

# LE MINISTÈRE PUBLIC FRANÇAIS AU REGARD DES JUSTICES PÉNALES D'EUROPE

par Jean-Paul Jean

Avocat général près la cour d'appel de Paris, professeur associé à l'Université de Poitiers, EPRED/EA 1228

Les membres du ministère public sont définis dans la recommandation Rec. 2000(19), adoptée par le comité des ministres du Conseil de l'Europe le 6 octobre 2000, comme « les autorités chargées de veiller, au nom de la société et dans l'intérêt général, à l'application de la loi lorsqu'elle est pénalement sanctionnée, en tenant compte, d'une part, des droits des individus et, d'autre part, de la nécessaire efficacité du système de justice pénale ».

Les 47 États membres du Conseil de l'Europe connaissent, sous des dénominations différentes, une autorité publique chargée principalement de qualifier les infractions et de décider d'engager des poursuites pénales. Mais si la fonction de juge est relativement homogène, celle de procureur est beaucoup plus variée, tant dans ses attributions autres que les poursuites qu'au niveau de son statut. Dans la majorité des États, ils ont aussi des attributions en matière civile et parfois même en matière administrative et sociale. À ces attributions correspond un statut garantissant une plus ou moins grande autonomie des procureurs vis-à-vis du pouvoir exécutif : depuis un cadre hiérarchique de fonctionnaire dépendant du ministre de la Justice jusqu'à un statut d'indépendance les faisant bénéficier des mêmes garanties que les juges.

Les différences de statut des membres du ministère public en Europe ne peuvent se mesurer qu'à l'aune des missions qui leurs sont confiées et des modalités concrètes d'exercice, qui varient beaucoup d'un pays à l'autre. Il existe nombre de variables explicatives. D'abord l'histoire et les traditions politiques, mais aussi les cultures professionnelles, l'organisation des systèmes judiciaires – accusatoires ou inquisitoires –, ou encore les prérogatives respectives de la police et de la justice dans la phase préalable au procès. Ainsi, par exemple, le débat est important en Allemagne, où le ministère public hérité du modèle français en 1811 à l'issue des guerres napoléoniennes est composé sans doute de fonctionnaires, mais qui sont regroupés avec les juges dans une même association professionnelle influente qui soutient des améliorations statutaires et une non-intervention de l'exécutif, qui s'exerce essentiellement en matière technique dans la plupart des *Länder*, et est limité par le principe de légalité. La Cour constitutionnelle fédérale estime que « le ministère public et les tribunaux remplissent ensemble les fonctions nécessaires à la réalisation de la justice »<sup>1</sup>.

Même si le rapprochement des systèmes nationaux s'effectue progressivement sur le fondement du principe du débat contradictoire, dans le cadre de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, il subsiste culturellement une différence fondamentale de conception du procès et du rôle de chacun des acteurs – dont celui du procureur – entre les pays de *common law* et ceux de droit écrit. On peut illustrer cette différence par le rôle de l'expert, choisi par les parties et considéré comme un simple témoin dans le premier système, alors que dans le second, choisi par le juge, il est considéré comme au service de la vérité en tant qu'auxiliaire de l'autorité de jugement.

Dans le procès pénal, comme l'affirme la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), le procureur est indiscutablement une partie, celle qui poursuit, et non pas une autorité judiciaire impar-

tiale<sup>2</sup>. Le statut du ministère public français a été renvoyé à ses réalités par la CEDH, dans une jurisprudence constante pour qui voulait la lire, depuis l'arrêt *Schiesser c/ Suisse* du 4 décembre 1979 jusqu'au message sans ambiguïté de la condamnation de la France par l'arrêt *Moulin* du 23 novembre 2010<sup>3</sup>, et les conséquences qu'en a logiquement tirées la Cour de cassation le 15 décembre suivant<sup>4</sup>. Mais le bémol par rapport à une approche trop inspirée du modèle de *common law*, en procédure pénale française, est que la finalité du procès est l'établissement de la vérité<sup>5</sup>, même si ce n'est qu'une vérité judiciaire, et non pas la victoire d'une partie sur l'autre par la décision d'un juge-arbitre. Cet héritage historique<sup>6</sup> explique par exemple le principe intangible de la liberté de parole à l'audience du procureur de la République lors et à l'issue du débat contradictoire, qui est l'essence même de son métier de magistrat et qu'il doit faire respecter sans aucune concession<sup>7</sup>. Maurice Rolland, avant même l'avène-

(1) T. Gas, Le statut du parquet en République fédérale d'Allemagne, Arch. pol. crim., n° 26, 2004, p. 189-200; H. Henrion et N. Salditt, Le ministère public allemand, une institution ambivalente, in C. Lazerges (dir.), *Figures du parquet*, PUF, 2006, p. 29-46.

(2) Même si l'on peut concevoir un rôle distinct à condition que la loi le précise, comme l'a relevé le Conseil constitutionnel le 20 novembre 2003 lors de l'examen de la loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité. Le considérant 75 comprend une première affirmation récurrente devenue obsolète « que l'autorité judiciaire comprend à la fois les magistrats du siège et ceux du parquet » et une seconde qui pourrait laisser subsister une ouverture par rapport à la jurisprudence de la CEDH, « que le ministère public a reçu de la loi déléguée compétence pour agir dans des conditions spécifiques qui le distinguent des parties à l'instance que sont l'étranger et le représentant de l'État dans le département ».

(3) CEDH 23 nov. 2010, n° 37104/06, D. 2011. 338, obs. S. Lavric, note J. Pradel; *ibid.* 2011. 26, point de vue F. Fourment; *ibid.* 277, note J.-F. Renucci.

(4) Les analyses prémonitoires de Mireille Delmas-Marty, Évolution du ministère public et principes directeurs du procès pénal dans les démocraties européennes, *Justices*, janv.-juin 1996, p. 75, doivent bien entendu être soulignées. C'est sur le fondement de cette distinction désormais évidente entre ministère public magistrat au sens de l'article 66 de la Constitution comme protecteur des libertés et non autorité judiciaire du fait de son statut de partie, que nous critiquions déjà la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative aux pouvoirs du procureur en matière de renouvellement de garde à vue, tout en revendiquant un statut étendant les garanties des membres du ministère public (J.-P. Jean, Le ministère public entre modèle jacobin et modèle européen, RSC 2005. 670).

(5) Le débat judiciaire se termine par le « ver-dict », la « vérité dite ». 29 articles du code de procédure pénale utilisent le mot vérité, notamment l'article 81 qui fixe en termes très généraux les pouvoirs du juge d'instruction, renvoyant « à tous actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité » et l'article 103 relatif au serment des témoins.

(6) J.-M. Carbasse (dir.), *Histoire du parquet*, PUF, 2000; J.-P. Royer, J.-P. Jean, B. Durand, N. Derasse, B. Dubois, *Histoire de la justice en France (1715-2010)*, 4<sup>e</sup> éd. refondue, PUF, 2010.

(7) P. Lemoine, La liberté de parole des magistrats du ministère public, Dr. Pénal, mai 2008, p. 7.

ment de la V<sup>e</sup> République, avait parfaitement mis en évidence la spécificité du statut du magistrat du ministère public : « Le pouvoir exécutif peut imposer au parquet des actes, mais ne peut pas lui imposer une opinion [...]. Il n'a à l'audience, aucun ordre à recevoir quant à ses conclusions orales, il n'a qu'à suivre son opinion personnelle, il n'a qu'à écouter que ce que lui guide sa conscience »<sup>8</sup>.

Cette finalité du procès n'est pas indifférente, même dans un système nord-américain. Ainsi, les procureurs canadiens ne veulent-ils pas se laisser enfermer dans un débat réducteur et rappellent que la priorité de la justice pénale est d'éviter les erreurs judiciaires, question qui concerne tout autant les magistrats du parquet, les poursuivants, que les magistrats du siège. Dans un rapport intitulé *Condamnations injustifiées*<sup>9</sup>, ils s'appuient sur des constats classiques, comme la nécessité d'éviter les opinions préconçues, la distance avec le point de vue des enquêteurs, la supervision, l'établissement d'une liste de modalités techniques pour assurer la fiabilité des preuves objectives et du recueil des témoignages, ou encore la formation à partir d'études de cas. Leur approche pragmatique permet de poser des questions dérangeantes, dont deux intéressent directement les magistrats du parquet dans leur pratique à l'audience : les responsabilités du procureur lorsqu'il constate que l'avocat de l'accusé ne défend pas efficacement son client, et la nécessité d'une remise en cause personnelle afin d'éviter de fausser le procès pour de simples raisons de susceptibilité<sup>10</sup>.

(8) Le ministère public en droit français, JCP 1956. I. 1271, M. Rolland rappelle la dépendance du ministère public « en ce qui concerne sa nomination, son avancement, ses mutations possibles [...], mais dans son activité judiciaire il connaît la liberté la plus grande : il ne doit obéissance que sur un point : tenter une action quand il en a reçu l'ordre, saisir le tribunal quand le ministre le lui ordonne, et cela encore avec cette restriction qu'on ne peut agir à sa place; en dehors de ce point, aucun ordre ne peut lui être donné, il n'a qu'à obéir à sa conscience... La tradition, la doctrine, la jurisprudence, la loi et même les circulaires ministérielles incitent le ministère public à l'indépendance ». Cette doctrine est dominante depuis le XIX<sup>e</sup> siècle, v. G. le Poittevin, *Dictionnaire-formulaire des parquets et de la police judiciaire*, 7<sup>e</sup> éd., Éd. Rousseau, 1950, T. 3, p. 633; et déjà Faustin-Hélie, *Traité de l'instruction criminelle*, 1866, T. 1, n<sup>o</sup> 488 : « Le pouvoir exécutif peut imposer au parquet des actes mais il ne peut lui imposer une opinion ».

(9) Comité des chefs des poursuites pénales, Rapport sur la prévention des erreurs judiciaires, septembre 2004 : [www.canadajustice.ca/fr/dept/pub/hop/toc.html](http://www.canadajustice.ca/fr/dept/pub/hop/toc.html).

(10) Parmi les études citées dans le rapport, celle effectuée par Edward Radin (*The Innocents*, 1964), analyse les causes de 80 affaires de condamnation injustifiée. Parmi celles-ci, la question de la « théorie du jeu des causes criminelles » à laquelle les procureurs canadiens demandent d'être attentifs et qui devrait faire l'objet d'une attention dans la formation des magistrats. Le procureur « considère un procès comme une sorte de jeu. Il est si occupé à planifier comment se montrer plus malin et intelligent que son adversaire et comment avoir le dessus sur lui en manœuvrant plus habilement qu'il oublie que la justice est le seul objet du procès criminel ». J.-P. Jean, La réduction des risques d'erreurs et de dysfonctionnements dans l'organisation judiciaire : une approche européenne, Cah. just. 2009. 51-64.

(11) *Systèmes judiciaires européens, Efficacité et qualité de la justice*, éd. 2010 (données 2008), Conseil de l'Europe, coll. Les études de la CEPEJ n<sup>o</sup> 12. Version électronique librement accessible [www.coe.int/CEPEJ](http://www.coe.int/CEPEJ). J.-P. Jean préside le groupe des experts auteur du rapport de la CEPEJ : La justice pénale en Europe dans le rapport 2010 de la CEPEJ, AJ pénal 2010. 542.

(12) Pour une approche comparée sur 10 pays, *Figures du parquet*, op. cit. et la synthèse de G. Giudicelli-Delage qui, face à la dilatation des prérogatives du parquet propose un renforcement de son visage libéral (le statut) et un plus grand contrôle du juge sur ses actes.

## ■ Éclairage comparatiste

On peut tirer aussi nombre d'éléments de réflexion dans la comparaison entre ministères publics des systèmes nationaux, même s'il faut se méfier du « bazar des droits étrangers », selon l'expression de Geneviève Giudicelli-Delage, où chacun fait ses courses dans un sens qui l'arrange. Le Conseil de l'Europe, dans le rapport 2010 de la CEPEJ (Commission européenne pour l'efficacité de la justice) analyse les données de 45 systèmes judiciaires<sup>11</sup>. Il comporte nombre d'éléments marquant les différences et convergences des ministères publics des États européens, permettant ainsi de resituer dans une perspective comparée de systèmes en évolution, les débats trop souvent réduits à la confrontation du modèle historique français avec les exigences de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

Partout le rôle du procureur est essentiel dans la phase préliminaire au procès. Si l'on fait exception du particularisme écossais, dans tous les États les procureurs engagent les poursuites, soutiennent l'accusation devant les tribunaux et peuvent faire appel de la décision du juge. En amont, les rapports avec les services de police sont plus complexes. Les procureurs peuvent diriger ou superviser les enquêtes de police sauf à Chypre et Malte, en Finlande, Irlande, Slovaquie, Angleterre et au Pays de Galles, même si dans ce dernier pays les pouvoirs du CPS (*Crown prosecution service*) se sont accrus ces dernières années sans remettre en cause toutefois la tradition

d'initiative et de direction d'enquête des services de police. Dans 29 États, les procureurs peuvent conduire eux-mêmes des enquêtes. Dans la plupart des pays (excepté Arménie, Azerbaïdjan, Chypre, Irlande, Ukraine et Angleterre et Pays de Galles), le procureur peut demander au juge d'ordonner des investigations spécifiques.

Ce périmètre des prérogatives procédurales du procureur se complexifie encore dès lors que certains pays précisent d'autres attributions importantes, comme par exemple la possibilité de négocier un accord de culpabilité (Bosnie-Herzégovine, Géorgie, Pologne) ou d'exercer des fonctions de médiateur (Croatie, Slovaquie et Fédération de Russie). En soi, chaque système national mériterait une analyse tant les textes ne peuvent suffire à traduire une réalité marquée par le poids des traditions et pratiques professionnelles même si le rapprochement procédural autour de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme constitue une tendance commune évidente<sup>12</sup>.

Face aux flux des contentieux, le pouvoir de classer une affaire sans suite, en particulier en cas d'absence d'identification d'auteur, est quasi généralisé même si le principe de légalité des poursuites, qui paraît en recul face aux réalités de la masse des affaires à traiter, impose dans quelques pays de confier cette décision à un juge : Andorre, Chypre, Italie, Pologne et Espagne. Dans ce paysage, le procureur français semble être celui qui, en Europe, possède le plus large champ d'intervention, les missions les plus variées, et qui connaît le plus d'interactions avec les élus et les administrations, au niveau national et local, dans la mise en œuvre des politiques publiques de l'État et des actions partenariales de prévention de la délinquance. Cette multiplicité des missions, tantôt de nature administrative, tantôt de nature judiciaire, rapportée au poids de l'histoire du parquet dans un État centralisateur explique pourquoi le statut du ministère public français peut apparaître aussi hybride et au

Deux questions dérangeantes intéressent directement les magistrats du parquet dans leur pratique de l'audience : les responsabilités du procureur lorsqu'il constate que l'avocat de l'accusé ne défend pas efficacement son client, et la nécessité d'une remise en cause personnelle afin d'éviter de fausser le procès pour de simples raisons de susceptibilité.

cœur des contradictions entre deux tropismes, le niveau national et le niveau européen <sup>13</sup>.

## ■ Le procureur quasi-juge

Le représentant du ministère public qui, en France, contrairement à d'autres pays européens, possède constitutionnellement la qualité de magistrat – ce qui fonde l'unité du corps avec les juges –, même s'il ne doit plus être considéré comme une autorité judiciaire au sens de l'article 5 § 3 de la Convention européenne des droits de l'homme <sup>14</sup> – ce qui le distingue de ces derniers –, doit bénéficier de garanties statutaires et fonctionnelles spécifiques <sup>15</sup>. Ces garanties doivent être proportionnées à l'importance des décisions et des actes de ce magistrat, susceptibles de concerner la liberté ou l'honneur d'un individu, tout au long du processus judiciaire. Ceci, d'abord dans ses fonctions traditionnelles, pendant la phase préliminaire de direction et de contrôle de l'enquête, lors de la décision de poursuite ou de non-poursuite, ainsi qu'à l'audience. Mais aussi dans deux fonctions qui ont connu un développement considérable ces dernières années : celle de quasi-juge <sup>16</sup>, ou de « juge avant le juge <sup>17</sup> », dans le cadre des procédures alternatives ou des procédures simplifiées, de même que durant la phase d'exécution et d'application de la peine.

Paradoxalement, au nom d'une nouvelle économie du système pénal qui met en œuvre une politique criminelle de gestion des flux procéduraux dans un rapport coût/efficacité, l'ampleur des prérogatives du parquet français s'est accrue là où la jurisprudence de la CEDH laissait une zone grise entre les pouvoirs de l'autorité de poursuite et ceux de l'autorité de jugement <sup>18</sup>.

Ces attributions doivent être confrontées aux charges de travail des membres du ministère public, telles que l'étude comparative de la CEPEJ peut les appréhender. Une telle approche est délicate et il est renvoyé aux multiples remarques méthodologiques qui s'attachent aux données traitées dans le rapport qui ne prétend mesurer que des tendances. S'il en est une qui paraît incontestable, même si l'on prend en considération le poids des affaires classées pour auteur inconnu, au vu du nombre de procureurs pour 100 000 habitants (v. graphique 1), c'est que le procureur français de première instance apparaît comme particulièrement chargé par rapport à ses collègues de pays comparables.

Cette lourde charge de travail, le procureur français n'a pu y faire face que par le recours massif aux mesures alternatives et aux procédures simplifiées, en particulier l'ordonnance pénale délictuelle. La justice n'a pu absorber la forte augmentation des affaires pénales poursuivables et la diminution des classements sans suite qu'en laissant au parquet la gestion directe des sanctions pour les petites affaires traitées dans le cadre des alternatives aux poursuites ou du mode de jugement dit « simplifié », dans lesquels le procureur est devenu ce quasi-juge sollicitant une simple confirmation par le juge du siège, validation pour la composition pénale, homologation pour la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC). La masse des affaires pénales est

désormais traitée avec pour finalité première d'éviter l'audience publique, cantonnée au rôle de face visible d'un système pénal qui gère les contentieux de masse en donnant la priorité à la logique d'efficacité (le meilleur résultat au moindre coût) avec l'appui d'une informatisation croissante pour en accélérer le traitement.

Ainsi, en dix ans (1999-2008) le taux d'élucidation des affaires par les services de police est passé de 38 à 44 % tandis que le taux de classement sans suite pour inopportunité des poursuites a chuté de 46 %, d'un taux de réponses pénales (traitement effectif donné à une affaire avec auteur identifié) devenu emblématique pour les parquets, passé sur la même période de 67 à 85 % (il a atteint 88,1 % pour l'année 2010 selon le même mode de calcul, mais 68 % si l'on exclut les rappels à la loi <sup>19</sup>), marquant pratiquement la fin du principe d'opportunité des poursuites pour les affaires élucidées. Cette évolution se traduit principalement par le recours aux alternatives aux poursuites, dont la moitié de simples rappels à la loi, et le recours à l'ordonnance pénale <sup>20</sup>. En 2008, déjà, 42 % des délits et contraventions de 5<sup>e</sup> classe ont fait l'objet d'alternatives aux poursuites, 11 %, d'une décision du parquet simplement validée par un juge (composition pénale et CRPC), 11 %, d'une décision non motivée d'un juge selon un tarif (ordonnance pénale, dont la progression est très forte depuis son extension à l'usage de stupéfiants par la loi du 5 mars 2007), les autres affaires, soit environ 36 %, ayant fait l'objet d'une audience publique devant un tribunal selon le mode traditionnel, dont plus de deux tiers en juge unique <sup>21</sup>.

Cette tendance se retrouve dans la plupart des pays européens confrontés aux mêmes difficultés. Une vingtaine d'États déclarent que des mesures et sanctions alternatives au procès peuvent être négociées ou prononcées par un membre du ministère public, sans forcément nécessiter l'intervention d'un juge. Pour ne retenir que des pays comparables, il apparaît un taux élevé de mesures et sanctions prononcées par le procureur quasi-juge en France et en Autriche, relativement aux affaires portées devant les tribunaux pour y être jugées (graphique 3). À l'in-

Graphique 1 | Nombre de procureurs pour 100 000 habitants en 2008



Il faut dans ce graphique, relativiser les écarts extrêmes. Ainsi, en Norvège et au Danemark, des policiers ont des compétences qui les font inclure dans ces données. Au Portugal, les procureurs assurent des missions très élargies par rapport à nombre d'autres pays, par exemple devant la juridiction du travail. *A contrario*, en France, en Italie et en Autriche, des collaborateurs du ministère public – non inclus dans ces données car ils n'ont pas le statut de procureur, comme en France les délégués du procureur ou les officiers du ministère public devant les tribunaux de police –, peuvent exercer certaines tâches similaires.

\* Données pour l'année 2006

(13) Le ministère public entre modèle jacobin et modèle européen, *op. cit.*

(14) J. Pradel, Quel(s) magistrat(s) pour contrôler et prolonger la garde à vue? Vers une convergence entre la Cour de Strasbourg et la Chambre criminelle de la Cour de cassation?, D. 2011. 338.

(15) Notamment les contributions respectives de Régis de Gouttes et de Françoise Tulkens qui fixent précisément ce cadre dans le chapitre L'apport de la Convention européenne des droits de l'homme, in *Quel avenir pour le ministère public?*, Actes du colloque organisé le 12 oct. 2007 au Sénat par la Cour de cassation, sous l'égide de Jean-Louis Nadal, Procureur général, Dalloz, 2008, p. 93.

(16) J.-P. Jean, *Le système pénal*, La Découverte, coll. Repères, 2008.

(17) Problématique traitée en droit allemand par E. Kausch, dans un article cité par H. Henrion et N. Salditt, préc., note 1.

(18) M. Massé, J.-P. Jean, A. Giudicelli (dir.), *Un droit pénal postmoderne? Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, PUF, coll. Droit et justice, 2009; J.-P. Jean, *Politique criminelle et nouvelle économie du système pénal*, AJ pénal 2006. 473.

(19) Ministère de la justice, SDED, Enquête trimestrielle sur l'activité des juridictions, févr. 2011.

(20) J. Danet, Bref commentaire de l'annuaire statistique 2009-2010 en matière pénale, AJ pénal 2011. 122.

(21) Pour le développement des analyses et références chiffrées, J.-P. Jean, *Les réformes pénales 2000-2010, entre inflation législative et révolutions silencieuses*, Regards sur l'actualité n° 357, La Documentation française, janv. 2010, p. 8-22 et *ibid.* La politique criminelle vis-à-vis des usagers de stupéfiants depuis la loi du 5 mars 2007, AJ pénal 2010. 182.

verse le Portugal utilise très peu ces procédures. Mais les systèmes sont très évolutifs. Les Pays-Bas qui utilisent principalement la transaction sous l'égide du parquet veulent étendre cette procédure pour soulager leurs juridictions. En Italie et en Espagne, le procureur ne peut imposer une sanction qui est du seul ressort du juge, comme en Pologne où toutefois le juge peut valider une sanction négociée en amont par le procureur.

Le statut des procureurs doit intégrer la diversité de toutes ces missions, et éviter une conception trop figée face à une nouvelle réalité qui n'est plus uniquement celle de la poursuite et de l'audience, même si la distinction entre organe de poursuite et organe de jugement reste fondamentale.

### ■ Le ministère public dans la culture judiciaire européenne

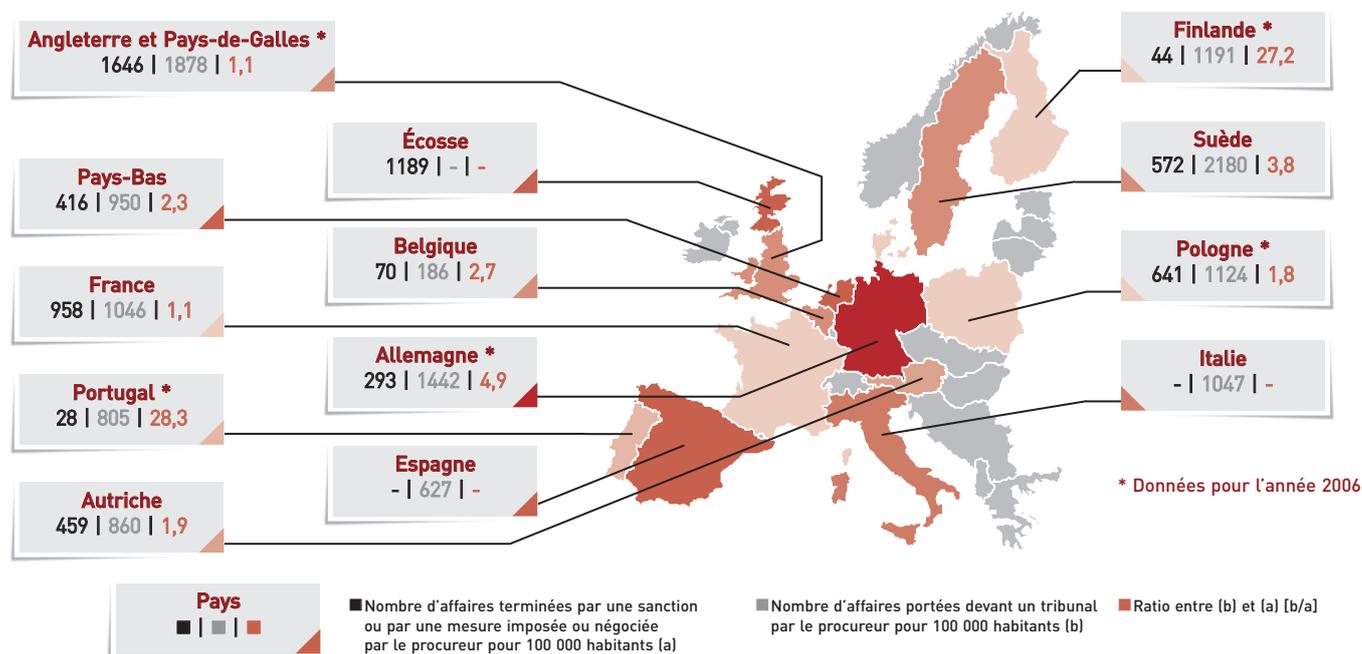
Le terme « procureur » désigne une fonction et des personnes aux statuts divers. Ainsi, l'Association internationale des procureurs et poursuivants inclut-elle des personnels qui, dans différents pays, seraient rattachés au corps des magistrats ou bien à celui des policiers en charge des seules questions procédurales. Le simple fait d'utiliser en français l'expression « ministère public » plutôt que « parquet » peut fournir une première indication sur la conception que l'on a de cette fonction et du statut qu'on lui accorde, entre indépendance, autonomie relative et subordination évidente. Le terme « parquet » est très connoté et n'a pas d'équivalent dans les systèmes qui ne sont pas issus de l'héritage napoléonien.

Le Conseil de l'Europe utilise toujours l'expression « ministère public », notamment dans sa recommandation du 6 octobre 2000 sur le rôle du ministère public dans le système de justice pénale. L'Union européenne utilise, quant à elle, les mots « parquet » et « procureur », ainsi dans le Traité de Lisbonne à propos du parquet européen. Cette sémantique différente reflète sans doute une différence de conception entre l'Europe des 47 et l'Europe des 27. Mireille Delmas-Marty, dans le *corpus juris*, utilisait l'expression « ministère public ». La Commission européenne, dans son Livre vert, proposait initialement la création d'un « procureur européen indépendant » qui « ne sollicite, ni n'accepte aucune instruction », devant « exercer ses fonctions de façon impartiale et n'être guidé que par le souci du respect de la légalité ». Le rapport de suivi du Livre vert <sup>22</sup> était cependant plus nuancé compte tenu de la réaction de certains États, dont la France, n'ayant pas dans leur tradition juridique un organe de poursuite indépendant. La conception française apparaît très politique dans une volonté de maîtrise de l'action publique. Le statut donné au représentant français à Eurojust est symptomatique à cet égard puisque l'article 695-8 du code de procédure pénale issu de la loi du 9 mars 2004 prévoit que le représentant français, nommé par simple arrêté du ministre de la Justice pour trois ans, sans avis du Conseil supérieur de la magistrature, peut recevoir des instructions dans le cadre de l'article 30 du code de procédure pénale, relatif aux attributions du garde des Sceaux qui « veille à la cohérence de la politique d'action publique sur le territoire de la République » (*sic*). Ce magistrat est donc aujourd'hui totalement dépendant du ministre de la Justice. Puisque Eurojust, selon le Traité, va se voir confier des missions de conduite d'action publique européenne, bien que limitées dans un premier temps en matière d'atteinte aux intérêts financiers de l'Union, ce statut devra nécessairement évoluer.

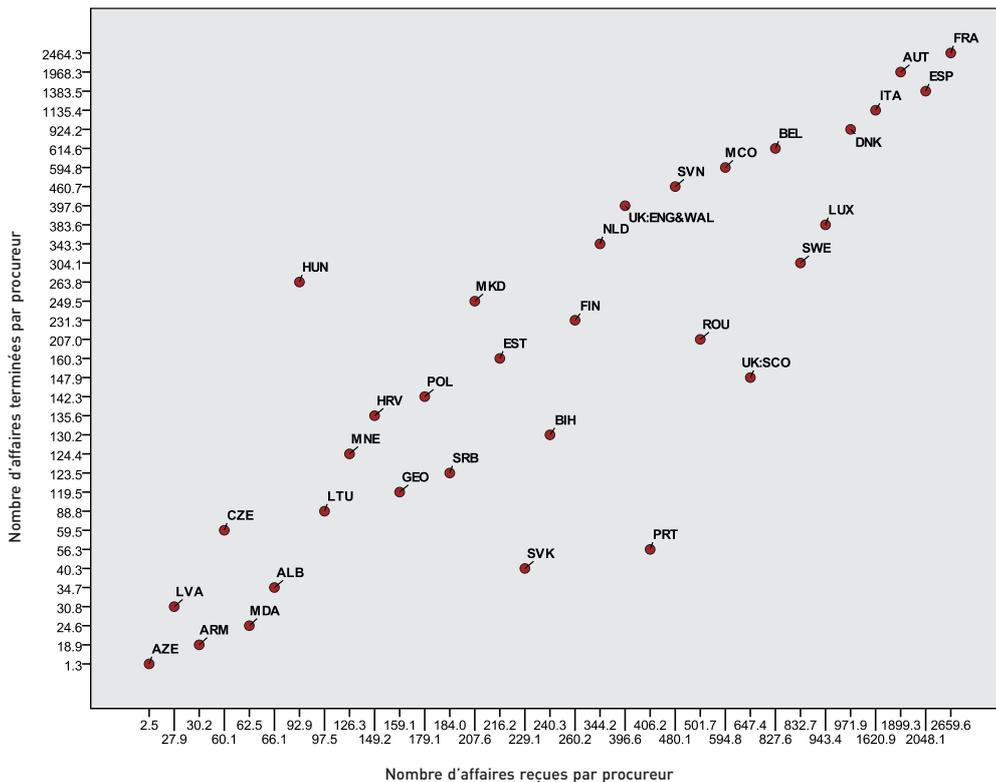
Cette conception caporalisée de la fonction d'un haut magistrat du ministère public paraît en contradiction avec une approche moderne de conduite de l'action publique, incluant un mode de nomination transparent fondé sur la compétence, l'impartialité et la confiance, comme le statut des avocats généraux dans les juridictions internationales toujours défini dans les mêmes termes : « Le procureur agit en toute indépendance. Il ne sollicite ni ne reçoit d'instruction d'aucun gouvernement ni d'aucune source »,

(22) COM(2003) 128 final du 19 mars 2003.

Graphique 2 | Traitement des affaires pénales par les procureurs en 2008



Graphique 3 | Nombre d'affaires reçues et terminées par procureur en 2008



Le nombre d'affaires terminées, concernant 33 États, est calculé comme la somme des affaires classées, des affaires terminées par une sanction ou une mesure imposée ou négociée et des affaires portées devant les tribunaux. Bien entendu, certaines masses peuvent varier du fait notamment du traitement administratif de certaines infractions au premier rang desquelles celles relatives à la sécurité routière (v. les précisions méthodologiques figurant dans le rapport de la CEPEJ).

selon l'expression commune à l'article 16 de la résolution 827 du 25 mai 1993 créant le Tribunal international pour les violations graves du droit humanitaire en ex-Yougoslavie et à l'article 15 du statut du Tribunal international pour le Rwanda pris en application de la résolution 955 du 8 novembre 1994. On aussi peut relever que, dans le Traité de Lisbonne (art. 9 F), les avocats généraux de la Cour de justice de l'Union européenne sont nommés, comme les juges « parmi les personnalités offrant toutes garanties d'indépendance », d'un commun accord entre les gouvernements et pour six ans renouvelables.

Mais l'éclairage européen le plus ancien et l'influence la plus déterminante sur le statut du ministère public et la procédure pénale – donc sur l'outil de travail privilégié du procureur – proviennent incontestablement de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (Conv. EDH) et du Conseil de l'Europe.

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative au ministère public pose la question fondamentale des garanties statutaires des organes de poursuites, parties au procès, qui doivent être clairement distincts des organes de jugement <sup>23</sup>. Par-delà la question désormais clairement résolue, à savoir que le procureur français n'est pas une autorité judiciaire au sens de la Conv. EDH, sauf à vouloir réduire la fonction d'enquête et de poursuite à une vision préférentielle comme le souhaitent certains, il paraît inconcevable qu'un magistrat du ministère public, de par la Constitution garant de la protection des libertés individuelles, puisse recevoir une quelconque instruction du pouvoir exécutif susceptible de fonder une décision touchant aux libertés <sup>24</sup>. Depuis la loi Perben II du 9 mars 2004, mais aussi en conséquence des pratiques de l'exécutif en matière d'intervention publique, d'instructions – écrites ou non –, de nominations discrétionnaires et contre l'avis du Conseil supérieur de la magistrature, le statut du ministère public français ne pouvait pas à l'évidence présenter ces

garanties. Après la condamnation ambiguë <sup>25</sup> de la France par la Grande Chambre le 29 mars 2010 dans l'affaire *Medvedyev* <sup>26</sup> et la motivation sans appel de l'arrêt *Moulin* du 23 novembre 2010, puis les conséquences qui en ont été enfin tirées par la Cour de cassation le 15 décembre suivant, il est temps de mettre fin à un discours schizophrène soutenant à Strasbourg que le ministère public français présente des garanties d'indépendance, alors même que son statut et le rôle de la Chancellerie dans les affaires sensibles indiquent tout le contraire.

L'extension continue des prérogatives du ministère public dans la phase préparatoire ou alternative au procès, sans parler du projet, provisoirement repoussé, de la suppression du juge d'instruction, rendent encore plus actuelle l'extension des garanties statutaires dont doit bénéficier tout magistrat du ministère public pour exercer des prérogatives susceptibles de porter atteinte d'une façon quelconque aux libertés individuelles, dans la phase d'enquête comme dans le choix et le mode de poursuivre ou non.

C'est dans cette direction qu'avance le Conseil de l'Europe, en s'attachant à définir les garanties statutaires dont devraient bénéficier les membres du ministère public, partie poursuivante, par-delà la diversité des systèmes juridiques nationaux. La recommandation 2000(19) du 6 octobre 2000 <sup>27</sup> n'a pas retenu un modèle de référence, mais s'est attachée à faire émerger les principes directeurs d'un ministère public dans un État démocratique selon une méthode qui a eu une influence réelle dans les nouvelles législations des pays d'Europe centrale et orientale. Elle prévoit ainsi une liste de garanties statutaires nécessaires pour assurer l'impartialité des membres du ministère public. Si l'organe assurant les poursuites doit pério-

(23) J.-F. Renucci, Le procureur est-il un magistrat au sens de l'article 5 § 3 de la Convention EDH ? D. 2003. 2268 ; S. Guinchard et J. Buisson (*Procédure pénale*, Litec, 6<sup>e</sup> éd., 2010) ont toujours estimé que les procureurs ne pouvaient être des autorités judiciaires au sens de la Convention du seul fait de pouvoir exercer des poursuites contre la personne arrêtée.

(24) J.-P. Jean, Le ministère public en Europe in dossier Le métier de procureur, Cah. just. 2009. 61-72 et la critique la jurisprudence alors établie de la Chambre criminelle de la Cour de cassation en matière de garde à vue (Crim. 10 mars 1992, Bull. crim. n° 105) et la décision du 11 août 1993 du Conseil constitutionnel.

(25) La décision *Medvedyev*, qui a tout fait pour éviter d'évoquer le statut du ministère public français, contrairement à l'arrêt de chambre du 2 juill. 2008, a été obtenue par neuf voix contre huit, les juges minoritaires développant une opinion dissidente très argumentée, dans la ligne de l'arrêt *Moulin*. V. Revue électronique du Syndicat de la magistrature, J'essaime, mai 2010.

(26) Gaz. Pal. 27 avr. 2010. 15. 1383, obs. H. Matsopoulou ; RSC 2009. 176 ; *ibid.* 2010. 685, obs. J.-P. Marguénaud.

(27) M. Robert, Ministère public, perspectives internationales, in L. Cadet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF 2004, p. 899-904.

diquement rendre compte en particulier de la mise en œuvre de ses priorités, il est demandé, dans les États où le ministère public est subordonné à l'exécutif, que les pouvoirs du gouvernement soient prévus par la loi, que toute instruction soit motivée par écrit et versée au dossier de la procédure, le ministère public ayant toujours la possibilité de soumettre à la juridiction sa propre analyse juridique. Tout membre du ministère public peut obtenir d'être remplacé lorsqu'une instruction lui paraît illégale ou contraire à sa conscience. En tout état de cause, le ministère public « doit être en mesure d'exercer sans entrave les poursuites des agents de l'État pour les délits par eux, notamment les délits de corruption, d'abus de pouvoir, de violation des droits de l'homme et d'autres délits reconnus par le droit international ». La recommandation prévoit aussi une liste de devoirs et de responsabilités vis-à-vis du justiciable, fondés sur l'égalité des citoyens devant la loi, la non-discrimination, une action équitable, impartiale et objective, le respect de l'égalité des armes.

Il est important pour les magistrats du parquet de tous les pays d'Europe de disposer de ces éclairages qui portent aussi sur l'obligation de réserve, sur les garanties statutaires afin que les nominations et promotions ne reposent pas sur de seuls critères politiques. Ils mettent en évidence les garanties que peuvent apporter à cet égard les conseils supérieurs de la magistrature ou d'autres institutions équivalentes<sup>28</sup>.

C'est pour assurer le suivi de la mise en œuvre de cette recommandation du 6 octobre 2000, et pour institutionnaliser la Conférence annuelle des procureurs généraux d'Europe, que le Conseil de l'Europe a créé le 13 juillet 2005 le conseil consultatif de procureurs européens (CCPE) qui produit des avis de

grande qualité<sup>29</sup>. Ces instruments aident à développer une culture commune des membres du ministère public à partir de valeurs et de principes partagés, qui convergent pour donner des garanties statutaires aux membres du ministère public et interdire les interventions des autorités politiques dans les affaires individuelles. Ainsi, le CCPE soutient la coopération judiciaire directe sans passer par la voie diplomatique, notamment entre organes de poursuite spécialisés dans la lutte contre la criminalité organisée, cette part d'initiative dépendant évidemment du statut national de chaque membre du ministère public, plus ou moins hiérarchiquement lié à une autorité centrale.

## ■ Perspectives d'évolution

Comment connaître la réalité des prérogatives et du fonctionnement des différents ministères publics en Europe, en intégrant l'ensemble des données juridiques, mais aussi les pratiques effectives, les traditions, l'*habitus* professionnel ? Les ouvrages universitaires, les travaux de recherche<sup>30</sup> éclairent de façons parfois très différentes le débat européen relatif au ministère public, notamment en ce qui concerne deux questions centrales : les partages réels de compétence avec la police et les rapports avec les autorités politiques dans les affaires sensibles.

Jusqu'où doivent aller les garanties statutaires accordées au ministère public compte tenu de son implication dans une politique publique, la politique criminelle, que le gouvernement conduit et sur laquelle il doit être rendu des comptes à la nation ? Dans ce débat classique, émergent deux questions essentielles : celle de la protection des libertés individuelles, déjà soulignée, et celle du conflit d'intérêt, que l'OCDE a mis en évidence, l'autorité de poursuite ne pouvant pas être soupçonnée de subir des influences autres que son appréciation juridique relative aux faits constatés<sup>31</sup>. L'Europe des 27 fait avancer inéluctablement ce débat, avec l'effet d'entraînement de la coopération judiciaire en matière pénale, du réseau judiciaire européen, des magistrats de liaison, avec l'investissement dans les programmes d'échange et de formation impulsés ou soutenus par la Commission, tous éléments contribuant à une culture judiciaire européenne commune aux membres du siège et du ministère public.

L'Europe des 47 va dans le même sens, grâce à la série des recommandations prises et des réseaux mis en place par le Conseil de l'Europe<sup>32</sup>, dans la ligne de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Cette irrigation de la culture commune européenne, cette acculturation progressive se diffuse rapidement. Le rapport 2010 de la CEPEJ a relevé qu'il n'y avait plus, au sein du Conseil de l'Europe, que six pays avec une structure administrative et budgétaire commune entre siège et parquet : Autriche, Belgique, France, Grèce, Luxembourg et Turquie, l'Espagne venant à son tour de mettre en œuvre un budget autonome pour le ministère public depuis janvier 2010.

Tout juge français est un juge européen. Tout membre d'un ministère public national présentant des garanties suffisantes (impartialité, loyauté, indépendance statutaire dans la gestion des affaires individuelles) est un membre du ministère public européen, en premier lieu dans la coopération judiciaire.

S'il n'existe pas de système idéal en Europe, celui qui garantit le mieux les libertés et l'efficacité doit se concevoir comme assurant

**Il est important pour les magistrats du parquet de tous les pays d'Europe de disposer de ces éclairages qui portent aussi sur l'obligation de réserve, sur les garanties statutaires afin que les nominations et promotions ne reposent pas sur de seuls critères politiques.**

(28) S. Mogini, G. Muller et J.-P. Sudre in Les Cahiers de la justice, ENM, Dalloz, Être magistrat dans la cité, juill. 2007.

(29) Avis commun juges et procureurs dans une société démocratique du comité consultatif et juges européens et du comité consultatif de procureurs européens du 8 décembre 2009 à l'attention des ministres du Conseil de l'Europe, [www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccpe](http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccpe).

« § 27 L'indépendance du ministère public est indispensable pour lui permettre de remplir sa mission. Elle renforce le rôle de celui-ci dans l'État de droit et la société et est également une garantie pour que le système judiciaire fonctionne avec impartialité et efficacité et pour que tous les bénéfices attendus de l'indépendance des juges soient effectifs. À l'instar de l'indépendance accordée aux juges, l'indépendance du ministère public n'est pas une prérogative ou un privilège octroyé dans l'intérêt de ses membres, mais une garantie pour une justice équitable, impartiale et efficace et protège les intérêts publics et privés des personnes concernées.

§ 28 La mission du procureur, qui peut se caractériser par les principes de légalité ou d'opportunité des poursuites, diffère selon le système existant dans chaque État, en fonction de la place qu'occupe le ministère public dans le paysage institutionnel et dans la procédure pénale.

§ 29 Quel que soit son statut, le ministère public doit jouir d'une indépendance fonctionnelle totale dans l'exercice de ses missions légales, tant pénales que non pénales. »

(30) J. Pradel, *Droit pénal comparé*, Dalloz, 4<sup>e</sup> éd., 2008 ; P. Milburn, K. Kostulski, D. Salas (dir.), *Les procureurs. Entre vocation judiciaire et fonctions politiques*, PUF, 2010 ; J.-M. Jehle, M. Wade (dir.), *Coping with overloaded criminal justice systems. The rise of prosecutorial power across Europe*, Berlin, Springer, 2006 ; B. Elsner et M. Wade, articles in *The changing role of european prosecution*, European society of criminology, juill. 2005.

(31) OCDE, Rapport du groupe de travail sur la corruption dans le cadre de transactions commerciales internationales, adopté le 22 janv. 2004, p. 29, § 76.

(32) Notamment, dans ce dossier, M. Robert, L'avenir du ministère public, AJ pénal 2011. 115.

un statut et des garanties à tous les acteurs du processus judiciaire : une police judiciaire ne dépendant pas de sa hiérarchie administrative et politique, un parquet indépendant ou bénéficiant de fortes garanties statutaires de nature à assurer son entière impartialité, un juge d'instruction ou de la chambre préliminaire bénéficiant de garanties statutaires et animé de la culture des libertés, une défense disposant des moyens matériels et procéduraux de nature à faire respecter ses droits. Cette culture c'est celle de la Cour européenne des droits de l'homme.

Dans les recompositions actuelles du système pénal, l'exercice des fonctions judiciaires ne se limite pas à la fonction de juger. Le statut de magistrat des membres du ministère public ne peut être que consubstantiel à l'existence de garanties statutaires et procédurales pour la partie au procès représentant l'intérêt général et s'exprimant au nom de la société. Dans ce mouvement européen, il reste au ministère public français à asseoir sa légitimité propre, confortée par un Conseil supérieur de la magistrature aux préro-

gatives élargies en obtenant, sur le plan organique et fonctionnel, un renforcement des garanties statutaires pour assurer au citoyen que l'autorité publique chargée de l'enquête et des poursuites agit de façon indépendante dès qu'une liberté individuelle est en jeu.



## LE PROBLÈME DU MINISTÈRE PUBLIC FRANÇAIS

par **Daniel Soulez-Larivière**  
Avocat

### ■ Un problème épistémologique

Le ministère public français est estropié par une question épistémologique. Que fait-il ? Et qui est-il ? Un représentant du gouvernement de la République chargé de porter l'accusation et de mettre en œuvre sa politique pénale ? Un professionnel chargé aussi de tâches administratives pouvant se rapprocher de celles de l'administration préfectorale ? L'avocat de la société ou, au contraire, un membre d'une magistrature indépendante portant la loi en fonction de son interprétation personnelle, tel le mal nommé commissaire du gouvernement devant les juridictions administratives ? Participe-t-il à la fonction judiciaire du côté des juges comme on serait tenté de le croire si l'on suit l'adage français « La justice est rendue au nom du peuple français par les magistrats du siège et du parquet »<sup>1</sup> ? Adage que certains Français imaginent encore à tort comme ayant valeur constitutionnelle.

Cette ambiguïté, c'est Napoléon qui l'a générée en créant cet être hybride, sorte de chauve-souris judiciaire. « Je suis juge, oiseau voyez mes ailes car je fais partie du même corps que les juges. Je suis souris, puisque je représente l'action publique ».

Il a fallu attendre 1991, avec l'arrêt de la Cour de Strasbourg du 30 octobre 1991 (*Borgers c/ Belgique*, n° 12005/86), puis 20 février 1996 (*Vermeulen c/ Belgique*, n° 19075/91), pour interdire aux avocats généraux de siéger aux délibérés des affaires jugées par la Cour de cassation. C'est dire la trace durable de la confusion.

Napoléon a encore géré l'héritage de l'Ancien Régime et de la Révolution en reprenant une ambiguïté ancienne, résumée par cet autre adage « Tout juge est procureur général » qui entretenait déjà une certaine confusion entre les deux rôles. Hostile aux juges, il invente un système destiné à éviter que ceux-ci ne « recommencent » leur fronde contre l'autorité qui a largement contribué à ce que le Roi perde sa tête et eux, leurs offices pour toujours et leur fonction pendant vingt ans. Napoléon ne veut plus d'une magistrature sécessionniste. Il invente donc une construction dans laquelle

le cheval de Troie du gouvernement sera le parquet, organisé selon une hiérarchie toute militaire et dépendant de lui. Le ministère public est intégré dans un corps unique avec les juges du siège. Cette astuce permet donc au gouvernement de « tenir » l'ensemble de la magistrature assise et debout parce que la carrière étant unique, elle se fait, depuis deux cents ans, en échelle de perroquet. Encore aujourd'hui, les magistrats du parquet deviennent juges du siège, et inversement, en gravissant la pyramide. Il est même arrivé qu'un remarquable magistrat du parquet ayant fait toute sa carrière au ministère public finisse premier juge du siège, c'est-à-dire premier président de la Cour de cassation.

Tout garde des Sceaux doit, au début ou au cours de son mandat, s'épuiser à expliquer au public qu'il y a deux catégories de juges (pardon, de magistrats !). Ceux qui sont dépendants et ceux qui sont indépendants.

- Ah bon ! dit le citoyen. Il peut y avoir des juges (pardon, des magistrats !) dépendants ?
- Oui, mais ce n'est pas le même métier, répond le garde des Sceaux. Ils sont accusateurs. Ils dépendent du ministère de la Justice.
- Ah bon ! dit le justiciable. Mais puisqu'ils peuvent devenir juges indépendants, ces juges (pardon, ces magistrats !) dépendants oublient-ils leur ancienne condition dépendante quand ils deviennent juges et que se passe-t-il quand ils redeviennent dépendants, s'ils retournent au parquet ?

(1) V. la réflexion de Jean-Paul Jean à ce sujet, p. 106..