

# LA FORGE

## UNE JUSTICE SOUS CONTRÔLE ?

PAR DAMIEN LOUP<sup>1</sup>, MAGISTRAT

Le 7 janvier 2009, dictant à la commission nommée par ses soins pour « réfléchir » à l'évolution de notre procédure pénale les premières conclusions<sup>2</sup>, le chef de l'Etat annonçait sa volonté de supprimer la fonction de juge d'instruction pour confier l'essentiel de ses attributions aux magistrats du Parquet. A l'en croire, cette proposition tendrait à accroître la protection des libertés publiques.

Une telle motivation ne laisse pas surprendre, venant d'un responsable politique qui, depuis 2002, en tant que Ministre de l'intérieur, puis de président de la République, ne cesse de promouvoir des « réformes » du droit pénal et de la procédure pénale ayant pour objet ou pour effet de les amoindrir, voire de suspendre.

De prime abord, il est d'ailleurs assez singulier, pour remédier à une procédure supposée insuffisamment protectrice des droits de la défense de façon systématique, de vouloir confier l'instruction des affaires pénales à l'autorité de poursuite, et, en pratique, aux services de police<sup>3</sup>, plutôt qu'à un juge indépendant.

Aussi, pour déterminer si le système alternatif au juge d'instruction est véritablement plus protecteur des libertés publiques, il nous faut à titre liminaire évacuer quelques faux débats qui tiennent d'avantage du mythe<sup>4</sup> que du discours et sont autant d'obstacles à une discussion un tant soit peu sereine et rationnelle. Nous ne nous inscrirons donc pas dans cette opposition stérile et largement théorique entre procédure accusatoire et procédure inquisitoire<sup>5</sup>, lesquelles ne sont jamais que deux idéaux types processuels qu'il serait vain de vouloir observer en pratique.

Contentons nous de souligner que le juge d'instruction n'a aujourd'hui plus grand chose à voir avec son

---

<sup>1</sup> L'auteur utilise ici un nom de plume

<sup>2</sup> Déposées le 6 mars 2009.

<sup>3</sup> L'expression englobe ici l'ensemble des services enquêteurs de la police et de la gendarmerie nationales.

<sup>4</sup> Au sens sémiologique du terme. Roland BARTHES, *Mythologies*, Paris, Seuil, 1957.

<sup>5</sup> Contrairement à la procédure accusatoire, publique, orale et contradictoire, la procédure inquisitoire, qui caractériserait l'office du juge d'instruction, est secrète, écrite et non contradictoire.



homologue du Code d'instruction criminelle de 1808, que la procédure qu'il conduit garantit, en particulier, le respect du principe du contradictoire et que son caractère secret<sup>6</sup>, loin d'écarter de la connaissance du dossier la personne mise en cause et son avocat, vise, au contraire, à protéger sa présomption d'innocence<sup>7</sup>.

Il serait tout autant vain d'enfermer notre raisonnement dans les limites étroites et passionnelles de l'une de ces « erreurs » judiciaires, régulièrement invoquées au soutien de la suppression du juge d'instruction. A les supposer exactement conformes à leur représentations médiatiques<sup>8</sup>, elles ne mettent en exergue que des cas de fonctionnement anormal de l'institution, où le magistrat instructeur sera quelque sorte sorti de sa fonction, en se comportant moins en juge indépendant, qu'en accusateur, menant sa procédure à charges, sans se soucier des droits de la défense.

Ce mythe du juge inquisiteur dépassé, nous ne pouvons qu'observer, par comparaison avec la réalité de l'actuelle juridiction d'instruction, que le système alternatif organise en réalité le recul des libertés publiques, consacrant une mise en état des procédures pénales partiale, dépendante du pouvoir politique, non contradictoire et privant de toute défense effective les justiciables dépourvus des moyens financiers suffisants.

Et si l'argument des libertés publiques demeure brandi, c'est qu'il tend à occulter l'objet véritable de cette régression procédurale, à savoir la mise à bas de la seule institution garantissant au justiciable une égalité devant la loi effective.

### *Vers une instruction inexorablement partiale*

Magistrat du siège, le juge d'instruction garantit, tant par son statut d'indépendance, que par son positionnement procédural désintéressé car fondé sur l'objectif de la manifestation de la vérité, un examen impartial et complet des faits dont il est saisi, indépendamment des points de vue nécessairement intéressés des parties. A l'inverse, le Ministère public<sup>9</sup> est, faut-il le rappeler, l'autorité de poursuite et, à ce titre, partie principale au procès pénal. S'il est demain investi de la direction des enquêtes, sa démarche ne pourra, en conséquence, que présenter une irréductible partialité objective<sup>10</sup>, puisque le contenu du dossier qui sera, in fine, soumis à l'appréciation de la juridiction de jugement soit construit unilatéralement par l'accusation.

Accusateur public, le magistrat du parquet se trouve en outre dans une situation statutaire de subordination hiérarchique au pouvoir exécutif<sup>11</sup>. Si cette problématique demeure secondaire du point de vue de l'impartialité, elle ne peut qu'accentuer le déséquilibre de la procédure en privant le justiciable de toute garantie

---

6 Comme celui de n'importe quelle procédure pénale; Article 11 du Code de procédure pénale

7 On peut tout autant souligner que le modèle accusatoire qu'on nous presse d'adopter représente un stade historiquement primitif de la procédure pénale, où il appartient à l'accusé de prouver son innocence en fonction de ses moyens financiers et où le principe du contradictoire n'est que très superficiellement garanti.

8 Gilles BALBASTRE *Les faits divers ou le tribunal implacable des médias*, in *Le monde diplomatique*, n°609, décembre 2004.

9 Terme générique désignant l'ensemble des magistrats – Procureurs de la république, Procureurs généraux et leurs substituts - chargés de veiller à l'application de la loi pénale. Le terme de Parquet est ici synonyme.

10 Au sens de la Cour européenne des droits de l'homme, qui désigne ainsi l'apparence d'impartialité induite par l'organisation institutionnelle ou le déroulement de la procédure.

11 Leur nomination, leur avancement et leur discipline demeure du pouvoir du Ministre de la Justice, le Conseil supérieur de la magistrature n'ayant à cet égard, contrairement aux magistrats du siège, qu'un pouvoir consultatif.

contre l'intervention du pouvoir politique dans le cours de la justice pénale<sup>12</sup>. Rappelons à cet égard que les Procureurs, tout comme les services de police et de gendarmerie travaillant sous leur autorité, voient leur activité constamment évaluée par des indicateurs de performance chiffrés prenant notamment en compte, pour les uns le taux de réponse pénale<sup>13</sup>, pour les autres le nombre de garde-à-vue réalisées et le taux d'élucidation des infractions<sup>14</sup>. Cette importation de logiques gestionnaires dans le traitement des procédures pénales<sup>15</sup>, accentuée, mécaniquement, le déséquilibre accusatoire de la procédure, en favorisant les investigations conduites dans le seul but d'obtenir une sanction pénale rapide.

Enfin, l'instruction préparatoire constitue aujourd'hui le seul espace de contradictoire au cours de la phase pré-sentencielle du procès pénal, offrant aux parties non seulement la possibilité de connaître le contenu du dossier de la procédure à mesure qu'il se construit, mais encore celle de le discuter, notamment en formant toutes les demandes d'actes qui leur apparaissent utiles à la manifestation de la vérité<sup>16</sup>. La disparition du juge d'instruction porte, en l'état, le risque d'un recul majeur du contradictoire dans un temps de la procédure pénale où il se trouve déjà particulièrement malmené. Dans un contexte de malthusianisme budgétaire exacerbé, nous pouvons nous interroger sur les conditions matérielles dans lesquelles les parties auront dorénavant accès au dossier et de quelle façon seront menées leurs auditions, actuellement réalisés par le magistrat instructeur en présence constante des avocats, lesquels peuvent notamment poser des questions et formuler des observations<sup>17</sup>. Notons qu'en l'état du projet de suppression du juge d'instruction, ces prérogatives de la défense, quand elles ne sont tout simplement pas ignorées, s'avèrent singulièrement réduites<sup>18</sup>.

Conscients du basculement accusatoire induit par la suppression du juge d'instruction, les partisans de cette évolution avancent l'idée de l'essor du rôle de la défense, menant, face à l'accusation, une contre enquête, sous l'arbitrage d'un nouveau « juge de l'enquête ». Celui-ci pourrait en outre, sur demande des parties, ordonner la réalisation d'actes d'enquête et statuer, mais dans des conditions nettement plus restrictives qu'aujourd'hui, sur les constitutions de partie civile en ordonnant, le cas échéant, la réouverture d'une procédure classée sans suite par le Procureur<sup>19</sup>.

Convaincant sur le papier, l'équilibre de cette nouvelle architecture s'avère pourtant parfaitement illusoire. D'une part, parce qu'en l'absence d'une augmentation considérable du budget de l'aide juridictionnelle, la possibilité pour la défense ou la partie civile de construire une contre enquête dépendra en pratique de la diligence du conseil et donc, en dernier analyse, de la situation de fortune du justiciable.

---

12 C'est à ce titre que la Cour européenne des droits de l'homme a jugé, dans son arrêt *Medvedyev c/France* du 10 juillet 2008, qu'il ne pouvait se voir attribuer la qualité d'autorité judiciaire.

13 C'est à dire la proportion des poursuites au sein des affaires poursuivables portées à la connaissance du Ministère public.

14 Laurent MUCHIELLI, *le nouveau management de la sécurité à l'épreuve : délinquance et activité policière sous le ministère SARKOSY (2002-2007)*, in *Champ pénal* Vol V, Paris 2008.

15 Benoit BASTARD et Christian MOUHANNA, *Une justice dans l'urgence : le traitement en temps réel des affaires pénales* PUF, Coll. Droit et justice, Paris, 2007.

16 Articles 81 in fine du Code de procédure pénale.

17 Article 114 du Code de procédure pénale.

18 Ainsi, l'assistance de l'avocat lors de la garde à vue n'est elle envisagée qu'après 24h, et se trouve exclue en matière de stupéfiants, de délinquance organisée et de terrorisme. Le conseil n'a en outre accès qu'au procès-verbal d'audition de son client, à l'exclusion de toute autre pièce du dossier.

19 Contrairement au dispositif actuel, régi par les articles 85 et suivants du Code de procédure pénale, l'ouverture d'une procédure après classement sans suite ne serait plus possible que pour les crimes, qui représentent moins de 1% des faits signalés aux Procureurs de la République. *Annuaire statistique de la Justice*, édition 2008, p 105.

D'autre part, parce qu'en toutes hypothèses, ces parties – y compris la poignée de plaideurs en capacité de les financer - ne disposeront jamais des moyens d'investigations proprement juridiques du Ministère public que sont les perquisitions et saisies, les réquisitions, les mesures de contrainte contre les personnes et l'ensemble des mesures de police technique et scientifique réalisées par les services spécialisés de la police et de la gendarmerie.

A cet égard, la concession d'un éventuel pouvoir d'injonction du juge de l'enquête vis à vis du Ministère public signe la contradiction viscérale d'une procédure fondée sur l'image d'une balance équilibrée entre l'accusation et la défense mais qui ne peut, en pratique, que reconnaître l'hégémonie de la première. L'exercice ce pouvoir d'injonction affecte, en effet, la démarche du Ministère public d'une contradiction flagrante, puisque l'autorité d'accusation se trouve alors sommée d'effectuer des actes dans l'intérêt de la défense, alors même qu'il a initialement refusé d'y procéder. La partialité objective de son office ne peut qu'en être redoublée et sera même portée à son paroxysme lorsque le Ministère public sera sommé de mener des investigations sur des faits qu'il a initialement décidé de classer sans suite.

Nous observons ainsi qu'en fait de promotion des libertés publiques, la suppression du juge d'instruction signe, en l'état du projet alternatif, un recul majeur des droits de la défense, et notamment, du droit du justiciable à une procédure contradictoire, impartiale et équilibrée. S'appuyant sur le mythe du juge inquisiteur, elle vise en réalité à parachever la main-mise complète du pouvoir exécutif sur la conduite du procès pénal.

*Dernière étape pour une justice sous contrôle.*

Pour mieux comprendre le sens profond de cette nouvelle volonté de suppression du juge d'instruction, nous devons la restituer dans une évolution plus longue – et dont elle n'est finalement que l'aboutissement - ayant vu le Ministère public adopter une position hégémonique dans l'exercice de la justice pénale<sup>20</sup> alors que, dans le même temps, son indépendance fonctionnelle ne cesse de s'amoinrir.

Pendant des décennies le panel des réponses possibles du Procureur de la République face aux infractions à la loi pénale portées à sa connaissance était réduit au choix entre, d'une part, le classement sans suite et, d'autre part, l'engagement de poursuites devant une juridiction de jugement, le cas échéant après instruction préparatoire. Cette alternative binaire s'est progressivement compliquée d'une diversification de la réponse pénale, se traduisant d'une part par l'essor des alternatives aux poursuites – encore appelées troisième voie - d'autre part par le développement de procédures « simplifiées » de jugement correctionnels.

Issues de la pratique de certains Parquets d'île de France au début des années 1980<sup>21</sup>, les différentes alternatives aux poursuites, que constituent le rappel à la loi, la médiation, l'orientation vers une structure

---

20 Geneviève GIUDICELLI-DELAGE, sous la direction de Christine LAZERGUES, Les figures du Parquet, PUF, PARIS 2006, p257 à 264

21 Et qui ne fut légalisée qu'avec la loi du 23 juin 1999 relative à l'efficacité de la procédure pénale.

sanitaire ou sociale ou le récent travail non rémunéré<sup>22</sup>, ont certes permis d'enrichir la réponse pénale en permettant de l'adapter au mieux à la gravité relative de l'acte et d'envisager un éventail de solutions intermédiaires entre le classement sans suite et la poursuite. Néanmoins, il s'agit d'autant de faits qui échappent aujourd'hui complètement à la connaissance des juridictions, la qualification et la sanction de l'infraction constatée demeurant entièrement de la responsabilité du Ministère public, alors même que ce type de procédures représente aujourd'hui plus de 38% des affaires donnant lieu à réponse pénale<sup>23</sup>.

Le développement des procédures de jugement « simplifiées » traduit cette même emprise du Parquet sur le cours de la justice pénale, à cette différence de taille qu'elles poursuivent la condamnation définitive du prévenu à une peine, quand les alternatives, comme leur nom l'indique, ne font pas obstacle à l'exercice postérieur<sup>24</sup> voire parallèle<sup>25</sup> de l'action publique. Initialement cantonné à la matière contraventionnelle<sup>26</sup> et étendue aux délits routiers par la loi du 9 septembre 2002, la procédure de l'ordonnance pénale permet ainsi de prononcer, sur les seules réquisitions du Parquet et sans audience préalable, une peine d'amende ou de restriction de droits<sup>27</sup>. Créée par la loi du 23 juin 1999, la procédure de composition pénale introduit l'idée de peine négociée entre le Ministère public et le prévenu, en élargissant l'éventail des sanctions pouvant être proposées<sup>28</sup>. Elle anticipe en ce sens la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, instituée par la loi du 9 mars 2004, qui autorise cette fois le Procureur à proposer des peines d'emprisonnement<sup>29</sup>. Si, dans chacune de ces procédures, la proposition de sanction reste soumise à la validation d'un magistrat du siège, elle n'en demeure pas moins entièrement fixée par le Procureur, le juge n'ayant d'autre pouvoir que d'homologuer, ou non, la condamnation demandée. En 2006, ces procédures simplifiées représentaient près de 40% des poursuites en matière correctionnelle<sup>30</sup>.

Enfin, parallèlement à cette évolution, le domaine d'intervention et le pouvoir d'appréciation des juridictions d'instruction et de jugement n'a cessé de s'éroder. Ainsi, tandis que le nombre de saisine des juges d'instruction s'effondre<sup>31</sup>, le principe fondamental d'individualisation de la sanction pénale est progressivement remis en cause par le législateur, qui tend, dans certaines hypothèses, à rendre inéluctable la peine d'emprisonnement. Au nom d'une lutte contre la récidive scientifiquement infondée, les lois du 12 décembre 2005 et du 10 août 2007 ont considérablement réduit les possibilités d'aménagement de la peine par la juridiction dès lors qu'est relevé l'état de récidive légale, d'abord en limitant le nombre de sursis avec mise à l'épreuve<sup>32</sup>, puis en posant le principe d'une peine d'emprisonnement minimale proportionnelle à la peine encourue<sup>33</sup>.

Or, à mesure que s'affirme la maîtrise du Ministère public sur le cours de la justice pénale, sa dépendance à l'égard du pouvoir exécutif ne cesse de s'affirmer. S'appuyant sur un statut de stricte subordination, on observe

---

22 Institué, sur le modèle du travail d'intérêt général, par la loi du 5 mars 2007 relative à la prévention (sic) de la délinquance.

23 Annuaire statistique de la Justice, édition 2008, p. 107 à 109.

24 Notamment, si la personne n'exécute pas la mesure alternative

25 La victime de l'infraction peut ainsi décider de se constituer partie civile, forçant ainsi le Ministère public à engager des poursuites.

26 Loi du 3 janvier 1972 ; articles 524 à 528-2 du Code de procédure pénale.

27 Articles 495 à 495-6 du Code de procédure pénale.

28 Articles 41-1 à 41-2 du Code de procédure pénale.

29 Articles 495-7 à 495-16 du Code de procédure pénale.

30 Annuaire statistique de la Justice, édition 2008, p 109

31 Passé de plus 37000 en 2002 à à peine 28000 en 2007; Annuaire statistique de la Justice, édition 2008.

32 Article 132-41 du Code pénal.

33 Articles 132-18-1 et 132-19-1 du Code pénal.



depuis 2002, de la part de la Chancellerie, une pression hiérarchique sur l'activité des Procureurs croissante et revendiquée sans ambages, jusqu'à en faire inscrire le principe dans la loi pénale<sup>34</sup>. Alors qu'au cours de la décennie précédente s'était institué un usage de non-intervention du garde des sceaux dans les affaires individuelles, les nominations de magistrats du parquet contre l'avis du conseil supérieur de la magistrature – il est vrai, simplement consultatif - se sont ainsi multipliées. Dans le même temps, l'intervention directe du garde des sceaux dans le cours de procédures particulières, à grand renfort de médiatisation, s'est peu à peu réaffirmée, générant une demande de reddition de compte qui constitue aujourd'hui une part non négligeable de l'activité des Procureurs.

Notons enfin que la généralisation du traitement dit « en temps réel » (sic) des procédures pénales par le Ministère public renforce, mécaniquement, l'emprise du pouvoir exécutif sur le cours de la justice pénale. Invité à prendre ses décisions d'action publique dans l'urgence et sur la base du seul compte-rendu téléphonique de l'enquêteur, le magistrat du parquet se trouve en effet dépendant des priorités et représentations policières. Or la police judiciaire demeure organiquement soumise, non à l'autorité judiciaire, mais à l'autorité administrative – et en particulier, localement, à l'autorité préfectorale – qui est ainsi en mesure d'imposer ses propres logiques dans le traitement de la délinquance, au besoin en faisant directement appel aux relais hiérarchiques du Ministère public - lesquels sont en définitive les mêmes que ceux des services de police.

On comprend ainsi que la juridiction d'instruction constitue aujourd'hui le dernier obstacle à une main-mise complète de l'exécutif, par le truchement du ministère public, sur le cours même de la justice pénale. Car si son domaine d'intervention est aujourd'hui réduit à la portion congrue - puisqu'il représente moins de 4% des affaires poursuivies<sup>35</sup>, il n'en concentre pas moins les affaires les plus importantes. Demeurent notamment de sa compétence les affaires politiquement sensibles - eu égard à la qualité des personnes mises en cause ou des enjeux convoqués - que constituent les contentieux du terrorisme et de la grande délinquance économique et financière, du moins pour ce qu'il en reste<sup>36</sup>. Quand elles seront directement traitées par le Ministère public, quelle garanties aurons nous de voir les affaires de terrorisme échapper aux logiques « diplomatiques », ou, au contraire, être abusivement étendues aux activités d'opposants politiques ? Sera-t-il encore seulement envisageable de voir des membres du pouvoir politique ou du pouvoir économique comparaître devant une juridiction pénale ?

Nous devons à ce stade faire le rapprochement de l'annonce de la suppression du juge d'instruction avec le récent projet de dépenalisation de la vie des affaires promu par le même gouvernement<sup>37</sup>. Dans un cas comme dans l'autre, l'objectif poursuivi est de prévenir les dirigeants d'entreprise du « risque pénal » prétendument excessif et qui nuirait à l'attractivité économique de la France. Alors même que l'essentiel des infractions formelles de droit pénal des affaires a déjà été abrogé, on met avant l'idée selon laquelle « *le droit pénal n'a pas vocation à régler des conflits entre personnes privées* »<sup>38</sup> que recouvrerait les incriminations subsistantes. Or, le droit pénal

---

34 Article 30 du Code de procédure pénale.

35 Annuaire statistique de la Justice, édition 2008, p. 109.

36 Le nombre de saisines du pôle financier de Paris s'est effondré depuis cinq ans pour atteindre 90 en 2008.

37 *La dépenalisation de la vie des affaires*, rapport au ministre de la justice, Paris, La Documentation française, 2008, 133 pages.

38 Lettre de mission du garde des sceaux, *Op cit*, p 3.



visé précisément, au delà du litige privé à l'origine de toute infraction, à sanctionner, en tant que telle, l'atteinte à la cohésion sociale véhiculée par tel ou tel comportement individuel. Ainsi, l'incrimination de certains actes frauduleux de dirigeants d'entreprise vise-t-elle essentiellement à prévenir des pratiques concurrentielles déloyales, des détournements de fonds favorisant la corruption et plus généralement des attitudes frauduleuses susceptibles d'affecter l'équilibre de l'ensemble du cycle économique. Renoncer à protéger ces valeurs, c'est se soumettre à l'idéologie du « libre jeu du marché », supposé réguler spontanément de telles pratiques, mais ayant pour effet essentiel de renforcer le pouvoir des groupes et individus en situation de domination économique.

Néanmoins à l'heure où le modèle néolibéral fait la démonstration de son absolue faillite, avec son cortège de malversations financières grandiloquentes, la dépenalisation du droit des affaires n'apparaît plus aussi évidente à soutenir publiquement. Est-ce la raison pour laquelle la suppression du juge d'instruction, principal si ce n'est unique artisan de l'application de la loi pénale aux milieux d'affaires, est subitement remise au goût du jour ?

