

Le regard de la CEDH et du Conseil constitutionnel sur le parquet et son évolution

Par Nicolas Hervieu

*

1. Le constat est classique, presque banal : La question du parquet est un véritable « *serpent de mer* »¹ ; qui resurgit sans cesse au gré de l'actualité judiciaire et politique.

Cent fois, la question du statut et des missions du parquet a été posée.

Et cent fois cette question a été jugée irrésolue. Si ce n'est insoluble.

Or, l'une des clefs d'explications réside dans le halo d'incertitudes qui enveloppe ce sujet. En particulier lorsqu'il est éclairé au prisme des normes les plus fondamentales de notre ordre juridique.

2. De fait, le parquet est – si vous me passez cet aventureux acronyme – un OCNI : **Un objet constitutionnel et conventionnel non-identifié.**

A ce titre, et à l'instar des OVNI, le statut juridique du parquet a pu interroger, fasciner même, et donc laisser libre court à toutes les conjectures.

Pire encore, il a nourri – et nourrit encore – les fantasmes, les extrapolations et les exagérations.

Faisant – entre autres – sourire les incrédules et frémir les incertains.

3. Il faut dire que le terrain conventionnel et constitutionnel se prête à toutes ces réflexions et discussions.

Car pendant longtemps, le parquet a été parfaitement ignoré par les textes fondamentaux et, encore aujourd'hui, est largement négligé.

¹ Bertrand de Lamy, « Indépendance des magistrats du parquet : la méthode Coué au Conseil constitutionnel », *RSC*, 2018, p.163.

- **Il en est ainsi, d'abord, du point de vue de notre Constitution :**

Certes, en 1958, l'institution du parquet ou du ministère public était déjà pleinement enracinée dans le paysage judiciaire, essentiellement dans sa physionomie façonnée par Bonaparte.

Certes également, les pères fondateurs de la Ve République ne l'ignoraient pas.

Ainsi, Michel Debré avait déclaré le 5 août 1958 devant le Comité consultatif constitutionnel qu'« *il est bon qu'un ministre puisse changer de place un procureur [...] mais il n'est pas bon qu'un procureur ne sente pas son indépendance* ».

Le Garde des Sceaux de l'époque en avait même conclu qu'« *il faut donc affirmer que l'indépendance de toute la magistrature du siège comme du parquet est une disposition ayant valeur constitutionnelle* »².

Pourtant, ce souhait est resté lettre morte.

Car à la différence de la Constitution de la IIe République ou encore de la IVe République, « *les magistrats du parquet* » ou « *du ministère public* » ne sont pas évoqués dans le texte de la Ve.

Seule demeure un titre VIII intitulé « *De l'autorité judiciaire* ». Et qui est riche du péché originel de l'ambiguïté.

En effet, et comme vous le savez bien sûr, l'article 64 de la Constitution consacre « *l'indépendance de l'autorité judiciaire* ». Mais sans distinguer entre la magistrature assise et la magistrature debout.

Initialement, seuls les magistrats du siège étaient explicitement cités par les articles 64 et 65 de la Constitution : Comme titulaires de la garantie d'inamovibilité et comme relevant du Conseil supérieur de la magistrature.

² Cité par Thierry S. Renoux, « Une nouvelle approche de l'indépendance des magistrats et de la séparation des pouvoirs - À propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 2017680 QPC du 8 décembre 2017 », *Recueil Dalloz*, 2018, p. 953.

Ultérieurement, et tout particulièrement avec la loi constitutionnelle du 27 juillet 1993, les magistrats du parquet ont enfin fait leur apparition dans la Constitution avec la création d'une formation dédiée du CSM.

Mais cette absence constitutionnelle originelle a fortement marqué le statut du parquet. Et a contraint le Conseil constitutionnel à assumer la lourde tâche de devoir dissiper les insuffisances du texte.

D'où l'importance de la jurisprudence constitutionnelle en ce domaine.

- Une même incertitude textuelle apparaît, ensuite, du point de vue de la Convention européenne :

En effet, nulle trace du « *parquet* », du « *ministère public* » ou encore des magistrats exerçant les fonctions d'autorité de poursuite dans le texte conventionnel.

La raison en est fort simple.

Rédigé pour s'appliquer à plusieurs Etats – initialement dix et aujourd'hui quarante-sept –, le texte conventionnel se devait d'être applicable dans des systèmes judiciaires de tradition bien différentes (au risque d'être réducteur : entre système de *common law* avec procédure accusatoire, d'une part, et système de droit continental privilégiant la procédure inquisitoire, d'autre part).

Et là encore, c'est à l'interprète juridictionnel qu'est revenu le redoutable honneur de passer le parquet – notamment français – au tamis des notions conventionnelles.

Or, une telle confrontation n'a pas été sans heurts et sans incertitudes, au point de créer des malentendus sur les implications exactes des exigences européennes.

4. A bien des égards, donc, cette situation constitutionnelle et conventionnelle a alimenté les chroniques doctrinales, les débats politiques mais aussi les initiatives contentieuses.

La physionomie profondément atypique du parquet a également contribué à rendre sans fin ces débats.

En effet, pour reprendre les mots récents du Professeur Paul Cassia, le parquet ressemble à « *la chauvesouris de La Fontaine [qui] a échappé à la voracité de deux belettes en se présentant à l'une comme souris et à l'autre comme oiseau* »³. Le parquet, lui, se présente à la fois comme indépendant et comme dépendant de l'exécutif.

Historiquement, le constat est notoire.

Dès 1866, dans son traité de l'instruction criminelle, Faustin Hélie décrivait déjà « *ce caractère complexe* » lié aux « *deux faces de la même fonction* » :

- D'un côté, le parquet est l'agent immédiat du gouvernement
- Et, de l'autre, il est chargé d'une mission légale qu'il accomplit au titre de sa propre responsabilité.

Certes, au XIX^e siècle, Faustin Hélie pouvait aussi affirmer sans contredit qu'une telle situation « *ne fait naître, en général, dans la pratique, aucune difficulté ; car le pouvoir exécutif ne doit point avoir et n'a point d'autres intérêts que les intérêts de la société et de la justice* »⁴.

Mais cette lecture a été percutée par les droits fondamentaux constitutionnels et conventionnels à compter de la seconde moitié du XX^e.

Jusqu'à éclater au début de notre XXI^e siècle.

5. Bien évidemment, dans le temps qui m'est imparti, il serait vain de prétendre épuiser tous les débats constitutionnels et européens relatifs au statut du parquet.

Mais d'emblée, **un état des lieux** s'impose tant l'actualité – en particulier constitutionnelle – a été riche. Et tant les malentendus ont été nombreux **(I)**.

³ Paul Cassia, « L'article 20 de la Constitution, marqueur de la dépendance des magistrats du parquet ? », *Recueil Dalloz*, 2018, p.1.

⁴ Faustin Hélie, *Traité d'instruction criminelle*, t. 1, n° 486, Plon, 1866 cité par Didier Boccon-Gibod, « Pour une vraie réforme statutaire du parquet », *AJ Pénal*, 2017, p.381.

Ceci, avant de se projeter sur **les perspectives** constitutionnelles et conventionnelles qui demeurent conséquentes **(II)**.

I – L'état des lieux

6. N'en déplaise aux souverainistes, c'est par la Convention européenne des droits de l'homme et la jurisprudence de Strasbourg qu'il faut commencer pour appréhender le statut du parquet.

Car comme souvent, c'est l'épée de Damoclès européenne **(A)** qui a précipité nombre de discussions – et de progressions – constitutionnelles **(B)**.

A – L'état des lieux conventionnel

7. « Ô Strasbourg, que de contresens ont commet en ton nom ».

Pour paraphraser la malheureuse Madame Roland, c'est bien souvent l'exclamation que l'on peut pousser en découvrant la façon dont la jurisprudence européenne est sans cesse récupérée, voire instrumentalisée, au service d'une cause ou d'une autre.

L'enjeu sensible du parquet en est une remarquable illustration.

Et même une hypothèse d'école.

Car certes, les exigences européennes ont bien bousculé le « *parquet à la française* ».

Mais contrairement à cette tenace « *rumeur de Strasbourg* » – selon le mot du Procureur général Marc Robert⁵ – si souvent colportée, la Cour européenne n'a pas condamné ce parquet à la disparition.

⁵ Marc Robert, « Le parquet français et la « rumeur de Strasbourg », *AJ Pénal*, 2016, p. 565.

8. Cela s'explique par le prisme particulier sous lequel la Cour a appréhendé le parquet : L'article 5 de la Convention, relatif au droit à la liberté et à la sûreté.

Et plus précisément, l'article 5 § 3 qui prévoit que « *toute personne arrêtée ou détenue [...] doit être aussitôt traduite devant **un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires** et a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable, ou libérée pendant la procédure.* ».

C'est par ces mots que les rédacteurs de la Convention ont désigné l'autorité chargée d'assumer la mission cardinale de contrôle de la phase initiale de privation de liberté.

Mais très tôt, ils ont soulevé de grandes difficultés d'interprétation.

9. Certes, la notion de « *juge* » n'a guère donné lieu à débats, puisqu'elle « *est en général entendue dans tous les Etats parties à la Convention comme un magistrat du siège exerçant une fonction juridictionnelle* »⁶.

Mais tel n'est pas le cas de la notion – plus vaste selon la Cour⁷ – d'« *autre magistrat* », qui pour certains Etats, comme la France, inclut aussi le ministère public.

D'ailleurs, dès son arrêt *Schiesser c. Suisse* de 1979, la Cour a précisé que « *l'exercice de "fonctions judiciaires" ne se limite pas nécessairement au fait de juger* » car « *dans nombre d'États contractants, des magistrats et même des juges s'acquittent de pareilles fonctions sans rendre la justice, **tels les membres du ministère public** et les juges d'instruction* ».

Partant, dans le même arrêt, la Cour précise que la Convention donc « *à penser que l'article 5 par. 3 englobe les magistrats du parquet comme ceux du siège* ».

⁶ Michèle PICARD et Patrick TITIUN, « Article 5 § 3 », in Emmanuel DECAUX, Louis-Edmond PETTITI, Pierre-Henri IMBERT (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, 2^{ème} éd., Economica, Paris, 1999, p. 214.

⁷ CEDH, 4 dec. 1979, *Schiesser c. Suisse*, n° 7710/76, § 28 : « "Magistrat" en français, et plus encore "officer" en anglais, ont manifestement un sens plus large que "juge" et "judge" ».

Mais si le critère lié aux **fonctions** – l'exercice de fonctions judiciaires – peut conduire à inclure les membres du parquet parmi les magistrats au titre de l'article 5 § 3, tel n'est pas le cas du critère lié au **statut**.

10. En effet, pour pouvoir exercer la mission de contrôle de la privation de liberté, un « magistrat » doit jouir de « garanties appropriées ».

Or, à ce titre, les exigences européennes se sont durcies au fil du temps :

- Initialement, dans l'arrêt *Schiesser c. Suisse* de 1979, la Cour insistait sur l'indépendance au sens strict voire restrictif. Permettant ainsi à un membre du ministère public d'assumer la mission de contrôle des privations de liberté prévue par l'article 5 § 3.
- Mais rapidement, et après quelques inflexions jurisprudentielles⁸, la Cour européenne a réduit cette faille : En musclant la condition d'indépendance avec celle d'impartialité.

Ainsi, dans son arrêt *Huber c. Suisse* de 1989, la Cour a jugé que le procureur ne pouvait être regardé comme un magistrat au sens de l'article 5 § 3 car « son impartialité peut paraître sujette à caution [...] s'il peut intervenir dans la procédure pénale ultérieure en qualité de partie poursuivante »⁹.

Cet avertissement européen a été clairement réitéré dans l'arrêt *Assenov c. Bulgarie* du 28 octobre 1998¹⁰.

⁸ Cf. not. *de Jong, Baljet et van den Brink c. Pays-Bas*, précité, § 49 : « l'auditeur militaire ne jouissait pas du **type d'indépendance que postule l'article 5 par. 3** (art. 5-3). Quoique indépendant des autorités militaires, il pouvait lui incomber de jouer, dans la même affaire, le rôle d'organe de poursuite après le renvoi en jugement devant le conseil de guerre (article 126, premier alinéa, du code; paragraphe 19 ci-dessus, premier alinéa). Il se trouvait alors engagé dans le procès pénal intenté contre le militaire sur la détention duquel il avait exprimé son avis avant la saisine de la juridiction. »

⁹ CEDH, [Pl.] 23 oct. 1989, *Huber c. Suisse*, n° 12794/87, § 43.

¹⁰ CEDH, 28 oct. 1998, *Assenov et autres c. Bulgarie*, n° 24760/94, §§ 146-150.

11. Mais comme souvent, les autorités et juridictions françaises n'en ont tenu aucun compte et ont attendu que la sanction européenne s'abatte sur la France ...

Les jurisprudences sont désormais familières :

- *Medvedyev c. France et Moulin c. France* en 2010¹¹ ;
- *Puis Vassis c. France* en 2013¹² ;
- *Enfin, Ali Samatar c. France et Hassan c. France* en 2014¹³.

Dans ces arrêts, et surtout dès l'arrêt *Moulin*, la Cour a souligné qu'en France, les membres du ministère public :

« Dépendent tous d'un supérieur hiérarchique commun, le garde des sceaux, ministre de la Justice, qui est membre du gouvernement, et donc du pouvoir exécutif. Contrairement aux juges du siège, ils ne sont pas inamovibles en vertu de l'article 64 de la Constitution. Ils sont placés sous la direction et le contrôle de leurs chefs hiérarchiques au sein du Parquet, et sous l'autorité du garde des sceaux, ministre de la Justice ».

Par conséquent, la Cour européenne conclut que le ministère public français ne peut « être qualifié[e], au sens de [la Convention], de “juge ou (...) autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires” ».

L'inaptitude du parquet français à exercer les fonctions de contrôle d'une privation de liberté est désormais pleinement reconnue au plan conventionnel.

¹¹ CEDH, 23 novembre 2010, *Moulin c. France*, n° 37104/06, §§ 58-59 ; CEDH, [G.C.] 29 mars 2010, *Medvedyev et autres c. France*, n° 3394/03, § 124

¹² CEDH, 27 juin 2013, *Vassis et autres c. France*, n° 62736/09, § 52

¹³ CEDH, 4 dec. 2014, *Ali Samatar et autres c. France*, n° 17110/10, §§ 57-59 et *Hassan et autres c. France*, n° 46695/10, §§ 101-104

12. Mais cette conclusion repose sur un double constat européen : Le parquet ne dispose par des « *garanties [requisse] d'indépendance à l'égard de l'exécutif et des parties* ».

En d'autres termes :

- Non seulement le parquet est sous la dépendance de l'exécutif ;
- Mais en outre, il souffre d'un défaut d'impartialité à l'égard des parties, en sa qualité d'autorité de poursuite des personnes privées de liberté.

A cet égard, en gravant en 2013¹⁴ dans l'article 31 du code de procédure pénale l'idée selon lequel le parquet doit agir « *dans le respect du principe d'impartialité auquel il est tenu* », le législateur a commis – sciemment ou non – un véritable non-sens.

Car du point de vue européen, le parquet est structurellement partial car engagé contre la partie poursuivie.

Ce constat est d'ailleurs très souvent occulté.

Notamment par certains lorsqu'ils réclament – au nom de la jurisprudence européenne – la disparition du lien hiérarchique avec l'exécutif.

Ainsi, en mai 2016, lors d'un colloque à l'Assemblée Nationale, Jean-Claude Marin (Procureur général près la Cour de cassation et donc numéro 1 du parquet en France) a affirmé qu'en retirant à l'exécutif tout pouvoir de décision dans le processus de nomination des membres du parquet, cela « *lèvera[it] les préventions de la Cour européenne des droits de l'homme à l'égard du parquet dit "à la française"* »¹⁵.

Mais cette affirmation repose une lecture doublement erronée :

- D'une part, le Procureur général a éludé une partie du raisonnement européen :
Même si le parquet se libère – d'un point de vue statutaire – de la tutelle de

¹⁴ Loi n° 2013-669 du 25 juillet 2013 relative aux attributions du garde des sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et de mise en œuvre de l'action publique.

¹⁵ Jean-Claude MARIN, « L'administration de l'autorité judiciaire », 25 mai 2016, *Discours d'ouverture de la Ire journée de colloque "La place de l'autorité judiciaire dans les institutions"*.

l'exécutif, il restera – d'un point de vue **fonctionnel** – une autorité de poursuite qui n'est donc pas indépendant des parties ;

- D'autre part, le même Procureur général a exagéré la portée du raisonnement européen : Car la Cour de Strasbourg n'a pas condamné le « *parquet à la française* », mais lui a seulement interdit d'assumer des missions que seuls les magistrats indépendants et impartiaux peuvent accomplir. En l'occurrence, ici, le contrôle des privations de liberté.

*

13. C'est en ayant pleinement à l'esprit la teneur exacte des contraintes européenne que l'on peut comprendre la jurisprudence constitutionnelle.

*

B – L'état des lieux constitutionnel

14. Comme l'a souligné l'avocat général Bocond-Gibbot, « *deux modèles s'affrontent [au sujet du parquet en France] : celui, historique et traditionnel, par définition hérité du passé, et un autre en devenir, en phase avec la réalité sociologique, judiciaire et européenne du présent et du futur* »¹⁶.

Or, l'enceinte du Conseil constitutionnel a été le théâtre de cette tension entre :

- Le passé, incarné par les scories et lacunes du texte constitutionnel ;
- Et le présent, marqué par la montée en puissance des droits fondamentaux.

Mais comme souvent avec le Conseil, le bilan apparaît mitigé et riche en ambiguïté.

¹⁶ Didier Boccon-Gibod, « Pour une vraie réforme statutaire du parquet », *AJ Pénal*, 2017, p. 381.

15. D'emblée, cette ambiguïté résulte de la position retenue par le Conseil constitutionnel dès 1993 et maintenue ensuite avec constance : Pour lui, « *l'autorité judiciaire comprend à la fois les magistrats du siège et du parquet* »¹⁷.

Bien sûr, en jugeant ainsi, le Conseil s'en est tenu à la lettre de l'article 64 de la Constitution.

Mais de façon plus discutable, il a refusé d'en tirer pleinement les conséquences.

Ainsi, c'est avec de véritables tours de passe-passe que le Conseil s'est employé à dissoudre deux grands dilemmes :

16. Le **premier dilemme touche aux fonctions du parquet** : Comment tenir compte de la jurisprudence européenne, sans heurter de front les importants pouvoirs dont disposent le parquet ?

Et voici le premier tour de passe-passe constitutionnel : Dans une décision du 30 juillet 2010, le Conseil réaffirme, **dans la même phrase**, que « *l'autorité judiciaire comprend à la fois les magistrats du siège et du parquet* » puis énonce que « *l'intervention d'un magistrat du siège est requise pour la prolongation de la garde à vue au-delà de quarante-huit heures* »¹⁸.

Ce faisant, le Conseil intègre subrepticement la logique conventionnelle dans le raisonnement constitutionnel : Il s'assure que seul un magistrat du siège interviendra dans le contrôle de la privation de liberté (à l'exception des premières heures ce qui est toléré par Strasbourg).

Or, en érigeant ainsi le contrôle de la privation de liberté en pré-carré réservé aux seuls magistrats du siège, le Conseil constitutionnel n'en préserve pas moins les principales et vastes missions dévolues au parquet.

Très clairement, il consolide la position constitutionnelle du « *parquet à la française* »

¹⁷ Cons. constit. Dec. N° 93-326 DC du 11 août 1993 ; v. aussi Cons. constit. Dec. n° 2010-14/22 QPC, 30 juillet 2010, cons. 26; n°s 2010-80 QPC du 17 décembre 2010, cons. 11, et 2011-125 QPC du 6 mai 2011, cons. 8.

¹⁸ Cons. Constit. Déc. n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010.

17. Le second dilemme touche quant à lui plus directement au statut du parquet :
Comment maintenir le parquet dans l'autorité judiciaire tout en évitant que cela conduise à son indépendance ?

Pourtant, il ressort sans équivoque tant du texte constitutionnel que de la jurisprudence du Conseil que cette indépendance est garantie à **l'ensemble de l'autorité judiciaire**.

Je vous rappelle ainsi que l'article 64 de la Constitution ne distingue pas entre le siège et le parquet concernant la garantie d'indépendance.

De même, le Conseil constitutionnel a affirmé avec constance que « [L]es principes d'indépendance et d'impartialité sont indissociables de l'exercice de fonctions juridictionnelles »¹⁹.

Et il a aussi jugé que tout magistrat doit disposer « des garanties appropriées [qui] permettent de satisfaire au principe d'indépendance »²⁰.

Un pas supplémentaire fut même franchi par le Conseil constitutionnel dans une décision du 24 juillet 2016 où il a jugé :

« Il découle de l'indépendance de l'autorité judiciaire, à laquelle appartiennent les magistrats du parquet, un principe selon lequel **le ministère public exerce librement, en recherchant la protection des intérêts de la société, l'action publique devant les juridictions pénales.** »²¹

¹⁹ Cons. constit., Déc. n° 2012-241 QPC du 4 mai 2012, cons. 22 ; v. également, par ex : Cons. constit., Déc. n°s 2016-544 QPC du 3 juin 2016, cons. 9 ; 2014-457 QPC du 20 mars 2015, cons. 4 ; 2012-250 QPC du 8 juin 2012, cons. 3.

²⁰ Cons. constit. Déc. n° 92-305 DC du 21 février 1992, cons. 64 ; v. aussi Cons. constit. Déc. n° 98-396 DC du 19 février 1998, cons. 17.

²¹ Cons. constit. Déc. n° 2016-555 QPC du 22 juillet 2016.

18. Ainsi, lorsqu'au cours de l'année 2017, l'Union syndicale des magistrats a posé une QPC qui portait directement sur l'indépendance du parquet et que le Conseil d'Etat a décidé de la transmettre au Conseil constitutionnel, tous les espoirs furent permis.

Mais c'est peu dire qu'ils furent déçus.

Par une décision du 8 décembre 2017 largement critiquée pour son indigence argumentative²², le Conseil a déclaré conforme à la Constitution l'article 5 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature :

« Les magistrats du parquet sont placés sous la direction et le contrôle de leurs chefs hiérarchiques et sous l'autorité du garde des sceaux, ministre de la justice. A l'audience, leur parole est libre ».

Pourtant, ce texte incarne l'absence d'indépendance du parquet au regard de l'exécutif.

Cumulé avec le régime actuel de nomination et de sanction des magistrats du parquet, le constat est évident : Comme l'a reconnu lui-même le Procureur de Paris, François Molins, *« tous les magistrats du ministère public sont unis par un lien hiérarchique dont la plus haute autorité est le garde des Sceaux ministre de la Justice. En cette qualité, il a autorité sur le procureur général »*²³.

19. Mais face à ce constat, le Conseil constitutionnel s'est borné à égrainer – de façon lapidaire – un ensemble d'éléments, tous parfaitement contestables :

- **D'abord**, le Conseil a relevé que le pouvoir d'instruction individuelle du ministre de la justice à l'égard du parquet a été formellement supprimé en 2013.

²² Cons. constit. Déc. n° 2017-680 QPC du 8 décembre 2017.

²³ François Molins, « Ministère public », in *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Paris, Dalloz, 2015, § 8.

Mais les juges de la Rue de Montpensier ont « oublié » que l'article 36 du code de procédure pénale prévoit toujours que :

« Le procureur général peut enjoindre aux procureurs de la République, par instructions écrites et versées au dossier de la procédure, d'engager ou de faire engager des poursuites ou de saisir la juridiction compétente de telles réquisitions écrites que le procureur général juge opportunes. ».

Or, en vertu de l'organisation hiérarchique du parquet, le ministre de la justice « autorité sur le procureur général »²⁴.

- **Ensuite**, pour la même raison liée à la structure strictement hiérarchisée du parquet, il est illusoire de penser que le principe de liberté de parole ou encore de prétendue « *liberté de décider de l'opportunité des poursuites* » suffisent à garantir l'indépendance des membres du parquet.
- **Enfin**, l'idée – soufflée par le Premier ministre lors des débats – selon laquelle l'indépendance de l'autorité judiciaire devrait être mis en balance « *les prérogatives que le Gouvernement tient de l'article 20 de la Constitution* » ne peut convaincre.

Tant cela détourne complètement le sens traditionnel de ce texte, qui prévoit que « *le Gouvernement détermine et conduit la politique de la Nation* ».

En effet, suivre une telle lecture – qui supposerait que le Gouvernement « *détermine* » la politique judiciaire de la Nation – revient à placer purement et simplement l'autorité judiciaire à la totale disposition du Gouvernement.

Or, cette « *conception "caporalisante" de l'article 20 inventée par le Conseil constitutionnel vis-à-vis des magistrats du parquet* »²⁵ ne tient pas une seconde. Car en

²⁴ *Ibid.*

²⁵ Paul Cassia, précité.

toute logique, elle devrait aussi s'appliquer aux magistrats du siège et aux magistrats administratifs... Ruinant ainsi toute idée d'indépendance.

20. En définitive, l'insuffisance manifeste de l'argumentation des juges constitutionnels le prouve : A leurs yeux, le temps de l'audace n'est pas venu.

Ils ont préféré se retrancher – sans gloire – dans une position percluse de paradoxes et toute macronienne : « *Un parquet indépendant et « en même temps » sous l'autorité du garde des sceaux.* »²⁶

*

II – Les perspectives d'avenir

21. En ce mois de mai 2018, une certitude s'impose nettement : La révolution ne viendra pas des augustes locataires de la Rue de Montpensier.

Vers qui se tourner, alors, pour faire renaître la flamme de l'espoir ?

A – Le Constituant et le législateur

22. Le premier réflexe est bien sûr de songer au constituant, seul capable de briser la jurisprudence constitutionnelle et, surtout, de réduire à néant les ambiguïtés du texte constitutionnel.

Mais sur ce terrain, les espoirs sont maigres.

En effet, la réforme constitutionnelle annoncée le 4 avril dernier par le Premier ministre apparaît largement comme « *cosmétique* » : Elle se bornera à aligner la procédure de

²⁶ Jérôme Roux, « Le parquet au milieu du gué », *AJDA*, 2018, p. 509.

nomination des magistrats du parquet sur celle des magistrats du siège, ce qui revient à constitutionnaliser une pratique déjà largement entérinée.

23. Or, pendant ce temps, le législateur continuera de renforcer la place déjà envahissante du parquet dans le système judiciaire²⁷.

Ce mouvement étant accru par l'évolution de la procédure pénale a conduit à la multiplication des procédures accélérées et simplifiées.

Lesquelles, bien souvent, court-circuitent le procès, à un stade où les pouvoirs du procureur sont plus grands, et les garanties bien moindres.

B – Les espoirs conventionnels

24. Dans ce contexte morose, le salut pourrait-il venir des ressources européennes ?

A priori, la réponse pourrait sembler négative, si vous gardez à l'esprit que la jurisprudence européenne sur le parquet s'est surtout déployée sur l'article 5.

Cependant, son extension à d'autres champs conventionnels n'est aucunement exclue.

25. Prioritairement, il est possible de songer à l'article 6 de la Convention relatif au droit au procès équitable.

Et plus précisément encore, au droit d'accès à un tribunal.

²⁷ A titre d'illustration, le contesté et contestable projet de loi de programmation pour la justice 2018-2022 accroît les pouvoirs du parquet (par exemple, le procureur pourra autoriser seul – sans contrôle préalable d'un magistrat du siège – l'entrée des forces de l'ordre dans un domicile ou encore dans tout navire ou de tout autre engin flottant dans certains cas).

Or, selon la jurisprudence européenne, un tel « tribunal » « doit [...] remplir une série d[e] conditions – **indépendance, notamment à l'égard de l'exécutif**, impartialité, durée du mandat des membres, garanties offertes par la procédure »²⁸.

A l'évidence, le parquet français ne répond pas à cette description.

Pourtant, certains textes prétendent confier au parquet le soin d'autoriser ou non l'accès à un tribunal.

A titre d'illustration, il en est ainsi de l'article 190 du code de procédure pénale qui prévoit que, lorsque le juge d'instruction préalablement saisi a dit n'y avoir lieu à poursuivre, « *il appartient au ministère public **seul** de décider s'il y a lieu de requérir la réouverture de l'information sur charges nouvelles* »

Ainsi, le droit français conditionne la réouverture d'une information sur des charges nouvelles à **la seule décision souveraine du seul ministère public**.

26. Au-delà de l'article 6, d'autres champs conventionnels pourraient être explorés :

Il en est ainsi de toutes les procédures qui peuvent porter atteinte à des droits garantis par la Convention : En priorité, les mesures d'enquêtes policières susceptibles d'affecter le droit au respect de la vie privée.

Or, parfois, ces mesures ne sont autorisées et contrôlées que par le parquet – lequel est structurellement du côté des autorités de poursuite.

Dans un arrêt *Popescu c. Roumanie* du 26 avril 2007, la Cour a ainsi pu juger qu'un dispositif d'interception des communications téléphoniques sur seule autorisation du procureur – lequel, en Roumanie comme en France, est regardé par la Cour comme « *ne*

²⁸ Cour EDH, G.C. 10 mai 2001, *Chypre c. Turquie*, Req. n° 25781/94, § 233 ; v. aussi Cour EDH, Pl. 29 avril 1988, *Belilos c. Suisse*, Req. n° 10328/83, § 64.

remplissaient pas l'exigence d'indépendance à l'égard de l'exécutif» – ne présentait pas assez de garanties au regard des exigences de l'article 8²⁹.

Il en fut ainsi pour les mesures de géolocalisations : En octobre 2013, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a censuré une telle mesure réalisée lors d'une procédure pénale³⁰.

Et ce, en visant l'article 8 de la Convention et la circonstance que la mesure litigieuse n'avait été autorisée que par un magistrat du parquet et non par juge indépendant.

Pourtant, la Cour de Strasbourg (notamment dans son arrêt *Uzun c. Allemagne* de 2010³¹) n'exigeait absolument pas un tel contrôle pour les mesures de géolocalisation.

Mais la Cour de cassation a été plus loin que la lettre de la jurisprudence européenne en suivant son esprit et sa philosophie.

*

27. Cet exemple illustre avec éclat combien les ressources conventionnelles peuvent s'avérer réellement fructueuse. A condition, bien sûr, de les mobiliser à bon escient.

C'est donc aux acteurs judiciaires – et tout particulièrement les avocats – de jouer.

Avec de l'audace, encore de l'audace et toujours de l'audace...

²⁹ Cour EDH, 26 avril 2007, *Popescu c. Roumanie*, n° 71525/01.

³⁰ Crim. 22 octobre 2013, N° 13-81945.

³¹ CEDH, 2 septembre 2010, *Uzun c. Allemagne*, n° 35623/05.