

Les dangers de l'hypertrophie du parquet

(par Benjamin Fiorini)

Poser la question de l'hypertrophie du parquet, c'est se demander si les pouvoirs qui lui sont attribués ne dépassent pas les attentes initialement placées en lui. Afin de mieux cerner la teneur de ces attentes, il nous a paru opportun de fixer un point de comparaison extérieur, à savoir le système pénal américain. Les différences traversant les deux pays permettront de mieux éclairer la singularité du système pénal français en général et de la fonction du ministère public en particulier.

Quel est donc le point de distinction fondamental entre les justices pénales française et américaine ? Pour beaucoup, c'est dans la notion de *vérité* que se logerait le cœur des contradictions. Tandis que le système pénal français serait pleinement captif d'un désir-maître de manifestation de la vérité, son homologue américain, plus modeste, se contenterait d'organiser une procédure équitable où s'exprimeraient sans distorsions les thèses de l'accusation et de la défense, peu importe au final que la solution du procès corresponde à la réalité des faits. En clair, la religion française du fond s'opposerait au dogme américain de la forme ; les français aspireraient à la vérité matérielle, tandis que les américains se satisferaient d'une vérité apparente.

Cette présentation ne correspond pourtant guère à la réalité, les américains ne goûtant pas davantage à l'erreur judiciaire que les français. L'un des enseignements majeurs de notre travail de thèse, consacré à l'enquête pénale privée en France et aux Etats-Unis¹, a été que de part et d'autre de l'Atlantique, la vérité judiciaire doit avant tout être envisagée comme une *convention sociale* : pour que la vérité produite par l'institution judiciaire soit reçue en tant que telle par la collectivité, encore faut-il que ses jugements soient le fruit d'une procédure dans laquelle les citoyens peuvent avoir foi. Or, cette procédure ne saurait être la même d'un pays à l'autre, tant il est vrai qu'au gré des cultures, ce n'est pas dans les mêmes principes ni dans les mêmes croyances que communient les peuples.

De ce point de vue, la nature accusatoire du procès pénal américain ne doit pas être perçue comme une forme de mépris pour le réel ; il s'agit au contraire d'une méthode particulière de recherche de la vérité ayant germé dans un terreau culturel d'essence libérale. Aux Etats-Unis, on croit en effet volontiers que le meilleur moyen pour découvrir la vérité des faits est d'organiser un duel, une bataille, un combat entre l'accusation et la défense - les américains qualifient d'ailleurs eux-mêmes leur procédure d'*adversarial*. Notre esprit français jugera sans doute l'image exagérément poétique, mais outre-Atlantique, il est espéré que du choc des contraires jaillisse l'étincelle de la vérité.

On mesure alors combien cette conception du procès a été façonnée par l'histoire politique américaine. L'opposition des colonies du XVIIIème siècle au pouvoir anglais central et autoritaire, matrice de la Guerre d'Indépendance (1775-1783) qui a donné naissance aux Etats-Unis et dont il subsiste encore aujourd'hui une profonde méfiance envers l'Etat, explique en bonne partie ce refus d'abandonner totalement la quête de la preuve à l'autorité publique. La vérité doit donner lieu à un débat, une discussion, une confrontation entre le récit du procureur et celui de l'accusé, comme si à travers chaque procès devait se rejouer l'acte fondateur de la nation américaine.

¹ Benjamin Fiorini, *L'enquête pénale privée : étude comparée des droits français et américain*, Thèse rédigée sous la direction du Professeur Xavier Pin, Université Lyon 3, 2016.

L'articulation du système pénal français autour d'agents publics d'enquête

Un tel système, il est vrai, peut nous apparaître franchement exotique. Et de la même façon, les américains sont parfois déboussolés par la découverte d'une justice pénale comme la nôtre, c'est-à-dire essentiellement organisée autour du travail d'agents publics dont la mission spécifique est de rechercher la vérité. Dans notre pays où, historiquement, la puissance publique s'est rapidement constituée, centralisée, et reconnue la faculté de dépeindre un idéal dans la loi pour ensuite conformer le monde à son image, il semble pourtant assez compréhensible, dans une perspective culturelle, que la recherche des preuves soit essentiellement confiée à des agents publics.

Pourvoyeurs de la vérité ou *officiers de véridiction* (pour reprendre les mots de Michel Foucault), ces directeurs publics d'enquête reçoivent pour mission de concourir directement à l'intérêt général en débusquant les infractions et leurs auteurs. Pour ce faire, ils doivent *normalement* agir en pleine conscience de leur fonction, c'est-à-dire de manière dépassionnée, impartiale, et en menant leurs investigations à charge et à décharge ; c'était depuis longtemps la marque de fabrique légale du juge d'instruction (article 81 du Code de procédure pénale), et c'est récemment devenue celle du procureur (articles 31 et 39-3 aliéna 2 du même Code). Pour donner une image d'Épinal de ce modèle procédural, on pourrait dire que le juge d'instruction et le procureur doivent se laisser guider par le phare de la vérité, assistés par la boussole de l'impartialité... A chaque procédure ses élans poétiques !

Dans l'absolu, il faut avoir l'humilité de reconnaître qu'aucun de ces systèmes n'est meilleur que l'autre, chacun reposant sur une philosophie cohérente et des axiomes par définition indémontrables. Néanmoins, il faut s'empresse d'ajouter que chacun de ces modèles comporte des risques qui lui sont propres. En favorisant telle ou telle conception du procès, chaque pays s'expose aux dérives qui lui sont intrinsèques.

Ainsi, en concevant le procès pénal comme un sport de combat, les États-Unis prennent le risque d'un duel déséquilibré dans lequel seuls les plus forts tireraient leur épingle du jeu. Ce danger se retrouve à deux niveaux : d'une part, dans l'asymétrie entre le *prosecutor* américain et l'accusé, le premier bénéficiant d'un panel de moyens d'enquête (perquisitions, interceptions téléphoniques, sonorisations, etc.) dont le second ne dispose point pour se défendre. D'autre part, dans l'inégalité entre les accusés eux-mêmes : tandis que les plus fortunés pourront s'offrir le luxe d'une contre-enquête pénale efficace pour contrebalancer les investigations du *prosecutor* (un ex-directeur du FMI en sait quelque chose...), les plus vulnérables recevront uniquement l'assistance d'un *public defender* qui proposera une défense généralement fragilisée par un manque cruel de moyens et une charge de travail colossale ; c'est le risque, bien connu et éprouvé aux États-Unis, d'une justice à deux vitesses.

En France, ce risque d'inégalité est a priori moins prégnant. Certes, la qualité de la défense dont bénéficie la personne mise en cause est sans doute en partie conditionnée par ses capacités financières. Néanmoins, ce problème n'a théoriquement pas le même impact dans notre système où, par principe en tout cas, les agents publics sont censés s'emparer de chaque affaire de manière impartiale, avec seulement la manifestation de la vérité en ligne de mire. La défense occupe évidemment une place majeure, mais sur le terrain de l'enquête, elle joue essentiellement un rôle *correctif* (par exemple à travers une demande d'acte dans le cas où le juge d'instruction s'égarerait) et non un rôle *structurel* comme c'est le cas aux États-Unis.

La nécessité d'encadrer les pouvoirs du parquet

Or, le danger inhérent à l'architecture du procès pénal français réside justement dans cette primauté offerte aux agents publics d'enquête. Pour le comprendre, il faut se souvenir de la fameuse formule de Montesquieu qui, dans son ouvrage *De l'esprit des lois* (1748), énonçait que « *c'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser* ». Ainsi, il est à redouter que le procureur ou le juge d'instruction, ivres des pouvoirs conséquents qui leurs sont réservés, ne finissent par en faire un usage contraire à l'intérêt général, trahissant ainsi la lettre de la loi et l'esprit du procès.

Ce danger est particulièrement palpable s'agissant du procureur, puisqu'en plus des pouvoirs considérables dont il jouit en matière d'enquête et d'orientation des poursuites, viennent se surajouter deux éléments compliquant la mise en œuvre de son rôle d'agent impartial de la vérité. Le premier élément, maintes fois rappelé par les jurisprudences de la Cour Européenne des Droits de l'Homme portant sur l'article 5 de la Convention, est la qualité de partie au procès que le parquet a objectivement vocation à endosser, laquelle compromet sérieusement son apparence d'impartialité. Certains rétorquent que le parquet n'est pas une partie comme les autres, mais nous pouvons leur répondre que si ce n'est pas une partie comme les autres, c'est qu'il s'agit bien d'une partie...

Le deuxième élément à mettre en exergue est évidemment l'absence d'indépendance statutaire des parquetiers, ceux-ci étant hiérarchiquement subordonnés au pouvoir exécutif par le truchement du garde des Sceaux. Ce lien de subordination hiérarchique, qui vient se doubler de prérogatives de l'exécutif en matière de discipline et d'avancement, est susceptible d'entraîner des cas de conscience aigus chez les procureurs, tiraillés entre l'exigence de loyauté envers leur hiérarchie et leur mission d'appliquer correctement la loi. Le statut auquel ils sont astreints peut ainsi, en certaines occasions, les placer dans des situations extrêmement délicates, dans lesquelles on ne peut qu'*espérer* que le parquetier se montre du bois dont on fait les héros...

Conscient de ces risques propres à la magistrature debout, le législateur a bâti certains garde-fous au fil des réformes, que nombre d'observateurs jugent toutefois insuffisants. C'est ainsi que, sur la question spécifique de l'indépendance, la loi du 25 juillet 2013 est venue proscrire définitivement les instructions du garde des Sceaux dans les affaires individuelles, oubliant peut-être un peu vite que la permanence du lien hiérarchique rimera toujours avec la persistance du soupçon. Dans le même esprit, et de manière plus ancienne, le législateur a entendu réserver certaines affaires graves ou sensibles et certains actes d'investigation au juge d'instruction, magistrat du siège ayant la double caractéristique de ne pas être soumis aux instructions du pouvoir exécutif et de ne pas représenter l'accusation à l'audience, présentant ainsi des garanties supérieures en termes d'indépendance et d'impartialité.

L'accroissement des pouvoirs du parquet en matière d'enquête

Toutefois, sur ce dernier point, s'observe depuis plusieurs années un mouvement net de dépeçage du juge d'instruction au profit du parquet – et c'est ici qu'intervient le risque d' hypertrophie. Que l'on s'intéresse à la question des moyens d'enquête ou à celle de l'orientation du dossier, on ne peut que constater un accroissement continu des pouvoirs du parquet, au point que celui-ci est désormais

dépeint par la doctrine comme la *plaque tournante* du procès pénal. La loi de programmation pour la justice présentée le 20 avril 2018 en Conseil des ministres s'inscrit dans le prolongement de cette évolution, confiant un rôle toujours plus important au parquet en réduisant corrélativement la sphère d'action du juge d'instruction.

Concernant les actes d'investigation, si le projet reste en l'état, il sera par exemple possible pour le procureur, que ce soit dans le cadre d'une enquête de flagrance ou d'une enquête préliminaire, de demander la réalisation d'interceptions de communications dans toutes les affaires délictuelles où la peine encourue est supérieure ou égale à 3 ans d'emprisonnement ; il n'aura donc plus à solliciter l'ouverture d'une information judiciaire pour ce faire, et n'aura même pas à saisir un juge des libertés et de la détention préalablement à la mesure si celle-ci est commandée par « *un risque imminent de dépérissement des preuves ou d'atteinte grave aux personnes ou aux biens* », notions aux contours assez flous (article 27 du projet) .

Il est même prévu que si l'infraction soupçonnée est commise par voie électronique sur la ligne de la victime, la mesure d'interception pourra être réalisée sur cette ligne pour tout délit puni d'emprisonnement (sans le plancher des 3 ans) à condition que la victime le demande. Outre le fait qu'il sera bien commode pour les policiers d'*inciter* la victime à demander une telle interception, on ne voit pas très bien en quoi le fait que la victime y consente justifie l'abaissement du niveau de protection, puisqu'a priori au moins une personne verra sa communication interceptée à son insu, ce qui n'est pas une mince atteinte au droit à la vie privée...

L'accroissement des pouvoirs du parquet en matière d'orientation des poursuites

De même, au niveau cette fois-ci de l'orientation du dossier, le texte limite drastiquement la faculté pour la victime de déposer une plainte avec constitution de partie civile devant le juge d'instruction. Aujourd'hui, la règle est somme toute assez simple : pour que la plainte avec constitution de partie civile soit recevable, il suffit soit que le procureur de la République fasse connaître au plaignant sa volonté de ne pas poursuivre, soit qu'il reste taiseux pendant 3 mois. Demain, si le projet de loi était adopté tel quel, il faudrait soit que le procureur de la République demeure silencieux pendant 6 mois, soit qu'après avoir signifié au plaignant son intention de ne pas poursuivre (potentiellement au dernier jour du 6^{ème} mois), ce dernier forme un recours hiérarchique devant le procureur général qui devra confirmer la décision du procureur de la République (article 34 du projet). Aucun délai n'étant prévu par le projet de loi concernant cette confirmation du classement sans suite pas le procureur général, il faut sans doute en conclure qu'il s'agit du délai classiquement applicable en matière de recours hiérarchique (2 mois de mutisme équivalent à un rejet), de sorte qu'un délai de 8 mois est à prévoir pour que la victime puisse se constituer partie civile en cas de réticence du ministère public !

Cette dernière innovation semble particulièrement discutable, car elle ne ferait qu'amplifier la crainte d'une justice instrumentalisée par le pouvoir exécutif. Il faut en effet se souvenir que le mécanisme de plainte avec constitution de partie civile a notamment été conçu pour éviter que le parquet, par une inertie injustifiée, ne puisse étouffer certaines affaires sans possibilité de recours. Une intention opportune dont le Gouvernement propose pourtant de diminuer la portée en multipliant pratiquement par trois le délai prévisible pour saisir le juge d'instruction, alors même que l'expérience prouve que l'écoulement du temps est l'un des plus puissants facteurs de

déperdition des preuves ; la réforme facilitera ainsi la mise sous le tapis de dossiers gênants, ce sur quoi les multiples affaires impliquant des personnalités politiques ayant récemment défrayé la chronique invite pourtant à réfléchir...

Toujours au sujet de l'orientation des poursuites, et pour clore ce panorama quelque peu pointilliste, soulignons également que le projet de réforme propose de faciliter le recours aux mécanismes de *justice pénale négociée*. En ce sens, la procédure de composition pénale, qui repose sur l'aveu de la personne et son accord sur la peine proposée par le procureur, ne sera plus ouverte uniquement aux délits mineurs mais à l'ensemble des délits, sans que le *deal* doive toujours être validé par un juge. De même, la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC) pourra donner lieu au prononcé d'une peine équivalente à la moitié de la peine encourue, c'est-à-dire jusqu'à 5 ans d'emprisonnement - le plafond étant aujourd'hui fixé à 1 an (article 38 du projet).

Même si nous pouvons nous féliciter que le Gouvernement ait finalement abandonné, sous la pression des mouvements syndicaux, l'idée de rendre l'assistance d'un avocat facultative en matière de CRPC, il faut avoir à l'esprit que les changements prévus par le projet de loi auront pour conséquence un rapprochement de notre justice vers la logique marchande prévalant aux Etats-Unis, pays dans lequel la volonté de gérer les flux pénaux conduit à ce que près de 98% des affaires se soldent par un plaider-coupable. Ce système américain est pourtant vivement critiqué, non seulement car il creuse les inégalités entre les justiciables comme nous le disions précédemment - chacun n'a pas les mêmes moyens culturels et financiers pour négocier avec le procureur... - , mais aussi parce qu'il dope le risque d'erreurs judiciaires : selon le *National Registry of Exonerations* alimenté depuis 2012 par l'université du Michigan, 401 condamnations injustes officiellement recensées aux Etats-Unis sont intervenues suite à un plaider-coupable, certains innocents acceptant une peine réduite par crainte d'être plus sévèrement punis en clamant leur innocence. Sans prétendre que la réforme proposée vise à imiter fidèlement le modèle américain, pourquoi faire un pas de plus vers un système dont les failles sont si béantes ?

Le dilemme

Au final, devant cette augmentation semblant presque insatiable des pouvoirs du parquet, il semble que nous devions collectivement faire face à un dilemme : faut-il lutter contre ce que nous appellerions pour de bon une hypertrophie, ou faut-il au contraire se résigner à voir sans cette montée en puissance une inexorable marche de l'histoire, en espérant que la *conscience* du parquet l'immunisera contre les tentations ? Cela nous laisse finalement une seule alternative : montrer de quel bois on se chauffe... ou toucher du bois.