

La justice entravée. Atelier numéro 4.

LE MINISTERE PUBLIC, L'ETAT DE DROIT SOCIAL ET LA NOUVELLE CRIMINALITE ORGANISEE - NOUVEAU MODELE ET NOUVEAU STATUT

Par Antonio Cluny

1.1. Le Ministère Public, Instrument d'égalité.

Conduire une réflexion sur le ministère public et son statut oblige à s'interroger sur le modèle de procès pénal en vigueur dans chaque pays, particulièrement sur l'option constitutionnelle entre les systèmes procéduraux privilégiant le principe de la légalité des poursuites et ceux qui placent l'accent sur le principe de l'opportunité.

Cette *summa divisio*, ainsi que la diversité des méthodes de formation procédurale et d'analyse de la vérité judiciaire agissent sur la conception que l'on peut avoir du ministère public, sur l'organisation qui lui est donnée et sur le statut de ce moteur principal de l'action pénale.

Élucider le cadre constitutionnel, les méthodes d'action du ministère public dans un pays donné et les fonctions qu'il occupe dans la procédure, ne permettra pas toujours d'induire de façon directe et mécanique quel est ou doit être son statut. Tous les pays où le principe de la légalité régit l'exercice de l'action pénale ne considèrent pas le ministère public comme une magistrature, c'est-à-dire comme un organe du pouvoir judiciaire : le *Staatsanwalt* allemand est un fonctionnaire. De même, les pays qui admettent le principe d'opportunité dans l'exercice de l'action pénale ne déterminent pas tous la vérité procédurale selon un modèle accusatoire pur. De ce modèle, ils ne retiennent souvent qu'un ministère public exclusivement "partie au procès". Dans certains pays où le principe d'opportunité est en vigueur ñ par exemple la France ñ le système de procédure demeure fortement influencé par le principe inquisitoire.

Néanmoins, les différentes conceptions générales des systèmes nationaux de procédure pénale, par delà les conditionnements historiques et des particularismes affectant l'organisation ou la méthodologie, laissent apparaître quelques constantes statutaires.

En premier lieu, nous pouvons constater que dans les pays où règne le principe de la légalité des poursuites, le ministère public est généralement une magistrature, partie intégrante du pouvoir judiciaire ou distincte de ce dernier. A ceci répond une conception procédurale mixte dans laquelle le principe inquisitoire régit la phase préliminaire de l'enquête (ceci permet un contrôle judiciaire strict sur l'enquête policière par la magistrature qui dirige cette phase), tandis que le principe accusatoire prévaut lors de la phase de jugement.

C'est le cas de l'Italie et du Portugal et d'une façon moins nette de l'Espagne. Cela est plus flou encore en Allemagne où le ministère public n'est pas formellement perçu comme appartenant à la magistrature.

Une telle conception du procès de formation de la vérité judiciaire suppose un ministère public qui devrait être armé d'un statut reflétant l'autorité et le pouvoir d'appréciation discrétionnaire caractéristiques de qui participe au pouvoir souverain de la juridiction ou d'une magistrature *sensu lato*.

D'une façon différente, en Angleterre et dans les quelques pays nordiques qui possèdent des modèles de procédure pénale proches du modèle anglo-saxon, le ministère public (ou les services qui, comme le Crown Prosecution Service, ont des fonctions similaires), n'est pas inséré dans le pouvoir judiciaire ; ses membres ne sont pas intégrés dans la magistrature et n'ont pas un statut équivalant au sien.

Le statut des membres du ministère public français et belge est singulier.

Dans ces pays où le principe de l'opportunité des poursuites règne, les membres du ministère public appartiennent comme les juges à "l'ordre judiciaire", qui ne se confond pas avec le "pouvoir judiciaire". Le recrutement et la formation sont communs aux membres des parquets et aux juges du siège et des passerelles existent entre les carrières. Toutefois, à la différence des juges, les magistrats du ministère public ne sont pas inamovibles. Le ministère public existe "près les cours et tribunaux" et non "dans" le pouvoir (ou l'autorité) judiciaire. La dépendance traditionnelle qui l'attache au pouvoir politique gouvernemental est actuellement remise en question et

sujette à des évolutions qui ont pour objets principaux le pouvoir disciplinaire, la définition de politiques criminelles, les pouvoirs d'injonction des ministres dans des affaires particulières et le mode de gestion hiérarchique des parquets.

Dans leur cas, nous l'avons déjà souligné, la structure de la procédure, mixte, intègre des instruments de nature inquisitoire et de nature accusatoire aux différentes phases de la procédure. La conception même et le développement du principe d'opportunité, dans le modèle français, semble s'éloigner de la conception anglo-saxonne dans la mesure où les poursuites sont engagées, dans la plupart des cas, en fonction de [directives hiérarchiques](#) à caractère général et abstrait (circulaires des procureurs généraux établissant des *guide-lines*,) et où, en général, elles ne sont pas accompagnées de formules de type "[plea-bargain](#)"(1)(2). Ainsi est assurée dans l'exercice de l'action pénale une conception de la vérité judiciaire qui n'est pas purement rhétorique mais identique à celle des systèmes régis par le principe de la légalité des poursuites. Elle privilégie l'identification possible de la vérité judiciaire à la "vérité matérielle", en s'écartant de l'idée de la vérité formelle, purement fictive et contractuelle qui structure, par exemple, le modèle de procédure nord-américain.

Du point de vue méthodologique, les magistrats du ministère public analysent les dossiers en vue de la mise en examen en observant les mêmes exigences et en se pliant à la méthode que le juge respectera lors de l'analyse des faits matériels à laquelle il procède pour juger. Ainsi, les membres du ministère public chargés de l'affaire, s'ils se décident à poursuivre, doivent agir avec la même objectivité dans la recherche et la sélection des éléments probatoires, avec la même impartialité dans l'examen et avec la même réflexion sur les faits et le droit, que le juge du jugement.

Ceci explique que, dans ces deux pays, malgré des limites au pouvoir d'initiative du ministère public (souvenons-nous qu'en France la Constitution parle, non de pouvoir judiciaire, mais d'une autorité judiciaire), cet organe ne manque pas, selon Mireille Delmas-Marty, de participer à la fonction de "[garantie judiciaire](#)" des droits et libertés qui incombe à la magistrature (3)(4).

En définitive, quel que soit le système, le ministère public a été partout créé dans le but de trier les cas à soumettre à un jugement pénal. Il tend ainsi à procurer aux citoyens, victimes ou accusés, un certain degré d'égal traitement équitable devant la loi.

De ce qui vient d'être dit, on retiendra l'idée que le statut du ministère public et de ses membres doit, en dernier ressort, s'étalonner et se formuler en prenant en compte les principes constitutionnels qui sont à la base de l'idée d'État de droit et, principalement, celui de la primauté de l'égalité des citoyens devant la loi, lui-même fondement du principe de la légalité des poursuites.

1.2. Le Ministère Public, Organe d'initiative du pouvoir judiciaire.

Par ailleurs, il faut considérer que l'attribution de l'exercice de l'action pénale à un organe de l'État, le ministère public, ne se justifie qu'en relation avec le pouvoir conféré aux tribunaux c'est-à-dire un autre organe de la même puissance afin de mettre fin aux conflits et de réprimer les violations de la légalité.

On enquête, on accuse et on condamne identiquement en vertu de la souveraineté et en fonction d'intérêts identiques à savoir le respect de la loi que tous les citoyens sont tenus d'observer. En ce sens, l'activité du ministère public ne peut se définir que comme une des étapes assurant l'effectivité de la fonction juridictionnelle.

L'idée d'un ministère public et de sa mission se dégage de la scission d'un pouvoir antérieur unique qui réunissait en un seul titulaire les attributions d'accusateur et de juge.

Dans cette perspective, nous pouvons dire que la division entre les tâches du ministère public et celles du juge a accompagné l'élaboration de la séparation des pouvoirs, en matérialisant, au sein du pouvoir judiciaire, deux fonctions distinctes [orientées téléologiquement vers une finalité unique](#) (5).

Cette séparation est historiquement due à la volonté de renforcer l'indépendance et l'impartialité du pouvoir judiciaire en le dotant de garanties plus adéquates à son rôle d'application de la loi.

Dans ce rôle, l'exercice de l'action pénale n'est pas seulement dédié à l'opération décisive du juge statuant sur des situations conflictuelles particulières. Il présente aussi une dimension exécutive dont une doctrine dominante s'est emparée pour rattacher le ministère public au pouvoir exécutif gouvernemental et l'en faire dépendre.

Selon Michèle-Laure Rassat et F. Siracusa, l'exercice de l'action pénale par le parquet correspond à un acte préalable de souveraineté autorisant le tribunal à dire le droit dans le cas concret (6).

C'est dire toutefois que cet exercice s'insère au sein même de la fonction judiciaire. D'où il vient, d'un point de vue dialectique, que le concept de ministère public et sa mission ne trouvent de raison d'être que parce que nécessaires à la finalisation et à l'accomplissement de la fonction juridictionnelle réservée au pouvoir judiciaire, qu'ils ne s'en distinguent ni par la méthode ni par la finalité, mais uniquement par le moment qui est préalable, par une logique particulière d'action au sein du processus menant à la chose jugée et par la structure fonctionnelle qui soutient cette action.

On enquête et accuse parce que l'intérêt de l'État est de faire justice et d'assurer l'égalité des citoyens devant la loi, en punissant, si nécessaire et dans cette stricte mesure, qui viole la légalité.

Il s'en suit que l'attribution au ministère public du pouvoir d'accuser n'est le quel pouvoir fut ainsi dégagé d'un monopole des victimes ou personnes lésées n'est justifié par la nécessité de "rendre tierce" l'action de la justice, la même nécessité qui détermine l'attribution du cas à un juge naturel impartial, tiers par rapport aux parties.

L'attribution de l'action pénale au ministère public a de la sorte marqué une avancée de notre civilisation en distinguant entre vengeance et justice : elle élève au niveau des institutions "l'histoire" que le juge doit juger et la confie à la procédure et à la publicité des débats ; elle substitue au sentiment et à la volonté de vengeance de la partie l'idée du respect dû à la loi et donc l'idée de restauration de l'égalité, clef du concept de justice (7).

A vrai dire, ce qui est soumis à jugement n'est plus la thèse propre à la victime, pas plus que le tribunal, en jugeant, ne devient un substitut de cette dernière ; il y va d'une forme de dépassement du mal commis, par sa compensation. Ce que le ministère public soumet au jugement, c'est déjà une synthèse préalable et étayée en droit qui intègre les éléments apportés par le plaignant, par l'accusé, par les témoins et autres sources probantes. On observe en passant qu'en définissant la saisine le parquet fixe des limites à la capacité cognitive du juge. Cette "histoire" traduit déjà, dans une certaine mesure, le résultat de la confrontation des faits et des actions de l'inculpé aux intérêts juridiques protégés par la loi (8). L'accusation, en ce qu'elle est une proposition de décision, dépasse nécessairement les visions partielles et réductrices de la partie civile ou de la défense, constituant une version autonome de l'une et de l'autre.

Une fonction aussi importante des points de vue éthique et méthodologique comme des points de vue technique et juridique, ne saurait être confiée qu'à une institution dont le statut inclue les garanties propres à la magistrature, celles qui en fin de compte caractérisent le pouvoir juridictionnel et ses titulaires.

Ce que l'on demande au ministère public ce n'est pas tant qu'il participe et collabore avec le juge à l'application de la justice au cas concret, mais qu'il décide et sélectionne au préalable les cas que la justice doit apprécier. Au fond ce à quoi l'on vise c'est à confier à un organe, lui-même impartial, le pouvoir de décider des cas qui méritent d'être l'objet de l'intervention judiciaire.

Par cette fonction, apparemment simple, se développe la possibilité de réaliser dans les faits l'égalité des citoyens devant la loi. Dans son exercice, on trouve d'inévitables marges discrétionnaires qu'un tel pouvoir comporte.

Ce n'est pas par hasard si, même dans les pays où formellement le ministère public n'est pas rigoureusement conçu comme appartenant à la magistrature, son statut et le régime de garanties dont jouissent ses membres s'y apparentent.

L'identité des fins et l'interdépendance fonctionnelle expliquent, comme le dit Mireille Delmas-Marty, que le ministère public est dans de nombreux pays lié à l'ordre judiciaire et qu'il en partage les protections. Identité des fins et consécutivement identité des moyens c'est-à-dire objectivité et impartialité dans la recherche de la vérité justifient que l'action pénale soit mise en oeuvre par le ministère public ; elles déterminent, pour cette magistrature, la nécessité d'un statut aussi protecteur que celui des juges.

A la condition de partir du principe de la légalité qui emporte pour conséquence le caractère obligatoire de l'exercice de l'action pénale, à tout le moins pour les crimes et délits les plus graves, il est plus aisé de dépasser les contradictions dans lesquelles le modèle napoléonien a plongé en de nombreux pays le statut du ministère public.

Selon l'idée propagée par les théoriciens du modèle français, les agents du ministère public jouent deux rôles distincts, des rôles qui se contredisent et parfois s'opposent :

- ils représentent l'exécutif dans la conduite de la politique criminelle dans la mesure où ils exercent ou non l'action pénale pour des raisons dictées par des politiques gouvernementales, voire par la raison d'État,
- ils sont des magistrats dans l'analyse postérieure du cas concret, tenus à la seule obéissance à la loi et au droit.

Même dans le système de la légalité des poursuites, il est unanimement admis et professé par la doctrine qu'une marge d'opportunité dans l'exercice de l'action pénale existe relativement aux "bagatelles" pénales (un champ qui en toute rigueur ne devrait plus être la cible de la répression), pour autant que la discrétion du ministère public soit assujettie à des critères légaux préétablis, assortie d'un contrôle judiciaire et qu'elle ait exclusivement en vue l'application au coupable de peines alternatives à la prison. Cette compétence ne prête pas à la confusion des légitimités et des rôles, aux paradoxes institutionnels du ministère public dans ses relations avec le pouvoir politique.

Autrement dit, en basculant le fondement, en limitant le concept d'opportunité des poursuites et en le rattachant à une idée de "légalité ouverte" réservée aux cas de petite et moyenne criminalité, il est possible de détacher le ministère public de ses dépendances envers l'exécutif, ce qui permet de régler dans le sens de l'autonomie le statut de cette magistrature.

1.3. Ministère Public - Le principe de légalité et la politique criminelle.

Le ministère public détermine, sélectionne et vérifie les faits et les personnes à juger n ce qui n'appelle pas seulement un choix à effectuer parmi les faits et les preuves, mais aussi l'opération de la qualification légale. Les seuls critères admissibles pour évaluer la légitimité de cette action sont les principes d'objectivité, d'impartialité et de conformité au droit, ainsi que la qualité de la technique juridique : celle, notamment, des apostilles et des réquisitions.

Notre conception du ministère public veut en faire une magistrature moderne dont les racines plongent dans la société civile, qui réponde aux besoins de celle-ci, dont les objectifs et les fonctions reposent sur les principes de civilisation fondateurs de la Révolution française : Liberté, Égalité, Fraternité.

Il nous paraît que la conception napoléonienne du ministère public a aujourd'hui perdu toute valeur prospective et tout intérêt scientifique autre qu'historique. Les théoriciens et les réformateurs devraient cesser d'en débattre et d'invoquer cette relique qui, à la suite des métamorphoses des États, a perdu son sens et les références propres à la légitimer.

On ne peut sortir de la contradiction entre qualité de magistrat et celle d'agent du pouvoir exécutif auprès des tribunaux sans dépasser cette dépendance bâtarde qui, comme le dit Michèle-Laure Rassat, provient d'une [confusion conceptuelle](#) entretenue par les révolutionnaires français à propos du prince, qui sous l'ancien régime réunissait dans sa personne les qualités de souverain représentant la nation et de chef de l'exécutif (9).

De telles apories et contradictions sont aujourd'hui plus graves du fait que l'État moderne a entre-temps vu ses compétences s'étendre, notamment à l'emploi d'outils réservés jusque là aux seuls agents économiques privés.

È mesure où l'intervention de l'État "social" s'est étendue, ses dirigeants politiques et ses agents ont perdu la capacité d'apparaître dans les conflits comme de vrais arbitres ; à la mesure aussi où ses devoirs se sont étendus, l'impunité de l'État, comme de ses agents, s'est réduite.

Ceci a contraint, sous peine d'encourir une délégitimation, à distancier l'action de la justice des pôles de pouvoir et de décision politiques et aujourd'hui économiques, afin de préserver l'indépendance formelle de l'État et de ses agents ainsi que le principe d'égalité des citoyens devant la loi.

Si l'on envisage un ministère public agent de la politique criminelle de la majorité partisane du moment, abstraction faite du pacte social consacré par les textes de la Constitution, du Code pénal et des lois de la République, le statut du ministère public tendra toujours à être ambigu et chargé de contradictions et de paradoxes.

Si, en revanche, attentif à ces évolutions, on aspire à une magistrature chargée d'incarner l'organe d'initiative au sein du pouvoir judiciaire, qui ne soit mue que vers les buts et par les méthodes qui caractérisent la juridiction et qui, de la sorte, puisse garantir le pacte social essentiel à l'État qu'expriment les lois et les intérêts protégés par celles-ci, particulièrement celui de l'égalité entre citoyens, alors le statut du ministère public devra partager les garanties de celui des juges. En somme, le statut du ministère public doit être pensé comme celui d'une magistrature dotée de garanties équivalentes à celles des juges, conçue comme organe d'initiative du pouvoir judiciaire afin de défendre la légalité démocratique et d'assurer la répression de ses violations par les tribunaux.

1.4. Ministère public - Statut, tradition, réforme.

A ce stade de la réflexion, quelques questions se posent.

Comment concilier les impératifs analysés ci-dessus avec les caractéristiques traditionnelles du ministère public et notamment une hiérarchie influant sur les décisions fonctionnelles ?

Comment la hiérarchie peut-elle soumettre à un conditionnement les pouvoirs et les devoirs concrets de chaque magistrat du ministère public dans l'exercice de l'action pénale ?

Autrement dit, au nom de quoi la hiérarchie, modèle organisationnel et statutaire, peut-elle fixer une déontologie des magistrats du ministère public ?

Ou encore : quelle justification donner à la structure hiérarchique du ministère public, si l'on délaisse la conception d'un agent de liaison entre le pouvoir exécutif et le tribunal ?

Ou encore : une exigence de méthode justifierait-elle aujourd'hui que concrètement le magistrat du ministère public ne puisse traiter librement les cas dont le juge peut être saisi, qu'il soit soumis à des orientations générales ou particulières ?

Les réponses à ces questions résument actuellement en grande partie l'important débat qui s'est engagé un peu partout en Europe sur le statut du ministère public.

Ce débat est alimenté par la singularité du système italien.

Ce dernier est exemplaire dans ses aspects positifs, en ce qu'on s'est efforcé là de dépasser l'utopie legaliste qu'est l'idéal de l'État de droit et de la transformer en une réelle expérience historique. Il l'est dans ses [insuffisances](#) aussi, auxquelles semble dû un certain défaut de coordination stratégique, immédiatement exploité dans le sens inverse par une restauration réactionnaire qui s'efforce de ne pas allouer les moyens indispensables à la transformation entreprise (10).

Penser théoriquement l'autonomie d'un ministère public libéré de tout conditionnement externe dans un exercice de l'action pénale exclusivement fondé sur le principe de la légalité ne suffit pas. Il faut de plus donner aux magistrats du ministère public un statut qui, sans briser leur efficacité face à la criminalité organisée et aux puissants moyens de conditionnement de la criminalité au col blanc, permette à tous et à chacun des magistrats d'accomplir ses fonctions avec rigueur, de façon vérifiable et donc responsable.

En ce sens, le concept hiérarchique doit être axé sur des raisons fonctionnelles spécifiques, structurellement distinctes de celles qui président aux hiérarchies militaire ou administrative dont les logiques propres de décentralisation et de commandement sont inapplicables au ministère public moderne. Les seuls besoins qui justifient une structuration hiérarchique de ce dernier sont ceux du partage, de la distribution, de la mise en oeuvre des moyens matériels et humains, de la coordination des actions procédurales, avec toute la gestion des départements spécialisés communs et des moyens matériels limités que ceci comporte en pratique.

C'est dire qu'il n'est plus admissible de nos jours, dans un État de droit social et constitutionnel, de fonder la hiérarchisation du ministère public sur une supériorité du degré de légitimité fonctionnelle et processuelle dont les organes dirigeants de cette magistrature jouiraient relativement aux autres magistrats, face au pouvoir politique.

On répète que la seule légitimité admissible dans l'exercice de l'action pénale est celle de la conformité de l'action processuelle du magistrat avec les principes d'objectivité et d'impartialité, et le respect des principes de la légalité et de l'égalité des citoyens devant la loi.

Seules des considérations d'organisation peuvent donc légitimer une structuration, qui est par ailleurs indispensable aujourd'hui, quand la criminalité organisée, de type mafieux ou liée à des phénomènes de corruption institutionnalisée, menace la subsistance même de l'État de droit. Il est admissible et même souhaitable que l'action pénale atteigne des niveaux d'efficacité que seul un travail collectif préalablement coordonné permet d'atteindre.

D'autres caractéristiques du ministère public se justifient de la même manière, telles l'unité et l'indivisibilité.

En revanche les risques de conditionnement et de manipulation inhérents à la structure du ministère public doivent être prévenus par un statut qui protège l'indépendance de conscience des magistrats dans l'exercice de l'action pénale.

1.5. Ministère Public - Hiérarchie, carrière et organes d'autogouvernement.

Cette idée formulée, il convient de cerner de nouveau le cadre institutionnel de la fonction hiérarchique.

L'action hiérarchique doit être mise en évidence par des règles de procédure précises conférant à son exercice concret un fondement légal. Ses mécanismes seront clairement énoncés dans le code de procédure pénale. Ses modes d'expression doivent être formels et publics, de façon à pouvoir être objet du contrôle démocratique applicable à toutes les activités de nature normative, réglementaire ou paranormative. C'est ainsi seulement que son exercice pourra être confronté aux devoirs d'objectivité et d'impartialité et que le respect rigoureux du principe de la légalité pourra être contrôlé.

Le concept hiérarchique requiert, tout autant, une meilleure formulation des règles statutaires, afin d'éloigner une bonne fois pour toute la confusion qu'elles établissent habituellement entre une structure hiérarchisée de la "carrière des magistrats" et des pouvoirs de gestion des procédures. Cette confusion, qui est d'ordinaire le siège de perversités attentatoires aux devoirs d'objectivité et d'impartialité, sera évitée si la carrière, la nomination, les transferts et promotions des magistrats obéissent à des critères objectifs et sont confiés à un organe distinct des organes de direction hiérarchiques du ministère public.

Cet organe doit, par excellence, adopter le modèle des conseils supérieurs de la magistrature et en revêtir la forme. Il doit être composé de façon équilibrée de membres élus par les magistrats eux-mêmes et de membres laïques dont la fonction essentielle est d'exercer un contrôle démocratique "interorganique", contrôle croisé des différents pouvoirs qui justifie la composition mixte des conseils de magistrature.

Une telle collaboration des pouvoirs ou "interorganicité" tend à assurer la réalisation effective du principe de la légalité dans l'activité du ministère public comme le respect scrupuleux des devoirs d'objectivité et d'impartialité auxquels est soumis tout magistrat, quelle que soit sa fonction. La mixité est toutefois de peu de pertinence à l'égard d'un contrôle de la légalité sur les actes procéduraux concrets des magistrats ; la régularité des apostilles et des réquisitoires est une affaire de technique juridique ne se distinguant en rien de la méthodologie et du fondement de la décision judiciaire.

C'est aussi parce que ce n'est pas de la plus ou moins grande représentativité politique d'un Conseil Supérieur de la Magistrature que découle la plus ou moins grande légitimité technique et juridique des actes judiciaires que la nécessité d'une composition majoritairement laïque ou politique des conseils de magistrature fait défaut.

Ce qui est fondamental est de garantir une composition équilibrée, pluraliste et plurielle des membres laïques et des gens de robe, composition apte à protéger l'action du conseil supérieur de l'influence prépondérante d'intérêts étrangers aux objectifs de légalité qui sont la finalité des magistratures.

En somme, il est nécessaire de doter le ministère public d'un statut organique qui sauvegarde les garanties d'indépendance et de conscience juridique de ses magistrats dans l'appréciation des cas concrets en même temps qu'il préserve l'autonomie interorganique de cette magistrature comme institution judiciaire. Ce statut assurera simultanément, par de nouveaux mécanismes et une conception rénovée de la hiérarchie, des instruments d'efficacité et de coordination des procédures indispensables au combat contre la criminalité organisée et la corruption étatique.

1.6. Ministère Public - Structure, efficacité fonctionnelle et légitimité sociale.

Cependant, parce que la légitimité de toute institution ne se renferme pas dans le seul cadre étroit de la Constitution et des lois, mais dépend de plus en plus, dans des sociétés fortement médiatisées comme les nôtres, de sa capacité effective à projeter vers la société une image d'efficacité véritable et de fonctionnalité adéquate, la question de la légitimité du ministère public ne peut être détachée de celle des moyens matériels d'intervention mis à sa disposition.

En ce sens, des questions de statut, d'organisation et de formation professionnelle initiale et continue se rassemblent en éléments et en pôles fondamentaux de réflexion.

La capacité de concilier, à chaque moment, les principes structurels dont nous avons parlé tout à l'heure avec des systèmes d'organisation aptes à conférer une réelle efficacité fonctionnelle au ministère public aura pour résultat, n'en doutons pas, sa légitimité sociale, elle-même essentielle à la préservation et à la défense desdits principes.

Pour ces raisons, il ne faut pas insérer la structure du ministère public dans des moules si rigides qu'ils empêcheraient l'adoption de nouvelles formules d'organisation susceptibles de répondre adéquatement aux nouvelles structures criminelles, dont celles du crime organisé et la toute puissante criminalité politique et économique qui corrompt la structure même de l'État de droit.

Je désire souligner la nécessité de réfléchir à la manière dont des organes spéciaux d'enquête et de coordination centralisés doivent être greffés sur les structures traditionnelles du ministère public, dans le souci d'éviter que de tels organes nouveaux viennent pervertir les principes fondamentaux du procès ou déprécier la voie constitutionnelle par laquelle s'est édifié le ministère public en tant que magistrature participant à la protection juridictionnelle. Je veux encore dire qu'il ne faut pas, sous le prétexte d'assurer l'efficacité des systèmes d'organisation, éloigner le ministère public du paradigme judiciaire qui lui donne sa légitimité et qui est au cœur de sa genèse. Je le dis en étant parfaitement conscient du besoin de doter le ministère public d'instruments humains et matériels d'intervention lui assurant une réelle efficacité fonctionnelle.

C'est dans le contexte de ces réserves qu'il faut se demander si, en pratique, la capacité légale des magistrats du ministère public à disposer d'un pouvoir sur l'initiative et les actions des forces policières d'enquête est effective et leur permet d'assumer le rôle de défenseurs de la légalité démocratique.

Sans un véritable contrôle sur l'initiative et l'action policière d'investigation, portant non seulement sur la conformité des actes à la loi, mais aussi, ce qui n'est pas moins important, sur l'opportunité des initiatives, le ministère public ne saurait remplir sa fonction constitutionnelle selon sa vocation statutaire.

Les instruments légaux qui donnent au ministère public la direction fonctionnelle des polices dans la phase de l'enquête doivent être renforcés et clarifiés pour rendre effective cette direction, tant dans la relation que le déroulement de chaque procédure établit entre les enquêteurs de police et le magistrat, que dans la capacité, que ce dernier doit conserver en permanence, d'obtenir directement au moment voulu les moyens dont il a besoin pour l'enquête.

Les mêmes exigences s'appliquent vis-à-vis de tous les collaborateurs essentiels. Lors d'investigations concernant les domaines économique et financier, en particulier, les pouvoirs du ministère public risquent d'être vidés de contenu réel s'il ne peut être recouru en temps opportun aux moyens d'analyse adéquats (de nos jours de plus en plus sophistiqués) et si l'on ne peut compter en temps utile sur les avis des experts les plus compétents.

Il est tout aussi essentiel que des formations théoriques et pratiques soient accessibles aux magistrats, leur permettant de s'adapter professionnellement en poursuivant leur mission, à ces domaines auxquels l'enseignement traditionnel du droit les a préparés insuffisamment, voire pas du tout. Pour ces formations, il devient

indispensable de mettre en jeu la collaboration internationale des magistrats, notamment dans le but de partager et comparer les expériences en sorte d'optimiser les méthodes et pratiques d'investigation.

En vérité, il est aujourd'hui de plus en plus indispensable de dégager de l'expérience pratique acquise par les uns des lignes stratégiques qui épargneront aux autres de vains tâtonnements intempestifs et qui préviendront le gaspillage d'efforts et de moyens inévitable lorsque la transmission des acquis, tardive, advient à contretemps.

Il est tout aussi urgent de mettre à profit la convergence d'intérêts et d'expériences en vue d'édifier une structure européenne du ministère public ayant pour objectif la défense des intérêts de la Communauté Européenne. En donnant substance aux principes et méthodes ci-dessus énoncés, elle servira de paradigme et de référence afin que les expériences les plus avancées soient mises en pratique aux niveaux nationaux, tant dans une perspective d'efficacité que pour l'application harmonieuse des grands principes consacrés par les instruments du droit international et par le droit constitutionnel commun de la démocratie moderne.

Conclusion

Je suis convaincu que ces considérations ont inspiré la réflexion menée au sein de MEDEL lors de l'élaboration de la Déclaration de Principes sur le ministère public, approuvée à Naples le 23 mars 1996.

Ce texte constitue à mon estime une synthèse brillante et créative répondant aux problèmes fondamentaux qui affectent aujourd'hui les différents statuts du ministère public en Europe et dans le reste du monde. Il propose des solutions qui se veulent démocratiques et sont aptes à résoudre de nombreuses questions que les nouvelles données du monde moderne posent à l'action du pouvoir judiciaire et plus spécialement au ministère public.

2.1. La situation portugaise.

Dans ce panorama, les particularités de la situation portugaise s'avèrent intéressantes.

D'un côté, le modèle de procédure pénale et d'organisation judiciaire en vigueur dans notre pays correspond aux projets les plus avancés existant en Europe, notamment à la proposition consignée dans le *CORPUS JURIS*.

Par ailleurs, de nouvelles réformes du code de procédure pénale et de la loi organique du ministère public sont en cours qui visent à rendre plus efficace, mieux apte à l'action, le modèle existant.

D'un autre côté, dans la société, l'image que les médias et même les autres acteurs judiciaires renvoient du système est celle d'une relative inefficacité, se révélant au stade de l'opportunité des poursuites comme à celui des décisions judiciaires et affectant l'équité de bon nombre de celles-ci.

On critique, avec justesse, une certaine inefficacité des enquêtes et le désintérêt manifesté à juger et condamner les crimes commis par des personnes d'un rang social et économique élevé.

On met en évidence l'apparence, à tout le moins, de choix discriminatoires et de variations dans la sévérité lors de l'appréciation des indices et de la culpabilité des accusés.

De telles imperfections, à notre avis, résultent plus des caractéristiques structurelles et fonctionnelles du système que d'un défaut d'impartialité des magistratures.

2.2. Le modèle portugais.

Le modèle de procédure pénale portugais n'est fondé sur le principe de la légalité des poursuites tempéré par des mesures de "légalité ouverte" concernant la petite criminalité n'a fait du ministère public le titulaire de la phase d'investigation : l'enquête. Au juge dit d'instruction (juge des libertés), est attribuée la décision des mesures de contrainte restrictives de liberté demandées lors de cette phase, et la compétence de confirmer, sur la demande de qui y a un intérêt légitime, les décisions de classement ou de renvoi du ministère public. Dans la phase de jugement le système respecte le principe accusatoire, le ministère public devant motiver l'acte d'accusation en sorte

de faire admettre par un juge la validité des éléments de preuve qu'il a réunis lors de l'enquête. Il peut et il doit se pourvoir au bénéfice du prévenu, le cas échéant.

Le ministère public est constitutionnellement autonome vis-à-vis des autres pouvoirs politiques et judiciaires. Cette autonomie signifie que les magistrats ne peuvent recevoir de directives, d'ordres et d'instructions, génériques ou spécifiques, d'aucune entité extérieure au ministère public.

Cependant, le ministère public portugais est organisé selon un modèle hiérarchique pyramidal. Au sommet de la pyramide figure un Procureur général de la République nommé par le Président de la République sur la proposition du gouvernement, lequel Procureur général dirige et préside l'ordre de sa magistrature et peut donner des directives, des ordres et des instructions.

Son mandat dure six ans et est renouvelable.

En revanche, les décisions concernant la carrière et la discipline sont en règle de la compétence du Conseil Supérieur du Ministère Public, composé de sept magistrats élus par leurs pairs, des quatre procureurs généraux auprès des cours d'appel et de sept personnalités, deux désignées par le gouvernement et cinq par le parlement. Le Conseil Supérieur du ministère public est présidé par le Procureur général de la République.

2.3. Les réformes, les options et les critiques.

Les réformes de la procédure pénale en projet visent notamment à simplifier la procédure relative à la petite et moyenne criminalité, ce qui, à notre avis, permettra de libérer les moyens humains et matériels nécessaires à la poursuite des criminalités plus complexes, en particulier la criminalité organisée et la criminalité économique et financière.

Les réformes du statut du ministère public ont pour objectif de centraliser et rendre plus opérationnels les moyens d'enquête contre cette dernière criminalité, en créant à cet effet un département central de recherche. Il est en outre envisagé de donner au ministère public des moyens d'expertise économique et financière qui rendront l'enquête plus efficace et expéditive.

De telles réformes ont néanmoins été la cible de quelques critiques et de certaines oppositions.

Pour ce qui est du syndicat de la magistrature du ministère public, globalement d'accord avec les objectifs des deux projets, il critique, quant au statut du ministère public, le fait que le département central spécialisé soit placé sous l'autorité du Procureur général de la République. La raison en est que la mise de ce département sous la dépendance directe d'un magistrat nommé politiquement risque d'aggraver encore la très forte pression publique et politique qui s'exerce déjà sur son titulaire chaque fois que le ministère public poursuit pénalement des personnalités importantes de la vie économique et sociale portugaise. Par ailleurs, le syndicat est opposé aux règles de nomination des chefs des nouveaux départements en ce qu'elles entravent la liberté de choix du Conseil Supérieur du ministère public.

On regrette encore que, malgré des progrès sensibles, l'exercice de la fonction hiérarchique n'ait pas été rendu plus apparent et transparent ce qui eût pu être fait en légitimant cette fonction par des raisons de coordination processuelle qui seules peuvent la justifier dans un système soumis au principe de la légalité des poursuites.

Si la nécessité de créer des organismes de centralisation et de coordination des enquêtes intentés contre la criminalité organisée et de col blanc est reconnue, il faut, en revanche, dans la logique du principe de légalité, exiger une plus grande clarté dans les options prises, de façon à augmenter leur légitimité sociale.

D'autres secteurs pensent que la réforme, en accroissant les pouvoirs du ministère public au détriment de ceux de la police judiciaire, s'en prend aux compétences de contrôle du juge d'instruction. L'Association syndicale des juges portugais (ASJP) et l'Association syndicale de la Police judiciaire (ASFIC) défendent toutes deux cette position. Cette appréciation curieuse part du présupposé, novateur en doctrine, qu'il devrait exister une scission entre le pouvoir d'enquêter, à la charge de la police, et le pouvoir d'accuser, à la charge du ministère public, en réservant de plus, selon un système inquisitoire bien compris, un fort pouvoir d'intervention du juge d'instruction dans les enquêtes.

De notre point de vue, de telles préoccupations manquent de base et sont affectées de contradictions ; elles relèvent de conceptions archaïques et traduisent des préoccupations plutôt corporatistes.

Nos craintes sont tout autres.

Il est malaisé d'assurer complètement la transparence et la motivation des choix de tous ceux qui interviennent dans les procédures ; par ailleurs, la gestion des moyens d'enquête par des entités étrangères à la magistrature conduit à des dysfonctionnements dans la définition des priorités.

En vérité, si la réforme paraît avoir voulu doter de plus de moyens d'expertise le ministère public, il faut bien dire que la nécessité de placer la police judiciaire sous son contrôle est restée ignorée.

En effet, si le code de procédure pénale attribue formellement au ministère public la direction et le contrôle de la police judiciaire tout au long de l'enquête, c'est le gouvernement qui détient en réalité sur elle le seul instrument véritable de direction et de contrôle ñ le contrôle hiérarchique par le biais du ministre de tutelle et du directeur de cette police nommé par ce ministre.

Or, nous le savons par expérience, les véritables priorités politiques sont mises en oeuvre lors de la répartition et de l'attribution des moyens d'enquête en hommes et en matériel que la direction de la police opère (ou non) au nom de son autonomie opérationnelle, ce qui permet d'éluder arbitrairement et sans contrôle notre principe constitutionnel de la légalité des poursuites.

C'est pour cela que le syndicat de la magistrature du ministère public s'est battu, avec succès, afin que le nouveau texte constitutionnel consacre explicitement que l'action pénale est dominée par le principe de la légalité. Ceci empêche une lecture erronée d'une autre innovation : celle disposant que le ministère public exécute la politique criminelle définie, en vertu de la loi, par les organes souverains, lecture qui, résultant d'une mauvaise interprétation, pouvait subvertir le principe de la légalité. A ce propos, il faut souligner qu'au Portugal la coopération judiciaire internationale dans le domaine criminel est presque exclusivement du ressort de la police judiciaire et non des magistrats.

On soulignera enfin le manque de formation dans le domaine de l'investigation de la grande criminalité économique et financière, carence qui affecte le ministère public, les magistrats du siège et la police judiciaire elle-même. Et dans ce domaine aussi, les choix gouvernementaux attribuent la priorité aux polices pour cette formation.

Conclusions.

Nous pouvons conclure que le système légal portugais, s'il est riche en potentialités et si de nombreuses réformes contribuent à l'améliorer, appelle plus de clarté et de transparence, tant en matière de la procédure que dans l'attribution des compétences, particulièrement celles du ministère public.

Il importe de doter le ministère public des effectifs et moyens dont il a un réel besoin et qui lui sont souvent refusés, et d'améliorer sa préparation aux techniques et aux méthodes d'investigation. Dans le domaine de la formation scientifique, la faculté d'échanger expérience et savoir avec des magistrats étrangers revêt une grande importance, et il serait tout aussi important qu'au Portugal la coopération judiciaire elle-même soit restituée aux magistrats.

**António Cluny,
Procureur de la République à Cascais,
Président du Sindicato dos Magistrados do Ministério Público (SMMP, Portugal).**

NOTES

(1) N.D.E. : La loi belge du 4 mars 1997 instaure un "collège des procureurs généraux près les cours d'appel" placé sous l'autorité du ministre de la justice" et décidant notamment "par consensus" des "mesures utiles en vue de la mise en oeuvre cohérente et de la coordination de la politique criminelle déterminée par les directives" (Ö) "contraignantes pour tous les membres du ministère public"

que le ministre de la justice arrête (articles 143bis et 143ter du Code judiciaire). A défaut de consensus, le ministre tranche et décide de ces mesures.

(2) N.D.E. Il faut toutefois souligner l'irruption de plus en plus forte, dans les trente dernières années, de mécanismes de transaction pénale et de "médiation pénale" qui se développent comme modes de dérivation alternatifs au *classement sans suite* caractéristique d'un système d'opportunité des poursuites.

(3) Sur ce point voir : Mireille Delmas-Marty, *Le Parquet dans la République*, 1- Garantie judiciaire, p.217.

(4) L'actualité française est révélatrice. On lira dans *Le Monde* du 16 janvier 1998 des articles d'Anne Chemin et Cécile Prieur sur les propositions de réforme de la ministre de la justice Elisabeth Guigou et l'autocritique de Henri Nallet, garde des sceaux de 1990 à 1992, qui en 1990 avait ordonné au procureur de Marseille de classer le dossier Urba intéressant les financements occultes du parti socialiste français ("La loi doit interdire de protéger en quoi que ce soit tel ou tel de ses amis politiques"). En revanche, *Le Monde* du lendemain 17 janvier 1998 insiste sur les forces politiques qui entendent garder le contrôle sur les parquets. (N.D.E.)

(5) Le constituant Jean-Guillaume Thouret, par la suite président du Tribunal de cassation, s'exprimait ainsi :

"... c'est au fond de la Constitution qu'il faut remonter..."

L'accusation publique tient essentiellement à l'ordre judiciaire, et l'ordre judiciaire entier n'est qu'une partie dans la Constitution...

"On s'est appuyé sur ce sophisme, que le pouvoir exécutif n'existait que pour la nation : ce principe est vrai en lui, mais il n'est pas juste quand on s'occupe de la Constitution ; ainsi le pouvoir exécutif n'étant point la nation, n'agissant pas constitutionnellement pour elle, ce n'est point à lui à nommer les accusateurs publics."

"Le pouvoir judiciaire influe chaque jour sur les citoyens, vous ne l'avez pas confié au pouvoir exécutif. Le pouvoir d'accuser est également un pouvoir de chaque jour ; il intéresse également le peuple... (Il s'élève deux murmures. On murmure à droite, on applaudit à gauche) le pouvoir exécutif n'a aucun droit à revendiquer l'accusation publique, qui est toute populaire dans son objet. L'accusation ne pourrait devenir ministérielle, sans être oppressive. Qui croira que, pour assurer la liberté, on a pensé à en faire une institution ministérielle ? C'est par le moyen de l'accusation qu'on pourra découvrir les complots, éclaircir les mouvements qui les précèdent, veiller à la sûreté publique, et à ce que la Constitution ne soit pas attaquée. On dit qu'avec les jurés et des juges un accusateur public est inutile ; mais les jurés et les juges n'assurent qu'une seule chose, c'est un jugement impartial. Il y a deux choses : accuser, puis juger ; vous avez institué le jugement, il faut donc instituer l'accusation, et ne pas être frappé par cette objection, que les bons jugements en arrêteront l'effet."

"Il y a deux abus possibles : ne pas agir quand l'intérêt public l'exige, ou agir d'une manière opposée à l'intérêt public. Dans le premier cas, ni les jurés ni les juges ne peuvent empêcher l'abus ; car, avant d'agir, il faut une accusation. Dans le second les jurés et les juges empêcheront seulement que les accusations téméraires n'arrivent au dernier degré. Vous laisserez donc le gouvernement, armé de la verge terrible de l'accusation. Je ne vois que la décapitation sans forme de procès, qui soit au-dessus des injustices possibles par les accusations ministérielles. Je propose de décréter que l'accusation publique ne sera confiée aux commissaires du roi, mais à un officier élu par les citoyens."

M. Goupil : d'après les preuves données par M. Thouret, j'obéis à la voix de ma conscience et je retire ma motion. (On applaudit)."

[Jean-Guillaume Thouret (1746-1794), *Second discours sur le pouvoir judiciaire*, du 10 août 1790. Selon le compte rendu du *Moniteur universel* ; comparez les variantes du texte établi par F. Furet et R. Halévi à partir des *Archives parlementaires*, t. XVII, p. 699-702, paru dans la collection *La Pléiade*, NRF, Gallimard, 1989, *Orateurs de la Révolution française, I, Les constituants*, p. 1150-1153.]

Dépêche dans *Le Monde* du 14 mars 1998 : Le Syndicat de la magistrature (SM) a exprimé sa " *très vive inquiétude* " devant le consensus qui semble se dessiner entre le chef de l'Etat et le gouvernement sur l'instauration d'une faute disciplinaire pour non-respect des directives générales de politique pénale. Dans un communiqué rendu public jeudi 12 mars, le SM " *exige le retrait* " des dispositions en préparation, en arguant de leur caractère " *anticonstitutionnel* ", puisqu'elles " *érigent le garde des sceaux en législateur* " et qu'elles " *retirent la qualité de magistrat aux membres du parquet* ".

(6) Quant à la nature de l'action pénale déployée par le Ministère Public analysée comme un "attribut de souveraineté", voir : F. Siracusa *Novississimo Digesto Italiano*, vol XIV, p.541. V. également : Michèle-Laure Rassat, *Le Ministère Public entre son passé et son avenir*, (p.142 à 145), où l'auteur explique, par une abondante et solide argumentation, le parcours de l'erreur doctrinale et politique qui est à l'origine de cette classification: "Sur le plan des principes, l'affirmation de la doctrine procède d'une confusion probablement inspirée par l'histoire, entre pouvoir exécutif et pouvoir souverain. Le droit de poursuivre la répression des infractions est un attribut du second et non du premier, il n'appartient au pouvoir exécutif que dans la mesure où celui-ci est souverain, ce qui était le cas dans l'ancien droit, mais ne l'est plus depuis la Révolution. Ö"

"(Ö)La doctrine dominante en la matière est donc fautive et il est certain que les officiers du ministère public ne sont pas des agents du exécutif auprès des tribunaux, mais des représentants de la nation devant eux."

(7) Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Livre VI, Chapitre 8, Des accusations dans les divers gouvernements, Gallimard, La Pléiade, Oeuvres complètes, II, 317 :

"On suivit, sous les empereurs, les maximes de la république; et d'abord on vit paraître un genre d'hommes funestes, une troupe de délateurs. Quiconque avait bien des vices et bien des talents, une âme bien basse et un esprit ambitieux, cherchait un criminel dont la condamnation pût plaire au prince; c'était la voie pour aller aux honneurs et à la fortune, chose que nous ne voyons point parmi nous.

Nous avons aujourd'hui une loi admirable: c'est celle qui veut que le prince, établi pour faire exécuter les lois, prépose un officier dans chaque tribunal, pour poursuivre, en son nom, tous les crimes : de sorte que la fonction des délateurs est inconnue parmi nous (Ö) La partie publique veille pour les citoyens ; elle agit, et ils sont tranquilles."

(8) Chaïm Perelman, commentant John Stuard Mill :

*"Il arrive d'ailleurs très souvent, et ce n'est pas nécessairement déplorable, que même un magistrat connaissant le droit, formule son jugement en deux temps, les conclusions étant d'abord inspirées par ce qui lui semble le plus conforme à son sens de l'équité, la motivation technique ne venant que par surcroît" ñ (Ch. Perelman et L. Obrecht-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, § 9, p. 56, éd. de l'Institut de Sociologie, U.L.B., Bruxelles, 1970).*

(9) Michèle-Laure Rassat, *Le Parquet dans la République*, p.107 :

"Ils ont cru définir la situation du Ministère Public en écrivant que: 'Les officiers du Ministère Public sont des agents du pouvoir exécutif auprès des tribunaux' (article 1er, titre 8, du décret des 16-24 août 1790). S'ils ont fait ainsi c'est parce que un peu plus d'un an plus tôt on disait des officiers du ministère public qu'ils étaient des agents du Roi auprès des tribunaux. Ce que les Révolutionnaires n'ont pas compris c'est que cette formule ne se référait pas au roi dans la mesure où il détenait le pouvoir exécutif mais dans la mesure était le pouvoir souverain".

(10) Pour une introduction à l'importance du principe de légalité en tant qu'idéologie et légitimation de la loi et de son application au cas concret, lire Andreas Auer, "Princípio da Legalidade como Norma, como Ficção e como Ideologia", in *Justiça e litigiosidade: História e Prospectiva*, Fundação Calouste Gulbenkian ; Lisbonne, 1993, p.121/138.

Voir également sur l'histoire du principe de légalité : Mireille Delmas-Marty, *Modelos Actuales de Política Criminal*, Colección Temes Penales, Serie A n° 4, Centro de Publicaciones, Secretaria General Tecnica, Ministerio de Justiça, 1996, "II. A pesar de todo, ver. Las Corrientes ideológicas subyacentes", p.26/35.