



La spécificité du juge d'instruction français au sein des procédures pénales européennes

Jean Cédras

DANS **REVUE INTERNATIONALE DE DROIT PÉNAL** 2010/1 Vol. 81 , PAGES 233 À 245
ÉDITIONS **ÉRÈS**

ISSN 0223-5404

ISBN 9782749212227

DOI 10.3917/ridp.811.0233

Date de mise en ligne : 28/07/2010

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-internationale-de-droit-penal-2010-1-page-233?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour érès.

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur cairn.info/copyright.

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.

LA SPÉCIFICITÉ DU JUGE D'INSTRUCTION FRANÇAIS AU SEIN DES PROCÉDURES PÉNALES EUROPÉENNES

Jean CÉDRAS*

La procédure pénale française est dans la tourmente. Ses trois piliers essentiels, poursuite, instruction et jugement, sont ébranlés.

La poursuite est bousculée par deux coups de tonnerre européens : D'une part, le ministère public est-il une autorité judiciaire alors qu'il est dépendant du gouvernement ? Oui, répond le Conseil constitutionnel le 11 août 1993 et plus nettement le 2 mars 2004.¹ Non, répond l'arrêt Cour EDH Medvedyev c/ France du 10 juillet 2008, § 61 (qui plus est au détour d'une phrase, par un simple *obiter dictum*, comme si la chose allait de soi). « *Le procureur de la République n'est pas une "autorité judiciaire"... il lui manque en particulier l'indépendance à l'égard du pouvoir exécutif pour pouvoir être ainsi qualifié* ». ² La Suisse, la Belgique et la Roumanie ont connu pareilles mésaventures.³ Sur appel, la Grande Chambre s'est prononcée le 29 mars 2010. Elle évite la question du statut du ministère public, autorité judiciaire ou pas.⁴ En revanche, une affaire France Moulin c/ France⁵ devrait bientôt connaître son épilogue. Mme Moulin, arrêtée le 13 avril 2005, a subi 48 heures de garde à vue, puis a été présentée à un

* Professeur agrégé des Facultés de droit. Ancien Avocat général à la Cour de cassation.

¹ Décision n° 93-326 DC cons. n° 5, J.O. 15 août 1993, p. 11599 et décision n° 2004-492, DC cons. n° 98, J.O. 10 mars 2004, p. 4637.

² Req. n° 3394/03. La Marine nationale avait arraisonné un cargo transportant de la drogue au large des côtes africaines puis l'avait remorqué à Brest. Les marins avaient été privés de liberté pendant 13 jours. La privation de liberté n'avait pas de base légale suffisante, a dit la Cour EDH (violation de l'art. 5-1).

³ Particulièrement Schiesser c/ Suisse, 4 décembre 1979, req. n° 7710/76 et Huber c/ Suisse, 23 octobre 1990, req. n° 12794/87.

⁴ Sur appel, la Grande Chambre a jugé que la violation de l'art. 5-3 n'était pas avérée car les marins avaient été présentés à un juge d'instruction lors de leur débarquement (en première instance, le Gouvernement n'avait pas mentionné l'intervention du juge mais celle d'un représentant du parquet). La question de savoir si un membre du parquet était « un magistrat habilité à exercer des fonctions judiciaires » ne se posait donc plus.

⁵ Req. n° 37104/06.

magistrat du parquet qui l'a faite conduire à la maison d'arrêt. Elle n'a vu le juge d'instruction qu'après 5 jours de privation de liberté. La Cour européenne avait indiqué qu'elle attendait l'arrêt de Grande Chambre Medvedyev pour rendre son arrêt *Moulin*... La Cour européenne jugera-t-elle que le représentant du ministère public n'est pas une autorité judiciaire et qu'il y a eu violation de l'article 5-3 de la Convention ? Nous reviendrons sur cette question et sur celle qu'elle induit directement : l'indépendance du parquet.

D'autre part, second coup de tonnerre européen, aux marges de la poursuite : la garde à vue sans le concours effectif d'un avocat est-elle conforme à la Convention EDH ? Oui, répond la Chancellerie. Oui, répond la Cour d'appel de Paris le 9 février 2010.⁶ Non, répond la Cour EDH par une trentaine d'arrêts.⁷ L'assistance effective d'un avocat se constate partout, sauf en France et en Belgique. Le 29 mars 2010, une audience importante s'est tenue au Tribunal correctionnel de Paris.⁸ Des témoins illustres ont déposé. Il apparaît qu'en Espagne, le droit à l'assistance effective d'un avocat est inscrit dans la Constitution (art. 17-3) et que les déclarations faites hors sa présence sont nulles, selon Me Gil Roblès, ancien commissaire européen aux droits de l'homme et avocat à Madrid.⁹ Pour l'Italie, le bâtonnier de Naples, Me Siniscachi déclare que l'assistance effective d'un avocat est exigée depuis 1988. Depuis 1984 en Angleterre, dit l'ancien procureur général d'Angleterre, Mr Goldsmith. Assistance effective en Allemagne aussi, selon le bâtonnier de Munich, Me von Mariassy. La question est capitale car l'on sait que la vérité établie au cours de la phase policière devient souvent la vérité judiciaire. C'est pourquoi le barreau parisien a déposé des conclusions tendant à obtenir du tribunal qu'il transmette à la Cour de cassation la question prioritaire de constitutionnalité du régime de la garde à vue actuelle, c'est-à-dire sans avocat autrement que pour une simple « visite de courtoisie », sans assistance immédiate et effective, sans accès au dossier ni aux interrogatoires.¹⁰

Deuxième pilier : l'instruction est dans la tourmente depuis l'annonce le 7 janvier 2009 par le président de la République de la suppression du juge d'instruction,

⁶ Paris, 5ème ch. instruction.

⁷ *Salduz c/ Turquie*, 27 novembre 2008 § 51, req. n° 36391/02 et *Dayanan c/ Turquie*, 13 novembre 2009 § 31, req. n° 7377/03 sont les plus connus.

⁸ *Le Monde*, 31 mars 2010.

⁹ Dans la pratique cependant, une exception se constate en ce qui concerne les affaires non communicables.

¹⁰ Créée par une loi organique du 10 décembre 2009 en application de l'article 69-1 de la Constitution (telle que révisée le 23 juillet 2008), la question prioritaire de constitutionnalité permet à toute partie de faire juger par le Conseil constitutionnel, après filtrage par la Cour de cassation ou par le Conseil d'État, qu'une disposition législative qui lui est opposée porte atteinte aux droits et libertés reconnus par la Constitution.

annonce aussitôt mise en forme par le comité Léger¹¹ (du nom du magistrat qui le préside), pour confier au parquet l'ensemble de l'enquête sous le contrôle d'un « juge de l'enquête et des libertés ». Est-ce envisageable sans l'indépendance du parquet ? Notons, mais à titre adjacent, qu'une loi du 5 mars 2007 prévoyant l'instruction collégiale, qui devait entrer en vigueur le 1^{er} janvier 2010 puis le 1^{er} janvier 2011, risque bien d'être abrogée sans avoir jamais pu faire ses preuves ! Ce n'est pas la première fois : l'instruction collégiale était prévue en décembre 1985 puis écartée en décembre 1987. De nouveau prévue en janvier 1993 et de nouveau écartée en septembre 1993.

Troisième pilier de la procédure, lui aussi dans la tourmente : le jugement, qui est traditionnellement le fleuve tranquille de la procédure. L'audience de jugement, la plupart du temps, est une audience, de récolement, de contrôle de la procédure antérieure, doublée d'une liturgie au criminel. Il y a fort peu de relaxes ou d'acquittements. Le jugement n'est pourtant pas lui non plus à l'abri de la tourmente : jugement des déments (comparution personnelle possible et déclaration d'irresponsabilité pour trouble mental, loi du 25 février 2008), allègement du huis clos annoncé pour le jugement des mineurs (voté le 16 février 2010 par l'Assemblée nationale), extension annoncée du plaider coupable à presque tous les délits, extension potentielle à certains crimes (rapports Guinchard¹² et Léger), extension annoncée des ordonnances pénales, motivation inéluctable des décisions d'assises (le législateur belge, condamné sur ce point par Cour EDH le 13 janvier 2009,¹³ n'a pas attendu pour conformer son droit interne -loi du 22 décembre 2009- aux exigences européennes et des arrêt motivés ont déjà été prononcés).¹⁴ Mais la Belgique malgré tout, à laquelle se sont joints la France et le Royaume-Uni ont fait appel devant la Grande Chambre. Cependant, la Chambre criminelle de la Cour de cassation française, le 14 octobre 2009, déclare qu'un arrêt non motivé est conforme à la Convention.¹⁵

Un empilement de réformes incessantes qui font de la procédure pénale française « *un droit à l'état gazeux* ». ¹⁶ Un auteur écrit : 20 ans, 20 réformes ; un autre : 30 ans, 30 réformes. Un chantier ininterrompu, mais hélas sans architecte ! Tout cela donne une idée de pointillisme législatif, de lois de circonstances hâtives et sans vue d'ensemble, pour satisfaire l'opinion publique. Il

¹¹ Comité de réflexion sur la justice pénale.

¹² « L'ambition raisonnée d'une justice apaisée », La Documentation française, 2008.

¹³ Taxquet c/ Belgique, Req. 926/05.

¹⁴ Cour d'assises de Gand, 23 janvier 2010. Anticipant la loi, la Cour d'assises de Mons avait déjà rendu le 29 septembre 2009 un arrêt motivé.

¹⁵ Pourvoi n° 08-86480, Bull. crim. n° 170. Voir aussi Crim. 30 avril 1996, pourvoi n° 95-85638, Bull. crim. n° 181.

¹⁶ Rapport du Conseil d'Etat 1991, « *De la sécurité juridique* », qui pointe la prolifération des textes, l'instabilité des règles et la dégradation de la norme.

est évident qu'on ne légifère pas en tremblant, malgré l'objurgation de Montesquieu.¹⁷ Mais un droit et une procédure collés à l'opinion publique sont dangereux. Dans l'opinion, les victimes ont beaucoup d'amis et les accusés en ont peu. D'où toutes ces lois victimistes, qui semblent ressortir davantage à la dictature des émotions qu'à la démocratie des arguments. La sociologie démontre pourtant l'écart entre l'obsession sécuritaire et les menaces objectives pesant sur les personnes et les biens, l'écart entre les chiffres donnés par les médias et ceux produits par les ministères.¹⁸ L'insécurité demeure malgré tout une thématique persistante sur la scène publique. Pourquoi cet emballement législatif ? Pourquoi ce dérèglement de la fonction normative ?

L'une des raisons plausibles de ces dérives est que la matière s'est politisée. Certes les réformes visent-elles à absorber un flot toujours croissant d'affaires. Mais la procédure pénale est aussi devenue un instrument d'affirmation d'une identité politique en même temps qu'un argument de campagne électorale. Pas un fait divers suscitant l'émotion au journal télévisé sans qu'il ne lui soit répondu par une loi spécifique, annoncée dans les 8 jours. Exemples récents pour consoler les victimes: jugement des déments (une infirmière psychiatrique s'était faite décapiter par un patient) ; publicité des audiences des mineurs (à la suite de l'affaire du « Gang des barbares »)¹⁹ ... D'où une spirale législative sécuritaire, au détriment de la sûreté des personnes ; d'aucuns parlent de « *panique législative* ». Le curseur entre la sûreté, droit personnel, et la sécurité, défense de l'ordre social, se déplace incontestablement de la première vers la seconde.

A vrai dire, l'irruption des questions de procédure dans le débat public est assez récente et fort regrettable. Traditionnellement, les questions de procédure pénale étaient des questions techniques, neutres, relativement consensuelles, laissées à l'appréciation de spécialistes au Parlement comme au Gouvernement. Ainsi, aucune opposition particulière ne s'est manifestée lors de l'entrée en vigueur du Code de procédure pénale en 1959. Le ver est entré dans le fruit, nous semble-t-il, précisément le 26 juin 1972, avec le Programme commun de gouvernement du Parti socialiste, du Parti communiste et du Mouvement des Radicaux de gauche. On pouvait y lire, à titre de promesse électorale : « *institution de l'habeas corpus*

¹⁷ Lettres persanes, CXXIX.

¹⁸ P. Renther, « Rétention, sécurité, politique et santé mentale », in *Vers une réforme de la justice pénale*, La Documentation française, 2010 ; R. Castel, « L'insécurité sociale, qu'est-ce qu'être protégé ? », Paris, Seuil, 2003 ; L. Mucchielli « Lien social et insécurité: de quoi faut-il avoir peur ? », Rhizome, juillet 2006 ; Ministère de la justice, Statistiques 2005.

¹⁹ Un fait divers avait suscité une vive émotion dans les médias et l'opinion : un jeune homme, enlevé, séquestré, torturé puis assassiné en janvier 2006 par une bande (dite « Gang des barbares ») d'une vingtaine de personnes, dont deux mineurs. Ce dernier élément avait conduit à une audience à publicité restreinte alors que la famille de la victime souhaitait une audience publique.

(liberté individuelle garantie) ; disparition de la garde à vue, de la procédure de flagrant délit ; refonte du Conseil supérieur de la magistrature ... ». Depuis lors, la déferlante législative n'a pas cessé, avec l'heureuse exception d'une loi du 15 juin 2000, objet exceptionnel de consensus.²⁰

Sur ce constat peu souriant d'une procédure tourmentée, voyons ce que font nos voisins européens. Nos voisins, ce sont des démocraties industrialisées, confrontées aux mêmes attaques en termes de criminalité et pour l'essentiel réagissant pareillement en termes de sanctions. C'est dans le domaine intermédiaire entre le crime et le châtement – la procédure – que se manifestent les disparités, que ce soit bien sûr entre familles romano-germanique et de *common law* mais aussi au sein de la famille romano-germanique elle-même. De l'extraordinaire variété de solutions qui se constatent chez nos voisins, aussi prudents, aussi attachés aux libertés que les nôtres, autant soucieux que nous de l'ordre public, on conclura peut-être qu'il est souhaitable de bannir des esprits les dogmes intangibles et les phénomènes d'autarcie et de narcissisme juridique national !

Nos voisins, c'est tout d'abord pris ensemble, l'Europe de la Convention EDH.

Une constatation : jamais la Cour EDH n'a condamné ni approuvé le principe du juge d'instruction. Elle ne s'est prononcée qu'une fois, le 6 janvier 2010,²¹ pour dire que le juge d'instruction devait être impartial et que les garanties européennes s'appliquaient aussi à la phase de l'instruction. Une bonne partie des recours contre la France sont cependant exercés contre des procédures dans lesquelles l'instruction préparatoire avait été menée par un juge d'instruction (et contrôlées par une chambre de l'instruction puis par la Chambre criminelle de la Cour de cassation).

La déduction : le cumul des fonctions de juge et d'enquêteur sur la tête d'un même juge, cumul qui affecterait sa neutralité, cumul dénoncé par le comité Léger entre autres²² n'a jamais été considéré comme une critique sérieuse de la part des avocats français qui s'adressaient à la Cour européenne. Chacun doit cependant reconnaître que, quel que soit le pays considéré, les avocats ne manquent pas d'imagination créatrice !

²⁰ La loi du 15 juin 2000 « renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes » a notamment instauré l'appel des décisions des cours d'assises, l'examen par un second juge des demandes de placement en détention provisoire formées par le juge d'instruction, la réparation des détentions provisoires lorsqu'aucune condamnation n'est prononcée, et le réexamen des décisions pénales à la suite d'un arrêt de condamnation de la Cour européenne des droits de l'homme.

²¹ Fernandez-Huidobro c/ Espagne, Req. 74181/01.

²² Le juge d'instruction, Salomon qui juge sur les libertés individuelles et Maigret qui enquête, selon la métaphore de M. Robert Badinter.

Néanmoins, pour séparer l'enquête de l'instruction, la France a connu une longue litanie de tentatives avortées de réformes : commissions Garraud en 1905, Matter en 1938, Donnedieu de Vabres en 1946, Delmas-Marty en 1991, Truche en 1996, Outeau en 2007, Léger en 2009...

Cependant, et même si tradition n'est pas raison, loin de là, sachons que la justice française vit avec le juge d'instruction depuis le Code d'instruction criminelle de 1810 sans difficulté notable. Il y a certes eu des aménagements à ce système de cumul de fonctions tels que la loi du 8 décembre 1897 (l'avocat de l'inculpé peut exercer les droits de la défense, il entre au cabinet du juge d'instruction... et l'instruction commence à en sortir), et la loi corollaire du 22 mars 1921 (l'avocat de la partie civile y entre à son tour). Et même bien avant 1810, l'ordonnance criminelle d'août 1670, titre 1^{er}, art. 17, reprenant une ordonnance de François 1^{er} de 1523, réglementait le lieutenant criminel : ce magistrat devait déjà constater les infractions, en rassembler les preuves, communiquer au ministère public puis renvoyer en jugement.²³

Comme on le voit, le droit européen des droits de l'homme, chargé de réguler la norme pénale protectrice au sein des Etats membres, en se taisant sur la légitimité du juge d'instruction, en dit beaucoup, même implicitement !

Qu'en est-il à présent du juge d'instruction français au regard des législations nationales voisines ?

Une autre constatation saute aux yeux : de nombreux pays ont supprimé le juge d'instruction pour attribuer la direction de la phase préparatoire au ministère public et confier à un juge le contrôle des libertés individuelles pendant cette partie de la procédure. En somme, la question qui se pose, la question cruciale, c'est celle de la répartition des fonctions au sein de l'instruction *lato sensu* entre le parquet et le juge.

Et là, deux modèles apparaissent : le juge d'instruction et le juge de l'instruction.

D'une part, le juge d'instruction « lourd », magistrat du siège, donc indépendant de l'exécutif et impartial, en charge de tout le dossier depuis sa saisine jusqu'à la clôture, tant pour les investigations que pour les questions juridictionnelles. C'est le droit positif français. Mais aussi celui de l'Espagne (bien que le ministère public puisse aussi instruire, dans la cadre du procès abrégé,²⁴ de la Belgique, du Luxembourg, des Pays-Bas, de l'Autriche, de la Grèce, de la Slovénie, de la Slovaquie, et hors d'Europe du Liban, de l'Afrique francophone, du Cambodge...

D'autre part, le juge de l'instruction « léger », également indépendant et impartial. Mais il n'enquête pas. Il est coupé du dossier et doit s'en remettre à ce qui lui est dit. Il n'agit pas, il réagit aux demandes ponctuelles, fragmentaires du parquet ou

²³ Pradel, L'instruction préparatoire, Paris, Cujas, 1991, *passim*.

²⁴ Art. 773, Code de procédure pénale, ratifié en 2002.

des parties. En général, il décide sur les mesures attentatoires à la liberté ou à l'intimité : écoutes téléphoniques, certaines perquisitions, sonorisations, prolongations de garde à vue après une certaine durée, contrôle judiciaire ou détention provisoire ; il reçoit les demandes d'actes d'enquête ou de nullité. C'est le juge « léger » de l'Italie, de l'Allemagne, du Royaume-Uni (Angleterre et Galles), de la Suisse à partir de 2011, du Portugal (sauf exception).

Parlons successivement du juge « lourd » et du juge « léger ».

I – Le modèle du juge d'instruction (juge « lourd »)

Né en 1810 et connu sous sa forme actuelle depuis 1856 en France, il a rayonné sur toute l'Europe continentale, jusqu'à la Russie tsariste, puis il connaît un repli. Voici un exemple rare de conservation du juge d'instruction, l'Espagne, où toutes les infractions (à partir d'un certain seuil de gravité) sont l'objet d'une instruction menée par le juge d'instruction, aidé par la police judiciaire qui lui est subordonnée. Le ministère public se borne à contrôler son action pour, éventuellement, faire recours. Le Code de procédure pénale espagnol de 1882 présente de grandes ressemblances avec le Code d'instruction criminelle français de 1810. Les similitudes sont si grandes qu'il est d'autant plus frappant de voir cette singularité remarquable : la négation de l'unité du corps judiciaire en Espagne. Il y a donc des pays unionistes (unité du corps) et des pays séparatistes (séparation des corps).

Commençons un pays unioniste, la France. Il y existe une division théorique entre deux branches : un parquet, dépendant de l'exécutif, chargé de poursuivre et un siège, indépendant de l'exécutif, chargé de juger. Mais cette division théorique se heurte à la réalité, qui est celle de l'unité du corps judiciaire. Un magistrat, dans le cours de sa carrière, peut passer d'une branche à l'autre puis revenir à la première, puis repasser à la seconde, pour des raisons de choix personnel ou de promotion. Cette idée ne laisse pas de troubler. La culture de subordination du parquet d'une part et celle d'indépendance du juge d'autre part peuvent-elles se combiner dans le même cerveau au point d'autoriser ces alternances successives ? Imaginons qu'un prévenu, condamné sur les réquisitions du procureur X, comparaisse ensuite devant un autre tribunal, où il retrouve le même X, devenu juge. Pensera-t-il avoir affaire à une justice impartiale ?

Non, bien sûr. Ce qui nous amène à l'exigence européenne d'apparence (d'inspiration anglaise) : *"Not only must Justice be done, it must also be seen to be done"*.²⁵ Théorie de l'apparence au nom de laquelle furent rendus par exemple les arrêts Reinhard et Slimane Kaïd c/ France et Kress c/ France : violation du droit à un procès équitable (art. 6-1 Conv. EDH) en ce que l'avocat général

²⁵ Adage souvent repris sous différentes formes, dont l'origine semble être R. v. Sussex Justices, Ex parte McCarthy ([1924] 1 KB 256, [1923] All ER 233).

participait aux délibérés de la Cour de cassation et le commissaire du gouvernement à ceux du Conseil d'État.²⁶ Si un commissaire du gouvernement (devenu dans les textes, au nom de l'apparence, « *rapporteur public* » depuis le 1^{er} février 2009) devant le Conseil d'État, si un avocat général à la Cour de cassation ne peuvent plus participer à un délibéré parce qu'il y a apparence qu'ils vont influencer leurs collègues du siège, comment la déformation professionnelle de la poursuite pourrait-elle, chez la même personne, au moins en apparence, ne pas fausser la neutralité du juge ancien procureur ? Quelle schizophrénie admirable garantira son impartialité ?

Une justification de l'unité du corps est parfois avancée : des « regards croisés » informels entre siège et parquet, purement verbaux, sur un dossier difficile, amélioreraient la qualité de la justice. Ces regards en commun sont facilités par l'unité du corps. Mais une telle pratique accrédite l'apparence d'une gestion parallèle officieuse de certains dossiers, d'une connivence siège-parquet. Elle n'est pas admissible sans que participent à ce croisement, sans doute bénéfique, les regards de la défense et ceux de la partie civile. Au reste, l'égalité des armes entre ministère public et partie est une exigence européenne.²⁷ L'unité du corps n'est plus tenable. Du reste, la scission en deux branches a été recommandée dès 1998 par la conférence nationale des premiers présidents de cours d'appel.²⁸

Maintenant, que se passe-t-il dans les pays séparatistes ? En Espagne, mais aussi aux Pays-Bas et au Royaume-Uni, soit le concept d'unité du corps des magistrats est banni par la Constitution, soit son absence relève de l'évidence. En Espagne,²⁹ les carrières au siège et au parquet sont radicalement séparées, sélection par concours et choix, dès le départ, de s'instruire à l'École de la magistrature du siège (Barcelone) ou à celle du parquet (Madrid) et de prospérer dans la voie choisie (application inattendue de *electa una via, non datur ad alteram recursus*). Ailleurs, avec ou sans juge d'instruction, les carrières sont également séparées, par exemple aux Pays-Bas (où, à vrai dire, il n'y a pas de carrière au parquet). Au Royaume-Uni également car les procureurs sont des avocats, qui travaillent pour un temps à la poursuite (idem aux États-Unis) avant de retourner au barreau. Même chose au Canada (*common law*) ou en Amérique du sud (romano-germanique, sauf le Venezuela). Dans ces pays séparatistes, il

²⁶ Reinhart et Slimane Kaid c/ France, 31 mars 1998, req. n° 23043/93 et 2291/93 ; Kress c/ France, 7 juin 2001, req. n° 39594/98.

²⁷ Reinhart et Slimane Kaid c/ France, précité.

²⁸ De nouveau réclamée le 2 juin 2005, alors que la conférence nationale des procureurs généraux adoptait la position contraire le 8 juin 2005. Voir le Rapport d'information n° 478 (2004-2005) de M. R. du Luart, fait au nom de la commission des finances du Sénat, déposé le 13 juillet 2005.

²⁹ Loi organique n° 6/1985 du 1^{er} juillet 1985 sur le pouvoir judiciaire, devenue article 124 de la Constitution.

n'y a pas de risque qu'un ancien parquetier devienne juge d'instruction ou juge de jugement.³⁰

Que dit le second modèle, celui du juge léger ?

II – Le modèle du juge de l'instruction (juge « léger »)

D'autres pays soit n'ont jamais connu le juge d'instruction « lourd » (c'est-à-dire chargé d'actes d'enquêtes et d'actes juridictionnels), soit l'ont pratiquement abandonné (Portugal) ou encore l'ont totalement abandonné (Allemagne en 1975, Italie en 1989 et Suisse à compter du 1^{er} janvier 2011). Tous ces pays confient l'enquête au parquet et les actes juridictionnels à un juge « léger ». Si l'on adopte le modèle du juge « léger », cela implique-t-il l'indépendance du parquet par rapport à l'exécutif ?

Vieux débat ! Ses termes sont bien connus, ils valent pour tous les systèmes, pas seulement pour la France. Dans ce pays, la coupure du « cordon ombilical » entre la chancellerie et le parquet a été évoquée très favorablement entre autres par un homme politique, mais c'était juste avant qu'il ne devienne lui-même garde des sceaux en 1996... Elle a été refusée depuis lors par les différents gouvernements, même si des ministres se sont parfois totalement abstenus d'interférer avec l'action publique dans des affaires sensibles. Une loi du 9 mars 2004 et la pratique actuellement suivie renforcent cette subordination. Notre société a décidément bien du mal à se défaire du concept ancien de justice retenue : le pouvoir de rendre justice appartient au roi, elle est rendue par délégation sauf quand le roi décide de la retenir en intervenant dans un procès, à tout le moins dans la conduite de l'action publique. Qu'en penser au regard de la séparation des pouvoirs ? « *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a point de constitution* ». ³¹

Il y a certes des arguments en faveur de la subordination : seul le ministre de la justice, membre d'un gouvernement soutenu par l'Assemblée nationale, est doté de la légitimité démocratique pour conduire la politique d'action publique déterminée par le gouvernement, assurer la cohérence de son application sur le territoire de la République et adresser aux magistrats du parquet les instructions générales d'action publique.³²

Mais ces arguments peuvent être réfutés. D'une part, l'argument démocratique : la légitimité démocratique ne vient pas seulement des urnes, elle vient aussi des concours de la fonction publique, égalitaires, au mérite. « *Tous les*

³⁰ L'Italie connaît actuellement un corps unique de magistrats. La scission du siège et du parquet a été prévue par une loi mais suspendue par le gouvernement de M. Prodi.

³¹ Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen, 26 août 1789, art. 16.

³² Code de procédure pénale, art. 30.

citoyens, étant égaux à ses yeux (aux yeux de la loi), sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents. »³³ Le contrôle des vertus : entendons l'enquête de moralité préalable à la nomination; la distinction par les talents : entendons le succès aux concours. Même nommé, un magistrat dispose donc de la légitimité démocratique. D'autre part, s'agissant de la politique d'action publique, l'on peut penser que les lois et décrets sont suffisamment nombreux, substantiels et détaillés, sinon toujours clairs, pour remplir cet office ! Et une politique d'action publique cohérente, qu'est-ce au juste ? La criminalité n'est pas uniforme suivant les régions, pourquoi la politique pénale devrait-elle être uniforme ? Pourquoi ne pas laisser libre chaque procureur général de sa politique répressive ? Et y aurait-il tant besoin d'uniformité que ce n'est pas nécessairement à l'exécutif d'y pourvoir (par exemple collège des procureurs généraux aux Pays-Bas).

En réalité, c'est l'arrêt Cour EDH, Grande Chambre, *Medvedyev c/ France*,³⁴ qui aurait pu être d'un grand poids. Il se borne à dire, et ce n'est certes pas rien mais cela reste obscur, que le magistrat devant lequel la personne privée de liberté doit être déférée dans les meilleurs délais « *doit présenter les garanties requises d'indépendance à l'égard de l'exécutif et des parties, ce qui exclut notamment qu'il puisse agir par la suite contre le requérant dans la procédure pénale, à l'instar du ministère public* » (paragraphe 124), attendu qui n'est pas sans évoquer, avec Corneille, « *cette obscure clarté qui tombe des étoiles...* ».

A supposer que la décision à venir (*France Moulin c/ France*) vienne confirmer plus clairement la première décision *Medvedyev*, selon laquelle le procureur de la République n'est pas une autorité judiciaire, faute d'indépendance à l'égard de l'exécutif, la réforme préconisée par le rapport Léger serait-elle encore d'actualité ? On peut en douter. En effet, l'art. 6§1 de la Convention, tel qu'interprété par l'arrêt *Serves c/ France*, Cour EDH 20 octobre 1997,³⁵ dit en substance que la phase de l'instruction doit être menée avec indépendance et impartialité. Et l'on peut craindre que les mesures d'instruction diligentées par le parquet, organe simultané de la poursuite, ne le soient essentiellement à charge. Le juge léger prôné par ce rapport, appelé le « juge de l'enquête et des libertés », sans connaissance du dossier, pourra-t-il obliger le parquet, comme le rapport le prévoit, à faire les actes ou les recherches que ce dernier ne voulait pas faire, et avec quelle diligence ? Ce serait « *illusoire* », déclare le Procureur général près la Cour de cassation, M. Jean-Louis Nadal.³⁶ Alors, seuls les prévenus fortunés

³³ Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen, art. 6.

³⁴ 29 mars 2010, req. 3394/03.

³⁵ Rec. 1997-VI pp. 2173 s.

³⁶ Audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation, 14 janvier 2010.

pourront payer une contre-enquête. Aujourd'hui, le système français dispose d'un juge d'instruction indépendant, impartial (et gratuit). Faut-il le remplacer par un organe dépendant et partial ?

On remarquera que l'indépendance possible du parquet par rapport au pouvoir exécutif ne saurait être satisfaisante que s'il s'y adjoignait le rattachement de la police judiciaire à l'autorité judiciaire. A l'heure actuelle en effet, les officiers de police judiciaire dépendent d'une hiérarchie administrative à laquelle ils adressent des rapports et dont ils peuvent solliciter ou recevoir des instructions dans le cours de leurs enquêtes. S'agissant d'affaires sensibles, les possibilités ouvertes à l'exécutif d'influencer le cours de ces enquêtes judiciaires ne sont donc pas minces. Rappelons qu'une vérité policière devient souvent une vérité judiciaire.

Qu'en est-il à l'étranger ?

Que dit d'abord le Conseil de l'Europe, père de la Convention européenne des droits de l'homme ? Deux organes consultatifs, le Conseil consultatif des juges européens et le Conseil consultatif des procureurs européens ont rendu un avis commun le 20 novembre 2009.³⁷ On y lit : « *Les procureurs doivent être indépendants dans leurs prises de décision et exercer leurs fonctions de manière équitable, objective et impartiale* ».³⁸

Dans certains pays, les parquets sont indépendants, dans d'autres non.³⁹

S'agissant des parquets indépendants, on en voit de deux types. D'une part, indépendance du corps hiérarchisé vis-à-vis de l'exécutif et d'autre part indépendance personnelle supplémentaire au sein d'une structure non hiérarchisée.

Ainsi, dans leur mission d'instruction, les parquets italien et portugais sont-ils indépendants du gouvernement. En Italie, exemple d'indépendance du corps et d'indépendance personnelle, aucune instruction particulière de l'exécutif n'est possible depuis la Constitution de 1947,⁴⁰ avec une décentralisation extrême au

³⁷ « Juges et procureurs dans une société démocratique » (« déclaration de Bordeaux »), avis n° 12 (2009) du Conseil consultatif des juges européens et avis n° 4 (2009) du Conseil consultatif des procureurs européens à l'attention des ministres du Conseil de l'Europe, spécialement point 6.

³⁸ Signalons également l'art. 18-2 du Corpus juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne, qui dispose que le ministère public européen « est indépendant tant à l'égard des autorités nationales qu'à l'égard des organes communautaires ».

³⁹ Sur les législations nationales des pays européens, « L'instruction des affaires pénales », in Les documents de travail du Sénat, série Législation comparée n° 195, mars 2009 ; J. Pradel, Droit pénal comparé, Paris, Dalloz, 3^{ème} éd. 2008 ; M. Delmas-Marty et J.R. Spencer, European Criminal Procedures, Cambridge University Press 2002.

⁴⁰ Sauf en matière de criminalité mafieuse.

sens où les membres du parquet sont en outre indépendants les uns des autres. Ils jouissent des mêmes garanties statutaires que les juges, notamment de l'inamovibilité. Le principe constitutionnel de légalité interdit l'étouffement, sur instructions particulières, des affaires sensibles. Au Portugal, la Constitution, telle que révisée en 1992, garantit l'autonomie du ministère public à l'égard du pouvoir. Mais il est hiérarchisé et dirigé par le procureur général de la République, nommé pour 6 ans par le gouvernement. Les autres membres du parquet sont nommés par un conseil, qui compte un tiers de personnalités élues par le parlement. Le ministère public ne peut recevoir aucune instruction de l'exécutif. Même chose en Espagne, où le chef du ministère public, le *Fiscal General*, est nommé pour 4 ans par le Roi sur proposition du gouvernement. Il ne peut être révoqué que pour l'une des causes énumérées par la loi. Dans cette mesure, il n'est pas obligé de suivre un ordre du gouvernement. Le ministère public espagnol est hiérarchisé. En Suède, l'indépendance est totale ; elle est quasi-totale dans les pays nordiques et en Ecosse. Hors d'Europe, aux États-Unis, les procureurs locaux (*District Attorneys*) sont totalement indépendants du procureur général de l'État (*Attorney General*) puisque tous les deux sont des élus populaires (mais la subordination existe au plan fédéral entre les 94 *United States Attorneys*, nommés par le président après ratification par le Sénat et l'*Attorney Général* des États-Unis, membre du gouvernement). Les membres de la poursuite et les procureurs élus sont tous des avocats, le procureur est élu pour 4 ou 6 ans en général et les autres membres de son parquet sont nommés par lui (et révocables *ad nutum*) ; tous peuvent redevenir avocats.⁴¹

Voici l'hypothèse inverse de parquets dépendants. Dans d'autres pays voisins (Allemagne, Pologne, Belgique, etc.) qui ont confié l'instruction au ministère public, ce dernier peut recevoir des ordres de l'exécutif. En Allemagne, le parquet fédéral et les parquets des États (les *Länder*) sont placés sous l'autorité des différents ministres de la justice. Directives générales et instructions particulières sont légitimes. La Cour constitutionnelle fédérale considère que le ministère public fait partie de l'exécutif. Le système de la légalité des poursuites rend impossible l'étouffement des affaires brûlantes. Indépendance de fait aux Pays-Bas car les instructions particulières sont encadrées : le ministre doit d'abord consulter la direction collégiale du parquet (le collège des procureurs généraux) et tant l'instruction que la réponse écrite du collège doivent figurer au dossier. Ce même collège définit la politique pénale et peut donner lui aussi des instructions sur des affaires particulières. Les parquets ne sont pas subordonnés entre eux. Indépendance statutaire, si l'on peut dire, en ce sens que les membres du

⁴¹ J. Cédras, La justice pénale aux États-Unis, Paris, Economica, 2nde éd. 2005, n° 40 s. et 458 s.

parquet ne sont nommés que pour une durée limitée. Ils redeviendront avocats par la suite.

Un cas intéressant est celui du Royaume-Uni (Angleterre et Pays de Galles, mais pas Écosse ni Irlande du Nord). Le *Crown Prosecution Service* est depuis 1986 le service national de poursuites. Il est dirigé par un directeur, qui dépend formellement de l'*Attorney General*, lequel doit consentir à la poursuite des seules infractions intéressant la sécurité de l'État. Ce service est hiérarchisé et centralisé. Le personnel de la poursuite, les avocats de la Couronne, est lié au service par des relations contractuelles. Il est composé d'avocats, inscrits au barreau ou en passe de l'être ; ils peuvent passer du barreau au CPS et inversement au cours de leur carrière. Le service suit les instructions du directeur, du moins celles qui sont autorisées par le guide officiel des poursuites (en l'absence de code de procédure pénale).

Plus intéressant encore est le cas de la Suisse. Les 26 États (cantons) unifient leurs codes de procédure pénale à compter du 1^{er} janvier 2011. Le juge d'instruction disparaîtra au profit du ministère public. Le principe de légalité des poursuites interdira à ce dernier d'ordonner l'étouffement des affaires. Mais la composition du parquet, l'organisation et les attributions du ministère public, le degré d'indépendance à l'égard de l'exécutif pourront varier d'un État à l'autre (d'un canton à l'autre), et tout cela pour un pays de huit millions d'habitants ! Bel exemple de décentralisation...

Quel paysage varié, parfois chaotique ! Regardant l'étranger, on se demande avec Montesquieu « *Comment peut-on être persan* » ?... impression chez nous d'une fragilité, d'une éternelle insécurité transitoire, qui évoque immanquablement « *La confession d'un enfant du siècle* » : « *Tout ce qui était n'est plus, tout ce qui sera n'est pas encore* ».

Et Alfred de Musset de poursuivre : « *Ne cherchez pas ailleurs le secret de nos maux... Alors s'assit sur un monde en ruines une jeunesse soucieuse* ».