

Groupe pénal du Syndicat de la Magistrature

**CONTRIBUTION À LA RÉFORME
DU MINISTÈRE PUBLIC**

OCTOBRE 2009

Dans son rapport remis au garde des Sceaux début septembre 2009, le “*comité de réflexion sur la justice pénale*” présidé par Philippe Léger a préconisé une réforme de la phase préparatoire du procès pénal reposant notamment sur la suppression de la procédure d’instruction, au profit d’un “*cadre unique d’enquête*” dans lequel toutes les investigations pénales seraient placées sous la responsabilité du parquet.

Cette disparition annoncée du juge d’instruction, statutairement indépendant, et l’accroissement subséquent des pouvoirs du parquet, actuellement placé sous l’autorité du garde des Sceaux, posent nécessairement la question d’une modification du statut du ministère public.

Sur ce point, pourtant, le rapport précise que “*l’ensemble des membres du comité se prononce contre une rupture du lien existant entre le parquet et le pouvoir exécutif*”. La justification avancée est classiquement jacobine: “*Il n’est en effet pas envisageable que le pouvoir exécutif, qui tire sa légitimité du processus démocratique, ne puisse pas définir la politique pénale et la faire appliquer harmonieusement sur l’ensemble du territoire de la République*”. Et le rapport de conclure, sans plus de précision: “*La majorité du comité souhaite maintenir le statut actuel des magistrats du parquet*”.

Cette réponse un peu courte repose en réalité sur une vision enchantée de l’action concrète du ministère public: à en croire ce comité de réflexion, les magistrats du parquet agiraient “*selon le principe d’indépendance*”...

Lors de son audition par la commission d’enquête parlementaire sur l’affaire dite d’Outreau, le 16 mars 2006, le Syndicat de la magistrature a exposé une toute autre perception du parquet:

« *Ces dernières années, le parquet que nous vivons dans nos pratiques professionnelles quotidiennes, et que les textes nouveaux consacrent, est à la fois omniprésent et omnipuissant au pénal et totalement subordonné au pouvoir exécutif. Ainsi, la loi dite « Perben II » du 9 mars 2004, en intronisant dans le Code de procédure pénale le garde des Sceaux en chef de la politique d’action publique, a mis la touche finale à cet édifice déséquilibré. L’écrasante majorité des enquêtes pénales est supervisée par un magistrat du parquet, chargé du contrôle de l’enquête, du choix de la procédure, exerçant des pouvoirs quasi-juridictionnels mais subordonné au ministre de la Justice ».*

Par conséquent, « *la suppression du juge d’instruction, seul magistrat de l’enquête en mesure actuellement de résister aux diverses pressions et, notamment, à celle de l’exécutif, serait particulièrement dommageable. Transférer les prérogatives du juge d’instruction à un parquet dépendant, ce serait donner au ministre de la Justice la possibilité de neutraliser définitivement les investigations sur les dossiers gênants.* »

Faisant le constat d’un parquet devenu omnipotent, le Syndicat de la magistrature ne pouvait cependant prôner le *statu quo*. Il a donc défendu l’idée d’un “*nouvel équilibre institutionnel*”, largement inspiré du rapport DELMAS-MARTY de 1991, dans lequel le parquet, qui

achèverait d'être le seul maître de l'enquête pénale, serait indépendant et contrôlé par un "juge de l'instruction", garant des libertés individuelles et du caractère contradictoire de la procédure, tandis que la défense verrait ses prérogatives renforcées.

Avec la loi du 5 mars 2007, le législateur a choisi de ne pas s'intéresser à la question du statut de la partie poursuivante.

Celle-ci se trouve aujourd'hui réactivée, avec une intensité inédite. En réalité, trois paramètres conduisent à considérer que la place du parquet est devenue l'enjeu majeur d'une réforme de la procédure pénale.

Le premier paramètre est politique. Dans son discours prononcé le 7 janvier 2009 devant la Cour de cassation, le Président de la République a clairement exprimé son souhait de voir disparaître le juge d'instruction. Les intérêts en présence, le rapport de force politique, les mots choisis par le chef de l'Etat, le contexte de son intervention et la mise en scène de celle-ci permettent de penser qu'il s'agit d'une perspective quasi-certaine. L'adoption en catimini, quelques semaines plus tard, d'un amendement reportant l'entrée en vigueur de la collégialité à l'instruction votée en 2007 conforte cette analyse. Autrement dit, la volonté politique de supprimer le juge d'instruction et, à travers lui, le dernier bastion d'indépendance en matière d'enquête pénale, n'a probablement jamais été aussi ferme.

Le deuxième paramètre est historique et sociologique. Comme l'a souligné Mireille DELMAS-MARTY dans une récente tribune intitulée « *Le parquet, enjeu de la réforme pénale* », « *les pouvoirs du parquet se sont considérablement développés, aggravant la confusion des pouvoirs, car le parquet joue tantôt le rôle d'un juge d'instruction, tantôt, par le jeu des "alternatives aux poursuites" et des procédures simplifiées, celui d'une quasi-jurisdiction de jugement* ». Or, « *malgré cette extension de ses pouvoirs, les garanties statutaires du parquet n'ont guère progressé et les pratiques ont plutôt régressé, qu'il s'agisse de la politique pénale ou des garanties statutaires* ». Cette distorsion croissante entre des pouvoirs accrus et une fragilité statutaire revendiquée par l'instance politique est un ferment puissant de déséquilibre qui doit conduire à une évolution.

Le troisième paramètre est comparatiste. La fonction subversive de l'analyse comparée, décrite par Geneviève GUIDICELLI-DELAGE, se trouve confirmée. La comparaison entre l'organisation judiciaire française et celle des principales démocraties parlementaires renvoie inéluctablement à ce constat d'évidence : la France est aujourd'hui le pays dans lequel le rapport entre l'importance des pouvoirs conférés au ministère public et la fragilité du statut est le plus élevé. Les autres pays ont, pour la plupart, fait un choix : là où le parquet a un grand pouvoir d'atteinte aux libertés publiques, il jouit d'un statut garantiste. A l'inverse, là où le ministère public est étroitement subordonné au pouvoir exécutif, ses pouvoirs sont drastiquement limités. Pour la France, la contradiction du système est aujourd'hui arrivée à son point de rupture. Dans un arrêt MEDVEDYEV contre France en date du 10 juillet 2008, la Cour européenne des droits de l'Homme a en effet jugé que le parquet français n'était pas une "autorité judiciaire" au sens de la CEDH, car « *il lui manque en particulier l'indépendance à l'égard du pouvoir exécutif pour pouvoir être ainsi qualifié* ». Si cet arrêt était confirmé, il imposerait de réviser le statut du parquet français.

Si l'opportunité de la réforme ne peut plus faire aucun doute, ses modalités n'en demeurent pas moins problématiques. De façon schématique, la doctrine se divise historiquement en deux tendances antagonistes.

La première, majoritaire, que l'on peut qualifier de moniste, s'attache à la préservation de l'unité du corps des magistrats, et préconise un renforcement des garanties statutaires du ministère public. Défendue par des universitaires, et notamment Mireille DELMAS-MARTY, des magistrats comme Jean-Paul JEAN, elle se défie de toute idée de séparation du corps, qui aurait pour conséquence d'affaiblir durablement l'autorité judiciaire. La réflexion dans le cadre moniste ne saurait toutefois faire l'économie de questions épineuses : comment concilier une indépendance accrue du ministère public et la légitimité des pouvoirs exécutifs et législatifs à déterminer une politique pénale et criminelle ? Faut-il refuser au gouvernement toute prise de responsabilité politique dans le traitement d'une affaire individuelle ? Comment limiter le renforcement considérable du pouvoir des procureurs induit par une telle réforme, et concilier celle-ci avec la règle hiérarchique ?

La seconde tradition, dualiste, tire argument de la caporalisation croissante des parquets, ainsi que de l'illisibilité de la distinction des fonctions entre le juge et le procureur dans le système moniste pour revendiquer une séparation du corps des magistrats porteuse de clarification et de sens. Le corollaire de cette séparation réside dans une limitation des pouvoirs de la partie poursuivante, et pose inmanquablement la question du critère de cette limitation et de la nature des prérogatives qui pourraient rester celle d'un ministère public ainsi rénové. Cette séparation du corps est aujourd'hui prônée par un nombre croissant d'avocats pénalistes, désireux d'égalité entre la défense et la partie poursuivante, nombre de magistrats du siège et, fait notable, par la conférence des premiers présidents de cours d'appel.

Une troisième hypothèse, plus hétérodoxe, doit toutefois être examinée, qui consiste en la nomination d'une autorité judiciaire, placée à la tête du ministère public français – le nom de procureur général de la Nation a été avancé. Le raisonnement qui sous-tend cette proposition réside dans la nécessité de soustraire le ministère public à une influence trop prononcée de l'exécutif. La question du mode de nomination de ce chef des parquets, ses rapports avec le pouvoir exécutif, l'étendue de son autorité doivent toutefois être précisément analysés – le risque étant grand que cette instance ne soit, en définitive, qu'un alibi masquant l'imperium réel mais caché du politique. Il n'est d'ailleurs pas neutre que cette proposition soit, à l'heure actuelle, principalement formulée par des magistrats du parquet qui jouissent de fonctions élevées dans la hiérarchie, au premier rang desquels Yves BOT.

I. Une évolution inéluctable

1. La situation du ministère public français

La situation du ministère public français repose sur un paradoxe que l'on peut résumer comme suit : à un accroissement tendanciel des pouvoirs et des prérogatives accordées à cette instance, répond une précarisation croissante, qui résulte tant de l'évolution du droit positif que de celle des pratiques.

Par ailleurs, le statut de magistrat, qui demeure celui des membres du ministère public, produit des effets légitimants notables, qui, alliés à l'évolution précédemment décrite, ont pour conséquence le placement de l'institution judiciaire au service d'intérêt partisans – ceux du gouvernement.

a. Une distorsion croissante entre un statut fragile et des pouvoirs accrus

i. L'accroissement des pouvoirs du parquet

1. Un pouvoir d'atteinte aux libertés publiques en constante progression

a. Le rôle majeur du parquet concernant les libertés publiques

Le magistrat du parquet est le premier de la chaîne pénale à contrôler les atteintes aux libertés publiques et à pouvoir en faire cesser les effets en cas d'irrégularité, notamment en matière de garde à vue, contrôle d'identité, perquisitions.

Il autorise les mesures coercitives pendant l'enquête, et les mesures destinées à découvrir les auteurs d'infraction pénales : la prolongation de la garde à vue, l'autorisation des interpellations en enquête préliminaire (article 78 du code de procédure pénale), les réquisitions en matière de contrôles d'identité.

b. La possibilité de nouvelles atteintes aux libertés

Depuis plusieurs années, les différentes lois modifiant la procédure pénale accroissent ces pouvoirs : ainsi, l'autorisation d'interpellation (article 78 du code de procédure pénale), permettant l'interpellation d'une personne soupçonnée d'avoir participé à une infraction pendant l'enquête préliminaire, ne pouvait auparavant être délivrée que contre des personnes n'ayant pas déféré à leur convocation. Le magistrat du parquet peut désormais délivrer cette autorisation lorsqu'il y a lieu de craindre que la personne ne défère pas à une éventuelle convocation. Ce critère éminemment subjectif laisse en réalité une grande marge de manœuvre. Le Procureur de la République s'est en outre vu confier le pouvoir de prendre un mandat de recherche contre toute personne soupçonnée d'un délit puni de plus de trois années d'emprisonnement. Ce mandat, diffusé au Fichier des personnes recherchées, confère à tous les services de police ou de gendarmerie du territoire national le pouvoir d'interpeller et de placer en garde à vue la personne recherchée, y compris en enquête préliminaire.

D'autre part, en matière de criminalité organisée, le magistrat du parquet peut désormais demander au Juge des libertés et de la détention (JLD) d'autoriser des écoutes téléphoniques, pouvoir dévolu auparavant uniquement au juge d'instruction. Il peut de même saisir le JLD aux fins d'autoriser les enquêteurs à effectuer des perquisitions de nuit (entre 21 heures et 6 heures) pour des infractions dont la liste s'est élargie au fil du temps.

En matière de détention provisoire, ses pouvoirs se sont considérablement accrus, puisqu'il peut saisir directement le JLD aux fins de placement en détention provisoire de la personne mise en examen lorsque le juge d'instruction l'a laissée en liberté, et il peut, lorsqu'une personne placée en détention provisoire est libérée par le juge d'instruction, décider d'un référé détention qui a pour effet de maintenir la personne en détention jusqu'à ce que son appel soit examiné par la Cour.

Ainsi, les réformes de la procédure pénale adoptées ces dernières années aboutissent d'une part à confier au parquet, sous le contrôle du JLD, des pouvoirs autrefois dévolus au juge d'instruction, et d'autre part à permettre des atteintes à la liberté auparavant impossibles.

2. L'émergence d'un pouvoir quasi-juridictionnel

Depuis une dizaine d'années, les procédures dites « alternatives » ont pris une place numériquement supérieure à la voie traditionnelle de poursuite devant le tribunal correctionnel ou le tribunal de police. Il s'agit de l'ordonnance pénale, de la composition pénale permettant de prononcer principalement des peines d'amendes, et plus récemment de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC).

Depuis l'entrée en vigueur de la CRPC, des peines allant jusqu'à un an d'emprisonnement peuvent être négociées entre le procureur de la République et la personne poursuivie, obligatoirement assistée d'un avocat pour des délits punis d'une peine d'amende ou d'une peine d'emprisonnement inférieure ou égale à 5 ans. La peine fixée par le procureur avec l'accord de la personne poursuivie est ensuite validée par un magistrat du siège.

La possibilité d'élargir la CRPC à tous les délits voire aux crimes est actuellement une piste de réflexion étudiée par la chancellerie.

Ainsi, la majorité des justiciables est elle placée sous le contrôle du parquet du début jusqu'à la fin du processus pénal, et ne verra jamais le juge. Il en va ainsi en matière d'ordonnance pénale ou de composition pénale.

3. Bientôt, un pouvoir exclusif de direction de toutes les enquêtes ?

Il existe déjà un contrôle total du parquet sur l'impulsion des enquêtes lorsque les faits délictueux ne peuvent être révélés par la plainte d'une victime, qui a toujours la possibilité, en cas d'inaction du procureur, de déposer une plainte avec constitution de partie civile entre les mains du doyen des juges d'instruction. Par exemple, lors d'un signalement par un commissaire aux comptes d'irrégularités, ou d'un signalement de TRACFIN, seul le procureur de la République peut décider d'y donner suite sans recours d'aucune sorte.

Dans le cadre des enquêtes menées par le parquet, il n'existe pas de dossier consultable par un avocat, qui n'a aucun accès à la procédure. Le dossier se trouve physiquement le plus souvent entre les mains du service de police ou de gendarmerie saisi, le parquet décidant des orientations de l'enquête et des poursuites à partir du rapport oral fait par les enquêteurs au téléphone. Bien sûr, il existe toujours la possibilité pour le parquet de se faire transmettre la procédure à la fin de l'enquête pour la lire, mais la généralisation du traitement en temps réel tend à faire de cette possibilité une rareté, voire une anomalie risquant de freiner le traitement des flux.

La disparition du juge de la scène pénale risque d'être bientôt consacrée par la suppression du juge d'instruction et le contrôle par le parquet de la totalité des enquêtes, de la plus simple à la plus complexe.

Il faut admettre que cette évolution a déjà été largement anticipée par la mainmise croissante des parquets sur les affaires économiques complexes et sensibles. Ainsi, le parquet de Paris semble décidé à ne plus saisir les juges d'instruction en ces matières que de façon exceptionnelle, officiellement pour éviter à l'enquête de perdre du temps, en réalité surtout afin d'éviter l'intervention d'un magistrat indépendant (cf. Le Monde, 24 et 25 mai 2009). Le nombre d'affaires concernées est, en ces matières, très important, et les dossiers apparaissent comme des plus sensibles : les biens mal acquis des chefs d'Etats africains, l'affaire dite Julien DRAY...

Plus généralement, on constate en tendance une baisse générale des saisines du juge d'instruction : il était saisi de 20% des affaires en 1960, 8% en 1989, 4% en 2009.

Or, cette évolution de fond ne s'est pas accompagnée d'un accroissement des garanties statutaires des magistrats du parquet.

ii. En corollaire, l'absence d'indépendance des magistrats du parquet

Contrairement aux travaux d'une doctrine plus versée dans le commentaire positiviste des textes de lois que dans le dévoilement des pratiques, il semble qu'une analyse pertinente d'une situation de dépendance ou d'indépendance donnée ne puisse faire l'économie d'un détour par le riche éventail des pratiques, des représentations, et des silences coupables de la loi.

S'agissant du parquet, cette analyse achève de convaincre du fait que le mode de nomination des procureurs, l'absence de statut et de toute garantie pour les substituts, et l'absence totale de respect des textes sur les instructions, tant de la part de la chancellerie que de la hiérarchie parquetière jouent à plein pour neutraliser le ministère public français et l'inciter à exercer ses attributions dans l'intérêt du gouvernement davantage que dans celui de la société.

1. Un mode de nomination des magistrats du parquet permettant la politisation des postes hiérarchiques et la fragilité du reste du corps

- a. Le pouvoir de proposition des nominations confié à la chancellerie et l'avis purement consultatif du Conseil supérieur de la magistrature

Le Conseil supérieur de la magistrature n'a, contrairement à ce qui se passe pour les magistrats du siège, qu'un avis purement consultatif sur les propositions faites par la chancellerie concernant les nominations des magistrats du parquet .

Certains gardes des sceaux s'étaient engagés à ne pas passer outre les avis défavorables du CSM pour la nomination des magistrats du parquet ; actuellement les nominations malgré avis défavorables sont nombreuses, et même majoritaires. De fait, la possibilité pour la chancellerie de passer outre l'avis du CSM se traduit concrètement par la possibilité de faire nommer un candidat n'ayant pas forcément la plus grande ancienneté ou les compétences les plus adaptées au poste, critères objectifs utilisés par le CSM, au profit de critères subjectifs, notamment politiques. Il n'existe donc aucune justification à ce texte, qui ne devrait pouvoir être mis en sommeil ou réutilisé en fonction des personnes occupant la fonction de garde des sceaux.

Le CSM n'ayant qu'un avis à donner sur les nominations, et le pouvoir de proposition étant dévolu à la chancellerie, rien ne s'oppose à la constitution de filières par affinité. Du fait de la proximité des hiérarques avec l'exécutif, ils peuvent constituer leurs équipes en fonction de leurs relations, et faire accepter leur choix à la chancellerie, qui pourra le maintenir quel que soit l'avis du CSM.

Ainsi, chaque magistrat du parquet est susceptible d'être redevable à son futur supérieur hiérarchique de l'avoir « recruté », ce qui ne joue pas en faveur de relations distanciées entre les différentes autorités.

Dans ce contexte se pose aussi la question, qui n'est du reste pas l'apanage du parquet, de l'évaluation de chaque magistrat par son supérieur hiérarchique, sa notation composant son dossier sur lequel s'appuiera le CSM, qui n'aura pas d'autres éléments pour juger de l'opportunité de la nomination à tel poste d'un magistrat.

Ces facteurs aboutissent ainsi à un rôle de plus en plus important des procureurs généraux dans le choix des procureurs de la République, et à une véritable constitution de filières de recrutement.

- b. Le cas particulier des procureurs généraux

Les procureurs généraux sont nommés en Conseil des ministres. A l'origine, la justification de ce texte était de leur conférer une grande légitimité et une grande autorité, à l'égal des préfets. Ce mode de nomination engendre cependant un caractère éminemment politique à leur désignation.

D'autre part, par exception au principe d'inamovibilité, ils peuvent être mutés « dans l'intérêt du service » et contre leur volonté, possibilité qui, on le verra, est loin d'être purement théorique.

c. L'évolution actuelle

La politisation du corps des parquetiers est une réalité indubitable : le pouvoir exécutif, à l'occasion de plusieurs affaires récentes, n'a pas hésité à congédier et nommer à la Cour de cassation de nombreux procureurs généraux.

Ce fut le cas, il y a quelques années, du procureur général de Toulouse WOLFF, accusé de n'avoir pas géré l'affaire Patrice ALEGRE. Puis, plus récemment, cinq procureurs généraux ont été remerciés par Rachida DATI. C'est aussi actuellement le cas de Marc ROBERT, procureur général à RIOM, nommé « dans l'intérêt du service » à la Cour de Cassation, officieusement du fait de ses positions sur la carte judiciaire et le projet de suppression du juge d'instruction.

Les critères de nomination des procureurs de la République et des procureurs généraux ne sont pas plus neutres. Il suffit de rappeler le cas de Stéphane NOEL, ancien directeur adjoint de cabinet de Rachida DATI, nommé procureur général à Bourges malgré une carrière très brève, ou de Philippe COURROYE, nommé procureur de la République à Nanterre contre l'avis du CSM, ou encore de Laurent LE MESLE, nommé procureur général de Paris après avoir été conseiller pour la justice du président de la République Jacques CHIRAC.

2. Les rapports hiérarchiques : un texte clair concernant les pouvoirs du garde des sceaux et les procureurs généraux et un vide juridique concernant les rapports entre procureur et substitut

a. Les pouvoirs donnés par les textes à la hiérarchie

- i. Les textes concernant les pouvoirs du garde des sceaux

La loi du 9 mars 2004 a créé un chapitre avec un article unique intitulé : « des attributions du garde des sceaux, ministre de la justice ». L'article 30 du Code de procédure pénale dispose que « le garde des sceaux adresse aux magistrats du ministère public des instructions générales d'action publique. Il peut dénoncer au procureur général les infractions à la loi pénale dont il a connaissance et lui enjoindre, par instructions écrites et versées au dossier de la procédure, d'engager ou de faire engager des poursuites ou de saisir la juridiction compétente de telles réquisitions écrites que le ministre juge opportunes ».

- ii. les textes concernant les pouvoirs juridictionnels des procureurs généraux : un modèle calqué sur les pouvoirs du garde des sceaux

Depuis la loi du 9 mars 2004, (article 35 du Code de procédure pénale), le procureur général « anime et coordonne l'action des procureurs de la République ainsi que la conduite de la politique d'action publique par les parquets de son ressort ».

Par ailleurs, l'article 36 du CPP dispose : « le procureur général peut enjoindre aux procureurs de la République, par instructions écrites et versées au dossier de la procédure, d'engager ou

de faire engager des poursuites ou de saisir la juridiction compétente de telles réquisitions écrites que le procureur général trouve opportunes ».

Ces deux textes présentent surtout un intérêt « en transparence », c'est-à-dire moins pour ce qu'ils permettent que pour ce qu'ils interdisent *a contrario*. En effet, ils signifient sans contestation possible qu'il est interdit d'enjoindre au procureur général ou au procureur de la République de classer sans suite une affaire, tout comme il prohibe toute instruction non écrite dans une affaire particulière.

En théorie, les rapports entre les différents échelons du parquet doivent donc être régis par la règle de l'écrit, et, si le garde des sceaux peut prendre la responsabilité politique de faire juger toute personne, il ne peut en aucun cas « enterrer » une affaire, c'est-à-dire la soustraire au débat d'un tribunal.

- b. Le substitut du procureur : un vide juridique permettant une interprétation restrictive de ses pouvoirs et de son indépendance vis-à-vis du procureur

Sur le rôle du substitut au sein du parquet, on ne trouve dans le Code de l'organisation judiciaire que deux articles. Le substitut apparaît comme le grand impensé de l'organisation parquetière, or c'est lui formellement qui prend l'immense majorité des décisions.

Comme souvent, ces impensés sont mis par la pratique quotidienne et par la hiérarchie, au service d'une conception restrictive du pouvoir du substitut.

- i. Deux conceptions différentes du métier de substitut

La question de la légitimité propre du substitut est largement débattue au sein des parquets où s'affrontent deux conceptions différentes aux incidences essentielles.

Selon la première, le substitut tire sa légitimité du Procureur de la République – d'où son nom de substitut – et c'est en son nom qu'il prend toutes ses décisions, en vertu d'une sorte de délégation de pouvoir. Comprendre : c'est parce que le procureur de la République ne peut pas tout faire tout seul qu'existent les substituts. D'où la pratique consistant par exemple à signer les réquisitoires et les soit-transmis « pour le Procureur de la République ». On voit bien combien cette acception tend à déposséder le substitut de ses attributs de magistrat, en en faisant une excroissance du Procureur, qui aurait le pouvoir de lui retirer tout dossier pour le traiter lui même.

Selon la seconde, le substitut, comme tout magistrat, tire sa légitimité de la loi, qui lui donne, en son nom, le pouvoir de signer tous les actes ressortissant du pouvoir du procureur. En ce sens, tout substitut est le Procureur de la République lorsqu'il prend un acte et se retrouve à l'audience. Un arrêt de la Cour de Cassation du 3 juillet 1990 prend clairement partie pour cette seconde acception, en précisant que « le substitut puise en sa seule qualité, en dehors de toute délégation de pouvoir, le droit d'accomplir tous les actes rentrant dans l'exercice de l'action publique ».

ii. La « délégitimation » de la fonction de substitut

Au sein des tensions à l'œuvre entre ces deux pôles, deux « labels » jouent à plein pour délégitimer la fonction de substitut.

1. Une acception contestable du concept de loyauté

De façon liminaire, il n'est pas inintéressant de constater que le concept de loyauté ne se trouve dans aucun texte relatif au parquet, mais uniquement dans le serment que prêtent autant les magistrats du parquet que ceux du siège. Or, si le vocable est quasiment absent des discours portés sur le siège, on assiste à une sur-représentation croissante de son utilisation dans les théories du parquet. Il convient donc d'interroger cet usage asymétrique afin de percevoir les intérêts qu'il peut servir.

Pour le dictionnaire, la loyauté est la fidélité à tenir ses engagements. Son acception logique est qu'elle oblige le magistrat du parquet à informer son supérieur hiérarchique tant des faits qui sont portés à sa connaissance que des décisions qu'il a prises. Or, la conception désormais ordinaire de la loyauté revient pour le substitut à prévoir quelle décision il envisage de prendre, quelle peine il envisage de requérir, d'en informer le procureur afin de le mettre en mesure de le faire remplacer si les réquisitions ne lui conviennent pas. Bref, la loyauté signifierait l'infidélité du substitut envers ses propres décisions – le contraire en somme de l'invitation du dictionnaire. On ne saurait trouver plus belle illustration de la théorie de la délégation de pouvoir.

Cette pratique contre nature conduit à biaiser le fonctionnement institutionnel tel qu'il est prévu par les textes concernant le principe de la liberté de parole à l'audience (article 5 de l'ordonnance de 1958). Comment prétendre que la parole est libre à l'audience quand les réquisitions qui y seront tenues auront été, via la loyauté, savamment contrôlées a priori par le Procureur qui aura choisi de faire remplacer un substitut par un autre ? La formule devrait alors être précisée : la parole est libre à l'audience, à condition d'avoir été autorisé à la tenir.

Cette acception de la loyauté est d'autre part totalement contradictoire avec les deux principes de l'interdiction des injonctions de classer sans suite et l'obligation de verser au dossier les injonctions écrites de poursuivre. En effet, l'interdiction de ce type d'injonction risque fort de se révéler purement formelle si la loyauté oblige le substitut à déclarer son intention d'engager des poursuites et si le procureur peut le dessaisir et confier le dossier à un autre substitut plus malléable qui procèdera au classement, voire le classer lui-même. De même, si le substitut envisageant de classer sans suite une affaire doit en informer préalablement le procureur et accepter de lui « rendre » le dossier à sa demande, aucune instruction écrite de poursuivre ne figurera au dossier.

La difficulté réside dans la question de savoir si ces textes (interdiction des injonctions de classer et obligation de verser au dossier les injonctions de poursuivre) s'appliquent bien aux rapports entre les substituts et les Procureurs, ou seulement aux rapports entre le procureur et le parquet général.

Le vide juridique sur ce point peut alors être interprété en faveur de la théorie selon laquelle le substitut n'est qu'une émanation du procureur puisque le législateur n'a pas cru bon de préciser les règles régissant les rapports entre eux.

Cette interprétation paraît devoir être écartée, sauf, comme nous l'avons dit plus haut, à dénier au substitut sa qualité de magistrat. Mais de fait, tout substitut se trouve placé devant la question de savoir quelle interprétation il doit donner à ce vide juridique et ne se trouve pas adossé à un texte solide et incontestable lorsqu'il doit répondre à des injonctions de sa hiérarchie. Peu de substituts contestent, y compris du point de vue des principes, le fait que le procureur a le droit à tout moment de leur retirer un dossier, considérant que cela peut découler des textes.

Le substitut est d'autant plus enclin à accepter cette pratique que c'est le Procureur de la République qui, dans les faits (rapports avec la hiérarchie, la presse, l'exécutif, les autres institutions) assume les orientations mais aussi les décisions de son parquet. C'est donc placer le procureur dans une position difficile que de lui faire assumer des décisions qu'il n'a pas prises, autre argument qui conduit bien souvent le substitut à accepter que le procureur puisse librement lui reprendre un dossier s'il souhaite changer sa décision.

Le substitut se trouve donc forcément extrêmement fragilisé alors qu'il peut sans cesse se demander s'il est à la limite de la faute disciplinaire en refusant d'appliquer certains ordres.

2. La mutabilité du substitut

L'article R.311-34 du Code de l'organisation judiciaire dispose que « le procureur de la République répartit ses substituts entre les chambres du tribunal et les divers services du parquet ».

L'article R.311-35 du Code de l'organisation judiciaire ajoute que « le procureur de la République peut à tout moment modifier la répartition de ses substituts ».

Il n'est pas contestable que, dans les textes comme dans la pratique, le Procureur de la République possède un pouvoir absolu de répartition des magistrats de son parquet dans les différents services qui le constituent. Pas contestable non plus que ce pouvoir joue comme un synonyme de grande précarité pour le substitut, en ce que sa constante mutabilité peut être utilisée comme une carotte ou un bâton par la hiérarchie. Pas contestable enfin que cette précarité n'encourage nullement le parquetier à exercer avec indépendance d'esprit la plénitude des attributions que lui confère la loi.

iii. Conséquence : la neutralisation du substitut et sa traduction dans les organigrammes du parquet

Ces différents éléments ont pour effet de neutraliser le substitut, c'est-à-dire de l'empêcher de prendre toute décision susceptible de nuire aux intérêts du pouvoir en place.

Cette conception du parquet et son entrée dans les mœurs judiciaires est largement visible dans les organigrammes et l'organisation des grands parquets qui s'inscrivent dans trois grandes tendances.

En premier lieu, la création des cabinets du procureur. Le procureur de la République s'entoure de trois ou quatre magistrats travaillant à ses côtés. Ce cabinet n'a pas qu'une fonction organisationnelle. Il centralise aussi la gestion des affaires sensibles, en déposant les magistrats à qui elles devraient incomber en vertu de l'organigramme. Ainsi, c'est souvent le cabinet (ou le procureur lui-même) qui décide de faire appel. De même, les magistrats du cabinet se voient attribuer des contentieux particuliers, par exemple en fonction de la profession des mis en cause (policiers par exemple) ou la compétence exclusive pour la saisine de certains services. Ainsi, au parquet de Bobigny, c'est le cabinet du procureur qui saisit de façon exclusive l'Inspection générale des services.

En second lieu, une tendance existe à la prise de pouvoir de la hiérarchie intermédiaire, constituée par les chefs de division (au parquet de Paris) ou de section (dans les grands parquets). En effet, au-delà d'une certaine taille, les parquets sont organisés en sections en fonction du type de contentieux traité, ce qui se comprend pour permettre l'acquisition des compétences techniques dans le cadre d'une spécialisation. Or, l'existence du chef de section, qui n'est prévue par aucun texte, peut avoir une incidence sur le traitement des contentieux par les magistrats des sections. Pourtant, le chef de section n'a donc aucune légitimité pour donner des instructions aux magistrats de sa section, ses attributions devant normalement se cantonner à la tenue des plannings. Or, il se comporte souvent comme le premier échelon de la hiérarchie, relayant ainsi l'information au cabinet du procureur ou au procureur lui-même, et prend lui-même parfois la décision de revenir sur des décisions du substitut, par exemple lorsqu'il est sollicité par la police.

Enfin, la politique pénale est de plus en plus cadrée, rognant souvent sur le pouvoir d'appréciation sans lequel le substitut n'est plus magistrat. Cette politique pénale est bien souvent formalisée dans des documents internes prévoyant par type d'infraction et par montant de préjudice le type de réponse pénale et le montant de la peine. Que reste-t-il alors comme marge d'interprétation au substitut ? A Nantes par exemple, en 2004, le défèrement des prostituées était obligatoire lors de la deuxième interpellation pour racolage.

Cette forte centralisation a pour effet de créer un double parquet : un parquet pour les affaires courantes (les sections) et un parquet pour les affaires sensibles ou signalées (le cabinet du procureur).

Dans certains parquets, le substitut ne signe même plus les réquisitoires « sensibles » dans les dossiers d'instruction. Par exemple, au parquet de Créteil, une note de service indique que tout dossier mettant en cause un fonctionnaire ou une personnalité devra être contresigné par un membre de la hiérarchie. Dans ce même parquet, l'ensemble des réquisitoires criminels sont relus par les chefs de section avant signature par le substitut. A Bobigny, la règle est plus drastique encore, puisque les règlements correctionnels détenus doivent aussi faire l'objet d'une approbation par la hiérarchie intermédiaire. Et que dire d'une pratique existant au parquet de Paris, où contrairement à la lettre même du statut, les substituts sont tenus d'informer, avant l'audience, des réquisitions orales qu'ils comptent prendre dans tous les dossiers signalés – ce qui les empêche d'ailleurs de s'adapter à l'audience et aux éléments nouveaux qui y sont apportés ?

Dans les tribunaux de grande taille, le fonctionnement quotidien aboutit à une répartition en pyramide de la prise de décision, le travail du substitut se limitant à prendre les décisions dans les affaires les plus simples (conduite en état alcoolique (CEA), usage de stupéfiants...) selon

des barèmes bien souvent préétablis (barèmes concernant le montant des amendes en composition pénale selon le montant du préjudice résultant du vol, du taux de la CEA, ...), et à faire remonter à temps les informations à la hiérarchie intermédiaire concernant toute affaire comportant un enjeu pénal, sans qu'il s'agisse forcément d'affaires sensibles, afin de permettre la prise de décision au niveau de la hiérarchie supposé conforme à l'importance de l'affaire : hiérarchie intermédiaire (chef de section) pour les affaires moyennes à graves (braquages, vol violence, ...), procureur et son cabinet concernant les affaires les plus importantes (retentissement dans la presse locale ou nationale, délinquance dans les quartiers sensibles...).

En raison notamment du flou des textes régissant les rapports entre le procureur et ses substituts, ces pratiques, conduisant à vider de sens le statut de magistrat des substituts, deviennent légitimes aux yeux de beaucoup de professionnels concernés. Si ceux-ci ont conscience du caractère politique des décisions alors prises par la hiérarchie, le sentiment dominant est celui d'une impuissance face à un système ne laissant pas d'autre choix, sous peine de représailles pour sa situation personnelle, voire de suites disciplinaires.

On constate que s'installe l'idée, intégrée par la plupart des substituts, qu'il est légitime que les décisions les plus importantes soient prises par les chefs de section ou le cabinet du procureur, en raison de l'expérience et de l'ancienneté de magistrats supposés alors plus compétents, cet argument leur permettant finalement une auto-justification de l'abandon de leur qualité de magistrat. La pyramide des âges du parquet, qui peine aujourd'hui à attirer en dehors des magistrats sortant de l'école, joue en ce sens.

En définitive, c'est la vision du substitut donnée par les sociologues Christian MOUHANNA et Benoit BASTARD à la suite de leur étude au tribunal de Bobigny (Une justice dans l'urgence, PUF, 2007) qui s'impose : décisions standardisées, acceptation d'un contrôle permanent de la hiérarchie, intérêt davantage porté à la gestion des flux qu'au fond des affaires, absence de questionnement sur les finalités de leur travail... Même si cela est surtout vrai dans les grands parquets taylorisés.

- c. Les conséquences de la politisation de la hiérarchie et de la fragilité des substituts : le détournement des textes concernant les pouvoirs du garde des sceaux et des procureurs généraux
 - i. La politisation de la hiérarchie rend possible l'acceptation d'une conception extensive de ces textes

Depuis quelques années, il est fait usage de manière systématique et massive des pouvoirs conférés par les textes.

Les derniers gardes des sceaux ont affirmé avec force leur pouvoir hiérarchique, avec des sorties parfois provocatrices, par exemple en se posant comme « chefs des procureurs ».

Les instructions individuelles de poursuivre, dont certains gardes des sceaux s'étaient engagés à ne pas faire usage, sont actuellement nombreuses.

Des circulaires de plus en plus précises sont diffusées, laissant une marge de manœuvre de moins en moins grande aux parquetiers, avec parfois des dispositions contraires au statut. Ainsi, lors de l'entrée en vigueur de la loi sur les peines plancher, des instructions ont été données de viser systématiquement la récidive dans la qualification des faits, de requérir systématiquement la peine plancher à l'audience, et de faire appel lorsqu'elles n'étaient pas prononcées. La question de la compatibilité de ces instructions avec le principe de la liberté de parole à l'audience apparaît clairement posée.

De plus, la chancellerie, depuis cette année, a envoyé à chacun des parquets généraux une « circulaire annuelle de politique pénale » personnalisée détaillant, par Cour d'Appel, les objectifs précis qui leur étaient assignés et demandant aux procureurs généraux de décliner cette circulaire par tribunal de grande instance. Cette pratique conduit à un maillage de plus en plus précis de la justice par le ministère de la justice.

- ii. L'entrée dans les mœurs du parquet de pratiques illégales : les ordres donnés sans instruction écrite et les injonctions de classer sans suite

Alain BANCAUD, dans « Une Exception ordinaire, la magistrature en France, 1930-1950 » affirme que : « les responsables du parquet se caractérisent par leur capacité à respecter, mais aussi à solliciter des instructions... Le parfait parquetier sait reconnaître les affaires susceptibles d'intéresser la chancellerie, il se fait un devoir de l'avertir et de la tenir soigneusement informée des suites de l'affaire ».

Rien n'a vraiment changé depuis l'époque décrite.

Sociologiquement, le choix des procureurs dans les grands tribunaux est crucial pour le pouvoir en place. Il est clair que ce choix se fait en fonction de la docilité du magistrat en question.

Les pratiques illégales sont alors acceptées par peur de perdre son poste ou de rater sa carrière ou encore, pour les substituts qui ne sont pas forcément ou pas encore dans ces logiques, par peur de suites disciplinaires : les magistrats, chacun à leur niveau, acceptent de prendre l'avis de la hiérarchie avant toute décision dans les dossiers sensibles, ce qui constitue un détournement du texte prévoyant que le garde des sceaux et le procureur général peuvent enjoindre de poursuivre par écrit dans un dossier classé sans suite. Le but de cette pratique est qu'il ne soit pas révélé que l'origine de la décision vient « d'en haut », ce qui contrecarre justement le texte prévoyant des instructions « écrites » afin que cela apparaisse clairement dans le dossier.

Par conséquent, et de façon logique, les procureurs acceptent les injonctions de poursuivre sans ordre écrit de la hiérarchie, et la même logique les conduit à accepter les injonctions de classer sans suite. Tout magistrat ayant travaillé au sein d'un cabinet de procureur de la République ou d'un procureur général est nécessairement conscient de ces réalités là.

Dès lors, l'insuffisance des garanties concernant d'une part la nomination des magistrats du parquet, et d'autre part les pouvoirs respectifs des procureurs et de leurs substituts, sont deux facteurs essentiels qui rendent possibles des pratiques illégitimes, voire illégales, et un contrôle de la plupart des décisions sensibles par le pouvoir exécutif.

b. Corps unique et absence d'indépendance : la légitimité et les pouvoirs des parquetiers mis au service d'un fonctionnement partisan

La question posée est celle des incidences de la qualité de magistrat conférée aux membres du ministère public dans un contexte où, comme on a cru le démontrer, ceux-ci ne sont pas exclusivement au service de l'intérêt général ou de la loi, mais bien parfois d'intérêts partisans.

Il s'avère que la position du ministère public n'est pas celle d'une simple partie, ce qui ne saurait être justifié que par un positionnement au service exclusif de la loi.

Or, cette position a au moins deux incidences sur le cours du processus pénal : en premier lieu, un déséquilibre flagrant entre partie poursuivante et défense, et surtout une proximité symbolique entre le siège et le parquet, facteur d'incompréhension pour le justiciable – et pour la Justice.

i. L'inégalité des armes entre partie poursuivante et défense

A l'audience tout d'abord, et de façon peut-être anecdotique, le magistrat du parquet se trouve placé sur l'estrade, à la même hauteur que les magistrats du siège, tandis que les avocats se trouvent physiquement en contrebas, aux côtés des personnes qu'ils défendent. Cette organisation matérielle de l'audience symbolise assez bien le déséquilibre entre l'accusation, portée par un parquetier jouissant du statut de magistrat comme ses collègues du siège, et la défense.

Dans les relations avec le siège, et de façon beaucoup moins anecdotique, il est évident que la voix du parquetier trouve un écho différent de celle de l'avocat, dans l'oreille du juge. Parquetier et juge sont en effet collègues, ont obtenu le même concours, sortent de la même école, et peuvent, demain, exercer les mêmes fonctions.

Surtout, le parquet a des pouvoirs organisationnels incomparables avec ceux de la défense – et il n'est rien de plus stratégique que l'organisation. Il a par exemple accès au tableau de permanence des juges du siège. Il lui est assez facile de choisir le juge d'instruction qu'il préfère en fonction de l'affaire à instruire. Il n'est pas rare que le parquetier aille voir le président du Tribunal pour faire désigner tel ou tel juge d'instruction. Un avocat n'a évidemment aucun pouvoir en la matière. Si de telles pratiques sont illégales, elles sont entrées dans les moeurs, justifiées aux yeux des professionnels par les nécessités d'une bonne justice et la confiance dans la parole d'un parquetier vu comme un collègue qui n'est pas suspecté à priori d'agir dans un sens partisan, contrairement à l'avocat.

Le parquet a aussi des pouvoirs, légaux cette fois, en matière d'audiencement, puisque la loi prévoit un co-audiencement des affaires pénales. Rien ne lui est plus aisé que de réserver certaines affaires d'assises à certains présidents, puisque ces derniers sont censés choisir leurs affaires sur une liste dressée par le parquet.

- ii. Les conséquences dans le cadre des nouveaux rapports du parquet et du siège, qui ne dispose plus dans de nombreux cas que d'un pouvoir de validation ou de rejet des demandes du parquet.

S'agissant des actes d'enquêtes pour lesquels le procureur demande une autorisation au JLD, (écoutes téléphoniques, perquisitions de nuit), la décision est prise par des magistrats désignés selon des tableaux de permanence à la journée. Il est certain que ces derniers n'ont pas la possibilité matérielle de prendre connaissance de la totalité de l'enquête, celle-ci étant d'ailleurs le plus souvent résumée dans un rapport de police sans que le magistrat n'ait en main les procès verbaux dressés.

S'agissant de la validation de décisions d'amende ou d'emprisonnement prises en matière de Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité et de composition pénale, le magistrat est fortement incité à valider une décision pour laquelle toutes les parties semblent d'accord, et qui, sans validation, viendra alourdir le stock des dossiers devant être jugés par le tribunal.

Dans les deux cas, le fait que le parquetier fasse partie du même corps que le juge du siège pose question. En effet, la présomption favorable du juge du siège à l'égard de son collègue du parquet est particulièrement problématique lorsqu'il a pour seul pouvoir la validation ou le rejet de sa demande, et se trouve dans la position de moins bien connaître le dossier que le parquetier.

- iii. Les pouvoirs importants donnés au parquetier, découlant de sa qualité de magistrat

L'extension des pouvoirs des magistrats du parquet est légitimée dans le discours par deux éléments : le fait que ses décisions doivent être validées par un magistrat du siège, et sa qualité première de magistrat. On vient de voir que le premier argument n'apporte pas de garanties suffisantes. Quant au second, on a vu longuement dans la première partie que le statut de parquetier rend difficile sa tâche de gardien des libertés publiques face aux atteintes qu'il doit contrôler, en raison notamment de son absence d'indépendance vis à vis de sa hiérarchie.

D'autre part, sa marge de manoeuvre en matière de contrôle des libertés se trouve bridée par la nécessité dans laquelle il se trouve de ne pas avoir de mauvaises relations avec ses interlocuteurs naturels, par exemple la police. Même si le substitut joue à plein son rôle de gardien des libertés, il se trouve entre le marteau et l'enclume lorsque la police, connaissant bien le fonctionnement interne du parquet, peut s'adresser à sa hiérarchie afin de faire changer ses décisions.

D'autres autorités, par exemple le préfet, les maires, connaissent ce fonctionnement interne du parquet et peuvent en jouer.

On peut à cet égard donner l'exemple des autorisations d'interpellation en préliminaire (article 78 du code de procédure pénale) ou des prolongations de garde à vue. En particulier, la question s'est posée de la prolongation de garde à vue des étrangers en situation irrégulière lorsque l'enquête judiciaire est terminée et que la décision de classer sans suite est prise pour privilégier une suite administrative, mais que la préfecture n'a pas encore eu le temps de

prendre un arrêté de reconduite à la frontière. Les préfets ont saisi les procureurs de la République de cette question, leur indiquant qu'il était problématique que certains substituts ne prolongent pas la garde à vue. Les procureurs ont alors demandé aux membres de leurs parquets de prolonger systématiquement ce type de garde à vue.

La question de la possibilité concrète pour ces magistrats de contrôler effectivement les libertés publiques est donc posée avec acuité.

Ainsi, le procureur de la République, par nature en contact direct avec l'autorité administrative et la police, est davantage sensible aux arguments de ses interlocuteurs qu'un juge du siège indépendant.

La moindre des spécificités du ministère public français n'est donc pas d'allier un pouvoir important d'atteinte aux libertés individuelles, et une fragilité statutaire extrême. A cet égard, une étude à visée comparatiste des modèles étrangers les plus significatifs démontre que la France est le seul pays à se trouver dans une telle situation de déséquilibre.

2. Les modèles étrangers

Il ne saurait être question d'opérer ici une analyse exhaustive des modèles étrangers du ministère public, analyse déjà éprouvée (Christine LAZERGES, *Figures du parquet*, PUF) et qui nous amènerait sans doute à des développements hors de propos. L'axe qui est apparu pertinent consiste dans la mise en rapport de l'étendue des pouvoirs des ministères publics et l'importance des garanties dont ils bénéficient.

Des modèles ressortissant de traditions juridiques extrêmement différentes ont été volontairement retenus.

a. Le modèle italien

i. Le statut du ministère public italien

La Constitution italienne confère au parquet la même indépendance que celle des magistrats du siège à l'égard des autres pouvoirs.

Le parquet et le siège forment un corps unique. Tous les membres bénéficient de l'inamovibilité.

Le passage des magistrats du siège au parquet, et inversement, est possible et fréquent.

Le Ministre de la Justice n'est pas à la tête du ministère public et ne peut avoir connaissance du contenu des enquêtes en cours.

Si le parquet italien est régi par le principe d'indivisibilité, le professeur Geneviève GIUDICELLI-DELAGE souligne la très forte indépendance fonctionnelle de chacun des membres du parquet italien et la grande liberté d'action des substituts, qui ne reçoivent pas d'instructions de leur hiérarchie. Ainsi, un procureur ne peut obliger un substitut à accomplir

certaines actes et le Procureur Général ne peut se substituer au magistrat désigné pour mener une enquête que par un acte motivé et uniquement dans certains cas limitativement énumérés. Le substitut, sur la base de cet acte, peut d'ailleurs demander l'intervention du Conseil Supérieur de la Magistrature « pour la protection de son indépendance et la bonne administration de la justice ». A l'audience, une « pleine autonomie » est reconnue au substitut, qui ne pourra être remplacé par le supérieur hiérarchique sans son consentement que dans des cas exceptionnels et avec copie au CSM de l'acte motivé de substitution.

Le Conseil Supérieur de la Magistrature français a d'ailleurs relevé, dans son rapport annuel 2001 consacré aux statuts comparés des ministères publics en Europe, que l'Italie conjugait l'autonomie du parquet et l'absence de hiérarchie interne comme externe.

Toutefois, la loi 25 juillet 2005, qui n'est pas entrée en vigueur faute d'adoption des décrets d'application, est revenue sur ce mode de fonctionnement en limitant l'autonomie des membres du ministère public. Ainsi, le procureur de la République est devenu le titulaire exclusif de l'action pénale et les autres membres du parquet reçoivent désormais des délégations pour la réalisation de certains actes. Cette loi prévoit également la séparation des carrières du siège et du parquet.

ii. Les pouvoirs du ministère public italien

Le système italien est, à la différence du système français, fondé sur le principe de la légalité des poursuites, qui devrait protéger les membres du parquet de toute injonction hiérarchique tendant à empêcher celles-ci.

Mais ce principe de légalité ne doit pas être surestimé dans la mesure où des tempéraments de plus en plus nombreux ont été apportés.

Par ailleurs, le parquet italien a l'obligation légale d'enquêter à charge et à décharge, ce qui signifie surtout qu'il a l'obligation de faire état des éléments à décharge dont il aurait connaissance dans la conduite d'une enquête.

La police judiciaire est placée sous la subordination du ministère public. Elle est administrativement rattachée au ministère de l'intérieur et à celui de la défense. Tout substitut dispose directement d'au moins un Officier de Police Judiciaire.

La garde à vue n'existe pas dans le système italien. Les policiers peuvent éventuellement recueillir les déclarations de la personne qui fait l'objet de l'enquête, mais l'utilisation de cet acte est très limitée. Le magistrat du parquet dispose d'un accès télématique à de très nombreux fichiers gérés par le ministère de la Justice (casier judiciaire, détenus, affaires en cours, ...), par d'autres administrations (cartes grises, état civil, registres fiscaux, ...), voire par des entités à but commercial (électricité, gaz, sécurité sociale).

1. Les actes coercitifs

Les actes coercitifs et attentatoires aux libertés publiques, depuis la suppression du juge d'instruction italien en 1989, sont contrôlés par le Juge des Investigations Préliminaires (GIP), qui n'a aucun pouvoir d'initiative. Il contrôle en revanche les actes d'information les plus

susceptibles de porter atteinte aux libertés. Soit il autorise ces mesures en amont, soit il valide après coup celles que le Ministère public a prises en invoquant l'urgence.

S'agissant des cadres d'enquête, le glissement est notable vers l'utilisation de procédures abrégées, où le juge est évincé et son contrôle ne s'exerce qu'a posteriori.

Cette pratique conduit alors au glissement du pouvoir du juge au parquet puis du parquet au policier.

2. La durée de l'enquête

La durée standard d'une enquête est de 6 mois ou 1 an, et elle est contrôlée par le GIP. Ce magistrat peut prolonger l'enquête par tranches de 6 mois, sur demande motivée du parquet, dans la limite d'une durée totale de 18 mois à 2 ans.

3. Les contrôles concernant l'entrée en voie de jugement

L'opportunité du renvoi devant le tribunal est, en Italie comme ailleurs, un des enjeux cruciaux des rapports au sein du pouvoir judiciaire.

En l'occurrence, ce moment de la procédure est contrôlé par le GIP. En cas de demande de classement présentée par le Parquet, le GIP peut en effet imposer la poursuite de l'enquête ou imposer au ministère public de formuler l'accusation dans les 10 jours.

En cas de demande par le parquet de renvoi en jugement, un débat contradictoire s'engage entre le ministère public et la défense. Le GUP (juge de l'audience préliminaire) décide le non-lieu ou l'ouverture du procès.

A l'audience, les preuves doivent être établies devant un juge qui ignore les actes de la procédure. C'est pourquoi, ni le GIP ni le GUP ne peuvent faire partie de la juridiction de jugement.

Au moment du renvoi, deux dossiers sont constitués : celui du Ministère Public (les procès-verbaux des actes de l'enquête préliminaire censés ne servir qu'à étayer la demande de poursuite) et celui servant aux débats (les procès-verbaux des actes d'information qui ne peuvent pas être répétés, le casier judiciaire, les actes relatifs à l'exercice de l'action publique et de l'action civile,...). Cette scission, qui s'est en pratique un peu étioyée, découle du principe selon lequel le jugement doit se fonder sur les éléments de preuve recueillis pendant l'audience. Ce principe a d'ailleurs entraîné des audiences fleuves qui ont valu à l'Italie de la part de la Cour européenne de multiples condamnations pour non-respect du délai raisonnable.

En définitive, le système italien est celui qui porte le plus haut et décline au plus précis le principe d'indépendance de l'autorité de poursuite, ce qui a permis d'envisager en 1989 la suppression du juge d'instruction sans que des enquêtes politiquement sensibles puissent continuer d'être conduites et menées à terme.

b. Le modèle allemand

i. Le statut du ministère public allemand

Les procureurs allemands ont le statut de fonctionnaires. Le parquet est donc un corps distinct du siège. Les possibilités de passage entre les deux corps sont peu fréquentes mais les formations initiale et continue sont communes.

La loi d'organisation judiciaire impose aux procureurs de la République d'obéir aux directives de leurs supérieurs, que ce soient des directives générales ou des instructions particulières sur une affaire.

Le ministère public peut donc recevoir des instructions du Ministre de la Justice, positives comme négatives, sans formes prévues, auxquelles ils doivent se conformer.

Les membres du parquet agissent en qualité de représentants du "premier fonctionnaire", à savoir leur supérieur hiérarchique. Un supérieur hiérarchique peut remplacer un subordonné dans le suivi d'une affaire ou lui enlever cette affaire pour la confier à une autre personne.

Parallèlement, la structure fédérale de l'Allemagne se retrouve dans l'organisation du parquet qui se dédouble en un ministère public fédéral (pour les infractions les plus graves) et un ministère public dans chaque Land, chacun de ces parquets étant fortement hiérarchisé. Toutefois, et il s'agit d'une limite à la puissance du ministère public allemand, le ministère de la justice fédéral ne peut pas interférer sur le fonctionnement du ministère public dépendant de l'exécutif de chacun des Länder.

Le ministère public fédéral, placé sous l'autorité du Ministre Fédéral de la Justice, est composé du procureur général fédéral et des procureurs de la République fédéraux. Tous les membres du parquet fédéral sont nommés par le Président de la République sur proposition du Ministre et après accord du Bundesrat.

Les ministères publics des Länder obéissent aux mêmes règles.

Ainsi, chaque membre du ministère public n'est que le représentant de son supérieur hiérarchique, qui peut toujours utiliser son droit d'évocation (dit de dévolution).

La Cour constitutionnelle fédérale considère que le ministère public fait partie intégrante de l'exécutif.

Toutefois, les procédures disciplinaires contre les membres du ministère public sont portées devant les juridictions disciplinaires des magistrats du siège. En effet, en Allemagne, bien qu'ils ne soient pas magistrats, les membres du parquet bénéficient du même régime disciplinaire que les juges du siège. Néanmoins, ils peuvent à tout moment être mutés ou même, sans indication de motifs, suspendus.

ii. Les pouvoirs du ministère public allemand

Le Code de procédure pénale pose le principe de la légalité des poursuites mais prévoit une exception selon laquelle le ministère public peut renoncer à poursuivre des infractions de

faible importance et qui ne troublent pas gravement l'ordre public, sous réserve d'avoir l'accord du tribunal qui aurait été compétent.

Depuis la suppression du juge d'instruction en 1975, le ministère public dirige la phase préliminaire.

Le parquet a l'obligation légale d'enquêter à charge et à décharge, c'est-à-dire qu'il doit faire état des éléments à décharge dont il aurait eu connaissance dans sa conduite de l'enquête.

Selon le Code de procédure pénale, les services de police sont chargés de traiter directement les plaintes et d'enquêter sur les infractions, les enquêteurs devant communiquer sans retard au ministère public le résultat de leurs investigations. En réalité, la police utilise largement son pouvoir autonome d'enquête, enquête qui devient souvent exclusivement policière, notamment pour les affaires relevant de la petite criminalité, le ministère public ne se chargeant que d'en contrôler la régularité.

Les comparatistes soulignent qu'en pratique, le parquet allemand abandonne ses prérogatives aux services de police qui assument eux-mêmes la direction d'enquête et qui procèdent par exemple aux interrogatoires. Le professeur Geneviève GIUDICELLI-DELAGÉ parle à ce sujet de "relégation bureaucratique" du ministère public.

Les policiers font partie du ministère de l'intérieur tout en étant considérés par le Code de procédure pénale comme des auxiliaires du ministère public, ce qui les soumet aux directives du parquet.

1. Les actes coercitifs : la nécessaire autorisation du juge

Le juge de l'instruction ou juge de l'enquête (Ermittlungsrichter) a un rôle limité. Sur requête du ministère public, il intervient pour autoriser les mesures attentatoires aux droits et aux libertés (saisies, écoutes téléphoniques, surveillances, perquisitions, détention provisoire, contrôle judiciaire, expertise génétique, ...).

Toutefois, en cas d'urgence, le ministère public peut empiéter sur les compétences du juge en ordonnant lui-même certaines mesures. La validité de ces mesures est alors subordonnée à une confirmation du juge. Les écoutes téléphoniques, par exemple, doivent cesser si elles ne sont pas confirmées dans les trois jours par le juge.

L'appréciation de l'urgence appartient au ministère public, et la nullité des actes ainsi pratiqués n'est encourue que lorsque le recours à la contrainte apparaît arbitraire.

Il convient de noter que certaines mesures qui relevaient traditionnellement de la compétence du juge ont été transférées au parquet ces dernières années. C'est le cas du pouvoir de contraindre les témoins et les experts à comparaître.

La garde-à-vue, appelée rétention en Allemagne, est réservée aux dossiers dans lesquels une détention provisoire est envisagée, ce qui la rend assez exceptionnelle. Toute personne interpellée doit être présentée au juge de l'enquête au plus tard le jour suivant son interpellation.

Il convient de souligner que le juge de l'instruction n'est qu'un simple organe de contrôle de la légalité des mesures d'investigations. Ainsi, n'étant pas directeur d'enquête, il lui est difficile de refuser une perquisition, en pure opportunité, au motif qu'elle lui semblerait prématurée compte tenu de l'état d'avancement du dossier.

Le juge de l'instruction reste néanmoins seul compétent pour ordonner la mise en détention provisoire. Il est alors investi de pouvoirs élargis puisqu'il statue en opportunité.

La présence de l'avocat est obligatoire devant le juge de l'instruction alors qu'elle n'est que facultative devant le procureur et n'est jamais prévue devant la police qui pourtant, en pratique, mène l'enquête.

2. Les contrôles concernant l'entrée en voie de jugement

L'Allemagne disposait à l'origine d'un système de légalité des poursuites, système dont des réformes successives ont amoindri la portée. Le parquet dispose donc du choix de classer sans suite une affaire, ou au contraire, d'engager les poursuites. Dans le premier cas, pour les infractions d'importance moyenne et grande, s'agissant des classements en opportunité, l'accord du juge indépendant est requis. Dans le second cas, le procureur adresse à la juridiction de jugement l'acte d'accusation assorti d'une demande d'ouverture de la procédure principale ainsi que le dossier d'instruction. Au cours d'une audience non publique, le tribunal exerce un contrôle sur la décision de poursuite. Si la juridiction de jugement estime les soupçons suffisamment fondés, elle décide de l'ouverture de la procédure principale.

Pour le jugement, le tribunal ne peut se fonder que sur le résultat des débats, c'est-à-dire les faits présentés à l'audience et contradictoirement discutés. Ainsi, les audiences correctionnelles sont extrêmement longues, et relativisent l'importance de l'enquête menée par le ministère public. Du reste, le tribunal n'est pas lié par la requête qui a fondé l'ouverture de la phase de jugement et peut décider de rechercher et de prendre en considération d'autres preuves. Contrairement à la phase d'enquête préliminaire, l'Allemagne a maintenu au juge un fort pouvoir d'instruction au stade des débats à l'audience.

Il ne saurait être contesté que le fédéralisme allemand, ainsi que le système prévoyant un contrôle très ferme du juge sur les classements sans suite et les renvois en jugement des affaires, tempèrent grandement la sujétion à l'exécutif du ministère public allemand, sujétion d'ailleurs très critiquée en Allemagne.

c. Le modèle américain

i. Le statut du ministère public américain

L'organisation du parquet américain est nécessairement marquée par le fédéralisme.

Une dizaine de systèmes pénaux existent parmi les Etats et le droit pénal fédéral ne concerne que les infractions fédérales et les infractions interétatiques, la justice fédérale ne traitant que 2% de la criminalité.

Il existe donc un parquet fédéral et un parquet au sein de chaque état.

1. Le parquet fédéral

Le ministre de la justice, attorney général, est assisté d'un technicien, le solicitor général, qui représente le ministre devant la Cour Suprême et qui assure la direction politique du parquet fédéral.

Dans les 94 districts fédéraux couvrant l'ensemble du territoire, officient les US attorneys, entourés de substituts nommés et révoqués par eux.

La fonction de procureur « indépendant » ou « spécial » a été créée en 1978 aux Etats Unis à la suite du scandale du Watergate. Ces procureurs, nommés par un collège de juges et complètement distincts du « department of justice », ont pour mission de mener les enquêtes visant les dirigeants du pouvoir exécutif et de l'administration. Ce procureurs apparaissent en définitive comme garants de l'indépendance de la justice par rapport au pouvoir politique.

2. Le parquet au sein de chaque Etat

Au sein de chaque Etat, l'action publique peut être mise en mouvement à plusieurs niveaux.

Au niveau étatique, un attorney général est élu par la population. Pour le comté, un district attorney est élu pour une durée de 2 à 4 ans et peut nommer des substituts et les révoquer. Dans la municipalité officie un city attorney.

A l'intérieur de chaque service du parquet, la dépendance des substituts vis-à-vis de leurs supérieurs est totale.

L'organisme de poursuite tient sa légitimité de l'élection, ce qui conduit à une recherche d'efficacité et de rapidité dans le traitement des affaires, se traduisant par l'orientation massive des procédures vers le plea bargaining. Ce système de négociation représente la pierre angulaire de la justice pénale américaine permettant en effet de traiter 80 à 95% des affaires pénales.

ii. Les pouvoirs du ministère public américain

Dans un Etat, l'attorney général peut déclencher l'action publique à la demande du pouvoir législatif de l'Etat, du gouverneur ou du grand jury.

Une police existe à chaque degré administratif sans relation hiérarchique entre ces différents niveaux, ce qui entraîne un chevauchement territorial des services.

C'est la police qui décide de saisir le city attorney ou le district attorney pour exercer la poursuite.

1. Les actes coercitifs

Les règles en matière de preuve sont extrêmement exigeantes, permettant aux accusés de contester la façon dont les preuves ont été recueillies par la police. Ces contrôles sont exercés non pas par le ministère public mais par des juges à tous les stades de la procédure.

En effet, en contrepartie du mode de nomination ne garantissant pas l'indépendance des membres du parquet vis-à-vis de leurs électeurs et du pouvoir politique local, le ministère public n'a aucun pouvoir en matière d'atteintes ou de restrictions des libertés.

Les arrestations et les fouilles corporelles ne sont valables que si une raison plausible a motivé le policier qui les a effectuées. L'existence de la raison plausible est vérifiée par un juge postérieurement à l'acte.

De même, les perquisitions et saisies ne sont valables que si elles sont motivées par une raison plausible. Mais, dans cette hypothèse, le contrôle a lieu préalablement à l'acte, par la délivrance d'un mandat par un juge. Ce mandat est délivré contre déclaration sous serment du policier arguant d'une raison plausible.

Tout suspect doit être présenté à un juge dans les heures suivant son arrestation.

La procédure d'enquête consacre donc peu de place, dans le recueil des preuves, à l'interrogatoire de la personne soupçonnée.

2. L'engagement des poursuites

Le parquet a seul l'initiative de l'engagement des poursuites. Selon l'importance de l'infraction, les poursuites sont diligentées devant diverses juridictions.

Pour les "misdemeanors" (petites infractions), la poursuite est présentée devant un "magistrate" (juge, élu ou nommé, en général non professionnel) par le biais d'une "complaint" qui décrit les faits et les témoignages.

Pour les "felonies" (infractions graves), soit la "trial court" (juge professionnel, assisté ou non d'un jury selon les Etats) est saisie directement par le biais d'une "complaint" validée par un "magistrate" ; soit un "grand jury" (organe fonctionnant en l'absence de juge professionnel) est préalablement saisi et, s'il considère les charges suffisantes, délivre un acte d'accusation saisissant la "trial court".

Dans tous les cas, à l'audience qui se tient en présence de l'accusé, la juridiction détermine s'il convient de faire un non-lieu ou s'il y a "cause plausible".

S'il y a "cause plausible", soit l'accusé plaide coupable et la juridiction fixe la peine, soit il plaide non coupable et l'affaire est réexaminée ultérieurement lors d'un procès pendant lequel chaque élément de preuve est discuté oralement.

Ainsi, l'aveu qui n'est pas recherché au stade de l'enquête (contrairement au système français) est largement encouragé par la procédure du plea bargaining, l'accusé étant incité à reconnaître les faits en échange d'une peine moins lourde.

Au total, l'absence d'indépendance des membres du ministère public américain est compensée par l'absence de pouvoirs coercitifs donnés à cette autorité de poursuite, ainsi que par la présence, au niveau fédéral, de procureurs spéciaux.

d. Le modèle espagnol

i. Le statut du ministère public espagnol

La Constitution définit le pouvoir judiciaire comme étant composé de deux corps distincts : les magistrats du parquet et du siège, formés dans des écoles séparées et ayant des statuts différents.

Le ministère public est régi par une loi spécifique qui lui attribue l'autonomie fonctionnelle.

Il est dirigé par un procureur général de l'Etat nommé par le Roi pour 4 ans, sur proposition du Gouvernement et après consultation du Conseil Général du Pouvoir Judiciaire (l'équivalent du Conseil Supérieur de la Magistrature français, présidé par le Président du Tribunal Suprême et composé de 12 juges choisis dans toutes les catégories de juridictions, de 4 membres élus par le Congrès des députés ainsi que de 4 autres membres élus par le Sénat parmi des avocats et juristes).

Le procureur général de l'Etat ne peut être renouvelé dans son mandat (ce qui diminue les risques de pression) et, dorénavant, ne peut être révoqué que pour les motifs prévus par la loi et non plus à tout moment. Le changement de gouvernement fait partie des motifs de révocation énumérés par la loi.

Les autres membres du parquet sont nommés par voie réglementaire sur proposition du Conseil du parquet, organe consultatif pour les nominations et instance disciplinaire. Le Conseil du parquet est présidé par le procureur général de l'Etat et composé du vice-procureur du Tribunal suprême et de parquetiers élus par leurs pairs.

Le gouvernement communique habituellement avec le ministère public par l'intermédiaire du ministre de la justice mais la loi permet au Premier ministre de saisir directement le procureur général de l'Etat en cas de besoin.

Le ministre de la justice peut demander au parquet d'agir devant une juridiction.

Les membres du parquet sont soumis, dans leur organisation interne, au principe de fonctionnement hiérarchique et peuvent recevoir des directives de la part de leurs supérieurs.

Les procureurs agissent sur délégation du procureur général de l'Etat. Leur supérieur hiérarchique peut révoquer leur délégation ou les remplacer (personnellement ou en désignant quelqu'un à leur place).

En pratique, le procureur général n'intervient pas dans les cas particuliers mais il donne des instructions de politique pénale.

ii. Les pouvoirs du ministère public espagnol

Le ministère public met en oeuvre l'action publique selon le principe de la légalité des poursuites. Le Code de procédure pénale l'oblige à exercer l'action publique dès qu'il a connaissance d'un fait qu'il estime constituer une infraction.

La Constitution place la police judiciaire en situation de subordination par rapport aux juges et au ministère public. Le Code de procédure pénale reprend cette disposition en qualifiant les membres de la police judiciaire d'"auxiliaires" de la justice obligés à suivre les instructions qu'ils reçoivent des autorités judiciaires.

La police judiciaire appartient soit à la police soit à la garde civile et est donc rattachée administrativement au ministère de l'intérieur ou à celui de la défense.

En Espagne, à l'exception des infractions mineures, toutes les infractions font l'objet d'une instruction menée par un juge d'instruction.

Selon le Code de procédure pénale, le dossier d'instruction est formé sous "l'inspection directe" du procureur, ce qui place théoriquement le juge d'instruction sous le contrôle du ministère public. En réalité toutefois, le juge d'instruction jouit d'une grande indépendance dans la conduite de son enquête et peut recourir à tous les moyens d'investigation qu'il estime utiles en fonction de la nature de l'infraction et dans le respect du principe de proportionnalité.

Le Code de procédure pénale limite la durée de l'instruction à un mois mais c'est le juge d'instruction qui décide de la clôture de l'instruction de sorte que l'instruction se prolonge aussi longtemps que le juge ordonne et pratique les actes qu'il considère comme nécessaires.

L'instruction constitue la base de l'accusation et non du jugement. Une fois l'instruction terminée, le juge d'instruction rend une décision de clôture et transmet le dossier au ministère public qui décide soit de demander l'ouverture d'un procès soit d'un non-lieu. C'est la juridiction de jugement qui décidera alors de l'orientation de la procédure : renvoi au juge d'instruction pour l'accomplissement d'investigations complémentaires, non-lieu ou ouverture d'un procès.

En cas d'ouverture de procès, le jugement doit être fondé sur les preuves produites à l'audience et non sur celles réunies au cours de l'instruction. Cette règle est nuancée par la possibilité d'utiliser les preuves obtenues pendant l'instruction qui ne peuvent être reproduites à l'audience.

e. Le modèle portugais

i. Le statut du ministère public portugais

Depuis 1992, la Constitution portugaise garantit au parquet, considéré comme un organe judiciaire et non simplement administratif, un statut d'autonomie.

Le pouvoir exécutif ne peut pas donner d'instructions aux magistrats du parquet, mais ils sont placés sous la direction du procureur général de la République (PGR), lequel est nommé par le Président de la République sur proposition du gouvernement pour une durée de 6 ans et

peut être révoqué selon la même procédure. Il peut être renouvelé dans ses fonctions.

Les autres membres du parquet sont nommés, après concours et formation, par le Conseil supérieur du ministère public, organe chargé de la discipline ainsi que de la gestion des carrières des parquetiers. Ces derniers y sont majoritaires.

Ce Conseil, présidé par le procureur général de la République, réunit en effet les procureurs généraux des quatre districts judiciaires que compte le pays, deux personnalités nommées par le ministère de la Justice et douze membres élus : un procureur général adjoint, deux procureurs et quatre procureurs adjoints, tous élus par leurs pairs, ainsi que cinq personnes élues par le parlement.

Il compte donc 19 membres, dont 12 membres du ministère public (la moitié appartenant à la haute hiérarchie).

Le Conseil est compétent s'agissant de l'avancement, des nominations et de la discipline des magistrats du parquet. Il a le monopole des poursuites et des sanctions disciplinaires. Un corps d'Inspection lui est rattaché. Les décisions disciplinaires sont prises en commission; elles peuvent faire l'objet d'un recours devant la formation plénière du Conseil, dont les décisions peuvent elles-mêmes être portées devant le Conseil d'Etat.

Le ministère public est organisé de manière hiérarchique. Les membres du parquet doivent appliquer les directives de leurs supérieurs hiérarchiques, sauf cas d'illégalité. Dans ce cas, le Conseil supérieur du ministère public peut être amené à apprécier la validité du fondement de ce refus.

Il n'existe pas de politique pénale centralisée. Ces dernières années, le parlement a voté des lois de politique criminelle définissant de manière générale et abstraite des priorités en matière d'investigations. Cependant, le procureur général de la République n'a que très peu suivi ces directives, de sorte qu'elles ne se sont pas imposées aux autres membres du ministère public.

Le corps des juges est distinct de celui des procureurs, avec séparation des carrières. Les magistrats du parquet, comme ceux du siège, peuvent se syndiquer.

ii. Les pouvoirs du ministère public

Le principe de légalité des poursuites est inscrit dans la Constitution.

Cela étant, la loi a introduit la notion de "légalité ouverte", qui permet au parquet, sous le contrôle du juge et avec le consentement de la victime ainsi que du mis en cause, de ne pas poursuivre celui-ci. Aux poursuites normalement obligatoires se substitue alors un régime de "probation" voire, pour les infractions les moins graves, de "médiation".

En plus de ces alternatives aux poursuites, il existe trois motifs de classement des affaires :

- infraction insuffisamment caractérisée ;
- absence d'infraction ;
- obstacle légal aux poursuites.

Le plaignant dispose d'un recours contre une telle décision de classement. Ce recours s'exerce devant un juge, qui valide ou non le classement. S'il ne le valide pas, un juge d'instruction se voit confier l'affaire.

Il apparaît en définitive que le principe de légalité portugais ressemble beaucoup au principe d'opportunité français.

Si le parquet décide de poursuivre, c'est lui qui maîtrise l'enquête pénale, assisté des différents corps de police.

La "police judiciaire" dépend administrativement du ministère de la Justice et fonctionnellement du parquet. Quant aux unités d'enquête criminelle relevant de la police civile et de la gendarmerie, elles dépendent administrativement du ministère de l'Intérieur, mais fonctionnellement du parquet.

Le ministère public recourt à tous les moyens d'investigation qu'il estime nécessaires pour décider finalement s'il convient de rendre une ordonnance de "mise en accusation" ou de "non-lieu". Cependant, outre que les actes d'information qui portent atteinte aux droits fondamentaux relèvent de la compétence exclusive du juge d'instruction, le Code de procédure pénale limite la durée de l'enquête et prévoit des contrôles.

1. Les actes coercitifs

Toutes les mesures restrictives de liberté ne peuvent être ordonnées, à la demande du ministère public ou des enquêteurs en cas d'urgence, que par le juge d'instruction : détention provisoire, contrôle judiciaire, perquisitions, interception et enregistrement des correspondances, etc.

Par ailleurs, le premier interrogatoire d'un suspect doit être pratiqué par le juge d'instruction.

La présentation d'une personne retenue à un juge doit avoir lieu dans les quarante-huit heures de la rétention.

2. La durée de l'enquête

Elle est en principe de 8 mois, 6 lorsque des mesures restrictives de liberté ont été imposées. Mais ce dernier délai de 6 mois peut être porté à 8, 10 ou 12 selon la nature de l'infraction (terrorisme, criminalité organisée, etc.) ou la complexité de l'affaire (grand nombre de suspects par exemple).

La sanction d'un dépassement des délais sera la fin du secret de l'enquête, sauf prescription contraire du juge d'instruction.

3. Les contrôles

En cas de non-lieu, il existe un contrôle interne au parquet.

Dans les vingt jours qui suivent l'ordonnance de non-lieu, le supérieur hiérarchique immédiat du parquetier peut, d'office ou à la demande de l'un des plaignants, soit valider la décision prise, soit ordonner la poursuite de l'enquête. Dans ce dernier cas, il indique quels actes doivent être réalisés et dans quels délais ils doivent l'être.

Une fois ce délai de 20 jours épuisé, la réouverture de l'enquête est subordonnée à l'existence de nouveaux éléments.

Dans tous les cas, il existe un contrôle externe, qualifié de "judiciaire".

Lorsque le ministère public a opté pour la mise en accusation, l'accusé peut solliciter une instruction judiciaire contradictoire. S'il a opté pour le non-lieu, la même faculté est ouverte au plaignant.

Cette instruction peut être demandée dans les vingt jours de l'ordonnance de mise en accusation ou de non-lieu rendue par le parquet.

Autrement dit, en cas de non-lieu, dans les 20 jours qui suivent l'ordonnance, le plaignant a le choix entre solliciter un réexamen du dossier par le supérieur hiérarchique du parquetier et demander l'ouverture d'une instruction. En cas de mise en accusation, l'accusé ne dispose quant à lui que de ce deuxième recours.

Cette instruction comporte deux phases: la première, facultative, consiste en une enquête conduite par le juge d'instruction assisté par la police; la seconde, obligatoire, est un débat contradictoire.

Pendant la première partie de l'instruction, le juge procède à tous les actes qu'il estime nécessaires à la vérification des indices de culpabilité. Au besoin, il peut refaire ce qui a été réalisé pendant l'enquête du ministère public.

Le Code de procédure pénale limite la durée de l'instruction à quatre mois, deux en cas de mesure restrictive de liberté, ou trois si l'infraction poursuivie revêt un caractère particulièrement grave.

L'instruction s'achève par un débat contradictoire où sont représentés le ministère public, la personne mise en examen et son avocat, ainsi que le plaignant et son avocat. Le débat porte sur la question de savoir si les éléments de fait et de droit réunis sont suffisants pour justifier une mise en accusation. A l'issue de ce débat, le juge d'instruction rend une ordonnance de mise en accusation ou de non-lieu.

Dans l'hypothèse où aucune instruction n'a eu lieu, c'est-à-dire quand l'enquête a été seulement menée par le parquet, ce qui constitue le principe, et qu'elle s'est conclue par une ordonnance de mise en accusation émanant du parquet, le président du tribunal saisi se prononce avant toute chose sur le bien-fondé de cette mise en accusation et donc sur l'ouverture de la phase de jugement.

En revanche, quand une instruction a été effectuée à la demande de l'une ou l'autre des

parties, il n'y a pas de nouvel examen de la mise en accusation avant l'audience.

La juridiction de jugement peut requérir la production de tous les moyens de preuve qui lui semblent utiles à la manifestation de la vérité.

iii. Conclusion

De ces développements, il résulte que :

- le parquet portugais est administrativement et fonctionnellement totalement indépendant du pouvoir exécutif ;
- cependant, la nomination de son chef est politique ;
- cette nomination politique associée à un fonctionnement semble-t-il très hiérarchique ne paraît pas le mettre à l'abri des pressions politiques ;
- ce risque est nettement compensé, non pas tant par le principe de légalité des poursuites, largement théorique, que par les contrôles qui s'exercent sur l'action du parquet, en particulier la possibilité pour le plaignant (*ab initio* comme *in fine*) et pour le mis en cause (*in fine*) d'obtenir une instruction menée par un magistrat du siège.

Le système portugais paraît beaucoup plus garantiste que le système français: d'une part, le parquet est, sinon totalement indépendant, du moins nettement plus autonome qu'en France et, d'autre part, il dispose manifestement de moins de pouvoirs que son homologue français.

* * *

*

De ce détour comparatiste, il ressort assez clairement que le parquet français est celui des systèmes étudiés qui présente le rapport pouvoirs / précarité du statut le plus défavorable.

Dans ce contexte, la décision de la Cour européenne des droits de l'Homme, contestant au parquet la qualité d'autorité judiciaire, ne fait que confirmer une réalité tangible : le parquetier français ne remplit pas, au regard des normes européennes, toutes les conditions d'indépendance pour exercer les pouvoirs de magistrat qui lui sont confiés.

3. Les exigences de la Convention européenne des Droits de l'Homme

Ainsi que l'a théorisé J.-P. JEAN dans une contribution utile au statut du parquet, le ministère public français, qui emprunte ses caractères les plus remarquables au modèle jacobin, se trouve confronté de façon croissante au modèle européen. Par une décision MEDVEDYEV du 10 juillet 2008, la Cour européenne des droits de l'Homme a en effet pu affirmer que le ministère public français ne présentait pas les caractères d'une autorité judiciaire.

Encore faut-il remarquer que cet arrêt n'est que l'aboutissement d'une jurisprudence déjà largement fixée, et d'ailleurs contraire à celle d'un conseil constitutionnel procédant d'une conception plus formelle de la séparation des pouvoirs.

Toutefois, les conséquences de cette décision apparaissent potentiellement considérables.

a. L'évolution de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

i. L'arrêt SCHIESSER contre Suisse du 4 décembre 1979 : une occasion manquée

1. La question posée

Friedrich SCHIESSER, ressortissant suisse, avait été placé en détention provisoire le 5 avril 1976 par le Procureur de district de Winterthur. Après avoir épuisé les recours de droit interne, il avait saisi la Cour européenne des droits de l'Homme, contestant notamment que le Procureur de district soit « un magistrat habilité par la loi à exercer les fonctions judiciaires ».

2. L'affirmation par la cour de la non violation de l'article 5§3

La cour offre plusieurs considérations d'ordre général :

- Une « autorité judiciaire compétente » est un « synonyme abrégé » de « juge ou autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires » ; (assimilation de l'article 5§1 à l'article 5§3, qui « forment un tout ») ;
- Ces expressions diffèrent de la notion de « tribunal » (article 5§4), qui doit être indépendant de l'exécutif et des parties ;
- Le « magistrat » ne se confond pas avec le « juge » mais il doit en posséder certaines qualités ;
 - o La première de ces qualités est « l'indépendance à l'égard de l'exécutif et des parties ». La cour précise : « elle n'exclut pas toute subordination à d'autres juges ou magistrats pourvu qu'ils jouissent eux-mêmes d'une indépendance analogue » ;
 - o La seconde est « l'obligation d'entendre personnellement l'individu traduit devant lui » ;
 - o La troisième est de se prononcer selon des critères juridiques sur la privation de liberté.

De façon surprenante, malgré ces précisions, la cour conclut à la non violation de l'article 5§3 avec plusieurs arguments :

- Sur le fait que le procureur de district est à la fois une autorité de poursuite et d'instruction, ce qui ne le rendrait pas indépendant : la cour objecte qu'en l'espèce, il n'a agi que comme autorité d'instruction ;
- Sur le fait que le procureur de district est soumis au pouvoir exécutif : la cour constate la pratique suisse selon laquelle aucune instruction n'est jamais donnée par le pouvoir exécutif, sauf sur des points de légalité.

Deux opinions dissidentes ont été émises à la suite de cet arrêt :

- Celle du juge Ryssdal, qui estimait que « les états contractants ne sauraient jouir d'une liberté complète quant aux personnes qu'ils peuvent autoriser à prendre des décisions en matière de liberté provisoire ». Pour ce juge, le procureur de district, autorité de poursuite et dépendant de l'exécutif, ne saurait satisfaire à l'article 5§3 ;

- Celle du juge Evrigenis, qui contestait que le fait que le procureur de district agisse en l'espèce comme organe d'instruction lui confère *ipso facto* la qualité de juge. « Sa place dans la structure du mécanisme judiciaire visé et la nature de sa dépendance hiérarchique renforcent, d'ailleurs, cette conclusion ».

ii. L'arrêt PAWELS contre Belgique du 26 mai 1988

1. Les faits

Il s'agissait d'une procédure conduite contre un officier de l'armée belge pour des détournements de fonds, qui a conduit à son placement en détention provisoire par un « premier substitut de l'auditeur militaire ».

2. Les questions juridiques

La cour remarquait que l'auditeur militaire est un magistrat de l'ordre judiciaire qui a pour caractéristique de n'être pas militaire, mais d'être nommé et révoqué par le Roi.

La cour ajoutait qu'il se trouve hiérarchiquement subordonné à l'auditeur général près la Cour militaire et au ministre de la justice, mais jouit en pratique d'une pleine indépendance dans l'accomplissement de ses tâches.

La cour, par un revirement de jurisprudence, et sans même se prononcer sur la question de la dépendance du procureur à l'égard de l'exécutif, a estimé que ce magistrat ne saurait être une « autorité judiciaire » dès lors qu'il pouvait devenir, *a posteriori*, l'autorité de poursuite de l'affaire. Il n'est donc pas « indépendant des parties ».

Dans cet arrêt affleure donc un argument supplémentaire au soutien de l'absence de qualité d'autorité judiciaire du procureur : il est l'organe de poursuite devant le tribunal.

iii. L'arrêt HUBER contre Suisse du 23 octobre 1990

1. Les faits

Madame HUBER s'était vu délivrer mandat d'amener par le procureur du district, pour être entendue comme témoin. Celui-ci la plaça en détention provisoire pour faux témoignage.

Après avoir épuisé les recours de droit interne, elle a saisi la Cour européenne des droits de l'Homme, contestant notamment que le Procureur de district soit « un magistrat habilité par la loi à exercer les fonctions judiciaires ».

2. Les solutions dégagées

La commission, rejetant la jurisprudence SCHIESSER, a estimé par douze voix contre deux, que la fonction de procureur de district était contraire à l'article 5§3 de la convention, son délégué précisant que « la jurisprudence de la cour s'orientait vers la séparation complète

entre poursuite et fonctions judiciaires, séparation nécessaire au stade actuel de la protection des droits de l'Homme en Europe ».

La cour confirme, avec exactement les mêmes motifs, mais cette fois pour une juridiction « civile », l'arrêt PAWELS.

iv. L'arrêt RIGOPOULOS contre Espagne du 12 janvier 1999

L'arrêt RIGOPOULOS contre Espagne présente un intérêt majeur, parce que le cas d'espèce est presque analogue à l'arrêt MEDVEDYEV.

En effet, la marine militaire espagnole avait arraisonné un navire panaméen transportant de la drogue et avait navigué pendant 16 jours avant de rejoindre la côte espagnole.

La Cour européenne des droits de l'Homme a validé cette situation car, dès les premières heures, Monsieur RIGOPOULOS a été privé de liberté au sein du navire sur ordre et sous le contrôle, certes à distance, du tribunal central d'instruction de Madrid, considéré par la Cour comme une « autorité judiciaire » au sens de l'article 5 de la Convention.

b. L'arrêt MEDVEDYEV

i. Le cas d'espèce

Il s'agit de l'interception dans l'océan indien, par les autorités françaises, le 13 juin 2002, de l'équipage d'un cargo dénommé le WINNER, battant pavillon cambodgien, à bord duquel se trouvaient d'importantes quantités de stupéfiants.

Le 24 juin 2002, le procureur de la République de Brest a ouvert une information judiciaire contre X du chef de trafic de stupéfiants.

Le bateau, ainsi que ses onze occupants, dont le nommé Oleksandr MEDVEDYEV, ont été rapatriés dans le port de Brest le 26 juin 2002, remis aux officiers de police judiciaire, et placés en garde à vue.

Après deux ou trois jours de garde à vue, les occupants du cargo ont été placés en détention provisoire.

ii. Les problèmes de droit

Deux problèmes de droits étaient posés par les requérants : celui du support légal de leur interpellation et de leur maintien entre le 13 et le 24 juin 2002 sous la garde des militaires français qui avaient arraisonné le navire (article 5§1 de la convention), et celui de la durée, excessive selon eux, de cette privation de liberté (article 5§3).

iii. Les solutions de la cour

L'article 5 § 1 de la convention européenne des droits de l'homme dispose que « Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales :

- a. s'il est détenu régulièrement après condamnation par un tribunal compétent;
- b. s'il a fait l'objet d'une arrestation ou d'une détention régulières pour insoumission à une ordonnance rendue, conformément à la loi, par un tribunal ou en vue de garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi;
- c. s'il a été arrêté et détenu en vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire compétente, lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis une infraction ou qu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci;
- d. s'il s'agit de la détention régulière d'un mineur, décidée pour son éducation surveillée ou de sa détention régulière afin de le traduire devant l'autorité compétente;
- e. s'il s'agit de la détention régulière d'une personne susceptible de propager une maladie contagieuse, d'un aliéné, d'un alcoolique, d'un toxicomane ou d'un vagabond;
- f. s'il s'agit de l'arrestation ou de la détention régulières d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours.

L'article 5§3 ajoute que « Toute personne arrêtée ou détenue, dans les conditions prévues au paragraphe 1.c du présent article, doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires et a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable, ou libérée pendant la procédure. La mise en liberté peut être subordonnée à une garantie assurant la comparution de l'intéressé à l'audience. »

La cour utilise plusieurs arguments pour considérer que l'article 5§1 a été violé.

En premier lieu, le gouvernement - et les juridictions françaises - s'appuyaient sur la convention de Vienne pour justifier l'arraisonnement du Winner par les autorités françaises, alors que cette convention n'apparaît pas applicable en l'espèce à la Cour.

Le gouvernement s'appuyait par ailleurs sur un accord verbal des autorités Cambodgiennes pour l'arraisonnement, mais la Cour a estimé que cet accord ne pouvait couvrir que cette opération, et non « toutes ses conséquences », en l'espèce la détention des occupants.

Quant à la loi du 15 juillet 1994, la cour a objecté qu'elle n'envisageait pas la possibilité de détenir des individus pendant une telle durée.

La cour en a donc conclu qu'aucune « norme ne vise expressément la privation de liberté des membres de l'équipage du navire intercepté ».

Par ailleurs, la cour n'a pas contesté que la privation de liberté ait été faite sous le contrôle du parquet, mais constate « que le procureur de la République n'est pas une « autorité judiciaire » au sens que la jurisprudence de la Cour donne à cette notion : comme le soulignent les requérants, il lui manque en particulier l'indépendance à l'égard du pouvoir exécutif pour pouvoir être ainsi qualifié ».

Pour la cour, l'article 5§1 de la Convention a donc été violé.

La seconde question, relative à la durée de la privation de liberté, et donc à la conformité de la procédure à l'article 5§3 de la convention, a été rejetée par la cour qui a considéré qu'elle n'était pas excessive eu égard à la longueur du trajet que le bateau avait à effectuer jusqu'à la France.

iv. L'importance de l'arrêt dans la réflexion sur le statut du ministère public

1. L'absence d'opinion dissidente sur ce point

Dans cet arrêt, le juge BERR-LEFEVRE a émis une opinion « partiellement dissidente », mais sur une question annexe.

Dans son argumentation, ce juge conforte, de façon incidente, l'analyse de la Cour sur la question du ministère public.

C'est donc à l'unanimité que la cour a considéré que le procureur de la République n'était pas une « autorité judiciaire ».

L'importance de l'arrêt n'a d'ailleurs pas été négligée par le gouvernement français, qui a demandé, sur la question de la qualité d'autorité judiciaire du Procureur de la République, le renvoi de l'affaire en Grande Chambre.

2. Une opposition claire avec la jurisprudence du conseil constitutionnel

A deux reprises, à l'occasion de l'examen de lois entraînant modifications du Code de procédure pénale, le Conseil s'est prononcé sur la notion « d'autorité judiciaire ».

Dans la décision 93-326 du 11 août 1993, le Conseil constitutionnel a émis l'analyse suivante : « Considérant que l'autorité judiciaire qui, en vertu de l'article 66 de la Constitution, assure le respect de la liberté individuelle comprend à la fois les magistrats du siège et ceux du parquet ; que si l'intervention d'un magistrat du siège peut être requise pour certaines prolongations de la garde à vue, l'intervention du procureur de la république dans les conditions prévues par la loi déferée ne méconnaît pas les exigences de l'article 66 de la Constitution ».

Dans la décision 2004-492 du 02 mars 2004, le Conseil constitutionnel a considéré « qu'en vertu de l'article 20 de la Constitution, le gouvernement détermine et conduit la politique de la nation, notamment dans le domaine de l'action publique ; que l'article 5 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 susvisée, portant loi organique relative au statut de la magistrature, place les magistrats du parquet sous l'autorité du ministre de la justice ; que l'article 30 du nouveau Code de procédure pénale, qui définit et limite les conditions dans lesquelles s'exerce cette autorité, ne méconnaît ni la conception française de la séparation des pouvoirs, ni le principe selon lequel l'autorité judiciaire comprend à la fois les magistrats du siège et ceux du parquet, ni aucun autre principe de valeur constitutionnelle. »

La démonstration du Conseil constitutionnel, qui procède par affirmation, apparaît singulièrement formelle, ne se préoccupant pas, à l'inverse de la démarche de la Cour européenne des droits de l'Homme, des conditions réelles de l'exercice de l'action publique par le ministère public.

3. Les conséquences juridiques à statut égal

Il doit préalablement être remarqué que la réflexion sur la qualité d'autorité judiciaire du procureur de la République français apparaît de façon presque incidente dans l'arrêt MEDVEDYEV, comme un moyen presque surabondant, la cour ayant estimé que le défaut de base légale pour détenir pendant plusieurs jours les marins du Winner était suffisant pour considérer que l'article 5§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme avait été violé.

Toutefois, le refus de la qualité d'autorité judiciaire au ministère public français ne sera pas sans conséquences pratiques. Ainsi, les membres du parquet ne seront plus en mesure de contrôler, et a fortiori de décider, des mesures attentatoires à la liberté individuelle, telles que la comparution forcée d'un individu.

La question se posera aussi de la possibilité pour un membre du parquet de délivrer un mandat de recherche, qui emporte l'interpellation et le placement en garde-à-vue de la personne visée.

Plus significatif, le contrôle et la prolongation de la garde à vue constituent des enjeux considérables, tant qualitativement, la prolongation apparaissant en France une mesure quasiment automatique dès lors qu'elle est sollicitée par l'enquêteur, que quantitativement, la garde-à-vue étant de plus en plus utilisée par les services de police ou de gendarmerie.

En fonction de ces considérations, la décision de la grande chambre de la Cour européenne des droits de l'Homme aura des incidences considérables, qui nécessiteront des aménagements de nature légale, soit en renforçant les garanties statutaires pour les membres du ministère public, soit en limitant leurs pouvoirs.

* * *

*

Pression de la Cour européenne des droits de l'Homme, obsolescence d'un modèle français de ministère public arrivé à l'apogée de ses contradictions internes, en opposition avec les modèles étrangers les plus significatifs : le parquet français affronte une crise majeure qui est autant une crise de croissance qu'une crise de légitimité.

Le réformer est devenu une nécessité : aucune des contributions récentes à la théorie du ministère public ne conteste ce fait.

Les modalités de la réforme suscitent, en revanche, davantage de controverse.

II. Les options de réforme

L'étude de la doctrine relative au statut du ministère public permet de dégager trois hypothèses fondamentales de réformes, ou, plus précisément, trois cadres dans lesquels une réforme pourrait s'incarner, chacun de ces cadres déterminant un type de ministère public particulier : un corps de magistrats unique, un ministère public découplé du siège, ou un parquet placé sous l'autorité d'un magistrat.

Il ne s'agit pas de nier que de nombreuses modalités de fonctionnement soient envisageables à l'intérieur de ces cadres. Ainsi, il est possible d'imaginer un ministère public totalement soumis à l'intérieur d'un corps unique de magistrats – la situation française actuelle permet de ne pas en douter, ou un ministère public autonome et découplé du siège.

Toutefois, une réflexion à visée théorique impose de construire des modèles idéal-typiques cohérents. A cet égard, le modèle moniste trouve sa cohérence dans le renforcement statutaire d'un ministère public qui préserverait sa qualité de magistrat. Quant au modèle dualiste, la décision de séparation du corps des magistrats apparaît comme une façon de tirer les conséquences de l'absence de garanties statutaires suffisantes pour le ministère public, facteur d'un manque de clarté pour le justiciable et porteur de précarité pour l'ensemble de la magistrature.

C'est dans cette alternative que se situera la réflexion : la volonté politique de conserver un corps unique de magistrats ne saurait se satisfaire d'une situation de dépendance du ministère public envers l'exécutif, et devrait, en conséquence, lui assurer une large autonomie. A l'inverse, le souhait de maintenir la subordination du parquet à l'exécutif rend nécessaire une séparation des carrières et, partant, une réflexion nourrie sur l'étendue des pouvoirs qui pourraient alors rester ceux d'un ministère public fonctionnarisé. Enfin, l'institution d'un procureur général de la Nation doit conduire à l'exigence de garanties très fermes à trois égards : ses conditions de nomination, ses rapports avec le pouvoir exécutif, et l'étendue de son autorité sur les procureurs.

Le parti a été pris de ne pas privilégier a priori une solution de réforme plutôt qu'une autre, mais au contraire d'examiner les trois propositions canoniques (séparation du corps, indépendance du parquet dans un corps unique et institution d'un procureur général de la Nation), et d'examiner dans quelle mesure et sous quelles conditions ces propositions pourraient permettre l'exercice d'une justice équilibrée.

1. L'hypothèse moniste : vers un ministère public indépendant

La réflexion classique sur l'indépendance du ministère public se concentre de façon quasi-exclusive sur le mode de nomination des procureurs. Cette appréhension du problème, qui part du postulat selon lequel l'indépendance découlerait naturellement d'une plus grande sécurité dans le déroulement de la carrière, semble bien parcellaire.

En effet, l'alignement des conditions de nomination des membres du parquet sur celles des magistrats du siège, pour bénéfique qu'il serait, ne résoudrait qu'imparfaitement un problème d'une vastitude très supérieure. Ainsi, à titre d'exemple, la persistance du monopole de la chancellerie de l'initiative des propositions de postes pour les substituts, vice-procureurs, procureurs adjoints, substituts et avocats généraux – à l'instar de ce qui a cours pour les magistrats du siège – ne permettraient nullement de s'assurer de l'indépendance des membres du parquet.

La question du renforcement des garanties d'indépendance du ministère public doit donc être posée en fonction de plusieurs paramètres :

- Celui, évident, des garanties statutaires qui doivent s'attacher aux magistrats du parquet ;
- Celui de la légitimité du pouvoir exécutif à intervenir dans les affaires de justice et du périmètre de cette intervention ;
- Celui des rapports entre les différents maillons de la chaîne hiérarchique ;
- Celui, enfin, le plus complexe et le plus stratégique, des relations au sein des parquets de première instance. En effet, l'immense majorité des décisions sont prises par les magistrats qui travaillent sous l'autorité du procureur de la République (substitut, vice-procureurs, procureurs adjoints). Une réflexion aboutie sur un accroissement de l'indépendance des membres du ministère public ne saurait donc faire l'économie d'un questionnement sur l'étendue du pouvoir d'organisation de son parquet par le procureur de la République, le mode d'attribution des dossiers, la façon de trancher les désaccords, bref sur le périmètre réel d'autonomie du substitut.

Ces paramètres permettent de dégager plusieurs objectifs, eux-mêmes sous-tendus par différentes réformes à mettre en œuvre.

- i. Premier objectif : mettre la carrière des parquetiers à l'abri des pressions politiques.

Cet objectif, déjà largement théorisé par ailleurs, et pleinement inscrit dans le débat public, ne pose pas de réelle difficulté, tant dans ses motivations que dans ses modalités.

Il peut se décliner en deux propositions.

1. Proposition : aligner le régime de nomination des magistrats du parquet sur celui des magistrats du siège

Cette proposition doit être couplée avec une autre, commune à l'ensemble du corps des magistrats.

2. Proposition : donner au Conseil supérieur de la magistrature l'initiative en matière de propositions de nomination

En matière de nomination, y compris des magistrats du siège, le pouvoir de proposition de la chancellerie se révèle, dans l'immense majorité des cas, primordial. Sans revenir sur le détail

de réflexions tenant davantage au Conseil supérieur de la magistrature qu'au statut du parquet, il convient de rappeler que les garanties d'indépendance pour les magistrats ne seront réelles que lorsque le Conseil supérieur de la magistrature aura lui-même le pouvoir de proposition, ce qui implique principalement le rattachement du bureau des mouvements et du département des ressources humaines à ce Conseil.

A tout le moins, le Conseil supérieur de la magistrature devra avoir la faculté de substituer le nom d'un réclamant à celui du magistrat proposé par la chancellerie sur un poste donné.

- ii. Deuxième objectif : assurer la possibilité pour le pouvoir exécutif de fixer des orientations générales et de faire contrepoids à l'inertie éventuelle du ministère public

La justice est aussi une politique publique, d'autant plus importante que l'attente sociale à son endroit est de plus en plus forte. Il est difficilement envisageable que cette attente ne s'incarne pas dans une politique et un garde des sceaux.

1. Proposition : réaffirmer la possibilité pour le garde des sceaux de diffuser aux parquets et parquets généraux des circulaires d'action publique

Cette solution, conforme au droit existant, n'est nullement douteuse.

Une limite doit cependant être posée : ces circulaires ne doivent en aucune manière être contraires au statut, et leurs prescriptions doivent rester adaptables aux situations individuelles et aux réalités locales.

A cet égard, l'étude des circulaires adressées ces dernières années au ministère public démontre un empiètement tendanciel sur la liberté de la prise de parole à l'audience, un nombre important d'entre elles imposant tel type de réquisitions à l'audience. Ainsi de la circulaire qui avait été diffusée au sujet de l'application des « peines plancher », et qui obligeait presque les parquetiers à requérir l'application de ses peines, en totale contrariété avec la lettre même du statut qui prévoit que la parole des procureurs, à l'audience, est libre.

Pour le reste, les circulaires générales de politique pénale doivent être respectées par les procureurs de la République.

Tout autre est la question des instructions individuelles.

2. La question des instructions dans les affaires individuelles

Cette question a été largement débattue, certains magistrats – la majorité - n'estimant pas utile de revenir sur l'état actuel du droit, d'autres se montrant favorables à la prohibition de toute instruction provenant du pouvoir exécutif.

Il a été décidé de présenter les deux points de vue.

- a. Proposition majoritaire : ne pas revenir sur la possibilité pour le garde des sceaux ou le procureur général de donner des instructions de poursuite écrites et versées au dossier

Par hypothèse, ces instructions surviennent lorsqu'un procureur de la République refuse de poursuivre, ou envisage de requérir un non-lieu dans une affaire. Il n'apparaît pas inconcevable que, dans ce cas, le pouvoir exécutif estime devoir prendre ses responsabilités et assumer de renvoyer tel dossier devant un tribunal indépendant.

Mais, pour placer cette décision sur le terrain de la responsabilité politique, il convient qu'elle ne se pare pas d'une caution – ou d'un alibi – judiciaire : c'est ainsi que ces instructions doivent être écrites, versées au dossier, afin que le tribunal amené à juger la personne poursuivie soit informé des conditions de la poursuite – ainsi d'ailleurs que la presse.

Cette exigence suppose que, conformément à la situation actuelle, le procureur de la République informe la hiérarchie de ses intentions (s'agissant d'éventuelles réquisitions de non-lieu dans les dossiers d'instruction) ou de ses décisions (s'agissant des classements sans suite) dans les affaires dont il pense qu'elles pourraient l'intéresser – schématiquement, des affaires signalées.

Afin de garantir l'effectivité de l'exigence d'instructions écrites – exigence aujourd'hui quasiment désuète, il est nécessaire que les courriers de transmission au parquet général soient versés au dossier. La pratique, extrêmement répandue, consistant pour un procureur de la République à solliciter les instructions du parquet général et, partant, de la chancellerie, doit être formellement proscrite.

- b. Proposition alternative : interdire toute instruction aux procureurs de la République dans les dossiers individuels

Certains magistrats estiment que le pouvoir exécutif n'a aucune légitimité à intervenir dans les affaires individuelles, fût-ce pour combattre l'inertie d'un procureur de la République qui refuserait de poursuivre une affaire. La gestion des affaires individuelles ne peut concerner que l'autorité judiciaire, quitte à trouver des moyens de contournement de l'éventuelle inertie d'un procureur de la République au sein de l'autorité judiciaire elle-même.

3. Proposition : interdire formellement toute instruction de non poursuite, y compris téléphonique.

Cette proposition, conforme à la lettre du texte mais pas à la pratique quotidienne des parquets, ne souffre aucune contestation ni aucune exception.

Cette interdiction des instructions négatives vaut autant pour les classements sans suite que pour les non-lieux. Cela se justifie par le fait que de telles décisions ont pour effet de

soustraire certaines affaires au débat devant un juge indépendant, et qu'elles n'admettent pas de réel contre-pouvoir.

La difficulté provient de ce que de telles instructions sont, à l'heure actuelle, extrêmement courantes, et ne peuvent être détectées, malgré leur illégalité.

Il importe donc que le code de procédure pénale prévoie explicitement que de telles instructions sont formellement prosrites.

Par ailleurs, la majorité du groupe de travail estime que la diffusion ou l'acceptation de telles instructions doivent devenir susceptibles d'engager la responsabilité disciplinaire des magistrats.

iii. Troisième objectif : clarifier les rapports au sein des parquets de première instance

Une réflexion sur une indépendance accrue et effective des magistrats du parquet ne saurait se limiter à l'examen de leurs conditions de nominations.

L'axe de réflexion majeur se situe au contraire dans la clarification des rapports au sein des parquets de première instance, rapports dont il a été démontré plus haut qu'ils demeuraient largement impensés, puisque le Code de l'organisation judiciaire leur consacre à peine deux articles.

Or, il convient de rappeler que ce sont, concrètement, les subordonnées des procureurs de la République (substituts, vice procureurs et procureurs adjoints) qui prennent les décisions.

L'objectif poursuivi doit se décliner en deux exigences, censées favoriser l'émergence de la meilleure décision possible : tout d'abord, éviter les décisions opportunistes ou complaisantes de procureurs de la République ; ensuite, éviter les erreurs d'appréciations de subordonnés peu expérimentés ou dysfonctionnant.

Trois propositions permettront de concilier ces deux exigences.

1. Proposition : rigidifier et rendre plus transparente l'affectation des postes et des dossiers au sein des parquets

Cette ambition pourra se réaliser au moyen de deux modalités techniques cumulatives.

- a. Première modalité : contraindre le procureur de la République à soumettre à l'assemblée générale des magistrats du parquet l'organisation de son parquet, et les affectations de ses subordonnés à la demande de ceux-ci

L'organigramme du parquet présente une grande importance, en ce qu'il détermine l'étendue de la compétence de chacun des magistrats qui le composent.

Cet organigramme devra répondre à deux caractéristiques.

En premier lieu, la répartition des compétences des magistrats ne pourra être faite qu'en fonction du type de contentieux, et non en fonction de la qualité du justiciable en cause. A l'heure actuelle, certains magistrats des parquets (en général, ceux qui ont la confiance du procureur de la République), se voient confier tous les contentieux mettant en cause « un fonctionnaire de police », ou « un fonctionnaire de l'administration pénitentiaire », ou « les élus ». Cette façon d'organiser un parquet doit devenir formellement interdite, car elle entretient le justiciable dans l'idée que la justice n'est pas la même pour tous, puisque certains, quelle que soit l'infraction qu'ils ont commise, sont traités par un magistrat spécifique. Il convient d'ailleurs de ne pas être dupe des motivations de ces procureurs qui organisent leur parquet de la sorte : ils souhaitent ainsi garder la haute main sur des décisions qui intéressent nécessairement la hiérarchie parquetière – et le pouvoir exécutif.

En second lieu, tout déplacement d'un magistrat du parquet d'un contentieux vers un autre pourra, à sa demande et s'il estime que ce déplacement représente en réalité une sanction déguisée, être soumis à l'assemblée générale des magistrats du parquet.

- b. Seconde modalité : l'attribution du suivi des dossiers d'instruction devra résulter d'un acte écrit et versé au dossier par le procureur de la République ou son représentant

Il n'est pas douteux que la question des réquisitions dans les dossiers d'instruction présente, pour le ministère public, un intérêt majeur, surtout dans les dossier dits « sensibles ».

Cette proposition découle de la simple ambition que les critères d'attribution de ces dossiers deviennent davantage transparents, et ne permettent pas de douter des motivations de cette attribution.

En effet, il apparaît que la marge de manœuvre laissée au procureur de la République dans l'attribution de certains dossiers n'est pas toujours utilisée dans l'intérêt du service, mais bien parfois aux fins d'assurer une analyse du dossier conforme aux attentes de la hiérarchie – voire du pouvoir exécutif.

Cette évolution (qui n'est que le pendant de la désignation d'un juge d'instruction par un président de tribunal) permettra au minimum d'éviter qu'un magistrat qui, au terme de son analyse d'un dossier, s'est forgé une conviction contraire aux aspirations de sa hiérarchie ne puisse être « dessaisi » du suivi du dossier dans le silence du bureau du procureur de la République.

2. Proposition : Encadrer strictement la possibilité pour un procureur de la République de dessaisir un magistrat de son parquet du traitement d'un dossier.

Le pendant de la rigidification des règles d'attribution des dossiers et des compétences devra consister dans une possibilité de recours octroyée au procureur de la République lorsqu'il estimera devoir dessaisir un magistrat de son parquet du traitement d'une affaire.

Ce recours, à l'instar du modèle italien, trouvera utilement à s'exercer devant l'organe veillant à l'indépendance de la magistrature, à savoir le Conseil supérieur de la magistrature.

Ainsi, le procureur de la République devra adresser au Conseil supérieur de la Magistrature un document détaillant les raisons de sa volonté de retirer le suivi d'une affaire à un magistrat de son parquet, dont il estime qu'il ne la traite pas conformément à la bonne administration de la justice.

Le conseil supérieur de la Magistrature, dans une formation ad hoc et dénuée de toute considération disciplinaire, et après avoir recueilli les observations du parquetier concerné, disposera d'un délai afin de faire connaître qu'il s'oppose ou non à ce dessaisissement.

* * *

*

2. L'hypothèse dualiste : la séparation du corps

La séparation du corps est présentée par certains comme l'aboutissement logique et inéluctable de l'évolution des systèmes judiciaires européens vers une stricte rupture entre d'une part les juges arbitres et d'autres part les procureurs en charge des poursuites et des investigations. L'arrêt Medvedyev de la Cour Européenne des Droits de l'Homme considérant que le ministère public français n'est pas une autorité judiciaire en raison de son lien avec le pouvoir exécutif confère à cette question une grande acuité.

Pour les contempteurs du régime moniste, tels Hubert DALLE et Maître Daniel SOULEZ LARIVIERE, l'unité du corps apparaît comme la survivance historique de la dépendance de la Justice à l'égard du pouvoir exécutif, le parquet étant "le cheval de Troie" du gouvernement dans la magistrature.

La séparation du corps devient alors le moyen de se conformer à l'article 64 de la Constitution prévoyant une autorité judiciaire indépendante et, de façon plus prosaïque, de faire cesser une forme d'hypocrisie inhérente au double positionnement du ministère public.

L'objectif principal d'un tel système vise à restaurer et à renforcer la légitimité première du juge, c'est-à-dire son indépendance.

Une telle séparation suppose un bouleversement complet de nos institutions et de notre histoire judiciaire, ce qui implique de repenser le statut, la formation et le rôle tant des organes de jugement et de contrôle que des organes de poursuites.

- i. Premier objectif : renforcer la seule légitimité du juge, son indépendance

L'indépendance du juge devra être renforcée, et l'un des moyens de ce renforcement sera de mettre un terme à la proximité existant entre les juges et les procureurs, et de placer le juge à égale distance entre les avocats et la partie poursuivante.

1. Proposition : instituer un recrutement distinct fondé sur des concours différents

Les fonctions exercées étant distinctes, les qualités requises et l'appréciation des compétences pour devenir juge ou procureur diffèrent naturellement.

Ainsi, le contenu des concours deviendra spécifique aux missions soit de jugement (rédaction, analyse, ...) soit de poursuite (direction d'enquête, accusation, ...).

2. Proposition : assurer une formation séparée

La formation initiale comme la formation continue sont consacrées à des missions différentes et devront donc faire l'objet d'un enseignement distinct.

Il est possible d'envisager que les procureurs suivent leur apprentissage dans le cadre de l'Ecole Nationale d'Administration et non plus à l'Ecole Nationale de la Magistrature.

Une telle séparation dans l'apprentissage permet de renforcer la culture d'indépendance de l'autorité judiciaire en faisant disparaître la « consanguinité » entre le juge et l'une des parties au procès, et la situation actuellement différenciée de l'avocat.

3. Proposition : introduire un cloisonnement des corps

La séparation du corps imposera d'interdire tout passage, par simple mutation, entre le siège et le ministère public et inversement.

L'accès aux fonctions de juge pourra alors se faire par intégration mais selon la même procédure, pour les procureurs et pour les avocats.

4. Proposition : créer des régimes disciplinaires différents avec des règles déontologiques et des serments différents

Tout comme la formation initiale et la formation continue, l'exercice de fonctions distinctes conduira à réfléchir à des serments différents et à un corpus de règles déontologiques spécifiques à la qualité de juge et à la qualité de procureur.

Les comportements seront forcément appréciés de façon très différente selon que devra primer l'indépendance ou la loyauté vis-à-vis du pouvoir exécutif.

Dès lors, cette divergence de règles déontologiques débouchera sur des instances et des régimes disciplinaires distincts.

5. Proposition : renforcer le pouvoir de l'assemblée générale sur l'affectation des magistrats et l'organisation de la juridiction

Dans le même esprit, l'organisation administrative des juridictions devra relever d'un niveau plus élevé d'indépendance.

Il y aura lieu de renforcer le pouvoir de l'assemblée générale en ce qui concerne l'affectation des juges dans chacun des services du Tribunal.

L'avis de l'assemblée générale doit pouvoir devenir conforme et non plus simplement consultatif, et ce afin de contrebalancer le pouvoir administratif du Président, dont il a pu être observé qu'il était parfois utilisé à d'autres escients que celui de l'indépendance.

A tout le moins devra-t-il être créé une possibilité pour une majorité qualifiée des membres de l'assemblée générale de s'opposer à un changement de service contre l'avis d'un magistrat.

- ii. Deuxième objectif : conférer un statut au parquet conforme à son rôle d'interface entre le monde politique et le monde judiciaire

1. Proposition : donner au parquet le statut de fonctionnaires

Les membres du parquet perdront leur qualité de magistrats pour devenir des agents de l'Etat, le procureur de la République devenant l'équivalent d'un préfet de Justice.

2. Proposition : affirmer que le Ministère public ne fait pas partie de l'autorité judiciaire mais de l'administration du Ministère de la Justice

Les membres du ministère public ne seront plus rattachés à l'autorité judiciaire telle que définie à l'article 64 de la Constitution, celle-ci devenant alors constituée exclusivement des juges.

Les membres du parquet deviendront alors des fonctionnaires du Ministère de la Justice.

3. Proposition : rattacher hiérarchiquement les membres du Ministère public au Ministre de la Justice, et les rendre amovibles

Les membres du ministère public auront pour supérieur hiérarchique le Ministre de la Justice.

En qualité de fonctionnaires, ils seront amovibles.

4. Proposition : faire du procureur l'équivalent d'un préfet de Justice mettant en oeuvre et animant la politique pénale du gouvernement ainsi que les politiques publiques territoriales

Agent territorial du Ministère, le Procureur de la République, à l'instar d'un Préfet de Justice mettra en oeuvre et animera les politiques pénales du gouvernement et coordonnera les politiques publiques territoriales.

- iii. Troisième objectif : garantir la mise en œuvre de l'action publique

Le Parquet demeurera l'autorité de poursuite mais, compte de tenu de son nouveau statut, il conviendra de veiller à la mise en œuvre de l'action publique à travers des mécanismes procéduraux garantissant qu'aucun fait susceptible de constituer une infraction ne soit laissé de côté pour des raisons étrangères à la bonne administration de la justice.

L'objectif poursuivi est donc de permettre un contrôle par le juge sur le devenir des procédures ainsi initiées.

1. Proposition : adopter le principe de légalité des poursuites

Les membres du Parquet n'étant plus des magistrats, il ne sera pas envisageable de leur laisser le choix de mener des investigations ou non sur les faits susceptibles de constituer des infractions qui parviendront à leur connaissance.

Il deviendra par conséquent nécessaire d'adopter le principe de légalité des poursuites imposant au Ministère Public d'ouvrir une enquête à la suite de chaque plainte ou signalement, enquête dont il avisera le juge chargé du contrôle, comme cela sera développé plus avant.

Afin cependant de conférer au système une certaine souplesse et un caractère proportionné, ce principe de légalité pourra être aménagé de façon à laisser au Parquet le choix, au vu de l'enquête, de saisir une juridiction de jugement ou non.

S'il fait choix de la saisine d'une juridiction, il pourra lui être laissé le choix des modalités de cette saisine (COPJ, citation directe, comparution immédiate,...), la transmission de la procédure à des juges indépendants n'étant pas *a priori* source de préjudice.

2. Proposition : instituer une validation par le juge des projets de classement et du recours à une mesure d'alternative aux poursuites

Si le Parquet, au vu des investigations, estime que les faits ne doivent pas se traduire par un renvoi devant une juridiction, pour l'une des raisons actuelles de classement, deux cas se présenteront.

Dans les affaires comportant un plaignant à l'origine de l'enquête, le procureur de la

République aura alors la possibilité de procéder lui-même au classement. Toutefois, le plaignant devra systématiquement être avisé de ce classement et aura la possibilité inconditionnelle de le contester devant un juge (et non devant le procureur général comme cela est actuellement le cas).

Dans les affaires sans plaignant, ou dans laquelle toutes les victimes prévisibles ne sont pas identifiées, le procureur de la République désireux de classer sans suite devra saisir le juge chargé du contrôle d'une demande motivée d'autorisation de classement.

S'il obtient cet accord, il pourra procéder au classement sans suite, et dans le cas contraire, il devra poursuivre l'enquête ou saisir une juridiction selon les modalités qu'il estimera adaptées, en informant le juge dans un certain délai.

De même, si le procureur de la République envisage de recourir à une mesure d'alternative aux poursuites (médiation, réparation, composition pénale,...), le Parquet devra saisir le juge selon les mêmes modalités.

Si l'accord est donné, le Parquet devra informer le juge des suites, notamment de la saisine d'une juridiction.

3. Proposition : faire intervenir le juge en l'absence de décision du Parquet

Afin d'éviter que certaines procédures ne soient « oubliées », grâce au mécanisme d'information du juge chargé du contrôle (cf. ci-dessous), ce dernier pourra, d'office ou sur saisine d'une partie, en l'absence de décision du Parquet sur les suites à donner à une enquête visiblement achevée, lui enjoindre de saisir une juridiction ou de lui proposer une mesure de classement ou d'alternative aux poursuites.

Si le manque de diligence persiste, le juge pourra lui-même saisir une juridiction de jugement.

iv. Quatrième objectif : assurer une conduite cohérente des investigations dans le respect des libertés individuelles

La séparation entre les magistrats du siège et le Parquet permettra de distinguer nettement entre leurs compétences propres : le Parquet, autorité de poursuite et soutenant l'accusation, conduira l'intégralité des investigations nécessaires à l'accomplissement de ses missions, et les magistrats du siège veilleront et garantiront que ces investigations se déroulent dans le strict respect des libertés individuelles et de l'égalité des armes entre les parties.

1. Proposition : rattacher la police judiciaire au Parquet

Les membres du Parquet ne pouvant naturellement pas effectuer seuls les investigations nécessaires au bon déroulement des enquêtes, ils continueront, pour ce faire, à avoir recours aux officiers de police judiciaire, qui n'ayant plus qu'un interlocuteur dans la conduite des enquêtes, auront pour vocation essentielle d'être le prolongement exécutif du Parquet.

Dés lors, afin de conférer toute sa cohérence à cette structure, la police judiciaire ne devra plus être placée sous l'autorité du Ministère de l'intérieur mais être rattachée au Parquet qui en assurera la direction opérationnelle.

Il conviendra cependant, afin de garantir l'effectivité du rôle du juge tel que développé ci-dessous, que le statut de la police judiciaire comprenne l'obligation de respecter et d'assurer l'exécution des décisions de ce magistrat chargé de veiller aux libertés individuelles et à l'égalité des armes entre les parties.

2. Proposition : imposer en amont de toute décision attentatoire aux libertés une autorisation du juge

L'avancée des enquêtes est parfois, voire souvent, subordonnée à des investigations par nature attentatoires aux libertés comme les écoutes téléphoniques, les perquisitions ou les sonorisations, ainsi qu'à des mesures de sûreté maintenant les personnes à disposition de la justice, comme la garde à vue, la détention provisoire ou le contrôle judiciaire.

Compte tenu du statut du Parquet, il sera impératif que la réalisation de l'ensemble de ces actes soit subordonnée à une autorisation d'un juge, spécialement chargé de garantir le respect des libertés individuelles dans le cadre des enquêtes pénales, qui veillera à ce que l'atteinte envisagée soit proportionnée, au regard de son utilité réelle, au but poursuivi. Cette autorisation devra prendre la forme d'une décision écrite et motivée en réponse à une requête adressée par le parquet.

3. Proposition : permettre aux parties de présenter une demande d'acte au juge en cas de refus du Parquet

La séparation du corps et le fait de confier la direction de l'enquête exclusivement au Parquet auquel sera rattachée la police judiciaire renforceront son rôle de partie à la procédure et rendront dès lors nécessaires l'existence de mécanismes procéduraux destinés à garantir l'égalité des armes entre les différentes parties.

Il faudra, dans un premier temps, donner la possibilité à la défense et à la partie civile, qui auront accès à la procédure dans les mêmes conditions que dans le cadre d'une information judiciaire, de demander au Parquet de procéder à tel ou tel acte d'enquête ou expertise, lequel pourra éventuellement refuser, cette décision devant alors être formalisée par un écrit.

En cas de refus du Parquet ou de manque de diligence, les parties pourront alors saisir le juge chargé du contrôle des enquêtes afin que celui-ci statue en confirmant le refus du Parquet ou, au contraire, en ordonnant la réalisation de la mesure sollicitée dans un certain délai. Il faudra alors admettre que ce juge dispose d'un pouvoir d'injonction vis-à-vis du Parquet, ce qui est envisageable au regard de la différence de statut.

En cas de non respect de l'injonction par le Parquet, il faudra éventuellement prévoir un mécanisme de sanction ou que le juge puisse reprendre ponctuellement un rôle opérationnel dans l'enquête en procédant lui-même à l'acte demandé (ordonnance d'expertise, « commission rogatoire » détaillée adressée aux enquêteurs pour un acte précis,...).

4. Proposition : assurer l'information constante du juge par le Parquet

Afin que le juge chargé du contrôle des enquêtes puisse pleinement exercer son rôle et afin d'éviter que certains dossiers soient « enterrés », le Parquet devra informer le juge de tout dépôt de plainte ou signalement d'infraction, ainsi que de l'état d'avancement des investigations dans chaque dossier dépendant du contrôle de ce juge.

Pour que cette information soit exploitable par le juge, il faudra prévoir l'existence de plusieurs de ces juges au sein de chaque tribunal, en fonction naturellement de la taille de leur ressort, et le cas échéant une répartition des enquêtes entre eux, selon un critère géographique ou matériel.

En cas d'avancement insatisfaisant d'une enquête ou de la réalisation d'un acte qui aura été imposé par le juge, ce dernier pourra utiliser son pouvoir d'injonction dans le premier cas, ou effectuer ponctuellement l'acte dans le second cas.

v. Cinquième objectif : conférer au juge chargé du contrôle des enquêtes un statut protecteur lui garantissant de pouvoir exercer pleinement ses attributions

Les missions de ce juge seront de veiller, dans le cadre des enquêtes pénales, au respect des libertés individuelles et à l'égalité des armes entre les parties.

Compte tenu du caractère essentiel de ce rôle, le statut de ce juge devra être particulièrement protecteur et son mode de fonctionnement devra lui permettre d'exercer pleinement ses attributions.

1. Proposition : introduire des garanties quant à ses conditions de nomination

Afin que le contrôle du juge soit effectif, il faut que ce soit un magistrat spécialisé, nommé à cette fonction par décret pris sur avis conforme du Conseil supérieur de la magistrature, et non par simple décision administrative du Président du tribunal, comme c'est le cas actuellement des juges des libertés et de la détention.

Seul ce type de garantie statutaire semble à même d'empêcher qu'il puisse être déchargé ad nutum de ses fonctions par le Président du tribunal, et qu'il soit ainsi un magistrat intermittent et précaire non réellement en capacité d'exercer son contrôle.

2. Proposition : assurer une organisation en cabinet permanent

Afin que ce juge tienne pleinement son rôle, il devra exercer ses attributions au sein d'un cabinet, chaque cabinet étant en charge du suivi d'un certain nombre d'enquêtes.

Les enquêtes seront réparties entre les cabinets en fonction d'un critère géographique ou

matériel, chaque information du Parquet sur le dépôt d'une plainte, d'un signalement, ou l'ouverture d'une enquête pouvant donner lieu à l'ouverture d'un dossier particulier au sein du cabinet.

Afin d'assurer une régularité du contrôle et de permettre un bon déroulement des enquêtes, ces juges tiendront une permanence rendant notamment possible la délivrance des autorisations dans un délai compatible avec le rythme des investigations.

Ce système garantira une réactivité satisfaisante des juges, et permettra éventuellement d'éviter la mise en place de procédures dérogatoires autorisant le Parquet à faire procéder à certains actes attentatoires aux libertés en cas d'urgence, à titre conservatoire, avec nécessité d'obtenir une validation du juge a posteriori, comme c'est notamment le cas en Allemagne.

vi. Sixième objectif : préserver au juge son rôle actif afin d'assurer l'équilibre entre les parties

Compte tenu du renforcement du Parquet en tant que partie à la procédure, il sera impératif de conserver aux juges des juridictions de jugement un rôle actif permettant la préservation de l'égalité entre les parties lors des audiences.

1. Proposition : garantir la direction des débats par le juge

Afin d'éviter une trop grande supériorité d'une partie sur l'autre, il faudra que le juge conserve son rôle en matière de conduite des débats à l'audience, et non qu'il devienne en simple arbitre.

Il faudra donc préserver, voire renforcer, notre système actuel de déroulement des audiences pénales, avec des juges qui dirigent les débats, posent des questions, donnent la parole à chacun.

2. Proposition : supprimer la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité

L'audience étant dans ce type de système judiciaire, l'un des rares moments de débat contradictoire en présence d'un juge indépendant, il sera d'autant plus nécessaire de le préserver.

Il semble dès lors opportun de supprimer la procédure de « plaider coupable » où le Parquet tient une place prépondérante, peu compatible avec son statut.

3. Proposition : renforcer le rôle du juge en matière d'audiencement

Le Parquet n'étant désormais qu'une partie à l'égale des autres, son rôle en matière de contenu et d'organisation des audiences ne devra plus être que consultatif.

Il reviendra aux juges d'établir l'audiencement des affaires, et de définir, à ce titre, les

priorités judiciaires. Le parquet, mais aussi un représentant du bâtonnier, seront associés à ces décisions, avec possibilité de soumettre au président du tribunal correctionnel une requête aux fins d'audiencement de telle ou telle affaire.

3. L'hypothèse de l'institution d'un « procureur général de la Nation »

Il n'existe en France qu'un nombre relativement restreint de contributions relatives à la création d'un poste de procureur général de la Nation. C'est sans doute la Commission DELMAS-MARTY qui, en 1991, dans son rapport relatif à la mise en état des affaires pénales, l'aborde sérieusement pour la première fois, au détour d'un questionnement sur l'indépendance totale du parquet.

S'interrogeant sur ce concept d'indépendance totale, qui serait logiquement le « pendant institutionnel évident de la maîtrise, par le parquet, des investigations », elle rappelle que toute réforme conduisant à une indépendance absolue du ministère public entraînerait la remise en cause de la notion même de politique pénale. Une perspective inconcevable pour la Commission qui estime qu'il n'est pas possible de se passer d'une politique pénale coordonnée, dressant les axes des priorités à mettre en œuvre quant aux infractions à réprimer.

C'est face à ce dilemme qu'elle envisage alors une solution intermédiaire : elle consiste à maintenir la hiérarchie existante au sein du parquet tout en substituant, à son sommet, au ministre de la justice, une autorité judiciaire indépendante. Cette solution, selon la Commission, aurait tout à la fois « le mérite de détacher le ministère public de toute pression du pouvoir exécutif, tout en préservant l'impératif de la détermination d'une politique pénale nationale ».

Aussitôt évoquée, cette solution est écartée par la Commission : elle admet que l'instauration d'un procureur général de la Nation permettrait de garantir une politique pénale cohérente, mais celle-ci serait mise en œuvre par une « autorité dépourvue de toute légitimité démocratique directe ».

A peine énoncé, le concept de procureur général de la Nation semble se heurter à des obstacles infranchissables. Certes, il sera défendu par des hauts magistrats, essentiellement issus du parquet (Henri MAYNIER, procureur général honoraire près la Cour de cassation, Jean-François BURGELIN, procureur général près la Cour de cassation), mais il ne sera guère popularisé sur l'extérieur et peu revendiqué par la classe politique.

Il reprend néanmoins de la vigueur dans les mois qui précèdent l'élection présidentielle de 2007, sous la plume de l'ancien procureur général de PARIS, Yves BOT. Un haut magistrat qui revendique sa proximité avec Nicolas SARKOZY. De fait, dans un discours en date du 3 mai 2007, celui qui deviendra quelques semaines plus tard le nouveau Président de la République française vante les mérites de ce dispositif. Et en décrit les lignes de force.

Il ne s'agit pas, précise-t-il, de réaliser par ce biais l'indépendance des parquets à l'égard de la Chancellerie : sur ce point, Nicolas SARKOZY indique que « dans une démocratie comme la nôtre, avoir une politique pénale n'est pas un droit pour le gouvernement, c'est un devoir » ; il précise que le garde des Sceaux doit en rendre compte, devant le parlement et devant la Nation.

Pour autant, précise-t-il, « l'application de la politique pénale par les parquets ne doit pas être l'alibi des interventions du ministre de la justice dans les affaires individuelles pour des motifs d'ordre politique ou privé ». La création d'un poste de procureur général de la Nation a pour objectif de réduire les soupçons d'ingérence du pouvoir politique dans le pouvoir judiciaire : il ne s'agit pas de mettre les parquets sous « l'autorité d'un magistrat indépendant du pouvoir politique », mais bien de confier à un magistrat de grande envergure et de grande compétence le soin de veiller au quotidien, sous l'autorité du ministre, à l'application de la politique pénale voulue par le gouvernement. Une politique pénale qu'il pourra décliner, le cas échéant, en instructions individuelles.

Selon Nicolas SARKOZY, ce rôle « d'interface » entre le garde des Sceaux et les magistrats du parquet réduirait donc le champ des soupçons afférents à l'interventionnisme du politique. Il conduirait à la mise en œuvre d'une « éthique des relations entre le monde politique et le monde judiciaire ». Il soulagerait également le travail du ministre de la justice « qui a beaucoup d'autres chantiers en plus de la politique pénale ». Dans ce système, le procureur général de la Nation serait nommé par le Président de la République après « une audition publique devant une commission représentative du Parlement qui serait dotée d'un droit de veto ».

Dans ses propositions pour une réforme de la justice, Nicolas SARKOZY enfonce le clou : il promet alors la création d'un poste de procureur général de la Nation, afin de permettre l'application d'une « vraie politique pénale nationale ».

La réflexion développée par le leader de la droite est particulièrement intéressante en ce qu'elle définit *ce que n'est plus* le procureur général de la Nation. Alors qu'il était encore appréhendé, dans le rapport DELMAS-MARTY, comme un dispositif d'équilibre permettant de concilier les exigences liées à la politique pénale et celles relatives au statut du parquet, il n'est plus pensé par Nicolas SARKOZY comme un outil au service d'une quelconque indépendance. Dans le dispositif imaginé à grands traits par la commission DELMAS-MARTY, c'est précisément parce que le procureur général de la Nation était nécessairement indépendant du pouvoir politique qu'il souffrait d'une absence de légitimité démocratique. Dans le système décrit par Nicolas SARKOZY, ce risque n'existe pas : le procureur général de la Nation restera placé sous l'autorité du ministre de la Justice - aussi sûrement que les carrières du parquet « ne sont pas indépendantes du pouvoir politique ».

Sans doute soucieux de parer cette réforme des habits de la légitimité et de ne pas prêter le flanc à la critique - immédiatement après son élection, on prête en effet à Nicolas SARKOZY la volonté de nommer au poste de procureur général de la Nation son ami Yves BOT -, le désormais Président de la République recourt aux services du « comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la cinquième République ». Dans le décret du 18 juillet 2007 portant création de ce comité, figure, entre autres commandes, le soin de réfléchir à la création d'un procureur général de la Nation. Une perspective, rappelle le Président, destinée à concilier « l'exigence d'application homogène par les parquets de la politique pénale défendue par le gouvernement, et la garantie due aux justiciables qu'aucune considération autre que judiciaire n'intervient dans le fonctionnement de la justice ».

Parmi les contributions recueillies par le comité de réflexion présidée par Édouard BALLADUR sur le sujet, l'une mérite que l'on s'y attarde. L'intervention de Jean-Louis NADAL, procureur général près la Cour de cassation, présente ainsi l'intérêt de résumer les actuelles données du problème et, involontairement sans doute, de mettre à nu la contradiction

fondamentale du dispositif voulu par le Président de la République.

Rejetant le principe d'une indépendance totale du parquet - celui-ci, chargé d'exercer l'action publique et de veiller à l'application de la loi, doit rester nécessairement un « service de l'Etat »-, le haut magistrat recommande toutefois que pour être pleinement reconnus dans leur qualité de magistrats, les membres du parquet « devraient avoir en quelque sorte, *plus d'indépendance* ». Un équilibre qu'il qualifie lui-même « d'instable » et qu'il propose de consolider par l'examen de deux types de solutions.

La première réside dans la création du procureur général de la Nation. Aux yeux de Jean-Louis NADAL, il serait chargé de mettre en œuvre des politiques publiques et serait le supérieur hiérarchique direct des procureurs généraux de cours d'appel, eux-mêmes supérieurs hiérarchiques des magistrats des parquets de grande instance : « magistrat, précise-t-il, il aurait le pouvoir de procéder par la voie de directives générales, que ce soit pour la mise en œuvre des instructions générales ou particulières du garde des Sceaux ou pour l'exécution de celles dont il prendrait l'initiative ».

Il serait recruté dans la magistrature, aurait « la responsabilité de l'action publique » et son choix devrait reposer sur une « indiscutable légitimité », renforcée par la fixation d'une durée limitée de son mandat non renouvelable.

Le dispositif apparaît cohérent. Toutefois, si Jean-Louis NADAL le décline, c'est pour aussitôt en souligner les limites. Selon lui, « le procureur général de la Nation continuerait de recevoir des instructions individuelles » : toute autre solution qui renforcerait davantage l'autorité du procureur général engendrerait une « coupure avec l'exécutif en charge des intérêts de la collectivité » et le risque de la création d'un « ministre bis » de la justice.

Jean-Louis NADAL ne recommande pas autre chose que ce qui était affirmé par Nicolas SARKOZY dans son discours de campagne : le procureur général de la Nation reste placé sous l'autorité du ministre de la justice. Mais contrairement au candidat, le haut magistrat n'entretient guère d'illusions sur les apports d'une telle réforme : dans l'hypothèse - nécessaire à ses yeux - où le procureur général reste soumis aux instructions individuelles du garde des Sceaux, il s'interroge sur ce que cette institution « apporte au fonctionnement de la justice ».

L'approche limitée d'un Nicolas SARKOZY plaçant le procureur général de la Nation sous l'autorité du ministre de la justice a du plomb dans l'aile. Le comité de réflexion ne prend pas même la peine de la développer dans son rapport final : l'instauration d'un procureur général de la Nation ne pourrait avoir comme autre objectif que de renforcer l'indépendance du parquet par rapport au pouvoir politique. Dans cette optique, le procureur général de la Nation, « placé au sommet de la hiérarchie », serait « le vrai responsable de l'application de la loi sur tout le territoire » et serait « statutairement indépendant du ministre de la justice ». Les magistrats du parquet », relèvent les membres de la commission, « dépendraient de lui seul ». Sa nomination serait proposée par le gouvernement, soumise au Parlement et approuvée par le Président de la République.

Si le comité précise « s'être montré sensible aux avantages que la création d'une autorité de cette nature serait susceptible d'apporter au fonctionnement de la Justice », il ne la préconise pas dans son rapport final. Près de dix-huit ans après les premiers développements sur le sujet émis par la Commission DELMAS-MARTY, le constat est quasiment identique : c'est la légitimité démocratique du procureur général de la Nation qui est en cause. Confronté à

l'émergence d'un procureur général de la Nation indépendant du pouvoir politique, le ministre de la justice verrait son rôle tellement « amoindri que le risque de voir la politique pénale échapper au contrôle de la représentation nationale serait accru ». Et le comité de rappeler son attachement au pouvoir hiérarchique du ministre de la justice sur les magistrats du parquet – pouvoir exercé par un membre du gouvernement responsable devant le parlement et, constitutif, à ce titre, d'une « garantie d'un contrôle démocratique de la politique pénale conduite par le pouvoir exécutif ».

La boucle est bouclée. Si l'institution du procureur général de la Nation a pu constituer de prime abord un possible compromis entre les exigences d'une politique pénale nationale et celles d'un parquet prémuni des pressions du pouvoir exécutif, c'est au prix d'une exigence statutaire – un procureur général de la Nation indépendant – que personne ne semble prêt à franchir. Il reste alors l'approche envisagée par le Président de la République lui-même. Mais elle n'inscrit pas la création du procureur général de la Nation dans la perspective d'une indépendance des magistrats du parquet : elle réduit l'institution au rang d'un simple intermédiaire entre le ministre de la justice et les magistrats du parquet – diminuant considérablement son intérêt.

* * *

Néanmoins, il importe de préciser à quelles conditions, si cette option était finalement retenue par le gouvernement, l'institution d'un procureur général de la Nation serait acceptable au regard de la double nécessité de garantir sa légitimité et l'indépendance de l'autorité judiciaire.

Avant de décliner les objectifs qui doivent être poursuivis et les propositions qui permettraient de les atteindre, il convient de poser comme première exigence l'appartenance de ce chef du ministère public à la magistrature. Le nom et l'esprit de cette institution le commandent évidemment. En effet, il s'agit précisément de découpler, d'une part, la gestion du service public de la justice et la définition du projet politique pour la justice, qui doivent pouvoir être placées sous la responsabilité directe du pouvoir exécutif au regard de sa légitimité propre, et, d'autre part, la direction du ministère public, qui, parce qu'elle est directement connectée à l'activité juridictionnelle, relève de la séparation des pouvoirs et doit ainsi rester dans la sphère judiciaire. Rien ne justifierait dans cette logique qu'une personne n'appartenant pas à la magistrature se trouve à la tête du parquet.

- i. Premier objectif : écarter le risque d'une nomination induisant un rapport de dépendance politique.

Il est crucial, surtout quand on sait comment une telle institution a été « pensée » par Nicolas SARKOZY, dont l'ambition serait notamment de placer l'un de ses proches à ce poste pour maintenir son emprise sur les parquets, de garantir l'indépendance du procureur général de la Nation dès le stade de sa nomination. Une telle garantie constituerait bien sûr un garde-fou indispensable dans toutes les hypothèses politiques.

1. Proposition unique: une nomination par le parlement à la majorité renforcée

Le seul moyen de rendre politiquement indiscutable la nomination de ce procureur général de la Nation est de prévoir qu'elle sera le fait de la représentation nationale dans le respect de sa diversité.

Il devra donc être nommé par le parlement à la majorité des 3/5^{ème}.

En effet, une nomination par l'exécutif ou par le parlement selon la procédure habituelle induirait nécessairement une dépendance de ce magistrat à la majorité politique au pouvoir, de sorte que le système ne serait pas réellement amélioré.

A cet égard, il n'est pas possible de se contenter de la procédure instituée à l'article 13 de la Constitution par la réforme du 23 juillet 2008. Le constituant a certes créé une commission permanente dans chaque assemblée pour examiner certains projets de nomination du Président de la République, mais elles ne disposent que d'un droit de veto (aux 3/5^{ème} de l'addition des votes négatifs dans chaque commission). En raison du fait majoritaire, l'exercice d'un tel pouvoir de blocage est peu probable. Il convient donc de contraindre les parlementaires à s'entendre, au-delà des clivages politiques, sur la nomination d'une personnalité incontestable.

Le mandat du procureur général de la Nation ne sera pas renouvelable, ce afin d'éviter, d'une part, qu'il ne se transforme en potentat dans la durée et, d'autre part, qu'il cherche à être reconduit dans ses fonctions en ménageant le pouvoir politique.

Enfin, le procureur général de la Nation ne pourra être révoqué, afin d'éviter qu'il ne craigne en permanence les foudres des parlementaires.

- ii. Deuxième objectif : placer l'activité du ministère public à l'abri des pressions de l'exécutif

Une fois nommé, il importe que le procureur général de la Nation ne puisse pas être instrumentalisé par le gouvernement. Cela pose la question des relations entre ce magistrat et le garde des Sceaux.

Trois propositions alternatives semblent pouvoir être formulées.

1. Proposition : maintenir les instructions individuelles de poursuite et des circulaires générales émanant du ministre de la justice

Compte tenu des garanties entourant la nomination du procureur général de la Nation, il peut être considéré qu'il n'existe pas de risque réel à maintenir la possibilité pour le garde des Sceaux de lui adresser des instructions individuelles sous les réserves précitées (cf. hypothèse moniste) :

- les circulaires d'action publique ne devront en aucune manière être contraires au statut et leurs prescriptions devront rester adaptables tant aux situations individuelles qu'aux

réalités locales ;

- les instructions individuelles devront être écrites et versées au dossier de la procédure concernée ;
- le Code de procédure pénale devra prévoir explicitement que les instructions de non poursuite, y compris téléphoniques, sont formellement proscrites.

2. Proposition : supprimer les instructions individuelles émanant du ministre de la justice

Cette proposition intègre deux objections à la précédente.

L'une est spéculative : les garde-fous prévus ne suffiraient pas à anéantir le risque d'instructions négatives.

L'autre est politique : le pouvoir exécutif n'aurait aucune légitimité à intervenir dans les affaires individuelles, fût-ce pour combattre l'inertie d'un procureur de la République qui refuserait de poursuivre une affaire.

Dans cette hypothèse, le garde des Sceaux pourrait seulement diffuser des circulaires de politique pénale générale.

3. Proposition : absence totale de lien entre le procureur général de la Nation et l'exécutif

Il s'agirait alors de retirer au ministre de la justice tout pouvoir d'orientation de l'activité du ministère public. Pour autant, le maintien d'une politique pénale apparaît nécessaire.

Le parlement définira alors, par une grande loi annuelle de politique pénale, les priorités de l'action publique, à charge pour le procureur général de la Nation de les mettre en œuvre et d'en rendre compte chaque année directement devant le parlement.

Un tel schéma apparaît cependant peu conforme à la logique institutionnelle de la Vème République qui fait du gouvernement l'organe qui « détermine et conduit la politique de la Nation » (article 20 de la Constitution).

iii. Troisième objectif : définir des relations saines entre le procureur général de la Nation et les autres magistrats du parquet

A priori incontestable et protégé des tentatives d'immixtion du pouvoir exécutif dans le cours de la justice pénale, le procureur général de la Nation n'en sera pas moins un hiérarque dont les pouvoirs doivent être encadrés.

Il n'est d'abord pas question, évidemment, de confier au procureur général de la Nation la carrière de ses subordonnés. Comme on l'a vu en examinant l'hypothèse moniste, il

conviendra donc d'aligner le régime de nomination des magistrats du parquet sur celui des magistrats du siège tout en confiant au CSM l'initiative en matière de propositions de nomination. Ainsi, la carrière des membres du parquet ne sera maîtrisée ni par le ministre de la justice ni par le procureur général de la Nation.

Il importe ensuite de sécuriser les relations de subordination hiérarchique à tous les niveaux de l'organisation du ministère public. Toutes les propositions déjà énoncées en ce sens peuvent être reprises ou transposées :

- les instructions individuelles du procureur général de la Nation devront être écrites et versées au dossier de la procédure concernée (comme celles du garde des Sceaux le cas échéant) ;
- le Code de procédure pénale devra prévoir explicitement que les instructions de non poursuite, y compris téléphoniques, sont formellement proscrites ;
- les procureurs de la République et procureurs généraux devront soumettre l'organisation de leur parquet à l'avis conforme de l'assemblée générale des magistrats du parquet ;
- la répartition des compétences des parquetiers ne pourra être faite qu'en fonction du type de contentieux, et non en fonction de la qualité du justiciable en cause ;
- tout déplacement d'un magistrat du parquet d'un contentieux vers un autre pourra, à sa demande et s'il estime que ce déplacement représente en réalité une sanction déguisée, être soumis à l'assemblée générale des magistrats du parquet ;
- l'attribution du suivi des dossiers d'instruction devra résulter d'un acte écrit et versé au dossier par le chef de parquet ou son représentant ;
- le chef de parquet devra adresser au CSM un document détaillant les raisons de sa volonté de retirer le suivi d'une affaire à un magistrat de son parquet dont il estime qu'il ne la traite pas conformément à la bonne administration de la justice.

* * *

Ainsi conçue, la création d'un procureur général de la Nation présenterait l'avantage de combiner la mise en œuvre d'une politique pénale nationale et l'indépendance du ministère public. Cependant, il ne faut pas perdre de vue qu'une telle institution peut, si toutes les garanties ne sont pas réunies, servir d'alibi présentable aux ambitions interventionnistes de l'exécutif.