

**Concours ENM  
1<sup>er</sup>, 2<sup>e</sup>, 3<sup>e</sup> concours**

**SESSION 2022**

**Épreuve de droit pénal et procédure  
pénale**

**Sujet : Cas pratique**

## QUESTIONS POSÉES :

Au regard des faits exposés ci-dessus, il vous appartiendra de répondre par une argumentation juridique précise aux questions suivantes :

### **1°) Les qualifications pénales (6 points)**

**Quelles infractions, le cas échéant assortie de quelles circonstances aggravantes, sont susceptibles d'être caractérisées à l'encontre des deux auteurs présumés ?**

En l'espèce, deux infractions peuvent être caractérisées.

#### **- Le voyeurisme**

L'article 226-3-1 du code pénal réprime le « upskirting ». Est plus précisément visé « le fait d'user de tout moyen afin d'apercevoir les parties intimes d'une personne que celle-ci, du fait de son habillement ou de sa présence dans un lieu clos, a caché à la vue des tiers, lorsqu'il est commis à l'insu ou sans le consentement de la personne ».

Les faits sont punis d'un an d'emprisonnement et de 15.000 € d'amende.

Les peines sont portées à deux ans d'emprisonnement et de 30.000 € d'amende lorsque les faits sont commis :

- par une personne qui abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions ;
- sur un mineur, ce qui est le cas en l'espèce pour Juliette qui est née le 2 juin 2005
- sur une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de leur auteur ;
- par plusieurs personnes agissant en qualité d'auteur ou de complice ;
- dans un véhicule affecté au transport collectif de voyageurs ou dans un lieu destiné à l'accès à un moyen de transport collectif de voyageurs ;

- lorsque des images ont été fixées, enregistrées ou transmises, ce qui est le cas en l'espèce puisque suite à l'exploitation du téléphone de l'intéressé les enquêteurs ont notamment retrouvé les images captées sous les jupes de Caroline et Juliette.

### **- La tentative de viol**

En l'espèce, Caroline indique qu'après l'avoir poussé violemment, l'individu a cherché à l'embrasser et à atteindre ses parties intimes en lui disant : « j'ai envie de toi, laisse-toi faire ». Elle parvient toutefois à le repousser et l'individu a finalement prit la fuite sans la pénétrer. Ce faisant, à défaut de pénétration, le viol étant une infraction matérielle qui nécessite un résultat, cette infraction ne peut pas être caractérisée. En effet, la pénétration sexuelle marque le seuil de consommation de l'infraction de viol, définie à l'article 222-23 du code pénal. Se pose toutefois la question de savoir s'il ne peut pas s'agir, en l'espèce, d'une tentative de viol, dans la mesure où si l'individu ne parvient pas à ses fins, c'est uniquement parce qu'il est dérangé par les jeunes de la colocation voisine.

Dans de telles circonstances, il faut d'emblée remarquer que la preuve d'une tentative peut s'avérer délicate, parce que l'acte matériel constitutif du commencement d'exécution peut tout aussi bien caractériser une autre agression sexuelle. La différence entre la tentative de viol et la tentative d'une autre agression sexuelle se fera d'après l'intention de l'agresseur de pénétrer ou non sa victime. Il est donc essentiel, en l'espèce, d'être vigilant sur la caractérisation de l'intention de cet individu qui sera un élément essentiel pour permettre une entrée en voie de condamnation du chef de tentative de viol. Il se déduit de ses propos qu'il avait manifestement l'intention de pénétrer sa victime : « j'ai envie de toi, laisse-toi faire, je vais pas te faire de mal, tu vas voir ».

En l'espèce, la tentative est légalement punissable. En effet, le viol est un crime et, selon l'article 121-4 du code pénal, la tentative est toujours punissable en matière criminelle.

Ensuite, au regard de l'article 121-5 du code pénal, deux conditions doivent être réunies pour qu'une tentative soit retenue.

En premier lieu, la tentative suppose de caractériser un commencement d'exécution, lequel résulte de « tout acte ayant pour conséquence directe et immédiate de consommer le crime, celui-ci étant ainsi entré dans la période d'exécution » (Cass. crim., 25 oct. 1962, Cass. crim., 3 mai 1974). Rapportée au viol, la tentative ne peut être retenue que si des actes tendant directement à une pénétration sexuelle, de quelque nature qu'ils soient, ont été accomplis sur la personne d'autrui par menace, contrainte, violence ou surprise.

En l'espèce l'individu a violemment poussé Caroline, à chercher à l'embrasser, lui a caressé la poitrine sur ses vêtements et a cherché à atteindre ses parties intimes tout en lui disant : « j'ai envie de toi, laisse-toi faire, je vais pas te faire de mal, tu vas voir ». Cette condition est remplie.

D'autre part, il importe de vérifier que le commencement d'exécution « n'a été suspendu ou n'a manqué son effet qu'en raison de circonstances indépendantes de la volonté de l'auteur », ce qui est notamment le cas lorsque l'auteur met un terme à son action en raison de l'intervention de la police (Cass. crim., 19 juin 1979) ou de la résistance de la victime (Cass. crim., 26 avr. 2000). En l'espèce, si cet individu n'est pas aller au bout de son action, c'est uniquement pour des raisons qui lui sont étrangères. Il a en effet pris la fuite en raison de la présence des jeunes de la colocation voisine.

En conclusion, la tentative de viol est caractérisée en tous ses éléments. Au titre des circonstances aggravantes, l'article 222-24 du code pénal prévoit notamment que le viol est puni de 20 ans de réclusion criminelle lorsqu'il est commis par une personne agissant en état d'ivresse manifeste. En l'espèce, les faits ont lieu à une date particulièrement festive, le 1<sup>er</sup> janvier au matin et l'individu est, par la suite, placé en garde à vue pour des faits de conduite en état d'ivresse. La preuve de cette circonstance aggravante plusieurs mois après les faits risque toutefois d'être difficile à rapporter.

Au niveau de la répression, en application de l'article 121-4 du code pénal, la situation de l'auteur d'une infraction tentée est assimilée à celle l'auteur d'une infraction consommée.

## **2°) L'enquête judiciaire (8 points)**

**Dans quel cadre d'enquête les fonctionnaires de police interviennent-ils ? Quelles mesures peuvent-ils initier, le cas échéant sous le contrôle de quelle autorité judiciaire ? (4 points)**

En matière de cadre d'enquête, on distingue traditionnellement l'enquête de flagrance et l'enquête préliminaire. Le législateur a prévu par ailleurs quelques enquêtes spécifiques, en cas de mort suspecte, de disparition suspecte et de recherche d'une personne en fuite. Aucune de ces enquêtes spécifiques n'est concernée en l'espèce. Ce faisant, s'agit-il d'une enquête préliminaire ou d'une enquête de flagrance ?

Une enquête de flagrance ne peut être ouverte que si certaines conditions tenant à la nature des faits et aux circonstances dans lesquelles ces faits ont été portés à la connaissance des forces de police sont réunies. A défaut, les investigations débiteront nécessairement sous le régime de l'enquête préliminaire. Suivant les articles 53 et 67 du CPP, les pouvoirs d'enquête

prévus en matière de flagrance ne sont applicables que pour les crimes flagrants et les délits flagrants punis d'emprisonnement, ce qui exclut les délits pour lesquels l'auteur n'encourt qu'une peine d'amende ainsi que les contraventions de police. La Cour de cassation considère cependant que si les conditions de la flagrance sont réunies au moment de l'intervention des forces de police, les actes accomplis sous le régime de la flagrance sont valables quand bien même les faits recevraient par la suite une qualification contraventionnelle (Cass. crim., 3 sept. 2002). En l'espèce, l'infraction prévue par l'article 226-3-1 du code pénal est punie d'une peine d'emprisonnement. Cette condition ne pose donc pas de difficulté.

Selon l'article 53, alinéa 1er du CPP, est qualifié crime ou délit flagrant, le crime ou le délit « qui se commet actuellement, ou qui vient de se commettre ». Il y a aussi crime ou délit flagrant lorsque, « dans un temps très voisin de l'action, la personne soupçonnée est poursuivie par la clameur publique, ou est trouvée en possession d'objets, ou présente des traces ou indices, laissant penser qu'elle a participé au crime ou au délit ».

Il ressort de cette définition que la flagrance suppose d'une part un critère temporel. Une infraction est en effet flagrante lorsque les faits sont portés à la connaissance des forces de l'ordre au plus tard le lendemain de leur commission. En l'espèce, les faits se réalisent dans la même journée, en un trait de temps. En effet, le 1<sup>er</sup> avril, immédiatement après avoir été importunées, les deux jeunes femmes se sont présentées ensemble au commissariat. Le critère temporel ne pose donc pas de difficulté en l'espèce.

Il convient d'autre part d'établir un critère d'apparence. Selon la Cour de cassation, « pour pouvoir agir en enquête de flagrance, les officiers de police judiciaire doivent avoir eu connaissance au préalable, d'indices apparents d'un comportement révélant l'existence d'une infraction en train de se commettre ou qui vient d'être commise » (Cass. crim., 12 mai 1992). En l'absence de tels indices, qui doivent exister préalablement à l'usage de la contrainte, la flagrance n'est pas caractérisée (Cass. crim., 11 juill. 2007). En l'espèce, les deux jeunes femmes ont dénoncé des faits délictueux aux enquêteurs et ceux-ci, en se rendant sur place, ont également constaté le « manège » de cet individu, consistant à placer son téléphone portable sous les juges des passantes. Le critère d'apparence est donc également rempli.

Enfin, sous réserve qu'il soit procédé à un acte de procédure au moins par jour, il résulte de l'article 53, alinéa 2, du CPP, que l'enquête de flagrance peut durer huit jours à compter de la constatation du crime ou du délit flagrant. Le procureur de la République peut décider la prolongation de l'enquête pour une durée maximale de huit jours, « lorsque des investigations nécessaires à la manifestation de la vérité pour un crime ou un délit puni d'une peine supérieure ou égale à cinq ans d'emprisonnement ne peuvent être différées ». A l'expiration

de ce délai, l'enquête doit se poursuivre en la forme préliminaire. En l'espèce, ce délai est respecté.

Les fonctionnaires de police sont donc intervenus dans le cadre de la flagrance.

Durant une telle enquête, les enquêteurs disposent de plusieurs moyens d'action.

Ils peuvent ainsi, en application de l'article 56 du code de procédure pénale, se transporter au domicile des personnes suspectées d'avoir participé aux faits incriminés ou de détenir des pièces, informations ou tout autre objet de nature à en rapporter la preuve. Ils procèdent alors à une perquisition ou à une visite domiciliaire, que la jurisprudence définit comme « la recherche, à l'intérieur d'un lieu normalement clos, notamment au domicile d'un particulier, d'indices permettant d'établir l'existence d'une infraction ou d'en déterminer l'auteur » (Cass. crim., 29 mars 1994). Dans le cadre de la flagrance, le consentement de l'occupant n'est pas requis. Cependant, afin que l'on ne puisse mettre en doute la régularité des découvertes auxquelles elle peut donner lieu, la perquisition doit, conformément à l'article 57 du CPP, avoir lieu en présence de l'occupant des lieux perquisitionnés. En cas d'impossibilité, l'OPJ doit inviter l'intéressé à désigner un représentant de son choix ; à défaut, il doit choisir deux témoins requis à cet effet par lui, en dehors des personnes relevant de son autorité administrative. L'article 706-94 du CPP apporte un tempérament à cette règle lorsque l'enquête porte sur une infraction relevant de la liste fixée par l'article 706-73. Cette exception n'est pas concernée en l'espèce.

En application de l'article 61 du code de procédure pénale les enquêteurs peuvent également convoquer en vue de leur audition toutes les personnes qui sont susceptibles de fournir des renseignements sur les faits ou sur les objets et documents saisis. Cela concerne tout à la fois les témoins, les victimes et les suspects. Quel que soit le cadre des investigations, les personnes convoquées sont tenues de comparaître. A défaut, un OPJ, après avoir obtenu l'autorisation du procureur de la République, peut les y contraindre par la force publique. Un procès-verbal est dressé. La personne entendue procède alors elle-même à sa lecture, peut y faire consigner ses observations avant d'y apposer sa signature. En cas de refus, mention en est faite sur ledit procès-verbal (CPP, art. 61, al. 4).

En application de l'article 55-1 du code de procédure pénale, les enquêteurs peuvent également solliciter des prélèvements nécessaires à la réalisation d'examen de comparaison avec les traces et indices révélés au cours de l'enquête.

Dans le même esprit, ils peuvent faire appel à des experts dans les conditions prévues par l'article 60 du code de procédure pénale afin de procéder « à des constatations ou à des

examens techniques ou scientifiques ». L'OPJ peut agir seul en cas de flagrance, sans être préalablement autorisé par le procureur de la république.

En application de l'article 60-1 du code de procédure pénale, les OPJ agissant dans le cadre d'une enquête de police ont également la possibilité de requérir « de toute personne, de tout établissement ou organisme privé ou public ou de toute administration publique qui sont susceptibles de détenir des informations intéressant l'enquête, y compris celles issus d'un système informatique ou d'un traitement de données nominatives, de lui remettre ces documents, sans que puisse lui être opposée, sans motif légitime, l'obligation au secret professionnel ». Comme précédemment, les OPJ peuvent agir seul en cas de flagrance.

Le quantum de la peine encourue, en l'espèce 1 an d'emprisonnement, n'est pas suffisant ici pour envisager une géolocalisation. La mise sous écoute téléphonique n'est également pas envisageable, aucun élément ne laissant penser en l'espèce que les faits relèvent de la criminalité organisée (article 706-95 du code de procédure pénale).

**L'interpellation de Thomas B. vous paraît-elle conforme aux règles de procédure pénale ? (2 points)**

L'article 73 du code de procédure pénale dispose que dans les cas de crime ou de délit flagrants punis d'une peine d'emprisonnement, toute personne a qualité pour appréhender l'auteur et le conduire devant l'officier de police judiciaire le plus proche.

En conséquence, l'interpellation ne peut avoir lieu que lorsque les faits constatés encourrent une qualification criminelle ou délictuelle. L'apparence de crime ou de délit flagrant doit être caractérisée de manière objective. À ce titre, la Cour de cassation a jugé que pour être caractérisé, « l'état de flagrance nécessite que des indices apparents d'un comportement délictueux révèlent l'existence d'une infraction » (Cass. Crim., 2 février 1988, n° 87-81.147). L'état de flagrance étant caractérisé, les enquêteurs pouvaient valablement interpellier Thomas B.

**Les enquêteurs peuvent-ils placer Thomas B. et Richard C. en garde à vue ? (2 points)**

- La garde à vue de Thomas B

Tout d'abord, ne peuvent être placées en garde à vue que les personnes qui sont suspectées d'avoir commis ou tenté de commettre un crime ou un délit puni d'emprisonnement (CPP, art. 62-2). En l'espèce, nous sommes bien dans cette hypothèse.

En outre, conformément aux dispositions de l'article 62-2, alinéa 2, du CPP, la garde à vue doit constituer « l'unique moyen » de parvenir à l'un des objectifs suivants :

- 1°) permettre l'exécution des investigations impliquant la présence ou la participation de la personne ;
- 2°) garantir la présentation de la personne devant le procureur de la République afin que ce magistrat puisse apprécier la suite à donner à l'enquête ;
- 3°) empêcher que la personne ne modifie les preuves ou indices matériels ;
- 4°) empêcher que la personne ne fasse pression sur les témoins ou les victimes ainsi que sur leur famille ou leurs proches ;
- 5°) empêcher que la personne ne se concerta avec d'autres personnes susceptibles d'être ses coauteurs ou complices ;
- 6°) garantir la mise en œuvre des mesures destinées à faire cesser le crime ou le délit.

La décision de placer un suspect en garde à vue, plutôt que de l'entendre selon le régime de l'audition libre, relève d'une faculté que l'OPJ tient de la loi. Sous réserve du cas de la personne faisant l'objet d'un mandat de recherche, qui doit être placée en garde à vue dès sa découverte (CPP, art. 70 et 77-4), aucune disposition n'impose qu'une personne contre laquelle il existe des indices permettant de soupçonner qu'elle a commis une infraction soit placée en garde à vue (Cass. crim., 1er sept. et 8 sept. 2004). A l'inverse, l'usage de la contrainte impose le placement immédiat en garde à vue (Cass. crim., 10 juin 2008).

En l'espèce, la garde à vue de Thomas B apparaît justifiée, en ce sens qu'elle était notamment l'unique moyen notamment de garantir sa présentation devant le procureur de la République et d'empêcher qu'il ne modifie les preuves ou indices matériels, notamment les photos enregistrées dans son téléphone portable. Toutefois, l'énoncé ne donne aucune précision sur la nécessité de la contrainte. Sous cette réserve, les enquêteurs pouvaient valablement placer Thomas en garde à vue.

- La garde à vue de Richard C

L'article 62-2 définit la garde à vue comme une mesure de contrainte : il s'agit donc d'une atteinte à la liberté d'aller et venir soumise aux principes de la nécessité, de la proportionnalité et de la légalité.



La condition relative à la nécessité fait l'objet d'une attention particulière de la part de la Cour européenne des droits de l'homme qui exige que l'existence de soupçons suffisants repose sur des renseignements propres à persuader un observateur objectif, puisque l'objet d'un interrogatoire de garde à vue est de compléter une enquête pénale (CEDH 30 juin 2009, Füsün Erdogan c/ Turquie, req). L'article 62-2 du CPP est d'ailleurs l'héritier de cet esprit puisqu'il confirme que le placement est décidé par l'officier de police judiciaire et reprend, dans sa formulation même, la condition subjective relative à l'existence de raisons plausibles de soupçonner que la personne a commis une infraction. Ce texte opte pour une approche concrète du soupçon requis puisque la garde à vue « doit constituer l'unique moyen de parvenir à l'un des objectifs » qu'il énumère : notamment, permettre l'exécution des investigations, garantir la présentation de la personne devant le procureur de la République, empêcher que la personne ne modifie les preuves, empêcher des pressions sur des témoins ou les victimes, empêcher que la personne ne se concertent avec des coauteurs ou complices, garantir la cessation de l'infraction.

En l'espèce, ce critère prête à discussion. La garde à vue repose en effet sur les seules déclarations de Caroline qui pense reconnaître Richard C en raison de sa chevelure. La régularité de ce placement en garde à vue est ainsi suspendue à la motivation qui sera retenue pour justifier le recours à cette mesure de contrainte en application de l'article 62-2 du code de procédure pénale.

### **3°) Les poursuites (6 points)**

#### **Les infractions relevées justifient-elles la mise en œuvre d'un régime procédural particulier ? (3 points)**

Les infractions concernées sont, pour le voyeurisme, un délit commis à l'encontre d'un mineur et d'un majeur et, pour la tentative de viol, un crime commis contre une majeure.

La tentative de viol donnera lieu à la saisine d'une juridiction criminelle, en l'espèce la cour d'assises ou la cour criminelle départementale également compétente pour cette infraction. Ces juridictions ne peuvent être saisies que par une ordonnance de renvoi délivrée par la juridiction d'instruction, étant précisé que l'instruction est obligatoire en matière criminelle. La procédure criminelle présente trois particularités essentielles. Premièrement, le principe de continuité des débats interdit que les débats soient interrompus. Les débats doivent donc continuer jusqu'à ce que la cause soit terminée par l'arrêt de la cour d'assises, et ne peuvent être suspendus que durant le temps nécessaire au repos des juges et des parties (CPP, art. 307). La fixation du moment de la suspension des débats relève du pouvoir discrétionnaire du

président (Cass. crim., 14 déc. 1977). Deuxièmement, le président de la cour d'assises est investi d'un pouvoir discrétionnaire en vertu duquel il peut prendre toutes mesures qu'il croit utiles pour découvrir la vérité (CPP, art. 310). Il peut ainsi procéder à une reconstitution ou entendre un témoin qui n'a pas été cité. Il peut, en outre, au cours des débats, appeler, au besoin par mandat d'amener, et entendre toute personne ou se faire apporter toute nouvelle pièce qui lui paraît, d'après les développements donnés à l'audience, utile à la manifestation de la vérité. Troisièmement, la présence d'un défenseur aux côtés de l'accusé est obligatoire (CPP, art. 317), qu'il s'agisse d'un avocat, choisi ou commis d'office, d'un parent ou d'un ami avec l'autorisation du président (CPP, art. 274 et 275). L'accusé est en principe obligé de comparaître, si besoin au moyen de la force publique (CPP, art. 320-1).

Concernant le délit de voyeurisme, les particularités procédurales concernent essentiellement la victime mineure. La poursuite, l'instruction et le jugement des affaires impliquant des mineurs délinquants relèvent de la compétence de juridictions spécialisées et font intervenir des acteurs spécialisés (CJPM, art. L. 12-1 et L. 12-2). Il s'agit par exemples d'enquêteurs particulièrement formée pour recueillir les témoignages d'une victime mineur. Le régime procédural comporte en outre des particularités au stade de l'exécution des peines, en particulier à propos du crédit de réduction de peines. En effet, le JAP peut ordonner le retrait du crédit de réduction de peine lorsque la personne a été condamnée pour les crimes ou délits, commis sur un mineur.

### **Quelles réponses pénales peuvent-elles être mises en œuvre et par qui ? (3 points)**

Une fois informé de la commission d'une infraction, en l'espèce le voyeurisme et la tentative de viol, le Ministère public est en principe libre de poursuivre ou de ne pas poursuivre. Au terme de l'enquête de police, c'est en effet le parquet qui va décider de l'opportunité de mettre en mouvement l'action publique ou de classer l'affaire sans suite. Pour ce faire, il doit examiner deux points : la légalité d'une poursuite éventuelle et son opportunité.

En principe trois réponses pénales peuvent être apportées par le parquet. Il peut ainsi envisager :

- de classer sans suite la procédure lorsque « les circonstances particulières liées à la commission des faits le justifient ». Le procureur de la République doit aviser les plaignants et les victimes de sa décision, en leur indiquant les raisons d'opportunité qui la justifient (CPP, art. 40-2). Hormis l'hypothèse où le procureur de la République reçoit du procureur général près la Cour d'appel une instruction particulière en ce sens (CPP, art. 36) – instruction à laquelle il peut ne pas se soumettre en vertu de ses pouvoirs propres de chef de parquet –, le

procureur de la République est toutefois tenu d'exercer l'action publique, malgré son désir de ne pas poursuivre, lorsque la victime se constitue partie civile par voie d'action, formalité qui a pour effet de mettre l'action publique en mouvement (CPP, art. 1er, al. 2). En l'espèce, un classement sans suite est peu probable dans les deux cas (pour le crime, compte tenu de sa gravité et de l'instruction obligatoire qui en découlera, pour le délit en raison des constats dressés par les enquêteurs qui ont été témoins de l'infraction et l'ont établi en tous ces éléments constitutifs).

- d'engager des poursuites pour le délit, devant le tribunal correctionnel et pour le crime devant une juridiction criminelle. Selon l'article 388 du CPP, le tribunal correctionnel est saisi des infractions de sa compétence soit par la comparution volontaire des parties, soit par la citation, soit par la convocation par procès-verbal, soit par la comparution immédiate, soit par le renvoi ordonné par le juge d'instruction. Concernant la procédure de comparution immédiate, le ministère public peut y recourir pour les délits passibles d'une peine d'emprisonnement au moins égal à deux ans, ce seuil étant ramené à six mois en cas de délit flagrant, lorsqu'il lui apparaît que les charges réunies sont suffisantes et que l'affaire est en l'état d'être jugée (CPP, art. 395). En outre, créée par la loi du 23 mars 2019 (CPP, art. 397-1-1), la procédure de comparution à délai différé suppose, comme la procédure de comparution immédiate, que les faits poursuivis soient punis d'au moins deux ans d'emprisonnement (seuil ramené à six mois en cas de délit flagrant). Ce choix procédural ne peut concerner que des affaires qui ne sont pas en état d'être jugées selon la procédure de comparution immédiate parce que n'ont pas encore été obtenus les résultats de réquisitions, d'examens techniques ou médicaux sollicités lors de l'enquête. Ce choix apparaît peu probable en l'espèce.

- de mettre en œuvre une procédure alternative aux poursuites. Cette réponse pénale ne peut concerner que le délit. Les alternatives aux poursuites sont en effet exclues en matière criminelle. En outre, pour que ce choix soit initié par le parquet il est nécessaire que les faits soit reconnus par Thomas, ce que nous ignorons.