vise à sanctionner un acte d'enquête ou d'instruction qui n'aurait pas satisfait aux exigences fixées par les règles de fond ou de forme. La seconde est synthétisée par le vieil adage juridique « pas de nullité sans grief ». Malgré ces deux données tenues pour acquises, le travail de définition de l'intérêt à agir demeure compliqué, voir byzantin. Quels sont les enjeux que revêt cette exigence de grief ? L'article 171 du Code de procédure pénale laisse à penser que l'action en nullité « *n'est recevable que si celui qui l'intente a effectivement subi un préjudice* »[88] en raison de la violation d'une disposition légale, substantielle[89] ou imposée à peine de nullité[90]. La définition de l'intérêt à agir commence par le constat qu'un grief est nécessaire.

Il règne autour de la notion de l'intérêt à agir un flou conceptuel entretenu par l'absence de définition légale et par une jurisprudence abondante dont la lecture est mal aisée. L'intérêt à agir, direct et personnel, conduit à dépasser le champ de la procédure pénale pour s'interroger sur la légitimité de l'intérêt à agir. En autorisant le justiciable à se défendre devant le juge des nullités, l'intérêt à agir s'inscrit dans le cadre plus large du droit d'agir en justice. Garantie de l'Etat de droit, cet accès à un juge des nullités est sans doute l'un des premiers éléments définitionnels de l'intérêt à agir **(Chapitre I)**.

L'intérêt à agir est une notion plus fonctionnelle que conceptuelle. L'analyse de ses conditions peut donc permettre de mieux l'appréhender. En outre, le droit judiciaire privé offre une aide non négligeable pour établir deux grandes conditions de sa reconnaissance : la qualité à agir et l'existence d'un grief. « *Preuve de leur importance, les formalités procédurales sont des formalités substantielles* »[91] et c'est la raison pour laquelle les fondements de l'intérêt à agir tendent à la protection des garanties procédurales du justiciable. Parmi eux, la légalité dans l'administration des preuves pénales occupe une place de choix (**Chapitre II**).

[88] G. STEFANI, G. LEVASSEUR, B. BOULOC (sous la dir. de), « Procédure pénale », Dalloz, coll. Précis Dalloz, 26ième éd., 2018, n° 266.
[89] Art. 171 du C. pr. pén.
[90] Par ex. : art 56, 56-1, 57, 59, 78-3, 100-7, 393, al. 4, C. pr. pén.
[91] A. GALLOIS, *Les nullités de procédure pénale*, Gazette du palais, coll. Guide pratique, 2ième éd., 2017, n°1.

Chapitre 1. L'intérêt à agir en nullité : hétérogénéité de la notion

La recevabilité d'une requête en annulation, d'un acte d'enquête ou d'instruction, nécessite que deux conditions soient satisfaites. Tout d'abord, le requérant doit être titulaire d'un droit d'agir en nullité. Si de prime abord cette exigence pourrait revêtir des allures de pléonasme, pourtant le droit d'agir en justice est une question centrale dans le contentieux des nullités. Il est en même temps la condition et la conséquence de la reconnaissance d'un intérêt à agir en nullité. « *C'est donc essentiellement sous l'angle de la recevabilité de la demande* » que le juge analyse le droit d'agir en nullité du requérant. C'est à travers ce même prisme que nous allons essayer de définir l'architecture de ce droit, que l'on pourrait qualifier de « droit d'accès à un juge des nullités » (**Section 1**).

Pour soulever la nullité d'un acte réalisé dans la phase préalable au jugement, le requérant doit y avoir intérêt. Bien sûr, « *l'intérêt à agir n'est pas une notion spécifiquement procédurale* »[92]. Pourtant, il semble revêtir dans les nullités de procédure pénale des caractéristiques spécifiques. Cela sera la première pierre de notre entreprise de définition, qualifiée par certains auteurs de « *difficulté qui semble insurmontable* »[93] **(Section 2)**.

Section 1. Intérêt à agir, condition du droit d'agir en nullité

23. - La question centrale de la recevabilité de la demande. On relèvera tout d'abord que « *le contenu du droit fondamental d'agir en justice varie considérablement, selon qu'il est limité aux questions de recevabilité ou qu'il englobe tous les problèmes d'accès à la justice* »[94]. Mais la recevabilité étant la question centrale de l'intérêt à agir en nullité, c'est à travers ce prisme que nous aborderons le droit d'agir en nullité.

[92] V. WIEDERKHER, « La légitimité de l'intérêt à agir », *In* Justices et droit du procès, Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard, Dalloz, 2010, p. 877.
[93] N. CAYROL, « Action en justice », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, 2017, n°224.
[94] M. GUERRIN, « Nullités de procédure », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2017 n°183.

Cet essai de définition et de systématisation des éléments fondamentaux du droit d'agir en nullité se fera alors en deux étapes. Les critères établis par la procédure civile permettent de définir les contours du droit d'agir. Ils offrent en cela un point de départ intéressant à une proposition de définition du droit d'agir en nullité **(Paragraphe 1)**. Fort de cette base définitionnelle, nous tenterons de proposer diverses justifications à l'existence d'un droit d'agir en nullité grâce aux droits fondamentaux qui irriguent cette notion **(Paragraphe 2)**.

Paragraphe 1. Définition du droit d'agir en nullité

Le droit d'agir en nullité soulève la question des conditions de recevabilité des prétentions. Il ne doit donc pas être assimilé à l'examen du bien-fondé de ces dernières. Cette distinction apporte un éclairage sur le rôle joué dans cette notion par l'intérêt et la qualité à agir. Plus que des conséquences du droit d'agir, ils en sont des conditions d'effectivité **(A)**. Le droit d'agir en nullité autorise le requérant à demander la nullité des actes lui causant un préjudice. Le grief est donc au cœur du droit d'agir qui vise à en réparer les conséquences **(B)**.

A. Un droit à la recevabilité des demandes en nullité

N'intéressant pas la question du bien-fondé des prétentions, le droit d'agir permet au requérant de formuler la demande en nullité **(1)**. Pour que la demande soit recevable, il doit avoir une qualité et un intérêt à le faire. L'un et l'autre sont des conditions du droit d'agir **(2)**.

1. Droit de demander la nullité des actes

24. - Distinction fondamentale entre recevabilité et examen. Dans le Code de procédure civile, la recevabilité des prétentions relève du principe énoncé à l'article 32 : *« est irrecevable toute prétention émise par ou contre une personne dépourvue du droit d'agir ».* Le droit d'agir ne peut exister qu'en présence d'une prétention recevable. Réciproquement, *« sans action, les prétentions sont irrecevables »*[95]. La question de la recevabilité des prétentions est donc au cœur du droit d'agir[96]. L'article 30 du Code de procédure civile dispose quant à lui que « *l'action est le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin*

[95] N. CAYROL, « Action en justice », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, 2017, n°1.
[96] N. CAYROL, « Action en justice », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, 2017, n°2.

que le juge la dise bien ou mal fondée. Pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bien-fondé de cette prétention ». Il existe donc une distinction fondamentale entre les conditions de recevabilité de la demande et ses chances de succès. Ainsi, la recevabilité de la prétention ne présume pas que le juge l'estimera bien ou mal fondée, la réponse judiciaire aux demandes formulées n'intervenant que dans un second temps. La distinction entre « *les conditions de recevabilité des prétentions et les conditions du bien-fondé de celles-ci* »[97] existe également dans le droit d'agir en nullité. La possibilité de soulever la nullité d'un acte est un droit ouvert à l'individu se disant victime du non-respect d'une obligation procédurale, sans que ce droit d'action lui soit refusé *a priori*, en préjugeant de la réalité de l'atteinte invoquée.

25. - Droit à la recevabilité des demandes en nullités. Le droit d'agir en nullité doit être assimilé au droit pour le mis en cause de contester les actes de procédure. Ce droit de « formulation de la demande » autorise un recours devant le juge lorsque le mis en cause s'estime victime d'une irrégularité ayant atteint l'un des droits dont il est titulaire. Cette articulation entre titularité du droit et grief est au cœur de l'exercice du droit d'agir en nullité.

2. Qualité et intérêt dans le droit d'agir en nullité

26. - La qualité et l'intérêt à agir. Classiquement, deux conditions président la reconnaissance d'un droit d'agir en nullité car elles conditionnent la recevabilité des demandes en justice. Sans les développer de façon exhaustive ici, ces deux éléments sont la qualité à agir et l'intérêt à agir[98]. La qualité à agir se déduit en principe de la qualité de partie à la procédure. Auront donc droit d'agir dans le contentieux des nullités de procédure pénale, les personnes mises en causes, les mis en examens, les témoins assistés, ainsi que les tiers. Pour avoir intérêt à agir, le demandeur à la nullité doit se prévaloir de l'atteinte à l'un de ses droits et prouver le caractère personnel et direct du grief potentiel qu'il invoque.

27. - Le droit d'agir en nullité et ces deux « qualités »[99]. La qualité pour agir et l'intérêt à agir sont avant tout les éléments substantiels du droit d'agir en nullité. C'est en sens

[97] N. CAYROL, « Action en Justice », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, 2017, n°3.
[98] Les définitions ci-dessous de ces deux éléments sont celles que nous jugeons les plus pertinentes. Il conviendra cependant de noter que leur « ligne de démarcation » est moins nette dans l'analyse de la jurisprudence de la Cour de cassation et fait l'objet de débats doctrinaux.
[99] « Qualité » doit être entendu *lato sensu* comme un élément définitionnel. Il s'agit ici de l'intérêt et de la qualité.

que nous parlons de « qualité » du droit d'agir ; au sens de « caractéristiques fondamentales »[100]. Il serait par exemple possible de définir le droit d'agir en nullité en comparant la qualité et l'intérêt à des « atomes ». Délesté de l'un ou de l'autre de ces éléments, ce droit n'existerait plus. Certes, lors de l'examen de recevabilité, qualité à agir et intérêt à agir peuvent évoluer. Le droit d'agir évoluera donc également mais il s'agit là seulement de la mise en application du droit d'agir. La matière composée par les atomes peut changer de forme, mais sa substance reste la même. De l'examen de la qualité et de l'intérêt à agir dépendra donc l'acceptation au cas par cas d'un droit d'agir en nullité. Ainsi, la définition législative et prétorienne de ces deux éléments subordonne la reconnaissance d'un droit d'agir en nullité[101].

B. Le rôle central du grief

28. - La réparation d'un grief : cœur du droit d'agir en nullité. Le requérant dispose d'un droit d'agir en nullité afin de pallier les conséquences du grief occasionné. Ce grief résulte du préjudice provoqué par la violation des règles de procédure textuelles ou substantielles[102]. La question de la capacité d'exercice du droit d'agir est bien l'un des éléments traditionnellement rattachés à la question de la qualité mais il ne soulève pas de difficultés particulières ici[103].

29. - Victime directe et victime indirecte : l'identité du titulaire du droit d'agir. Pour une partie de la doctrine, la question de la qualité est binaire. Soit le requérant est la victime directe de l'atteinte, soit il en est la victime indirecte. L'un et l'autre disposent d'un droit d'agir mais son effectivité est en revanche plus variable dans la jurisprudence[104]. Tel est par exemple le cas lorsque le requérant n'était pas directement concerné par l'acte. En outre, cette réflexion

[100] Pour le formuler autrement, il s'agit « d'éléments d'identification » du droit d'agir.
[101] Voir notamment : J. BERGEL, *Méthodologie juridique*, PUF, coll. Thémis droit, 2ième éd., 2016, 453 pages. Selon « la théorie des cas semblables », le juge aura à sa disposition un référentiel, établi grâce aux affaires précédentes, pour observer si en l'espèce il retrouve les mêmes caractéristiques de la qualité pour agir et de l'intérêt à agir en nullité. L'examen de la qualité pour agir et de l'intérêt à agir a pour conséquence d'en faire des « conditions » du droit d'agir en nullité.
[102] Rappelons d'une part que la présente étude se concentre sur les demandes en nullité formulées par une personne poursuivie, un mis en examen, ou un témoin assisté. Voir *infra* n°45 pour une succincte comparaison avec l'intérêt à agir du Parquet et la partie civile.
[103] Voir sur ce point : B. BOULOC, *Procédure pénale*, Dalloz, coll. Précis Dalloz, 24ième édition, 2014, pages 217 à 220.
[104] Si pour certains la notion de droit propre s'accompagne d'une réflexion autour de la qualité à agir, pour d'autres, c'est l'intérêt à agir qui cristallise le débat. C'est à cette dernière thèse que nous nous rallions.

se rapproche de la question des nullités soulevées par un tiers[105], ce dernier devant parfois démontrer un grief causé à un droit dont il est personnellement titulaire[106].

30. - L'intérêt à agir synonyme de droit d'agir ? La question du bien-fondé de la demande n'est pas tout à fait hermétique à la question de la recevabilité. En effet, le grief tient une place fondamentale dans la reconnaissance du droit d'agir puisque ce droit appartient à celui qui estime devoir obtenir réparation. En cela il a un intérêt à l'action. Sur ce sujet l'article 31 du Code de procédure civile est éloquent. Il en fait une condition « d'ouverture » de l'action en précisant que « *l'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention* ». Il existe donc un véritable parallélisme avec l'action en nullité de procédure. Or, droit d'agir et intérêt à agir sont tous deux des conditions nécessaires à l'annulation de l'acte. Mais le droit d'agir précède-t-il l'intérêt à agir ? La question semble insoluble car tous deux sont des conditions de recevabilité de la demande d'annulation. En revanche c'est dans la notion d'intérêt à agir, que s'exprime le mieux l'exigence de grief[107]. Formellement, il peut exister un droit d'agir en nullité sans grief. Par exemple, si le grief a mal été évalué par le requérant. Le juge refusera simplement ensuite de prononcer la nullité. En revanche le refus de droit d'agir en présence d'un grief est plus critiquable. Tel peut être la situation provoquée par les règles de formes. Ces dernières sont la preuve de l'imbrication entre droit d'agir et intérêt à agir car elles influent sur les deux.

Paragraphe 2. Fondements du droit d'accès au juge des nullités

Le droit d'agir en justice s'articule autour de deux principaux fondements qui rendent effectif l'intérêt à agir en nullité. Il s'agit du droit d'être entendu sur ses prétentions **(A)** et du droit d'accès un tribunal **(B)**.

A. Droit d'être entendu sur le fond de ses prétentions[108]

31. - Comme le souligne le Professeur Cayrol, l'idée de liberté qui accompagne le droit d'agir en justice peut revêtir une signification particulière visant à en faire une liberté positive.

[105] Voir sur ce point : Y. CAPDEPON, « La nullité d'une écoute téléphonique réalisée sur la ligne d'un tiers », *Droit pénal*, 2017, étude 12.
[106] Voir par exemple : Cass. crim., 14 févr.2012, n°11-84.694 : JusrisData n°2012-002124 ; *Dr pén.* 2012, comm. 61 ; *JCP G* 2012, 485, note J. PRADEL.
[107] Il faudra relever ici que la démonstration ou la présomption du grief n'a pas d'incidence sur l'existence du grief. Celui-ci existe, ce sont simplement les modalités de sa reconnaissance qui varient.
[108] N. CAYROL, « Action en Justice », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, 2017, n°179.

31. - Cette liberté peut se définir comme celle « *d'être entendu sur le fond de ses prétentions et d'obtenir positivement une réponse du juge* » [109]. En matière de nullité, cette réponse positive doit être perçue comme l'examen de la demande en nullité par le juge. Cette notion, rapportée à l'intérêt à agir, trouve un écho particulier. Elle autorise le requérant à soulever une nullité procédurale. Elle suppose donc que l'intérêt à agir en nullité soit lui-même analysé à travers le prisme de cette « liberté à être entendu sur ses prétentions ». Comme il le sera développé ultérieurement, cette notion pourrait servir de fer de lance à l'idée d'une réception judiciaire moins stricte de l'intérêt à agir en nullité[110].

B. Droit d'agir en justice et droit d'accès à un tribunal [111]

32. - La procédure civile vient à nouveau irriguer la définition de l'intérêt à agir en nullité grâce à la distinction binaire entre le droit fondamental d'accès à un tribunal et le droit fondamental d'agir en justice. Si le premier correspond au droit de pouvoir présenter ses arguments à un juge, le second est le droit d'obtenir un jugement au fond de ce même juge. Ces deux droits sont liés, l'un supposant la réalisation de l'autre. Le droit d'agir en justice est donc la condition de l'existence d'un contentieux des nullités de procédure pénale. Le droit d'accès à un juge de la nullité est quant à lui la condition de l'efficacité de ce contentieux. Pour qu'il existe un intérêt à agir dans les nullités de la phase préalable au jugement, il faudra donc qu'il existe un droit d'agir en justice pour présenter les nullités et un droit d'accès au juge pour que ces dernières soient examinées. « *En ce sens, le droit d'accès aux tribunaux précède le droit d'agir et par là se distingue de lui. Mais si distincts soient-ils, ces deux droits fondamentaux ne sont pas sans rapport* » et de leur examen dépendra l'invocabilité d'un droit d'agir en nullité et la démonstration d'un intérêt à le faire[112].

33. - Synthèse. De ces deux droits fondamentaux, un troisième peut être formalisé. Plus adéquat au contentieux des nullités, il pourrait être nommé « droit d'accès à un juge des nullités ».

---

[109] N. CAYROL, « Action en Justice », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, 2017, n°179.
[110] Voir *infra* n°225 à n°231 à propos de la protection des droits du requérant comme principal paradigme.
[111] N. CAYROL, « Action en Justice », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, 2017, n°180.
[112] M.-A. FRISON-ROCHE, « Principe et intendance dans l'accès au droit et l'accès à la justice », *JCP 1997*, n° 4051.

Section 2. Intérêt à agir, incertitudes de la notion

L'intérêt à agir se situe « *au tout premier rang des conditions de recevabilité* »[113]. S'il est la condition première de l'action en nullité, il est revanche impossible d'en donner une définition exhaustive. Le législateur ne s'y est d'ailleurs pas risqué car il se contente d'y faire référence sans livrer son contenu ou ses conditions de réalisation. Derrière cette grande généralité de la notion, se cache un questionnement juridique qui transcende un découpage du droit par matière : la légitimité de l'intérêt à agir **(Paragraphe 1)**. Il est cependant possible de définir *a minima* l'intérêt à agir. Il devra être personnel et direct. Comparé à l'action civile, l'intérêt à agir du mis en cause revêt néanmoins certaines spécificités **(Paragraphe 2)**.

Paragraphe 1. Les contours sibyllins de la notion

Condition substantielle de l'action en nullité, l'intérêt à agir doit cependant faire face à deux données qui rendent délicate son appréhension. Tout d'abord il n'est pas défini. Cette situation emporte nécessairement des conséquences sur le contentieux des nullités **(A)**. En outre, il soulève une réflexion qui relève de la philosophie du droit sur la légitimité de son existence **(B)**.

A. Une condition de l'action en nullité malgré l'absence de définition

34. - Condition substantielle de l'action en nullité. L'article 31 du Code de procédure civile énonce que « *l'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention* ». L'article 546 du même Code fait référence à un « *droit d'appel* [qui] *appartient à toute partie qui y a intérêt* ». A propos des nullités de procédure pénale, l'article 171 dispose qu'elles pourront être soulevées s'il est « *porté atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne* ». La proximité de ces dispositions de droit judiciaire privé et de procédure pénale a donc pour effet de ramener toutes les conditions de la recevabilité à l'existence d'une seule : l'intérêt à agir[114]. L'intérêt à agir est donc une condition « *se situant au tout premier*

[113] F. KERNALEGUEN, *Intérêt, qualité, pouvoir : le ménage à trois de la théorie de l'action ?*, *in* Justices et droit du procès, Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard, 2010, Dalloz, p. 771.
[114] N. CAYROL, « Action en justice », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, 2017, n° 219.

rang des conditions de recevabilité »[115]. Ce constat s'inscrit alors dans la continuité de l'adage du droit français « *pas d'intérêt, pas d'action* »[116]. A ce stade, il est donc possible de conclure que le requérant devra nécessairement avoir un intérêt à agir en nullité.

35. - Absence de définition. C'est l'une des difficultés majeure de l'intérêt à agir et certains auteurs l'ont d'ailleurs qualifié de « *notion introuvable* »[117]. Aucune disposition légale n'énonce ses critères, à tel point que les références à l'intérêt soulèvent en creux la question « *mais au juste, qui sait ce qu'il faut entendre par intérêt ?* »[118]. On pourrait être tenté d'en « *arriver à la conclusion qu'il n'existe pas de condition positive de l'action tenant à l'intérêt* »[119].

35. 1 - On relèvera également l'existence d'un véritable paradoxe entre les conséquences de l'intérêt à agir et son absence totale d'encadrement textuel. Si d'aucuns y verront une solution offrant au juge une « marge de manœuvre » conséquente, le contraste n'en demeure pas moins saisissant avec l'exhaustivité des causes de nullité visées aux articles 170 et suivants du Code de procédure pénale.

36. - Conséquences de l'absence de définition. Cette absence d'ancrage textuel ouvre la voie à de vifs débats prétoriens et doctrinaux autour de la distinction entre qualité et intérêt à agir. Tel est *a fortiori* le cas pour les nullités soulevées par un tiers. L'apparition du concept de « subjectivisation du contentieux des nullités » en est un autre exemple.

B. Question sous-jacente de la « légitimité » de l'intérêt à agir

37. - L'intérêt à agir n'est pas une notion propre au droit processuel et à la procédure pénale car elle « *se situe à un autre degré de généralité* »[120]. C'est une notion élémentaire que l'on retrouve dans tous les domaines du droit. Il n'en demeure pas moins qu'elle interroge, de

[115] F. KERNALEGUEN, *Intérêt, qualité, pouvoir : le ménage à trois de la théorie de l'action ?*, *in* Justices et droit du procès, Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard, 2010, Dalloz, p. 771.
[116] H. ROLAND, A. BOYER, *Adages du droit français*, LexisNexis, 4ième éd., 1999, p. 524.
[117] N. CAYROL, « Action en justice », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, 2017, n° 223.
[118] V. WIEDERKHER, *La légitimité de l'intérêt à agir*, *in* Justices et droit du procès, Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard, 2010, Dalloz, p. 877.
[119] H. MOTULSKY, *Principe d'une réalisation méthodique du droit privé : la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Dalloz, coll. Sirey, 1948, rééd. 2002, n°71.
[120] L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, coll. Manuels, 10ième éd., 2017, n°388.

par sa finalité et son contenu, « *lorsqu'il est dit que l'employeur doit agir dans l'intérêt de l'entreprise, le gérant dans l'intérêt de la société, l'avocat dans l'intérêt de son client, les parents dans celui de leurs enfants* »[121].

37. 1 - Une notion renvoyant à la question plus large de « l'intérêt ». Derrière la question de la recevabilité d'une prétention ou d'une demande en nullité, se dessine un problème récurrent en droit : « *la justification et la limitation d'un pouvoir* »[122]. Dans le contentieux qui nous intéresse, cette difficulté se traduit par la délicate question de la légitimité de l'intérêt à agir. Comme le souligne le doyen DESDEVISE, « *il est inévitable qu'un contrôle de la légitimité de l'intérêt intervienne au stade de la recevabilité. Il faut en conséquence reconnaître qu'entre la discussion de la recevabilité et celle du fond, il y a d'avantage une différence de degré qu'une différence de nature* »[123]. Cette question de la légitimité de l'intérêt intéresse à la fois le droit processuel car elle « *conditionne la possibilité d'une réponse judiciaire* »[124] et le droit substantiel à travers les questions sur le bien-fondé des prétentions[125]. Ainsi, en matière de nullité, si la notion d'intérêt permet d'étudier les conditions d'ouverture de l'action, elle demeure imparfaite car les raisonnements qui la sous-tendent dépassent cette simple question.

C. Un expédient pour définir les conditions de recevabilité

38. - « *L'intérêt à agir n'est qu'un expédient* »[126] pour définir les conditions de recevabilité. L'intérêt à agir serait en réalité un outil de l'examen sur la recevabilité, c'est-à-dire « *un mot pour désigner des solutions sur lesquelles on s'est mis d'accord par ailleurs et pour d'autres raisons* [127]». Ces « autres raisons », qui justifient l'utilisation de la notion d'intérêt à agir, permettraient de le définir par les conditions de recevabilité des demandes en nullité. En effet, sa finalité est bien de permettre l'examen de la recevabilité du requérant. Mais cette

[121] E. DOCKÈS, *Les valeurs de la démocratie. Huit notions fondamentales : liberté, égalité, pouvoir, droit, contrat, propriété, intérêt, représentation*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2004, p. 157.
[122] N. CAYROL, « Action en justice », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, 2017, n°224.
[123] Y. DESDEVISE, *Le contrôle de l'intérêt légitime. Essai sur les limites de la distinction du droit et de l'action*, Thèse, Nantes, 1973, p. 21.
[124] V. WIEDERKHER, *La légitimité de l'intérêt à agir*, *in* Justices et droit du procès, Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard, 2010, Dalloz, p. 457.
[125] V. WIEDERKHER, *La légitimité de l'intérêt à agir*, *in* Justices et droit du procès, Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard, 2010, Dalloz, p. 463.
[126] N. CAYROL, « Action en justice », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, 2017, n°225.
[127] N. CAYROL, « Action en justice », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, 2017, n°225.

recevabilité passe moins par l'examen de l'intérêt à agir en lui-même que part l'examen des conditions de l'intérêt à agir. Ainsi, trois types de conditions peuvent être dégagées[128] :

- Les conditions temporelles[129]. Ce sont les conditions légales pour formuler une demande en nullité, à l'image des délais de forclusion.
- Les conditions personnelles[130], c'est-à-dire le caractère direct et personnel de l'intérêt à agir étudié ci-après.
- Les conditions matérielles[131]. Elles dictent l'examen de l'intérêt à agir car il s'agit de l'existence d'une qualité à agir et d'un grief.

Paragraphe 2. Les spécificités de l'intérêt à agir du mis en cause

Conséquence du caractère indécis et protéiforme de l'intérêt à agir, « *la liste de ses caractères varie mais pour l'essentiel on retrouve toujours les traits suivants en matière de recevabilité des prétention* »[132] : un intérêt direct et personnel, un intérêt né et actuel, un intérêt sérieux et légitime. Les deux premiers caractères sont les plus à même de définir l'intérêt à agir en nullité **(A)**. L'observation des particularités de l'intérêt du mis en cause, à l'aune de celui de la partie civile, permet d'affiner la définition **(B)**.

A. Un intérêt à agir direct et personnel

Si comme le grief l'intérêt doit être direct et personnel, il s'en distingue cependant **(1)**. Ce double critère est néanmoins insuffisant pour le définir de façon exhaustive **(2)**.

1. Caractère direct et personnel

39. - L'intérêt à agir se distingue du grief car l'intérêt à agir est la conséquence de ce grief. Ainsi l'intérêt à agir en nullité signifie « l'intérêt du requérant à voir annuler l'acte lui causant grief ». Pour reprendre la formule du doyen Carbonnier, cette condition de grief permet de faire

[128] Seulement deux de ces conditions feront l'objet de la présente étude en ce qu'elles intéressent directement le contenu de l'intérêt à agir.
[129] Voir *infra* n°7
[130] Voir *infra* n°39, 40 et 41.
[131] Voir *infra* n°53 et s. ; n°60 et s.
[132] C. AMBROISE-CASTEROT, « Action civile », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2017, p. 325.

en sorte que « *n'importe qui, n'a pas le droit de demander n'importe quoi, n'importe quand à un juge* »[133].

40. - Le caractère direct. L'intérêt direct ne suppose pas que le requérant ait été directement victime du grief. On admettra cependant qu'un grief direct facilite souvent la démonstration d'un intérêt direct. Le requérant doit directement être intéressé par l'annulation de l'acte c'est-à-dire que l'annulation de l'acte illégal permettra de réparer ou de mettre un terme au préjudice causé par l'acte entaché de nullité.

41. - L'exigence d'un intérêt personnel. Cette condition suppose que ce soit la personne directement concernée par l'acte qui en demande l'annulation. Le requérant ne peut pas demander l'annulation d'un acte en agissant dans l'intérêt d'autrui.

2. L'insuffisance de la dualité des caractères

42. - Vers une gradation des caractères de l'intérêt à agir ? Des exemples récents relatifs à l'intérêt à agir du tiers illustrent l'influence des réflexions menées autour de « l'intérêt légitime ». C'est notamment la question posée par l'arrêt du 7 juin 2016[134] où il semble que selon les juges du Quai de l'horloge, le demandeur est illégitime à demander la nullité de la géolocalisation d'un véhicule volé. Faut-il voir par-là que le requérant a bien un intérêt personnel et direct mais que celui-ci étant illégitime[135] il n'est plus à même de justifier l'annulation ? La réponse semble être positive car « *le vol fait perdre le droit de solliciter l'atteinte à sa vie privée* »[136]. Il y aurait donc une forme de gradation, une échelle de valeur, dans les caractères de l'intérêt aptes à accueillir l'examen sur la recevabilité. En effet, rien n'indique qu'un intérêt illégitime ou non sérieux soit dépourvu d'intérêt personnel et direct. C'est donc le filtre de la recevabilité posé par le juge qui annihile à dessein les effets qui devraient naturellement découler d'un intérêt direct et personnel.

43. - « L'intérêt légitime » un nouveau critère ? La question est posée par l'arrêt du 7 juin 2016. L'intérêt à agir légitime aurait pour but de s'opposer aux demandes immorales ou

[133] G. CORNU, J. FOYER, *Procédure civile*, PUF, coll. Thémis Droit, 3ième éd., 1996, p. 322.
[134] Cass. crim., 7 juin 2016, n°12-87.810, JurisData n°2016-011071 ; *Bull crim*. n°174.
[135] O. DECIMA, « Du droit à la nullité en procédure pénale », *JCP G,* 2016, p. 1176.
[136] Y. CAPDEPON, « La nullité d'une écoute téléphonique réalisée sur la ligne d'un tiers », *Droit pénal*, 2017, étude 12, n°32.

illicites qui pourraient prospérer si l'intérêt à agir direct et personnel était suffisant. On voit apparaître ici le caractère « sérieux »[137] de l'intérêt à agir qui filtre la recevabilité en posant « *un barrage aux prétentions extravagantes ou dérisoires* »[138]. Bien que défendu par une partie de la doctrine civiliste, ce caractère n'opère-t-il pas une confusion entre le grief et l'intérêt à agir ? Une critique similaire peut être formulée à l'encontre du caractère « né et actuel » de l'intérêt qui vise à empêcher les demandes en nullité tardives par le biais des délais de forclusion.

44. - Réception imparfaite de l'intérêt personnel et obstacles posés par la qualité. Les distorsions du caractère personnel de l'intérêt peuvent exister. En premier lieu, lorsque la demande est formulée par celui qui n'a pas d'intérêt personnel. L'exemple le plus marquant dans l'action civile porte sur l'intérêt à agir des héritiers ou d'une association. Dans le contentieux des nullités, c'est la demande en nullité du tiers qui soulève des interrogations sur cette condition de personnalité. En second lieu, le caractère personnel est également atteint lorsque le requérant a un intérêt personnel au prononcé de la nullité mais qu'il est écarté en raison d'une formalité procédurale. Tel peut être le cas du délai de forclusion de six mois, laissé au mis en examen pour soulever les nullités[139]. Le juge écartera également l'examen de l'intérêt à agir personnel lorsque la loi réserve le droit d'agir à d'autres que lui. On imagine ici que tel pourrait être le cas de la distinction opérée à l'article 175 alinéa 4 du Code de procédure pénale entre la personne détenue et la personne libre, pour déposer une requête en nullité à l'issue de l'instruction[140]. Dans les deux cas de figure présentés, la difficulté ne provient pas de l'absence d'intérêt personnel à la demande mais de l'obstacle à son examen posé par l'absence de qualité à agir.

B. Un intérêt à agir original

La réception légale et judiciaire de l'intérêt à agir direct et personnel du requérant en nullité peut être comparée sous certains égards à l'intérêt à agir dans l'action civile **(1)**. L'examen des nullités de l'enquête et de l'instruction comporte cependant des spécificités **(2)**.

1. Comparaison avec la réception de l'intérêt à agir de la victime pénale

[137] N. CAYROL, « Action en justice », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, 2017, n°227.
[138] N. CAYROL, « Action en justice », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, 2017, n°227.
[139] Art. 173-1 du C. pr. pén.
[140] La personne détenue dispose d'un mois et la personne libre de trois.

45. - Le grief du demandeur à la nullité provient du non-respect des règles de procédure pénale, celui de la victime pénale provient du non-respect de la loi pénale. L'intérêt à agir de la partie civile, qui s'identifie au lien direct entre l'infraction poursuivie et le préjudice, est également direct et personnel. En effet, l'action appartient à « *tous ceux* » (personnel) qui ont « *souffert du dommage directement causé par l'infraction* » (direct) selon l'article 2 du Code de procédure pénale. Sans s'interroger sur le caractère direct, certain et personnel du préjudice[141] relevons simplement que dans l'appréciation du lien direct « *la jurisprudence de la recevabilité devant les chambres de l'instruction se montre très souple* »[142]. En effet, de nombreux arrêts affirment « *qu'il suffit pour qu'une constitution de partie civile soit recevable devant le juge d'instruction que les circonstances sur lesquelles elle s'appuie permettent au juge d'admettre comme possible l'existence d'un préjudice allégué et la relation directe de celui-ci avec une infraction à la loi pénale* »[143]. On relèvera dès lors le contraste avec l'intérêt à agir du mis en cause, qui fait quant à lui l'objet d'une réception moins favorable de la part du juge des nullités. C'est *a fortiori* le cas pour les nullités invoquées par le tiers où « l'existence possible » du lien entre la violation procédurale et l'intérêt à agir ne passe pas le filtre de la recevabilité.

46. - La finalité réparatrice. L'intérêt à agir de la victime pénale réside dans le fait que sa demande « *est susceptible de modifier, en l'améliorant, sa condition juridique* »[144]. C'est également le cas pour le demandeur en nullité qui verra sa condition juridique améliorée en purgeant de ses vices la procédure en vertu de laquelle il est poursuivi.

46. 1 - Pour la victime pénale il s'agira d'une part, de participer à l'accusation, d'autre part, d'obtenir réparation. Cette double facette de l'intérêt s'articule donc autour d'un droit répressif qui se traduit par une action vindicative et un droit à la réparation. La victime pénale devra donc démontrer un intérêt à l'usage de son pouvoir exorbitant de déclenchement de l'action publique[145] et l'existence d'un possible préjudice. En effet, la plainte avec constitution de partie civile visée à l'article 85 du Code de procédure pénale est recevable si « *les circonstances sur lesquelles elles s'appuient permettent d'admettre comme possible l'existence*

[141] Voir *infra* : n°64.
[142] J. PRADEL, « Procédure pénale : de janvier 2007 à juin 2008 », *Recueil Dalloz 2008*, p. 2757.
[143] Voir per ex. Cass. crim., 9 févr. 1961, *D.* 1961. Jur. 306 ; 5 févr. 2003, *Bull. crim*. n°25; *D.* 2003. IR 1008 ; *GAPP*,5ième éd., Dalloz, 2006, p. 127 ; *Dr. pén*. 2003. 62, obs. J.-H. Robert.
[144] L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, coll. Manuels, 10ième éd., 2017, p. 324.
[145] Art. 1er, al. 2 du C. pr. pén.

d'un préjudice »[146]. Un parallèle est dès lors possible avec la potentialité du grief que doit démontrer le demandeur en nullité au stade de l'examen de recevabilité de la requête.

2. Particularités de la réception des nullités de l'enquête et de l'instruction

47. - Une pratique judiciaire hostile à l'intérêt à agir. Selon nombre de praticiens, il existe une réception prétorienne hostile à l'intérêt à agir et à son examen[147]. Ils relèvent que « *la réception favorable à l'intérêt à agir relève souvent d'une victoire à la Pyrrhus, les juges étant incités à la restreindre au maximum* »[148]. Si le nombre d'arrêts est important, en revanche les annulations demeurent plus à la marge.

48. - Effet préventif des nullités. Le faible nombre d'annulations risque de limiter l'un des objectifs des nullités et de la reconnaissance d'un intérêt à agir : l'effet préventif des nullités. Le contrôle de légalité auquel sont soumis les actes réalisés par les magistrats, les enquêteurs et les policiers, influe sur leur pratique quotidienne. On peut cependant relever que « *il n'y a plus aujourd'hui d'illégalités délibérées, elles relèvent d'erreurs d'application* »[149].

CONCLUSION DU CHAPITRE I

49. - L'appréciation du droit d'agir proposée par le droit judiciaire privé constitue un socle intéressant à la définition d'un droit d'agir en nullité. Il s'agit de permettre au requérant d'accéder à un juge pour que ses prétentions y soient examinées. Dans le cas de l'action en nullité, il faudra permettre au mis en cause de démontrer le préjudice né du non-respect « *d'une obligation procédurale de faire*[150] *ou de ne pas faire*[151] »[152] encadrant la phase préalable de jugement. Du respect des principes fondamentaux qui irriguent l'intérêt à agir, dépend donc l'examen du droit et de l'intérêt à agir en nullité. En ce sens, nous partageons l'idée selon

---

[146] Voir notamment : Cass. crim., 6 oct. 1964, *Bull crim*. n° 256 ; *RSC* 1975, n°344, obs. J. Robert ; Cass. crim., 13 avr. 1967, *Bull crim*. n°199 ; Cass. crim., 17 oct. 1972, *Bull crim*. n°289.
[147] V. notamment : J. BUISSON, « Les nullités de l'enquête et de l'instruction », *Dossier Dalloz actualité*, 2016.
[148] P. DELMAS SAINT-HILAIRE, *La mise en mouvement de l'action publique par la victime de l'infraction, in* Mélanges Brèthe de la Gressaye, éd. Bière, Bordeaux, 1967, p. 159.
[149] *La garantie des droits reconnus à la personne suspectée ou poursuivie dans la jurisprudence récente de la Chambre criminelle*, Rapport de la cour de Cassation pour l'année 2000, Etude sur le thème de la protection des personnes, réalisé par Mme Danièle Caron, conseiller référendaire à la Cour de cassation.
[150] Par ex. : mention de certaines informations dans un P.V, respecter les délais *etc*.
[151] Par ex. : ne pas inciter à commettre une infraction, ne pas rechercher d'autres infractions que celles visées dans l'acte, *etc*.
[152] A. GALLOIS, *Les nullités de procédure pénale*, Gazette du palais, coll. Guide pratique, 2ième éd., 2017, n°6.

laquelle « *le droit de la recevabilité des prétentions n'est pas resté à l'écart de cette influence des droits fondamentaux. C'est ainsi que le droit d'agir en justice apparaît aujourd'hui comme l'expression d'une liberté fondamentale* »[153]. Que l'on observe les fondements du droit d'agir en justice, ou plus spécifiquement ceux du droit d'agir en nullité, chacun participe à l'édiction et à l'encadrement des règles procédurales. Ainsi, le droit d'agir en nullité est l'expression d'une procédure pénale dénuée d'arbitraire dont doivent bénéficier les justiciables.

50. - L'appréciation de l'intérêt à agir en nullité peut connaître certaines variations selon la partie qui l'invoque. Reflétant le déficit de définition de l'intérêt à agir en procédure pénale « *la doctrine pénaliste ne s'est pas réellement penchée sur la notion* »[154]. La confusion entre intérêt et qualité à agir est un exemple significatif des maux qui en résultent. Néanmoins, il a été possible de mettre en avant l'idée que l'intérêt à agir du requérant réside dans « *l'avantage tiré par l'action* »[155] en nullité. Le requérant devra alors être directement et personnellement intéressé à l'annulation de l'acte. Sous cette acception, on retiendra alors qu'a « *intérêt pour agir, la personne qui souffre d'un mal auquel l'exercice de l'action peut apporter un remède* »[156]. L'intérêt à agir du demandeur provient de la perspective d'amélioration de sa condition juridique grâce à la demande en nullité formulée.

51. - Malgré ces caractéristiques générales de l'intérêt à agir du demandeur en nullité, la notion demeure floue. Peut-être est-ce là une raison suffisante pour lui donner une dimension plus fonctionnelle que conceptuelle, en s'intéressant aux conditions qui conduisent à la reconnaissance d'un intérêt à agir. Cette définition par les conditions est bidimensionnelle. Le requérant doit avoir une qualité à agir, siège naturel de l'intérêt, et doit avoir subi un grief, fait originel de la naissance de l'intérêt à agir.

---

[153] F. FERRAND, C. CHAINAIS, S. GUINCHARD, *Procédure civile : droit interne et européen du procès civil*, Dalloz, coll. Précis, 33ième éd., 2016, p. 134.
[154] C. AMBROISE-CASTEROT, « Action civile », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2017, n°158.
[155] P. DELMAS SAINT-HILAIRE, *La mise en mouvement de l'action publique par la victime de l'infraction, in* Mélanges Brèthe de la Gressaye, éd. Bière, Bordeaux, 1967, p. 159.
[156] L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, coll. Manuels, 10ième éd., 2017, p. 324.

Chapitre 2. Intérêt à agir en nullité : intérêt de la définition

52. - Selon certains auteurs la notion d'intérêt à agir « *n'est pas pleinement satisfaisante* »[157]. On pourrait voir dans cette formule un euphémisme dénonçant l'absence de définition légale de l'intérêt à agir. Ce constat, se confirmant *a fortiori* en procédure pénale, concerne également les conditions légales de l'intérêt à agir qui souffrent de la même évanescence. Néanmoins et quand bien même il n'existerait pas de « *condition positive de l'action tenant à l'intérêt* »[158], nous pouvons formuler deux types de remarques.

En premier lieu, il vient d'être démontré que l'intérêt à agir « *se situe au tout premier rang des conditions de recevabilité* »[159]. En second lieu, l'analyse des règles fixées par la jurisprudence et la doctrine en matière de nullités permet de considérer que deux conditions sont nécessaires à l'existence de l'intérêt à agir : la qualité à agir du requérant et l'existence d'un grief. Ce dernier étant la conséquence de l'atteinte à un droit substantiel provoquée par la méconnaissance des règles procédurales. L'intérêt à agir, notion plus fonctionnelle que conceptuelle pourrait donc en partie être défini par l'examen de ses conditions. Leur réception judiciaire aura alors nécessairement un impact sur la reconnaissance de l'intérêt à agir du requérant par le juge. Si chacune de ces deux conditions peut susciter des divergences et des interrogations quant à leur contenu, il semble néanmoins que la qualité à agir soit le siège de l'intérêt à agir du requérant et que le grief en soit la justification substantielle **(Section 1)**.

La définition de ces conditions s'éclaire à l'aune des droits fondamentaux justifiant la reconnaissance de l'intérêt à agir. Cette analyse participe de la définition de l'intérêt à agir et permet de mieux en cerner la substance. En observant ses finalités, peut-être percevrons nous avec plus de précision ce sur quoi il repose **(Section 2)**.

[157] N. CAYROL, « Action en Justice », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, 2017, n°221.
[158] H. MOTULSKY, *Principe d'une réalisation méthodique du droit privé : la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Dalloz, coll. Sirey, 1948, rééd. 2002, n°71.
[159] F. KERNAGUELEN, *Institutions judiciaires*, LexisNexis, coll. Manuels, 6ième éd., 2015, n°72.

Section 1. Les conditions de la reconnaissance de l'intérêt à agir

Pour définir l'intérêt à agir par l'énumération de ses conditions, une double démarche s'impose. Pour qu'un intérêt à agir puisse être invoqué, il faut au préalable que l'individu ait la qualité pour le faire. Si la qualité change, l'intérêt change. Si la qualité fait défaut, l'intérêt ne peut exister. Faut-il en déduire que la qualité à agir est la condition préalable de l'examen de l'intérêt à agir ? **(Paragraphe 1)**. L'existence d'un grief est également nécessaire pour qu'un intérêt à agir en nullité puisse être reconnu. Le requérant devra démontrer, outre son existence, le caractère personnel et direct du grief invoqué **(Paragraphe 2)**.

Paragraphe 1. La qualité à agir, condition préalable à l'examen de l'intérêt à agir

A la lecture de l'article 170 du Code de procédure pénale, les parties qui ont qualité pour agir en nullité de l'information sont visées par la loi. Cette qualité à agir existe également pour le tiers à un acte entaché de nullité, si l'exécution de l'acte le concerne personnellement **(A)**. La qualité définit l'individu, l'intérêt démontre les raisons qui justifient son action en nullité. Ils sont indissociables mais indépendants. Sous l'effet de la « subjectivisation du contentieux des nullités » la distinction entre intérêt et qualité suscite cependant de vifs débats **(B)**.

A. Définition classique de la qualité à agir : être partie à la procédure

Deux éléments fondent la qualité. Le requérant doit être légalement désigné par les textes applicables et il doit être personnellement concerné par l'acte qu'il considère comme nul **(1)**. Cette définition de la qualité à agir s'oppose alors à une distinction entre victime directe et victime indirecte **(2)**.

1. Présence dans la procédure et dans la réalisation de l'acte

53. - Une qualité à agir se déduisant de la qualité de partie à la procédure. Si l'on partage la lecture classique de la condition de qualité, il n'émerge pas de difficultés

substantielles. La qualité découle des textes qui désignent directement les parties à la procédure pouvant introduire l'action en nullité[160]. Ainsi, « *ont qualité pour agir les personnes spécifiquement visées par la loi* »[161]. Pour avoir qualité à agir en nullité il faut donc être partie à la procédure *lato sensu*[162] et que cette faculté soit prévue par les textes applicables en matière de nullité. Par exemple, selon les termes de l'article 170 du Code de procédure pénale, ont qualité à agir : le juge d'instruction, le Parquet, le mis en examen, la partie civile et le témoin assisté. Ainsi dans les cas où la « *loi réserve le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie, il faut lui rattacher celle de qualité pour agir* »[163].

54. - Une qualité découlant de l'exécution de l'acte. Dans cette lecture de la qualité à agir, ce n'est ni le déclenchement des poursuites, ni les conséquences de l'acte contesté en lui-même qui fondent la qualité. C'est le fait d'être concerné par la façon dont l'acte est exécuté. Ici la qualité provient de la présence de l'identité de l'individu dans l'acte illégale. Tel est par exemple le cas si son nom apparaît lors d'une écoute. Si à l'origine il n'était pas personnellement visé, *in fine*, il l'est. Dans cette hypothèse, la violation procédurale qui entraîne une atteinte des droits substantielle fait naître l'intérêt à agir du requérant, sa qualité étant déjà acquise par le fait d'être partie à la procédure et d'avoir été personnellement écouté.

2. Absence de distinction entre qualité directe et indirecte

55. - Distinction entre la violation et ses conséquences. Il y a dans le contentieux des nullités procédurales deux hypothèses conduisant néanmoins à une unique qualité pour agir. Dans l'hypothèse la plus courante, aura qualité à agir le requérant qui était poursuivi et qui a fait l'objet d'un acte d'enquête ou de d'instruction à titre personnel. Le fait qu'il considère cet acte comme contraire à l'un de ses droits substantiels lui donne un intérêt à agir car il subit directement le grief de cette violation. La seconde hypothèse concerne les questions jurisprudentielles relatives aux tiers. Le fait de n'être pas directement visé par l'acte ne suppose

[160] Voir *supra* n°53 et 54 à propos de l'idée selon laquelle la qualité doit être conçue comme le fait d'être partie à la procédure.
[161] Y. CAPDEPON, « La nullité d'une écoute téléphonique réalisée sur la ligne d'un tiers », *Droit pénal*, 2017, étude 12, n°6.
[162] Il faut entendre par là : la procédure de poursuite diligentée à l'encontre du requérant, pas la procédure de demande en nullité que lui ou un tiers aurait formulé.
[163] G. BOLARD, *Qualité ou intérêt pour agir ?*, *in Justices et droit du procès*, Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard, 2010, Dalloz, p. 597.

pas une absence de qualité ou une qualité indirecte. Si la violation est indirecte par le moyen d'exécution, elle est en revanche directe par ses conséquences. L'individu est parti à la procédure et *de facto*, lors de la réalisation d'un acte qui ne le concernait pas à l'origine, il a été directement visé.

56. - La titularité du droit n'est pas synonyme de qualité mais d'intérêt. Le fait de pas avoir été directement visé par l'acte n'induit pas nécessairement une absence de qualité à agir. Etant partie à la procédure et ayant été personnellement écouté, perquisitionné *etc*., l'individu a qualité à agir. Dès lors, ses droits ayant été directement violés, il a donc un intérêt à contester ledit acte ; sauf à considérer que l'individu ne peut invoquer la violation d'un droit qui ne lui appartient pas en propre. En matière de garde à vue, la Cour de cassation refuse donc l'intérêt à agir du requérant en considérant qu'il n'est pas titulaire du droit propre qui a été atteint. Ainsi, la distinction entre direct et indirect ne se fait point sur la question de la qualité mais sur celle de l'intérêt à agir. La Cour raisonne sur le droit originellement violé et pas sur celui *in fine* atteint, c'est-à-dire celui du requérant. Le premier droit méconnu absorbe le second. Ce n'est pas sur le moyen dont l'acte est réalisé que s'apprécie le lien direct ou indirect de la violation mais sur ses conséquences. Ce n'est donc pas la question de la qualité qui doit interroger mais la question de l'intérêt. En outre, l'exigence de démonstration du grief occasionné par la violation indirecte des droits est d'ailleurs plus encline à correspondre à la démonstration d'un intérêt (qualité subjective), que d'une qualité (qualité objective). Ainsi, le fait que l'individu soit titulaire du droit violé ne lui donne pas qualité mais intérêt à agir.

B. Liens indissociables mais indépendants entre qualité et intérêt

La qualité est le fondement, le socle servant de point de départ à la naissance d'un intérêt à agir **(1)**. Bien qu'intrinsèquement liée à l'intérêt, la qualité s'en distingue néanmoins **(2)**.

1. La qualité préalable à l'intérêt

57. - Pour qu'un intérêt à agir puisse être invoqué, il faut au préalable que l'individu ait qualité pour agir car c'est de cette qualité que naît l'intérêt. Sans rentrer à nouveau dans le débat

doctrinal sur la définition de la qualité à agir[164], la qualité est la « définition procédurale » de l'individu et c'est sur cette dernière que vient se rattacher l'intérêt à agir. Sans qualité, il n'a pas d'emprise et ne peut exister. L'intérêt à agir est donc aussi personnel que l'identité de l'individu auquel il se rattache. En ce sens, l'article 170 du Code de procédure pénale délimite strictement les parties pouvant participer aux nullités de l'information.

2. La qualité distincte de l'intérêt

58. - Intérêt et qualité sont nécessairement différents. Au-delà des questions relatives aux tiers, qualité et intérêt sont différents. Certes leur imbrication est forte mais en tout état de cause ils ne peuvent être confondus. La qualité définit l'individu, l'intérêt démontre les raisons qui justifie son action en nullité. Si la qualité change, l'intérêt change. Si la qualité fait défaut, l'intérêt ne peut exister. Ils sont indissociables mais indépendants.

59. - La « subjectivisation du contentieux des nullités ».[165] La distinction entre qualité et intérêt est parfois délicate. La formule de « subjectivisation » du contentieux des nullités traduit l'appréciation actuelle de la recevabilité que font les juges du Quai de l'horloge. En effet, le tiers doit démontrer que l'acte a porté atteinte à l'un de ses droits. S'il ne parvient pas à prouver que le non-respect des prescriptions procédurales a produit des effets sur un droit lui appartenant en propre, le juge le déclarera irrecevable. Comme le rappelle le Code de procédure pénale aux articles 171 et 182, la condition originelle d'une demande en nullité est l'inobservation des conditions procédurales fixées par la loi. Or, cette apparente objectivité du contentieux des nullités ne doit pas permettre de conclure que la titularité du droit relève de la qualité à agir. En effet, les deux articles énoncés font référence à « la partie concernée », de sorte que « *l'on retrouve bien ici les deux conditions de la recevabilité […] : il faut être partie (qualité pour agir) et être concerné par l'irrégularité de procédure (intérêt personnel et direct)* »[166]. Cette lecture de la jurisprudence est cependant minoritaire dans la doctrine.

[164] Voir *supra* n°53 et n°54. Définition classique de la procédure : être partie à la procédure.
[165] Cette formule est à attribuer à O. DECIMA : « Du droit à la nullité en procédure pénale », note ss. Cass. crim., 7 juin 2016, *Bull. Crim*. n°174 ; *JCP G* 2016, p. 1176.
[166] Y. CAPDEPON, « La nullité d'une écoute téléphonique réalisée sur la ligne d'un tiers », *Droit pénal*, 2017, étude 12, n°24.

Paragraphe 2. L'existence d'un grief, condition *sine qua non* de l'examen de l'intérêt à agir

Le grief « *est le préjudice causé à la partie concernée par l'irrégularité* »[167]. L'article 802 du Code de procédure pénale et l'article 114 alinéa 2 du Code de procédure civile posent une obligation similaire pour prononcer la nullité : l'acte ne sera annulé que si la violation de la règle procédurale a provoqué un grief. Quand bien même au stade de la recevabilité il ne s'agit que d'une potentialité, cette exigence démontre que le grief révélé par les différents contrôles de la procédure est différent de la simple atteinte formelle portée au droit du requérant **(A)**. C'est pour cette raison qu'il doit faire l'objet d'une démonstration **(B)**.

A. La nature du grief à démontrer

Si les règles de fond et de forme ne sont pas respectées, la nullité de l'acte sera encourue s'il en résulte un grief pour la victime de cette méconnaissance **(1)**. Ce grief exige de démontrer les conséquences potentielles de l'atteinte aux droits du mis en cause **(2)**.

1. L'origine du grief : méconnaissance des conditions de fond ou de forme

60. - La découverte du grief : un triple examen. La question de l'intérêt à agir dans les nullités de procédure pénale passe par l'examen du grief. En matière de nullités de procédure pénale, l'existence du grief peut être révélée par trois grands types d'examen[168]. L'examen de recevabilité qui veille par exemple au respect des règles de prescription. L'examen de compétence des acteurs de la poursuite, comme la compétence territoriale du parquet ou la compétence matérielle de l'officier de police judiciaire. L'examen de légalité qui interroge la légalité probatoire et la légalité processuelle[169]. Ce sont ces examens qui révèlent l'existence d'un grief. Si l'atteinte potentielle au droit substantiel est alors démontrée, il sera possible d'introduire un recours en illégalité.

---

[167] F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, N. MOLFESSIS (sous la dir. de), *Traité de procédure pénale*, Economica, coll. Corpus de droit privé, 4ième éd., 2015, n°2019.
[168] G. CLEMENT, « De la règle pas de nullité sans grief en droit judiciaire privé et en procédure pénale », *Rev. sc. crim*. 1984, p. 400.
[169] Voir *infra* n°71, 71-1 et n°80 à propos de la légalité matérielle et formelle.

61. - Ainsi, la méconnaissance des règles procédurales dans un acte d'investigation ou d'investigation peut entraîner l'annulation de ces derniers parce qu'elle est susceptible d'avoir causé un grief. Les actes autour desquels se cristallise le contentieux des nullités sont les mesures de garde à vue, les perquisitions, les visites domiciliaires, les saisies, les mesure d'écoute, de sonorisation, de géolocalisation et de contrôle d'identité.

2. La nature du grief : la potentialité d'un préjudice causé par l'irrégularité

62. - Pas de nullité sans grief. La jurisprudence a développé la notion de « nullité à grief » afin d'illustrer la nature du grief susceptible d'entraîner l'annulation. L'article 802 du Code de procédure pénale explique le grief comme un « effet » de l'irrégularité[170]. L'annulation ne sera prononcée que si l'acte irrégulier « *a eu pour effet de porter atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne* ». Par exemple, le placement sous scellé près de vingt-quatre heures après la saisie « *ne dispense pas l'intéressé de démontrer l'existence d'un grief* »[171].

63. - Distinction entre l'intérêt à agir, la qualité à agir et le grief. « *Même si la distinction n'est pas toujours très nette, y compris dans les arrêts de la chambre criminelle* »[172], l'intérêt à agir et la qualité sont des conditions de la recevabilité de la demande en annulation. La personne mise en examen a toujours intérêt à demander l'annulation de sa mise en examen. Pourtant, il peut ne pas lui être reconnu d'intérêt à agir faute de grief. Ainsi, quand bien même elle aurait qualité à agir, elle devra prouver son intérêt à agir en démontrant la potentialité du grief au stade de la recevabilité de la demande puis l'existence du grief, ou du moins, la potentialité de son existence, au stade de l'examen.

64. - La nécessité d'un préjudice à grief. Nous avons précédemment distingué le grief et l'intérêt à agir[173]. Il s'agit également de ne pas confondre le grief et l'atteinte au droit substantiel. L'atteinte est le non-respect d'une obligation procédurale. Le grief en est la conséquence, c'est-à-dire le préjudice qui résulte de l'atteinte à un droit que protégeait le cadre légal. Le requérant sera donc recevable s'il existe une atteinte à son droit, puis il devra

[170] « Effet » est ici synonyme de « conséquence ». C'est ce second terme qui est d'ailleurs employé dans le paragraphe suivant.
[171] M. GUERRIN, « Nullités de procédure », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2017, n° 92.
[172] F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, N. MOLFESSIS (sous la dir. de), *Traité de procédure pénale*, Economica, coll. Corpus de droit privé, 4ième éd., 2015, n°2019.
[173] Voir *supra* n°63 dur la distinction entre grief et intérêt à agir.

démontrer que l'atteinte à se droit lui a potentiellement causé un grief. Selon les théories retenues, l'atteinte au droit dont l'individu est titulaire est soit le fondement de la qualité, soit le fondement de l'intérêt à agir. Mais dans un cas comme dans l'autre, le grief ne fonde ni la qualité, ni l'intérêt à agir car « la potentialité de son existence » devra faire l'objet d'une démonstration. L'existence du grief n'est que la condition de l'existence d'un intérêt à agir. C'est la raison pour laquelle il doit être démontré.

65. - L'atteinte aux droits ouvre la possibilité de démontrer un grief. La démonstration de l'existence d'un possible grief s'effectue donc après la démonstration de l'atteinte. Le grief correspond aux conséquences négatives qui découlent de l'atteinte à ses droits. Ainsi, un manquement aux règles applicables en matière de perquisition ou d'écoute porte atteinte au droit à la vie privée de l'individu qui en est victime. Il devra alors démontrer qu'il est possible qu'un grief en résulte en expliquant, en l'espèce, la réalité de l'atteinte à sa vie privée et ses conséquences factuelles.

65. -1 C'est la notion de « droit propre » développée à propos du tiers à un acte vicié qui nous livre cette définition du grief. Si l'on observe l'arrêt de rejet en date du 14 février 2012[174] relatif à la possibilité de soulever la nullité de la garde à vue d'un tiers, il y a une volonté de dissocier la recevabilité de cette demande et l'examen du grief résultant des propos tenus en garde à vue. De même, dans une affaire de sonorisations[175], la chambre criminelle évite de porter le débat sur le terrain du grief. Elle se place en amont en déclarant que l'individu ne démontre pas en quoi ses droits ont été atteints. On en déduit qu'à l'inverse, *« si l'individu avait été lui-même enregistré lors de cette sonorisation, une atteinte à ses droits aurait été susceptible de lui ouvrir la possibilité de démontrer…un grief* »[176]. Ainsi, le « droit protégé » permet seulement au requérant en nullité d'avoir la possibilité de démontrer l'existence d'un grief.

[174] Cass. crim., 14 février 2012, *Bull. crim*. n°43 ; *Rev. sc. crim*. 2012, p. 394, obs. D. BOCCON-GIBOD ; *D.* 2012. p. 779, note H. MATSOPOULOU, p. 775, concl. D. BOCCON-GIBOD, et p. 2118, obs. J. PRADEL ; AJ Pénal 2012. p. 159, note C. GUERY ; *JPC* 2012, p. 341, obs. A. MARON.
[175] Cass. crim. 26 juin 2013, Bull. crim. n°164 ; RSC 2013, p. 591, obs. J. DANET.
[176] C. GUERY, « Nullité de procédure portant indirectement atteinte aux intérêts du requérant : état des lieux », *Recueil Dalloz 2014*, p. 1460, n°3.

B. La démonstration d'un potentiel grief à la charge du requérant

66. - La potentialité : distinction entre « atteinte » et « grief ». Nous avons expliqué qu'à notre avis, l'intérêt à agir s'apprécie au stade de la recevabilité et au stade de l'examen de la nullité. Au stade de la recevabilité c'est la simple atteinte au droit qui est examinée c'est à dire l'existence potentielle d'un potentiel grief. Au stade de l'examen c'est la réalité de l'existence de ce grief qui devra être démontrée. Bien sûr, ce grief reposant sur des droits subjectifs, il ne pourra jamais être parfaitement démontré. Comment démontrer formellement que l'atteinte à la vie privée a causé un préjudice ? Le grief, préjudice causé par l'irrégularité, n'est donc pas assimilable à la simple atteinte provoquée par l'irrégularité car il en est la conséquence.

67. - Une exigence de démonstration découlant du régime des nullités. Outre l'hypothèse de la présomption de grief, le requérant sera tenu de démontrer un préjudice. Ainsi, si toutes les nullités exigent l'existence d'un grief, l'essentiel d'entre elles exigent d'en rapporter la preuve. C'est de la nature de la nullité d'intérêt privé que découle l'exigence de démonstration. Mais parfois, dans l'hypothèse des nullités d'ordre public assimilées, le grief est supposé. La formule employée par la Cour de cassation est explicite puisqu'elle parle d'une violation « ayant nécessairement portée atteinte »[177] aux intérêts du requérant. Dans cette hypothèse, la haute juridiction considère que la méconnaissance des règles provoque nécessairement un préjudice et la démonstration du grief n'est donc pas exigée.

68. - Détournement de la démonstration. *In fine*, la distinction entre nullités d'ordre public et nullités d'intérêt privé « *permet la mise en place d'un système cohérent quant à la preuve du grief, qui ne peut être exigée que dans le second cas* »[178]. Cette preuve, qui doit donc être rapportée par le requérant, est une exigence parfois critiquée car elle peut conduire à « *détourner la règle pas de nullité sans grief posée aux articles 114 du NCPC et 802 du nouv. c. pr. pén. En lui faisant jouer un rôle de barrage quasi absolu à la nullité* »[179].

[177] Par exemple : Cass. crim., 3 juin 2004, *Bull. crim*. n°153.
[178] J.-P. BROUILLAUD, « Les nullités de procédure : des procédures pénales et civiles comparées », *Recueil Dalloz 1996*, p. 98, n°14.
[179] G. WIEDERKER, « La notion de grief et les nullités de forme dans la procédure civile », *D. 1984, Chron*., p. 166.

Section 2. Fondements de la reconnaissance de l'intérêt à agir

L'intérêt à agir permet d'atteindre différents « objectifs fondamentaux ». Sans prétendre à l'exhaustivité, deux fondements sont particulièrement pertinents. Il s'agit tout d'abord d'observer que l'élargissement ou la limitation de l'intérêt à agir emporte des conséquences sur l'effectivité des droits fondamentaux en lien avec la procédure pénale. En sens inverse, le respect de ces droits renforce l'efficacité de l'intérêt à agir en nullité **(Paragraphe 1)**. La seconde justification trouve son origine dans le respect de la légalité des preuves. Le droit d'agir en nullité est l'un des artisans de cette légalité car il permet d'évincer les preuves considérées comme déloyales **(Paragraphe 2)**.

Paragraphe 1. Protéger les droits substantiels

Les articles 171 et 182 du Code de procédure pénale rappellent que la première condition à l'invocation d'une nullité est la violation des formes prescrites par la loi. Certains droits fondamentaux, comme les droits de la défense ou le droit à la vie privée, ont alors une résonnance particulière dans le contentieux des nullités[180]. C'est de leur violation que naît le grief fondant l'intérêt à agir **(A)**. L'effectivité et le contenu de l'intérêt à agir en nullité sont donc liés au respect des droits fondamentaux de procédure **(B)**.

A. Les liens entre action et droits substantiels

69. - Lien entre action et droit substantiel. L'action en nullité permet de joindre le droit et la procédure. L'action tend ainsi à « *se confondre soit avec le droit dont elle assure la sanction, soit avec la demande en justice qui la concrétise* »[181].

[180]L'énumération de ces droits fondamentaux faisant l'objet d'un développement ultérieur, le propos suivant se limitera aux conséquences de leur application effective.
[181] C. CHAINAIS, F. FERRAND, S. GUINCHARD, *Procédure civile : droit interne et européen du procès civil*, Dalloz, coll. Précis Dalloz, 33ième éd., 2016, n°130.

70. - Un lien critiqué. On relèvera cependant que ce lien entre l'intérêt d'agir en nullité et les droits fondamentaux est écarté par une partie de la doctrine[182]. Certains auteurs mettent en avant l'idée que l'action peut être détachée des droits subjectifs, notamment dans l'hypothèse où elle vise uniquement à protéger « *une norme juridique de droit objectif, dans le cadre d'un contentieux objectif* »[183]. Il s'agirait des cas où l'action ne nécessite pas une atteinte préalable à un droit subjectif, à l'image du contentieux des nullités où le juge vérifie simplement une violation de la règle de droit.

71. - Un lien pourtant effectif. Comme c'est souvent le cas ailleurs[184], le contentieux des nullités permet « *d'exercer une action pour obtenir une décision de justice qui reconnaîtra la réalité du droit (subjectif) invoqué […]* »[185]. La demande en nullité de procédure opère la jonction entre la procédure de nullité et le droit subjectif atteint. C'est d'ailleurs pour cette raison que sa finalité est de sanctionner l'atteinte au droit substantiel.

B. Les liens entre droit d'agir, intérêt à agir et droits substantiels

72. - La demande en nullité est-elle un droit subjectif autonome ? Sans nous prononcer à ce stade sur cette question [186], rappelons que pour certains auteurs l'action en nullité est un droit distinct du droit substantiel[187] « *dont elle vise à assurer le respect ou la reconnaissance* »[188]. L'article 30 du Code de procédure civile permet d'illustrer cette idée.

73. - L'incidence de la « pratique » des droits fondamentaux. Ces droits autour desquels se cristallise le contentieux des nullités ont une incidence sur l'application effective de l'intérêt à agir qui sanctionne leur violation. Par exemple, en matière d'écoutes téléphoniques, c'est l'accès effectif à un juge qui autorise cette pratique selon le juge européen[189]. Or, l'objectif visé par le droit d'accès au juge des nullités est « *moins de protéger l'accès au juge en lui-même*

[182] C. CHAINAIS, F. FERRAND, S. GUINCHARD, *Procédure civile : droit interne et européen du procès civil*, Dalloz, coll. Précis Dalloz, 33ième éd., 2016, n°132.
[183] P. ROUBIER, « Le droit et l'action », *RTD civ*. 1952, 161, spéc. 167.
[184] Voir *supra* n°2 à propos de l'intérêt à agir en droit processuel.
[185] C. CHAINAIS, F. FERRAND, S. GUINCHARD, *Procédure civile : droit interne et européen du procès civil*, Dalloz, coll. Précis Dalloz, 33ième éd., 2016, n°134.
[186] Voir *infra* n°225 et s. à propos du moyen d'offrir une meilleure garantie des droits du requérant.
[187] Tel est le cas des droits de la défense ou du droit à la vie privée.
[188] L. CADIET, E. JEULAND, Droit judiciaire privé, LexisNexis, coll. Manuels, 10ième édition, 2017, n°322.
[189] Le CEDH a mis en avant dans l'affaire Lambert, la violation de l'article 8 de la CESDH.

que le droit substantiel atteint par l'acte de procédure »[190]. On comprend ainsi que le droit d'agir en nullité, l'intérêt à agir en nullité et les droits fondamentaux, s'influencent réciproquement. Cette influence varie alors selon la réception judiciaire, constitutionnelle et conventionnelle qui leur est réservée.

74. - Effectivité de l'intérêt à agir en nullité et effectivité des droits fondamentaux. L'intérêt à agir en nullité est lié à certains droits fondamentaux, *a fortiori* ceux encadrant la procédure pénale. Cette imbrication entre intérêt à agir et droits fondamentaux peut être observée à propos du droit d'accès à un tribunal. Influencée par l'évolution des conditions procédurales[191] de l'action en nullité, l'invocabilité de l'intérêt à agir s'en trouve élargie ou au contraire restreinte. De la même manière, l'effectivité des droits de la défense influence, autant qu'elle est influencée, l'intérêt à agir en nullité.

75. - Effectivité du droit d'agir en nullité et effectivité des droits fondamentaux. La reconnaissance d'un droit d'agir est liée à l'application des droits fondamentaux autorisant une action en justice purgée d'entraves aux droits et libertés individuelles. Imagine-t-on un droit d'agir en justice sans droit à l'avocat ? Si tel était le cas, c'est la substance du droit d'agir en nullité et plus largement, le droit d'agir en justice, qui seraient atteints.

76. - Une équation tripartite. La reconnaissance d'un droit d'agir en nullité pour le requérant passe par la démonstration de son intérêt. Or, cette démonstration sera plus ou moins exigeante selon le contenu des droits fondamentaux atteints. L'imbrication de ces éléments, qui jouent le rôle de « paramètre » les uns à l'égard des autres, participe donc à l'articulation pratique et théorique de l'intérêt à agir en nullité.

Paragraphe 2. Protéger la légalité dans l'administration de la preuve

77. - Incidence sur la procédure pénale. Qualifiée « *d'essentielle dans un Etat de droit* »[192], le principe de la liberté de la preuve pénale intéresse la production des preuves devant

[190] Y. CAPDEPON, « La nullité d'une écoute téléphonique réalisée sur la ligne d'un tiers », *Droit pénal*, 2017, étude 12, n°4.
[191] S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, C. DELICOSTOPOULOS, *Droit processuel : droit commun et droit comparé du procès équitable*, Dalloz, coll. Précis Dalloz, 7ième éd., 2016, p. 610.
[192] S. GUINCHAR, J. BUISSON, *Procédure pénale*, Lexisnexis, coll. Manuels, 10ième éd., 2017, p. 501.

les juridictions de jugement. Le respect des règles qui encadrent cette liberté s'applique essentiellement lors de la phase préalable au jugement et peut avoir des conséquences sur les actes réalisés antérieurement. L'intérêt à agir, qui permet de soulever des nullités, intéresse donc la protection de la légalité de la preuve **(A)**, tant matérielle que formelle **(B)**.

A. Le respect de la légalité de la preuve

78. - L'une des finalités de l'exercice de l'intérêt à agir. Que l'on observe la production des preuves ou leur recueillement lors des phases d'enquête et d'instruction, la légalité de l'administration de la preuve intéresse directement la question de l'intérêt à agir en nullité. En effet, « *la légalité imprègne forcément la matière de la preuve* »[193] et fait naître d'éventuelles sanctions dont la nullité fait partie[194]. En cas de violation de la légalité procédurale, celle-ci peut entraîner un grief pour le requérant qui demandera alors au juge de prononcer la nullité de l'acte. Cette action introduite par le requérant et l'obligation faite au juge de contrôler la légalité de la preuve produite, constituent le contentieux des nullités. Il repose donc en partie sur la définition et la réception judicaire de l'intérêt à agir en nullité[195]. Sans émettre plus de critiques à ce stade[196], il faut ici relever que « *la libre admissibilité des preuves pénales est restreinte par l'accroissement du formalisme élaboré dans une perspective de rééquilibre des rapports de force dans le procès pénal* »[197]. Des inquiétudes peuvent naître quant aux conséquences d'un tel constat sur l'intérêt à agir en nullité.

B. Le respect de la légalité matérielle et formelle

79. - La protection de la légalité matérielle. La légalité matérielle, constituée par les principes généraux du droit comme les droits de la défense, implique, tout particulièrement de la part des titulaires de l'autorité publique, un comportement dénué d'atteinte à la dignité humaine, à la loyauté dans la recherche des preuves et à la liberté d'information[198]. Le respect

[193] S. GUINCHAR, J. BUISSON, *Procédure pénale*, Lexisnexis, coll. Manuels, 10ième éd., 2017, p. 502.
[194] Des sanctions pénales ou administratives à l'égard de l'auteur de nullité sont également envisageables.
[195] Le droit d'agir en nullité étant lui-même plus spécifiquement soumis à l'existence d'un intérêt et d'une qualité à agir. Voir *supra* n°24 et s. sur le droit d'agir en nullité.
[196] Voir *infra* n°212 et 212-1 à propos des difficultés relatives à la loyauté de la preuve.
[197] E. MOLINA, « Réflexion critique sur l'évolution paradoxale de la liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain », *RSC 2002*, p. 263.
[198] Sur ce point : S. GUINCHAR, J. BUISSON, *Procédure pénale*, Lexisnexis, coll. Manuels, 10ième éd., 2017, p. 503.

de la dignité prohibe la preuve rapportée par l'usage de violences[199]. La jurisprudence de la CEDH est particulièrement développée sur ce point, notamment sur le fondement de l'article 3 de la Conv.EDH. En lien avec l'intérêt à agir, il est intéressant de noter que la jurisprudence conventionnelle veille à ce qu'en pratique le requérant soit dans la possibilité d'exercer son droit d'agir en nullité, c'est-à-dire si l'Etat est dans la capacité d'offrir un examen indépendant et impartial de sa cause[200].

79.-1 Le respect du principe de loyauté est également au cœur de la justification de la reconnaissance d'un intérêt à agir car il a précisément pour objectif d'interdire l'utilisation des procédés déloyaux[201]. Cette interdiction de l'emploi de ruses ou de stratagèmes s'adresse *a fortiori* aux magistrats instructeurs et aux forces de polices. *En sus* d'une jurisprudence abondante, le législateur a par exemple rappelé dans la loi du 9 mars 2004 l'interdiction des provocations à l'infraction[202]. A nouveau, ces règles étant édictées à peine de nullité, l'appréciation de l'intérêt à agir prend tout son sens.

80. - La protection de la légalité formelle. Particuliers et titulaires de l'autorité publique sont tenus de recueillir la preuve pénale en respectant les règles formelles que la loi impose à peine de nullité. Il existe donc un lien entre la conséquence de l'inexécution des règles et l'intérêt à agir. Le législateur a considéré que la méconnaissance des prescriptions formelles peut être source d'un grief pour le requérant. Or, c'est en présence de ce grief que naît l'intérêt à agir en nullité. En ce sens, les juges du quai de l'Horloge ont rappelé que les moyens produits devant le juge pénal ne doivent pas procéder d'une méconnaissance des règles de procédure et ne doivent pas avoir eu pour effet de porter atteinte aux droits de la défense, ni au principe énoncé à l'article 8 de la Conv.EDH[203].

[199] R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel, procédure pénale*, Cujas, 7ième éd., 2000, p. 195.
[200] CEDH, 25 sept. 2012, El Haski c/ Belgique, n°649/08, ; *JCP G* 2013, chron. p. 92, obs. F. SUDRE.
[201] Sur ce point : V.C AMBROISE-CASTEROT, « La preuve : une question de loyauté ? », *AJP* 2005, p. 261 et suivant ; J. PRADEL, A. VARINARD, *Les grands arrêts de la procédure pénale*, Dalloz, 9ème éd., 2016, p. 179.
[202] Les actes des agents infiltrés ne peuvent consister en une incitation à commettre une infraction selon l'art. 706-81 al.2 *in fine* du CPP.
[203] Cass. Crim., 6 déc. 2011, pourvoi n°11-83.970.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

81. - La critique formulée par certains auteurs sur l'apparition d'une subjectivation du contentieux des nullités démontre la difficulté que revêt la distinction entre qualité et intérêt. Comme nous l'avons vu, cette construction repose sur une « *conception particulière* »[204] des deux conditions de l'intérêt à agir. Ces points de crispation du contentieux des nullités conduisent à l'apparition de nouvelles notions, voire même de « conditions », à l'image de la titularité du droit. Et ces difficultés ne sont pas dépourvues de conséquences puisque ce « flou définitionnel » vient « *restreindre sensiblement l'accès au juge* [des nullités] *lorsque le demandeur à la nullité n'est pas celui contre lequel l'acte de procédure était dirigé* »[205].

82. - Deux éléments permettent néanmoins de retrouver un peu de « clarté » dans l'hétérogénéité de la notion d'intérêt à agir. D'une part l'analyse des fondements de l'intérêt à agir permet, tout en justifiant la nécessité de reconnaître un intérêt à agir aux requérants, de mieux conceptualiser la notion. Révélateurs de la finalité de l'intérêt à agir, ils offrent des indications sur le sens dans lequel doivent être appréhendées les conditions de l'intérêt à agir. Ce dernier, en contestant les actes entachés d'irrégularité, offre une protection accrue de la légalité dans l'administration des preuves. Il protège également les droits du mis en cause, parmi lesquels les droits de la défense ou le droit à la vie privée. L'intérêt à agir renforce donc l'idée selon laquelle « *la forme est la garantie nécessaire d'une justice exacte, éclairée et impartiale* »[206]. D'autre part, toutes les nullités exigent l'existence d'un grief. Ce grief se révèle être une condition fondamentale de l'intérêt à agir. L'origine du grief vient du non-respect d'une obligation procédurale et il correspond au préjudice potentiel résultant de l'atteinte aux droits substantiels du requérant. Bien qu'il doive être démontré, encore faut-il, au préalable, s'accorder sur les attributs et les conséquences du grief que le requérant doit établir.

[204] Y. CAPDEPON, « La nullité d'une écoute téléphonique réalisée sur la ligne d'un tiers », *Droit pénal*, 2017, étude 12, n°5.
[205] O. DECIMA, « Du droit à la nullité en procédure pénale », *JCP G,* 2016, p. 1176.
[206] R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, Sirrey, coll. Americana, Tome III, 1912, p. 426.

CONCLUSION DU TITRE I

83. - L'intérêt à agir est une condition « *se situant au tout premier rang des conditions de recevabilité* »[207]. Si l'intérêt à agir est la condition originale de toute action en nullité, il demeure en revanche sans doute impossible d'en donner une définition. Le législateur ne s'y est d'ailleurs pas risqué puisqu'il se contente d'y faire référence sans en mentionner le contenu et les conditions de réalisation. C'est la raison pour laquelle nous avons entrepris de le définir par l'analyse de ses conditions. Cette tâche, bien que difficile, est cependant nécessaire au regard de l'enjeu qui découle de la reconnaissance d'un intérêt à agir en nullité. En effet, il est un facteur de contrôle des formes et des procédures qui doivent « *être assez puissantes pour faire sortir la vérité du sein des faits, assez simples pour servir d'appui sans devenir des entraves, assez flexibles pour se plier au besoin de toutes les causes, assez fermes pour résister aux violences, soit des juges, soit des parties* »[208].

84. - On pourrait voir dans le degré d'imprécision de l'intérêt à agir une possibilité offerte au juge des nullités pour adopter une plus grande latitude dans son appréhension. On peut alors concevoir que cette solution sera en certaines occasions bénéfique pour le requérant en nullité. Mais à l'inverse, l'hypothèse opposée est tout à fait envisageable. En outre, derrière sa grande généralité se cache un questionnement juridique qui transcende le cloisonnement du droit par domaine. Il soulève une question qui renvoie le juge à la question de la légitimité de l'intérêt à agir lorsqu'il examine la recevabilité des demandes en nullité. L'imprécision de la notion d'intérêt à agir constitue également sa principale limite car il « *restera toujours un outil conceptuel beaucoup trop large pour saisir avec précision les problèmes particuliers de la recevabilité des prétentions, et donc pour distinguer clairement le droit de l'action* »[209].

85. - Dans la majorité des cas, la reconnaissance d'un intérêt à agir passe par la preuve d'un grief mais cette démonstration est souvent ardue. Comme nous allons le voir à présent, c'est sans doute la raison pour laquelle la Cour de cassation a offert un mode probatoire facilité avec les présomptions de grief. Dans les catégories de nullités, le requérant sera tenu de démontrer l'existence d'un grief direct et personnel.

---

[207] F. KERNALEGUEN, *Intérêt, qualité, pouvoir : le ménage à trois de la théorie de l'action ?*, *in* Justices et droit du procès, Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard, 2010, Dalloz, p. 771.
[208] F. HELIE, *Traité de l'instruction criminelle ou Théorie du Code d'instruction criminelle*, Bruylant Christophe et compagnie, Tome Ier, 2ième éd., 1866, n°3, p.5.
[209] N. CAYROL, « Action en justice », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, 2017, n°224.

Titre II. L'intérêt à agir soumis à l'exigence d'un grief

Soucieuse de demeurer « *le gardien des équilibres entre les droits de la défense et les nécessités de la répression »*[210], la Cour de cassation a fait le choix de ne pas systématiser la typologie des nullités de façon claire. Elle se réserve ainsi la possibilité de répartir les nullités dans l'une ou l'autre des catégories existantes, selon la cause et les effets qu'elle souhaite y attacher. Initialement, les nullités faisaient l'objet d'une répartition entre nullités d'ordre public - aussi nommées « nullités sans grief » - et nullités d'intérêt privé, qualifiées de « nullités à grief ». Le grief, dont nous venons d'établir qu'il est une condition substantielle de l'intérêt à agir, jouait donc déjà un rôle central dans le régime des nullités. Poussant cette logique à son paroxysme, la montée en puissance de l'exigence de grief a conduit la Cour à dégager une nouvelle catégorie intermédiaire : les nullités d'ordre public assimilées. Le grief est devenu la nouvelle clef de réparation des nullités. On trouve d'un côté les nullités d'intérêt privé, de l'autre les nullités d'ordre public et les nullités « ayant nécessairement causé un grief ». Mais outre son influence sur les causes et les moyens, le grief est également crucial dans le prononcé des effets de la nullité. L'annulation peut se limiter à l'acte irrégulier ou s'étendre aux actes subséquents qui en sont le support nécessaire **(CHAPITRE I)**.

Les nullités d'ordre public assimilées sont, par nature, des nullités d'intérêt privé. Néanmoins la Cour ne subordonne pas leur recevabilité à la démonstration d'un grief, celui-ci étant présumé comme dans les nullités d'ordre public. Incontestablement une telle présomption favorise la reconnaissance de l'intérêt à agir dans ces deux catégories de nullités. En sens inverse, l'intérêt à agir est parfois sacrifié sur l'autel du défaut de qualité à agir du requérant. Cette absence de qualité peut résulter des conditions de mise en œuvre des nullités, à l'image des délais de forclusion ou des fins de non-recevoir. Elle peut également être établie par la jurisprudence, l'exemple le plus atypique étant sans doute les vicissitudes de la conception prétorienne de la qualité et de l'intérêt à agir du tiers à un acte de procédure **(CHAPITRE II)**.

[210] G. PITI, « Les nullités d'intérêt privé : le nécessaire équilibre entre droits de la défense et répression », *AJP 2016*, p. 194

Chapitre 1. La démonstration du grief dans le régime des nullités

86. - Une troisième classification des nullités. Les nullités de procédure pénale peuvent être distinguées de deux façons. La première oppose les nullités textuelles et les nullités virtuelles, aussi appelées nullités substantielles. La seconde distingue les nullités d'ordre public et les nullités d'intérêt privé. Mais cette grande hétérogénéité de la construction jurisprudentielle n'est pas saluée par tous. Nombreux sont ceux qui aspirent à un réajustement [211] du régime des nullités, afin de rectifier la dissémination des nullités en listes non exhaustives au sein du Code de procédure pénale ou de la jurisprudence des juges du Quai de l'horloge. Dans cette perspective, une troisième possibilité de répartition des nullités est envisageable. Elle s'articulerait entre « les nullités nécessitant la démonstration d'un grief » et « les nullités où la démonstration n'est pas requise ». Cette clef de lecture centrée sur le grief est préférable à une autre, dans la mesure où elle facilite l'examen de l'intérêt à agir. En effet, nous avons précédemment conclu que l'existence d'un grief est nécessaire à sa reconnaissance. Or, dans la nouvelle distinction proposée, le grief occupe une place prépondérante car il est la clef de voûte de la typologie des nullités **(Section 1)**.

87. - Les effets de la nullité. « *S'il est préjudiciable à la partie* »[212], l'acte sera annulé. Mais les effets de cette annulation peuvent varier selon « l'influence » que l'acte irrégulier aura pu avoir sur ceux réalisés ultérieurement. Si le grief causé par un acte illégal ne provient que de celui-ci alors c'est uniquement cet acte qui sera supprimé ou les mentions y faisant référence qui seront cancellées. En revanche, si l'acte entaché d'irrégularités a été le support nécessaire à la réalisation d'autres actes ou mesures, « *il est possible que la nullité ne se borne pas à l'acte en question* »[213]. Par un effet de « contamination », la persistance du grief aura pour conséquence d'étendre la nullité à tout ou partie de la procédure réalisée ultérieurement **(Section 2)**.

[211] *V*. notamment : S. TZITZIS, P. CONTE (sous la dir. de), *Incriminer et protéger*, Dalloz, coll. Essais de philosophie pénale et de criminologie, 2014, 204 pages.
[212] B. BOULOC, « Des atteintes aux droits des suspects », *Gaz. Pal*., 20 mai 2013.
[213] B. BOULOC, H. MATSOPOULOU, *Droit pénal général et procédure pénale*, Dalloz, coll. Sirey, 20ième éd., 2016, n°708.

Section 1. L'influence du grief sur la typologie des nullités

88. - La théorie des nullités est « *une théorie largement prétorienne qui, par certains égards (imprécision des critères de distinction, étendue de l'annulation, nombre d'annulation) peut paraître inutile »*[214]. Nous ne saurions souscrire pleinement à ces propos car la typologie des nullités offre une vision clarifiée du grief, point cardinal des nullités et de l'intérêt à agir. En revanche, il est vrai que les nullités ne font pas l'objet de listes exhaustives et que « *la Cour de cassation a préféré garder toute latitude pour qualifier les nullités qui lui étaient présentées de nullité d'ordre public ou privé et demeurer ainsi le gardien des équilibres entre les droits de la défense et les nécessités de la répression* »[215]. Un élément revêt néanmoins une valeur cardinale dans cette « cacophonie » : l'existence d'un grief est toujours nécessaire pour que la nullité soit prononcée[216].

Pourtant, si les nullités d'intérêt privé sont soumises à la démonstration d'un grief **(Paragraphe 1)**, il en va autrement des nullités d'ordre public et des nullités privées dont l'atteinte a nécessairement porté préjudice aux intérêts du requérant. Dans ces hypothèses, le grief étant présumé, sa démonstration n'est pas requise **(Paragraphe 2)**.

Paragraphe 1. Nullités soumises à l'exigence de démonstration d'un grief

Les nullités d'intérêt privé sont prononcées au cas par cas par le juge qui examine si la violation procédurale est à l'origine d'un grief pour le requérant qui l'invoque **(A)**. Ce dernier a la possibilité de renoncer à la nullité et de régulariser ainsi la procédure. En revanche s'il souhaite s'en prévaloir, il devra démontrer le grief et notamment le caractère direct et personnel du préjudice qui lui est causé **(B)**.

[214] S. LAVRIC, « Nullité et autres exceptions de procédure », *Dalloz actualité*, 26 novembre 2010, p.1.
[215] G. PITI, « Les nullités d'intérêt privé : le nécessaire équilibre entre droits de la défense et répression », *AJP 2016*, p. 194.
[216] Cette exigence est par exemple soutenue par l'art. 802 C. pr. pén.

A. Les nullités d'intérêt privé : *substantifique moelle* de l'intérêt à agir

89. - La recherche d'un équilibre entre les droits de la défense et la bonne administration de la justice dicte l'analyse que fait la Cour de cassation des nullités d'ordre privé. En cas de non-respect des obligations procédurales, les articles 171 et 802 du Code de procédure pénale prévoient que la nullité pourra être prononcée s'il a été « *porté atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne* »[217]. Ainsi, une nullité d'intérêt privé ne sera prononcée qu'à la condition qu'elle fasse « grief » à la partie qu'elle concerne.

90. - Dans cette catégorie de nullités, le grief doit être prouvé par le requérant. Au moyen d'éléments factuels il lui appartient de démontrer l'atteinte portée à ses intérêts par la violation. L'atteinte et sa démonstration se conjuguent ainsi pour fonder l'intérêt à agir car ce n'est qu'au terme de ces deux étapes qu'il sera réputé existant.

91. - Une *summa divisio* analysée de façon casuistique. Pour les formalités substantielles, la Chambre criminelle se livre à une analyse casuistique de chaque cause de nullité afin de « *déterminer si cette violation fait, ou non, nécessairement grief au requérant* »[218]. En règle générale les mesures d'instruction et d'investigation sont classées parmi les nullités nécessitant cette démonstration. Par exemple, à propos des perquisitions ou des saisies et placements sous scellés, il est de jurisprudence constante que ces formalités font partie du champ d'application de l'article 802 du Code de procédure pénale. Ainsi, « *leur inobservation ne saurait donner lieu à annulation en l'absence d'atteinte portée aux intérêts de la personne mis en cause* »[219].

B. Les attributs du grief à démontrer

Les articles 171 et 182 du Code de procédure pénale soulignent que la première condition à l'invocation d'une nullité réside dans le non-respect d'une disposition substantielle[220] ou

[217] Art 802 C. pr. pén.
[218] G. PITI, « Les nullités d'intérêt privé : le nécessaire équilibre entre droits de la défense et répression », *AJP 2016*, p. 195.
[219] Cass. crim., 17 sept. 1996, n°96-82105, *Bull. crim*. n°316 ; Cass. crim., 18 nov. 2015, n°15-83400.
[220] Art. 171 C. pr. pén.

d'une règle prescrite par la loi « *à peine de nullité* »[221]. La seconde condition impose que l'acte ne soit annulé que « *s'il est préjudiciable à la partie* »[222]. A ce titre, l'atteinte aux droits du mis en cause doit entraîner à son égard un préjudice direct **(1)** et personnel **(2)**.

1. Caractère direct de l'atteinte.

92. - Lien de causalité et potentialité du grief. Si le préjudice né de la violation des prescriptions légales n'est pas direct, le requérant ne sera pas fondé à agir en nullité car son intérêt à agir fera défaut. Il lui incombe donc de démontrer le lien entre la violation et les conséquences de l'atteinte à l'un de ses droits substantiels. Par exemple, s'il n'a pas bénéficié de son droit à l'avocat et qu'il démontre que de ce fait il s'est auto-incriminé, alors le lien de causalité sera direct.

92. -1 En réalité la question du lien de causalité indirect est plus complexe qu'il n'y paraît. Ainsi, « *le concept de préjudice direct semble, a priori, évident et facile à maitriser. Or à l'étude rien n'est moins vrai* »[223]. En effet, dans l'exemple précédent, comment le requérant peut-il parvenir à démontrer que son auto-incrimination résulte du seul fait qu'il n'a pas bénéficié du droit à l'avocat ? En réalité, l'efficacité de l'intérêt à agir dépendra en grande partie de la manière dont les juges conçoivent cette notion de lien de causalité direct. Le préjudice sera considéré comme direct si les juges n'attendent pas du requérant qu'il leur démontre une matérialité pure et parfaite du préjudice. C'est la raison pour laquelle l'intérêt à agir est une condition de recevabilité qui repose en réalité sur la démonstration de l'existence potentielle d'un grief. Il suffirait en principe de démontrer, qu'il est possible ou probable, que le requérant ait été victime d'un grief. Cette idée reprend pour partie la logique adoptée en matière de constitution de partie civile. Ainsi les juges ne doivent pas attendre plus du requérant « *que les circonstances sur lesquelles il s'appuie pour permettre à la* [chambre de l'instruction] *d'admettre comme possible, non seulement l'existence du préjudice allégué, mais aussi la relation directe de celui-ci avec l'infraction poursuivie* »[224]. Dans la pratique des prétoires, la potentialité du grief est souvent appréciée avec moins de « souplesse ».

[221] Par ex. : art 66, 56-1, 57, 59, 78-3, 100-7, 393 C. pr. pén.
[222] B. BOULOC, « Des atteintes aux droits des suspects », *Gaz. Pal*., 20 mai 2013.
[223] P. CONTE, note ss. Cass. crim., 30 oct. 1985, JCP 1987. II. 20727.
[224] Cass. crim., 19 févr. 2002, pourvoi n°00-86.244.

93. - Absence de pertinence du caractère né et actuel du préjudice. Ces caractères relèvent plus de l'action civile que de l'action en nullité de procédure pénale. En effet, le préjudice n'existe pas en lui-même, considéré *in abstracto*. Il n'existe un préjudice que parce qu'il existe une poursuite pénale qui pourra provoquer des conséquences dommageables, telle l'incarcération de l'individu. Le préjudice naît de l'existence d'une poursuite et il demeure actuel tant que demeure la poursuite. Il ne s'agit pas d'obtenir la réparation d'un dommage éventuel comme un préjudice d'anxiété. Le préjudice s'apprécie en grande partie sur l'éventualité d'une condamnation pénale motivée et justifiée par des preuves illégales récoltées lors de procédures n'ayant pas satisfait aux obligations procédurales. Ainsi, le caractère « né » du préjudice doit être assimilé au caractère « direct », c'est-à-dire à l'existence d'un potentiel grief. Pour conclure, parce que le grief est indémontrable *stricto sensu*, le caractère né et actuel n'a donc pas de sens dans le contentieux des nullités.

2. Le caractère personnel de l'atteinte

94. - La difficulté majeure dans l'appréhension du caractère personnel repose sur la question de la victime indirecte, c'est-à-dire la demande formulée par le tiers à un acte de procédure entaché d'irrégularités[225]. La jurisprudence considère que le requérant n'étant pas titulaire du droit propre atteint, il ne peut invoquer la violation de ce droit qui ne lui est pas personnel[226]. L'idée sous-jacente pourrait être que son action en nullité est irrecevable car l'atteinte n'est pas personnelle. On peut cependant considérer également que, quand bien même l'atteinte serait personnelle, elle n'est pas légitimement invocable[227].

95. - Dans les autres hypothèses, le demandeur à la nullité doit simplement établir qu'il est personnellement victime du préjudice occasionné par l'irrégularité. L'action en nullité n'appartient qu'à celui qui a été personnellement atteint, c'est-à-dire qui connaît du fait de la violation, une atteinte personnelle à l'un de ses droits substantiels. A ce titre, le fait que le demandeur ait été personnellement visé par l'acte contesté laisse souvent présumer le caractère personnel du dommage.

---

[225] Voir *infra* n°144 et s. sur l'action en nullité du tiers.

[226] C. FONTEIX, « Ecoute et perquisitions chez un avocat : intérêt à agir en nullité », *Dalloz actualité,* 12 mars 2015.

[227] En raison du défaut de qualité ou d'intérêt à agir, selon le point de vue de la doctrine observée.

Paragraphe 2. Nullités non soumises à l'exigence de démonstration d'un grief

Le requérant n'a parfois pas à démontrer le grief résultant de l'atteinte à ses droits. L'examen de l'intérêt à agir est donc facilité car sa principale condition de réalisation est d'ores et déjà acceptée par le juge des nullités. Le grief est présumé, soit qu'il s'agisse d'une nullité d'ordre public **(A)**, soit qu'il s'agisse d'une nullité d'intérêt privé pour laquelle la violation de la formalité substantielle a nécessairement porté atteinte aux intérêts du requérant **(B)**.

A. Les nullités d'ordre public

96. - Une reconnaissance jurisprudentielle. La notion de nullité d'ordre public n'apparaît pas dans le Code de procédure pénale[228]. Ce n'est qu'après la création de l'article 802 du Code de procédure pénale que la Cour de cassation a pu en écarter l'application en employant la notion de nullité d'ordre public[229].

97. - Bonne administration de la justice et objectivisation des nullités. La nullité d'ordre public sanctionne la violation d'une formalité d'ordre public. Il s'agit le plus souvent d'une règle visant à protéger la bonne administration de la justice, si bien que cette notion est souvent synonyme « d'ordre public »[230].

97. – 1 Lorsque les dispositions du Code de procédure pénale font référence à l'ordre public[231] ou à la bonne administration de la justice[232], la nullité ne relève pas de l'article 802 du Code de procédure pénale. Par conséquent, la démonstration d'un grief n'est pas nécessaire. L'absence de démonstration du grief traduit une volonté « d'objectiver » ces nullités, c'est-à-dire de faire en sorte qu'elles ne soient plus placées dans les seules mains du requérant. C'est la raison pour laquelle elles doivent être relevées d'office par le juge et ne sont pas susceptibles

[228] Comp. art 132-15 de l'avant-projet du Code de procédure pénale du 1er mars 2010.
[229] Cass. crim., 26 févr. 1979, pourvoi n°78-90.856.
[230] Voir aussi art. 612-1 du C. pr. pén. Comp. Cass. crim., 5 mars 1970, pourvoi n°67-91652.
[231] Art. 181 et 215 du C. pr. pén.
[232] Par ex. La prestation de serment de l'expert non inscrit : Cass. crim., 25 juill. 1979, pourvoi n°79-91.258. L'autorisation du procureur de la République pour désigner une personne qualifiée : Cass. crim., 14 oct. 2003, pourvoi n°03-84.539.

de faire l'objet d'une renonciation de la part des parties. Il s'agit notamment des règles relatives à la compétence des juridictions, à la publicité des débats ou encore de l'obligation faite à l'expert de prêter serment. Dans les nullités de la phase préalable au jugement, tel est par exemple le cas des actes accomplis par un juge d'instruction incompétent[233], ou pour sa désignation[234].

B. Les atteintes nécessairement portées aux intérêts du requérant

98. - Pas de définition mais des champs d'application. Ces nullités sont d'intérêt privé et elles sont donc régies par les articles 171 et 802 du Code de procédure pénale. La Cour de cassation n'impose cependant pas au requérant de démontrer un grief occasionné par la violation de la formalité substantielle. Il n'existe pas de critères de distinction nets permettant de classer directement les violations dans cette catégorie mais selon Gérard PITTI[235], trois grands domaines d'application peuvent être identifiés.

99. - L'atteinte aux droits du gardé à vue. Dans la lignée du Conseil constitutionnel[236], la Cour de cassation est particulièrement vigilante au respect des droits de la défense et de la dignité de la personne. La Haute juridiction considère qu'eu égard au caractère particulièrement coercitif de la mesure, « *la violation des droits afférents à cette mesure est globalement sanctionnée par la nullité sans qu'un grief quelconque n'ait besoin d'être démontré* ».[237] Ainsi, il y a nécessairement atteinte aux droits de la défense du gardé à vue en cas :

- D'information tardive du procureur de la République du placement en garde à vue,[238]
- De non-respect de la durée maximale de garde à vue,[239]
- D'absence de notification des droits,[240]
- D'absence d'entretien avec l'avocat,[241]
- De violation du libre choix de l'avocat,[242]

[233] Cass. crim.,5 mars 1986, pourvoi n°86-91.071.
[234] Cass. crim., 3 avr. 1979, pourvoi n°78-94.203.
[235] Vice-président du tribunal correctionnel de Bobigny.
[236] Cons. Const., 30 juill. 2010, n°2010-14/22 QPC, *AJP* 2010. 470, étude J.-B PERRIER.
[237] G. PITI, « Les nullités d'intérêt privé : le nécessaire équilibre entre droits de la défense et répression », *AJP* 2016, p. 196.
[238] Cass. crim., 10 mai 2001, pourvoi n°01-81.441, *Bull. crim*. n°119.
[239] Cass. crim., 11 dèc. 1997, pourvoi n°97-85.766.
[240] Cass. crim., 30 avr. 1996, *Bull. crim*. n°182.
[241] Cass. crim., 9 mai 1994, pourvoi n° 94-80.802, *Bull. crim*. n°174, *D.* 1995. 145, obs. J. PRADEL.
[242] Cass. crim., 21 oct. 2015, pourvoi n°15-81.032, *D.* 2015, n°2252.

- D'absence de notification du droit de se taire,[243]
- D'absence de notification de l'infraction reprochée[244].

100. - L'atteinte irrémédiable aux droits du requérant. Les atteintes aux droits de la défense ou du procès équitable sont considérées comme irréversibles. Elles travestissent l'équilibre auquel tend la procédure pénale, de sorte que « *toute atteinte à ces formalités substantielles cause donc nécessairement un grief, puisque cette atteinte a vicié la procédure et annihilé toute possibilité de défense effective* »[245]. Il en va ainsi de la déloyauté dans l'administration de la preuve commise par un agent public. Par exemple, la Cour de cassation a considéré comme un détournement de procédure le fait de placer deux suspects dans des cellules mitoyennes et sonorisées [246]. Les juges du Quai de l'horloge manifestent la même rigueur si l'avocat n'a pas été convoqué pour qu'il soit procédé au débat contradictoire sur le prolongement de la détention provisoire[247]. Cette absence de diligence porte nécessairement atteinte aux intérêts de son client.

101. - L'atteinte à la possibilité de contrôler la procédure. Les violations qui empêchent de contrôler la régularité de la procédure ne nécessitent pas non plus du requérant qu'il démontre son intérêt à agir. Tel est notamment le cas du défaut de motivation de la décision du juge d'instruction autorisant la mise en place d'un dispositif d'enregistrement[248].

Section 2. L'influence du grief sur l'étendue de l'annulation

102. - Révélateur du lien entre grief et intérêt à agir. Les effets des nullités ne se limitent pas à la suppression des actes entachés d'irrégularité. Par exemple, lorsque la chambre de l'instruction annule une mise en examen, l'intéressé se verra conférer le statut de témoin assisté[249]. Au-delà de ces conséquences de l'annulation, dans lesquelles peut d'ailleurs résider

[243] Cass. crim., 10 sept. 2014, pourvoi n°13-82.507, *Bull. crim*. n°185 ; AJP 2015, n°99, obs. J. LASERRE CAPDEVILLE.
[244] Cass. crim., 16 juin 2015, préc.
[245] G. PITI, « Les nullités d'intérêt privé : le nécessaire équilibre entre droits de la défense et répression », *AJP* 2016, p. 196.
[246]Cass., ass. plén., 6 mars 2015, pourvoi n°14-84.339, *D.* 2015. 711, obs. S. FUCINI, note J. PRADEL.
[247] Cass. crim., 4 déc. 2007, pourvoi n°07-86.794, *Bull. crim*. n°297 ; *AJP* 2008, n°95, obs. S. LAVRIC.
[248] Cass. crim., 3 avr. 2007, pourvoi n°06-87.264.
[249] Art. 174-1 C. pr. pén.

« l'intérêt de l'intérêt » à agir du requérant[250], il est intéressant d'observer l'étendue des annulations prononcées. En effet, l'étendue révèle l'incidence du grief sur cette sanction procédurale. Une demande en nullité ne pouvant être soulevée qu'en présence d'un intérêt à agir et le grief étant la condition centrale du prononcé d'une nullité, le lien entre le grief et l'intérêt à agir apparaît en creux lors de l'analyse des effets de l'annulation.

L'article 174 du Code de procédure pénale traduit l'étendue variable que peut revêtir une annulation. Dans certains cas le grief peut provenir d'un seul et unique acte de procédure. Ce grief « ciblé » aura pour effet de limiter le prononcé de la nullité à cet acte ou de n'entraîner que la simple cancellation des mentions viciées **(Paragraphe 1)**. Dans d'autres hypothèses, le grief peut transcender l'acte illégal et « contaminer » le reste de la procédure, s'il a été le support nécessaire de la réalisation d'autres actes ou mesures d'investigations **(Paragraphe 2)**.

Paragraphe 1. La limitation à l'acte irrégulier

Selon Jacques Buisson, « *l'étendue de l'annulation relève souvent d'une victoire à la Pyrrhus, les juges étant incité à la restreinte au maximum. Le nombre d'arrêt est important mais le nombre d'annulations obtenu demeure restreint…* »[251]. L'annulation d'un acte ou d'une mesure par la chambre de l'instruction entraîne diverses conséquences pour l'avenir. L'acte ne doit plus produire d'effets afin de mettre un terme définitif au grief qu'il a causé **(A)**. L'annulation prononcée par la Cour de cassation s'inscrit dans une dynamique similaire **(B)**.

A. Le devenir de l'acte annulé

103. - Retrait du dossier de l'acte annulé. L'article 174 du Code de procédure pénale énonce que les actes qui sont annulés dans une information judiciaire seront retirés du dossier, classés au greffe de la cour d'appel et ce, de façon indivisible à l'égard de toutes les parties[252].

[250] B. BOULOC, « Des atteintes aux droits des suspects », *Gaz. Pal*., 20 mai 2013.
[251] J. BUISSON, « Les nullités de l'enquête et de l'instruction », *Dossier Dalloz actualité*, 2016.
[252] Cass. crim., 28 juin 2000, *Bull. crim*. n°00-80292.

104. - L'annulation intégrale. Selon la Chambre criminelle le défaut d'enregistrement audiovisuel, obligatoire en matière criminelle pour les interrogatoires conduit par le juge d'instruction, « *affecte nécessairement la régularité de l'intégralité de l'acte* »[253].

105. - La « cancellation » des mentions viciées. L'annulation peut aussi être limitée à certaines mentions contenues dans un ou plusieurs actes d'investigation ou d'enquête. Ces mentions sont déclarées illégales parce qu'elles font référence ou s'appuient sur l'acte qui a été annulé par le juge. Tel peut être le cas de procès-verbaux qui formellement ne contiennent pas d'illégalités, à l'exception des questions relatives aux constatations réalisées lors d'une mesure de surveillance annulée par la chambre de l'instruction[254]. Dans cette hypothèse, après avoir dressé une copie conforme à l'original, les mentions annulées sont « cancellées ». C'est-à-dire qu'elles vont être rendues illisibles.

106. - L'interdiction de tirer des renseignements des actes annulés. Avocats et magistrats encourent des poursuites s'ils sont amenés à employer contre les parties des renseignements tirés d'actes annulés[255]. Ces actes annulés ne peuvent pas non plus servir de fondements à des poursuites distinctes.

B. Le devenir de la procédure

107. - Les procédures incidentes. Le législateur a souvent prévu que lorsque l'acte de procédure annulé vise une certaine infraction, la découverte d'infractions incidentes pendant la réalisation de la mesure ne provoque pas la nullité des procédures incidentes[256]. Par exemple, la nullité d'un contrôle d'identité est sans conséquence sur les infractions d'outrage commises pendant son exécution par la personne contrôlée[257].

108. - Retour en chambre de l'instruction. Lorsque la Cour de cassation annule un arrêt de chambre de l'instruction, deux cas de figures peuvent se présenter. Si elle annule un arrêt statuant sur une ordonnance de règlement, les parties sont renvoyées devant une autre

[253] Cass. crim., n° 21 mars 2017, n°16-84877.
[254] Cass. crim., 31 janv. 2012, *Bull. crim*., n°27.
[255] Art. 174 C. pr. pén.
[256] Art. 76, 78-2, 78-2-2, 230-37, 706-93, 706-96, 706-102-4 du C. pr. pén.
[257] Cass. crim., 7 févr. 1995, n° 94-81502 ; 11 mai 2005, n°04-86134.

chambre de l'instruction. Dans les autres cas, sous réserve de l'application de l'article 207 du Code de procédure pénale, la procédure retourne à la chambre de l'instruction initialement saisie.

109. - En matière criminelle. Si l'arrêt annulé provenait d'une chambre de l'instruction, l'article 610 du Code de procédure pénale impose à la Cour de cassation de renvoyer le dossier « *devant une chambre de l'instruction autre que celle qui a prononcé la mise en accusation* »[258].

Paragraphe 2. L'extension aux actes subséquents

Lorsque l'acte supprimé était le support nécessaire et exclusif d'actes réalisés ultérieurement, ils devront être également annulés. L'existence d'un lien de causalité procédurale est donc la première justification d'une annulation dépassant l'acte irrégulier *stricto sensu* **(A)**. A qui échoit ce pouvoir de moduler les effets de l'annulation ? Le requérant peut-il influer sur ce choix ? Nous verrons que la chambre de l'instruction reste omnipotente en la matière **(B)**.

A. Les raisons d'une annulation élargie

110. - C'est à la chambre de l'instruction[259] qu'il appartient de déterminer « *la portée de la nullité* »[260]. On relèvera néanmoins, qu'en application de l'article 618-1 du Code de procédure pénale, la Cour de cassation « *peut ordonner, dans l'intérêt de l'ordre public, que l'annulation qu'elle prononce aura effet à l'égard des parties à la procédure qui ne sont pas pourvues* »[261].

[258] A. GALLOIS, *Les nullités de procédure pénale*, Gazette du palais, coll. Guide pratique, 2ième éd., 2017, n°189.
[259] En vertu des articles 174 et 206 du C. pr. pén. Voir *infra* : n°113, 144,115 sur les acteurs de l'annulation.
[260] B. BOULOC, H. MATSOPOULOU, *Droit pénal général et procédure pénale*, Dalloz, coll. Sirey, 20ième éd., 2016, n° 708.
[261] B. BOULOC, H. MATSOPOULOU, *Droit pénal général et procédure pénale*, Dalloz, coll. Sirey, 20ième éd., 2016, n° 695.

111. - Lien de causalité procédurale : support nécessaire et exclusif. Les seuls actes à être annulés seront ceux concernés par l'irrégularité et ceux qui dans la procédure, ont pour « *fondement ou support nécessaire l'acte annulé* »[262]. La notion de « support exclusif »[263] a parfois été employée, de même que celle de « support nécessaire et exclusif »[264]. En tout état de cause, le « *support d'un acte peut être soit juridique (la prise d'un acte dépend d'un autre acte), soit intellectuel*[265] *(la prise d'un acte peut s'expliquer par les informations contenues dans un autre acte)* »[266]. Il faut donc que le second acte réalisé ait pour support exclusif le premier qui a été annulé, pour qu'il existe un lien direct de causalité procédurale. Par exemple, l'annulation du procès-verbal faisant état du contrôle réalisé sur le fondement de l'article 78-2-1 du Code de procédure pénale, provoque l'annulation « *des poursuites trouvant directement leur cause dans le contrôle illégal effectué* »[267]. A l'inverse, pour tenter de limiter ces effets, les juges considèrent parfois, « *de façon peu convaincante* »[268], que « *l'acte attaqué a un support autre que l'acte annulé* ».

112. - La « contamination » de la procédure ultérieure : la persistance du grief. « *Il est possible que la nullité ne se borne pas à l'acte* »[269] annulé et qu'elle s'étende « *à tout ou partie de la procédure ultérieure* »[270] si les actes réalisés ensuite ont eu pour support l'acte annulé. En ce sens, les juges du Quai de l'horloge ont considéré que lorsque la chambre de l'instruction « *prononce l'annulation d'actes de la procédure, les actes ultérieurs doivent être annulés s'ils procèdent des actes viciés* »[271 et 272]. Ainsi le non-respect des obligations procédurales peut avoir des répercutions qui transcendent l'acte initial. Ici, le grief causé à l'individu ne disparaît pas avec la simple annulation de l'acte vicié. Il faut donc également supprimer les actes ultérieurs qui font perdurer le préjudice causé.

---

[262] Cass. crim., 4 oct. 1994, n° 94-83490 ; 6 mai 2003, n°02-87567 ; 27 janv. 2009, n°0881652 ; 5 mars 2014, n°13-82698 ; 14 mai 2014, n°12-84075 ;
[263] Cass. crim., 30 juin 1999, n°99-81426 ; 18 oct. 2000, n°0081373 ; 7 dèc. 2011, n°10-87033.
[264] Cass. crim., 7 fèvr. 2001, n°00-87372 ; 10 mars 2015, n°14-87344 ; 21 juin 2016, n°16-80126.
[265] Cass. crim., 17 mai 2017, n°16-87372.
[266] A. GALLOIS, *Les nullités de procédure pénale*, Gazette du palais, coll. Guide pratique, 2ième éd., 2017, n°174.
[267] Cass. crim., 13 oct. 2013, n° 09-80131.
[268] A. GALLOIS, *Les nullités de procédure pénale*, Gazette du palais, coll. Guide pratique, 2ième éd., 2017,n°174.
[269] B. BOULOC, H. MATSOPOULOU, *Droit pénal général et procédure pénale*, Dalloz, coll. Sirey, 20ième éd., 2016, n° 708.
[270] Art. 174 C. pr. pén.
[271] A. GALLOIS, *Les nullités de procédure pénale*, Gazette du palais, coll. Guide pratique, 2ième éd., 2017, n°177.
[272] Cass. crim., 17 mai 2017, pourvois n° 16-87372.

B. Les acteurs de l'annulation élargie

113. - Un pouvoir quasi-exclusif de la chambre de l'instruction. C'est à la chambre de l'instruction qu'il appartient de se prononcer sur les nullités et d'en déterminer les effets. En effet, selon les articles 174 alinéa 2 et 206 du Code de procédure pénale, la chambre de l'instruction décidera d'étendre l'annulation à toute la procédure ultérieure ou au contraire de la restreindre par la simple cancellation de quelques mentions. Depuis les lois de 1993 [273] qui ont introduit les nullités textuelles dans le Code de procédure pénale, les nullités ne peuvent plus être invoquées devant la juridiction de jugement[274].

114. - Symbole de cette place centrale qu'elle occupe dans l'examen des nullités et sauf réserve des articles 173-1, 174 et 175 du Code de procédure pénale, la chambre de l'instruction a le pouvoir[275] de relever d'office les nullités lorsqu'elle contrôle la régularité des procédures[276]. Néanmoins les parties ne sauraient reprocher à la chambre de ne pas avoir relevé d'office des moyens de nullité, bien que cette possibilité lui soit offerte par l'article 206 du Code de procédure pénale[277]. De même, pour « *sécuriser les procédures et éviter les conséquences de l'extension aux actes ultérieurs, des barrières* »[278] législatives sont parfois instaurées. Par exemple, l'irrégularité d'une demande d'entraide ne peut entraîner l'annulation des actes accomplis pour l'exécution de cette demande[279].

115. - *Quid* de la volonté et de l'intérêt à agir du requérant ? Le mis en cause est le plus souvent l'auteur de la nullité de l'information[280], bien que la chambre de l'instruction puisse en relever d'office ou que les autres parties, comme le juge d'instruction ou le procureur

[273] Loi n°93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale et loi du 24 août 1993 la modifiant. Voir notamment : *Sur le projet de loi portant réforme de la procédure pénale*, Rapport N°157 de Jean-Marie GIRAULT, fait au nom de la commission de lois, déposé le 18 décembre 1992.
[274] Règle édictée par l'art. 385 du C. pr. pén. Sauf lorsqu'il s'agit d'une incompétence juridictionnelle ou lorsque le tribunal correctionnel est saisi en comparution immédiate ou par citation directe, l'article 385 du C. pr. pén. autorise, sauf exception, à se prévaloir des nullités tirées de la procédure antérieure.
[275] Ce « pouvoir » est même un devoir. Cass. crim., 18 janv. 2008, *Bull. crim*. n°05-86447. La retranscription d'une conversation entre un avocat et son client ne peut être retranscrite sauf si elle démontre la participation de l'avocat à une infraction. Cette nullité doit être relevée d'office par la chambre de l'instruction qui contrôle la procédure sur le fondement de l'art. 206 du C. pr. pén.
[276] Art 174 al. 1 et 206 al. 2 du C. pr. pén.
[277] Cass. crim. 9 oct. 2002, *Bull crim*. n°02-81441 ; 19 janv. 2005, *Bull. crim*. n°04-86298.
[278] A. GALLOIS, *Les nullités de procédure pénale*, Gazette du palais, coll. Guide pratique, 2ième éd., 2017, n°174.
[279] Art. 694-3 C. pr. pén.
[280] S. LAVRIC, « Nullité et autres exceptions de procédure », *Dalloz actualité*, 26 novembre 2010, p. 1.

de la République, puissent être à l'initiative de la demande[281]. En désignant dans sa requête[282], les actes soulevant les questions de validité, il fixe les contours du débat[283]. En outre, il aspire en règle générale à obtenir des nullités dont l'étendue sera la plus large possible. Mais ce sont là les seules « influences » qui peuvent être exercées sur la décision de la chambre de l'instruction. En aucun cas les parties ne peuvent refuser une annulation ou un refus d'annulation. Sans doute faut-il voir ici l'une des limites de l'intérêt à agir du requérant. C'est à tout le moins l'une de ses caractéristiques car cela suppose que l'intérêt à agir du requérant se limite à la question de la recevabilité de la demande.

116. - L'hypothèse de la renonciation. Si le requérant souhaite anticiper sur les effets de la nullité, il conserve la possibilité de renoncer à s'en prévaloir. En effet, puisqu'il appartient à la chambre de l'instruction de déterminer l'étendue de la nullité « *celle-ci ne peut être connue à l'avance, ce qui rend utile le recours à la renonciation lorsque celle-ci est possible* »[284]. Cette possibilité de renoncer aux nullités pour régulariser la procédure est ouverte lorsque la règle procédurale violée était imposée dans le seul intérêt d'une partie à la procédure[285]. Ici, cette renonciation ne vaut donc pas pour les « *formalités d'intérêt public, car alors il faut faire annuler au plus tôt l'acte en question* »[286]. On comprend que le mis en cause pourra faire usage de son droit de renonciation s'il considère que l'acte vicié ne lui porte pas préjudice et qu'au contraire, il craint de voir annuler certains actes qu'il juge pertinents pour sa défense si l'entière procédure devait être examinée par la chambre de l'instruction. A nouveau, la question sur « l'intérêt de l'intérêt à agir » apparaît en filigrane.

[281] Art. 170 C. pr. pén.
[282] Art. 173 C. pr. pén.
[283] Bien que la chambre de l'instruction n'y soit pas tenue et puisse relever des moyens d'office.
[284] B. BOULOC, H. MATSOPOULOU, *Droit pénal général et procédure pénale*, Dalloz, coll. Sirey, 20ième éd., 2016, n° 703.
[285] Art. 172 du C. pr. pén. La renonciation ne pourra avoir lieu qu'en présence de l'avocat.
[286] B. BOULOC, H. MATSOPOULOU, *Droit pénal général et procédure pénale*, Dalloz, coll. Sirey, 20ième éd., 2016, n° 703.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

117. - Nombreux sont ceux qui considèrent que « *le régime juridique de la nullité des actes de procédure connaît de nombreux chausse-trappes : notion même d'acte ou de pièce de procédure susceptible d'annulation, grief du demandeur...* »[287]. La typologie des nullités n'échappe pas à ce constat. Il existe différentes classifications des nullités mais la séparation entre les nullités soumises à la démonstration d'un grief et celles où cette obligation n'est pas imposée, semble être la plus pertinente. En plaçant le grief au cœur du contentieux des nullités, elle offre la vision la plus nette de l'intérêt à agir nécessaire à l'examen de la recevabilité des requêtes. La place du grief s'apprécie également au regard de son influence sur l'étendue des annulations. L'annulation peut être limitée au seul acte de la procédure entaché d'irrégularité ou étendue à tout ou partie des actes réalisés ultérieurement. La Cour de cassation contrôle avec rigueur le juge pénal qui aura déduit que les pièces avaient pour « support nécessaire » le premier acte annulé. Si tel est le cas, elles devront également disparaître afin d'empêcher que le grief causé au requérant perdure. Révélant la logique de ce raisonnement, la jurisprudence « *exclut toute annulation d'actes antérieurs à ceux dont l'annulation est demandée* »[288].

118. - Fût-il un point cardinal du prononcé de la nullité, il n'en demeure pas moins que le grief doit être démontré car cette démonstration est la première étape de la reconnaissance de l'intérêt à agir du requérant. Pourtant, les situations se multiplient où la démonstration du grief du demandeur ne peut avoir lieu, celui-ci étant présumé. De même, il est des hypothèses où c'est la qualité à agir du demandeur qui fera obstacle à toute démonstration d'un intérêt à agir. Qu'ils soient issus des conditions légales de mise en œuvre des nullités ou de constructions prétoriennes, à l'image de celle élaborée autour du tiers à l'acte, ces « obstacles » à la démonstration d'un grief ou d'une qualité à agir interrogent. Quelles conséquences emportent-t-ils sur l'intérêt à agir et sur sa démonstration ? Tantôt présumé, tantôt écarté, l'examen de l'intérêt à agir ne répond pas à des critères fixes.

[287] S. LAVRIC, « Nullité et autres exceptions de procédure », *Dalloz actualité*, 26 novembre 2010, p. 1716.
[288] M. GUERRIN, « Nullités de procédure », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2017, p. 98.

Chapitre 2. L'absence de démonstration de l'intérêt à agir en nullité

119. - « *Le régime juridique de la nullité des actes de procédure connaît de nombreux chausse-trappes : notion même d'acte ou de pièce de procédure susceptible d'annulation, qualité pour agir du requérant, fins de non-recevoir et forclusion de la requête, grief du demandeur...* »[289]. La réception de l'obligation de démonstration d'un grief ne déroge pas à ce constat. L'analyse des hypothèses où la démonstration de l'intérêt à agir fait défaut, soit parce qu'il est supposé, soit parce que son examen est interdit, permet cependant de mieux appréhender l'intérêt à agir en nullité.

Selon certains praticiens « *la démonstration du grief étant extrêmement délicate, quand la Cour veut accepter l'annulation, elle se contente d'indiquer que la violation dénoncée fait nécessairement grief* »[290]. Cette catégorie des nullités « d'ordre public assimilé » correspondrait donc à un choix du juge, dans les cas où il souhaite reconnaître un grief dans une finalité autre que le simple intérêt du requérant. Il est en tout cas certain que les nullités « pour violation ayant nécessairement porté atteinte aux intérêts du requérant » et les nullités d'ordre public offrent une démonstration facilitée du préjudice. Le grief fait l'objet d'une présomption irréfragable qui n'est pas sans effets sur l'intérêt à agir car sa condition principale étant présumée, il n'y a plus d'obstacles qui s'opposent à sa reconnaissance **(Section 1)**.

Dans une logique similaire, bien que dotée d'effets inverses, le défaut de qualité pour agir emporte également des conséquences sur la démonstration de l'intérêt à agir. Une fois encore celui-ci ne sera pas démontré. En revanche, cette absence de démonstration n'est pas cette fois-ci synonyme de reconnaissance d'intérêt à agir, tout au contraire. L'application des conditions de mise en œuvre des nullités pouvant déchoir l'individu de sa qualité à agir, ce dernier ne sera plus fondé à démontrer son intérêt à la nullité, l'une des principales conditions de sa reconnaissance faisant défaut **(Section 2)**.

[289] S. LAVRIC, « Nullité et autres exceptions de procédure », *Dalloz actualité*, 26 novembre 2010, p. 1716.
[290] J. BUISSON, « Les nullités de l'enquête et de l'instruction », acte du colloque ayant eu lieu à la Cour de cassation : Nullités et autres exceptions de procédure pénale, Dossier Dalloz actualité, 2016.

Section 1. La présomption de grief, un intérêt à agir présumé

120. - Conséquence sur l'office du juge. Lorsque le requérant soulève une nullité en raison de la violation d'une règle d'ordre public, « *le juge doit pouvoir l'examiner* »[291]. C'est la raison pour laquelle elle peut être soulevée à n'importe quel moment, y compris pour la première fois devant la Cour de cassation[292]. Il n'est pas non plus possible d'y renoncer[293]. Le juge pénal doit relever d'office la nullité d'ordre public[294]. Dans cette démarche de facilitation de la sanction, le prononcé de la nullité échappe donc aux exigences de l'article 802 du Code de procédure pénal. Le requérant n'est donc pas tenu de faire la démonstration d'un grief [295]. La jurisprudence a étendu cette présomption de grief à des nullités d'intérêt privé, qualifiées de nullités d'ordre public assimilé par la doctrine **(Paragraphe 1)**. Dans ces deux catégories de nullités, la gravité de la cause qui en est à l'origine conduit à un résultat similaire : une présomption irréfragable de grief. Dès lors, la reconnaissance de son intérêt à agir est *ipso facto* facilitée. Mais cette « subjectivisation » des nullités d'ordre public tend à faire disparaître la distinction entre les différentes typologies **(Paragraphe 2)**.

Paragraphe 1. Ordre public et violations « portant nécessairement atteinte »

L'examen de la recevabilité et du bien-fondé des demandes en nullité d'ordre public dispense les requérants de la démonstration de grief car la prescription légale violée est édictée dans l'intérêt de la bonne administration de la justice **(A)**. Un raisonnement similaire est adopté pour les nullités d'intérêt privé ayant nécessairement porté atteinte aux intérêts du requérant. Le « *constat de la violation doit conduire à prononcer ipso facto la nullité de l'acte* »[296] (B).

[291] A. GALLOIS, *Les nullités de procédure pénale*, Gazette du palais, coll. Guide pratique, 2ième éd., 2017, n°27.
[292] Cass. crim., 24 oct. 1968, pourvoi n°68-91.258 ; crim., 21 nov. 2012, pourvoi n°11-85.867.
[293] Cass. crim., 6 mars 1969, pourvoi n°68-91.776.
[294] Sauf exceptions, ce pouvoir est néanmoins refusé aux juridictions de jugement.
[295] Sauf exceptions à propos de la violation de la loi du 29 juillet 1881. Cass. crim., 20 juin 2017, pourvoi n°16-87.063 ; Cass. crim., 28 juin 2017, pourvoi n°16-80.193, n°16-83.508
[296] A. GALLOIS, *Les nullités de procédure pénale*, Gazette du palais, coll. Guide pratique, 2ième éd., 2017, n°27.

A. Présomptions dans les nullités d'ordre public

121. - Un intérêt à agir présumé ou absorbé par l'intérêt général ? Selon certains auteurs, le « court-circuitage » de l'examen du grief s'explique par l'absence de pertinence de la notion d'intérêt à agir, « *parce que ce ne sont pas les intérêts du requérant qui sont en jeu mais l'ordre public ou l'intérêt général d'une bonne administration de la justice* »[297]. Il nous semble qu'il faille tempérer ce point de vue. En effet, l'intérêt à agir du requérant ne disparaît pas derrière l'intérêt général, il est simplement supposé en raison des enjeux d'intérêt général que revêt la nullité. Il ne s'agit pas de considérer que l'intérêt à agir du requérant est inexistant car absorbé par l'intérêt général, quand bien même les conséquences sont *in fine* les mêmes. L'intérêt à agir est ici présumé, d'où l'absence de nécessité de sa démonstration.

121. -1 L'ordre public et l'intérêt privé se recoupent. Il n'y a donc pas besoin de concilier ici la bonne administration de la justice et les intérêts privés. Cela tient à deux raisons. D'une part, parce que les nullités d'ordre public sanctionnent les atteintes à la bonne administration de la justice. D'autre part, parce que le mis en cause dans une poursuite pénale a nécessairement intérêt à ce que la bonne administration de la justice soit respectée. En réalité c'est donc bien la question de l'intérêt à agir du requérant qui est en jeu car le refus d'un intérêt à agir, malgré une violation si grave aux droits substantiels, bouleverserait l'équilibre de la procédure pénale.

B. Présomptions dans les nullités d'ordre public assimilé

122. - Caractère irréfragable : l'impossibilité de contester le grief. Dans les nullités pour violation « ayant nécessairement porté atteinte aux intérêts du requérant » le grief est présumé. Si le requérant doit rapporter la preuve de la violation, en revanche tel n'est pas le cas de la preuve du grief. Le juge se contente d'y attacher une sanction, l'existence du grief ne pouvant être contredite. La présomption ainsi posée est donc irréfragable. Comme il l'a été précédemment développé, cette présomption irréfragable de grief est particulièrement observée

[297] A. GALLOIS, *Les nullités de procédure pénale*, Gazette du palais, coll. Guide pratique, 2ième éd., 2017, n° 26.

dans trois champs d'application[298 et 299] : les droits relatifs à la garde à vue, les droits de la défense et les droits permettant au mis en cause de contrôler la procédure.

123. - Justification : une atteinte irrémédiable. Il existe diverses justifications du caractère irréfragable de la présomption. La plus pertinente est la gravité de l'atteinte qui menace l'équilibre et la loyauté de la procédure pénale. Ainsi, « *toute atteinte à ces formalités substantielles cause donc nécessairement un grief, puisque cette atteinte a vicié la procédure et annihilé toute possibilité de défense effective* »[300]. La jurisprudence de la Cour de cassation laisse transparaître l'idée que le grief est présumé de façon irréfragable car l'atteinte causée au droit invoqué est irrémédiable. Argue en ce sens l'arrêt du 9 février 1982[301] relatif au défaut de transmission du dossier à l'avocat avant un interrogatoire. La Chambre criminelle sanctionne ici deux choses : l'impossibilité d'exercer les droits de la défense et l'impossibilité de pouvoir exercer ce droit de manière effective[302]. C'est donc à nouveau l'idée de gravité qui est mise en avant, les juges considérant que le droit du requérant a été vidé de sa substance.

Paragraphe 2. Une présomption irréfragable

L'automaticité de la nullité d'ordre public « *perd sa spécificité lorsque la jurisprudence pose des présomptions de grief* »[303] pour certaines nullités d'intérêt privé. Il y a donc un « rapprochement » entre deux types de nullités. Cette apparente proximité peut conduire à un manque de lisibilité du système des nullités **(A)**. Mais dans un cas comme dans l'autre, le requérant se voit reconnaître un intérêt à agir sans qu'il lui soit nécessaire de démontrer les conditions de son existence **(B)**.

[298] Trois champs spécifiques d'application de ces nullités semblent pouvoir être dégagés. Voir *supra* n°98, 99, 100 et 101 sur les Les atteintes nécessairement portées aux intérêts du requérant.
[299] Voir notamment : G. PITI, « Les nullités d'intérêt privé : le nécessaire équilibre entre droits de la défense et répression », *AJP 2016*, p. 194.
[300] J. DANET, « Nullités : qualité à agir et atteinte aux intérêts de la personne concernée, vers une régression des droits de la défense ? », *RSC* 2013, p. 591.
[301] Cass. crim., 9 févr. 1982, pourvoi n°81-94.393, *Bull. crim*. n°171.
[302] Voir aussi : Cass. crim., 4 déc. 2007, pourvoi n°07-86.794, *Bull. crim*. n°297 ; *AJP* 2008, n°95, obs. S. LAVRIC.
[303] A. GALLOIS, *Les nullités de procédure pénale*, Gazette du palais, coll. Guide pratique, 2ième éd., 2017, n° 30.

A. Evanescence de la distinction entre les deux catégories de nullités

124. - Le concept de « nullité d'ordre public assimilé ». En faisant référence aux violations de la règle « ayant nécessairement porté atteinte », les juges du Quai de l'horloge ont développé la notion de « nullité d'ordre public assimilé »[304]. Il s'agit par exemple des nullités prononcées pour atteinte aux droits de la défense.

124. - 1 Cette assimilation entre nullités d'ordre public et nullités ayant nécessairement causé un préjudice est justifiée à deux égards. Le premier tient à la justification commune de ces nullités car toutes deux trouvent leur origine dans une « violation qui porte nécessairement grief aux intérêts » du requérant. Bien que les prétoires ne le formulent pas en ces termes, la philosophie qui sous-tend les nullités d'ordre public est incontestablement celle-ci, le souci de protéger l'ordre public en plus. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle la nullité d'ordre public peut être relevée d'office par le juge. La seconde justification tient aux effets identiques de ces nullités. Dans les deux hypothèses on assiste à une exception de démonstration du grief. Si le grief n'a pas à être démontré, il ne disparaît pas pour autant car l'existence d'un grief demeure la règle intangible à l'invocation d'une nullité[305]. Dans les deux catégories de nullités, le grief est simplement présumé. Comme nous l'avons démontré cette présomption est irréfragable.

B. De la présomption irréfragable de grief à la présomption irréfragable d'intérêt

125. - Distinction entre intérêt à agir et présomption de grief. Fût-il présumé, le grief n'est cependant pas absent. Dès lors, « *il convient de ne pas confondre le défaut d'intérêt à agir et l'absence de grief, bien que les deux questions soient en apparence très proches* »[306]. En effet, ces deux questions ne relèvent pas de la même étape de raisonnement et n'ont pas le même objet. Alors que l'intérêt à agir est une condition de recevabilité de la demande, le grief est quant à lui une condition du prononcé de la nullité. Ainsi, la première étape relative au grief est

[304] J. BUISSON, « Les nullités de l'enquête et de l'instruction », acte du colloque ayant eu lieu à la Cour de cassation : Nullités et autres exceptions de procédure pénale, Dossier Dalloz actualité, 2016.
[305] Voir *supra* n°121 à propos de la question : Un intérêt à agir présumé ou absorbé par l'intérêt général ?
[306] F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, N. MOLFESSIS (sous la dir. de), *Traité de procédure pénale*, Economica, coll. Corpus de droit privé, 4ième éd., 2015, n°2028.

franchie avec succès parce que ce dernier est présumé, pas parce qu'il est absent. Dans les deux types de nullités étudiées le grief existe, c'est une « présomption d'existence » qui est posée. Par la suite le requérant se verra donc reconnaître un intérêt à agir car la condition de sa reconnaissance est satisfaite. Mais ce sont bien là deux étapes et deux questions distinctes.

126. - La reconnaissance irréfragable d'un intérêt à agir. La présomption de grief a des conséquences sur la démonstration de l'intérêt à agir car la présomption de grief irrigue la démonstration de l'intérêt à agir. Ainsi, les nullités d'ordre public et les nullités « portant nécessairement atteinte aux intérêts » du mis en cause supposent l'une et l'autre une présomption d'intérêt à agir du requérant. Puisque la démonstration du grief et l'intérêt à agir sont corrélés, la présomption irréfragable qui concerne le grief est également valable pour l'intérêt à agir.

Section 2. L'absence de qualité, un intérêt à agir écarté

L'encadrement de la mise en œuvre du contentieux des nullités pose des limites à l'invocabilité de l'intérêt à agir. En effet, le requérant qui ne respecterait pas le « cadre » posé par le législateur et la jurisprudence peut se voir dépossédé de sa qualité à agir. Il sera donc dans l'impossibilité de démontrer son intérêt à agir. Cette situation peut apparaître lorsqu'il existe une cause de forclusion ou une fin de non-recevoir imposée par le législateur **(Paragraphe 1)**. Elle existe aussi devant les chambres de l'instruction à travers la question de la qualité à agir du tiers à un acte irrégulier **(Paragraphe 2)**.

Paragraphe 1. Rigidité textuelle de la mise en œuvre des nullités

Il ne s'agira pas d'aborder ici toutes les conditions de mise en œuvre des nullités mais simplement d'observer celles relatives à l'instruction **(A)** et celles qui existent lors de la phase de jugement **(B)**.

A. Conditions de mise en œuvre des nullités de l'instruction

127. - Pour éviter que les nullités de l'instruction ne soient invoquées trop tardivement, des mécanismes de purge des nullités ont été mis en place par le législateur. Par ce fait, les

nullités ne sont plus invocables au fur et à mesure qu'avance l'instruction. Tel est le cas des causes de forclusion instaurées aux articles 173 et 175 du Code de procédure pénale.

128. - Délais de forclusions. En vertu de l'article 173-1[307] la personne mise en examen, la partie civile ou le témoin assisté disposent d'un délai de six mois à compter de chacun de leurs interrogatoires ou auditions[308] « *pour faire état des moyens pris de la nullité de ces actes ou de ceux qui les précèdent* »[309]. Passé ce délai, bien qu'*in abstracto* l'intérêt à agir demeure, les requérants n'auront plus qualité pour soulever la nullité. Ainsi, la Chambre criminelle a considéré avec une certaine rigueur, sans doute propre au cas d'espèce, que demeure forclose la partie qui n'a acquis la qualité pour agir qu'après l'expiration du délai[310]. Un autre délai de forclusion est imposé par l'article 175 du Code de procédure pénale. Il ouvre pour les parties un ultime délai de trois mois, à compter de l'avis de fin d'information, pour formuler une requête en nullité[311]. Ce délai est ramené à un mois si le mis en examen est détenu. Dans l'application de l'article 175 la déchéance du droit d'agir, et donc de l'impossibilité de démontrer d'un intérêt à agir, est rigoureusement appliquée. Par exemple, la Cour de cassation considère que l'effet de « purge » des nullités se produit même si les parties n'ont pas eu connaissance de l'irrégularité alléguée[312 et 313].

129. - Fins de non-recevoir. Cet obstacle à la démonstration de l'intérêt à agir est prévu par l'article 174 du Code de procédure pénale. Il instaure une « *fin de non-recevoir résultant d'un précédent arrêt ayant statué sur une requête en nullité* »[314]. L'obligation de « regroupement » des demandes en nullité se traduit par l'obligation de soulever tous les moyens de nullité en même temps devant la chambre de l'instruction. Si tel n'est pas le cas le requérant ne sera plus recevable à le faire, sauf s'il n'avait pas pu les connaître, car il n'aura

[307] L'article 206 du C. pr. pén. précise que ces dispositions s'appliquent si la chambre de l'instruction est saisie d'une demande en nullité mais également lorsqu'elle examine la régularité de la procédure après avoir été saisie du dossier comme lors de l'appel de l'ordonnance de règlement.
[308] Seule l'audition ou l'interrogatoire, comme une mise en examen peuvent servir de point de départ du délai. Cass. crim., 29 oct. 2003, *Bull. crim*. n°202.
[309] F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, N. MOLFESSIS (sous la dir. de), *Traité de procédure pénale*, Economica, coll. Corpus de droit privé, 4ième éd., 2015, n°2036.
[310] Cass. crim., 4 avr. 2002, *Bull. crim*. n°79.
[311] La requête doit parvenir au greffe avant l'expiration du délai : cass. crim., 28 mars 2017, pourvoi n°16-86.794. Le dépassement des délais est sans incidence sur la recevabilité des observations déposées avant les réquisitions et l'ordonnance de clôture : cass. crim., 20 avr. 2017, n°14-84.562. Ces délais sont également incompressibles : cass. crim., 15 nov. 2016, n°16-84.619.
[312] Cette règle connaît cependant quelques tempéraments qui ne seront pas abordés ici.
[313] Cass. crim., 6 mai 1998, *Bull. crim*. n°153.
[314] F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, N. MOLFESSIS (sous la dir. de), *Traité de procédure pénale*, Economica, coll. Corpus de droit privé, 4ième éd., 2015, n°2041.

plus qualité à agir. Ainsi, chaque saisine par une requête en nullité impose également aux parties qui n'en sont pas à l'origine de rechercher d'éventuels moyens de nullité[315]. Le champ d'irrecevabilité des parties varie cependant. Par exemple, si l'article 174 s'applique à toutes les parties informées de la date d'audience[316], en revanche tel n'est pas le cas de l'individu n'ayant acquis la qualité de partie qu'ultérieurement[317].

B. Conditions de mise en œuvre des nullités non purgées lors du jugement

130. – Phase de jugement. Dans ce prolongement, l'article 179 dernier alinéa et l'article 181 en son quatrième alinéa du Code de procédure pénale, énoncent que l'ordonnance de renvoi devant le tribunal correctionnel ou l'ordonnance de mise en accusation devant la cour d'assises « *couvrent les vices de procédure* ». L'article 385 du même Code interdit en outre au juge correctionnel de retenir les nullités de l'instruction s'il a été saisi par renvoi du magistrat instructeur. L'ordonnance de mise en accusation produit les mêmes effets[318] malgré l'imprécision du législateur qui ne fait référence qu'à l'arrêt de mise en accusation de la chambre de l'instruction[319].

131. - Il est néanmoins possible de soulever devant le tribunal correctionnel qui n'aurait pas été saisi par renvoi du juge d'instruction, les nullités de la procédure antérieure. Elles devront cependant être formulées *in limine litis*.

Paragraphe 2. Distinction prétorienne entre qualité et intérêt du tiers

La question de la recevabilité du requérant indirectement concerné par l'acte irrégulier soulève la question du « QUI » est recevable à agir en nullité[320]. La démarche entreprise ici ne sera pas de dresser un état des lieux exhaustif de la jurisprudence de la Cour de cassation et de

[315] Exemples d'application de la règle : Cass. crim., 19 juillet 1994, *Bull. crim*. n° 282 (écoutes téléphoniques) et crim., 22 mars 2000, *Bull. crim*., n°130 (garde à vue).
[316] Cass. crim., 30 mai 1996, *Bull. crim*. n°266.
[317] Cass. crim., 14 mai 2002, *Bull. crim*. n°211.
[318] Art. 181 du C. pr. pén.
[319] Effet de purge des nullités visé par les art. 218, 305-1 et 395 du C. pr. pén.
[320] Les propos tenus ici sont notamment inspirés par l'intervention du Professeur J.-B PERRIER lors de la conférence « Le contentieux des nullités » ayant eu lieu à Aix-en-Provence le 10 avril 2014. Les actes de ce colloque ne sont pas encore publiés à ce jour.

la CEDH[321]. Il s'agira simplement d'observer le rôle conféré à la qualité à agir dans l'irrecevabilité du tiers à l'acte vicié. La Cour de cassation a développé la notion de titularité du droit **(A)** et semble désormais tendre vers une distinction entre qualité et intérêt à agir **(B)**.

A. La qualité appréciée selon la titularité du droit

132. - Des années 1990 à 2000 la Cour de cassation était hostile à l'action en nullité du tiers. Elle considérait par exemple que le mis en examen ne pouvait pas soulever l'irrégularité des enregistrements effectués chez une tierce personne ou l'audition d'un témoin. Face aux sanctions de la CEDH[322], la Chambre criminelle a dû infléchir sa position[323].

133. - La titularité du droit comme point cardinal. Un revirement a été opéré en 2012 [324] dans un arrêt relatif au droit de se taire en garde à vue. La Chambre criminelle établissait que ce droit est un droit propre du gardé à vue et qu'il ne peut être invoqué que par la personne qui en bénéficie[325], le grief ne pouvant donc exister qu'à son endroit. En matière de recevabilité du tiers, le raisonnement porte sur la question de la titularité du droit et de la qualité à agir du tiers. Cette distinction entre « droit propre » et « intérêt » a pour conséquence que l'atteinte à un droit suppose que l'intéressé soit titulaire dudit droit. Lui seul aurait ainsi qualité à agir. L'intérêt suppose que l'intéressé soit seulement concerné par la méconnaissance. Cette distinction est cependant délicate à lire dans la jurisprudence et les arrêts de janvier et juin 2013[326] ne l'ont que peu clarifiée. L'arrêt du 23 janvier 2013 fait référence à la qualité à agir[327]. L'arrêt du 26 juin 2013 retient une solution identique et considère que les requérants n'étaient titulaires d'aucun droit ni titre sur l'appartement sonorisé. Cette référence au droit et au titre et donc à l'idée de titularité du droit, laisse à penser qu'il s'agit d'un défaut de qualité. Ainsi, les

[321] Voir *infra* n°170 et s. sur la politique jurisprudentielle de conciliation.
[322] CEDH, 24 août 1998, req. n°23618/94, Lambert c/ France puis CEDH, 29 mars 2005, req. n°57752/00, Matheron c/ France.
[323] Cass. crim., 6 sept. 2006, *Bull. crim*. n°208.
[324] Cass. crim., 14 févr.2012, pourvoi n°11-84.694, *Bull. crim*. n°43.
[325] Voir notamment : Cass. crim., 14 févr.2012, pourvoi n°11-84.694, *Bull. crim*. n°43 ; *RSC* 2013, p. 394, obs. D. BOCCON-GIBOB ; « Touche pas à ma garde à vue », *AJP* 2012, n° 159, C. GUERY ; « Régime des nullités : précision ou revirement », *Dalloz actualité*, 16 févr. 2012, obs. E. ALLAIN ; « Un revirement jurisprudentiel défavorable à l'admission d'une demande d'annulation d'une audition de garde à vue », *D.* 2012, n°779, obs. H. MATSOPOULOU.
[326] Cass. crim., 26 juin 2013, pourvoi n°13-81.491, *Bull. crim*. n°164 ; RSC 2013, p. 591, obs. J. DANET.
[327] Les constatations visuelles des policiers sont réalisées dans un lieu où le tiers n'est titulaire d'aucun droit et les opérations ne sont donc pas susceptibles de lui porter atteinte.

requérants n'ayant ni droit ni titres sur le bien sonorisé et leurs conversations n'ayant pas été enregistrées, « *ils ne sauraient prétendre avoir subi une atteinte à leurs droits. C'est donc bien leur qualité à agir qui fait défaut, car leur demande est écartée sans qu'il y ait lieu d'examiner si les conditions de captation ont porté atteinte à leurs intérêts* »[328].

133. -1 En ce sens, la Cour de cassation établissait le 20 septembre 2016[329] que le libre choix de l'avocat ne bénéficie qu'à la personne concernée. Elle est la seule à avoir la qualité permettant d'invoquer la violation de ce droit. Une position similaire était adoptée à propos des perquisitions. Le droit à la vie privée appartient à toute personne mais l'irrégularité doit avoir porté atteinte à un droit dont l'individu est titulaire. La difficulté se pose donc en termes de qualité car la demande est irrecevable si le bien perquisitionné n'est pas le sien. Cette jurisprudence a cependant évolué vers un raisonnement en deux étapes.

B. La qualité distinguée de l'intérêt à agir

134. - La référence aux articles 171 et 802 du Code de procédure pénale dans les décisions, illustre l'émergence de l'intérêt à agir et sa distinction avec la qualité à agir. Prenons comme exemple une affaire de surveillance d'un véhicule[330] dans laquelle la Cour reprochait au requérant de ne pas avoir démontré que la mesure lui avait été préjudiciable. L'intéressé avait qualité à agir mais pas d'intérêt à le faire. Le débat se déplace sur la question de la preuve du grief car l'atteinte doit être prouvée. La qualité précède la preuve du grief mais elles ne se confondent pas.

135. - Vers un raisonnement en deux étapes distinguant qualité et intérêt[331]. Selon le Professeur Jean-Baptiste PERRIER, la Chambre criminelle organise son raisonnement en deux étapes :

- La qualité : la titularité du droit. Si l'individu est titulaire du droit, il a qualité à agir.

[328] Cass. crim., 26 juin 2013, n°13-81. 491, *Bull. crim*. n°164 ; *RSC* 2013, p. 591, obs. J. DANET.
[329] Cass. crim., 20 sept. 2016, pourvoi n°16-81638.
[330] Cass. crim., 7 juin 2016, pourvoi n°12-87.810, *Bull crim*. n°174.
[331] Les propos tenus ici sont inspirés de l'intervention du Professeur J.-B PERRIER lors de la conférence « Le contentieux des nullités » ayant eu lieu à Aix-en-Provence le 10 avril 2014. Les actes de ce colloque ne sont pas encore publiés à ce jour.

- L'utilité : l'intérêt à agir. Elle se base sur la potentialité d'un grief et la capacité à le prouver. Le droit a-t-il pu être violé ? Si c'est le cas l'intérêt à agir existe. Alors, pour être recevable, le requérant doit être en mesure de prouver le grief, sauf s'il est présumé[332].

135. -1 Ces étapes de la recevabilité s'imbriquent dans deux catégories de droits car selon certains auteurs, il y aurait une distinction posée dès 2012 et confirmée par les arrêts de 2013 [333]. D'une part, les droits qui n'appartiennent en propre qu'à celui faisant l'objet de la mesure, par exemple ceux relatifs à la garde à vue. C'est la question de la qualité qui est ici examinée car si la personne est titulaire du droit elle a qualité à agir. D'autre part, si la première étape sur la titularité du droit est franchie, il existe des droits susceptibles d'être invoqués par un tiers à la condition que la preuve d'un grief soit rapportée. C'est la question de l'intérêt qui prime ici. Il sera reconnu un intérêt à agir à l'individu titulaire d'un droit qui a pu être méconnu. Dès lors, l'examen de l'intérêt à agir portera sur la preuve du grief rapportée par le requérant, sauf si le grief est présumé. La Cour de cassation a cependant précisé en 2017 [334] que le titulaire d'un droit sur un véhicule géolocalisé peut invoquer une nullité à la condition que ledit véhicule ne soit pas volé car l'élément frauduleux fait perdre la possibilité d'invoquer l'atteinte au droit.[335]

136. - Une recevabilité variable selon l'acte de procédure en cause. Eu égard à cette distinction, la jurisprudence de la Cour de cassation n'accueille pas les demandes en nullité de manière égale. Ces différences d'appréciation seront développées par la suite[336] mais relevons simplement que les solutions divergent en matière de garde à a vue, de fixation d'image, de perquisition mais également en matière de géolocalisation comme les juges du Quai de l'horloge ont eu l'occasion de le préciser en 2018[337].

[332] Et c'est justement parce que l'intérêt à agir n'écarte pas la présomption que la distinction entre intérêt et qualité prend tout son sens.
[333] T. POTASKIN, « Précision sur les mesures de sonorisation et de fixation d'images », *Recueil Dalloz* 2013, p. 1045.
[334] Cass. crim., 14 nov. 2017, pourvoi n° 17-82.435.
[335] Y. CAPDEPON, « La nullité d'une écoute téléphonique réalisée sur la ligne d'un tiers », *Droit pénal*, 2017, étude 12.
[336] Voir *infra* n°185, 185-1, 186 et 187 sur l'invocation de droits différents selon la mesure.
[337] Cass. crim., 27 mars 2018, pourvoi n° 17-85.603.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

137. - Nous venons d'observer qu'il existe des hypothèses où le défaut de qualité à agir annihile l'examen de l'intérêt à agir du requérant. On trouve d'autres types de nullités où à l'inverse, l'intérêt à agir est protégé. C'est le cas des nullités d'ordre public et des nullités « portant nécessairement atteinte » dans lesquelles le grief n'a pas à être démontré. Pourtant, substantiellement, l'exigence de grief demeure. Il ne s'efface pas derrière l'intérêt général, il est simplement présumé par son fait.

137. -1 En toute hypothèse, l'existence d'un grief demeure donc la condition intangible de l'invocabilité d'une nullité. Le requérant se voit alors reconnaître un intérêt à agir car la présomption de grief irrigue l'intérêt à agir. Ainsi, les nullités d'ordre public et les nullités « portant nécessairement atteinte aux intérêts du mis en cause » entraînent *in fine* une présomption d'intérêt à agir du requérant. Eu égard au danger que les violations procédurales sanctionnées par ces deux types de nullités font courir à l'équilibre de la procédure pénale, la présomption ne peut être renversée. Le rapprochement de ces deux catégories de nullités laisse entrevoir certaines perspectives. Toutes les nullités touchant au maintien de l'ordre public ne devraient-elles pas être qualifiées de nullités d'ordre public ? Lorsqu'un même droit substantiel a été atteint, cette nouvelle solution présenterait le double avantage de favoriser la reconnaissance du droit d'agir en nullité du tiers et d'éviter toute dichotomie entre les nullités d'intérêt privé et les nullités d'ordre public assimilé.

CONCLUSION DU TITRE II

138. - Le principe « pas de nullité sans grief » demeure un élément central du contentieux des nullités. A ce titre, l'existence d'un grief demeure le point névralgique de la reconnaissance d'un intérêt à agir. « *La sanction de la violation des règles de procédure ne relève pas de préoccupations purement esthétiques ou intellectuelles* »[338] car elle se justifie par la nécessité ne pas laisser la procédure pénale de marbre face aux préjudices que l'enquête ou l'instruction pourraient causer à un individu qui demeure présumé innocent. Peu importe la nature de la nullité prononcée, celle-ci n'est justifiée qu'à la condition que le non-respect des obligations procédurales cause un grief au requérant qui l'invoque. Cette subordination de l'annulation au grief est notamment visée par la combinaison des articles 171 et 802 du Code de procédure pénale. La démonstration de ce grief demeure le plus souvent à la charge du requérant. « Existence d'un grief » et « démonstration d'un grief » sont donc des éléments incontournables dans la reconnaissance d'un intérêt à agir.

139. - L'application du principe n'est pourtant pas linéaire et la méconnaissance des règles relatives aux actes d'enquête et d'instruction « *est loin d'emporter systématiquement l'annulation de l'opération* »[339]. En effet, le grief n'est pas sans incidence sur la typologie des nullités et leur étendue. Il peut d'ailleurs servir de « ligne de démarcation » dans la distinction entre nullité d'intérêt privé et nullité d'ordre public. Tantôt présumé, tantôt exigé, le grief est une condition protéiforme de la recevabilité des demandes. A la difficulté de systématiser les conséquences du grief s'ajoutent les effets résultant de son évolution. Pour ne prendre qu'un exemple de ses mutations, les coups de butoirs de la jurisprudence ont conduit à l'émergence de la notion de « nullité d'ordre public assimilé ». Bien qu'il soit distinct de ses conditions dont il opère la synthèse, l'intérêt à agir est nécessairement soumis à la réception judiciaire réservée au grief et à la qualité à agir. Présumé lorsque le grief l'est, impossible à démontrer lorsque la qualité à agir du tiers est refusée, l'intérêt à agir est définitivement une fonction plus fonctionnelle que définitionnelle.

[338] F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, N. MOLFESSIS (sous la dir. de), *Traité de procédure pénale*, Economica, coll. Corpus de droit privé, 4ième éd., 2015, n°2018.
[339] *Op. cit*. F. DESPORTES, n°2019.

CONCLUSION INTERMÉDIAIRE

140. - Pour qu'une demande d'annulation présentée par le mis en cause, une partie ou le témoin assisté soit recevable, son auteur doit avoir intérêt à agir. Sans doute est-ce là, *a minima*, le seul élément unanimement partagé par la doctrine. Nous avons démontré que l'intérêt à agir est une notion hétérogène et protéiforme. Il est conçu différemment selon son observateur, réceptionné de façon variable selon le juge des nullités qui l'examine, inégalement exigé selon l'acte contesté. *In fine* les modalités de démonstration seront différentes selon le requérant qui l'invoque. A tout le moins, la meilleure façon de l'appréhender reste l'analyse de ses conditions, c'est-à-dire le grief et la qualité à agir. Mais celles-ci sont parfois déformées par la jurisprudence et conduisent à limiter l'efficacité de l'intérêt à agir et donc l'effectivité du droit d'agir en nullité. Tel est le cas de la recevabilité de l'action en nullité du tiers. La jurisprudence n'a pas permis de signer un « protocole de paix » dans la « guerre de clochers » que se livre la doctrine, malgré la récente distinction entre qualité et intérêt et l'émergence de la notion de titularité du droit. Cette situation se solde donc par l'instauration d'une recevabilité graduée « *de la demande en nullité du tiers selon l'acte de procédure* »[340] contesté.

141. - Ce flou conceptuel et jurisprudentiel est en inadéquation avec un contentieux aux enjeux lourds pour le requérant, pour la victime et plus largement pour la société. Il existe pourtant un objectif de juste conciliation entre la sanction de l'atteinte aux droits substantiels et la bonne administration de la justice. Mais « l'imbroglio » qui règne autour de l'intérêt à agir et de la mise en œuvre des nullités complique cette tâche. Aussi, différentes pistes méritent réflexions : « reconceptualiser » le grief pour rompre avec la dénaturation des nullités, s'inspirer des législations étrangères pour réviser notre conception du contentieux des nullités, reconsidérer la place du tiers à la procédure, *etc*. Il est évident que « *pris dans une dialectique entre la forme et le fond, entre la manière et la matière, entre les intérêts privés et l'intérêt général de l'administration d'une bonne justice, le juge pénal est le chef d'orchestre d'une œuvre dont l'harmonie générale est difficile à trouver* »[341]. Mais c'est au prix d'une révision des paradigmes, qui sous-tendent l'intérêt à agir, que peut naître l'espoir de retrouver une cohérence plus à même de préserver les droits du justiciable et l'équilibre de la procédure pénale.

[340] G. PITI, « Les nullités d'intérêt privé : le nécessaire équilibre entre droits de la défense et répression », *AJP 2016*, p. 199.
[341] A. GALLOIS, *Les nullités de procédure pénale*, Gazette du palais, coll. Guide pratique, 2ième éd., 2017, p. 19.

Seconde partie

L'EFFICACITÉ DE L'INTÉRÊT À AGIR POUR LE CONTENTIEUX DES NULLITÉS PROCÉDURALES

142. - Pris en tenaille dans une dialectique entre le fond et la forme, entre l'ordre public et la bonne administration de la justice, le contentieux des nullités est en évolution constante. Les contours des règles et du régime des nullités deviennent parfois évanescents et au sein de cette architecture incohérente, l'efficacité de l'intérêt à agir dans les demandes en nullité devient délicate à appréhender. L'efficacité de l'intérêt à agir peut être définie comme sa capacité à être à l'origine d'un examen favorable aux demandes en nullité, tant sur la recevabilité que sur le bien-fondé de celles-ci. Cette efficacité dépend donc du traitement législatif et de la réception jurisprudentielle réservés à l'intérêt à agir et plus particulièrement de leur lecture des notions clefs de « grief » et de « qualité à agir ».

La possibilité pour un individu d'invoquer la nullité d'un acte dans lequel il n'est que tiers reflète la volatilité des critères établis et la mutation d'une procédure pénale influencée par les normes supra-légales et les Cours suprêmes. A l'origine du déficit d'efficacité de l'intérêt à agir, l'appréciation casuistique du grief qu'opère la Cour de cassation laisse entrevoir le fragile équilibre juridique et politique sur lequel repose le contentieux des nullités. Chaque atteinte aux droits substantiels d'un mis en cause, occasionnée par une procédure d'enquête ou d'instruction, fait l'objet d'une conciliation entre les droits de l'individu et l'ordre public afin de confirmer ou d'infirmer l'annulation de l'acte. Mais l'équilibre contemporain fixé par le juge pénal conduit de plus en plus souvent à l'inefficacité de l'intérêt à agir **(TITRE I)**.

Cette solution, qui suppose une absence de sanction des violations des règles procédurales, divise la doctrine et les patriciens. Si pour certains c'est une « souplesse » salutaire qui doit primer, nous pensons cependant que le virage opéré par le contentieux des nullités risque de devenir, à terme, une source d'arbitraire. Pour éviter que ces maux ne se renforcent, les conséquences du grief doivent être révisées et les enjeux d'une plus grande efficacité de l'intérêt à agir réaffirmés **(TITRE II)**.

Titre I. Une appréciation restrictive de l'intérêt à agir limitant son efficacité

143. - Les récentes évolutions législatives semblent placer le régime des nullités parmi les premières préoccupations du législateur. Un intérêt semblable peut être identifié dans la jurisprudence des juges du Quai de l'horloge. Dans cette mission, « *la difficulté est d'ouvrir d'avantage les droits des parties sans remettre en cause la sécurité et la célérité des procédures* »[342]. Mais dans cette délicate œuvre de conciliation, l'intérêt à agir en nullité est-il suffisamment protégé ? Nombreux sont ceux tentés de répondre par la négative, au regard de la démultiplication des obstacles à la démonstration d'un grief ou d'une qualité à agir.

Les avis sont plus nuancés à propos de la possibilité pour un tiers d'invoquer la nullité d'un acte qui ne le visait pas directement lors de sa réalisation. Pourtant, cet acte peut lui avoir causé un préjudice. De prime abord, il semblerait donc logique qu'il puisse le faire annuler s'il n'a pas été exécuté dans le respect des prescriptions légales. Fruit de multiples évolutions jurisprudentielles et sanctions de la Cour européenne des droits de l'homme, cette question est symptomatique de l'évolution de l'intérêt à agir en nullité et de l'influence que joue la réception prétorienne de ses critères. En observant la situation générale des demandeurs, il est notable que le juge des nullités apprécie l'exigence de grief avec une grande variabilité selon la nature de l'acte contesté ou la procédure critiquée **(Chapitre I)**.

Le contentieux des nullités, dans sa globalité, fait l'objet d'une analyse pragmatique et casuistique de la part de la Cour de cassation qui « *cherche à concilier l'intérêt des parties, la bonne administration de la justice et la protection de l'ordre public* »[343]. Cette politique jurisprudentielle garde bien de se lier à des solutions trop abstraites et trop générales, afin de pouvoir s'adapter aux évolutions du contentieux. Elle n'est cependant pas exempte de critiques (**Chapitre II)**.

[342] F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, N. MOLFESSIS (sous la dir. de), *Traité de procédure pénale*, Economica, coll. Corpus de droit privé, 4ième éd., 2015, n°1992.
[343] F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, N. MOLFESSIS (sous la dir. de), *Traité de procédure pénale*, Economica, coll. Corpus de droit privé, 4ième éd., 2015, n°1993.

Chapitre I. La réception prétorienne de la qualité à agir et du grief

L'étude du contentieux des nullités soulevées par un tiers met en relief les lignes de force de l'intérêt à agir et fait évoluer les règles relatives à la recevabilité des demandes en nullités. Bien que propres à l'intérêt et à la qualité à agir du tiers, ces règles ont une incidence sur l'économie générale de l'intérêt à agir. L'apparition de la notion de titularité du droit et la distinction entre la qualité et intérêt à agir du tiers en sont des exemples marquants. Au cœur d'un arbitrage délicat entre les droits du tiers demandeur à la nullité, les droits de la personne directement concernée par l'acte et l'efficacité des procédures, ce contentieux des nullités est complexe et occupe une place à part. L'arbitrage opéré par la Chambre criminelle, « *dans le cadre tracé par le législateur et sous la pression de la CEDH* »[344] conduit à des solutions casuistiques, en deçà des espérances des promoteurs de l'intérêt à agir du tiers **(Section 1)**.

De même, la réception par les juges du fond et par la Haute juridiction de la démonstration de grief conduit à un constat similaire de jurisprudence protéiforme. Si « *l'atteinte aux intérêts du demandeur est classiquement synonyme de grief* »[345] en revanche, l'analyse du grief par les juges n'est pas toujours synonyme d'annulation. Ainsi, au moyen d'une analyse casuistique du grief, les annulations varient selon l'acte d'enquête ou d'instruction critiqués. Cette doctrine prétorienne a pour conséquence de limiter l'efficacité de l'intérêt à agir **(Section 2)**.

Section 1. L'évolution contrastée de l'intervention d'un tiers à la procédure

Avant 2006, les juges du Quai de l'horloge estimaient « *qu'un requérant est sans qualité pour se prévaloir de la nullité d'un acte qui ne le concerne pas directement* »[346]. Suite à l'impulsion de la jurisprudence conventionnelle, la Cour de cassation a cependant été contrainte

[344] F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, N. MOLFESSIS (sous la dir. de), *Traité de procédure pénale*, Economica, coll. Corpus de droit privé, 4ième éd., 2015, n°1990.
[345] A. GALLOIS, *Les nullités de procédure pénale*, Gazette du palais, coll. Guide pratique, 2ième éd., 2017, n°154.
[346] C. GUERY, « Nullité de procédure portant indirectement atteinte aux intérêts du requérant : état des lieux », *Recueil Dalloz 2014*, p. 1460, n°1.

de faire évoluer sa doctrine en la matière. Si elle admet finalement la contestation d'un acte qui ne concerne qu'indirectement le requérant, sa jurisprudence en la manière n'est cependant pas linéaire **(Paragraphe 1)**. Nous avons précédemment observé que l'évolution jurisprudentielle de la Cour de cassation a modifié la distinction entre qualité et intérêt[347]. Mais quelles sont les conséquences de cette distinction et les effets de cette « impulsion » conventionnelle sur le contentieux des nullités invoquées par un tiers ? Les critiques soulignent notamment l'utilisation « pragmatique » de la notion d'intérêt propre et l'opportunité du recours à la notion de légitimité de l'intérêt à agir **(Paragraphe 2)**.

Paragraphe 1. Une évolution favorable à l'action en nullité du tiers

Au tournant des années 2000 la Chambre criminelle, qui jusqu'à lors limitait le bénéfice des nullités à la simple partie l'ayant sollicité, fût sèchement condamnée par la CEDH[348]. Deux arrêts allaient ouvrir la voie de la reconnaissance de l'intérêt à agir du tiers **(A)**. Si incontestablement « *l'arrêt Matheron a contraint la Cour de cassation à réexaminer sa doctrine en matière de régularité de la procédure d'information* »[349], les conséquences qu'en a tiré le droit interne ne sont pas aussi limpides que la direction indiquée par le juge conventionnel **(B)**.

A. L'influence de la jurisprudence conventionnelle

144. - Un refus traditionnel. De la fin des années 1990 au début des années 2000, la Cour de cassation affirmait avec vigueur son opposition à ce qu'un requérant invoque la nullité d'un acte ne le concernant pas directement. Les arrêts entérinant cette position étaient pléthores. Ainsi, un inculpé ne pouvait contester la régularité d'un acte concernant son co-inculpé[350], ni demander l'annulation de l'audition comme témoin d'une autre personne[351]. De nombreux arrêts retenaient une solution similaire en matière d'écoutes téléphoniques. Ainsi, l'inculpé qui n'allègue pas d'une atteinte de ses droits protégés par l'article 8 de la Conv. EDH ne pouvait

[347] Voir *supra* n°58 et 59 sur la qualité distinguée de l'intérêt à agir.
[348] La totalité des juges a conclu à la violation de l'art 8 Conv. EDH dans l'arrêt Matheron.
[349] R. FILNIEZ, « L'arrêt Mathéron de la Cour européenne des droits de l'homme et ses suites », *RSC* 2007, p. 333.
[350] Cass. crim., 17 oct. 1993, *Bull. crim*. n°365.
[351] Cass. crim., 4 mars 2004, pourvoi n°03-85.983 ; *AJP* 2004, n°207, obs. J. LEBLOIS-HAPPE.

pas contester l'écoute[352], pas plus qu'il n'avait qualité à agir pour faire annuler l'enregistrement des conversations d'un autre mis en examen sur une ligne ne lui étant pas attribuée[353], ni même demander la nullité de la perquisition effectuée au domicile d'un tiers[354].

145. - Arrêt Lambert[355]. C'est justement lors d'affaires relatives à des écoutes téléphoniques que la position de la France allait être sanctionnée par la CEDH. L'arrêt Lambert fût le premier avertissement des juges européens, condamnant la Cour de cassation selon laquelle il n'était pas possible de critiquer la régularité d'une écoute lorsque la ligne n'est pas celle du requérant. La CEDH déclare que « *le raisonnement de la Cour de cassation pourrait conduire à des décisions privant de la protection de la loi un nombre très important de personnes, à savoir toutes celles qui conversent sur une autre ligne téléphonique que la leur. Cela reviendrait d'ailleurs en pratique à vider le mécanisme protecteur d'une large partie de sa substance* ». La CEDH rappelle donc au juge français, en faisant référence à la « substance » du mécanisme protecteur, les finalités du contentieux des nullités que nous avons développé précédemment.

146. - Arrêt Matheron[356]. Second coup de boutoir l'arrêt Matheron, rendu sept ans plus tard, allait être suivi d'effets et s'avérer être un tournant de la ligne jurisprudentielle française. Le requérant invoquait la nullité du versement dans son dossier d'une écoute téléphonique réalisée dans une affaire distincte. La CEDH déclarait alors que M. Matheron n'avait pas « *disposé d'un contrôle efficace pour contester les écoutes téléphoniques dont il avait fait l'objet* »[357].

147. - Premier acte de la reconnaissance de l'intérêt à agir du tiers. Dans la continuité de l'arrêt Lambert, la CEDH semblait fonder l'intérêt à agir du requérant sur la finalité du contentieux des nullités, c'est-à-dire permettre au requérant « *un contrôle efficace tel que voulu par la prééminence du droit et apte à limiter à ce qui est nécessaire dans une société démocratique l'ingérence litigieuse* ». En partant du principe que la position de la Cour de

[352] Cass. crim., 10 mars 1993, *Bull. crim*. n° 106.
[353] Cass. crim., 14 nov. 2001, *Bull. crim*. n°238.
[354] Cass. crim., 15 févr. 2000, *Bull. crim*. n°68.
[355] CEDH, 24 août 1998, req. n°23618/94, Lambert c/ France ; *D.* 1999, obs. F.-F RENUCCI ; *RSC* 1998. 829, obs. L.-E PETITI ; *RTD civ*. 1998, 994, obs. J.-P MARGUENAUD.
[356] CEDH, 29 mars 2005, req. n°57752/00, Matheron c/ France ; *D.* 2005. 1775, note J. PRADEL ; *RSC* 2006. 662, chron. F. MASSIAS ; *JCP* 2005, II, 10091, obs. L. DI RAIMONDO.
[357] CEDH, 29 mars 2005, req. n°57752/00, Matheron c/ France.

cassation ne permet pas à un individu, dont les droits conventionnels ont été violés, de contester la procédure à l'origine de cette violation, la CEDH reconnaît l'existence d'un intérêt à agir du tiers. A l'issue d'un raisonnement proche de la notion de « légitimité de l'intérêt à agir », elle propose un fondement à cette reconnaissance[358]. Dans ces deux arrêts on voit apparaître l'intérêt à agir du requérant souhaitant soulever la nullité d'un acte dans lequel il n'a pas la qualité de partie *lato sensu*. Apparaissent dès lors les prémices de la délicate articulation entre qualité et intérêt, question devenue centrale dans cette branche du contentieux des nullités.

B. La réception en droit interne de la jurisprudence conventionnelle

148. - Incidences directes des arrêts Lambert et Matheron. A la suite de l'arrêt Lambert « *la Chambre criminelle modifia de façon conséquente sa jurisprudence* »[359]. L'évolution fût particulièrement notable en matière d'écoutes téléphoniques car désormais le mis en examen dont la conversation a été enregistrée peut en demander la nullité[360]. L'arrêt Mathéron a irrigué encore plus profondément le droit interne, bien au-delà de la possibilité désormais offerte à la chambre d'accusation de contrôler la régularité des décisions du juge d'instruction[361].

149. - Une reconnaissance progressive. Au lendemain de l'arrêt Matheron, l'évolution de la Cour de cassation n'était pas aussi nette que le laissait espérer la position du juge européen. Par exemple, dans un arrêt du 7 décembre 2005[362] où les faits ressemblaient à ceux de l'arrêt Matheron, il fût décidé que rien n'interdit au juge d'instruction « *chargé de deux informations distinctes, d'annexer à l'une des procédures des éléments provenant de l'autre* ». Prenant en compte l'obligation imposée par l'arrêt Matheron, de permettre à l'individu de faire contrôler la mesure, la Cour précisait : « *à condition – ce qui a été le cas – que cette jonction ait un caractère contradictoire et que les documents communiqués soient soumis à la discussion des parties* ». Dans le même sens, un arrêt du 8 juin 2006 refusait de donner à l'arrêt Matheron une portée générale[363]. Seulement quelques mois après l'arrêt de principe de la CEDH, cette

[358] Voir notamment : J.-F. RENUCCI, « La victime d'écoutes téléphoniques mais non titulaire de la ligne surveillée a-t-elle qualité pour invoquer la protection de l'article 8 de la CESDH ? », *Recueil Dalloz* 1999, p. 271.
[359] C. GUERY, « Touche pas à ma garde à vue », *AJP* 2012, p. 159.
[360] Cass. crim., 15 janv. 2003, pourvoi n°02-87. 341.
[361] Cass. crim., 7 déc. 2005, pourvoi n°05-85.876 ; *RSC* 2006. 343, obs. N. COMMARET.
[362] Cass. crim., 7 déc. 2005, pourvoi n°05-85.876.
[363] Cass. crim., 8 juin 2006, *Bull. crim*. n° 166 « *il n'appartient pas à la chambre d'instruction d'apprécier la régularité d'actes accomplis dans le cadre d'une instruction étrangère au dossier dont elle est saisie* ».

évolution en demi-teinte laissait perplexe une partie de la doctrine : « *le contrôle ainsi exercé sera-t-il suffisant pour échapper à l'avenir au constat de la violation de l'article 8 Conv. EDH ?* »[364].

150. - L'espoir d'un droit général fondé sur le grief. D'autres arrêts ont « *au contraire clairement précisé l'incidence de l'arrêt Matheron* »[365]. En janvier 2006[366], un premier arrêt relatif à un détournement de procédure a permis d'appliquer la jurisprudence conventionnelle « *au-delà du domaine de la protection de la vie privée* »[367]. Puis dans deux arrêts postérieurs[368], la Cour de cassation venait poser le nouveau principe selon lequel toute personne a qualité pour agir si l'acte a porté atteinte à ses intérêts. Ainsi, *« il semblait acquis que la qualité pour être accueilli dépendait de l'existence ou non d'un grief* »[369]. Il existait donc désormais un droit général à l'action en nullité, à condition de démontrer l'existence d'un grief. Par deux arrêts du 14 février 2012, la solution dégagée par l'arrêt du 6 septembre 2016 a cependant été renversée.

151. - Retour au pragmatisme : le revirement de 2012 fondé sur la titularité du droit. Le 15 février 2011[370] un arrêt précurseur faisait déjà référence à « *l'intérêt exclusif des personnes concernées* », posant ainsi les bases de ce que nombre d'auteurs ont qualifié de « revirement de février 2012 ». Le 14 février 2012[371], la Haute juridiction a en effet énoncé que la violation des formalités substantielles qui régissent la garde à vue « *ne peut être invoquée à l'appui d'une demande d'annulation d'acte ou de pièce de procédure que par la partie qu'elle concerne* ». Par la suite, certains auteurs[372] ont cru lire dans deux arrêts de 2013[373], une extension de la solution à d'autres actes de procédure portant atteinte au droit à la vie privée[374]. En effet, l'arrêt du 23 janvier 2013 fait référence à la qualité à agir[375]. De même, l'arrêt du 26

[364] N. COMMARET, « Examen de régularité du versement de retranscription d'écoutes téléphoniques dans un dossier distinct : l'impact en droit interne de l'arrêt Mathéron c/ France », *RSC* 2006, p. 343.
[365] R. FILNIEZ, « L'arrêt Mathéron de la Cour européenne des droits de l'homme et ses suites », *RSC* 2007, p. 333.
[366] Cass. crim., 31 janv. 2006, *Bull. crim*. n°30.
[367] R. FILNIEZ, « L'arrêt Mathéron de la Cour européenne et ses suites », *RSC* 2007, p. 333.
[368] Cass. crim., 6 sept. 2006, *Bull. crim*. n°208 et crim., 31 oct. 2006, *Bull. crim*. n°263.
[369] C. GUERY, « Touche pas à ma garde à vue », *AJP* 2012, p. 159.
[370] Cass. crim., 15 févr. 2011, pourvoi n°09-87.947.
[371] Cass. crim., 14 févr. 2012, *Bull. crim*., n°42.
[372] F. FOURMENT, « Ingérence dans le droit au respect de la vie privée et nullité des actes de procédure : le grief fait-il la qualité pour agir ? », *Recueil Dalloz 2015*, p. 1716.
[373] Cass. crim., 23 janvier 2013, pourvoi n°12-85.059 et Cass. crim., 26 juin 2013, pourvoi n°13-81.491
[374] Il s'agissait de captation d'images dans le garage d'un tiers et de perquisition au domicile d'un tiers.
[375] Les constatations visuelles des policiers sont réalisées dans un lieu où le tiers n'est titulaire d'aucun droit et les opérations ne sont donc pas susceptibles de lui porter atteinte.

juin 2013 considère que les requérants ne sont titulaires d'aucun droit ni titre sur l'appartement sonorisé. Cette notion de titularité du droit laisse à penser qu'il s'agit bien d'un défaut de qualité à agir. Les derniers mouvements jurisprudentiels ont perfectionné le raisonnement en distinguant qualité et intérêt. Les deux sont imbriqués mais analysés à des étapes différentes de l'examen de recevabilité[376].

Paragraphe 2. Des effets limités par l'utilisation des nouveaux paradigmes

Selon une ancienne Avocat général à la Cour de cassation, « *l'important revirement opéré par la Chambre criminelle répond aux exigences posées par la CEDH. Mais l'on n'a sans doute pas fini d'en mesurer l'impact* »[377]. La recevabilité des demandes formulées par un tiers a certes été renforcée. Mais nous avons précédemment mis en avant l'apparition de la notion de droit propre qui conduit à revisiter la distinction entre qualité et intérêt[378]. Cette nouvelle notion emporte d'autres conséquences. La Haute juridiction l'utilise notamment pour limiter la recevabilité des demandes en nullité formulées par un tiers **(A)**. Une autre difficulté risque de devenir récurrente à l'avenir : la transposition en procédure pénale de l'intérêt légitime **(B)**.

A. L'utilisation critiquée de la notion de droit propre

152. - Retour à plus de pragmatisme pour limiter le contentieux. Le revirement de jurisprudence de février 2012 marque le souhait de la Cour de cassation de revenir à plus de pragmatisme. Après la solution formulée en 2006, la Haute juridiction craignait d'avoir ouvert un droit général à l'action en nullité du tiers, ce dernier devant simplement démontrer l'existence d'un grief. Ainsi en 2012, dans un arrêt relatif au droit de se taire en garde à vue, la Cour fait référence à « *la méconnaissance d'un droit qui appartient en propre à une autre personne* ». La Chambre criminelle déclare que le droit de se taire est un droit propre du gardé à vue. Il ne peut être invoqué que par la personne qui en bénéficie[379], le grief ne pouvant exister

[376] Voir *supra* n°58 et 59 sur la qualité distinguée de l'intérêt à agir.
[377] D. NOËLLE-COMMARET, « Examen de régularité du versement de retranscription d'écoutes téléphoniques dans un dossier distinct : l'impact en droit interne de l'arrêt Mathéron c/ France », *RSC* 2006, p. 343.
[378] Voir *supra* n°58 et 59 sur la qualité distinguée de l'intérêt à agir.
[379] V. notamment : Cass. crim., 14 févr.2012, pourvoi n°11-84.694, *Bull. crim*. n°43 ; *RSC* 2013, p. 394, obs. D. BOCCON-GIBOB ; « Touche pas à ma garde à vue », *AJP* 2012, n° 159, C. GUERY ; « Régime des nullités : précision ou revirement », *Dalloz actualité*, 16 févr. 2012, obs. E. ALLAIN ; « Un revirement jurisprudentiel

qu'à son endroit. Avec la notion de titularité du droit, la Cour de cassation place la qualité au centre de la recevabilité de l'action du tiers. Il n'est plus fait référence à l'intérêt de la personne, ni au grief qu'il doit démontrer. Désormais « *quels que soient les griefs subis par le co-prévenu ou le co-mis en examen, la violation des formalités de garde à vue ne peut être invoquée que par le principal intéressé* »[380]. La qualité devient le point névralgique. Tout individu est sans qualité à agir s'agissant du « *droit qui appartient en propre à une autre personne* ».

153. - Généralisation de la solution. Ainsi, les Hauts magistrats approuvent les juridictions du fond qui pour rejeter la demande en nullité, retiennent que le droit à l'assistance d'un avocat est un droit qui appartient en propre au gardé à vue[381]. De même « *faute de droit lui étant propre, la personne mise en examen est sans qualité* »[382] pour soulever la nullité de l'audition libre d'un tiers[383]. Continuant d'étendre leur solution au-delà des limites de la garde à vue, les juges du Quai de l'horloge considèrent que le défaut d'enregistrement d'une audition ne peut être invoqué que par la partie concernée[384]. Enfin, la solution est identique s'agissant des actes pouvant porter atteinte à la vie privée. Le tiers ne peut se prévaloir de cette atteinte en cas de constatations visuelles sur un parking[385], dans un lotissement privé[386] ou en cas de perquisition dans un boxe[387] car il n'est titulaire d'aucun droit sur ces lieux. La Cour de cassation a donc utilisé les notions de droit propre et de titularité du droit pour restreindre la recevabilité des demandes en nullité formulées par le tiers.

B. La transposition délicate de l'intérêt légitime en procédure pénale

154. - Vers une nouvelle lecture de l'intérêt légitime. Yannick CAPDEPON soulève à travers l'arrêt du 7 juin 2016[388] une difficulté à laquelle la Cour de cassation va devoir faire face. Dans cet arrêt, un requérant qui s'estimait victime d'une atteinte à sa vie privée invoquait

défavorable à l'admission d'une demande d'annulation d'une audition de garde à vue », *D.* 2012, n°779, obs. H. MATSOPOULOU.
[380] C. GUERY, « Touche pas à ma garde à vue », *AJP* 2012, p. 159.
[381] Cass. crim., 13 mars 2012, *Bull. crim*. n°67 et crim., 11 déc. 2013, *Bull. crim*. n°254.
[382] F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, N. MOLFESSIS (sous la dir. de), *Traité de procédure pénale*, Economica, coll. Corpus de droit privé, 4ième éd., 2015, 2461 pages.
[383] Cass. crim., 18 nov. 2015, pourvoi n°15-83.400.
[384] Cass. crim., 10 mai 2012, *Bull. crim*. n°116.
[385] Cass. crim., 23 janv. 2013, *Bull. crim*. n°29.
[386] Cass. crim., 14 janv. 2014, *Bull. crim*. n°8.
[387] Cass. crim., Cass. crim., 6 mars 2013, *Bull. crim*. n°62.
[388] Cass. crim., 7 juin 2016, pourvoi n°12-87.810, *Bull crim*. n°174.

la nullité d'une mesure de géolocalisation sur un véhicule volé. Or, la Cour de cassation déclare irrecevable la nullité au motif que le véhicule a été volé. Le comportement délictueux est donc au cœur du refus de la reconnaissance d'un intérêt à agir car il place « *le demandeur dans une situation d'illégitimité* »[389]. Ainsi, « *il faudrait comprendre que le vol fait perdre à l'individu le droit de solliciter l'atteinte à sa vie privée* »[390].

155. - Une solution critiquable. La Cour vient ici rajouter une condition supplémentaire à l'intérêt à agir. Il ne saurait être uniquement direct et personnel. Il doit, en outre, être légitime. Plus étonnant même, cette solution conduit *stricto sensu* à établir une hiérarchie dans les critères de l'intérêt à agir. Le requérant n'aura pas d'intérêt à agir, quand bien même « *son intérêt serait direct et personnel mais en quelque sorte illégitime* »[391]. Cette condition d'intérêt légitime, plus adéquate au droit civil, semble difficilement conciliable avec la procédure pénale. Il faudra distinguer selon que la mesure soit postérieure ou antérieure à l'infraction reprochée qui rend illégitime l'intérêt à agir. Dans l'affaire du 7 juin, la mesure de géolocalisation avait été ordonnée après le vol, pour en rechercher les auteurs. Il paraît donc contestable de se fonder sur l'infraction qui a justifié la mesure pour prononcer l'illégitimité. Un acte d'enquête ou d'instruction ayant précisément pour but de découvrir les auteurs d'une infraction, la généralisation de la position adoptée par la Cour risque de « *fermer définitivement et en toute hypothèse, l'accès au juge de la nullité en procédure pénale* »[392].

Section 2. L'analyse casuistique du grief invoqué

Selon certains observateurs, « *la Chambre criminelle était sans doute allée trop loin dans son souci de préserver la totale régularité des preuves* »[393]. Soucieuse de ne pas déséquilibrer la conciliation entre les droits de la défense et l'efficacité des procédures, elle adopte une position pragmatique la conduisant à limiter la recevabilité des demandes en nullité. L'intérêt et la qualité à agir du tiers à un acte de procédure en sont les parfaits exemples. Tantôt

[389] Y. CAPDEPON, « La nullité d'une écoute téléphonique réalisée sur la ligne d'un tiers », *Droit pénal*, 2017, étude 12, n°32.
[390] *Op. cit*. CAPDEPON.
[391] O. DECIMA, « Du droit à la nullité en procédure pénale », *JCP G,* 2016, p. 1176.
[392] *Op. cit*. CAPDEPON.
[393] G. PITTI, « Les nullités d'intérêt privé : le nécessaire équilibre entre droits de la défense et répression », *AJP 2016*, p. 199.

refusés sur le fondement de la notion de droit propre, tantôt analysés de façon casuistique, ils font l'objet d'une réception inégale **(Paragraphe 1)**. On trouve également des marques de cette logique si l'on observe la réception judicaire réservée à l'exigence de grief **(Paragraphe 2)**.

Paragraphe 1. L'appréciation graduée du grief subi par le tiers

Malgré la progressive reconnaissance du droit d'agir en nullité du tiers à un acte de procédure, les effets de cette évolution demeurent limités dans le contentieux des nullités. En effet, la Cour de cassation se livre à un examen casuistique de l'intérêt à agir du tiers. Face au refus persistant de prononcer la nullité de certains actes, comme ceux relatifs à la garde à vue **(A)**, il est légitime de s'interroger sur les conséquences réelles de la reconnaissance de l'intérêt à agir du tiers. On observera que les solutions rendues divergent radicalement selon l'acte de procédure critiqué **(B)**.

A. Irrecevabilité de la demande en matière de garde à vue et d'audition

156. - Revirement du 14 février 2012. Cessant la référence aux intérêts du requérant lors du revirement opéré en 2014 [394], la Cour de cassation avait rendu son arrêt au visa des articles 171 et 802 du Code de procédure pénale. Elle établissait alors le principe selon lequel la violation des prescriptions légales, applicables en matière de garde à vue, ne peut être invoquée que par la partie qu'elle concerne. Désormais, seul le gardé à vue détient une qualité à agir en nullité. Ainsi, ni le mis en examen, ni le prévenu ne peuvent « *invoquer la nullité de la garde à vue d'un tiers au motif de la méconnaissance des droits personnels de ce dernier* »[395]. Cette solution a été saluée par une partie de la doctrine[396] qui y voit « *une réaction salutaire* »[397]. Sans revenir sur la notion de droit propre précédemment développée, soulignons seulement que le Conseil constitutionnel semble partager ce positionnement idéologique[398] où les droits du gardé à vue ne sont prévus que pour sa protection. Ainsi, « *il met en avant le respect de la*

[394] Cass. crim., 14 févr. 2012, *Bull. crim*., n°42.
[395] D. BOCCOND-GIBOD, « Un mis en examen ou un prévenu est sans qualité pour invoquer la nullité de la garde à vue d'un tiers au motif de la méconnaissance des droits personnels de ce dernier », *RSC* 2012, p. 394.
[396] Voir notamment : J. PRADEL, « Procédure pénale : septembre 2011 - juillet 2012 » *Recueil Dalloz* 2012, p. 2118 ; *Op. cit*. D. BOCCOND-GIBOD ; C. GUERY, « Touche pas à ma garde à vue », *AJP* 2012, p. 159.
[397] J. PRADEL, « Procédure pénale : septembre 2011 - juillet 2012 » *Recueil Dalloz* 2012, p. 2118.
[398] *V*. notamment : Cons. Const., 30 juill. 2010, n°2010-14/22 QPC ; *AJP 2010*. 470, étude J.-B PERRIER.

dignité et les droits de la défense qui doivent être regardés comme autant de garanties apportées à la personne gardée à vue personnellement »[399].

157. - Extension à l'audition libre. En 2013, 2014 et 2015 la solution était appliquée en matière d'audition libre[400], la Haute juridiction considérant que le tiers n'avait pas qualité à invoquer la nullité issue de l'absence de notification du droit de quitter les locaux de police à tout instant[401]. Un récent arrêt pourrait néanmoins marquer un tempérament de cette jurisprudence stricte, dictée par l'absence de qualité du tiers pour invoquer la nullité d'une audition libre[402]. On notera cependant que pour une partie de la doctrine[403] il s'agirait plutôt du souhait de la Cour de cassation de rappeler avec force la nullité de l'acte se référant à un acte annulé[404].

B. Examen inégal selon les actes d'enquête et d'instruction

158. - Si la Cour avait généralisé son refus de qualité à agir du tiers elle aurait probablement eu à connaître une nouvelle condamnation de la part de la CEDH. Soucieuse cependant de ne pas créer un recours en nullité généralisé du tiers, elle se livre à une analyse au cas par cas de la recevabilité de ce dernier. L'examen de l'intérêt et de la qualité à agir du tiers est donc graduée selon l'acte d'enquête ou d'instruction invoqué. Outre le cas de la garde à vue et de l'audition déjà abordé, observons quelques exemples[405].

159. - Sonorisation. L'annulation de l'enregistrement est possible, même si les conversations du requérant n'ont pas été enregistrées[406].

---

[399] D. BOCCOND-GIBOD, « Un mis en examen ou un prévenu est sans qualité pour invoquer la nullité de la garde à vue d'un tiers au motif de la méconnaissance des droits personnels de ce dernier », *RSC* 2012, p. 394.
[400] Cass. crim., 11 déc. 2013, pourvoi n° 12-83. 296, *Bull. crim*. n°254 ; crim., 11 févr. 2014, pourvoi n°13-86.878 ; *AJP* 2014. 369, obs. G. ROYER ; crim., 17 juin 2015, pourvoi n°14-80.886.
[401] Voir notamment : H. MATSOPOULOU, « Un revirement jurisprudentiel défavorable à l'admission d'une demande d'annulation d'une audition de garde à vue », *Recueil Dalloz* 2012, p. 779.
[402] Cass. crim., 21 oct. 2015, n°15-83.395, D. 2016. 47, note G. BEAUSSONIE et P. CAZLBOU.
[403] Voir notamment : G. PITTI, « Les nullités d'intérêt privé : le nécessaire équilibre entre droits de la défense et répression », *AJP 2016*, p. 199.
[404] Art. 174 du C. pr. pén.
[405] V. notamment A. GALLOIS, *Les nullités de procédure pénale*, Gazette du palais, coll. Guide pratique, 2ième éd., 2017, n°71 à 80.
[406] Cass. crim., 6 janv 2015, pourvoi n°14-85.448.

160. - Contrôle d'identité. Si la mesure a porté atteinte à ses intérêts, le requérant peut contester le contrôle d'identité d'un tiers ayant conduit à sa propre mise en examen[407].

161. - Géolocalisation. En *sus* de l'affaire précédemment évoquée relative au véhicule volé[408], le requérant qui n'a pas de droit sur l'objet géolocalisé et qui n'a pas été lui-même l'objet de la mesure, ne peut en invoquer la nullité s'il ne démontre pas qu'il a « *été porté atteinte à un autre intérêt qui lui serait propre* »[409].

162. - Comportement déloyal du détenteur de l'autorité publique. Le mis en examen peut invoquer la déloyauté des actes réalisés par le juge d'instruction à l'encontre d'un tiers[410]. Le comportement déloyal des agents publics peut donc donner lieu à la reconnaissance d'un intérêt à agir du tiers[411].

Paragraphe 2. L'appréciation variable de l'exigence de grief

Il a été précédemment démontré que le Code de procédure pénale[412] et la jurisprudence imposent au requérant en nullité une exigence similaire : l'existence d'un grief[413]. Mais cette démonstration de l'atteinte aux intérêts est inégalement accueillie selon l'acte contesté et selon que l'individu soit directement visé par la mesure ou ne soit que tiers à l'acte **(A)**. Ces solutions ne sont pas sans incidences sur l'intérêt à agir, *a fortiori* lorsque les conditions de forme du contentieux des nullités interdisent l'examen du grief **(B)**.

A. Analyses et présomptions de grief : l'efficacité nuancée de l'intérêt à agir

163. - Une effectivité aléatoire : l'analyse *in concreto* du grief. Si « *l'atteinte aux intérêts du demandeur est synonyme de grief* »[414] en revanche l'analyse du grief par les juges n'est pas

[407] Cass. crim., 6 sept. 2006, pourvoi n°06-84.869.
[408] Cass. crim., 7 juin 2016, pourvoi n°12-87.810, *Bull crim*. n°174.
[409] Cass. crim., 23 nov. 2016, pourvoi n°16-81.904.
[410] Cass. crim., 15 déc. 2015, pourvoi n°15-82.013.
[411] Cass. crim., 12 juillet 2016, pourvoi n°16-81.1198.
[412] Art 802 et 171 du C. pr. pén.
[413] A l'exception des nullités d'ordre public et des nullités d'intérêt privé assimilées à celles d'ordre public.
[414] A. GALLOIS, *Les nullités de procédure pénale*, Gazette du palais, coll. Guide pratique, 2ième éd., 2017, n°154.

toujours synonyme d'annulation. Le grief proposé par le demandeur n'est pas systématiquement accepté par les juges, ce qui entraîne pour conséquence d'arrêter à cette étape l'examen de son intérêt à agir. Si les atteintes à certains droits, comme ceux de la défense, sont souvent source d'une réponse positive de la part du juge[415], d'autres en revanche comme le droit à la vie privée[416] ou au secret professionnel[417] nécessitent de la part du requérant une démonstration bien plus caractérisée de l'existence du grief.

164. - Le tiers : exigence d'un grief sur un droit propre ou un intérêt propre[418]. Outre les annulations des gardes à vue ou auditions libres au bénéfice d'un tiers qui sont refusées pour défaut de qualité à agir, l'examen de l'intérêt et de la qualité à agir du tiers est graduée selon l'acte d'enquête ou d'instruction invoqué. Utilisant les notions de droit propre et d'intérêt propre, la Cour de cassation exige du requérant qu'il démontre un grief causé à ce droit ou cet intérêt qui lui sont personnellement attachés. Par exemple la Cour examine la recevabilité de la demande selon l'atteinte portée à un droit que le requérant posséderait sur son domicile ou ses conversations privées[419]. De même, il doit pouvoir se prévaloir d'un droit sur un box ou un domicile, objets d'une mesure de surveillance[420], de sonorisation[421] ou de perquisition[422]. La Cour a par la suite utilisé la notion d'intérêt propre pour déclarer que le requérant était irrecevable à demander la nullité de la surveillance du véhicule d'un autre individu, au motif que ni son image, ni ses propos n'avaient été interceptés[423]. Elle a également considéré que le requérant ne pouvait pas agir sur le fondement de la violation du secret professionnel car il n'est pas avocat « *et qu'il n'établit pas le lien entre la violation de ces formalités substantielles et l'atteinte à un intérêt propre* »[424].

165. - Une effectivité renforcée : la présomption de grief. Lorsque le grief est présumé comme dans l'hypothèse des nullités d'ordre public ou des nullités d'ordre public assimilé, le

[415] Par exemple : Cass. crim., 26 mars 2003, pourvoi n°03-80.180 ; Crim., 14 févr. 2004, pourvoi n°03-87.170 ; Crim., 27 oct. 2009, pourvoi n°09-85.279.
[416] Cass. crim., 15 avr. 2015, pourvoi n°14-87.616
[417] A propos de la captation des échanges entre un client et son avocat : Cass. crim., 1er oct. 2003, pourvoi n°03-82.909 ; Cass. crim.,22 mars 2016, pourvoi n°15-83.205
[418] Voir notamment : G. PITTI, « Les nullités d'intérêt privé : le nécessaire équilibre entre droits de la défense et répression », *AJP 2016*, p. 199.
[419] Voir notamment les trois arrêts rendus à propos des écoutes de Nicolas Sarkozy : Cass. crim., 22 mars 2016, pourvoi n°15-83.205, Crim., 22 mars 2016, pourvoi n°15-83.206 et crim., 22 mars 2016, pourvoi n°15-83.207.
[420] Cass. crim., 23 janvier 2013, pourvoi n°12-85.059, *Bull. crim*. n°29.
[421] Cass. crim., 14 oct. 2015, pourvoi n°15-81.765 ; *RSC* 2015. 900, obs. F. CORDIER.
[422] Cass. crim., 26 juin 2013, pourvoi n°13-81.491 ; *RTD eur*. 2014. 470, obs. B. THELLIER DE PONCHEVILLE.
[423] Cass. crim., 14 janv. 2014, pourvoi n°14-84.909.
[424] Cass. crim., 18 févr. 2015, pourvoi n°14-82.109.

requérant n'a pas la nécessité de démontrer son existence, le juge la considérant comme d'ores et déjà acquise. Cette solution a donc incontestablement pour effet de renforcer l'efficacité de l'intérêt à agir. En effet, cette présomption de grief permet de « court-circuiter » l'étape de l'examen de la recevabilité de la demande et donne une issue favorable à l'examen du bien-fondé.

B. Les obstacles à la démonstration du grief : efficacité restreinte de l'intérêt à agir

166. - Le non-respect des conditions de forme de la mise en œuvre des nullités peut conduire à déclarer irrecevable la demande du requérant, sans qu'elle soit examinée au fond. En interdisant l'examen de l'intérêt à agir, au stade de la recevabilité, ces règles soulèvent une difficulté théorique et pratique. Le même constat regrettable peut être fait à propos de la sévérité de certaines lignes jurisprudentielles adoptées par la Cour de cassation.

167. - Un intérêt à agir pourtant existant. Les délais de forclusion et les fins de non-recevoir[425] prévus par le Code de procédure pénale sont édictés afin de garantir l'efficacité, la sécurité et la célérité des procédures d'enquête et d'instruction. Il s'agit donc de règles qui filtrent la recevabilité de la demande et peuvent conduire à l'écarter. Elles ont donc pour effet de « mettre en échec » l'intérêt à agir sans même l'examiner[426]. En revanche, si l'intérêt à agir du requérant n'est plus recevable formellement, il n'est pourtant pas absent.

168. - Un intérêt à agir cependant non-invocable. L'analyse de la jurisprudence laisse observer des situations comparables. Pour ne citer qu'un exemple, la notion de droit propre élaborée par l'arrêt du 14 février 2012 a été critiquée par certains auteurs. Ils considèrent qu'il est anormal que l'intérêt à agir du requérant soit ainsi refusé alors que pourtant il existe bel et bien. Le requérant « *devrait être en droit de contester la régularité de l'acte par lequel il se trouve mis en cause, quelle que soit la nature dudit acte* »[427].

[425] Voir *supra* n°128 et 129.
[426] Nous partons ici du principe que le respect ou le non-respect des règles formelles de mise en œuvre n'a pas d'emprise sur l'existence substantielle de l'intérêt à agir. Un intérêt à agir peut exister quand bien même les règles de formes ne seraient pas respectées, il est simplement irrecevable.
[427] H. MATSOPOULOU, « Un revirement jurisprudentiel défavorable à l'admission d'une demande d'annulation d'une audition de garde à vue », *Recueil Dalloz* 2012, p. 779, n° 781.

168. - 1 En conclusion, ces règles de mise en œuvre des nullités ont donc pour effet de restreindre considérablement l'efficacité de l'intérêt à agir car elles empêchent son examen au stade de la recevabilité de la demande. Or, nous avons précédemment mis en avant les enjeux que cette effectivité soulève en termes d'effectivité droits fondamentaux. *In fine*, tout est question de conciliation, entre l'efficacité des procédures d'une part et leur caractère démocratique d'autre part. C'est ce que nous allons maintenant observer.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

169. - L'efficacité de l'intérêt à agir en nullité est inégale. Cette variabilité de la capacité de l'intérêt à agir à faire prospérer une demande est en grande partie due à sa réception judiciaire « *qui a souvent évolué dans ses raisonnements et ses terminologies pour l'accepter ou le refuser* »[428]. Plus particulièrement c'est le contenu que la jurisprudence entend donner à ses conditions, la qualité à agir et le grief, qui joue le rôle de curseur dans la réception plus ou moins favorable de l'intérêt à agir. L'évolution « contrastée » de l'intervention d'un tiers à la procédure en est un exemple marquant. D'abord hostile à la reconnaissance de la qualité à agir du tiers, la Cour de cassation, sous l'impulsion de la CEDH, a cependant été contrainte de faire évoluer sa doctrine vers plus de souplesse. Après avoir « frôlé », en septembre 2006, l'ouverture globale du recours en nullité pour les tiers, les juges du Quai de l'horloge revenaient à plus de pragmatisme juridique en février 2012 et changeaient le paradigme de l'examen de recevabilité en se fondant sur la notion de droit propre. Si l'on observe la manière dont les juges du fond et la Cour de cassation accueillent la démonstration de grief imposée au demandeur à la nullité, un constat similaire de « jurisprudence protéiforme » peut être fait. Mais pour quelles raisons la Haute juridiction se livre-t-elle à cette approche casuistique de la recevabilité des critères de l'intérêt à agir ? L'une des justifications repose sur la délicate conciliation que doit opérer la Cour de cassation entre l'efficacité des procédures et les droits fondamentaux des personnes poursuivies. Nous allons donc maintenant observer que « *dans le sillage du législateur, le juge est le gardien de cet équilibre* [central en procédure pénale] »[429].

[428] A. GALLOIS, *Les nullités de procédure pénale*, Gazette du palais, coll. Guide pratique, 2ième éd., 2017, n°81.
[429] A. GALLOIS, *Les nullités de procédure pénale*, Gazette du palais, coll. Guide pratique, 2ième éd., 2017, n°4.

Chapitre II. La politique jurisprudentielle de conciliation

170. - Une conciliation nécessaire en raison de l'imprécision de l'intérêt à agir. Le contentieux des nullités est au cœur d'une conciliation délicate « *entre les atteintes aux libertés individuelles et la nécessaire efficacité des enquêtes* »[430]. L'intérêt à agir n'est pas une notion spécifiquement procédurale, il se situe à « *un autre degré de généralité* »[431]. Pourtant, dans le contentieux des nullités, il est la condition centrale de la recevabilité des demandes. Mais la grande généralité de la notion et l'impossibilité de parvenir à une définition univoque nécessitent de trouver des palliatifs pour permettre à l'intérêt à agir d'assurer sa mission de recevabilité des demandes en nullités. C'est la raison pour laquelle « *cet outil conceptuel* [étant] *beaucoup trop large pour saisir avec précision les problèmes particuliers de la recevabilité des procédures* »[432], son application n'est rendue possible que par une approche casuistique des cas de nullité.

170. -1 Au regard de son impact sur l'avenir d'une enquête ou d'une instruction, il ne peut faire l'objet d'une reconnaissance générale et généralisée de la part des juges. Les droits du justiciable, dont il est une garantie d'effectivité, devront donc être conciliés avec les enjeux de célérité et d'efficacité des procédures. Cela explique que la jurisprudence de la Cour de cassation soit aussi évolutive sur les critères de l'intérêt à agir, c'est-à-dire le grief et la qualité à agir. Par ce fait, les causes de nullité sont réparties de façon éparse dans le Code de procédure pénale et la jurisprudence. Cette absence d'architecture cohérente a conduit la Cour de cassation à se poser en « *gardien de l'équilibre entre les droits de la défense et les nécessités de la répression* »[433].

Le grief du requérant en nullité ne se limite pas aux droits de la défense. D'autres droits peuvent être atteints par les mesures d'investigation comme le droit au respect de la vie

[430] G. PITTI, « Les nullités d'intérêt privé : le nécessaire équilibre entre droits de la défense et répression », *AJP 2016*, p. 194.
[431] L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, coll. Manuels, 10ième éd., 2017, p. 358.
[432] N. CAYROL, « Action en justice », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, 2017.
[433] G. PITTI, « Les nullités d'intérêt privé : le nécessaire équilibre entre droits de la défense et répression », *AJP 2016*, p. 194.

privée[434], du domicile, de la liberté d'aller et venir[435] ou du secret professionnel[436]. Sous l'influence de la CEDH, la conciliation varie et se révèle plus au moins favorable aux droits du requérant. Au prix d'une jurisprudence casuistique et pragmatique, il arrive que la bonne administration de la justice prime. Si la volonté affichée de sauvegarder le travail d'enquête est remise en question, l'objectif à valeur constitutionnelle de recherche des auteurs d'infractions semble pourtant inciter le juge pénal à œuvrer dans ce sens **(Section 1)**.

Le contrôle de prévisibilité, de nécessité et de proportionnalité de l'atteinte aux droits fondamentaux occasionnée par la mesure, facilite parfois la réception des requêtes en nullités. Cette solution est particulièrement visible en matière d'atteintes aux droits de la défense **(Section 2)**.

Section 1. Intérêts collectifs : bonne administration de la justice

La procédure pénale occupe une importance de premier plan dans une société incessamment touchée par la commission d'infractions. La procédure devient donc un outil de régulation des relations sociales au service d'une justice chargée de réprimer les atteintes occasionnées. Mais « *pour défendre efficacement la société il ne suffit pas que le législateur punisse, il faut encore qu'il établisse des règles qui rendent possible la découverte rapide* »[437] des auteurs d'infractions. Il s'agit ici de prendre en compte la nécessité de sanctionner les infractions dans la conciliation, que le juge des nullités doit opérer, entre les droits du mis en cause et la bonne administration de la justice **(Paragraphe 1)**. Actuellement, à propos de la qualité à agir du tiers, la jurisprudence de la Chambre criminelle cherche à protéger les « droits propres » **(Paragraphe 2)**.

[434] Cass. crim., 15 avr. 2015, pourvoi n°14-87.616
[435] Cass. crim., 7 juin 2017, pourvoi n°17-81.561 à propos d'un interrogatoire de première comparution.
[436] Cass. crim., 22 mars 2016, pourvoi n°15-83.205, n°15-83.206 et n°15-83.207 à propos des discussions captées entre un avocat et son client.
[437] G. STEFANI, G. LEVASSEUR, B. BOULOC (sous la dir. de), *Procédure pénale*, Dalloz, coll. Précis Dalloz, 26ième éd., 2018, n°3.

Paragraphe 1. La protection des poursuites justifiant l'encadrement des nullités

L'approche casuistique des cas de nullités, précédemment abordée, est dictée par la volonté des chambres de l'instruction et de la Chambre criminelle de préserver l'efficacité et la célérité des procédures d'enquête et d'instruction. L'infléchissement de la sanction des violations procédurales, observé dans la pratique, témoigne d'un souci d'efficacité de la répression de la part des juges des nullités[438] **(A)**. Il en résulte donc une construction jurisprudentielle au cas par cas des actes susceptibles d'être annulés dans laquelle prime un certain pragmatisme. La Cour de cassation semble directement influencée par l'objectif à valeur constitutionnelle de recherche des auteurs d'infractions **(B)**.

A. Une politique jurisprudentielle dictée par l'efficacité et la sauvegarde des procédures

Juges du fond et Chambre criminelle tentent de concilier les intérêts du requérant avec la bonne administration de la justice et la protection de l'ordre public **(1)**. Dans la pratique, cette conciliation vise à ne pas réduire à néant le travail des enquêteurs et conduit à limiter les possibilités d'annulations et leurs effets au prix d'une jurisprudence évolutive **(2)**.

1. Les paramètres de la conciliation

171. - Objectifs de la conciliation. Le contentieux des nullités repose sur une délicate exigence de conciliation « *entre les atteintes aux libertés individuelles et la nécessaire efficacité des enquêtes* »[439]. Face à la disparité de la répartition des nullités, la Cour de cassation, qui fixe les conditions de recevabilité, impose sa vision de l'équilibre entre les nécessités de la sanction pénale et les droits de la défense. Les nullités d'intérêt privé, visées aux articles 171 et 802 du Code de procédure pénale, s'inscrivent dans cette recherche d'équilibre. Les actes d'enquête et d'instruction répondent à différents objectifs comme l'identification et l'arrestation des auteurs

[438] E. MOLINA, « Réflexion critique sur l'évolution paradoxale de la liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain », *RSC* 2016, p. 261.
[439] G. PITTI, « Les nullités d'intérêt privé : le nécessaire équilibre entre droits de la défense et répression », *AJP 2016*, p. 194.

d'infractions ou la nécessité de faire cesser le trouble à l'ordre public. A propos par exemple de la manifestation de la vérité, la Cour de cassation a considéré en mars 2016[440] que tel était le but poursuivi par les articles 706-96 à 706-102 du Code de procédure pénale relatifs à la captation et à l'enregistrement des conversations. A l'issue de la conciliation, elle a considéré qu'en l'espèce l'ingérence dans le droit à la vie privée n'était pas disproportionnée[441]. La conciliation suppose donc qu'il existe une atteinte aux droits du requérant. Lorsque la Cour analyse cette atteinte, elle prend en compte les conséquences que l'annulation entraînerait sur l'efficacité et la célérité des procédures. C'est donc la volonté de préserver certaines mesures qui sert de contrepoids dans la balance. Ainsi, même en cas d'atteinte à un droit, il est parfois nécessaire de sauvegarder les actes entachés d'irrégularité. Cette sauvegarde des actes de procédure vise en réalité une conciliation d'un degré supérieur, entre les droits fondamentaux et la bonne administration de la procédure pénale.

172. - Technique de conciliation. La conciliation est un « second-filtre » de la recevabilité, intervenant après les formalités textuelles de mise en œuvre des nullités. Il nous semble qu'elle est l'étape intermédiaire entre l'examen de la recevabilité et l'examen du bien-fondé de la demande. Elle est formulée explicitement par la Cour de cassation, elle pratiquée tacitement par les chambres de l'instruction. Dans cet arbitrage, le grief invoqué par le requérant est comparé aux incidences que l'annulation entraînera sur la procédure. Si les juges considèrent que les conséquences sur la procédure, sont plus dommageables que les « bénéfices » que le requérant retirera de l'annulation, l'acte ne sera pas sanctionné. C'est pour cette raison que les droits substantiels font souvent pencher la balance en faveur du requérant et que dans les autres hypothèses, nombre d'avocats dénoncent une politique de « sauvetage » des procédures conduite par les juges. Il faut donc que les prismes analytiques permettant la conciliation soient les mêmes. Soit les juges considèrent qu'il y a d'un côté les droits du justiciable et de l'autre la bonne administration de la justice. Soit ils considèrent qu'il y a d'un côté un droit particulier d'un justiciable X et de l'autre une procédure Y. La Chambre criminelle raisonne selon le premier schéma. Les chambres de l'instruction se fondent en théorie sur le second.

[440] Cass. crim., 1er mars 2006, pourvoi n°05-87.251.
[441] *V.* notamment : Cass. crim., 1er mars 2006, pourvoi n°05-87.251 ; *AJP* 2006, p. 222, obs. J.-P CERE.

2. La pratique de la conciliation

173. - Sauvegarder les enquêtes. Le législateur offre au juge des nullités un pouvoir conséquent d'appréciation des nullités. Certains observateurs[442] dénoncent alors que « *le nombre d'arrêts est important mais le nombre d'annulation obtenue demeure restreint* »[443]. Le faible nombre de nullités accordées par les chambres de l'instruction traduit la volonté de préserver le travail des magistrats instructeurs et des enquêteurs. En effet, « *une procédure nulle, c'est autant de travail détruit* »[444]. C'est là sans doute, l'une des conditions de la bonne conduite des procédures de poursuites et d'instructions qui perdraient nécessairement en efficacité et en célérité si le moindre « faux-pas » procédural était sanctionné. Il s'agirait donc de considérer, qu'une violation procédurale de faible gravité, ne doit pas conduire à vider de sa substance les poursuites diligentées contre un individu. Cette logique s'inscrit dans la continuité de la philosophie poursuivie par l'objectif à valeur constitutionnelle de recherche des auteurs d'infractions abordé ci-après.

174. - Conséquences de la conciliation. Afin de ne pas annuler systématiquement tous les actes entachés d'irrégularités, la jurisprudence développe des *summa divisio*, comme la distinction entre les nullités d'ordre public, les nullités d'intérêt privé et les violations ayant nécessairement porté atteinte aux intérêts du requérant. Cela explique en outre que la doctrine de la Cour de cassation soit aussi évolutive à propos des conditions de l'intérêt à agir : le grief et la qualité à agir. Par exemple, c'est en conciliant la nécessité de la répression et les droits du gardé à vue que la Cour a développé la notion de droit propre, afin de ne pas ouvrir aux tiers la possibilité de faire annuler une garde à vue.

B. Une politique jurisprudentielle guidée par le pragmatisme

Si d'aucuns dénoncent le nombre insuffisant de nullités prononcées, au regard du nombre de requêtes formulées, deux séries d'explications peuvent néanmoins expliquer le pragmatisme

[442] *V.* notamment : E. MOLINA, « Réflexion critique sur l'évolution paradoxale de la liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain », *RSC* 2016, p. 261 ; G. PITTI, « Les nullités d'intérêt privé : le nécessaire équilibre entre droits de la défense et répression », *AJP* 2016, p. 194 ; P.-J DELAGE, « Le laisser-faire de l'autorité publique et le principe de la loyauté de la preuve », *RSC* 2018, P. 117.
[443] J. BUISSON, « La confidentialité des conversations échangées entre l'avocat et un proche de son client », *RSC* 2006, p. 413.
[444] *Op. cit*. J. BUISSON, p. 414.

de la conciliation opérée par les juges. D'une part, le Conseil constitutionnel rappelle que les mesures d'investigations ont pour finalité de rechercher les auteurs d'infractions **(1)**. D'autre part, la jurisprudence « *se garde de se lier à des solutions trop abstraites* »[445] **(2)**.

1. L'influence : l'objectif constitutionnel de recherche des auteurs d'infraction

175. - L'objectif à valeur constitutionnelle de recherche[446] et de sanction[447] des auteurs d'infractions dégagé par le Conseil constitutionnel, influence le travail de conciliation des juges du fond et de la Cour de cassation. Il pose le principe selon lequel, si les droits des personnes poursuivies doivent être pris en compte, ils peuvent néanmoins faire l'objet d'atteintes proportionnées de la part des mesures d'enquête ou d'instruction permettant d'identifier et de condamner les auteurs de violations de la loi pénale. Ainsi, « *le législateur peut limiter l'exercice des droits et libertés constitutionnels au nom de la réalisation des objectifs. L'exercice des droits et libertés doit être concilié avec les objectifs, révélant la dualité de ces derniers : ils limitent les droits et libertés et en garantissent l'effectivité. Ils les limitent ainsi qu'ils les protègent. La fonction des objectifs semble donc paradoxale* »[448].

175. -1 Certes, les objectifs constitutionnels sont avant tout destinés à l'action normative. S'ils ne sont pas respectés, les lois promulguées risquent d'être entachées d'inconstitutionnalité. Mais cette dimension « permissive » des objectifs constitutionnels dépasse le travail du législateur et s'étend à la pratique des magistrats. Notamment parce que ces derniers appliquent les textes votés au Parlement ; textes eux-mêmes irrigués par cette philosophie. Si tous ne partagent pas cette opinion, « *la réponse implicitement adoptée par la majorité de la doctrine consiste à dire que les objectifs sont principalement, voire exclusivement, des instruments de limitation des droits fondamentaux* ». L'objectif à valeur constitutionnelle de recherche des auteurs d'infractions a donc cette conséquence en commun avec les mesures d'enquêtes et d'investigations.

---

[445] F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, N. MOLFESSIS (sous la dir. de), *Traité de procédure pénale*, Economica, coll. Corpus de droit privé, 4ième éd., 2015, n°1993.
[446] Cons. Const., 16 juillet 1996, n°377 DC ; Cons. Const., 22 avril 1997, n°389 DC.
[447] Cons. Const., 16 juin 1999, n°411 DC.
[448] P. DE MONTALIVET « Les objectifs de valeur constitutionnelle », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 20, Juin 2006.

2. L'application : le pragmatisme jurisprudentiel

176. - Le juge détient un pourvoir conséquent d'appréciation des nullités de procédure. C'est à lui « *d'examiner les irrégularités pouvant constituer des cas de nullités, d'examiner dans chaque espèce si l'irrégularité a causé un grief pouvant justifier l'annulation et, enfin d'apprécier l'étendue de l'annulation* »[449]. Soucieuse de ne pas être liée par des solutions établissant trop largement le prononcé des nullités et désireuse de pouvoir s'adapter à l'évolution du contentieux, la Cour de cassation adopte une démarche casuistique et pragmatique. Elle peut par exemple accueillir plus favorablement tel acte d'instruction mais contrebalancer en limitant l'étendue de son annulation. Ces différentes adaptations constituent parfois des revirements, à l'image des irrégularités nécessitant, puis ne nécessitant plus, la démonstration d'un grief. C'est encore le cas à propos de la décision de désignation du juge d'instruction qui n'est désormais plus susceptible de recours.

177. - L'hésitation entre « l'impressionnisme juridique » et les « blocs de solutions »[450]. Deux tentations traversent la jurisprudence. La première vise à dégager des solutions générales, propres à telle enquête ou tel groupe de mesures. Il s'agira ensuite de les rendre aussi précises que possible. La seconde, qualifiée « d'impressionniste », adopte une démarche casuistique en déterminant pour chaque acte s'il peut être annulé. Il faut ensuite définir les conditions et l'étendue de son annulation. Cette solution renforce l'adaptation des solutions aux évolutions du contentieux en facilitant les revirements. En revanche, ce manque de stabilité n'est pas source de sécurité juridique et peut conduire *in fine* à « *tuer le contentieux comme le démontre la jurisprudence relative à la notification tardive des droits de la personne gardée à vue* »[451].

[449] F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, N. MOLFESSIS (sous la dir. de), *Traité de procédure pénale*, Economica, coll. Corpus de droit privé, 4ième éd., 2015, n°1993.
[450] Ces termes ont été employés pour décrire les deux tendances qui s'affrontent dans la jurisprudence : F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, N. MOLFESSIS (sous la dir. de), *Traité de procédure pénale*, Economica, coll. Corpus de droit privé, 4ième éd., 2015, n°1993.
[451] *Op. cit.*, F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, N. MOLFESSIS, n°1993 et n°2021.

Paragraphe 2. La protection des droits propres justifiant l'intervention restreinte du tiers

Classiquement, si la méconnaissance procédurale porte sur une règle d'ordre public, toute partie sera fondée à en invoquer la nullité. Tel n'est pas le cas si la règle est d'intérêt privé. Il y va de la bonne administration de la justice et de la bonne marche du procès **(A)**. Laisser un tiers invoquer, au soutient de sa demande en nullité, un droit appartenant en propre à une autre personne, comporterait le risque de détourner de leur but premier les droits de la défense et réduirait ainsi leur effectivité **(B)**.

A. Distinction selon l'intérêt public ou l'intérêt privé de la règle violée

178. - Les règles d'intérêt public. Si la règle violée permet de protéger des règles d'ordre public comme la bonne marche du procès et la qualité de la preuve, toutes les parties auront une qualité à agir et un intérêt à agir car ces règles sont élaborées dans l'intérêt de tous. Par exemple, un témoin assisté peut demander la nullité de la perquisition effectuée chez un tiers s'il invoque non pas un droit propre de ce dernier comme le secret professionnel mais l'incompétence de l'officier de police judiciaire ou le non-respect des règles de placement sous scellé.

179. - Les règles d'intérêt privé. Comme nous l'avons observé, la notion de tiers pose des difficultés et a fait l'objet de précisions de la part des juges de Strasbourg. Une nouvelle condamnation du juge européen n'est d'ailleurs pas à exclure. Lorsqu'une règle d'intérêt privé a été méconnue, le requérant doit avoir été « *personnellement victime* »[452] de la violation. Il s'agit de l'hypothèse où le droit atteint par la violation lui appartient en propre ; c'est-à-dire que la règle violée « *tend à assurer la protection de ses droits et qu'à l'inverse* [si tel n'est pas le cas] *il ne peut invoquer une irrégularité qui aurait été commise au préjudice d'un tiers* »[453].

[452] Cass. crim., 15 févr. 2000, pourvoi n°99-86.623, *Bull. crim*. n°68.
[453] F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, N. MOLFESSIS (sous la dir. de), *Traité de procédure pénale*, Economica, coll. Corpus de droit privé, 4ième éd., 2015, n°2032.

Par exemple, le requérant ne peut se prévaloir de la violation des prescriptions applicables en matière de perquisitions[454], de captations d'images[455] ou d'auditions[456].

180. - Suite aux sanctions de la CEDH à propos de sa vision de la qualité et de l'intérêt à agir du tiers, la Chambre criminelle a été contrainte de modifier sa jurisprudence en profondeur. Si la titularité du droit demeure une question centrale posée par les arrêts du 12 février 2014, la distinction entre règle d'intérêt privé et d'intérêt public est moins nette quant aux conséquences de leur violation. A l'image du revirement opéré en matière d'écoutes téléphoniques[457], il semble que la position de la Cour de cassation sur les dispositifs de sonorisation placés chez un tiers soit en inadéquation avec la vision conventionnelle de la notion de tiers[458]. La solution, qui prône que seul le détenteur du domicile sonorisé puisse contester l'acte, est contestable car « *en réalité toute partie dont les propos ont été captés clandestinement a qualité pour critiquer la régularité de la mesure ayant porté atteinte à sa vie privée* »[459].

B. Protection des droits prévus pour leur seul titulaire

181. - Les droits de la défense ne doivent pas desservir leur principal bénéficiaire. Une partie de la doctrine est favorable à la notion de titularité du droit. Les commentaires des arrêts du 14 février 2012 sont particulièrement prolepses sur la question[460]. Ainsi, l'application mécanique du principe selon lequel un tiers peut invoquer la nullité des propos tenus lors d'une garde à vue irrégulière, en raison de la violation des droits prévus pour la seule protection de l'individu gardé à vue, aurait pour conséquence de « *faire retourner les droits de la défense contre leur seul bénéficiaire* »[461]. Ainsi, cette solution constituerait « *une impasse sur le plan*

[454] Cass. crim., 15 févr. 2000, *Bull. crim*. n°68 et crim., 8 juill. 2015, pourvoi n°15-82.383.
[455] Cass. crim., 15 avr. 2015, pourvoi n°14-87.616.
[456] Cass. crim., 17 juill. 2015, pourvoi n°14-80.886.
[457] L'arrêt Lambert a initié le revirement du 15 janvier 2003 (Cass. crim., 15 janv. 2003, pourvoi n°02-87.341).
[458] Cass. crim., 15 févr. 2000, pourvoi n°99-86.623, *Bull. crim*. n°68 et Cass. crim., 27 mai 2009, Bull. crim. n°108.
[459] *Op. cit.* F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, N. MOLFESSIS, n°2033.
[460] Relevons néanmoins que la Cour de cassation s'était déjà prononcée en ce sens dans un arrêt non publié en 2010 (Cass. crim., 24 nov. 2010, pourvoi n°10-86.713 ; *D.* 2011. 780, obs. E. DREYER) énonçant que : « *les demandeurs sont sans qualité pour se prévaloir de la méconnaissance d'un droit qui appartient en propre à une autre personne* ».
[461] D. BOCCOND-GIBOD, « Un mis en examen ou un prévenu est sans qualité pour invoquer la nullité de la garde à vue d'un tiers au motif de la méconnaissance des droits personnels de ce dernier », *RSC* 2012, p. 394.

non seulement de la logique mais aussi de l'effectivité des droits prévus pour la protection de la personne gardé à vue »[462].

182. - Il s'agirait donc de distinguer le grief causé à la personne gardée à vue, du grief causé au tiers. Le grief du gardé à vue est son placement irrégulier en garde à vue. Ce qui fait grief au tiers, ce sont les propos l'incriminant tenus pendant la garde à vue illicite. Or, il n'est pas possible de permettre au tiers de contester la régularité de la garde à vue car cette contestation résulte de l'exercice des droits de la défense et lesdits droits de la défense n'appartiennent, en propre, qu'au gardé à vue lui-même. Le tiers n'en étant pas titulaire, il ne peut pas les invoquer. Par exemple, le droit à l'assistance d'un avocat permet à la personne poursuivie d'assurer l'effectivité de sa défense, seulement la sienne. Un avocat général à la Cour de cassation relève par exemple que « *l'on peut se demander en quoi un tiers pourrait être concerné par le fait qu'une personne gardée à vue l'aurait mis en cause dans des propos sans avoir été préalablement autorisée à prévenir son employeur* »[463]. Si le défaut de notification du droit de se taire donne à la question une épaisseur supplémentaire, la logique est cependant la même car le droit de se taire vise à lutter contre l'auto-incrimination, pas l'incrimination d'autrui. Une solution inverse conduirait à une « *perversion, du moins une déviation des droits personnels, subjectifs, prévus pour la seule protection du gardé à vue* »[464].

183. - Ainsi, il ne faudrait pas reconnaître de droit d'agir du tiers, sauf en dehors des cas de détournement de procédure ou de violation des droits du principal titulaire dans le but de viser en réalité le tiers. En effet, en dehors de ces hypothèses, le gardé à vue aurait tout à fait pu tenir des propos similaires si la garde à vue avait été régulière. C'est donc au principal intéressé de choisir s'il souhaite annuler les propos qu'il a tenus. Il peut d'ailleurs au demeurant être satisfait des procès-verbaux d'auditions et considérer que ceux-ci s'inscrivent tout à fait dans la ligne de défense qu'il souhaite adopter. Il serait donc contestable que la garde à vue d'un individu soit annulée contre son gré en raison de la méconnaissance des droits qui lui sont personnellement attachés et dont il n'entendait pas se prévaloir. En retournant contre lui ses droits de défense, cela conduit à « *priver cette personne de ses moyens de défense* »[465]. En outre,

[462] D. BOCCON-GIBOB, « L'irrégularité de la garde à vue invoquée par un tiers », *Recueil Dalloz* 2012, p. 775.
[463] D. BOCCOND-GIBOD, « Un mis en examen ou un prévenu est sans qualité pour invoquer la nullité de la garde à vue d'un tiers au motif de la méconnaissance des droits personnels de ce dernier », *RSC* 2012, p. 394.
[464] *Op. cit*., D. BOCCON-GIBOB, « Sur l'irrégularité de la garde à vue invoquée par un tiers ».
[465] D. BOCCOND-GIBOD, « Un mis en examen ou un prévenu est sans qualité pour invoquer la nullité de la garde à vue d'un tiers au motif de la méconnaissance des droits personnels de ce dernier », *RSC* 2012, p. 394.

cela pourrait aboutir à la situation contestable où « *un acte irrégulier fonde la condamnation du principal intéressé et, parce qu'il est irrégulier, il exclurait la condamnation d'un tiers* »[466].

184. - Rééquilibrage pour le tiers : le débat contradictoire sur les pièces contestées. Ainsi, la seule possibilité de contestation pour le tiers serait de démontrer que le non-respect des droits du gardé à vue a entraîné la violation de ses propres droits personnels, indépendamment des propos incriminants tenus. Tel serait le cas d'une mesure de garde à vue, volontairement déloyale, incitant le gardé à vue à incriminer le tiers. Une telle démonstration est incontestablement très délicate à élaborer. Selon la doctrine, cette difficulté est légitime car elle tient « *précisément au fait qu'il est difficile de justifier d'un préjudice lorsque les droits personnels d'une autre personne n'ont pas été respectés* »[467]. Face à cette « *mission impossible* »[468], le tiers qui ne parviendrait pas à faire annuler l'acte aura toujours la possibilité d'en discuter la valeur probante lors du débat contradictoire de la phase de jugement. En effet, et c'est l'un des objectifs du contradictoire, la valeur probante des preuves sera appréciée devant la juridiction, au regard de leur moyen de production. Par exemple, dans une affaire où la sonorisation d'un parloir en maison d'arrêt était discutée, la Cour de cassation avait validé le processus en considérant que les droits de la défense avaient été sauvegardés « *car les procès-verbaux ont été régulièrement versés à la procédure et le sieur D… a eu toute latitude pour contester la procédure* »[469].

[466] J. PRADEL, « Procédure pénale : septembre 2011 - juillet 2012 » *Recueil Dalloz* 2012, p. 2118.
[467] *Op. cit*., D. BOCCON-GIBOB, « Sur l'irrégularité de la garde à vue invoquée par un tiers ».
[468] J. PRADEL, « Le parloir n'a plus de secret pour le juge d'instruction en matière de criminalité organisée », *Recueil Dalloz* 2006, p. 1504.
[469] *Op. cit*., J. PRADEL, « Le parloir n'a plus de secret pour le juge d'instruction en matière de criminalité organisée », *Recueil Dalloz* 2006, p. 1504.

Section 2. Intérêts individuels : protéger les droits fondamentaux du requérant

Dans les nullités d'intérêt privé, le terme de « conciliation » prend tout son sens lorsque le juge pénal met en balance les intérêts du requérant avec l'ordre public[470]. D'aucuns dénoncent que le droit positif et les juges « *restent encore très hostiles à la reconnaissance des causes de nullité,* [ce qui] *en rend la mise en œuvre très difficile et en limite les effets* »[471]. L'analyse casuistique de la Cour de cassation varie selon l'acte ou la mesure en jeu **(Paragraphe 1)**. A l'instar de la Cour européenne des droits de l'homme, elle utilise notamment le contrôle de proportionnalité, de nécessité et de prévisibilité pour évaluer la gravité de l'atteinte portée aux droits du requérant **(Paragraphe 2)**.

Paragraphe 1. Modulations de la conciliation selon l'enjeu

Selon l'acte d'enquête ou d'instruction contesté, le droit dont la violation est alléguée par le requérant varie. De l'atteinte à la vie privée à celle de la liberté d'aller et venir, chaque mesure est conciliée différemment selon le droit pour lequel elle constitue une ingérence. Nous allons développer quelques exemples **(A).** Parmi les conciliations privilégiant tantôt le droit invoqué, tantôt la manifestation de la vérité, celle établissant une présomption de grief aux droits de la défense en cas de méconnaissance des prescriptions relatives à la garde-à-vue est originale **(B)**.

A. L'invocation de droits différents selon la mesure

185. - Ecoute téléphonique, sonorisation, fixation d'images, mesure de surveillance, *etc* : la protection de la vie privée et du domicile. Souvent, en matière d'écoutes téléphoniques, de sonorisation, de captation d'image, *etc*., c'est la protection de la vie privée du destinataire de la mesure qui peut faire l'objet d'atteintes. Cette ingérence devra donc être conciliée avec les droits du requérant afin qu'elle demeure une exception proportionnée au but

[470] Voir notamment : J. DANET, « Brèves remarques sur la typologie et la mise en œuvre des nullités », *AJP* 2005, p. 133.
[471] M. HERZOG-EVANS, G. ROUSSEL, *Procédure pénale*, Vuibert droit, 3ième éd., 2012, p. 358, n°887.

légitime poursuivi. C'est notamment ce qui a été jugé en 2005 [472] à propos de la validation de la sonorisation d'un parloir[473]. En l'espèce, la recherche de la vérité par le juge d'instruction était apparue comme nécessaire pour atteindre le but légitime de préservation de l'ordre public par la prévention des infractions. Cette affaire révèle la subjectivité inhérente à toute conciliation puisque la CEDH avait accueilli avec réserve cette pratique en considérant que son utilisation systématique « *dénie à la fonction du parloir sa seule raison d'être, celle de maintenir au prévenu une vie privée relative* »[474]. C'est la Cour européenne des droits de l'homme qui a posé ce principe dès le 2 août 1984[475] en considérant que « *les communications téléphoniques se trouvant comprises dans les notions de vie privée et de correspondance au sens de l'article 8 de la convention, ladite interception s'analyse en une ingérence de l'autorité publique* » dans l'exercice d'un droit garanti au requérant.

185. -1 Il en va de même pour les mesures de surveillances, de captations d'images ou de conversations téléphoniques qui, en raison de leur caractère secret, doivent être prévues en droit interne et faire l'objet d'une loi de qualité suffisante[476]. L'objectif poursuivi est de protéger le droit à la vie privée des risques d'abus et d'assurer la prééminence du droit. Dans la conciliation opérée le droit à la vie privée sera donc considéré comme violé si le droit interne n'indique pas avec assez de précision « *l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités dans le domaine considéré* »[477]. La CEDH précise donc le droit à concilier et encadre la qualité de la conciliation. Ainsi, pour toutes ces mesures de surveillance, d'écoute, d'enregistrement, le droit à la vie privée peut faire l'objet d'une exception visant, selon la formule de la CEDH, un « but légitime » comme la manifestation de la vérité. En ce sens, la Cour de cassation avait « *apprécié largement la notion de respect de la vie privée puisqu'elle avait censuré la photographie du véhicule* »[478] en 2007 [479]. Selon la Cour de cassation, le requérant devra démontrer le grief tiré de la violation de sa vie privée s'il entend faire annuler l'acte litigieux. Il ne pourra donc se prévaloir de l'atteinte au droit au respect de la vie privée

[472] Cass. crim., 7 déc. 2005, pourvoi n°05-85.876.
[473] Voir notamment : J. PRADEL, « Le parloir n'a plus de secret pour le juge d'instruction en matière de criminalité organisée », *Recueil Dalloz* 2006, p. 1504.
[474] CEDH, 20 déc. 2005, req. n° 71611/01, Wiss c/ France ; *D.* 2006, Jur. p. 767, note D. ROETS.
[475] CEDH, 2 août 1984, req. n°8691/79, Malone c/ Royaume-Uni.
[476] CEDH, 24 avril 1990, req. n°11105/84 Huvig c/France ; CEDH, 25 juin 1997, req. n°20605/92 Haldford c/ Royaume-Uni ; CEDH 25 mars 1998, req. n° 23224/94 Kopp c/ Suisse.
[477] L.-E. PETTITIT, « Les écoutes téléphoniques et la protection de la vie privée », *RCS* 1998, p. 829.
[478] T. POTASKIN, « Précision sur les mesures de sonorisation », *Recueil Dalloz* 2013, p. 1045.
[479] Cass. crim., 21 mars 2007, pourvoi n°06-89.444. Contrairement à ce qu'exige l'art. 706-96 du C. pr. pén.

ou du domicile s'il ne démontre pas en quoi la mesure a porté atteinte à ses intérêts[480] et, comme il l'a été précédemment précisé, il pourra être exigé que le requérant démontre qu'il est titulaire d'un droit sur le local perquisitionné[481] ou le conteneur géolocalisé[482].

186. - Contrôle d'identité et liberté d'aller et venir[483]. Par exception, les atteintes à la liberté d'aller et venir son également possibles. C'est un grief couramment invoqué en matière de contrôle d'identité[484]. La Cour de cassation veille néanmoins à une conciliation efficace n'entraînant pas une atteinte disproportionnée. Elle a notamment prononcé la nullité de la mesure en 2016[485], considérant que le délai de réalisation de la mesure avait nécessairement causé un grief à la personne dont l'identité était vérifiée. En effet, le législateur impose que le contrôle soit réalisé dans les meilleurs délais en enserrant la durée de rétention dans la double limite du délai de quatre heures et du « *temps strictement nécessaire à l'établissement de son identité* »[486]. Or en l'espèce, bien que la procédure de vérification n'ait pas dépassé les quatre heures imparties, aucune diligence n'a été réalisée pendant ce délai pour permettre à la personne d'établir son identité. Ainsi, le Conseil constitutionnel et les interprétations jurisprudentielles acceptent d'analyser la qualité de la conciliation, à condition que le contrôle ait eu lieu en raison d'un risque d'atteinte à l'ordre public[487].

187. - Mesure de garde à vue et droits de la défense. En cas de méconnaissance des prescriptions légales applicables en matière de garde à vue, la violation des droits de la défense est la plus couramment invoquée, qu'il s'agisse des règles d'informations du magistrat, de la notification des droits, de la prolongation de la garde à vue ou du déferrement de la personne gardée à vue.

---

[480] Cass. crim., 23 janvier 2013, pourvoi n°12-85.059, *Bull. crim*. n°29.
[481] Cass. crim., 6 oct. 2015, pourvoi n°15-82.247.
[482] Cass. crim., 23 nov. 2016, pourvoi n°16-81.904.
[483] Cass. crim., 3 nov. 2016, pourvoi n°15-85.548 sur la violation de l'article 14 CESDH à l'occasion d'un contrôle d'identité.
[484] Cass. crim., 7 juin 2017, pourvoi n°17-81.561 à propos d'un interrogatoire de première comparution.
[485] Cass. crim., 20 juin 2017, pourvoi n°16-81.561.
[486] Art. 78-1 du C. pr. pén.
[487] C. COLOMB, « Nullité des contrôles d'identité », *AJP* 2005, p. 139.

B. La conciliation inégale selon le droit en balance

188. - Puisque le droit invoqué n'est pas le même selon la mesure dont la nullité est requise, la conciliation avec la bonne administration de la justice et la protection de l'ordre public ne sera nécessairement pas la même. Les droits de la défense recoupent de nombreuses garanties qui sont « *regroupées autour de quatre fonctions : informer, participer, assister et contester* »[488]. Il existe donc des droits offrant des garanties d'information, de contestation, d'assistance et de participation aux actes diligentés contre la personne poursuivie. En font partie le principe du contradictoire ou le droit de se taire dont toute partie suspectée doit être informée[489]. Notre analyse portera plus spécifiquement sur l'originalité de la conciliation entre la bonne administration de la justice et les droits de la défense, appliquée aux mesures de garde-à-vue méconnaissant certaines prescriptions légales.

189. - Une conciliation favorable aux droits de la défense. L'hypothèse la plus courante d'atteinte aux droits de la défense réside dans la méconnaissance des prescriptions légales applicables en matière de garde à vue. Ici, la conciliation opérée par la Cour de cassation est favorable aux droits de l'individu. Comme nous l'avons précédemment démontré la sanction est très efficace, « *la jurisprudence multipliant les hypothèses de présomptions de grief* »[490]. Ainsi, la sanction quasi-automatique par la nullité des irrégularités commises pendant la garde à vue ne souffre pas de l'exigence de grief posée aux articles 171 et 802 du Code de procédure pénale. Par exemple, tout retard injustifié d'information du procureur de la République fait nécessairement grief au gardé à vue et entraîne la nullité, sauf circonstances insurmontables[491]. De même, tout retard injustifié dans la notification des droits porte nécessairement atteinte aux droits du gardé à vue[492]. La jurisprudence a cependant parfois refusé l'annulation en manifestant

[488] A. GALLOIS, *Les nullités de procédure pénale*, Gazette du palais, coll. Guide pratique, 2ième éd., 2017, n°155.
[489] Art. 406 et 512 du C. pr. pén.
[490] C. GIRAULT, « Les nullités de la garde à vue », *AJP* 2005, p. 140.
[491] Cass. crim., 29 févr. 2000, pourvoi n°99-85.573 ; *Dr pénal* 2000, comm. n°81.
[492] Cass. crim., 30 avr. 1996, Bull. crim., n°182; *RSC* 1996, p. 879, obs. DINTILHAC.

plus de souplesse à l'égard des notions de circonstances insurmontables[493], de contrainte[494] ou sur les conditions du placement en garde à vue lors d'une perquisition[495].

190. - Compensation par la portée limitée de l'annulation. De l'avis de certains observateurs, ce déséquilibre dans la conciliation est néanmoins « compensé » par l'étendue des nullités selon eux facilement accordées. Les juges du Quai de l'horloge limitent la portée de la sanction aux actes subséquents ayant pour support nécessaire la mesure annulée[496].

Paragraphe 2. Modalités de l'atteinte au droit du demandeur : prévisibilité, nécessité, proportionnalité

Nous avons pu observer que le grief subit et/ou démontré par le requérant ne se limite pas aux droits de la défense. D'autres droits peuvent être atteints par les mesures d'enquête et d'investigation comme le droit au respect de la vie privée[497], du domicile, de la liberté d'aller et venir[498] ou du secret professionnel[499]. Sous l'influence de la CEDH, la conciliation précédemment évoquée repose sur un contrôle de prévisibilité, de nécessité et de proportionnalité de l'atteinte portée par la mesure aux droits susmentionnés **(A)**.

Face au caractère liberticide et coercitif de ces mesures, leur motivation s'inscrit également dans cette démarche tridimensionnelle **(B)**.

[493] L'état d'ébriété de la personne a été considéré comme une circonstance insurmontable justifiant le retard de notification (Cass. crim., 3 avr. 1995, *Bull. crim*., n°140).
[494] Il n'y a pas contrainte si l'individu est « invité » par les policiers à les suivre (Cass. crim., 2 déc. 1998, *Bull. crim*. n°315).
[495] Pas de nullité si les policiers attendent la fin de la perquisition et la découverte d'éléments pour placer la personne en garde à vue et lui notifier ses droits. Voir notamment : Cass. crim., 16 févr. 2000, *Bull. crim*. n°72 ; *Dr pénal* 2000, comm. n°50.
[496] Cass. crim., 22 juin 2000, pourvoi n°00-82.632 ; *Dr. Pénal* 2000, comm. n° 108.
[497] Cass. crim., 15 avr. 2015, pourvoi n°14-87.616.
[498] Cass. crim., 7 juin 2017, pourvoi n°17-81.561 à propos d'un interrogatoire de première comparution.
[499] Cass. crim., 22 mars 2016, pourvoi n°15-83.205, n°15-83.206 et n°15-83.207 à propos des discussions captées entre un avocat et son client.

A. Les caractères de l'atteinte

191. - *In fine*, « *l'atteinte à ses intérêts* »[500] que le demandeur à la nullité doit démontrer correspond à l'atteinte à son droit fondamental. Selon certains auteurs « *les textes du Code de procédure pénale devraient* [d'ailleurs] *faire référence à cette notion* »[501]. Mais l'atteinte au droit du requérant n'est pas systématiquement synonyme de préjudice car l'identification des auteurs d'infractions nécessite de recourir à des actes attentatoires, par leur nature, aux droits de celui qu'ils visent. C'est là toute la finalité de la conciliation : parvenir à évaluer si l'atteinte est source d'un grief qui nécessite d'entraîner la nullité de l'acte. Ainsi, « *c'est moins l'atteinte que la manière dont cette atteinte a été autorisée ou commise qui justifie la nullité* »[502]. Pour parvenir à cette conciliation le juge pénal dispose de trois critères : la prévisibilité, la nécessité et la proportionnalité. L'appréciation de ces critères en grande partie établis par la jurisprudence conventionnelle sont valables pour tous les droits établis par la Conv. EDH.

192. - La prévisibilité de l'atteinte. Comme il l'a été explicité plus tôt, la jurisprudence conventionnelle relative au droit à la vie privée illustre parfaitement cette exigence[503]. Visant à garantir notamment la sécurité juridique, le droit interne doit indiquer avec suffisamment de précisions les modalités de mise en œuvre de l'exception au droit. Il faut donc que la dérogation ait une base légale qualitativement et quantitativement suffisante pour encadrer l'atteinte[504]. Ce fondement légal relève à la fois de l'action du législateur et de celle du juge.

193. - La nécessité de l'atteinte. La nécessité de l'atteinte est plus délicate à appréhender. Il s'agira ici d'apprécier si l'atteinte est nécessaire pour parvenir à l'objectif légitime visé par la mesure. C'est-à-dire que, selon un raisonnement proche du principe de subsidiarité, aucune autre mesure ne permet d'atteindre cet objectif. L'objectif légitime visé peut être par exemple la protection de l'ordre public ou la prévention des infractions[505]. Au risque de le vider de sa substance, ce critère ne peut bien sûr pas faire l'objet d'un encadrement trop strict et les Etats

[500] Art. 171 du C. pr. pén.
[501] A. GALLOIS, *Les nullités de procédure pénale*, Gazette du palais, coll. Guide pratique, 2ième éd., 2017, n°155.
[502] *Op. cit*. A. GALLOIS, n°157.
[503] Voir *supra* n° 185.
[504] Voir notamment : CEDH, 24 avril 1990, req. n°11105/84 Huvig c/France et CEDH, 24 avril 1990, req. n°11105/85 Kruslin c/France.
[505] En matière d'atteinte à l'article 8 de la Conv. EDH.

disposent donc d'une « marge nationale d'appréciation »[506]. Plus la mesure est attentatoire aux libertés, plus l'exigence de nécessité est renforcée. A propos des lois spéciales, le Conseil constitutionnel a d'ailleurs émis une réserve d'interprétation en énonçant « *qu'il appartient aux magistrats appelés à les mettre en œuvre de s'assurer, au cas par cas, qu'il existe une ou plusieurs raisons plausibles de penser que les faits constituent l'une des infractions graves énumérées à l'article 706-73 et que les besoins de l'enquête ou de l'instruction justifient de telles restrictions à la liberté individuelle, à l'inviolabilité du domicile ou au secret de la vie privée* »[507]. La nullité devra sanctionner l'acte en cas d'excès de pouvoir, comme par exemple un délai non raisonnable à la mise en place des opérations après la délivrance de l'autorisation. Le défaut de nécessité est une nullité d'ordre public selon le Conseil constitutionnel[508]. En ce sens, est sanctionnée « *toute rigueur non nécessaire* » lors du déroulement de la procédure[509].

194. - La proportionnalité de l'atteinte[510]. Le critère est lié à celui de la nécessité car « *il implique une ingérence fondée sur un besoin social impérieux* »[511] et proportionnée au but légitime[512]. Ces trois critères issus de la jurisprudence conventionnelle sont appliqués pour toute atteinte aux droits. Par exemple, le gardé à vue ne doit pas être privé de sa liberté de façon injustifiée et disproportionnée par rapport à l'article 5 paragraphe 1 de la Conv. EDH[513].

B. L'exigence de motivation de l'atteinte

195. - Obligation de motivation du recours à la mesure. L'exigence de motivation faite au juge lorsqu'il prend une mesure est un moyen de contrôle de la proportionnalité et de la nécessité du recours à l'acte. Il s'agit d'encadrer l'atteinte avant sa mise à exécution mais également de permettre au juge d'apprécier le but légitime poursuivi lorsqu'il contrôlera la mise en œuvre de la mesure. Elle permet également à l'individu concerné d'être en mesure d'en

[506] Cass. crim., 22 février 2017, pourvoi n°16-82.412. C'est au juge d'apprécier la nécessité pour un OPJ d'obliger un individu à comparaître au moyen de la force publique.
[507] M. GUERRIN, « Nullités de procédure », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2017, n°28.
[508] Cass. crim., 9 mai 2001, pourvoi n° 01-82.104 ; *D.* 2001, IR 2000.
[509] Cons. Const., décision n°2003-467 DC du 13 mars 2003 ; *D.* 2004. 1273, obs. S. NICOT.
[510] La proportionnalité de l'atteinte à un droit fondamental est une question abondante dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Voir notamment : Cons. const., 4 déc. 2013, déc. n°2013-679 DC et Cons. const., décision n°2014-420/421 QPC du 9 oct. 2014.
[511] A. GALLOIS, *Les nullités de procédure pénale*, Gazette du palais, coll. Guide pratique, 2ième éd., 2017, n°157.
[512] Voir notamment : CEDH, 2 avr. 2015, req. n°63629/10 et 600567/10, Vinci et Construction et GTM génie civile et services c/ France.
[513] CEDH, 23 avr. 2015, req. n°26690/11, François c/ France.

comprendre les raisons. La motivation est donc une exigence. Mais elle ne saurait être purement formelle car elle est contrôlée quantitativement et qualitativement. Ainsi, « *plus l'atteinte à des droits fondamentaux est importante, plus l'exigence de motivation est accrue, plus le contrôle de la motivation est rigoureux* »[514]. Cette exigence se renforce d'ailleurs avec certains actes qui nécessitent une motivation précise et circonstanciée au regard des éléments de l'espèce. C'est le cas avec le report de l'assistance de l'avocat en matière de criminalité organisée[515].

195. – 1 L'absence de motivation peut être source de nullité. En effet, elle cause un grief aux individus visés par des actes non motivés car ces derniers ne peuvent faire l'objet d'un contrôle réel et effectif [516]. Tel est le cas de l'ordonnance du juge d'instruction permettant aux officiers de police d'installer un dispositif de captation et d'enregistrement[517] dans un lieu privé[518]. Ainsi, l'exigence qualitative de la motivation se renforce et désormais le juge ne peut se contenter de motiver en réalisant un « copier-coller » de l'argumentation du Ministère public[519].

[514] A. GALLOIS, *Les nullités de procédure pénale*, Gazette du palais, coll. Guide pratique, 2ième éd., 2017, n°158.
[515] Art. 706-88 du C. pr. pén.
[516] Cass. crim., 22 oct. 2013, pourvoi n° 13-81.845 ; crim., 17 nov. 2015, pourvoi n°15-83.437.
[517] Art. 706-96 du C. pr. pén.
[518] Cass. crim., 6 janv. 2015, pourvoi n°14-85.448.
[519] Par exemple : le JLD qui autorise une perquisition, visite domiciliaire, saisie sans l'assentiment de la personne ne peut se contenter d'employer les éléments de fait utilisés par le parquet. (Cass. crim., 23 nov. 2016, pourvoi n°15-83.649). Il doit motiver selon éléments de fait et de droit rendant la mesure nécessaire (Art. 76 al. 4 CPP).

CONCLUSION DU CHAPITRE II

196. - Les causes de nullité sont réparties de façon éparse dans le Code de procédure pénale et la jurisprudence. Cette absence d'architecture cohérente permet à la Cour de cassation de se poser en « *gardien de l'équilibre entre les droits de la défense et les nécessités de la répression* »[520]. La recherche d'équilibre passe par une conciliation entre des intérêts parfois divergents : les intérêts du demandeur à la nullité et la bonne administration de la justice. Juge du fond et juge du Quai de l'horloge devront donc examiner l'origine et les conséquences de la nullité qui leur est présentée. Il s'agit ici d'une étape qui accompagne le prononcé de la nullité.

197. - Un second filtre de recevabilité. Il faut donc voir dans cette conciliation un « second-filtre » de la recevabilité, intervenant après les formalités textuelles de mise en œuvre des nullités et permettant d'éviter que « *n'importe qui demande n'importe quoi à un juge* »[521]. La conciliation opérée par la chambre de l'instruction et la Chambre criminelle vise à protéger la bonne administration de la justice afin « *d'éliminer les mauvaises prétentions, celles auxquelles un juge* »[522] ne doit pas répondre au fond. L'influence de la CEDH et du Conseil constitutionnel est prégnante car ils donnent le « cap » à suivre au juge des nullités. Ainsi, « *s'il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre l'exercice des libertés et les besoins de la répression, il incombe à l'autorité judiciaire d'opérer un contrôle effectif sur le respect des conditions de forme et de fond par lesquelles le législateur entend mettre en œuvre cette conciliation s'agissant des actes d'enquête et d'instruction qui peuvent affecter des droits constitutionnellement protégés* »[523]. Pour parvenir à cette conciliation le juge pénal dispose de trois critères : la prévisibilité, la nécessité et la proportionnalité. Ces critères, en grande partie établis par la jurisprudence conventionnelle, sont valables pour tous les droits établis par la Conv. EDH.

---

[520] G. PITTI, « Les nullités d'intérêt privé : le nécessaire équilibre entre droits de la défense et répression », *AJP 2016*, p. 194.
[521] G. CORNU, J. FOYER, *Procédure civile*, PUF, coll. Thémis Droit, 3ième éd., 1996, p. 322.
[522] N. CAYROL, « Action en justice », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, 2017.
[523] M. GUERRIN, « Nullités de procédure », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2017, n°28.

CONCLUSION DU TITRE I

198. - L'intérêt à agir en nullité, qu'on le considère du point de vue du tiers ou de celui de la personne dont un droit propre a été violé, est une question délicate à résoudre. L'encadrement légal est insuffisant et imprécis. Le positionnement est majoritairement jurisprudentiel. L'influence sur le juge des nullités et la Chambre criminelle est diverse car le Conseil constitutionnel et la CEDH ne sont pas restés en marge de l'évolution de la recevabilité des nullités. Ainsi, « *la notion de partie concernée par l'irrégularité est ambiguë* »[524] car la doctrine et les terminologies jurisprudentielles ont beaucoup varié autour de la qualité à agir du tiers. Enfin, l'exigence de grief se révèle être dans la pratique une notion à géométrie variable. Le grief subit par le requérant ne se limite pas aux droits de la défense. D'autres droits peuvent être atteints par les mesures d'enquête et d'investigation comme le droit au respect de la vie privée[525], du domicile, de la liberté d'aller et venir[526] ou du secret professionnel[527]. Ainsi, « *le grief du demandeur renvoie en définitive aux cas où l'un de ces droits fondamentaux a été atteint lors de l'accomplissement d'un acte de procédure* »[528].

199. - Cette donnée permet de mieux cerner la substance de l'une des conditions fondamentales de l'intérêt à agir. Partant de cette valeur cardinale des droits fondamentaux et des limites structurelles de la notion d'intérêt à agir, il est possible de proposer différentes solutions pour améliorer sa conception et, par-là, renforcer son efficacité. L'architecture incohérente des nullités mérite d'être révisée. Il s'agit également de repenser la place et les finalités des conditions de l'intérêt à agir afin d'ouvrir des perspectives plus larges en s'interrogeant sur les véritables enjeux du contentieux des nullités.

200. - Une recevabilité élargie de l'intérêt à agir en nullité n'est-elle pas finalement la condition *sine qua non* d'un droit au recours juridictionnel effectif ? Ne permet-elle pas un renforcement de la loyauté dans l'administration de la preuve ; renforcement souhaitable pour la procédure pénale d'une société démocratique ? *In fine*, la recevabilité élargie des nullités à travers le levier de l'intérêt à agir pourrait peut-être mettre fin au clivage entre bonne administration de la justice et intérêts particuliers.

---

[524] A . GALLOIS, *Les nullités de procédure pénale*, Gazette du palais, coll. Guide pratique, 2ième éd., 2017, n°155.
[525] Cass. crim., 15 avr. 2015, pourvoi n°14-87.616.
[526] Cass. crim., 7 juin 2017, pourvoi n°17-81.561 à propos d'un interrogatoire de première comparution.
[527] Cass. crim., 22 mars 2016, pourvoi n°15-83.205, n°15-83.206 et n°15-83.207 à propos des discussions captées entre un avocat et son client.
[528] A. GALLOIS, *Les nullités de procédure pénale*, Gazette du palais, coll. Guide pratique, 2ième éd., 2017, n°155.

Titre II. Tendre vers une appréciation extensive de l'intérêt à agir renforçant son effectivité

« *Contrairement à la musique classique, le procès pénal engendre parfois la cacophonie. En omettant d'accorder les instruments servant à l'élaboration d'une théorie cohérente en matière de nullités procédurales, la Chambre criminelle devient le chef d'un orchestre qui n'a rien de philharmonique* »[529] relève avec humour Patricia HENNION-JACQUET. Cette remarque donne un aperçu de l'état des lieux critique du contentieux des nullités et de la réception qui est faite de l'intérêt à agir. Le contrôle d'opportunité du juge des nullités, source de solutions disparates et parfois contradictoires, transfère le flou notionnel de l'intérêt à agir à la typologie des nullités. Les conséquences sur la recevabilité des demandes d'annulation entrainent une insécurité juridique qui menace l'équilibre de la procédure pénale. Une nouvelle conception de l'intérêt à agir pourrait être gage d'une plus grande cohérence du contentieux et rectifier certains de ses maux **(Chapitre I)**.

Le système des nullités apparaît comme une organisation en trompe l'œil[530] et la compatibilité entre la jurisprudence constante de la Cour de cassation et les exigences de la Cour européenne des droits de l'homme interroge. Dans ce « labyrinthe » des nullités de procédure pénale, la nécessité de retrouver une ligne plus cohérente passe sans doute par une réorganisation du contentieux axée sur les droits des justiciables. Renforcer l'efficacité de l'intérêt à agir en nullité serait le moyen de parvenir à un tel objectif. A cette fin, un premier postulat est nécessaire : le respect des droits substantiels des individus mis en cause doit être considéré comme concourant à l'intérêt général. Sur ce terreau fertile à la naissance d'une nouvelle conception des équilibres en procédure pénale pourront alors prendre ancrage diverses propositions. Parmi elles, on peut avancer la sanction par une nullité d'ordre public de toute contravention aux règles encadrant enquêtes et instructions. Ce système audacieux et perfectible marque le premier pas vers l'autonomisation d'un droit subjectif à l'action en nullité **(Chapitre II)**.

[529] P. HENNION-JACQUET, « La double dénaturation des nullités en matière pénale », *Recueil Dalloz* 2004, n°1.
[530] B. BOULOC, « Observations sur les nullités », *Mélanges offert à Pierre Couvrat. La sanction du droit*, PUF, 2001, p. 224.

Chapitre I. Reconceptualiser les conséquences du grief

Il est possible d'identifier les difficultés majeures qui traversent le contentieux des nullités. La synthèse de l'action du législateur et de celle de la Cour de cassation conduit à penser que le mal le plus prégnant réside dans la disparité des solutions jurisprudentielles relatives aux causes et aux effets des nullités. Au cœur de cette disparité, l'inégale réception de l'exigence de grief. Il en résulte bien d'autres maux comme la perte de cohérence du régime des nullités ou le déclin du principe de légalité de la preuve **(Section 1)**.

Afin de corriger ces travers, préjudiciables pour les justiciables, des ébauches de solutions peuvent être proposées. Dans un premier temps nous verrons qu'une nouvelle lecture du régime des nullités centrée sur les nullités d'ordre public pourrait permettre de rectifier un système jurisprudentiel basé sur l'opportunité des solutions. Nous verrons ensuite que la transition de la notion de droit propre vers celle d'intérêt propre est peut-être la solution pour accroître la recevabilité des demandes en nullité du tiers à un acte de procédure **(Section 2)**.

Section 1. Rompre avec le grief comme point cardinal des nullités

Le régime des nullités manque de clarté et de cohérence. Conséquence directe, les nullités font l'objet d'une dénaturation fonctionnelle et notionnelle. L'intérêt à agir, en tant que condition de l'invocabilité des nullités, subit nécessairement une déformation comparable **(Paragraphe 1)**. Dans les tribunaux et les universités, nombreux sont ceux qui dénoncent une dérive législative et jurisprudentielle adoptant une position hostile au prononcé des nullités. Ce traitement de la conciliation, dans lequel prévaut la sauvegarde des procédures, n'est pas sans risques. En matière de loyauté de la preuve pénale notamment, cette jurisprudence emporte de lourdes conséquences. On assiste à un « *double infléchissement de la sanction des irrégularités procédurales* »[531] touchant à la fois aux règles chargées d'assurer le respect de la loyauté des preuves et à celles chargées d'en assurer la légalité **(Paragraphe 2)**.

[531] E. MOLINA, « Réflexion critique sur l'évolution paradoxale de la liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain », *RSC* 2002, p. 261.

Paragraphe 1. Les nœuds gordiens de la conception contemporaine des nullités

« *Eu égard aux lourdes conséquences que peut entrainer la nullité d'une pièce de procédure, la législation devrait se montrer suffisamment autoritaire et rigoureuse* »[532] pour redonner de l'intelligibilité à l'architecture des causes de nullité. Il en va de la sécurité juridique à laquelle une personne poursuivie peut légitimement aspirer **(A)**. L'évolution est d'autant plus souhaitable que les nullités font l'objet d'une « double dénaturation », résultat de l'érection du grief en véritable baromètre de la sanction des irrégularités procédurales **(B)**.

A. L'architecture incohérente des nullités

La Cour de cassation et le législateur n'ont pas élaboré une lecture claire et cohérente du régime et des causes de nullité. Cette situation est source d'incertitudes sur le contenu de la notion d'intérêt à agir **(1)** et limite la sécurité juridique du contentieux des nullités **(2)**.

1. Source de confusion dans la notion d'intérêt à agir

201. - L'ambiguïté sur les causes de nullité. Nous avons préalablement mis en avant l'idée selon laquelle, en matière de nullité, le « *droit positif est marqué par une inquiétante imprécision* »[533]. Si le régime des nullités est encadré de façon relativement satisfaisante par les textes, en revanche les causes de nullité obéissent « *à des règles plus ambiguës et parfois difficiles à mettre en œuvre* »[534]. Au gré des revirements, des évolutions notionnelles et conceptuelles, la jurisprudence a profondément bouleversé l'architecture globale des nullités et a rendu d'autant plus difficile l'identification de l'intérêt à agir du demandeur. Les *summa divisio* entre les différents cas de nullités se sont multipliées. Par exemple, l'opposition des nullités d'intérêt privé et d'ordre public évolue sans cesse et montre ainsi ses limites. En effet, il est impossible d'identifier un critère unique et fiable de répartition. En conséquence les juges

[532] J.-P. BROUILLAUD, « Les nullités de procédure : des procédures pénales et civiles comparées », *Recueil Dalloz 1996*, n°2.
[533] J.-P. BROUILLAUD, « Les nullités de procédure : des procédures pénales et civiles comparées », *Recueil Dalloz 1996*, n°2.
[534] *Op. cit*., J.-P. BROUILLAUD, n°2.

disposent d'un large pouvoir discrétionnaire pour décider à quelle catégorie appartiennent les nullités. En outre, face à l'évolution des distinctions entre les nullités, juges et doctrine ont été contraint d'adapter en conséquence leur analyse des éléments constitutifs de l'intérêt à agir. Qualité et grief ont été modulés, parfois au prix de certaines confusions ou de créations prétoriennes. Tel fût le cas de la notion de droit propre qui a conduit « *l'intérêt à agir à subir l'influence de cette subjectivisation du contentieux de la nullité* »[535].

2. Source d'insécurité et d'imprévisibilité juridique

202. - Une évolution à contre-courant du mouvement actuel, allant vers une appréciation moins casuistique des causes de nullité, devient donc pressante. En effet, une approche plus « systémique » des nullités[536] pourrait être le premier pas vers une protection accrue des droits du requérant et une amélioration du droit au recours effectif devant le juge des nullités.

203. - Renforcer la sécurité juridique du requérant. Eu égard à la gravité des conséquences que peuvent entrainer des actes d'enquête ou d'instruction et le procès leur faisant suite, il est impératif que le mis en cause dispose de moyens lui permettant de s'assurer qu'il a fait l'objet d'une procédure légale et équitable. Or, l'actuelle déstructuration du régime et des causes de nullité n'œuvre pas en ce sens. A ce titre, le contentieux des nullités procédurales n'est pas source d'un niveau de sécurité juridique satisfaisant à l'égard du requérant. Deux raisons peuvent être avancées. D'une part, les textes et la jurisprudence actuels posent parfois un barrage excessif à la nullité. Ainsi une personne poursuivie peut voir ses droits atteints et subir un grief sans que l'acte qui en est à l'origine soit pour autant annulé. D'autre part, cette situation est accentuée par le flou notionnel qui règne autour des causes de nullité et de la notion d'intérêt à agir. On assiste alors à un problème d'effectivité des droits fondamentaux et du droit au recours juridictionnel lorsque le filtre est posé au stade de la recevabilité de la demande. Par exemple, à propos d'un arrêt du 14 octobre 2003[537], une partie de la doctrine avait conclu que l'appréciation discrétionnaire des juges sur les causes de nullité « *devient peu à peu synonyme*

[535] O. DECIMA, « Du droit à la nullité en procédure pénale », *JCP G,* 2016, p. 1176.
[536] *Op. cit*., J.-P. BROUILLAUD, n°27.
[537] Cass. crim., 14 oct. 2003, *Bull. crim*. n°165.

d'absolu » et qu'une telle situation est « *génératrice d'une insécurité juridique issue d'une théorie qui confine à l'arbitraire* »[538].

204. - Renforcer la prévisibilité des conséquences des nullités. Ce manque de sécurité juridique, provoqué par l'imprévisibilité de l'effet des nullités, s'analyse également en termes d'effet préventif des nullités. En effet, ni le magistrat chargé de l'enquête ou de l'instruction, ni ses enquêteurs ne connaissent à l'avance les conséquences de l'acte qu'ils accompliraient en violation des prescriptions légales. De fait, et puisque *a fortiori* les Chambres de l'instruction mènent une véritable politique de sauvetage des procédures, le caractère incitatif que les nullités doivent faire peser sur les titulaires de l'autorité publique est en partie défaillant. Ainsi, une plus grande clarté et un élargissement des causes de nullité pourraient être source d'un meilleur respect des garanties procédurales par les agents publics. Le renforcement de la démarche préventive, s'appuyant sur l'exigence de prévisibilité, pourrait d'ailleurs faire l'objet d'une proposition visant à l'établissement d'un nouveau régime des nullités[539].

B. La dénaturation fonctionnelle et notionnelle des nullités

205. - Selon Patricia HENNION-JACQUET, juge et législateur *« s'intéressent moins à la cause qu'aux effets de l'irrégularité commise »*[540]. Ils feraient du grief l'instrument de mesure de la gravité de la violation procédurale. Il en résulte ainsi une « double dénaturation » des nullités.

206. - Dénaturation de la fonction. Pour Patricia HENNION-JACQUET, le grief ne doit pas être considéré comme le fait générateur des nullités car cela conduirait à pervertir sa fonction première qui doit demeurer la sanction des irrégularités procédurales. Il s'agit de ne pas confondre la fonction essentielle des nullités, qui est de sanctionner une atteinte à la loi ou un droit fondamental, avec un rôle qui ne leur est pas dévolu, celui réparer un préjudice. Or, « *en se référant principalement au grief, le droit français considérer*[ait] *la nullité comme une réparation accordée à la personne poursuivie* ». A l'inverse le droit conventionnel conçoit quant à lui la nullité non comme une mesure réparatrice mais comme un moyen de garantir un

[538] P. HENNION-JACQUET, « Double dénaturation des nullités en matière pénale », *Recueil Dalloz* 2004, n°10.
[539] Voir *infra* n°239.
[540] P. HENNION-JACQUET, « La double dénaturation des nullités en matière pénale », *Recueil Dalloz* 2004, n°1.

procès équitable et de restaurer l'image de la justice. La jurisprudence et le Code de procédure pénale s'attachent donc plus aux effets de la méconnaissance légale et au moyen de les réparer qu'aux valeurs de la sanction de nullité. La nullité ne saurait être un avantage donné au requérant, elle est la garantie d'une procédure pénale telle qu'elle doit être dans un Etat de droit. L'opposition de ces deux fonctions des nullités peut sembler excessive. Cependant nous conviendrons qu'elle peut être nécessaire car les deux fonctions qui peuvent être dévolues aux nullités ne semblent pas conciliables. En effet, la philosophie réparatrice qui prime aujourd'hui entraîne une banalisation des atteintes au formalisme. Tout ceci conduit à desservir la seconde fonction, relative à l'image de la justice, car « *la sanction d'une irrégularité participe de l'intérêt général* »[541]. *In fine*, l'intérêt à agir pâtit de cette solution.

207. - Dénaturation de la notion. Une partie de la doctrine avance l'idée que le pouvoir d'appréciation du juge des nullités est source de confusions dans la distinction entre nullité d'ordre public et nullité d'ordre privé. *In fine*, la notion de nullité serait dénaturée. L'article 802 du Code de procédure pénale exclu de son champ d'application les nullités d'intérêt public. Mais ni la Chambre criminelle, ni le législateur n'en donnent une liste précise, ce qui peut d'ailleurs sembler en contradiction avec le devoir de prévisibilité de la loi imposé par la CEDH[542]. Ainsi la distinction entre les nullités paraît « *artificielle, incohérente, voire arbitraire* »[543]. Les distinctions établies par la Cour de cassation sont d'une grande volatilité pouvant aboutir à des solutions contraires qui « *selon le système des vases communicants, condui*[sent] *à la privatisation de l'ordre public et la publicisation de l'intérêt privé* »[544]. Le grief devient donc un électron libre à géométrie variable. Par exemple, l'enregistrement d'une conversation est valide s'il est rapporté par la partie civile[545] ou un officier de police victime d'une infraction[546], irrecevable s'il provient de celui qui dénonce son complice[547].

208. - Nécessité d'unifier les causes et le régime des nullités. Il y a démultiplication des cas où l'autorité publique qui veille au respect des prescription légales se permet de les outrepasser, tout en sauvant les procédures. Cette dérive nécessite donc une unification du

[541] *Op. cit*., P. HENNION-JACQUET, n°5.
[542] Voir notamment : CEDH, 24 avril 1990, req. n°11105/85 Kruslin c/France ; Gaz. Pal. 1990, 1, p. 249, obs. G. JUNOSA-ZDROJEWSKI et L.-E. PETTITI.
[543] G. DI MARINO, Les nullités de l'instruction préparatoire, Thèse, Aix-en-Provence, 1977, p. 497 et s.
[544] P. HENNION-JACQUET, « Double dénaturation des nullités en matière pénale », *Recueil Dalloz* 2004, n°6.
[545] Cass. crim., 6 avr. 1993, *Bull. crim*. n°135 ; JCP 1993, obs. M.-L. RASSAT.
[546] Cass. crim., 13 juin 2001, pourvoi n°00.83-601 ; *Procédure* 2001, comm. p. 202, obs. J. BUISSON.
[547] Cass. crim., 1er oct. 2003, pourvoi n°03-82.909 ; *AJP* 2003, n°3, p. 107.

régime. La solution actuelle offre certes flexibilité et adaptabilité aux évolutions du contentieux. Mais nous aurons l'occasion de démontrer que ces ajustements ne sont pas souhaitables, compte tenu des attaques qu'ils portent à l'équilibre de la procédure pénale.

Paragraphe 2. Les problèmes structurels du contentieux contemporain des nullités

Une partie de la doctrine dénonce avec véhémence le souhait excessif du législateur et de la Cour de cassation de restreindre le prononcé et l'étendue des nullités. Le but inavoué est d'assurer la sauvegarde des procédures **(A)**. Mais ce choix n'est pas sans incidence sur les enjeux fondamentaux du contentieux des nullités. Les atteintes au principe de loyauté des preuves se démultiplient, menaçant de rompre l'équilibre auquel aspire la procédure pénale **(B)**.

A. Le déséquilibre dans les conciliations

209. - Chambres de l'instruction et Chambre criminelle à la fois « juge et partie ». Le législateur offre au juge des nullités un pouvoir conséquent d'appréciation des nullités. Mais selon certains observateurs[548] le résultat de la conciliation opérée par les chambres de l'instruction n'est parfois pas à la hauteur des enjeux que soulève le contentieux des nullités en termes de garantie des droits fondamentaux. La jurisprudence établie par la Chambre criminelle à propos de la recevabilité des nullités encourt des criques similaires. Certes il faut « *se garder de minimiser la portée des efforts réalisés par le législateur et des incontestables progrès accomplis pour rééquilibrer la procédure* »[549]. Mais l'admissibilité des nullités par les chambres de l'instruction « *semble encore aujourd'hui trop largement tributaire d'une conception qui peine à concilier les objectifs de manifestation de la vérité et d'efficacité des procédures* »[550] avec la pleine effectivité des droits fondamentaux des individus poursuivis. Trop souvent la jurisprudence adopte une position de rejet des demandes en nullité, ou bien en

[548] Voir notamment : P. HENNION-JACQUET, « Les nullités de l'enquête et de l'instruction : un exemple du déclin de la légalité procédurale », *RPDP* 2003, p. 7.
[549] E. MOLINA, « Réflexion critique sur l'évolution paradoxale de la liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain », RSC 2016, p. 261.
[550] E. MOLINA, « Réflexion critique sur l'évolution paradoxale de la liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain », RSC 2016, p. 262.

limite l'étendue lorsqu'elle consent à les accorder. La doctrine s'offusque et parle de « *démission* » ayant pour but « *d'éviter l'annulation d'une procédure irrégulière qui aurait permis de découvrir la vérité* »[551].

210.- La double limitation des nullités. Jean-Pierre BROUILLAUD explique de deux façons le « *barrage excessif à la nullité* »[552] posé par les magistrats et les parlementaires. D'une part, la nullité est limitée dans ses causes. Ce travers provient majoritairement de la disparité d'exigence de grief. D'autre part, les nullités se trouvent limitées dans leur régime. Ce dernier, divisé entre l'enquête et l'instruction, est doublement limité. Par la lecture prétorienne de la mise en œuvre des nullités c'est-à-dire les conditions, et par les effets des nullités, c'est-à-dire leur étendue.

211.- Nécessité d'objectiver la conciliation. L'infléchissement de la sanction des violations procédurales témoigne d'une volonté d'efficacité de la répression portée par les juges des nullités. Si ce souci de sauvegarde des procédures est louable, la nécessité est cependant réelle d'assister à un rééquilibrage dans la conciliation des intérêts en balance lors de l'examen des requêtes. En effet, la sévérité du filtre de l'examen des demandes en nullités a pour conséquence directe de réduire l'efficacité fonctionnelle de l'intérêt à agir. En encadrant trop strictement les conditions de l'intérêt à agir, le juge limite drastiquement la finalité première des obligations procédurales à satisfaire lors des enquêtes et instructions : assurer la prééminence du droit et le respect des droits fondamentaux dans l'application des mesures coercitives d'enquête et d'investigation. C'est à ce prix que la procédure pénale apparaît comme « *un gage de paix sociale* »[553]. Comme il sera abordé ultérieurement, l'élargissement de la reconnaissance de l'intérêt à agir ne doit donc pas être subordonnée à la question de la conciliation entre ordre public et intérêt privé.

[551] P. HENNION-JACQUET, « Double dénaturation des nullités en matière pénale », *Recueil Dalloz* 2004, n°4.
[552] J.-P. BROUILLAUD, « Les nullités de procédure : des procédures pénales et civiles comparées », *Recueil Dalloz 1996*, p. 98, n°2.
[553] S. GUINCHARD, J. VINCENT, *Procédure civile*, Dalloz, coll. Précis Dalloz, 23ième éd., 1995, p. 5, n°9.

B. Les atteintes au principe de légalité de la preuve

212. - Eclaircir les « zones grises ». Face à certains actes de procédures ou certains comportements, le respect du principe de loyauté des preuves est appliqué de façon nuancée. La systématisation des solutions de la jurisprudence est impossible. C'est notamment sur l'application de ce principe que la Haute juridiction doit faire œuvre de plus de clarté. En effet, il existe des points de crispations, constituant des « *zones grisse* », qui « *s'ouvrent à toutes les discussions* »[554]. C'est par exemple la question soulevée par les comportements positifs ou négatifs « *de l'autorité publique, qui sans être constitutifs d'un stratagème ou d'une machination, pourraient néanmoins être jugés déloyaux* »[555]. A l'image de l'arrêt du 10 novembre 2017 [556] dans l'affaire dite « Roi du Maroc », la lecture prétorienne du principe de légalité des preuves interroge. Dans cette affaire le « laisser-faire » des autorités publiques était critiqué car il conduisait, en connaissance de cause, à laisser une partie privée commettre un délit pour récolter une preuve[557]. Cet exemple est symptomatique.

212.- 1 Il existe une contradiction entre d'une part les réformes successives du droit de la preuve visant à renforcer l'exigence de loyauté et d'autre part la pratique du contentieux qui sauvegarde abondamment des procédures illégales ou déloyales et ne sanctionne qu'en « *désespoir de cause* »[558]. Ainsi, la limitation des nullités prononcées à l'encontre des moyens de preuves illégaux rejaillit sur le contentieux des nullités relatif à l'admissibilité des preuves. D'aucuns considèrent alors que le juge détient en matière de nullité un pouvoir discrétionnaire. Cette situation apparaît comme « *inadmissible au regard de la légalité criminelle* »[559].

---

[554] D. BOCCON-GIBO, Sur la loyauté de la preuve pénale, *in Humanisme et Justice. Mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage*, Dalloz, 2016, p. 275, spéc. p. 278.
[555] Cass. Crim., 17 mars 2015, pourvoi n° 14-88.351, *Bull. crim*. n° 54 ; *D.* 2015. 1395, chron. G. BARBIER, B. LAURENT, G. GUEHO.
[556] Cass., ass. plén., 10 nov. 2017, pourvoi n° 17-82.028, *Dalloz actualité*, 17 nov. 2017, obs. W. AZOULAY ; *JCP* 2017. 1366, obs. A. GALLOIS ; *Dr. pénal* 2018. Comm. 37, note A. MARON et M. HASS ; Procédures 2018. Comm. 23, note A.-S. CHAVENT-LECLÈRE.
[557] V. notamment : P.-J DELAGE, « Le laisser-faire de l'autorité publique et le principe de la loyauté de la preuve », *RSC* 2018, p. 117 : « *Ne peut-on pas rester dubitatif devant la validité du recueil, par l'autorité publique, d'une preuve qui, certes aura été exclusivement obtenue par une partie privée, mais dont cette même autorité savait que l'obtention, selon toute vraisemblance, allait impliquer la commission d'un délit ?* ».
[558] H. LECLERC, « Les limites de la liberté de la preuve : aspects actuels », *RSC* 1992, p. 17.
[559] P. HENNION-JACQUET, « Les nullités de l'enquête et de l'instruction : un exemple du déclin de la légalité procédurale », *RPDP* 2003, p. 7.

213. - Paradoxe et perspectives. Ce sauvetage des procédures, orchestré par la Cour de cassation et les chambres de l'instruction, est donc critiquable et d'ailleurs vivement critiqué. La mise en œuvre des nullités relatives à l'administration de la preuve est paradoxale. En effet, ce sont les mêmes « *autorités en charge de faire respecter la loi et la légalité des preuves qui peuvent impunément la violer en raison de la distinction artificielle entre ordre public et intérêt privé* »[560]. Il s'agirait donc d'encadrer plus fermement la liberté de la preuve[561] en énonçant de manière moins casuistique les règles subordonnant la recevabilité des preuves.

Section 2. Employer l'intérêt à agir comme instrument du droit à la réparation

Le contentieux des nullités entraine des conséquences pratiques non juridiques, sources d'effets dommageables pour le requérant en nullité. Le coût financier des actions en nullité pour le demandeur et pour la justice en fait partie, ce qui contribue à modifier l'efficacité de l'intérêt à agir. Une reconnaissance plus large de l'intérêt à agir, fondée sur un nouveau régime des nullités, permettrait sans doute de réformer le « système d'opportunité » sur lequel repose ce contentieux **(Paragraphe 1)**.

Amorçant une transition de la notion de droit propre à celle d'intérêt propre, la Chambre criminelle est peut-être sur le point d'accueillir plus largement les demandes formulées par les tiers à un acte de procédure irrégulier. Tel est en tout cas le chemin que devrait emprunter la Haute juridiction en transposant le débat sur la recevabilité, de la question de la qualité à agir à la question de l'intérêt à agir **(Paragraphe 2)**.

[560] P. HENNION-JACQUET, « Double dénaturation des nullités en matière pénale », *Recueil Dalloz* 2004, n°10.
[561] Voir notamment : E. MOLINA, « Réflexion critique sur l'évolution paradoxale de la liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain », *RSC* 2002, p. 262. L'auteur s'exprime à propos de la nécessité de « *ne plus laisser dériver la liberté de la preuve* ».

Paragraphe 1. L'inégale rectification du préjudice ou la nécessité de réviser l'intérêt à agir

Afin de formuler des propositions pertinentes de nature à améliorer l'efficacité de l'intérêt à agir, encore faut-il au préalable cerner les difficultés qui touchent les nullités et se répercutent sur l'intérêt. Parmi celles-ci, deux n'ont pas encore été abordées. Il s'agit d'une part du coût financier et des moyens intellectuels que nécessite une requête en nullité et qui placent les différents requérants dans des situations inégales **(A)**. D'autre part, certains observateurs comme le Professeur CONTE soulignent les inconvénients provoqués par le « système d'opportunité » sur lequel repose le contentieux des nullités **(B)**.

A. Mieux percevoir les conséquences *lato sensu* du contentieux des nullités

214. - Le coût financier du contentieux : « mauvaise excuse » à la conciliation. Les observateurs soulignent que « *la justice pénale coûte cher à l'Etat du fait des moyens économiques mis en œuvre pour prévenir la criminalité et réprimer les criminels* »[562]. Parmi ces coûts, celui d'une poursuite pénale, *a fortiori* si elle est orchestrée par un juge d'instruction, n'est pas anodin[563]. On comprend donc, eu égard à la logique actuelle de réduction des coûts de fonctionnement de la justice, que cette donnée pèse dans la balance du juge des nullités lorsqu'il doit prononcer la nullité d'une mesure d'enquête ou d'instruction et des actes qui en sont le support nécessaire. Mais, partant d'un raisonnement inverse, il est tout à fait possible de considérer que la sanction que représente la nullité est un moyen de contrôler le bon usage des deniers publics par les magistrats et les enquêteurs. Il existe un intérêt à agir en nullité parce qu'il existe une justice, les contingences financières de ladite justice ne peuvent être une justification aux limitations de l'intérêt à agir[564]. En outre, si la peine devait être aberrante au regard de la nullité qui a été refusée à la personne condamnée, cette dernière, convaincue de son intérêt légitime à agir, n'hésitera pas à exercer un recours. Cela entrainera des frais supplémentaires pour elle et pour l'Etat.

---

[562] J. PRADEL, « Le prix à payer pour une procédure pénale efficace : esquisse d'une analyse économique », *Recueil Dalloz* 2017, p. 1986.
[563] Voir notamment : *Refonder le ministère public*, Rapport remis à Madame le garde des sceaux par la Commission de modernisation de l'action publique, commission présidée par J.-L Nadal, 2013, 123 pages. La lutte contre la délinquance et la délinquance elle-même couterait 150 milliards par an, soit 7% du PIB.
[564] Pour les contre-arguments financiers, voir *infra* : n°214.

215. - L'inégale efficacité de l'intérêt à agir selon la situation du requérant. A intérêt à agir équivalent, les requérants en nullité ne sont pas égaux. En effet, deux requérants disposant du même intérêt à agir, dans deux nullités identiques, n'auront peut-être pas une égale possibilité de l'exercer. Les « ressources » intellectuelles et matérielles que suppose l'exercice de l'intérêt à agir seront par exemple « *plus facilement mobilisées par ceux qui sont mis en cause à propos d'infractions économiques et financières* »[565]. Lorsque l'on connaît les coûts d'une requête en nullité ou *a fortiori* d'un pourvoi en cassation, on comprend qu'*a contrario* l'individu aux revenus financiers modestes ne sera pas en mesure d'exercer efficacement son droit d'agir en nullité. Le constat s'applique également pour la personne poursuivie et jugée dans une procédure d'urgence et faisant appel à un avocat non spécialisé. Le contentieux des nullités peut donc s'avérer « injuste » car il n'est pas également mobilisable par les justiciables. Il peut donc exister une rupture dans le droit d'accès effectif à un tribunal. Face à cette difficulté, l'harmonisation du régime des nullités pourrait être une solution, par exemple avec la reconnaissance automatique d'un intérêt à agir dès lors qu'il existe une nullité. De fait, la généralisation des nullités d'ordre public qui sera proposée ultérieurement[566] permettrait de favoriser une plus grande égalité du droit d'accès au juge des nullités.

B. Modifier le « système d'opportunité » du contentieux des nullités

216. - De la société des libertés à la société de la sécurité. En lien avec les propos précédemment développés[567], la variabilité des causes et des effets des nullités est source d'insécurité juridique. Le juge est totalement libre d'accorder à la nullité qui lui est présentée la valeur qu'il souhaite. C'est ce que le Professeur CONTE nomme le « système d'opportunité »[568], par opposition au principe de légalité du droit pénal. Il s'agit de raisonner de façon casuistique et « d'attendre » le cas d'espèce pour opérer un positionnement jurisprudentiel et s'adapter aux évolutions du contentieux.

217. - Vers la reconnaissance d'un régime général des nullités d'ordre public. Selon une partie de la doctrine c'est un système dangereux où la légalité est mise à

[565] J. DANET, « Nullités : qualité à agir et atteinte aux intérêts de la personne concernée, vers une régression des droits de la défense ? », *RSC* 2013, p. 592.
[566] Voir *infra,* n°232 et s.
[567] Voir *infra*, n°239 et n°245.
[568] Voir notamment : S. TZITZIS, P. CONTE (sous la dir. de), *Incriminer et protéger*, Dalloz, coll. Essais de philosophie pénale et de criminologie, 2014, 204 pages.

mal : « *l'opportunité est un monde où le juriste ne peut pas pénétrer sans être saisi d'effroi* »[569]. L'utilisation à outrance de la conciliation, en utilisant la nécessité et la proportionnalité des mesures, conduit à ce que ce « *contrôle n'est pas – n'est plus – un contrôle en légalité stricto sensu* »[570]. En outre, sous le dictat des décisions d'opportunité et la démultiplication des lois encadrant les mesures d'enquête et d'instruction, il se crée une distinction entre légalité et loyauté qui « *manifeste, non pas un enrichissement de la légalité, mais son déclin* »[571]. Un magistrat ou ses enquêteurs peuvent respecter à la lettre les prescriptions légales en matière de perquisition, de sonorisation, de géolocalisation ou de surveillance et pour autant rapporter une preuve qui sera considérée comme déloyale. Pourtant, en parallèle, la CEDH a pu sanctionner un « formalisme excessif », signifiant par là qu'un juge peut être sanctionné pour un respect trop précis de la règle juridique. Etrange paradoxe.

217. – 1 Ainsi, notre droit interne n'est pas pleinement satisfaisant car la volonté affichée de lutter contre la délinquance fait basculer la procédure pénale dans un modèle de société où la sécurité l'emporte sur les libertés. Comme développé ci-après, il est impératif de réformer le contentieux des nullités pour replacer, en son sein, le respect du principe de légalité et limiter la disparité des décisions. A ce titre, on peut proposer l'établissement d'un nouveau régime des nullités où toute violation procédurale serait sanctionnée par une nullité d'ordre public. Le juge doit se contenter de respecter la volonté du peuple, or le peuple vote pour un législateur qui établit des règles de procédure pénale. Il peut interpréter bien sûr, mais il ne faut pas confondre le pouvoir d'interpréter la loi et le pouvoir de la faire.

[569] S. TZITZIS, P. CONTE (sous la dir. de), *Incriminer et protéger*, Dalloz, coll. Essais de philosophie pénale et de criminologie, 2014, p. 124.
[570] Actes du colloque tenu à Bordeaux en juin 2016, P. CONTE, rapport de synthèse, non publié mais disponible sur le site de l'Institut de Sciences criminologiques et judiciaires de la faculté de Bordeaux.
[571] Actes du colloque tenu à Bordeaux en juin 2016, P. CONTE, rapport de synthèse, non publié mais disponible sur le site de l'Institut de Sciences criminologiques et judiciaires de la faculté de Bordeaux.

Paragraphe 2. Etendre l'intérêt à agir du tiers par l'élargissement du droit à la réparation

La recevabilité des actions en nullité formulées par les tiers à un acte de procédure est trop aléatoire. Pour améliorer cette situation il est possible d'accueillir la demande en se fondant sur l'intérêt propre et personnel du tiers, en lieu et place de la notion de droit propre développée par la jurisprudence **(A)**. Ne plus subordonner les nullités à la qualité à agir ne signifie pas pour autant renoncer au grief. Au contraire, il s'agit de relever que le préjudice causé au tiers est à l'origine de son droit à réparation, lequel sera satisfait par le prononcé de la nullité **(B)**.

A. Le passage de la notion de droit propre à celle d'intérêt propre

218. - Notions de droit propre et d'intérêt propre. La Haute juridiction semble avoir posé une nouvelle ligne de démarcation entre qualité à agir et intérêt à agir. Les deux éléments sont examinés séparément et en deux étapes distinctes lors de l'examen de recevabilité de la demande. Mais la ligne jurisprudentielle actuelle des juges du Quai de l'horloge ne conduit-elle pas à confondre intérêt propre et droit propre ? C'est en tout cas l'avis d'une partie de la doctrine. La notion d'intérêt propre doit être perçue comme « *ce qui importe aux personnes en quelque matière que ce soit* » et ainsi « *avoir un intérêt à invoquer une irrégularité qui touche au droit d'un tiers, c'est donc être personnellement concerné par cette irrégularité »*[572]. Le droit propre concerne quant à lui un droit attaché à l'individu, inhérent à sa qualité. Par exemple, le droit de se taire en garde à vue est inhérent au gardé à vue. Ne peut donc s'en prévaloir celui qui n'est pas titulaire de ce droit. Actuellement c'est cette solution qui est privilégiée par la jurisprudence dans de nombreux cas.

219. - Impossibilité d'élargir la recevabilité du tiers sur le terrain de la qualité à agir. Il est tout à fait envisageable d'avoir « *un intérêt sans avoir de droit* »[573]. C'est précisément parce que la notion d'intérêt propre est plus large que celle de droit propre qu'une meilleure reconnaissance de l'intérêt à agir du tiers ne peut passer que par un « recentrage » de la

[572] C. GUERY, « Nullité de procédure portant indirectement atteinte aux intérêts du requérant : état des lieux », *Recueil Dalloz 2014*, p. 1460.
[573] *Op. cit*. C. GUERY, p. 1462.

recevabilité sur le critère d'intérêt propre. Comme explicité ci-après, la notion d'intérêt propre permet la reconnaissance d'un intérêt à agir personnel du tiers. A l'inverse, tant que la Cour de cassation fera primer la notion de droit propre, le débat ne pourra porter que sur la qualité à agir, et dans une telle hypothèse la recevabilité des demandes en nullité du tiers à l'acte sera nécessairement laissée à la marge. En effet, sur le terrain de la qualité à agir, l'individu titulaire du droit violé doit nécessairement être privilégié par rapport à celui qui n'est que tiers à l'acte irrégulier. Du fait de l'atteinte directe à ses intérêts « *le non-respect des formalités substantielles le touche plus directement que tout autre* »[574]. En ce sens, il sera toujours logique que sa qualité à agir prime et puisse « *faire obstacle à ce qu'un tiers soit recevable à agir en nullité alors que lui-même ne le fait pas* »[575].

B. Le droit à réparation comme fondement de la transition

220. - L'irrégularité source d'un grief pour l'intérêt propre. La difficulté majeure du « droit propre » est de circonscrire le débat autour du droit particulier de celui qui en est titulaire. L'intérêt propre présente l'avantage de déporter le centre de gravité de la démonstration de grief vers la question du préjudice causé à un tiers. Toute personne partie à une poursuite a un intérêt propre, celui de sa défense, visant à se « sortir » de ladite poursuite. Cet intérêt propre ne doit donc pas être perçu comme synonyme de l'intérêt à agir mais comme « l'intérêt légitime » que détient toute personne poursuivie à se défendre contre l'accusation pénale portée contre elle. Ainsi, lorsque le tiers est mis en cause dans une audition de garde à vue, il a un intérêt propre qui va à l'encontre de cet acte. Si l'acte est régulier, la chose ne pose aucune difficulté. Les intérêts propres de chaque partie étant souvent contradictoires, ils « s'annulent » mutuellement, aucun n'étant plus légitimement invocable que l'autre. Mais si la garde à vue est irrégulière, l'intérêt propre du tiers aura été doublement atteint. Ainsi, le grief causé à son intérêt propre devient légitimement invocable du fait de l'irrégularité de l'acte. C'est ce grief qui lui donne un intérêt personnel à agir en nullité contre l'acte lui ayant porté préjudice. Cette recevabilité de la demande en nullité du tiers est donc tout à fait indépendante du droit propre.

[574] J. DANET, « Nullités : qualité à agir et atteinte aux intérêts de la personne concernée, vers une régression des droits de la défense ? », *RSC* 2013, p. 591.
[575] J. DANET, « Nullités : qualité à agir et atteinte aux intérêts de la personne concernée, vers une régression des droits de la défense ? », *RSC* 2013, p. 591.

221. - Le droit à la réparation. Ce qui dicte ce recentrage de la notion de grief, c'est le droit de tout individu - qui risque de voir son existence bouleversée par une poursuite pénale - à demander réparation lorsque cette poursuite est entachée d'irrégularités. En ce sens, si l'on observe l'arrêt du 24 avril 2013 [576], la Cour de cassation refuse d'annuler la procédure en raison de la violation du délai raisonnable mais elle convient qu'en raison de cette méconnaissance « *le justiciable, victime de lenteur, a droit à réparation* »[577]. C'est ici la référence au « droit à la réparation » qui nous intéresse. Si l'on convient que la lenteur de la procédure n'est pas imputable à l'individu, de même qu'une audition de garde à vue irrégulière mettant en cause un tiers n'a pas été rendue illégale par l'action dudit tiers, on conviendra alors qu'un individu peut avoir intérêt à agir et vocation à obtenir réparation alors même qu'il n'était pas directement concerné par la procédure irrégulière. Il ne faut pas analyser le grief à travers le prisme du droit qu'il viole mais à travers l'identification de la personne dont les intérêts propres ont été atteints. C'est par ce biais qu'il est possible de lui reconnaître un intérêt personnel.

222. - L'atteinte à un intérêt propre fonde l'intérêt à agir personnel du tiers. Le tiers à un acte irrégulier le mettant en cause a nécessairement vu son intérêt propre être atteint. Il en retire donc un intérêt personnel à agir en nullité. Par exemple, si des déclarations incriminent le requérant, et si irrégularité il y a, son intérêt à obtenir l'annulation est évident. En effet, en raison de l'existence d'un grief, il peut légitimement aspirer à l'amélioration de sa situation pénale en cherchant à obtenir réparation. Cette réparation passe alors par la reconnaissance d'un intérêt personnel à demander l'annulation de l'acte. Il s'agit donc de déplacer le débat de la question de la qualité à agir, qui suppose la titularité d'un droit propre, sur celle de l'intérêt propre, qui suppose simplement l'existence d'un grief. L'existence du grief est donc une condition qui se suffit à elle-même pour fonder l'intérêt à agir du tiers.

223. - La jurisprudence de 2006 : retour vers le futur ? Malgré la récente jurisprudence qui maintient la distinction entre qualité et intérêt pour agir[578], certains « signaux » laissent espérer que la position ici défendue n'est pas condamnée à demeurer une utopie. Nous avons

[576] Cass. crim., 24 avr. 2013, pourvoi n°12-82.863 ; *D.* 2013. 1139.
[577] J. PRADEL, « Procédure pénale : août 2012 - juin 2013 » *Recueil Dalloz* 2013, p. 1993.
[578] La chambre criminelle fait par exemple référence au droit propre en matière de conversations téléphoniques dans les trois arrêts du 22 mars 2016 : Cass. crim., 22 mars 2016, pourvoi n°15-83.205, n°15-83.206, n°15-83.207.

relevé trois arrêts, en date des 14 janvier 2014[579], 18 février 2015[580] et 21 octobre 2015[581], pouvant être analysés comme le prélude de l'application de l'intérêt propre. Ils viennent nuancer la solution dégagée par les arrêts du 14 février 2012 [582]. Par exemple, dans l'arrêt du 21 octobre, la Cour de cassation était amenée à s'interroger sur la recevabilité d'une demande d'annulation de pièces retranscrivant des propos tenus par une autre personne que le requérant. Or, la Cour n'a pas écarté *in abstracto* l'action du demandeur en déclarant qu'il n'a pas qualité à agir. Elle a au contraire invité les juges du fond à apprécier son intérêt à agir en nullité.

223. – 1 Il est donc possible d'observer un rapprochement avec les solutions dégagées en 2005 [583] et 2006 [584] où la cour permettait au demandeur d'invoquer la nullité de l'acte concernant un tiers si ledit acte avait « porté atteinte à ses intérêt ». Ainsi, l'arrêt d'octobre 2015 faisant référence à « *l'intérêt de la personne mis en cause* » situe le débat sur le terrain de la recevabilité mais semble, en outre, recentrer la question de la recevabilité sur l'appréciation de l'intérêt à agir. C'est d'ailleurs en ce sens que l'arrêt doit être interprété selon le Professeur BEAUSSONIE, qui conclue que « *la notion d'intérêt du requérant concentre tout l'enjeu du débat, tant du point de vue de la recevabilité de l'action que de son bien-fondé* »[585].

[579] Cass. crim., 14 janv. 2014, pourvoi n°14-84.909 , *Bull. crim*. n°8. Cet arrêt précise à propos de la géolocalisation d'un véhicule que le requérant « *n'établit aucun intérêt propre à sa personne auquel il aurait été porté atteinte* ».
[580] Cass. crim., 18 févr. 2015, n°14-82. 019 ; « Ecoute et perquisitions chez un avocat : intérêt à agir en nullité », *Dalloz actualité,* 12 mars 2015, note C. FONTEIX.
[581] Cass. crim., 21 oct. 2015, n°15-83.395, *D.* 2016. 47, note G. BEAUSSONIE et P. CAZLBOU.
[582] C'est-à-dire que l'annulation d'un acte ne peut être demandé que par la partie qu'il concerne. Cass. crim., 14 févr. 2012, pourvoi n°11-84.694 ; *JCP G* 2012, 485, note J. PRADEL ; *RSC* 2013, p. 394, obs. D. BOCCON-GIBOB ; « Touche pas à ma garde à vue », *AJ pénal* 2012, n° 159, C. GUERY ; « Un revirement jurisprudentiel défavorable à l'admission d'une demande d'annulation d'une audition de garde à vue », *D.* 2012, n°779, obs. H. MATSOPOULOU.
[583] Cass. crim., 7 dèc. 2005, pourvoi n°05-85.876 ; *RSC* 2006. 343, obs. N. COMMARET.
[584] Cass. crim., 1er mars 2006, pourvoi n°05-87.251 ; *AJP* 2006, p. 222, obs. J.-P CERE ; *D.* 2006. 1504, note J. PRADEL ; *RSC* 2007. 611, obs. J. BUISSON ; Cass. crim., 6 sept. 2006, *Bull. crim*. n°208 ; *JCP G* 2007, II, 10081, note H. MATSOPOULOU ; *D.* 2007, p. 973, note J. PRADEL ; *AJ penal* 2006. 509, obs. C. GIRAULT.
[585] G. BEAUSSONIE, P. CAZALBOU, « L'intérêt à bénéficier de l'annulation d'un acte subi par autrui », *D.* 2016, p. 47.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

224. - L'important recours à l'article 802 du Code de procédure pénale permet au juge des nullités de rejeter les demandes en considérant que le requérant ne démontre par l'existence d'une atteinte à ses intérêts. Cette « dérive » vers un système d'opportunité emporte deux effets majeurs sur l'intérêt à agir. D'une part, il peut s'avérer inefficace dès le stade de la recevabilité de la nullité. D'autre part, son inefficacité peut se révéler au stade de l'examen du bien-fondé de la nullité. Nous avons proposé différentes solutions visant à renforcer l'intérêt à agir en nullité comme une nouvelle théorie du régime des nullités dans lequel toute nullité serait une nullité d'ordre public. Cette proposition va d'ailleurs être approfondie ci-après. De même, nous avons avancé les conditions d'une efficacité renforcée de l'intérêt à agir du tiers à un acte de procédure irrégulier.

224. – 1 Parmi les contre-arguments visant à réfuter la position adoptée, le coût financier engendré par de telles innovations est incontestablement pertinent. Sans évoquer les arguments précédemment développés nous préciserons simplement deux choses. En premier lieu, partons de l'hypothèse où la condamnation s'avère être injuste au regard de la nullité refusée au requérant. Ce dernier, convaincu de son intérêt à agir en nullité et de son intérêt légitime à contester une condamnation fondée sur une preuve déloyale, va alors exercer un recours contre la décision. Cela engage donc des frais supplémentaires pour lui et pour la justice. En second lieu, le Professeur Jean PRADEL souligne que « *législateur et praticiens peuvent engager des dépenses dans l'intérêt de l'ordre social si le coût ne dépasse pas les avantages pour la société en générale et les justiciables en particuliers* ». En effet, l'effectivité des droits du justiciable, renforcée par une plus grande efficacité de l'intérêt à agir, bénéficie incontestablement à « la société en général ». Elles sont toutes deux la marque d'une procédure pénale équilibrée et démocratique. C'est cette effectivité renforcée des droits fondamentaux du requérant que nous allons maintenant proposer.

Chapitre II. Redéfinir les enjeux d'une efficacité renforcée

La conciliation entre les intérêts individuels et l'intérêt général est un « faux débat »[586]. Quand le droit à une procédure légale et loyale est menacé, c'est le cadre légal dans lequel tous les citoyens peuvent être poursuivis qui vacille. L'actualité démontre que les mesures attentatoires aux libertés transcendent la question de la vie privée ou des droits de la défense de tel ou tel individu. En creux, la question de l'efficacité de l'intérêt à agir en nullité interroge les « *atteintes aux principes de la liberté que la démocratie peut supporter* »[587]. Il importe de percevoir sous un jour nouveau la conciliation entre les droits du demandeur à la nullité et la bonne administration de la justice, en plaçant au centre de l'équation les droits substantiels des parties à une poursuite pénale. Dans cette perspective, le régime des nullités pourrait être « clarifié » en sanctionnant par exemple chaque méconnaissance des prescriptions légales par une nullité d'ordre public. Le contrôle *in concreto* de la CEDH, qui veille à ce que l'image de la justice et l'équité du procès soient maintenus, nourrit également cette réflexion **(Section 1)**.

En réalité, notre souhait de revoir à la hausse la recevabilité et l'efficacité de l'intérêt à agir en nullité tend vers un seul objectif : renforcer l'effectivité des droits fondamentaux protégeant les mis en cause. En raison du « *barrage quasi-absolu à la nullité* »[588] qu'entretient la Cour de cassation, la position prétorienne française n'est sans doute pas à l'abri d'une condamnation de la CEDH. Aussi, le « nouveau visage » de l'intérêt à agir ouvrirait la perspective de renforcer les droits des justiciables en faisant du mis en cause un acteur de la garantie de ses droits, voire même en faisant de la demande en nullité un nouveau droit subjectif autonome **(Section 2)**.

[586] J. DEPREZ, « Pratique juridique et pratique sociale dans la genèse et le fonctionnement de la norme juridique », *RRJ* 1997, n°31.
[587] J. DANET, « Nullités : qualité à agir et atteinte aux intérêts de la personne concernée, vers une régression des droits de la défense ? », *RSC* 2013, p. 592.
[588] J.-P. BROUILLAUD, « Les nullités de procédure : des procédures pénales et civiles comparées », *Recueil Dalloz 1996*, p. 98.

Section 1. Renouveler la perception des intérêts à concilier

Ne peut-on concevoir que les conséquences matérielles et symboliques des irrégularités sont si graves « *qu'elles devraient* [toutes] *être considérées comme impliquant nécessairement un grief ?* »[589]. En effet, nous pensons qu'il faut envisager que les atteintes aux droits substantiels, occasionnées par la violation des règles de fond et de forme de la procédure pénale, sont d'une telle gravité qu'elles causent toutes un préjudice à l'individu poursuivi et à la société en général **(Paragraphe 1)**. S'il était possible de parvenir à un tel consensus, de nouvelles perspectives d'organisation du régime des nullités pourraient voir le jour. Par exemple, eu égard aux conséquences d'une condamnation pénale, ne serait-il pas envisageable de sanctionner d'une nullité d'ordre public toute méconnaissance des règles d'enquête et d'instruction ? Reste à déterminer le contenu et les fondements d'une telle « révolution » du contentieux des nullités **(Paragraphe 2)**.

Paragraphe 1. Faire des droits du justiciable le principal paradigme

Dans la mesure où la procédure pénale permet de garantir à un individu la protection de ses droits substantiels, il semble vain d'opposer intérêt collectif et intérêt individuel au moyen de l'exigence de conciliation. La protection de la liberté des uns ne peut exister sans la protection de la liberté des autres **(A)**. En outre, la conformité du contentieux des nullités aux exigences conventionnelles et constitutionnelles interroge. Face au risque de sanctions, l'évolution des conditions légales de la mise en œuvre des nullités et de la jurisprudence constante des juges du fond et de la Cour de cassation pourrait être nécessaire **(B)**.

A. Intérêt à agir du requérant et intérêt général : l'absence d'antagonisme

225. - Dichotomie entre les intérêts particuliers et l'intérêt public : un faux débat. La procédure pénale offre à chaque individu la garantie de ses droits fondamentaux de procédure. De ce fait, c'est la société dans son ensemble qui bénéficie d'une justice où la

[589] G. WIEDERKER, « La notion de grief et les nullités de forme dans la procédure civile », *D.* 1984*, Chron*., p. 166.

poursuite d'un individu ne peut se faire que dans le respect d'un strict légalisme. Ainsi, il est vain d'opposer les intérêts individuels et les intérêts collectifs au terme d'une conciliation hasardeuse entre la bonne administration de la justice et la garantie des droits.

226. - L'intérêt à agir : réminiscence des droits substantiels. La légalité et la loyauté dans l'administration des preuves, les droits de la défense, le droit à la vie privée *etc*. sont autant de protections dont bénéficie un particulier, à un « instant T », lorsque par le fait des choses il est inquiété dans une poursuite pénale. Le principe de la vie en société et de la régulation des relations sociales suppose que tout un chacun peut se retrouver un jour dans cette situation. Les droits fondamentaux posent donc le cadre général d'une société et *a fortiori* d'une justice démocratique. Ainsi, le droit d'agir en nullité pour contester les actes qui seraient sortis de ce cadre, est un moyen de contrôler que les enquêtes et les instructions demeurent loyales, légales et contradictoires. Dès lors, toute violation des règles de procédure, qui sont en réalité édictées dans l'intérêt de tous, doit être sanctionnée. L'intérêt à agir reconnu à un individu est précisément l'instrument de cette sanction. Il existe un intérêt à agir en nullité car il existe des droits substantiels. Il est la condition de leur effectivité car il émane de ces derniers. Ainsi, il nous semble inacceptable qu'il puisse exister la moindre atteinte aux droits d'une personne soupçonnée d'avoir participé à un crime ou un délit. Les conséquences d'une condamnation pénale qui serait fondée sur des actes irréguliers sont trop néfastes.

B. Interrogations sur la compatibilité du contentieux des nullités avec les droits fondamentaux

227. - Le « barrage » de la Chambre criminelle. L'évolution de la jurisprudence est-elle conforme aux droits de la défense ? La Cour de cassation semble avoir répondu par l'affirmative dans un arrêt du 6 février 2018 [590], en refusant de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité. Pourtant, l'interprétation jurisprudentielle constante des articles 706-96, 171 et 802 du Code de procédure pénale est contestée. En l'espèce les requérants critiquaient le fait que le tiers d'une mesure déloyale de sonorisation, sur un lieu ou un véhicule sur lequel il n'a pas de droits, soit privé du droit d'exercer un recours en nullité. Le tiers serait alors victime d'une atteinte au principe d'égalité des justiciables, aux droits de la

[590] Cass. crim., 6 févr. 2018, pourvoi n°17-85.301.

défense et au droit à un recours juridictionnel effectif. Ces droits sont garantis par les articles 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 (DDHC). Pourtant, les juges du Quai de l'horloge ont refusé de transmettre la question au Conseil constitutionnel, considérant que « *les textes précités et leur interprétation jurisprudentielle constante opèrent une conciliation équilibrée entre, d'une part, les droits de la défense au stade de l'instruction préparatoire, d'autre part, les principes de valeur constitutionnelle de prévention des atteintes à l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions en matière de criminalité organisée* ». Il nous semble que ce refus de transmission ne pourra pas durer éternellement, *a fortiori* si le mécontentement des plaideurs n'est pas apaisé par un « assouplissement » de la position jurisprudentielle de la Cour de cassation. Le régime des nullités et sa pratique judiciaire s'exposeront alors à la censure constitutionnelle et conventionnelle en raison des atteintes injustifiées aux droits des requérants.

228. - Article 16 DDHC et perspective d'inconstitutionnalité. Ainsi, le Conseil constitutionnel ne s'est pas encore prononcé sur la question. Pourtant en novembre 2015 [591] et novembre 2016 [592] les juges de la rue Montpensier ont estimé que « *le législateur ne pouvait interdire toute forme de recours en annulation sans méconnaitre les exigences de l'article 16* […] »[593]. La reconnaissance de l'intérêt à agir en nullité d'un acte de procédure pénale est donc constitutionnellement rattachée au droit à un recours juridictionnel effectif. Au vu de récentes décisions, il semble légitime de s'interroger sur la comptabilité à la Constitution des pratiques judiciaires constantes et des articles du Code de procédure pénale qui réduisent la portée effective de l'intérêt à agir. En effet, ces « obstacles » à l'examen de la recevabilité des demandes nous semblent en inadéquation avec les exigences fixées par l'article 16 de la DDHC. La lecture jurisprudentielle de la qualité à agir du tiers s'expose d'ailleurs à un risque de condamnation encore plus prononcé, « *d'autant plus que l'article 16 DDHC garantit le droit des personnes intéressées à exercer un recours juridictionnel effectif et que cette expression peut être étendue au-delà des seules parties à l'acte litigieux* »[594].

229. - Approche globale et perspective d'inconventionnalité. La CEDH s'attache à l'efficacité du contrôle opéré par le juge. Ledit contrôle doit être apte à assurer la prééminence

[591] Cons. const., décision n°2015-499 QPC du 20 nov. 2015, cons. 3 et 4.
[592] Cons. const., décision n°2016-594 QPC du 4 nov. 2016.
[593] A. GALLOIS, *Les nullités de procédure pénale*, Gazette du palais, coll. Guide pratique, 2ième éd., 2017, n°81.
[594] A. GALLOIS, *Les nullités de procédure pénale*, Gazette du palais, coll. Guide pratique, 2ième éd., 2017, n°81.

du droit et à limiter l'atteinte aux libertés à ce qui est nécessaire dans une société démocratique. Ainsi, « *l'efficacité du contrôle est liée à la capacité du juge pénal de sanctionner l'irrégularité* »[595]. A l'image de l'arrêt *Walchli contre France*[596], la Cour raisonne selon une appréciation globale de la procédure visant à contrôler que l'équilibre des parties n'a pas été rompu et que le droit d'accès au juge n'est pas inexistant. La marge nationale d'appréciation dont jouit l'Etat ne doit pas atteindre la substance du droit d'accès à un tribunal. En outre, le but légitime poursuivi doit être concilié de façon nécessaire et proportionnée avec l'article 6 paragraphe 1 de la Conv. EDH[597]. L'avenir dira si la jurisprudence française et l'action du législateur opèrent une conciliation de nature à satisfaire aux exigences européennes. Quand bien même les décisions rendues par la CEDH sur le terrain de l'article 8 Conv. EDH reposent sur des exigences différentes de celles de l'article 6 paragraphe 1 Conv. EDH, la sanction conventionnelle semble de plus en plus probable. Pour autant, il n'est pas certain que l'exclusion de la qualité à agir du tiers soit nécessairement contraire au droit conventionnel. En revanche, une censure pourrait intervenir si la démultiplication des obstacles textuels à la recevabilité de l'intérêt à agir devait se maintenir.

230. - L'équilibre dans la conciliation. Que l'on observe le refus de transmission de QPC du 6 février 2018 ou les décisions constitutionnelles et conventionnelles, les différents juges se bornent à vérifier la qualité de la conciliation entre les atteintes aux droits fondamentaux et la bonne administration de la justice. Si l'on prend l'exemple du Conseil constitutionnel, ce dernier considère que des atteintes peuvent être portées aux droits fondamentaux, à condition qu'elles ne soient pas substantielles[598] et qu'il existe une autre procédure équitable permettant de sauvegarder l'équilibre des droits des parties[599]. Comme nous l'avons déjà développé et critiqué à propos de la qualité à agir du tiers, c'est la possibilité de contester la valeur probante de la preuve déloyale devant la juridiction de jugement qui assure cet équilibre[600].

---

[595] A. GALLOIS, *Les nullités de procédure pénale*, Gazette du palais, coll. Guide pratique, 2ième éd., 2017, n°81.
[596] CEDH, 26 juill. 2007, req. n°35787/03, Walchli c/ France.
[597] A. GALLOIS, *Les nullités de procédure pénale*, Gazette du palais, coll. Guide pratique, 2ième éd., 2017, p. 70, n°81. Voir notamment : CEDH, 3 déc. 2002, req. n°48221/19, Berger c/ France ; CEDH, 17 janv. 2006, req. n°76093/01, Barbier c/ France ; CEDH, 9 janv. 2014, req. n°71658/10, Viard c/ France.
[598] Cons. const., décision n°99-416 DC du 23 juill. 1999 et Cons. const., décision n°2016-536 QPC du 19 févr. 2016, cons. 6.
[599] Cons. const., décision n°2016-561/562 QPC du 9 sept. 2016, cons. 8.
[600] Cass. crim., 8 juin 2017, pourvoi n°17-80.709

231. - La CEDH en « fer de lance » d'une protection accrue. La Cour européenne des droits de l'homme réalise un contrôle plus précis de la conciliation. Les critères de proportionnalité, de nécessité et d'adéquation, qui se sont étoffés au fil de ses arrêts, nous semblent donc plus propices au renforcement de la protection des droits fondamentaux des demandeurs à la nullité. Une divergence entre la Cour européenne et le Conseil constitutionnel est donc envisageable. Cette analyse jurisprudentielle, ainsi que les perspectives de sanctions par les gardiens de la constitutionalité et de la conventionnalité, illustrent la nécessité de maintenir les droits du justiciable au cœur du contentieux des nullités. Pour atteindre cet objectif, nous pouvons proposer une ébauche de réorganisation du régime des nullités.

Paragraphe 2. Pour un nouveau régime centré sur les nullités d'ordre public

Dans le système que nous proposons nous considérons que, eu égard aux conséquences d'une condamnation pénale, tout individu visé par un acte ou une mesure d'enquête ou d'instruction possède un intérêt à agir consubstantiel à son statut. Il suffira que l'acte soit entaché d'irrégularités pour qu'un intérêt à agir en nullité soit automatiquement reconnu à l'individu. Dès lors, une nullité d'ordre public assimilé doit sanctionner l'irrégularité. Cette proposition, valable également pour l'intérêt à agir du tiers, suppose que le grief soit présumé et que la qualité à agir soit acquise par le seul fait d'être concerné par l'acte ou la mesure **(A)**. Ce nouveau régime propose un début de réponse pour clarifier le régime des nullités et rappeler que ces dernières doivent inciter au respecter de la légalité et de la loyauté des preuves **(B)**.

A. Le contenu du nouveau régime

232. - Une « nullité-sanction » automatique. Nous avons essayé de démontrer que la moindre violation des prescriptions légales doit être automatiquement sanctionnée. Le moyen pour rendre cette sanction effective est de prononcer la nullité de l'acte. Pour que cette « nullité-sanction » soit automatique, l'intérêt à agir en nullité doit faire l'objet d'une reconnaissance élargie. Nous proposons donc de réviser le régime des nullité en partant du postulat que toute méconnaissance des prescriptions légales est source d'une nullité d'ordre public.

233. - Conséquences sur la qualité à agir et le grief. Pour que l'intérêt à agir en nullité fasse l'objet de cette reconnaissance accrue, il faut agir sur ses conditions car avons vu qu'elles définissent sa substance. Dans notre modèle, la reconnaissance de la qualité à agir et du grief est drastiquement simplifiée. Chaque individu concerné par un acte ou une mesure entachée d'irrégularité a qualité pour agir en nullité. Quant au grief, chaque violation procédurale emporte une présomption de grief. Il faudra donc réemployer ici la logique des nullités d'ordre public et nullités d'ordre public assimilé, dans lesquelles la présomption de grief est irréfragable. Le caractère irréfragable du grief peut alors être envisagé de deux façons. Soit l'on considère que le grief fait l'objet d'une présomption irréfragable. Soit l'on distingue la force de la présomption en fonction de la gravité de l'atteinte. Dans cette hypothèse, la preuve du grief demeurera simplifiée pour le requérant car il sera *« inutile de le prouver, il suffira d'établir la gravité du vice* »[601]. Ici, la présomption pourra être renversée, charge alors pour le ministère public de démontrer l'absence de grief.

234. - Protection juridique de l'intérêt à agir : convergence la recevabilité et du bien-fondé. Ainsi, le requérant n'a plus à fournir ni la démonstration de sa qualité à agir, ni la preuve d'une atteinte à ses intérêts. La requête en nullité doit simplement établir l'existence d'une méconnaissance volontaire ou involontaire des règles de procédure. Si tel est le cas, il y sera automatiquement rattaché l'existence d'un grief et d'une qualité à agir. De fait, l'intérêt à agir ne sera pas contestable et sa recevabilité sera donc acquise. En outre, le bien-fondé de la demande sera protégé car le grief est présumé. Pour le formuler autrement, le bien-fondé de la demande en nullité se déduit de sa recevabilité. Pour renforcer l'efficacité de l'intérêt à agir, entendu comme la capacité à faire prospérer une demande en annulation, il faut qu'il soit juridiquement protégé. C'est ce que nous essayons de proposer ici car « *il ne suffit pas que la demande soit déclarée recevable. Il faut encore que le juge la dise bien fondée, car en quoi l'intérêt serait-il protégé si le demandeur était finalement débouté ?* » [602].

[601] G. WIEDERKER, « La notion de grief et les nullités de forme dans la procédure civile », *D.* 1984*, Chron*., p. 166.
[602] V. WIEDERKHER, « La légitimité de l'intérêt à agir », *In Justices et droit du procès : Du légalisme procédural à l'humanisme processuel, Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Dalloz, 2010, p. 877.

235. - L'étendue de la nullité. Il faut relever qu'aucune modification substantielle n'intervient à propos des effets de la nullité. Il s'agira toujours d'annuler uniquement les actes subséquents qui ont pour support l'acte annulé.

236. - *Idem* pour le tiers à un acte de procédure. Dès lors, le tiers doit bénéficier de cette requalification des causes de nullité. Si l'on prend l'exemple des mesures applicables en matière de criminalité organisée, la potentialité de coercition et d'atteinte aux droits est telle que toute personne qui en subit les désagréments illégaux doit être en mesure d'imposer son annulation. Jean DANET de relever d'ailleurs qu'il « *n'est pas absurde de s'interroger sur la pertinence du classement de la violation des formalités substantielles relatives à ces opérations parmi les nullités d'ordre privé* »[603]. Car au-delà de la question de la vie privée, n'existe-il pas un enjeu plus global de liberté et de sécurité publique ? Pour quelles raisons les nullités d'ordre public, visées par le Code de procédure pénale, concerneraient-elles d'avantage l'intérêt général que les dispositions relatives à la garde à vue ? Il est contradictoire que la méconnaissance des règles de compétence des juridictions soit relevée d'office par le juge, alors qu'en parallèle l'individu qui ne dispose pas de titre sur un appartement perquisitionné doive justifier d'un grief pour demander la nullité d'un tel acte. En réalité, tout ceci résulte d'une confusion entre la bonne administration de la justice et la garantie des droits substantiels. Comme il l'a été démontré, une telle situation est inquiétante, voire dangereuse, vis-à-vis de la légalité de l'administration des preuves et de l'équilibre de la procédure pénale.

B. Les fondements du nouveau régime

237. - La première justification de ce nouveau régime des nullités est la convergence des intérêts individuels et de l'intérêt général, afin de favoriser la reconnaissance élargie de l'intérêt à agir en nullité. En outre, certains éléments déjà abordés peuvent également justifier l'idée que toute méconnaissance des prescriptions légales de l'enquête ou de l'instruction doivent être sanctionnées par une nullité d'ordre public.

[603] J. DANET, « Nullités : qualité à agir et atteinte aux intérêts de la personne concernée, vers une régression des droits de la défense ? », *RSC* 2013, p. 591.

238. - Redonner de la cohérence à l'architecture des nullités. Les difficultés structurelles et matérielles rencontrées par le contentieux des nullités nécessitent qu'il soit réformé. Or, nous avons désigné la responsabilité de l'architecture incohérente des nullités dans cette situation. Le recentrage que nous proposons sur une seule catégorie de nullité sera source d'une unification du régime. Cette réorganisation semble propice, par la clarté qu'elle apporte, à apporter un début de réponse à certains des travers de la pratique contemporaine des nullités.

239. - Réaffirmer le caractère incitatif des nullités. L'exemple de la politique de « sauvetage » des procédures menée par les chambres de l'instruction démontre que le caractère incitatif des nullités est en partie défaillant. Ainsi, un élargissement des causes de nullité pourrait être source d'un plus grand respect des garanties procédurales de la part des agents publics car ils connaîtraient à l'avance la nullité et son étendue.

240. - L'insuffisance du débat contradictoire pour compenser la déloyauté des preuves. Pour critiquer ce nouveau régime des nullités, il est possible de répliquer que les actes qui n'auraient pas été annulés pourront faire l'objet d'un débat contradictoire lors de la phase de jugement. L'individu ne courrait donc pas le risque d'être condamné sur le fondement d'un acte dont la légalité est contestable. A l'image de l'argumentation développée à propos du tiers, nous répondrons que ce n'est pas là une garantie suffisante car le juge pénal, en son intime conviction, accorde la valeur probante qu'il souhaite à une preuve. Ainsi, le respect du contradictoire peut donc en réalité se « retourner » contre celui qui aurait dû bénéficier d'une nullité. En effet, « *(...) pour prendre le risque de la liberté de la preuve, il faut être sûr du résultat et notamment de ce que la vérité du jugement de la preuve élaboré sous ce régime de liberté sera aussi indiscutable que ne l'est la vérité elle même* »[604]. La liberté dans la fixation de la valeur des preuves « *n'est légitime que si elle repose sur des charges régulières* »[605].

[604] X. LAGARDE, Vérité et légitimité dans le droit de la preuve, *Revue Droits*, 1996, p. 35, n° 23.
[605] P. HENNION-JACQUET, « La double dénaturation des nullités en matière pénale », *Recueil Dalloz* 2004, p.1265.

Section 2. De possibles effets à nuancer

Nous avons précédemment abordé la question du coût financier qu'engendrerait l'évolution que nous proposons. Mais d'autres critiques peuvent être formulées contre le nouveau régime des nullités avancé. Deux sont particulièrement délicates à réfuter. La première repose sur le principe d'opportunité des demandes en nullité, la seconde sur le principe d'égalité entre les justiciables **(Paragraphe 1)**. En réalité, ce nouveau régime est surtout un moyen de mettre en évidence les finalités d'une nouvelle conception du contentieux des nullités. Il s'agit de rehausser la protection des droit substantiels des mis en cause **(Paragraphe 2)**.

Paragraphe 1. Les limites de la proposition d'un nouveau régime

Le régime proposé manque de souplesse vis-à-vis de la volonté du requérant de soulever ou non une nullité. Cette limite pratique se fonde sur la question de l'opportunité de la demande en nullité **(A).** Aussi, si l'on tente de pallier cet inconvénient, en réservant au seul mis en cause le droit de renoncer à la nullité d'ordre public, il risque de se créer une rupture d'égalité vis-à-vis des autres parties, que la CEDH ne manquera pas de sanctionner **(B).**

A. L'opportunité des demandes en nullités

241. - *Quid* du tiers ? Dépasser le « conflit d'intérêt à agir ». Le tiers à l'acte doit être en mesure de bénéficier d'une logique identique car la jurisprudence développée à son endroit a été perçue par certains auteurs comme « *une grave régression des droits de la défense* »[606]. Le conflit d'intérêt à agir, entre le tiers à un acte de procédure et l'individu directement concerné par la procédure, est un non-sens en termes de garantie des droits fondamentaux. Prenons l'exemple de la garde à vue irrégulière. Le fait d'avoir personnellement vécu la garde à vue ne rend pas le préjudice du gardé à vue plus grave ou plus direct que celui du tiers. En réalité, les deux atteintes sont distinctes. Les deux individus sont donc tous les deux fondés à demander la

[606] J. DANET, « Nullités : qualité à agir et atteinte aux intérêts de la personne concernée, vers une régression des droits de la défense ? », *RSC* 2013, p. 591.

nullité de l'acte, indépendamment de la décision de l'autre. On nous rétorquera alors que le tiers sera toujours en mesure de débattre de la valeur probante des actes illégaux devant le tribunal. Mais non avons vu que le juge pénal est souverain dans son appréciation de la preuve. En outre, l'exigence de motivation qui lui est faite n'est pas une garantie suffisante. Comment un individu qui a été en partie condamné sur le fondement de déclarations recueillies de façon déloyale peut-il accepter la décision prise à son encontre ? Cet « écran » que la qualité à agir du gardé à vue pose à l'examen de l'intérêt à agir du tiers n'est pas satisfaisante. Nous soutenons donc que le tiers doit pouvoir, en tout état de cause, bénéficier du principe d'égalité entre les parties en contestant la validité des actes lui portant grief.

242. - Une difficulté majeure : l'opportunité pour le requérant de soulever une nullité. Il est vrai que dans certains cas le requérant peut considérer qu'il n'est pas dans son intérêt d'obtenir la nullité d'un acte. Par exemple, il peut juger que l'acte annulable ne lui cause pas de grief majeur. Il peut aussi penser que le fait de ne pas soulever de nullités participe d'une logique de dialogue avec le juge d'instruction et que ce dernier sera donc dans de meilleures dispositions pour satisfaire à une demande de mise en liberté. Il existe donc de multiples cas de figure dans lesquels le fait de se prévaloir d'une nullité peut être en contradiction avec la ligne de défense pénale choisie par le requérant. Il semble donc inenvisageable que dans le système proposé le juge soit contraint de relever d'office les nullités d'ordre public contre le souhait du principal intéressé. Le régime des nullités que nous proposons court donc le risque de se « retourner » contre le mis en cause. On pourrait alors concevoir que la personne poursuivie conserve la possibilité de renoncer à cette nullité. Mais n'est-ce pas là une source d'inégalité, de nature à créer une rupture d'égalité avec les autres parties ?

B. La rupture d'égalité entre les parties

243. - *Quid* de la partie civile ? Le risque d'une rupture du principe d'égalité. De prime abord, le raisonnement développé ne prête pas cas de la situation de la partie civile ; son statut de victime ne devant pas peser sur la recevabilité et le bien-fondé de la nullité. En revanche, l'équation se complexifie en raison de l'idée d'opportunité de la demande en nullité précédemment développée. En effet, nous avons conclu que le régime des nullités proposé ne

saurait contraindre un mis en cause à bénéficier d'une nullité qu'il n'entend pas soulever, au risque de le conduire à être victime par deux fois de l'irrégularité.

244. - Nous pouvons alors proposer que les nullités ne soient pas des nullités d'ordre public mais des nullités d'ordre public assimilé[607] ; le mis en cause retrouvant ainsi son statut de requérant uniquement s'il le juge pertinent. Mais il y a ici une difficulté majeure. La partie civile sera dans une situation de déséquilibre et il en résultera donc une rupture d'égalité entre les parties. Or, une telle situation sera vraisemblablement sanctionnée par la CEDH ou le Conseil constitutionnel[608] qui veillent au respect du principe. Le système mérite donc d'être perfectionné mais la solution à cette impasse juridique s'inscrit peut-être dans la reconnaissance d'un droit similaire pour la partie civile.

Paragraphe 2. Les finalités de la proposition d'un nouvel axiome

En réalité, ce nouveau régime des nullités, incontestablement perfectible, est un moyen de manifester notre volonté de développer un nouvel axiome du contentieux des nullités. Sa finalité est simple. Il s'agit de rompre avec un refus trop systématique des nullités en rehaussant l'effectivité des droits fondamentaux dont bénéficient les mis en cause. Une plus grande efficacité de l'intérêt à agir renforcerait le droit d'accès à un tribunal et le droit d'agir en justice **(A)**. En poussant le raisonnement jusqu'à son paroxysme, n'est-il pas envisageable de faire du droit d'agir en nullité un droit subjectif autonome ? **(B)**.

A. Faire du mis en cause un acteur de la garantie de ses droits

245. - Suivre la logique de la loi du 27 mai 2014 [609]. Comme le met en avant le rapport réalisé par le député Jean Pierre MICHEL[610], l'objectif poursuivi par l'Union européenne est d'offrir à toute personne un droit de regard sur la poursuite pénale dont elle fait l'objet. Si la loi

[607] C'est-à-dire les nullités d'intérêt privé ayant nécessairement causé grief.
[608] Voir notamment : Cons. const., décision n°2016-561/562 QPC du 9 sept. 2016, cons. 8. Le Conseil fait expressément référence à la notion d'équilibre des parties.
[609] L. n°2014-535, 27 mai 2014, à compter du 2 juin 2014.
[610] *Rapport sur le Projet de loi portant transposition de la directive 2012/13 UE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales*. Rapport N°380 fait par J.-P MICHEL au nom de la commission des lois de l'Assemblée national, déposé le 19 février 2014.

de mai 2014 était majoritairement axée sur le droit à l'information, elle emporte néanmoins des conséquences en termes d'action en irrégularité. L'avancée la plus caractéristique réside dans l'article 393 du Code de procédure pénale par lequel « *le Procureur entend, s'il y a lieu, les observations de l'avocat, portant notamment sur la régularité de la procédure* ». Ainsi, pour les affaires ne faisant pas l'objet d'une instruction, le mis en cause peut soulever les irrégularités dès la phase d'enquête. Il n'est plus contraint d'attendre la phase de jugement pour le faire *in limine litis*. Cette disposition permet au potentiel requérant en nullité de se prévaloir de cette qualité de façon active.

245. – 1 C'est cet esprit qui devrait accompagner la logique d'autonomisation du droit d'accès au juge des nullités[611], afin de restreindre tant que faire se peut les « *limitations d'accès au tribunal* »[612]. Sans doute est-ce là une condition de l'irrigation du contentieux des nullités par un droit fondamental à être entendu sur ses prétentions[613].

B. La reconnaissance d'un droit subjectif autonome

246. - Certains théoriciens[614] ont proposé en procédure civile que l'action soit considérée comme un droit indépendant et autonome. Partant du postulat que les droits fondamentaux protégeant tout mis en cause doivent être au centre de l'architecture des nullités de procédure pénale, le transfert de cette théorie dans le contentieux des nullités et irrégularités est intéressant. Il consacre un droit à l'action en nullité ; ce qui promeut une meilleure protection des droits fondamentaux car ce droit subjectif à l'action en nullité aurait pour vocation de les protéger. Ainsi, l'intérêt à agir en nullité serait consacré comme un droit à part entière et toute atteinte à son efficacité serait plus facilement sanctionnée. L'action en nullité serait donc « *un droit subjectif autonome distinct du droit substantiel dont elle vise à obtenir la reconnaissance de la sanction* »[615].

[611] Voir notamment sur les notions de Droit d'accès à un tribunal et droit d'agir en justice : N. CAYROL, « Action en Justice », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, 2017, n°179.
[612] A. GALLOIS, *Les nullités de procédure pénale*, Gazette du palais, coll. Guide pratique, 2ième éd., 2017, n°157
[613] N. CAYROL, « Action en Justice », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, 2017, n°179.
[614] Voir notamment : L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, coll. Manuels, 10ième éd., 2017, n°322 et H. MOTULSKY, *L'action en justice et le droit subjectif, in* Archives Phil. dr., coll. Sirey, 1963.
[615] C. CHAINAIS, F. FERRAND, S. GUINCHARD, *Procédure civile : droit interne et européen du procès civil*, Dalloz, coll. Précis Dalloz, 33ième éd., 2016, n°138.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

247. - La procédure pénale pose un cadre légal aux poursuites qui œuvre à la protection des droits de chaque individu. *In fine*, c'est la société dans son ensemble qui bénéficie d'une justice où la poursuite d'un individu ne peut se faire que dans le respect de la légalité et de la loyauté. Ainsi, il est vain d'opposer les intérêts individuels et les intérêts collectifs au terme d'une conciliation hasardeuse entre la bonne administration de la justice et la garantie des droits. L'importance du respect des règles de procédure dans un Etat de droit nous a alors servi de prisme analytique. Pour pousser cette idée à son paroxysme, nous avons soumis l'idée d'une généralisation des nullités d'ordre public afin de réformer le régime des nullités. Le demandeur à la nullité bénéficierait donc en toute hypothèse d'une présomption de grief car « *c'est l'intérêt de la société, l'intérêt général qui est en jeu »*[616]. A travers cette proposition, il s'agit en réalité de souligner deux choses. D'une part, le risque de condamnation de la France par la CEDH en raison de sa pratique législative et jurisprudentielle qui tend à réduire l'efficacité de l'intérêt à agir et porte ainsi atteinte au droit à un recours juridictionnel effectif. D'autre part, nous souhaitions mettre en avant le gain, en termes de protection des droits fondamentaux, qu'induirait une révision. Mais ce nouveau paradigme du contentieux des nullités ne pourra être envisageable qu'à condition d'être proportionné et de ne pas placer les parties à la poursuite dans une situation inégale.

CONCLUSION DU TITRE II

248. - Une réforme doit conduire à assurer en toute hypothèse la prééminence du droit en renforçant la recevabilité des conditions de l'intérêt à agir. Le but visé est de renforcer l'effectivité, non seulement des droits substantiels méconnus par les irrégularités de procédure, mais également du droit au recours juridictionnel effectif. Rompre avec la dénaturation notionnelle et fonctionnelle des nullités, réviser le système d'opportunité des nullités, étendre l'action en nullité du tiers en lui reconnaissant un intérêt propre à agir, sont autant de perspectives que notre état des lieux du contentieux des nullités nous a conduit à considérer comme souhaitable. Il s'agit donc de trouver de nouveaux outils propres à accroitre l'efficacité conceptuelle et pratique de l'intérêt à agir. La première pierre à cet édifice sera de réviser la conciliation entre les nécessités de la répression et les droits fondamentaux des individus.

[616] J.-P. BROUILLAUD, « Les nullités de procédure : des procédures pénales et civiles comparées », *Recueil Dalloz 1996*, n°8.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

249. - Pour René GARRAUD, « *la forme est la garantie nécessaire d'une justice exacte, éclairée et impartiale* »[617]. Prises dans une dialectique entre la forme et le fond, les nullités de procédures pénales font l'objet d'une conciliation délicate entre la bonne administration de la justice et les droits de la défense. Si « *la Chambre criminelle fonde souvent l'annulation d'une procédure sur la violation du principe de loyauté des preuves* »[618], de nombreux auteurs dénoncent cependant une politique législative et jurisprudentielle hostile à la réception des nullités. Ce constat s'attache à l'examen de la recevabilité et du bien-fondé des nullités. Il peut également être formulé à propos des effets des nullités, c'est à dire leur étendue sur les actes subséquents. En adoptant une démarche casuistique, la Chambre criminelle a démultiplié les types de nullités en « jouant » sur les causes et sur les conditions de démonstration. Ce manque de lisibilité a pour conséquence l'émergence d'un intérêt à agir à géométrie variable. Les maux qui en résultent sont divers. Le manque de cohérence du régime des nullités et la démultiplication des atteintes au principe de légalité et de loyauté des preuves ne sont que des exemples parmi d'autres. Afin de pallier cette situation qui semble s'écarter de plus en plus des exigences européennes, il est nécessaire d'opérer un rééquilibrage et un recentrage du contentieux des nullités autour de ses valeurs fondatrices.

250. - Pour résumer notre pensée et justifier les développements tenus, il nous semble que la pratique contemporaine du contentieux des nullités doit être interrogée car « *le laxisme ou la rigueur de la pratique jurisprudentielle ne sont jamais innocents mais traduisent au contraire avec exactitude l'échelle des valeurs d'une société à un moment donné* »[619]. Dans cette optique, la procédure civile offre également des perspectives intéressantes, à l'image de la création d'un droit autonome à l'action en nullité. Cette subjectivisation du contentieux des nullités, par le biais de l'intérêt à agir, permettrait d'en faire à nouveau « la chose des parties » et de renforcer la vocation du mis en cause à être l'acteur central de la protection de ses droits.

[617] R. GARRAUD, Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale, Sirrey, coll. Americana, Tome III, 1912, p. 426.
[618] M. GUERRIN, « Nullités de procédure », Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz, 2017, n°41.
[619] J. DEPREZ, « Pratique juridique et pratique sociale dans la genèse et le fonctionnement de la norme juridique », RRJ 1997, n°31.

CONCLUSION GÉNÉRALE

251. - Un bilan en demi-teinte. Au terme de notre analyse, on retiendra principalement que l'intérêt à agir est une notion plus fonctionnelle que définitionnelle. Notre tentative d'ébauche de définition reste donc imparfaite. Pour autant, en mettant en évidence l'existence de deux caractéristiques fondamentales que sont la qualité et le grief, elle nous a permis de mieux appréhender les contours et les évolutions du contentieux des nullités et plus précisément la réception législative et jurisprudentielle de l'intérêt à agir.

251. – 1 Dans la réflexion menée, une question nous est apparue comme centrale : quelle est l'utilité du contentieux des nullités ? Dans la réponse réside toute la finalité des nullités procédurales : sanctionner l'irrégularité d'un acte ou d'une mesure d'enquête ou d'instruction. Sœur jumelle de la liberté[620], « la forme » imposée en procédure pénale constitue souvent le dernier moyen de se défendre, plus rarement le dernier rempart contre l'arbitraire. C'est dire l'importance des nullités face au droit pénal où la privation de liberté est une épée de Damoclès. Droit pénal et procédure pénale sont les deux faces d'une même pièce, reliées par la reconnaissance d'un intérêt à agir qui permet de contrôler que la procédure offre « *la garantie nécessaire d'une justice exacte, éclairée et impartiale* »[621].

251. – 2 Bien que fondamentale dans l'examen de la recevabilité et du bien-fondé des demandes en nullité, la notion d'intérêt à agir reste pour nous bien difficile à cerner. Il s'agit avant tout d'une notion civiliste qui ne trouve que de rares occurrences en procédure pénale, à l'image de l'action civile. Si cet apport conceptuel n'est pas négligeable, il n'offre cependant pas une définition opératoire satisfaisante. A l'exclusion d'une apparition isolée à l'article 171 du Code de procédure pénale[622] et quelques arrêts de la Chambre criminelle[623], l'intérêt à agir est une condition bien floue et bien discrète de la demande en nullité. Elle n'est cependant pas inexistante. « *Le système des nullités de procédure pénale fait une place importance à la notion*

[620] R.-V. JHERRING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, Maresque, 1958, p. 158.
[621] R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, Sirrey, coll. Americana, Tome III, 1912, p. 426.
[622] L'art. 171 du C. pr. pén fait simplement référence à « l'intérêt » atteint.
[623] Notamment les arrêts qui imposent que le tiers à un acte de procédure ait un « intérêt propre ».

d'intérêt »[624] car aucune demande en nullité ne saurait prospérer sans sa présence. Comme le souligne A. GALLOIS, il ne faut pas confondre « *le fond de l'affaire et le fondamentalisme procédural* »[625]. L'intérêt à agir relève de la recevabilité, l'atteinte aux intérêts relève du bien-fondé de la demande.

251. – 3 Ainsi, il faut dépasser la délicate entreprise de définition. Dans notre travail de conceptualisation de l'intérêt à agir, nous avons fait le choix personnel de considérer qu'il est la condition de recevabilité des demandes en nullité. Peut-être est-ce là une pure création, mais cette « reconnaissance forcée » autorise une meilleure appréhension sémantique et pratique de la qualité à agir et du grief. En adoptant une démarche de « définition par les conditions », nous partons donc du postulat que l'intérêt à agir est la somme de ces deux éléments. De fait, la qualité et le grief sont les conditions de sa reconnaissance.

251. – 4 L'intérêt à agir apparaît alors comme la condition la plus substantielle de la recevabilité de la demande en nullité. En effet, une requête ne saurait être ni recevable ni bien fondée en l'absence d'intérêt. C'est la raison pour laquelle nous pensons que l'intérêt à agir est avant tout une notion indéterminée, au sens de la théorie du droit, à laquelle il faut donner une finalité fonctionnelle. Partant de ce postulat, il n'y a pas de difficulté majeure à ce que l'intérêt à agir soit une fiction juridique. En réalité, il ne doit pas être analysé en tant que tel mais plutôt comme le baromètre de l'effectivité du contentieux des nullités. Par exemple, il offre une clef de compréhension des cas d'« ouvertures » ou de « fermetures » des causes de nullité par la jurisprudence. Une telle analyse ne serait pas rendue possible par le simple prisme de la qualité ou du grief car la jurisprudence manque de cohérence à leur sujet. De même, si l'on raisonne par le biais analytique des demandes en nullité, l'intérêt à agir permet d'étudier l'examen de la recevabilité, du bien-fondé et de l'étendue de la nullité prononcée. En outre, il peut être un outil pour mener une analyse systémique des solutions casuistiques et pragmatiques rendues par la Cour de cassation. Enfin, l'intérêt à agir pourrait être utilisé à des fins de synthétisation du régime des nullités, ce qui peut paraître opportun au vu de la disparité des causes, des typologies et des effets des nullités.

[624] A. GALLOIS, *Les nullités de procédure pénale*, Gazette du palais, coll. Guide pratique, 2ième éd., 2017, n°2.
[625] A. GALLOIS, *Les nullités de procédure pénale*, Gazette du palais, coll. Guide pratique, 2ième éd., 2017, n°2.

251. – 5 L'intérêt à agir doit faire l'objet d'une conception *lato sensu*. Il offre un éclairage nouveau sur un contentieux des nullités en perpétuelle évolution, tiraillé par les aspirations parfois contraires de l'actualité et de la protection des droits fondamentaux. Pour mieux gérer cet antagonisme, nous ne devons pas perdre de vue les finalités vers lesquelles doivent tendre un intérêt à agir « efficace » : le droit d'agir en justice, le droit au recours juridictionnel effectif, la protection des droits substantiels, le respect de la légalité et de la loyauté dans l'administration de la preuve.

252. - Nouvelles interrogations et autres perspectives. Beaucoup de nouvelles interrogations s'offrent à nous dans une perspective d'approfondissement de la réflexion menée autour de la notion d'intérêt à agir.

252. – 1 Il s'agira notamment de confirmer, d'infirmer ou de nuancer les éléments de réflexion auxquels nous avons abouti au terme de cette recherche. Dans un premier temps, il faudra vérifier si les conditions de l'intérêt à agir dégagées s'avèrent effectivement pertinentes. Par exemple, nous devrons nous demander si la qualité à agir est bien l'une des conditions de l'intérêt ou si elle est une condition de la recevabilité des demandes en nullités, indépendante et autonome de l'intérêt. De même, il faudra s'interroger sur l'influence de la notion de « légitimité de l'intérêt à agir » dans la réception judicaire des requêtes en nullité. Quant au grief, ne pourrait-il pas être considéré comme le seul véritable déterminant de la reconnaissance de l'intérêt à agir ? Enfin, en s'intéressant à la pratique des chambres de l'instruction, il pourrait être judicieux de se demander si l'examen de la recevabilité des demandes est différent de celui sur le bien-fondé.

252. – 2 Ces interrogations sur l'intérêt à agir permettent d'entrevoir de nouvelles manières de considérer ce concept en renforçant son efficacité. Plus largement, il peut permettre d'interroger notre conception de la justice en général. En effet, en proposant une analyse globale du contentieux des nullités, l'intérêt à agir synthétise les solutions rendues au cas par cas. La réception de l'intérêt à agir, c'est-à-dire son efficacité pour faire aboutir une demande, permet alors de dégager de grandes tendances prétoriennes et législatives. Fort de ce constat, il est alors possible d'essayer de prédire l'évolution du contentieux des nullités ou d'envisager d'autres perspectives. Il faut donc adopter un raisonnement en deux étapes : l'analyse critique suivie de

l'élaboration de propositions. C'est précisément ce que nous avons tenté de réaliser dans la seconde partie de notre travail et qui devra faire l'objet d'approfondissements.

252. – 3 Les textes et la jurisprudence semblent s'orienter vers une limitation de l'efficacité de l'intérêt à agir en restreignant le prononcé et les effets des nullités[626]. Cette situation est le résultat d'une conciliation entre les intérêts individuels et la bonne administration de la justice, hostile à la recevabilité des demandes en nullité. Elle conduit à permettre « *la violation en toute impunité de règles de procédures prévues par la loi, et que l'on met finalement de côté* »[627]. A ce titre, les « barrages » posés à la recevabilité des nullités, par le détournement de la règle « pas de nullité sans grief », semblent en inadéquation avec les exigences constitutionnelles et *a fortiori* conventionnelles en matière de droit à un recours juridictionnel effectif ou de droit à un procès équitable. Une sanction de ces Cours suprêmes est donc envisageable.

252. – 4 Différentes pistes de réflexion pour pallier les dérives de la pratique contemporaine des nullités peuvent être proposées. Il faut partir du principe, incontestablement subjectif, que le strict respect des formes prescrites par la procédure pénale participe de l'intérêt général. Il nous semble en effet que la jurisprudence élabore une dichotomie non justifiée entre les intérêts particuliers et l'intérêt public. Le discours plaidant pour la réduction de l'efficacité de l'intérêt à agir, au bénéfice de l'ordre public, est un trompe l'œil. Tous les citoyens doivent bénéficier d'une justice où la poursuite d'un individu ne peut se faire que dans le respect d'un strict légalisme.

252. – 5 Pour remettre de la cohérence dans la pratique et dans le régime des nullités, il faut choisir un paradigme. Dans cette perspective, celui que nous proposons repose sur une nouvelle conception de l'intérêt à agir en nullité dans laquelle il serait une réminiscence des droits substantiels et participerait à leur effectivité. Nous avons d'ailleurs émis l'idée d'une révision du régime des nullités où « *les irrégularités devraient être considérées comme impliquant nécessairement un grief* »[628]. Ainsi, toute violation des règles édictées dans l'intérêt

[626] J.-P. BROUILLAUD, « Les nullités de procédure : des procédures pénales et civiles comparées », *Recueil Dalloz 1996*, p. 98, n°29.
[627] J.-P. BROUILLAUD, « Les nullités de procédure : des procédures pénales et civiles comparées », *Recueil Dalloz 1996*, p. 98, n°14.
[628] G. WIEDERKER, « La notion de grief et les nullités de forme dans la procédure civile », *D.* 1984*, Chron*., p. 166.

de tous, comme la loyauté des preuves ou les droits de la défense, seraient sanctionnées par une nullité d'ordre public assimilé. Le grief sera ainsi présumé. Cependant le juge n'aura pas à relever les nullités d'office et le mis en cause ne sera donc pas contraint de se prévaloir de la nullité dans l'hypothèse où il ne la jugerait pas opportune. Le concept de « légitimité de l'intérêt à agir » serait replacé entre les mains du principal intéressé, contrairement au sens qui lui est actuellement donné par une jurisprudence qui l'utilise au détriment du demandeur[629].

252. – 6 *In fine*, la nouvelle perspective que nous pensons souhaitable pour le contentieux des nullités repose sur une reconnaissance plus large de l'intérêt à agir en nullité, y compris si la demande d'annulation concerne un tiers à un acte de procédure. Il s'agirait de réaliser un contrôle *in concreto* des cas de nullité, favorable à la prééminence des droits de l'individu poursuivi[630]. Les droits du justiciable doivent être le paradigme central du contentieux des nullités, le fondement de la réception législative et jurisprudentielle de l'intérêt à agir. Cette conciliation déséquilibrée en faveur des intérêts particuliers nous semble nécessaire pour que soit maintenu l'équilibre de la procédure pénale et ce que d'aucuns ont nommé « *l'humanisme processuel* »[631].

252. – 7 En définitive, peut-être faudrait-il même ne plus considérer l'intérêt à agir comme une condition juridique de la recevabilité. Il pourrait être élevé au rang de droit substantiel, entendu comme le droit pour toute personne mise en cause lors d'une enquête ou d'une instruction de pouvoir exposer à un juge des nullités sa volonté de faire annuler un acte irrégulier. L'intérêt à agir serait donc le droit de discuter la régularité d'une accusation et aurait une vocation potestative en ce qu'il permet d'améliorer la situation juridique incertaine dans laquelle est plongé un requérant[632]. En créant un droit subjectif autonome, issu du concept personnel « d'intérêt de l'intérêt à agir », les atteintes portées à l'efficacité de l'intérêt à agir seraient bien plus strictement encadrées.

---

[629] Voir notamment : Y. CAPDEPON, « La nullité d'une écoute téléphonique réalisée sur la ligne d'un tiers », *Droit pénal*, 2017, étude 12.

[630] Voir notamment : S. GUINCHAR, J. BUISSON, *Procédure pénale*, Lexisnexis, coll. Manuels, 9ème éd., 2017, p. 501.

[631] R. DE GOUTTES « L'apport de la norme internationale à la cohérence de la procédure pénale et à l'Humanisme processuel », *In Justices et droit du procès : Du légalisme procédural à l'humanisme processuel, Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Dalloz, 2010, p. 927.

[632] Voir notamment : C. CHAINAIS, F. FERRAND, S. GUINCHARD, *Procédure civile : droit interne et européen du procès civil*, Dalloz, coll. Précis Dalloz, 33ième éd., 2016, n°138.

252. – 8 Il est paradoxal que, parfois, ceux qui ont la charge de faire respecter la loi puissent l'outrepasser impunément grâce au « sauvetage des procédures » opéré par les chambres de l'instruction. On ne peut porter atteinte aux droits d'une personne soupçonnée d'avoir participé à un crime ou un délit. Ces droits sont les derniers garde-fous face à l'erreur judiciaire au combien humaine, mais au combien réelle, d'une justice conduite et rendue par les Hommes. La vocation de l'intérêt à agir en nullité est plus fonctionnelle que définitionnelle, plus opératoire que conceptuelle. Et pour se convaincre de son importance, Faustin HÉLIE nous interpelle avec ses mots : « *n'y a-t-il pas dans toutes les procédures des règles qui ne sauraient être impunément violées, parce que l'instruction ne peut conduire à la vérité, parce que la justice pénale ne peut conserver son nom qu'à la condition de les observer* ? »[633].

[633] F. HELIE, *Théorie du Code d'instruction criminelle*, Bruylant Christophe et compagnie, Livre cinquième, 1845, p. 493.

INDEX ALPHABÉTIQUE

A

Administratif : 1, 4, 5

Acte annulable : 242

Atteinte aux droits : 18, 65, 80, 124, 141, 252, 194, 226, 236, 252

Atteinte aux droits du gardé à vue : 99, 171, 189,

Atteinte aux intérêts : 34, 89, 100, 119, 122, 136, 137, 163, 174

Avis de fin d'information : 6.-1, 128

B

Bien-fondé de la demande : 3, 10, 234, 251

Bonne administration de la justice : 89, 97, 97.-1, 121, 121.-1, 141, 142, 171 et s. , 188, 197, 200, 225, 230, 235, 247, 259, 252

C

Causalité procédurale : 92, 92.-1, 111

Chambre de l'instruction : 112, 134, 115, 116, 129, 130, 197

Classification des nullités : 6, 8.-2, 86, 177

Commission des infractions : 170

Condition d'examen de l'intérêt à agir : 16, 32, 64

Condition du prononcé : 1, 3, 18, 125, 150

Condition de recevabilité : 1. -1, 3, 10, 11, 16, 34, 39, 64, 125, 251.-3, 252, 254

Conseil constitutionnel : 99, 156, 175, 186, 193, 197, 198, 227, 228, 230, 231, 244

Cour européenne des droits de l'homme : 8.-1, 8.-3, 21.-1, 143, 184, 231

D

Défense de procédure : 74, 183

Demande en nullité : 1.-1, 3.-1, 9, 10, 11.-1, 31, 37.-1, 44, 63, 69, 71, 72, 140, 153, 156 et s. , 220, 234, 243, 250, 251

Dignité : 79, 99, 156

Droit à un recours juridictionnel effectif : 16, 200, 203, 227, 228, 247, 248, 251.-5, 252

Droit au respect de la vie privée : 22, 42, 65, 66, 82, 133.-1, 150, 151, 153, 154, 163, 170, 171, 180, 185, 185.-1, 193, 198, 226, 236

Droit d'accès au juge des nullités : 22, 31 et s. , 74, 215, 229, 245.-1

Droit de la défense : 6, 7.-1, 74, 79, 80, 82, 88, 89, 99, 100, 122, 123, 124, 156, 153, 181 et s. , 196, 198, 220, 226 et s. , 252.-5

Droits fondamentaux des justiciables : 1, 15, 23, 32, 33, 49, 70 et s. , 171, 194, 199, 209, 224 et s. , 227 et s. , 241, 246, 251.-5

Droit propre : 11, 19, 21, 37, 56, 59, 65.-1, 94, 128, 133, 135, 152 et s. 164 et s. , 178 et s. , 198, 218 et s. ,

E

Ecoutes téléphoniques : 54, 61, 65, 73, 144 et s. , 180, 185

Effets de la nullité : 54, 87, 116, 235,

F

Faute de procédure : 22

Formalité : 2, 6, 44, 91, 97, 98, 100, 116, 151, 164, 172, 197, 219

G

Garantie fondamentale : 6, 22.-2, 170, 188, 204 et s. , 225 et s. , 239 et s.

Garde à vue : 56, 61, 65.-1, 99, 122, 133, 151, 153 et s. , 182 et s., 218, 220, 221, 241

Géolocalisation : 11.-1, 42, 61, 135.-1, 136, 155, 161, 187,

I

In limine litis : 7.-1, 131, 245,

Intérêt propre : 164, 218 et s. , 224, 248

L

Loyauté des preuves : 20, 79, 79.-1, 100, 123, 162, 200, 212 et s. , 226, 240, 247, 249, 251.-1, 251.-6

M

Mise en examen : 6.-1, 63, 102, 128, 153, 160

Motivation : 101, 195, 195.-1, 243

N

Nullité d'intérêt privé : 67, 89, 139

Nullité d'ordre public : 18, 96 et s, 124, 124.-1, 193, 207, 251

Nullité d'ordre public assimilé : 67, 122 et s. , 137.-1, 139, 165, 233, 244

Nullité textuelle : 86

Nullité virtuelle : 86

P

Partie concernée : 18, 59, 153, 198,

Présomption de grief : 67, 120 et s. , 125, 136, 137, 165, 233

Présomption d'intérêt : 126, 137

Q

Question prioritaire de constitutionnalité : 227, 230

R

Régime des nullités : 6.-1, 8.-2, 14.-3, 19, 67, 86, 117, 142 et s. , 203, 208, 210, 217, 227, 232 et s. , 240, 249

Requête : 2. 6.-2, 7, 44, 115, 119, 129, 211, 215, 234, 251, 252

T

Tiers : 9, 11, 14.-2, 19, 21.-1, 26, 29, 36, 44, 55, 58, 59, 65.-1, 94, 118, 32 et s. , 144 et s. , 158, 160, 162, 164, 178 et s. , 180 et s. , 218 et s. , 230, 236, 240, 241, 248, 252

Tribunal correctionnel : 6.-1, 7, 7.-1, 8.-1, 130, 131

V

Vérification d'identité : 186

Vie privée : 22, 42, 65, 66, 82, 133.-1, 150, 151, 153, 154, 163, 170, 171, 180, 185, 185.-1, 193, 198, 226, 236

BIBLIOGRAPHIE

I. DICTIONAIRES

C. ALBIGES, P. BLACHRÈR, R. CABRILLAC (sous la dir. de), *Dictionnaire du vocabulaire juridique 2018*, LexisNexis, coll. Objectif droit, 9ième édition, 2015, 530 pages.

G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. Thémis droit, 9ième édition, 2011, 470 pages.

T. DEBARD, S. GUINCHARD (sous la dir. de), *Lexique des termes juridiques 2016-2017*, Dalloz, coll. Lexiques, 24ième édition, 2016, 1163 pages.

P. ROBERT, J. REY-BEDOVE, A. REY, *Le petit robert de la langue française*, Le robert, coll. Le petit robert de la langue française, 2017, 2837 pages.

T. FAVARIO, A. JACQUEMET-GAUCHÉ, D. CHAGNOLLAUD DE SABOURET (sous la dir. de), *Dictionnaire élémentaire du droit : 200 notions incontournables*, Dalloz, 2ième édition, 2016, 766 pages.

II. OUVRAGES GÉNÉRAUX, TRAITÉS, MANUELS

C. AMBROISE-CASTEROT, PH. BONFILS, *Procédure Pénale*, PUF, coll. Thémis droit, 1ière édition, 2011, 416 pages.

C. ATIAS, *Philosophie du droit*, PUF, coll. Thémis droit, 3ième éd. 2011, 410 pages.

R. BERNARDINI, *Droit criminel : volume II – L'infraction et la responsabilité*, Larcier, coll. Paradigme, 2ième éd., 2015, 544 pages.

B. BOULOC, H. MATSOPOULOU, *Droit pénal général et procédure pénale*, Dalloz, coll. Sirey, 20ième éd., 2016, 729 pages.

L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, PUF, coll. Thémis droit, 2ième édition, 2013, 997 pages.

L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, coll. Manuels, 10ième éd., 2017, 577 pages.

C. CHAINAIS, F. FERRAND, S. GUINCHARD, *Procédure civile : droit interne et européen du procès civil*, Dalloz, coll. Précis Dalloz, 33ième éd., 2016, 1770 pages.

R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, LGDJ, coll. Précis Domat, 13ième éd., 2008, 1560 pages.

G. CORNU, J. FOYER, *Procédure civile*, PUF, coll. Thémis Droit, 3ième éd., 1996, 800 pages.

F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, N. MOLFESSIS (sous la dir. de), *Traité de procédure pénale*, Economica, coll. Corpus de droit privé, 4ième éd., 2015, 2461 pages.

E. DREYER, *Droit pénal général*, LexisNexis, coll. Manuels, 4ième éd., 2016, 1395 pages.

S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, C. DELICOSTOPOULOS,…[et al.], *Droit processuel : droit commun et droit comparé du procès équitable*, Dalloz, coll. Précis Dalloz, 7ième éd., 2016, 1307 pages.

S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, C. DELICOSTOPOULOS,…[et al.], *Droit processuel : droits fondamentaux du procès*, Dalloz, coll. Précis Dalloz, 6ième éd., 2011, 1399 pages.

S. GUINCHARD, J. VINCENT, *Procédure civile*, Dalloz, coll. Précis Dalloz, 23ième éd., 1995, 1156 pages.

S. GUINCHAR, J. BUISSON, *Procédure pénale*, Lexisnexis, coll. Manuels, 10ième éd., 2017, 1510 pages.

M. GUYOMAR, B. SEILLER, *Contentieux administratif*, Dalloz, coll. HyperCours, 4ième éd., 2017, 610 pages.

M. HERZOG-EVANS, G. ROUSSEL, *Procédure pénale*, Vuibert droit, 3ième éd., 2012, 445 pages.

F. KERNAGUELEN, *Institutions judiciaires*, LexisNexis, coll. Manuels, 6ième éd., 2015, 286 pages.

B. MATHIEU, M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, LGDJ, coll. Manuels, 2002, 430 pages.

R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel, procédure pénale*, Cujas, 7ième éd., 2000, 1068 pages.

J. PRADEL, A. VARINARD, *Les grands arrêts de la procédure pénale*, Dalloz, 9ième éd., 2016, 514 pages.

H. SOLUS, R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, Sirey, 1961, t. 1, 1150 pages.

G. STEFANI, G. LEVASSEUR, B. BOULOC (sous la dir. de), *Procédure pénale*, Dalloz, coll. Précis Dalloz, 26ième éd., 2018, 1778 pages.

E. VERNY, *Procédure pénale*, Dalloz, coll. Cours Dalloz, 4ième éd., 2014, 326 pages.

III. OUVRAGES SPÉCIAUX

J. BERGEL, *Méthodologie juridique*, PUF, coll. Thémis droit, 2ième éd., 2016, 453 pages.

A. CAMUS, *L'étranger*, Galimard, 1942, 110 pages.

E. DOCKÈS, *Les valeurs de la démocratie. Huit notions fondamentales : liberté, égalité, pouvoir, droit, contrat, propriété, intérêt, représentation*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2004, 183 pages.

K. DAOUD, *Meurseult, contre-enquête*, Actes Sud, 2014, 310 pages.

A. GALLOIS, *Les nullités de procédure pénale*, Gazette du palais, coll. Guide pratique, 2ième éd., 2017, 312 pages.

R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, Sirrey, coll. Americana, Tome III, 1912, 702 pages.

C. GUERY, B. LAVEILLE, *Le guide des audiences correctionnelles*, Dalloz, 2013.

F. HELIE, *Théorie du Code d'instruction criminelle*, Bruylant Christophe et compagnie, Livre cinquième, 1845, 843 pages.

R.-V. JHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, Maresq, 1958, 380 pages.

R.-V JHERING, *L'esprit romain du droit*, trad. O. de MOLENAERE, 2ième éd., Maresq, 1880, t. IV, 225 pages.

La procédure pénale en quête de cohérence, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2007.

B. LAPÉROU-SCHENEIDER, V. DONIER (sous la dir. de), *L'accès au juge : quelles évolutions ? Recherche sur l'effectivité d'un droit*, Bruylant, 2013, 1002 pages.

H. MOTULSKY :

- *Principe d'une réalisation méthodique du droit privé : la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Dalloz, coll. Sirey, 1948, rééd. 2002, 200 pages.

- *L'action en justice et le droit subjectif, in* Archives Phil. dr., coll. Sirey, 1963, 256 pages.

L. MUCCHIELLI (dir.), *La frénésie sécuritaire*, La Découverte, coll. Sur le vif, 2008, 140 pages.

H. ROLAND, A. BOYER, *Adages du droit français*, LexisNexis, coll. Litec, 4ième éd., 1999, 1021 pages.

S. TZITZIS, P. CONTE (sous la dir. de), *Incriminer et protéger*, Dalloz, coll. Essais de philosophie pénale et de criminologie, 2014, 204 pages.

IV. THÈSES, MÉLANGES

D. BOCCON-GIBO, « Sur la loyauté de la preuve pénale », *in Humanisme et Justice. Mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage*, Dalloz, 2016, p. 275.

B. BOULOC, « Observations sur les nullités », *Mélanges offert à Pierre Couvrat. La sanction du droit*, PUF, 2001, p. 417.

P. DELMAS SAINT-HILAIRE, « La mise en mouvement de l'action publique par la victime de l'infraction », *in Mélanges Brèthe de la Gressaye*, éd. Bière, Bordeaux, 1967, p. 159.

Y. DESDEVISE, *Le contrôle de l'intérêt légitime. Essai sur les limites de la distinction du droit et de l'action*, Thèse, Nantes, 1973.

L. FAVOREU, « La constitutionnalisation du droit pénal et de la procédure pénale », *Mélanges Vitu*, *Cujas,* 1989.

R. GASSIN, *La qualité pour agir en justice*, Thèse, Aix-en-Provence, 1955.

In Justices et droit du procès : Du légalisme procédural à l'humanisme processuel, Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard, Dalloz, 2010 :

- C. AMBROISE – CASTEROT, « Droits de la défense et secret de l'instruction », p. 888.
- G. BOLARD, « Qualité ou intérêt pour agir ? », p. 597.
- R. DE GOUTTES « L'apport de la norme internationale à la cohérence de la procédure pénale et à l'Humanisme processuel », p. 927.
- F. KERNALEGUEN, « Intérêt, qualité, pouvoir : le ménage à trois de la théorie de l'action ? », p. 771.
- P. THERY, « Le litige en droit judiciaire privé : petits exercices de procédure élémentaire », p. 853.
- V. WIEDERKHER, « La légitimité de l'intérêt à agir », p. 877.

G. DI MARINO, *Les nullités de l'instruction préparatoire*, Thèse, Aix-en-Provence, 1977.

A.-S. LEBRET, *La distinction des nullités relative et absolue,* Thèse, Paris, 2015

L.-E. PETTIT, « Les droits de l'inculpé et de la défense selon la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme », *Mélanges G. Levasseur*, 1992.

T. POTASZKIN, *L'éclatement de la procédure pénale vers un nouvel ordre de procédure pénale*, Thèse, Toulouse, 2009.

J. PRADEL, « Procédure pénale et morale », *Mélanges Y. Mayaud*, Dalloz, 2017.

D. THOMAS, « L'évolution de la procédure pénale contemporaine : la tentation sécuritaire », *Mélanges Ottenhof*, 2006.

V. RAPPORTS, PROPOSITIONS

La mise en état des affaires pénales, Rapport remis à Madame le garde des sceaux par la Comission Justice pénale et droits de l'homme, comission présidée par M. Delmas-Marty et S. LASVIGNES, décembre 1991, 339 pages

Projet de loi portant réforme de la procédure pénale, Rapport N°121 de Michel PEZET, député, et Jean-Marie GIRAULT, sénateur, fait au nom de la commission mixte paritaire, déposé le 15 décembre 1992.

Sur le projet de loi portant réforme de la procédure pénale, Rapport N°157 de Jean-Marie GIRAULT, fait au nom de la commission de lois, déposé le 18 décembre 1992.

Sur le projet de loi modifiant la loi n°93-2 du 4 janvier 1993, Rapport N°466 de Jean TIBERI, fait au nom de la commission des lois, déposé le 13 juillet 1993.

Proposition de réforme du code de procédure pénale, Rapport remis à Monsieur le garde des sceaux, réalisé par M.-L. RASSAT, janvier 1997, 310 pages.

Rapport d'information n°524 fait par V. WARSMANN au nom de la commission des lois de l'Assemblée nationale, déposé 14 mai 2003.

La garantie des droits reconnus à la personne suspectée ou poursuivie dans la jurisprudence récente de la Chambre criminelle, Rapport de la Cour de Cassation pour l'année 2000, Etude sur le thème de la protection des personnes, réalisé par Mme Danièle Caron, conseiller référendaire à la Cour de cassation.

Avant-projet du futur Code de procédure pénale, Avant-projet réalisé par la Chancellerie, 1er mars 2010.

Refonder le ministère public, Rapport remis à Madame le garde des sceaux par la Commission de modernisation de l'action publique, commission présidée par J.-L NADAL, 2013, 123 pages.

Rapport sur le Projet de loi portant transposition de la directive 2012/13 UE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales. Rapport N°380 fait par J.-P MICHEL au nom de la commission des lois de l'Assemblée national, déposé le 19 février 2014.

Rapport d'information N°491, fait par M. MERCIER, au nom de la commission des lois du sénat, déposé le 23 mars 2016.

Rapport de politique pénale du grade des sceaux, rapport annuel réalisé par le Ministère de la justice et le garde des sceaux J.-J HURVOAS, mai 2017, 38 pages.

VI. ARTICLES TIRÉS D'UNE REVUE

E. ALLAIN, « Régime des nullités : précisions ou revirement ? », *Dalloz actualité*, 16 juin 2012.

V.-C AMBROISE-CASTEROT, « La preuve : une question de loyauté ? », *AJP* 2005.

G. BEAUSSONIE, P. CAZALBOU, « L'intérêt à bénéficier de l'annulation d'un acte subi par autrui », *D.* 2016, p. 47.

D. BOCCOND-GIBOD :

- « Un mis en examen ou un prévenu est sans qualité pour invoquer la nullité de la garde à vue d'un tiers au motif de la méconnaissance des droits personnels de ce dernier », *RSC* 2012, p. 394.

- « Sur l'irrégularité de la garde à vue invoquée par un tiers », *D.* 2012, p. 775.

B. BOULOC, « Des atteintes aux droits des suspects », *Gaz. Pal*., 20 mai 2013.

J.-P. BROUILLAUD, « Les nullités de procédure : des procédures pénales et civiles comparées », *D. 1996*, p. 98.

J. BUISSON, « La confidentialité des conversations échangées entre l'avocat et un proche de son client », *RSC* 2006, p. 413.

Y. CAPDEPON, « La nullité d'une écoute téléphonique réalisée sur la ligne d'un tiers », *Droit pénal*, 2017, étude 12.

G. CLEMENT, « De la règle pas de nullité sans grief en droit judiciaire privé et en procédure pénale », *RSC* 1984, p. 400.

C. COLOMB, « Nullité des contrôles d'identité », *AJP* 2005, p. 139.

P. CONTE, « La participation de la victime au droit processuel : de l'équilibre procédural à la confusion des genres », *Rev. Pénit*., 2009, p. 521.

J. DANET :

- « Le droit pénal et la procédure pénale sous le paradigme de l'insécurité », *Arch. pol. crim*. 2003, n°25.

- « Brèves remarques sur la typologie et la mise en œuvre des nullités », *AJP* 2005, p. 133.

- « Les nullités, un contrôle efficace de la procédure ? », *AJ Pénal* n°4/2005, p.150.

- « Nullités : qualité à agir et atteinte aux intérêts de la personne concernée, vers une régression des droits de la défense ? », *RSC* 2013, p. 591.

O. DECIMA, « Du droit à la nullité en procédure pénale », *JCP G,* 2016, p. 1176.

P. DE MONTALIVET « Les objectifs de valeur constitutionnelle », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 20, Juin 2006.

P.-J DELAGE, « Le laisser-faire de l'autorité publique et le principe de la loyauté de la preuve », *RSC* 2018, p. 117.

J. DEPREZ, « Pratique juridique et pratique sociale dans la genèse et le fonctionnement de la norme juridique », *RRJ* 1997, n°31.

R. FILNIEZ, « L'arrêt Mathéron de la Cour européenne des droits de l'homme et ses suites », *RSC* 2007, p. 333.

C. FONTEIX, « Ecoute et perquisitions chez un avocat : intérêt à agir en nullité », *Dalloz actualité,* 12 mars 2015.

F. FOURMENT :

- « Ingérence dans le droit au respect de la vie privée et nullité des actes de procédure : le grief fait-il la qualité pour agir ? », *D. 2015*, p.1716.

- « La nullité des actes de procédure et la Convention européenne des droits de l'homme », *Gaz. Pal*. 2012, n°210, p. 12.

M.-A. FRISON-ROCHE, « Principe et intendance dans l'accès au droit et l'accès à la justice », *JCP* 1997.

A. GALLOIS, « L'atteinte au droit constitutionnel de se taire par l'exclusion légale d'une nullité de procédure pénale », *D.* 2017, p. 395.

C. GIRAULT :

- « Les nullités de la garde à vue », *AJP* 2005, p. 140.

- « Vers une meilleure protection des personnes impliquées au cours d'une procédure concernant des tiers », *AJP* 2006, p. 509.

D. GOETZ, « Nullités de l'information : le pragmatisme de la Cour de cassation », *Dalloz actualité*, 22 mai 2018.

N. GROPER, « La qualité et l'intérêt pour agir en appel devant la Cour des comptes », *AJDA* 2006, p. 1336.

C. GUERY :

- « Nullité de procédure portant indirectement atteinte aux intérêts du requérant : état des lieux », *D.* 2014, p. 1460.

- « Touche pas à ma garde à vue », *AJP* 2012, p. 159.

P. HENNION-JACQUET :

- « Les nullités de l'enquête et de l'instruction : un exemple du déclin de la légalité procédurale », *RPDP* 2003, p. 7.

- « La double dénaturation des nullités en matière pénale », *D.* 2004, p.1265.

W. JEANDIDIER, « Les cas de nullité de l'instruction préparatoire au regard des droits de l'homme : cinq ans de jurisprudence de la Chambre criminelle », *Arch. pol. crim.* 1989, n°11, p. 95.

X. LAGARDE, Vérité et légitimité dans le droit de la preuve, *Revue Droits*, 1996, p. 35.

S. LAVRIC, « Nullité et autres exceptions de procédure », *Dalloz actualité*, 26 novembre 2010.

V. LAZERGES, « Le Conseil constitutionnel acteur de la politique criminelle », *RSC* 2004, p. 725.

H. LECLERC, « Les limites de la liberté de la preuve : aspects actuels », *RSC* 1992, p. 17.

H. MATSOPOULOU, « Un revirement jurisprudentiel défavorable à l'admission d'une demande d'annulation d'une audition de garde à vue », *D.* 2012, p. 779.

F. MELLERAY, « A propos de l'intérêt donnant qualité à agir en contentieux administratif », *AJDA* 2014, p. 1530.

E. MOLINA, « Réflexion critique sur l'évolution paradoxale de la liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain », *RSC* 2002, p. 261.

D. NOËLLE-COMMARET, « Examen de régularité du versement de retranscription d'écoutes téléphoniques ou d'une enquête économique dans un dossier distinct : l'impact en droit interne de l'arrêt Mathéron c/ France », *RSC* 2006, p. 343.

J.-B. PERRIER, « Irrecevabilité des exceptions de nullité non soulevées *in limine litis* : de l'importance de la persévérance… », *AJP 2013*, p. 352.

L.-E. PETTITIT, « Les écoutes téléphoniques et la protection de la vie privée », *RCS* 1998, p. 829.

G. PITTI, « Les nullités d'intérêt privé : le nécessaire équilibre entre droits de la défense et répression », *AJP 2016*, p. 194.

C. PORTERON :

- « Nullités des perquisitions au cours de l'instruction », *AJP* 2005, p.143.
- « Nullités des écoutes téléphoniques », *AJ P*énal 2005, p. 145.
- « Nullités de la mise en examen », *AJ Pénal* 2005, p. 147.

T. POTASKIN, « Précision sur les mesures de sonorisation et de fixation d'images », *D.* 2013, p. 1045.

J. PRADEL :

- « Procédure pénale : janvier 2007 - juin 2008 », *D.* 2008, p. 2757.
- « Procédure pénale : septembre 2011 - juillet 2012 » *D.* 2012, p. 2118.
- « Procédure pénale : août 2012 - juin 2013 » *D.* 2013, p. 1993.
- « Le parloir n'a plus de secret pour le juge d'instruction en matière de criminalité organisée », *D.* 2006, p. 1504.

- « Le prix à payer pour une procédure pénale efficace : esquisse d'une analyse économique », *D.* 2017, p. 1986.

D. REBUT, « Le juge pénal face aux exigences constitutionnelles », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2004, p. 135.

J.-F. RENUCCI, « La victime d'écoutes téléphoniques mais non titulaire de la ligne surveillée a-t-elle qualité pour invoquer la protection de l'article 8 de la CESDH ? », *D.* 1999, p. 271.

P. ROUBIER, « Le droit et l'action », *RTD civ*. 1952.

H. VLAMYNCK, « Le point sur la captation de l'image et des paroles dans l'enquête de police », *AJP* 2011, p. 574.

G. WIEDERKER, « La notion de grief et les nullités de forme dans la procédure civile », *D.* 1984*, Chron*., p. 166.

VII. ENCYCLOPÉDIES ET RÉPERTOIRES

C. AMBROISE-CASTEROT, « Action civile », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2017, 767 pages.

N. CAYROL, « Action en justice », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, 2017, 506 pages.

M. GUERRIN, « Nullités de procédure », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2017, 299 pages.

S. GUINCHARD, « Procès équitable », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, 2017, 700 pages.

L. USUNIER, « Action en justice », *Répertoire de droit international*, Dalloz, 2017, 527 pages.

VIII. NOTES ET OBSERVATIONS

Conseil constitutionnel

Cons. const., 20 janv. 1981, décision n° 1980-127 DC, *D.* 1982, jur. 441, note A. Dekeuwer.

Cons. const., décision n°2003-467 DC du 13 mars 2003; *D.* 2004. 1273, obs. S. NICOT.

Cons. const., 30 juill. 2010, n°2010-14/22 QPC ; *AJP 2010*. 470, étude J.-B PERRIER.

Cons. const., 18 nov. 2011, n°2011-191/194/195/196/197 QPC, *JCP* 2011. 1452, note J. PRADEL ; Dr. Pén. 2012, étude 4, note J. LEROY ; *AJP* 2012. 102, obs. J.-B. PERRIER.

Cons. const., 23 sept. 2016, n°2016-569 QPC, RSC 2017. 389, obs. B. DE LAMY.

Cour européenne des droits de l'homme

CEDH, 24 avril 1990, req. n°11105/84, Huvig c/France ; D. 1990, Jur. p. 353, note J. PRADEL.

CEDH, 24 avril 1990, req. n°11105/85 Kruslin c/France ; Gaz. Pal. 1990, 1, p. 249, obs. G. JUNOSA-ZDROJEWSKI et L.-E. PETTITI.

CEDH, 20 nov. 1989, req. n°11454/85, Kotovski c/ Pays-Bas ; RSC 1990, p. 388, obs. L.-E PETTITI.

CEDH, 24 août 1998, req. n°23618/94, Lambert c/ France ; *D.* 1999, obs. F.-F RENUCCI ; *RSC* 1998. 829, obs. L.-E PETITI ; *RTD civ*. 1998, 994, obs. J.-P MARGUENAUD.

CEDH, 29 mars 2005, req. n°57752/00, Matheron c/ France ; *D.* 2005. 1775, note J. PRADEL ; *RSC* 2006. 662, chron. F. MASSIAS ; *JCP* 2005, II, 10091, obs. L. DI RAIMONDO.

CEDH, 20 déc. 2005, req. n° 71611/01, Wiss c/ France ; *D.* 2006, Jur. p. 767, note D. ROETS.

CEDH, 21 févr. 2008, req. n°18497/03, Ravon c/ France ; *D.* 2008. 1054 ; *GAJF*, 5ième éd., 2009, n°5 et n°52 ; RSC 2008. 598, note H. MATSOPOULOU.

CEDH, 25 sept. 2012, req. n°649/08, El Haski c/ Belgique ; *JCP G* 2013, chron. p. 92, obs. F. SUDRE.

CEDH, 3 févr. 2015, req. n°30181/05, Pruteanu c/ Roumanie ; *D.* 2015. n°322, obs. A. PORTMANN.

Conseil d'Etat

CE, 17 mai 2016, n°268938, Bellanger : JurisData n°2006-070130 ; *JCP S* 2006, 1825 ; *Dr adm.* 2006, comm. 154.

Cour de cassation

Assemblée plénière

Cass. ass. plén., 15 avr. 2011, pourvoi n°10-17.049, n°10-30.313, n°10-30.136, n°10-30.242 ; *D.* 2011. 1128, entretient G. ROUJOU DE BOUB2E, 1713, obs. V. BERNAUD ; *D.* 2012. 390, obs. K. PARROT ; *AJP* 2011. 311, obs. C. MAURO.

Cass. ass. plén., 6 mars 2015, pourvoi n°14-84.339, *D.* 2015. 711, obs. S. FUCINI, note J. PRADEL.

Cass. ass. plén., 10 nov. 2017, pourvoi n° 17-82.028, *Dalloz actualité*, 17 nov. 2017, obs. W. AZOULAY ; *JCP* 2017. 1366, obs. A. GALLOIS ; *Dr. pénal* 2018. Comm. 37, note A. MARON et M. HASS ; Procédures 2018. Comm. 23, note A.-S. CHAVENT-LECLÈRE ; *AJP* 2018, 100, obs. C. KUREK.

Chambre criminelle

Cass. crim., 6 oct. 1964, *Bull crim*. n° 256 ; *Rev. sc. crim*. 1975, p. 344, obs. J. ROBERT.

Cass. crim., 9 oct. 1968, *Bull. crim*. n°245 ; *D.* 1968. 689, note. G. BAURES.

Cass. crim., 23 juill. 1992, pourvoi n° 92-82.721, *Bull. crim*. n° 274 ; *D.* 1993. 206, obs. J. PRADEL ; *RTD civ*. 1993. 101, obs. J. HAUSSER.

Cass. crim., 9 mai 1994, pourvoi n° 94-80.802, *Bull. crim*. n°174, *D.* 1995. 145, obs. J. PRADEL

Cass. crim., 30 avr. 1996, Bull. crim., n°182; *RSC* 1996, p. 879, obs. DINTILHAC.

Cass. crim., 15 févr. 2000, n°99-86.623, *Bull crim*. n°68 ; *D.* 2000, p. 143, chron. G. ACOMANDO et C. GUERY.

Cass. crim., 16 févr. 2000, *Bull. crim*. n°72 ; *Dr pénal* 2000, comm. n°50.

Cass. crim., 29 févr. 2000, pourvoi n°99-85.573 ; *Dr pénal* 2000, comm. n°81.

Cass. crim., 22 juin 2000, pourvoi n°00-82.632 ; *Dr. Pénal* 2000, comm. n° 108.

Cass. crim., 9 mai 2001, pourvoi n°01-82.104 ; *D.* 2001, IR 2000.

Cass. crim., 13 juin 2001, pourvoi n°00.83-601 ; *Procédure* 2001, comm. p. 202, obs. J. BUISSON.

Cass. crim., 11 juin 2002, pourvoi n° 01-85.559, *Bull. crim*. n° 131 ; *D.* 2003. 1309, chron. L. COLLET-ASKRI.

Cass. crim., 5 févr. 2003, *Bull. crim*. n°25 ; *D.* 2003. IR 1008 ; *GAPP*,5ième éd., Dalloz, 2006, p. 127 ; *Dr. pén*. 2003. 62, obs. J.-H. Robert.

Cass. crim., 15 janv. 2003, n°02-87.341: JurisData n°2003-017563 ; *Procédures* 2003, *comm*. 122.

Cass. crim., 1er oct. 2003, pourvoi n°03-82.909 ; *AJP* 2003, n°3, p. 107.

Cass. crim., 4 mars 2004, pourvoi n°03-85.983 ; *AJP* 2004, n°207, obs. J. LEBLOIS-HAPPE.

Cass. crim., 7 dèc. 2005, pourvoi n°05-85.876 ; *RSC* 2006. 343, obs. N. COMMARET.

Cass. crim., 1er mars 2006, pourvoi n°05-87.251 ; *AJP* 2006, p. 222, obs. J.-P CERE ; *D.* 2006. 1504, note J. PRADEL ; *RSC* 2007. 611, obs. J. BUISSON.

Cass. crim., 6 sept. 2006, *Bull. crim*. n°208 ; *JCP G* 2007, II, 10081, note H. MATSOPOULOU ; *D.* 2007, p. 973, note J. PRADEL ; *AJP* 2006. 509, obs. C. GIRAULT.

Cass. crim., 31 janv. 2007, pourvoi n° 06-82.383, *Bull. crim*. n° 27 ; *D.* 2007. 1817, chron. D. CARON et S. MENOTTI.

Cass. crim., 4 déc. 2007, pourvoi n°07-86.794, *Bull. crim*. n°297 ; *AJP* 2008, n°95, obs. S. LAVRIC.

Cass. crim., 13 févr. 2008, pouvoi n°07-87.458 ; *RSC* 2008. 364, obs. R. FINIELZ.

Cass. crim., 24 nov. 2010, pourvoi n°10-86.713 ; *D.* 2011. 780, obs. E. DREYER.

Cass. crim., 14 févr.2012, pourvoi n°11-84.694 : JusrisData n°2012-002124 ; *JCP G* 2012, 485, note J. PRADEL ; *RSC* 2013, p. 394, obs. D. BOCCON-GIBOB ; « Touche pas à ma garde à vue », *AJP* 2012, n° 159, C. GUERY ; « Régime des nullités : précision ou revirement », *Dalloz actualité*, 16 févr. 2012, obs. E. ALLAIN ; « Un revirement jurisprudentiel défavorable à l'admission d'une demande d'annulation d'une audition de garde à vue », *D.* 2012, n°779, obs. H. MATSOPOULOU.

Cass. crim., 16 févr. 2012, n°11-54.694, « Régime des nullités : précisions ou revirement ? », *Dalloz actualité* 2012, note E. ALLAIN.

Cass. crim., 23 janv. 2013, pourvoi n°12-87.382 ; *AJP* 2013. 346, obs. J. LASSERRE CAPDEVILLE.

Cass. crim., 5 mars 2013, pourvoi n°12-87.087 ; *D.* 2013. 711 ; *AJP* 2013. 288, obs. L. BELFANTI.

Cass. crim., 24 avr. 2013, pourvoi n°12-82.863 ; *D.* 2013. 1139.

Cass. crim., 26 juin 2013, n°13-81. 491, *Bull. crim*. n°164 ; *RSC* 2013, p. 591, obs. J. DANET ; *RTD eur*. 2014. 470, obs. B. THELLIER DE PONCHEVILLE.

Cass. crim., 11 févr. 2014, pourvoi n°13-86.878 ; *AJP* 2014. 369, obs. G. ROYER.

Cass. crim., 10 sept. 2014, pourvoi n°13-82.507, *Bull. crim*. n°185 ; *AJP* 2015, n°99, obs. J. LASERRE CAPDEVILLE.

Cass. crim., 18 févr. 2015, n°14-82. 019 ; « Ecoute et perquisitions chez un avocat : intérêt à agir en nullité », *Dalloz actualité,* 12 mars 2015, note C. FONTEIX.

Cass. Crim., 17 mars 2015, pourvoi n° 14-88.351, *Bull. crim*. n° 54 ; *D.* 2015. 1395, chron. G. BARBIER, B. LAURENT, G. GUEHO.

Cass. crim., 14 oct. 2015, pourvoi n°15-81.765 ; *RSC* 2015. 900, obs. F. CORDIER. ; *AJ Pénal* 2016, 154, obs. J. GALLOIS ; *AJ Pénal* 2018, 204, Y. CAPDEPON.

Cass. crim., 21 oct. 2015, n°15-83.395, *D.* 2016. 47, note G. BEAUSSONIE et P. CAZLBOU.

Cass. crim., 7 juin 2016, *Bull. Crim*. n°174 ; *JCP G* 2016, p 1176, note O. DECIMA.

Cass. crim., 10 janv. 2017, pourvoi n°16-84.740, *AJ Pénal* 2017. 141, J.-B THIERRY.

Cass. crim., 14 nov. 2017, pourvoi n° 17-82.435, *Dalloz actualité*, 29 nov. 2017, obs. W. AZOULAY

Cass. crim., 27 mars 2018, pourvoi n°17-85.603, *Dalloz actualité*, 14 mai 2018, obs. S. FUCINI.

Cass. crim., 9 mai 2018, pourvoi n°18-80.066 et n°17-80.656, « Nullités de l'information : le pragmatisme de la Cour de cassation », *Dalloz Actualité*, 22 mai 2018, obs. D. GOETZ.

IX. TABLES CHRONOLOGIQUES DE JURISPRUDENCE ET DÉCISIONS CITÉES

Conseil constitutionnel

Cons. const., décision n° 1980-127 DC du 20 janv. 1981

Cons. const., décision n°93-326 DC du 11 août 1993

Cons. const., décision n°377 DC du 16 juillet 1996

Cons. const., décision n°389 DC du 22 avril 1997

Cons. const., décision n°411 DC du 16 juin 1999

Cons. const., décision n°99-416 DC du 23 juill. 1999

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

Cons. const., décision n°2010-14/22 QPC du 30 juill. 2010

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

Cons. const., décision n°2003-467 DC du 13 mars 2003

Cons. const., décision n°2013-679 DC du 4 dèc. 2013

Cons. const., décision n°2014-387 QPC du 4 avr. 2014

Cons. const., décision n°2014-420/421 QPC du 9 oct. 2014

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

Cons. const., décision n°2016-536 QPC du 19 févr. 2016

Cons. const., décision n°2016-561/562 QPC du 9 sept. 2016

Cons. const., décision n°2016-569 QPC du 23 sept. 2016

Cons. const., décision n°2016-594 QPC du 4 nov. 2016

Cour européenne des droits de l'homme

CEDH, 2 août 1984, req. n°8691/79 Malone c/ Royaume-Uni

CEDH, 20 nov. 1989, req. n°11454/85, Kotovski c/ Pays-Bas

CEDH, 24 avril 1990, req. n°11105/84 Huvig c/France

CEDH, 24 avril 1990, req. n°11105/85 Kruslin c/France

CEDH, 25 juin 1997, req. n°20605/92 Haldford c/ Royaume-Uni

CEDH 25 mars 1998, req. n° 23224/94 Kopp c/ Suisse

CEDH, 30 juill. 1998, req. n° 27671/95, Valenzuelas c/ Espagne

CEDH, 24 août 1998, req. n°23618/94, Lambert c/ France

CEDH, 28 juill. 1999, req. n°25803/94, Selmouni c/ France

CEDH, 26 oct. 1999, req. n°31801/96, Maini c/ France

CEDH, 3 déc. 2002, req. n°48221/19, Berger c/ France

CEDH, 29 mars 2005, req. n°57752/00, Matheron c/ France

CEDH, 20 déc. 2005, req. n° 71611/01, Wiss c/ France

CEDH, 17 janv. 2006, req. n°76093/01, Barbier c/ France

CEDH, 3 oct. 2006, req. n°63879/00, Ben Naceur c/ France

CEDH, 26 juill. 2007, req. n°35787/03, Walchli c/ France

CEDH, 21 févr. 2008, req. n°18497/03, Ravon c/ France

CEDH, 25 sept. 2012, req. n°649/08, El Haski c/ Belgique

CEDH, 9 janv. 2014, req. n°71658/10, Viard c/ France

CEDH, 3 févr. 2015, req. n° 30181/05, Pruteanu c/ Roumanie

CEDH, 23 avr. 2015, req. n°26690/11, François c/ France

CEDH, 2 avr. 2015, req. n°63629/10 et 600567/10, Vinci et Construction et GTM génie civile et services c/ France

Conseil d'Etat

CE Ass, 14 déc. 2001, n°204761, Société Médiation, Réflexion, Ripostes

CE, 17 mai 2016, n°268938, Bellanger : JurisData n°2006-070130

Cour de cassation

Assemblée plénière

Cass. Ass. plén. 7 juill. 2006, pourvoi n°04-10.672

Cass. Ass. plén., 15 avr. 2011, pourvoi n°10-17.049, n°10-30.313, n°10-30.136, n°10-30.242

Cass., Ass. plén., 6 mars 2015, pourvoi n°14-84.339

Cass., Ass. plén., 10 nov 2017, pourvoi n°17-82.028

Chambre criminelle

Cass. crim., 12 juin 1952

Cass. crim., 6 oct. 1964, *Bull. crim*. n°256

Cass. crim., 13 avr. 1967, *Bull. crim*. n°199

Cass. crim., 9 oct. 1968, *Bull. crim*. n°245

Cass. crim., 24 oct. 1968, pourvoi n°68-91.258

Cass. crim., 6 mars 1969, pourvoi n°68-91.776

Cass. crim., 5 mars 1970, pourvoi n°67-91.652

Cass. crim., 17 oct. 1972, *Bull. crim*. n°289

Cass. crim., 26 févr. 1979, pourvoi n°78-90.856

Cass. crim., 3 avr. 1979, pourvoi n°78-94.203

Cass. crim., 25 juill. 1979, pourvoi n°79-91.258

Cass. crim., 9 févr. 1982, pourvoi n°81-94.393, *Bull. crim*. n°171

Cass. crim., 5 mars 1986, pourvoi n°86-91.071

Cass. crim., 10 mars 1993, *Bull. crim*. n° 106

Cass. crim., 17 oct. 1993, *Bull. crim*. n°365

Cass. crim., 23 mars 1994, pourvoi n°93-83.451

Cass. crim., 9 mai 1994, pourvoi n° 94-80.802, *Bull. crim*. n°174

Cass. crim., 19 juillet 1994, *Bull. crim*. n° 282

Cass. crim., 19 sept. 1994, pourvoi n°93-85.641

Cass. crim., 4 oct. 1994, pourvoi n° 94-83490

Cass. crim., 7 févr. 1995, pourvoi n° 94-81502

Cass. crim., 3 avr. 1995, *Bull. crim*., n°140

Cass. crim., 30 avr. 1996, *Bull. crim*. n°182

Cass. crim., 30 mai 1996, *Bull. crim*. n°266

Cass. crim., 17 sept. 1996, n°96-82105, *Bull. crim*. n°316

Cass. crim., 11 dèc. 1997, pourvoi n°97-85.766

Cass. crim., 26 mars 1997, pourvoi n°96-83.477

Cass. crim., 6 mai 1998, *Bull. crim*. n°153

Cass. crim., 30 juin 1999, pourvoi n°99-81426

Cass. crim., 15 févr. 2000, pourvoi n°99-86.623, *Bull. crim*. n°68

Cass. crim., 16 févr. 2000, *Bull. crim*. n°72

Cass. crim., 29 févr. 2000, pourvoi n°99-85.573

Cass. crim., 22 mars 2000, *Bull. crim*. n°130

Cass. crim., 22 juin 2000, pourvoi n°00-82.632

Cass. crim., 28 juin 2000, pourvoi n°00-80.292

Cass. crim., 18 oct. 2000, pourvoi n°0081373

Cass. crim., 7 fèvr. 2001, pourvoi n°00-87.372

Cass. crim., 9 mai 2001, pourvoi n°01-82.104

Cass. crim., 10 mai 2001, pourvoi n°01-81.441, *Bull. crim*. n°119

Cass. crim., 13 juin 2001, pourvoi n°00.83-601

Cass. crim., 14 nov. 2001, *Bull. crim*. n°238

Cass. crim., 4 avr. 2002, *Bull. crim*. n°79

Cass. crim., 14 mai 2002, *Bull. crim*. n°211

Cass. crim., 11 juin 2002, pourvoi n° 01-85.559, *Bull. crim*. n° 131

Cass. crim., 9 oct. 2002, *Bull crim*. pourvoi n°02-81.441

Cass. crim., 15 janv. 2003, pourvoi n°02-87.341

Cass. crim., 5 févr. 2003, *Bull. crim*. n°25

Cass. crim., 26 mars 2003, pourvoi n°03-80.180

Cass. crim., 6 mai 2003, pourvoi n°02-87.567

Cass. crim., 1er oct. 2003, pourvoi n°03-82.909

Cass. crim., 14 oct. 2003, pourvoi n°03-84.539

Cass. crim., 29 oct. 2003, *Bull. crim*. n°202

Cass. crim., 14 févr. 2004, pourvoi n°03-87.170

Cass. crim., 4 mars 2004, pourvoi n°03-85.983

Cass. crim., 3 juin 2004, *Bull. crim*. n°153

Cass. crim., 19 janv. 2005, *Bull. crim*. n°04-86.298

Cass. crim., 11 mai 2005, pourvoi n°04-86.134

Cass. crim., 7 déc. 2005, pourvoi n°05-85.876

Cass. crim., 31 janv. 2006, *Bull. crim*. n°30

Cass. crim., 8 juin 2006, *Bull. crim*. n° 166

Cass. crim., 6 sept. 2006, pourvoi n°06-84.869, *Bull. crim*. n°208

Cass. crim., 31 oct. 2006, *Bull. crim*. n°263.

Cass. crim., 31 janv. 2007, pourvoi n° 06-82.383, *Bull. crim*. n° 27

Cass. crim., 21 mars 2007, pourvoi n°06-89.444

Cass. crim., 3 avr. 2007, pourvoi n°06-87.264

Cass. crim., 4 déc. 2007, pourvoi n°07-86.794, *Bull. crim*. n°297

Cass. crim., 5 déc. 2007, *Bull. crim*. n°304

Cass. crim., 18 janv. 2008, pourvoi n°05-86.447

Cass. crim., 13 févr. 2008, pourvoi n°07-87.458

Cass. crim., 17 sept. 2008, pourvoi n°08-80.598

Cass. crim., 27 janv. 2009, pourvoi n°08-81.652

Cass. crim., 27 mai 2009, *Bull. crim*. n°108

Cass. Crim., 27 oct. 2009, pourvoi n°09-85.279

Cass. crim., 24 nov. 2010, pourvoi n°10-86.713

Cass. crim., 6 déc. 2011, pourvoi n°11-83.970

Cass. crim., 7 dèc. 2011, pourvois n°10-87.033

Cass. crim., 15 févr. 2011, pourvoi n°09-87.947

Cass. crim., 22 nov. 2011, pourvoi n°11-80.013

Cass. crim., 31 janv. 2012, *Bull. crim*. n°27

Cass. crim., 14 févr.2012, pourvoi n°11-84.694, *Bull. crim*. n°43

Cass. crim., 13 mars 2012, pourvoi n°11-88.737, *Bull. crim*. n°67

Cass. crim., 10 mai 2012, *Bull. crim*. n°116

Cass. crim., 21 nov. 2012, pourvoi n°11-85.867

Cass. crim., 23 janvier 2013, pourvoi n°12-85.059, *Bull. crim*. n°29

Cass. crim., 23 janvier 2013, pourvoi n°12-87.382

Cass. crim., 5 mars 2013, pourvoi n°12-87.087

Cass. crim., 6 mars 2013, *Bull. crim*. n°62

Cass. crim., 24 avr. 2013, pourvoi n°12-82.863

Cass. crim., 26 juin 2013, pourvoi n°13-81.491, *Bull. crim*. n°164

Cass. crim., 13 oct. 2013, pourvoi n° 09-80.131

Cass. crim., 22 oct. 2013, pourvoi n° 13-81.845

Cass. crim., 11 déc. 2013, pourvoi n° 12-83. 296, *Bull. crim*. n°254

Cass. crim., 14 janv. 2014, pourvoi n°14-84.909 , *Bull. crim*. n°8

Cass. crim., 11 févr. 2014, pourvoi n°13-86.878

Cass. crim., 5 mars 2014, pourvoi n°13-82.698

Cass. crim., 14 mai 2014, pourvoi n°12-84.075

Cass. crim., 10 sept. 2014, pourvoi n°13-82.507, *Bull. crim*. n°185

Cass. crim., 6 janvier 2015, pourvoi n°14-85.448, *Bull. crim*. n°159

Cass. crim., 18 févr. 2015, pourvoi n°14-82.019

Cass. crim., 10 mars 2015, pourvoi n°14-87.344

Cass. Crim., 17 mars 2015, pourvoi n° 14-88.351, *Bull. crim*. n° 54

Cass. crim., 15 avr. 2015, pourvoi n°14-87.616

Cass. crim., 17 juin 2015, pourvoi n°14-80.886

Cass. crim., 8 juill. 2015, pourvoi n°15-82.383

Cass. crim., 17 juill. 2015, pourvoi n°14-80.886

Cass. crim., 6 oct. 2015, pourvoi n°15-82.247

Cass. crim., 14 oct. 2015, pourvoi n°15-81.765

Cass. crim., 21 oct. 2015, pourvoi n°15-81.032

Cass.crim., 17 nov. 2015, pourvoi n°15-83.437

Cass. crim., 18 nov. 2015, pourvoi n°15-83.400

Cass. crim., 15 déc. 2015, pourvoi n°15-82.013.

Cass. crim., 22 mars 2016, pourvoi n°15-83.205, n°15-83.206, n°15-83.207

Cass. crim., 7 juin 2016, pourvoi n°12-87.810, *Bull crim*. n°174

Cass. crim., 21 juin 2016, pourvoi n°16-80.126

Cass. crim., 12 juillet 2016, pourvoi n°16-81.1198

Cass. crim., 20 sept. 2016, pourvoi n°16-81.638

Cass. crim., 19 oct. 2016, pourvoi n°15-83.937

Cass. crim., 15 nov. 2016, pourvoi n°16-84.619

Cass. crim., 3 nov. 2016, pourvoi n°15-85.548

Cass. crim., 23 nov. 2016, pourvoi n°16-81.904

Cass. crim., 14 déc. 2016, pourvoi n°16-84.043

Cass. crim., 10 janv. 2017, pourvoi n°16-84.740

Cass. crim., 25 janv. 2017, pourvoi n°16-87.703

Cass. crim., 7 févr. 2017, pourvoi n°16-84.353

Cass. crim., 22 février 2017, pourvoi n°16-82.412

Cass. crim., 21 mars 2017, pourvoi n°16-84.877

Cass. crim., 27 mars 2017, pourvoi n° 17-85.603

Cass. crim., 28 mars 2017, pourvoi n°16-86.794

Cass. crim., 20 avr. 2017, pourvoi n°14-84.562

Cass. crim., 26 avr. 2017, pourvoi n° 16-86.840 ; pourvoi n°16-82.742

Cass. crim., 17 mai 2017, pourvoi n° 16-87.372

Cass. crim., 7 juin 2017, pourvoi n°17-81.561

Cass. crim., 8 juin 2017, pourvoi n°17-80.709

Cass. crim., 20 juin 2017, pourvoi n°16-81.561, n°16-87.063

Cass. crim., 28 juin 2017, pourvoi n°17-80.055, n°16-80.193, n°16-83.508

Cass. cirm., 11 juillet 2017, pourvoi n° 17-80.313

Cass. crim., 14 nov. 2017, pourvoi n°17-82.435

Cass. crim., 6 févr. 2018, pourvoi n°17-85.301

Cass. crim., 7 mars 2018, pourvoi n°17-80.656

Cass. crim., 9 mai 2018, pourvoi n°18-80.066

Cass. crim., 9 mai 2018, pourvoi n°17-80.656

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

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS
LISTE DES ABRÉVIATIONS
SOMMAIRE

INTRODUCTION GÉNÉRALE 1

PREMIÈRE PARTIE
LES CONTOURS DE L'INTÉRÊT À AGIR DANS LE CONTENTIEUX DES NULLITÉS PROCÉDURALES

TITRE I. L'INTÉRÊT À AGIR DÉFINI PAR L'EXISTENCE D'UN GRIEF **22**

Chapitre 1. Intérêt à agir en nullité : hétérogénéité de la notion **23**

Section 1 - Intérêt à agir, condition du droit d'agir en nullité 23

Paragraphe 1. Définition du droit d'agir en nullité **24**
A- Un droit à la recevabilité des demandes en nullité 24
1. Droit de demander la nullité des actes 24
2. Qualité et intérêt dans le droit d'agir en nullité 25
B- Le rôle central du grief 26
Paragraphe 2. Fondements du droit d'accès au juge des nullités **27**
A- Droit d'être entendu sur le fond de ses prétentions 27
B- Droit d'agir en justice et droit d'accès à un tribunal 28

Section 2 - Intérêt à agir, incertitudes de la notion 29

Paragraphe 1. Les contours sibyllins de la notion **29**
A- Une condition de l'action en nullité malgré l'absence de définition 29
B- La question sous-jacente de la légitimité de l'intérêt à agir 30
C- Un expédient pour définir les conditions de recevabilité 31
Paragraphe 2. Les spécificités de l'intérêt à agir du mis en cause **32**
A- Un intérêt à agir direct et personnel 32
1. Le caractère direct et personnel 32
2. L'insuffisance de la dualité des caractères 33
B- Un intérêt à agir original 34
1. Comparaison avec l'intérêt à agir de la victime pénale 34
2. Particularité de la réception des nullités de l'enquête et de l'instruction 36

CONCLUSION DU CHAPITRE I 36

Chapitre 2. Intérêt à agir en nullité : intérêt de la définition 38

Section 1 - Les conditions de la reconnaissance de l'intérêt à agir 39

Paragraphe 1. La qualité à agir, condition préalable à l'examen de l'intérêt à agir ... 39

A- Définition classique de la qualité à agir : être partie à la procédure 39

1. Présence dans la procédure et dans la réalisation de l'acte 39

2. Absence de distinction entre qualité directe et indirecte 40

B- Les liens indissociables mais indépendants entre qualité et intérêt 41

1. La qualité préalable à l'intérêt 41

2. La qualité distincte de l'intérêt 42

Paragraphe 2. L'existence d'un grief, condition *sine qua non* de l'examen de l'intérêt à agir 43

A- La nature du grief à démontrer 43

1. L'origine du grief : méconnaissance des conditions de fond ou de forme 43

2. La nature du grief : la potentialité d'un préjudice causé par l'irrégularité 44

B- La démonstration d'un potentiel grief à la charge du requérant 46

Section 2 - Les fondements de la reconnaissance de l'intérêt à agir 47

Paragraphe 1. Protéger les droits substantiels 47

A- Les liens entre action et droits substantiels 47

B- Les liens entre droit d'agir, intérêt à agir et droits substantiels 48

Paragraphe 2. Protéger la légalité dans l'administration de la preuve 49

A- Le respect de la légalité de la preuve 50

B- Le respect de la légalité matérielle et formelle 50

CONCLUSION DU CHAPITRE II 52

CONCLUSION DU TITRE I 53

TITRE II. L'INTÉRÊT À AGIR SOUMIS À L'EXIGENCE D'UN GRIEF 54

Chapitre 1. La démonstration du grief dans le régime des nullités 55

Section 1 - L'influence du grief sur la typologie des nullités 56

Paragraphe 1. Nullités soumises à l'exigence de démonstration d'un grief 56

A- Les nullités d'intérêt privé : substantifique moelle de l'intérêt à agir 57

B- Les attributs du grief à démontrer 57

1. Le caractère direct de l'atteinte 58

2. Le caractère personnel de l'atteinte 59

Paragraphe 2. Nullités non soumises à l'exigence de démonstration d'un grief 60

A- Les nullités d'ordre public 60

B- Les atteintes nécessairement portées aux intérêts du requérant 61

Section 2 - L'influence du grief sur l'étendue de l'annulation 62

Paragraphe 1. La limitation à l'acte irrégulier 63

A- Le devenir de l'acte annulé 63

B- Le devenir de la procédure 64

Paragraphe 2. L'extension aux actes subséquents 65

A- Les raisons d'une annulation élargie 65

B- Les acteurs de l'annulation élargie 67

CONCLUSION DU CHAPITRE I 69

Chapitre 2. L'absence de démonstration d'un intérêt à agir en nullité 70

Section 1 - La présomption de grief, un intérêt à agir présumé 71

Paragraphe 1. Ordre public et violations « portant nécessairement atteinte » 71

A- Présomptions dans les nullités d'ordre public 72

B- Présomptions dans les nullités d'ordre public assimilé 72

Paragraphe 2. Une présomption irréfragable 73

A- Evanescence de la distinction entre les deux catégories de nullités 74

B- De la présomption irréfragable de grief à la présomption irréfragable d'intérêt 74

Section 2 - L'absence de qualité, un intérêt à agir écarté 75

Paragraphe 1. Rigidité textuelle de la mise en œuvre des nullités 75
A- Conditions de mise en œuvre des nullités de l'instruction 75
B- Conditions de mise en œuvre des nullités non purgées lors du jugement 77
Paragraphe 2. Distinction prétorienne entre qualité et intérêt du tiers 77
A- La qualité appréciée selon la titularité du droit 78
B- La qualité distinguée de l'intérêt à agir 79

CONCLUSION DU CHAPITRE II 81

CONCLUSION DU TITRE II 82

CONCLUSION INTERMÉDIAIRE 83

SECONDE PARTIE

L'EFFICACITÉ DE L'INTÉRÊT À AGIR POUR LE CONTENTIEUX DES NULLITÉS PROCÉDURALES

TITRE I. UNE APPRÉCIATION RESTRICTIVE DE L'INTÉRÊT À AGIR LIMITANT SON EFFICACITÉ 85

Chapitre 1. La réception prétorienne de la qualité à agir et du grief 86

Section 1 - L'évolution contrastée de l'intervention d'un tiers à la procédure 86

Paragraphe 1. Une évolution favorable à l'action en nullité du tiers 87
A- L'influence de la jurisprudence conventionnelle 87
B- La réception en droit interne de la jurisprudence conventionnelle 89
Paragraphe 2. Des effets limités par l'utilisation des nouveaux paradigmes 91
A- L'utilisation critiquée de la notion de droit propre 91
B- La transposition délicate de l'intérêt légitime en procédure pénale 92

Section 2 - L'analyse casuistique du grief invoqué 93

Paragraphe 1. L'appréciation graduée du grief subi par le tiers 94
A- Irrecevabilité de la demande en matière de garde à vue et d'audition libre 94
B- Examen inégal selon les actes d'enquête ou d'instruction 95
Paragraphe 2. L'appréciation variable de l'exigence de grief .... 9 Erreur ! Le signet n'est pas défini.

A- De l'analyse à la présomption de grief : efficacité nuancée de l'intérêt à agir 96
B- Les obstacles à la démonstration du grief : efficacité restreinte de l'intérêt à agir 98
CONCLUSION DU CHAPITRE I 99

Chapitre 2. La politique jurisprudentielle de conciliation 100

Section 1 - Intérêts collectifs : garantir la bonne administration de la justice 101

Paragraphe 1. La protection des poursuites justifiant l'encadrement des nullités 102
A- Une politique jurisprudentielle dictée par la sauvegarde et l'efficacité des procédures 102
1. Les paramètres de la conciliation 102
2. La pratique de la conciliation 104
B-Une politique jurisprudentielle guidée par le pragmatisme 104
1. L'influence : l'objectif constitutionnel de recherche des auteurs d'infraction . 105
2. L'application : le pragmatisme jurisprudentiel 106
Paragraphe 2. La protection des droits propres justifiant l'intervention restreinte du tiers 107
A- Distinction selon l'intérêt public ou l'intérêt privé de la règle violée 107
B- Protection des droits prévus pour leur seul titulaire 108

Section 2 - Intérêts individuels : protéger les droits fondamentaux du requérant 111

Paragraphe 1. Modulations de la conciliation selon l'enjeu 111
A- L'invocation de droits différents selon la mesure 111
B- La conciliation inégale selon le droit en balance 114
Paragraphe 2. Modalités de l'atteinte au droit fondamental du demandeur : prévisibilité, nécessité, proportionnalité 115
A- Les caractères de l'atteinte 116
B- L'exigence de motivation de l'atteinte 117

CONCLUSION DU CHAPITRE II 118

CONCLUSION DU TITRE I 119

TITRE II. TENDRE VERS UNE APPRÉCIATION EXTENSIVE DE L'INTÉRÊT À AGIR RENFORÇANT SON EFFICACITÉ 121

Chapitre 1. Reconceptualiser les conséquences du grief 122

Section 1 - Rompre avec le grief comme point cardinal des nullités 122

Paragraphe 1. Les nœuds gordiens de la conception contemporaine des nullités 123

A- L'architecture incohérente des nullités 123

1. Source de confusion dans la notion d'intérêt à agir 123

2. Source d'insécurité et d'imprévisibilité juridique 124

B-La dénaturation fonctionnelle et notionnelle des nullités 125

1. Dénaturation de la fonction 125

2. Dénaturation de la notion 126

Paragraphe 2. Les problèmes structurels du contentieux contemporain des nullités 127

A- Le déséquilibre dans les conciliations 127

B- Les atteintes au principe de légalité de la preuve 129

Section 2 - Employer l'intérêt à agir comme instrument du droit à la réparation 130

Paragraphe 1. L'inégale rectification du préjudice ou la nécessité de réviser l'intérêt à agir 131

A- Mieux percevoir les conséquences *lato sensu* du contentieux des nullités 131

B- Modifier le système d'opportunité du contentieux des nullités 132

Paragraphe 2. Etendre l'intérêt à agir du tiers par l'élargissement du droit à la réparation 134

A- Le passage de la notion de droit propre à celle d'intérêt propre 134

B- Le droit à réparation comme fondement de la transition 135

CONCLUSION DU CHAPITRE I 138

Chapitre 2. Redéfinir les enjeux d'une efficacité renforcée 139

Section 1 - Renouveler la perception des intérêts à concilier 140

Paragraphe 1. Faire des droits du justiciable le principal paradigme 140

A- Intérêt à agir du requérant et intérêt général : l'absence d'antagonisme 140

B- Interrogations sur la compatibilité du contentieux des nullités avec les droits fondamentaux 141

Paragraphe 2. Pour un nouveau régime centré sur les nullités d'ordre public 144

A- Le contenu du nouveau régime 144

B- Les fondements du nouveau régime 146

Section 2 - De possibles effets à nuancer 148

Paragraphe 1. Les limites de la proposition d'un nouveau régime 148

A- L'opportunité des demandes nullités 148

B- La rupture d'égalité entre les parties 149

Paragraphe 2. Les finalités de la proposition d'un nouvel axiome 150

A- Faire du mis en cause un acteur de la garantie de ses droits 150

B- La reconnaissance d'un droit subjectif autonome 151

CONCLUSION DU CHAPITRE II 152

CONCLUSION DU TITRE II 152

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE 153

CONCLUSION GÉNÉRALE 154

INDEX ALPHABÉTIQUE 160

BIBLIOGRAPHIE 164

TABLE DES MATIÈRES 191