



HAL
open science

LUMIERES SUR L'EVOLUTION DE LA FONCTION DU MINISTERE PUBLIC EN MATIERE PENALE

Mohammed El Bakir

► **To cite this version:**

Mohammed El Bakir. LUMIERES SUR L'EVOLUTION DE LA FONCTION DU MINISTERE PUBLIC EN MATIERE PENALE. 2008. hal-00399886

HAL Id: hal-00399886

<https://hal.science/hal-00399886>

Preprint submitted on 29 Jun 2009

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

LUMIERES SUR L'EVOLUTION DE LA FONCTION DU MINISTERE PUBLIC
EN MATIERE PENALE

Mohammed EL BAKIR

Le terme « fonction » porte parfaitement deux sens complémentaires. Le Dictionnaire de vocabulaire juridique de Gérard CORNU approche suffisamment bien ces deux perceptions. D'une part, il peut désigner de manière abstraite un « service d'un but supérieur et commun »¹, ou plus concrètement l' « ensemble des actes d'une même sorte concourant à l'accomplissement du service »². D'autre part, le terme "fonction" est capable de rassembler l' « ensemble des actes qu'un organe déterminé est appelé à faire pour ce service »³. En d'autres termes, l'emploi du terme « fonction » est particulier en ceci qu'il permet d'indiquer à la fois, objectivement, un domaine d'action ou un service et, subjectivement, le contenu de l'intervention ou le rôle de l'autorité à laquelle ce service sera confié. En ce qui nous concerne, l'expression « fonction du ministère public » exigera donc que l'on détermine le domaine de son action, c'est-à-dire le cadre procédural de son intervention, et le contenu de cette intervention.

Dans la conception classique du système de justice répressive français, que nous avons également adoptée au Maroc, il est constamment fait une distinction de fonctions ou encore de « pouvoirs »⁴ judiciaires différents. Il est donc admis l'existence, à côté de la fonction de jugement, des deux fonctions de poursuivre et d'instruire. Ainsi s'explique la multiplicité des autorités judiciaires dans l'organisation du procès pénal : « la poursuite est confiée au ministère public, l'instruction des affaires au juge d'instruction et le jugement aux juridictions répressives »⁵.

En dépit de l'évidence avec laquelle est présentée habituellement cette caractéristique de notre justice répressive, force est de reconnaître, cependant, que le contenu de chacune des fonctions soulignées demeure difficile à déterminer avec précision. Si l'on s'en tient à la seule fonction de poursuite, qui nous intéresse ici, le travail de définition se trouve particulièrement compliqué. Au cours du processus de développement du système judiciaire pénal mis en place en France avec le Code d'instruction criminelle, que le Maroc n'a adopté en 1959 qu'au moment où il a acquis sa configuration finale, la fonction du ministère public a subi des transformations fondamentales. Ce processus d'évolution n'a pas cessé depuis, et a franchi ces dernières années une étape inédite.

Le recours au Code de procédure pénale n'est pas d'un grand secours dans la définition de la fonction de poursuite. Il exprime toutefois ce que la doctrine est unanime à

¹ CORNU Gérard, Vocabulaire juridique, PUF, 6^e éd., Paris, 2004, Voir "**Fonction**", p. 409, n° I/1.

² Ibid, n° I/3.

³ Ibid, n° I/2.

⁴ VOUIN Robert, Préface de : BERGOIGNAN-ESPER Claudine, La séparation des fonctions de justice répressive, PUF, Paris, 1973, p. 5.

⁵ BERGOIGNAN-ESPER, ibid., p. 9.

considérer comme contenu de celle-ci : mettre l'action publique en mouvement et l'exercer. C'est en effet la définition d'origine qui explique l'apparition de l'institution et en précise la position dans l'organisation du système judiciaire pénal. Dans cette conception, les deux composantes du terme fonction n'avaient aucune raison de se distinguer. La poursuite ici désigne à la fois le service confié à la diligence du ministère public et l'acte qu'il accomplit. Il n'est pas possible, en effet, de parler de poursuite qu'à travers l'action du procureur et, lorsque ce dernier décide de réagir positivement à une situation infractionnelle, la poursuite *naît* à l'instant même où il agit. De fait, la fonction de poursuite s'identifiait strictement au rôle du ministère public devant la juridiction saisie. Elle ne désignait pas une phase du procès ou un cadre procédural spécifique qui serait confié au ministère public. Ceci dévoile l'une des caractéristiques qui faisaient la particularité de la fonction de poursuite par rapport à celles d'instruction et de jugement. En effet, chacune de ces dernières s'assimilent, d'abord, à une phase de la procédure bien définie dont les rênes sont, ensuite, remises au commandement de l'autorité judiciaire compétente. Ce n'est donc pas l'action du juge d'instruction qui définit le cadre du "service" de l'instruction préparatoire. Sa fonction à lui, son rôle, est de conduire, de commander et de mener à bout le processus de l'instruction. D'ailleurs, ce n'est même pas le magistrat instructeur qui décide de l'ouverture de l'instruction préparatoire. Le même schéma peut également être soutenu au sujet de la fonction de jugement en ce qui concerne la distinction de l'action du juge et du domaine de cette action. Tout à l'opposé était la conception de la fonction de poursuite.

C'est ce qui explique que la définition de la poursuite s'est toujours présentée sous l'angle de *l'acte de poursuite*. Toute la question était alors de déterminer de quels actes devait-il s'agir. Mme Michèle-Laure RASSAT⁶ nota que l'identification des actes de poursuite oscillait entre une conception « abusivement restrictive » et une autre « abusivement extensive ». La première, émanant généralement de la doctrine, limite la qualité d'acte de poursuite à celui par lequel le ministère public met l'action publique en mouvement. La deuxième est l'œuvre d'une jurisprudence qui devait se prononcer sur l'aptitude d'un acte de procédure à interrompre ou non la prescription de l'action publique. Elle englobe donc « non seulement tous les réquisitoires du ministère public, mais aussi la plainte avec constitution de partie civile de la victime d'une infraction qui met l'action publique en mouvement ; toutes les ordonnances rendues par le juge d'instruction ; enfin, les différentes décisions de remise de cause rendues par les juridictions de jugement »⁷. Pour le professeur RASSAT, ces deux définitions sont toutes deux inadmissibles. D'abord, « l'acte de poursuite est un acte fait en justice ». Ce qui justifie l'élimination de tous actes antérieurs au déclenchement de l'action publique, ainsi que tous ceux postérieurs à son règlement définitif par une juridiction. Ensuite, l'acte de poursuite est un acte accompli « par les personnes que la loi autorise à constater un délit et à en faire punir l'auteur ». C'est-à-dire les officiers du ministère public. Il est enfin de la nature des choses que « lorsque le ministère public exerce l'action publique, il poursuit au sens logique du terme ». Ainsi, confortée par une décision de la Cour de cassation⁸, Mme RASSAT en arrive à la définition suivante : « constituent des actes de poursuite tous les actes accomplis par le ministère public depuis la mise en mouvement de l'action publique jusqu'à

⁶ RASSAT Michèle-Laure, *Le ministère public entre son passé et son avenir*, L.G.D.J., Paris, 1967, n° 114 et s.

⁷ Ibid.

⁸ « On doit entendre par poursuite tous les actes qui sont faits en justice par les personnes que la loi autorise et dont le but est de parvenir à constater un délit et à en faire punir l'auteur » ; Cass. Crim. 29 mars 1856, D.P., 1856, I, 269.

ce qu'une décision judiciaire définitive soit intervenue sur la question et ceux-là seulement »⁹. Devrions-nous adopter cette définition pour la fonction de poursuite ?

Cette façon de présenter les choses équivaut à définir la fonction de poursuite comme étant l'ensemble des actions consistant au déclenchement de l'action publique et à son exercice. Ce qui revient à dire que, du côté de son rôle, le ministère public n'intervient dans le procès pénal que pour mettre en mouvement l'action publique et pour l'exercer, et du côté du temps où il est appelé à intervenir, il s'agit justement de la phase juridictionnelle au sein de laquelle il joue le rôle de l'accusation. Or, il va sans dire que cette présentation est très éloignée de la réalité de la procédure pénale telle que nous la connaissons aujourd'hui et, en tout cas, insuffisante vis-à-vis du nouveau cadre d'intervention du parquet. Tel, n'était cependant pas toujours le cas. L'image que nous venons de présenter quant à la fonction du ministère public reproduit bel et bien l'essentiel de sa situation à un moment donné de son histoire. Seulement l'évolution du système pénal, dont nous allons retracer les éléments les plus importants, poussait sans cesse la notion de poursuite à s'épanouir dans des directions toutes différentes.

La genèse de l'enquête de police judiciaire

Il est impératif, à notre sens, de souligner que cette notion de poursuite se compose de deux dimensions à distinguer. D'un côté, une dimension de l'acte, dans la mesure où la poursuite n'existe qu'à travers l'acte du procureur, notamment celui de mise en mouvement de l'action publique. D'un autre côté, une dimension de la décision, dès lors qu'en agissant, en exécutant un acte de poursuite, le ministère public exprime par la même occasion une position sur l'affaire. Il convient d'observer que la poursuite ne naît que lorsqu'il y a décision positive du procureur. Par conséquent, un classement sans suite n'est pas un acte de poursuite. Celle-ci ne peut se concevoir qu'à partir du moment où, ayant pris parti sur l'affaire, le ministère public en saisit la juridiction compétente en tant que partie demanderesse dans le procès pénal. A l'origine, ces deux dimensions de l'acte et de la décision étaient confondues : la poursuite ne se concevait que lorsque, et seulement lorsque l'action publique est exercée par l'action du parquet. L'entrée en scène de la police judiciaire et l'autonomie croissante de leurs enquêtes officieuses allait, cependant, changer les données du procès pénal, provoquant une première transformation (la plus importante) du sens de la fonction du ministère public dont le champ va s'élargir.

Sous le C.I.C., l'action de la police judiciaire n'était pas reconnue officiellement en dehors de la procédure de flagrant délit. L'observation du contexte légal et de pratique judiciaire permet de déceler une sorte de paradoxe concernant le statut des actes policiers : d'une part, leur nécessité ne faisait aucun doute même aux yeux des auteurs les plus dévoués au principe de séparation de la poursuite et de l'instruction, d'autre part, le législateur ne ressentait pas, semblerait-il, la nécessité d'en poser une réglementation légale.

Il a en effet toujours été clair que l'autorité de poursuite ne pouvait décider d'engager l'action publique sans disposer d'un minimum d'éléments susceptibles de laisser présumer l'existence d'une infraction, d'où la nécessité logique et pratique d'un travail préalable de constatation et de collecte des éléments de fait concernant la réalité de l'acte et l'implication de l'acteur présumé. La difficulté naissait toutefois de la question de savoir quelle serait l'étendue des pouvoirs d'investigation des membres de la police judiciaire et comment définir les rapports de ces pouvoirs avec ceux du juge d'instruction. Avec la pratique de l'opportunité

⁹ RASSAT, précité, n° 115.

des poursuites, l'intervention préalable de la police judiciaire s'est imposée avec encore plus de force, et ses actes ont été, d'une manière générale, favorablement admis par la jurisprudence et, bien qu'illégaux, la Cour de cassation leur a reconnu une valeur juridique considérable. Les officiers de police judiciaire, dont l'activité était susceptible d'interrompre la prescription, pouvaient alors produire, presque à tout moment de la procédure, des éléments recevables devant les juridictions en tant que renseignements devant être soumis au débat contradictoire.

Ainsi donc, au début, le fait que la police judiciaire procède au recueil de renseignements nécessaires à l'éclairage du procureur ou même du juge, le cas échéant, ne gênait pas outre mesure le fonctionnement de la justice répressive. Le professeur BOULOC¹⁰ note que les lois du 20 mai 1863 et du 8 décembre 1897 avaient un impact incontestable sur l'évolution des pouvoirs d'enquête de la police judiciaire. Celle de 1897 était d'un apport décisif. Au niveau de la pratique, d'abord, il faut dire que les garanties dont elle a entouré l'inculpé au cours de l'instruction ont eu pour effet de provoquer la lenteur de la procédure et donc l'encombrement des cabinets d'instruction. Une situation qui a favorisé la prospérité des pratiques d'opportunité des parquets sous l'œil satisfait de la chancellerie et, par conséquent, le développement des enquêtes officieuses. Sur le plan théorique, force est d'observer qu'en renforçant la défense de l'inculpé, la loi de 1897 a remis dans l'ordre du jour la problématique de la distinction des actes de police judiciaire et des actes d'instruction. En effet, « tant que l'instruction est menée dans le secret le plus absolu, et que l'inculpé n'est pas tenu informé des éléments réunis contre lui, l'inconvénient peut paraître mineur »¹¹. Mais, à partir du moment où le législateur de 1897 introduit une certaine forme de contradiction dotant l'inculpé du droit de se faire assister d'un avocat devant le juge d'instruction, le problème devrait se poser avec des termes nouveaux. C'est ainsi que l'on pourrait comprendre que l'action de la police judiciaire se définissait, pour l'essentiel, dans le cadre d'une sorte de "concurrence" avec le rôle du juge d'instruction, dont elle n'a pu échapper jusqu'à aujourd'hui. Sur le plan juridique, cette relation *concurrentielle* s'est trouvée d'autant plus compliquée que l'admission de l'acte policier a du passer par son attachement à la fonction de poursuite sous l'autorité du ministère public.

La recevabilité des éclairages apportés par la police judiciaire ne pouvait être remise en cause. « N'étant pas des actes d'instruction mais de simples renseignements »¹², la jurisprudence de la Cour de cassation n'hésitait pas à valider ces actes. Il n'était cependant pas question que le juge puisse s'y appuyer pour fonder sa conviction sans les avoir soumis au préalable aux feux croisés de l'accusation et de la défense. L'on considérait que « le débat contradictoire purge, en quelque sorte, les légers vices de la procédure car, tout de même, l'apport de documents intéressant l'accusé ou la mesure de sa condamnation est une question sérieuse »¹³. Cela étant, la jurisprudence pouvait, sans soulever de problème particulier, se montrer hostile à l'application des nouvelles dispositions de la loi du 8 décembre 1897 aux enquêtes officieuses, tout en recevant en droit les documents qu'elles produisaient. Dans cette situation, les acteurs du procès pénal ne manquèrent pas de s'apercevoir qu'il était plus simple de recourir aux actes d'investigation extra-légaux afin d'éluder le formalisme de l'instruction. Et l'on n'a pas tardé à constater des abus des membres de la police judiciaire dont le nombre d'interventions était en constante augmentation. La Cour de cassation ne pouvait pas fermer

¹⁰ BOULOC Bernard, L'acte d'instruction, L.G.D.J., Paris, 1965, n° 270 et s.

¹¹ BOULOC, précité, n° 276.

¹² Ibid, n° 279.

¹³ Ibid, n° 284.

les yeux et sa position vint mettre des limites à l'activité de la police judiciaire. Il a été enregistré, en effet, que des détournements de pouvoirs avaient été mis en œuvre dans deux directions : « tantôt la police judiciaire utilisait des textes lui attribuant un droit de surveillance pour pratiquer des perquisitions, tantôt les magistrats eux-mêmes déléguaient trop facilement leur pouvoir d'instruire au moyen de commissions rogatoires vagues, aboutissant à un véritable déni de justice de la part des magistrats instructeurs »¹⁴. Plusieurs arrêts ont alors vu le jour imposant une interprétation stricte des textes particuliers et précisant les conditions des commissions rogatoires.

La valeur réelle des actes de police judiciaire et l'intérêt que leur témoignait la Cour de cassation, qui les recevait et assumait la charge d'en tracer les limites, devaient inévitablement conduire à leur attribuer une certaine valeur juridique. La question qui s'est posée dès les premières années du siècle dernier était de savoir si des actes accomplis par les différents membres de la police judiciaire pouvaient interrompre la prescription de l'action publique. Sur ce point, « la jurisprudence s'est construite en tâtonnant »¹⁵. Après de nombreuses hésitations, la Haute juridiction a fini par poser avec netteté la règle de l'interruption de la prescription par les actes de la police judiciaire¹⁶. Elle décida alors : « le procès verbal par lequel un agent compétent constate une infraction à la loi pénale constitue un acte d'instruction au sens de l'article 637 [du C.I.C.] et à ce titre, interrompt la prescription »¹⁷. En réalité, résoudre dans ce sens la question du pouvoir interruptif de la prescription des actes de police judiciaire ne pouvait pas passer sans en soulever une autre relative, cette fois, à la place que ces actes vont occuper parmi les fonctions de la justice répressive, notamment la poursuite et l'instruction. Nous nous permettons même de penser que cette question était au moins l'une des raisons de l'hésitation de la jurisprudence que nous venons de noter. L'arrêt du 28 janvier 1911, qui a rappelé le principe de la séparation des autorités de poursuite et d'instruction en dehors de la procédure du flagrant délit avant de décider que les actes effectués par un juge de paix à la demande du procureur de la République ne pouvaient interrompre la prescription, peut être particulièrement prégnant à ce propos.

Deux options se sont alors offertes aux auteurs : considérer que les actes de police judiciaire constituent une catégorie nouvelle d'actes judiciaires, ce qui n'était pas sans tenter certains chercheurs¹⁸, ou attacher ces mêmes actes à l'une des deux fonctions existantes de poursuite et d'instruction. Au fait, seule cette dernière pouvait être envisagée ; encore fallait-il déterminer à laquelle de ces deux fonctions l'acte de police judiciaire serait assimilé. Il s'avère à l'examen de différents écrits relatifs à ce sujet que l'interrogation se posait davantage au niveau de l'assimilation des actes de police judiciaire aux actes d'instruction qu'au niveau d'un quelconque rapprochement entre ceux-là et la poursuite. Une situation qui devrait trouver l'essentiel de son explication dans la concurrence qui caractérisait les rapports de ces deux catégories d'actes, d'une part, et en raison de la définition trop étroite que proposait la doctrine de l'acte de poursuite, entendu comme l'acte de mise en mouvement de l'action publique émanant du ministère public ou de la victime, d'autre part. Nous sommes persuadés cependant que ni la doctrine, ni la jurisprudence ne se livraient à confondre, sur un plan juridique, les deux actes de police judiciaire et du juge d'instruction. Seules certains arrêts attribuant à l'acte de police judiciaire un effet interruptif de la prescription, en faisant

¹⁴ Ibid, n° 297.

¹⁵ Ibid, n° 289.

¹⁶ Ibid, n° 289 et s.

¹⁷ Cass. Crim. 24-2-1938, B. 55 ; cité par BOULOC, précité, p. 194, note 92.

¹⁸ BOULOC, précité, n° 319.

une sorte de parallèle entre les deux actes, devaient y jeter une ombre d'ambiguïté. Or, il importe d'observer, comme le souligne le professeur BOULOC¹⁹, que, d'un côté, la Cour de cassation, statuant sur ce point précis, n'a jamais soutenu de manière expresse qu'il s'agissait d'actes d'instruction, et que d'un autre côté, elle avait de la notion d'acte de poursuite une acception beaucoup plus large l'entendant, dès 1856²⁰, par tout acte fait en justice par les personnes que la loi autorise et dont le but est de parvenir à constater un délit et à en faire punir l'auteur. Ainsi, en admettant l'interruption du délai de prescription de l'action publique suite à la réalisation d'un acte de police judiciaire, le considérant comme « un acte d'instruction ou de poursuite » au sens des articles 637 et 638 du C.I.C., la Haute juridiction l'identifiait bel et bien au deuxième et non au premier. Cette analyse se trouve confortée par des considérations relevant de la structure même du processus judiciaire pénal.

Si aucun texte particulier ne soumettait expressément l'exercice de l'enquête policière, en dehors du cas exceptionnel de flagrance, au ministère public pour la simple raison qu'il n'y avait pas d'enquête officieuse sur le plan légal, il n'en demeurerait pas moins que la police judiciaire lorsqu'elle procédait à des actes d'investigation à ce titre se destinait à servir la décision du procureur au sujet de l'action publique. Ces actes ne pouvaient parvenir au juge et faire ainsi partie des documents du dossier que par la voie des réquisitoires du ministère public²¹. Si la police judiciaire était soumise à l'autorité des "tribunaux royaux", étant tenue d'exécuter les réquisitions des autorités judiciaires dans les cas prévus par la loi, elle ne constituait pas à ce titre un organe judiciaire autonome et ses actes, même lorsqu'ils sont accomplis d'office, ne pouvaient franchir le passage à la vie juridique que par l'accès réservé à l'acte de l'autorité judiciaire qu'ils sont destinés à appuyer. Un acte d'enquête officieuse n'avait donc pas d'identité propre ; il ne pouvait exister que grâce au réquisitoire introductif ou supplémentaire du procureur de la République qui le portait. Ainsi, que la police judiciaire ait agi d'office ou sur instruction du parquet, ses actes d'enquête officieuse annexés à l'acte de poursuite du procureur devaient revêtir la même qualité que celui-ci.

Tous les auteurs ne seraient probablement pas satisfaits de cette analyse. Cependant, ce n'est pas précisément la solution qui pourrait être donnée par les uns et les autres à la question de la nature des actes de police judiciaire (une question qui se trouve d'ailleurs dépassée aujourd'hui) qui nous intéresse dans le débat, mais plutôt le sens général de ce dernier. En fait, nous ne devrions pas perdre de vue que tant ceux qui en font des actes de poursuite, que ceux qui les érigent en actes d'instruction ou encore ceux qui y perçoivent une nouvelle catégorie d'actes d'une nature autre, tous les placent sous la direction, de fait ou de droit, du ministère public. Les actes d'enquête de la police judiciaire ne sont jamais perçus que sous l'angle de l'acte de poursuite du procureur. N'est-il pas vrai que toute constatation, toute recherche et toute investigation n'ont d'objectif que de permettre au procureur de la République d'exercer correctement et efficacement sa « fonction de poursuite » ? Seulement, voilà que, de ce fait, l'on se trouve à demander au parquet, avant le déclenchement de l'action publique, c'est-à-dire avant toute décision ou prise de parti, d'intervenir dans un cadre tout à fait différent. C'est ainsi que les deux composantes de la poursuite, l'acte et la décision, devaient enfin se séparer. Ce dédoublement, qui permet de parler d'« action du parquet » sans entendre par la même occasion qu'une décision positive sur l'action publique ait été préalablement prise, était vital afin de permettre à la dimension de l'acte de s'épanouir sur un

¹⁹ Ibid, n° 324 et s.

²⁰ Cass. Crim. 29-3-1856, précité.

²¹ L'accès par le biais du dossier de l'instruction est également possible, mais uniquement lorsqu'ils sont accomplis sur commission rogatoire dans le cadre d'une instruction régulière. Ce qui ne concerne pas les actes d'enquête officieuse qui nous préoccupent.

nouveau plan. Grâce donc au développement de l'action policière, un cadre nouveau d'action du procureur s'est mis à prendre forme assignant à son rôle un sens nécessairement différent.

Cette conception a sans doute permis de légitimer les actions « illégales » des membres de la police judiciaire aux plans de la pratique et de la jurisprudence. Mais, si cette vision a permis aux enquêtes officieuses de prospérer, elle emporta également le risque de les démunir de toute perspective d'évolution indépendante au niveau institutionnel. L'exercice de la fonction de poursuite, dans son sens le plus étroit (la mise en mouvement et l'exercice de l'action publique), compte fortement sur les renseignements recueillis par les services de la police judiciaire. Néanmoins, pour autant que les investigations de celles-ci fussent nécessaires à l'office de poursuite, elles ne parvenaient pas à y être identifiées. Dans la logique du Code d'instruction criminelle, tous les actes de police judiciaire relevant de sa compétence légale, en dehors du cas de flagrance, ainsi que les actes tolérés de l'enquête officieuse, ne présentaient que le préalable nécessaire à l'engagement de la poursuite, mais ne relevaient pas pour autant exclusivement de l'organe de poursuite, ni ne s'exerçaient nécessairement sous l'autorité du ministère public. D'un côté, le C.I.C. avait mis en place une sorte de collaboration entre les différents organes chargés de la police judiciaire énumérés par l'article 9. Il qualifiait même les officiers de police judiciaire d'auxiliaires du procureur (art. 48 C.I.C.). Mais, d'un autre côté, il importe aussi d'observer qu'il parlait de cas de "concurrence" entre les procureurs et les O.P.J. (art. 51 C.I.C.). Une certaine autonomie caractérisait donc indéniablement l'exercice des fonctions de police judiciaire sous le C.I.C. par les différents organes compétents. Ce qui conforte l'idée que ces fonctions n'étaient pas conçues, au début du moins, pour faire partie de la fonction du ministère public. Toutefois, tout au long de leur processus de transformation les actes de police judiciaire ne pouvaient conquérir le procès qu'en se proclamant une légitimité tirée de leur asservissement à la mission de poursuite. Dès lors, il n'était plus besoin d'aller plus loin chercher d'autres arguments ou motifs susceptibles de fonder autrement la valeur juridique des actes d'enquête officieuse. Ceci aurait été vain. En raison de la perception limitée de la fonction de poursuite dans la théorie de la séparation tripartite des fonctions de la justice répressive, toute démarche dans le sens de reconnaître à l'action de la police judiciaire une identité propre devait aboutir à l'une de deux impasses. Soit la placer en dehors du champ judiciaire dans un contexte essentiellement administratif, ce dont il n'a jamais été question. Soit faire de la police judiciaire le suppléant du juge d'instruction et condamner ce dernier à disparaître ou, du moins, lui enlever ses pouvoirs d'information et l'astreindre à un rôle juridictionnel, ce qui n'était pas acceptable non plus. L'asservissement de l'enquête policière au ministère public était alors incontournable.

Dès 1958, le Code de procédure pénale français a clairement légalisé l'enquête officieuse devenue enquête préliminaire. Cette *promotion* légale de la compétence de la police judiciaire était accompagnée par d'autres changements mettant en place tout un contexte nouveau entourant l'exercice de la police judiciaire. Les nouvelles règles prévoient désormais que la police judiciaire dispose, de manière générale et en toutes matières, qu'il y ait ou non flagrance, de la compétence de constater les infractions à la loi pénale, d'en rassembler les preuves et d'en rechercher les auteurs (art. 14 et 17 C.P.P.F.). Dorénavant, en effet, qu'ils soient accomplis en cas de flagrance ou en enquête préliminaire, les actes exécutés par les membres de la police judiciaire dans le cadre de leur compétence avant l'ouverture d'une information régulière sont qualifiés d'acte de police judiciaire. De plus, les rédacteurs du nouveau code ont clairement fixé « les limites entre le domaine de l'information judiciaire [l'instruction préliminaire ou définitive] et celui de l'enquête préliminaire »²², afin de prévenir

²² MATSOPOULOU Haritini, Les enquêtes de police, L.G.D.J., Paris, 1996, n° 194.

toute accusation d'atteinte (même à titre exceptionnel) au principe de séparation de la poursuite et de l'instruction. D'une part, l'article 14 C.P.P.F. interdit explicitement tout acte d'enquête dès la saisine de la juridiction d'instruction ou de jugement. Il précise ainsi que la police judiciaire exerce un office qui lui est propre et qui se positionne nécessairement avant l'ouverture de la procédure juridictionnelle. D'autre part, le juge d'instruction ne peut plus se saisir de l'affaire en cette qualité. S'il est toujours admis à dessaisir officier de police judiciaire et procureur en cas de flagrance, lorsqu'il se déplace sur les lieux, il n'y accomplit que des actes de police judiciaire dont il transmet les pièces au ministère public, une fois les opérations terminées. La deuxième condition nouvelle de l'exercice de la police judiciaire consiste en la soumission de cette dernière à la direction du procureur de la République. En somme, l'enquête de police judiciaire est enfin définitivement et solennellement attachée à la fonction du ministère public. En conséquence, à partir de 1958, c'est tout le cadre de l'intervention de cette institution qui a changé. Et c'est justement de cette configuration du système judiciaire pénal que le Maroc va hériter.

Au Maroc, si le droit de procédure pénale n'est pas l'aboutissement d'une évolution bicentenaire à l'instar du Code de procédure pénale français, et quoique l'histoire de la police judiciaire est très récente comparée à celle de son apparition en France, la représentation du but et de la position de l'enquête policière dans la structure du procès pénal et la conception du cadre juridique de son exercice n'en sont pas moins identiques au schéma que nous venons de dessiner.

Sous le protectorat, où l'institutionnalisation du système pénal actuel va commencer, l'exercice des actes nécessaires à la constatation des infractions pénales et à la recherche des éléments de preuve répond à des régimes qui diffèrent selon les juridictions, françaises et du Makhzen, compétentes. Devant les juridictions françaises, d'abord, « l'article 13 du dahir de procédure criminelle complété par le dahir du 27 avril 1920, porte que les dispositions du Code français d'instruction criminelle et de la loi du 8 décembre 1897 sur l'instruction préalable en matière de crimes et délits sont applicables devant les juridictions françaises de l'Empire chérifien, en ce qu'elle n'ont rien de contraire audit dahir »²³. De ce fait, nous retrouvons les mêmes traits directeurs du procès pénal en métropole : l'instruction est confiée au juge d'instruction, tandis que la poursuite est confiée au ministère public. A l'exception des cas de flagrant délit, aucun pouvoir d'enquête n'était explicitement attribué à la police judiciaire. L'article 2 D.P.C. précise que « l'officier de police judiciaire qui constate une contravention en transmet le procès verbal à l'officier du ministère public près le tribunal de paix de la circonscription ou au juge de paix pour toute suite de droit »²⁴. Cependant, la question de la police judiciaire n'était pas sans soulever quelques difficultés concernant les autorités qui étaient habilitées à en exercer les pouvoirs²⁵. En raison de l'insuffisance de l'organisation empruntée de la métropole, la qualité d'officier de police judiciaire a du être étendue dès 1913 à « certains magistrats et à de nombreux fonctionnaires, civils ou militaires, dans leurs circonscriptions respectives »²⁶. La situation devant les juridictions Makhzen était

²³ CAILLE Jacques, Organisation judiciaire et procédure marocaines, L.G.D.J., Paris, 1948, p. 317.

²⁴ Ibid, pp. 317 et s.

²⁵ Ibid, p. 164.

²⁶ A savoir : les officiers du ministère public près les tribunaux de paix ; les commandants ou chefs de région ; les commandants ou chefs de poste ; les chefs soit d'une brigade ou d'un poste de gendarmerie, soit d'un corps remplissant les fonctions de la gendarmerie ; les contrôleurs civils ou leurs adjoints des affaires indigènes ; le directeur des services de la sécurité publique, les contrôleurs généraux de police, les inspecteurs-chefs principaux et inspecteurs de police ; les officiers commandant un port et leurs adjoints ; les officiers du service de renseignement ; les chefs des services municipaux et leurs adjoints ; les chefs de la police mobile ; les inspecteurs de la sûreté régionale ; les inspecteurs-adjoints du contrôle du chemin de fer pour la constatation des

nettement plus compliquée. L'organisation de la justice makhzen n'obéissait pas aux mêmes principes fondateurs connus par la justice répressive française. A côté de la forte confusion des pouvoirs administratif et judiciaire, particulièrement caractérisée par le renforcement des compétences juridictionnelles des Pachas et Caïds²⁷, l'organisation des tribunaux chérifiens connaissaient un amalgame complet des différentes fonctions de la justice pénale. Entre instruction et jugement d'une part²⁸, puisque devant les juridictions de Pachas et de Caïds, « il est procédé à l'instruction des affaires, aussi rapidement que possible, par le Pacha ou Caïd, ou leur suppléant, assisté par le commissaire du gouvernement »²⁹. Entre juridiction de jugement et autorité chargée de l'action publique, d'autre part, puisque les Pachas et Caïds exerçaient leurs pouvoirs répressifs sous l'autorité du commissaire du gouvernement³⁰. Ce dernier « tient [en effet] le rôle de ministère public et veille à la bonne administration de la justice. Il décide au pénal de l'ouverture des informations ou des classements des plaintes, exerce l'action publique et peut poursuivre d'office »³¹. Ici, la police judiciaire dans le sens moderne n'existait pas. La confusion des autorités et des compétences était flagrante.

Dès le début du protectorat, différents textes devaient prendre en charge la création d'un corps de police structuré et assez spécialisé³². Un rôle important était joué par la gendarmerie, organisée par le décret du 25 novembre et le dahir du 2 décembre 1927, qui « aidait les deux justices makhzen et française, mais avait plus de pouvoirs dans ses relations avec la seconde »³³, devant laquelle elle revêtait la qualité de police judiciaire et était de ce fait placée sous l'autorité du procureur général près la Cour de Rabat³⁴. La police et la gendarmerie pouvaient parfaitement conduire des enquêtes en toutes matières, consignait leurs actes par des procès-verbaux. L'arrêté résidentiel du 17 avril 1917 portant réglementation de la police mobile lui confiait les missions de seconder l'autorité judiciaire dans la recherche et la répression des délits de droit commun, de rechercher les malfaiteurs professionnels et de centraliser tous les renseignements les concernant, de réprimer la fraude dans la vente des marchandises et les fabrications des denrées alimentaires et des produits agricoles, d'assurer la police des voies de communication, de centraliser et de diffuser, par la voie d'une publication dénommée « bulletin de la police générale » les mandats de justice décernés contre les malfaiteurs en fuite³⁵. La police de sûreté, organisée par le dahir du 1^{er} mars 1924, était chargée, à côté de ses attributions purement administratives, de prévenir les attentats, constater les crimes et délits, rechercher les auteurs et exécuter les mandats de justice³⁶.

crimes, délits et contraventions commis dans l'enceinte des chemins de fer et de leurs dépendances ; et l'inspecteur principal, chef de la répression des fraudes, les inspecteurs principaux et les inspecteurs de la répression des fraudes, dans l'exercice de leurs fonctions, sur tout le territoire de la zone française de l'empire. Voir Jacques CAILLE, précité, p. 165.

²⁷ ZIRARI-DEVIF Michèle, La formation du système pénal marocain, Thèse, Nice, 1989, pp. 206 et s.

²⁸ Ibid, p. 171.

²⁹ CAILLE, précité, p. 61.

³⁰ MELIANI Mohamed, Une approche explicative de l'institutionnalisation du système pénal français au Maroc, Thèse, Bordeaux I, 1986, p. 291.

³¹ CAILLE, précité, p. 51.

³² MELIANI, précité, p. 394.

³³ Ibid, p. 395.

³⁴ Ibid.

³⁵ Ibid, p. 394.

³⁶ MELIANI, ibid., p. 394.

Ce n'est qu'avec le Code de procédure pénale de 1959 que la police judiciaire, telle que nous la connaissons aujourd'hui, allait être organisée par des dispositions suffisamment claires calquées sur le modèle de la procédure pénale française. Le législateur marocain prévoit donc une enquête préalable à la saisine du juge qui peut se dérouler en deux modes, préliminaire ou de flagrance. Il en confie la charge à des officiers dont il précise les qualités et qui l'exercent sous la direction du procureur du Roi et le contrôle de la chambre correctionnelle de la Cour d'appel. Dès le début de l'organisation du procès pénal au Maroc, le ministère public disposait alors d'un cadre d'intervention plus large que la simple mission de représenter l'accusation devant les juridictions pénales.

Mais, l'évolution du cadre de la fonction du ministère public ne va pas s'arrêter aux limites d'un élargissement au-delà de l' "acte de poursuite", en investissant le moment préalable à celui-ci. Une autre phase (plus récente) de transformation va métamorphoser cette fonction en investissant, cette fois, la dimension de la "décision de poursuite".

La décision sur la poursuite

Dans notre système de poursuite pénal, il est un principe que le ministère public dispose du pouvoir de décider de l'opportunité de mettre en mouvement l'action publique. Face à une situation infractionnelle, le procureur n'aura pas donc l'obligation de saisir le juge. Contrairement au système dit de la légalité des poursuites, l'autorité de poursuite, en France comme au Maroc, est habilitée à classer sans suite une affaire pénale, sans se limiter aux motifs d'ordre légal. En raison de l'insignifiance du désordre social provoqué, du repentir de l'auteur des faits ou pour tout autre motif légitime, l'application de la norme pénale dans un cas déterminé peut être écartée et le dossier de l'affaire classé. Dans ce contexte, la seule réaction positive du parquet à une affaire pénale passe par le déclenchement du processus juridictionnel selon le schéma classique de l'action publique. Cependant, cette conception ne pouvait plus répondre aux impératifs d'une justice dont les données sont en évolution permanente.

Dans un premier temps, ce sont les voies procédurales de l'intervention du juge pénal qui devaient se diversifier. Des procédures simplifiées ont alors vu le jour permettant la mise en place d'une justice plus rapide et moins onéreuse. La difficulté s'est posée toutefois quand à savoir comment choisir la procédure appropriée sans que la distribution des affaires n'aboutisse à des traitements discriminatoires. Après quelques réticences³⁷, le Conseil constitutionnel français s'en est enfin remis au ministère public en posant comme conditions que « les différences ne procèdent pas de discriminations injustifiées et que soient assurées des garanties égales aux justiciables »³⁸. La "décision de poursuite" ne véhiculait pas donc une simple position sur l'accusation. Avec ces nouvelles formes de l'action publique, le ministère public pouvait aussi intervenir dans le choix des conditions de la procédure (saisine du tribunal, ouverture d'une instruction, ou « saisine directe » permettant, sans flagrant délit, un jugement immédiat). Mais l'évolution que va connaître le pouvoir de décision du ministère public à partir de la dernière décennie du vingtième siècle va révolutionner sa fonction.

Faisant écho à l'apparition d'un nouveau modèle de justice, la justice reconstructive, le législateur français va organiser, particulièrement à partir de 1993, de nouveaux modes

³⁷ Décision n°75-56 DC du 23 juillet 1975 concernant la loi modifiant et complétant certaines dispositions de procédure pénale spécialement le texte modifiant les articles 398 et 398-1 du code de procédure pénale.

³⁸ Décision n° 80-127 DC des 19 et 20 janvier 1981 relative à la loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes.

procéduriers de traitement des affaires pénales en dehors de l'application de la norme pénale de fond ou avec une application ménagée. Inspiré en ceci par des pratiques de certains parquets nationaux et des expériences étrangères, le Code de procédure pénale français fera alors place à des procédures alternatives en commençant par la médiation pénale et les classement sous conditions (1993), passant par la composition pénale (1999), jusqu'à la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (2004). D'autres procédures existantes (comme l'amende forfaitaire et l'ordonnance pénale) ont également été réaménagées afin de servir au mieux les différents objectifs d'une justice qui se veut satisfaisante, rapide et efficace. Cette tendance à simplifier la justice pénale et à prendre plus en compte les intérêts des justiciables ne pouvait pas laisser insensible le législateur marocain.

Avec le nouveau Code de procédure pénale de 2002, la justice marocaine s'est alors dotée d'un certain nombre de nouvelles procédures alternatives au modèle classique de l'action publique. Entre la procédure dite de *transaction* ou de *Sadad* (art. 41 N.C.P.P.M.) et le titre exécutoire (art. 375 à 382 N.C.P.P.M.), d'autres dispositions ont été prévues afin d'améliorer le fonctionnement de la justice répressive.

Ce qui nous intéresse dans ce processus de diversification des modes de traitement des affaires pénales, c'est que la gestion en a été confiée au ministère public. Par conséquent, la décision de ce dernier ne s'entend plus uniquement par le seul rôle de la mise en mouvement de l'action publique. Le procureur est désormais appelé à peser des éléments extrêmement diversifiés afin de rendre une décision dont le sens s'étale sur des niveaux différents : d'abord, apprécier si l'affaire mérite ou non une suite ; ensuite, cette suite pouvant être de natures différentes, choisir entre un classement sous condition, un traitement extra-normatif ou un traitement normatif ; et enfin, préciser la procédure (classique ou simplifiée, légère ou lourde) qui sera mise en œuvre. Il ne fait aucun doute que nous sommes vraiment très loin du schéma initial de la décision de poursuivre présenté ci-dessus.

En somme, pour répondre à la question que nous nous sommes posés au début, la détermination de la fonction du ministère public aujourd'hui ne saurait se limiter au contenu classique de la fonction de poursuite. Dans le processus d'évolution présenté, il est clair que le cadre d'intervention s'est considérablement élargi. Tant son action que sa décision sont destinées à couvrir un domaine procédural très particulier. *Préalablement* à la phase juridictionnelle, d'une part, l'enquête de police judiciaire représente une sphère spécifique dont les commandes sont confiées à l'autorité judiciaire représentée par le ministère public. *Parallèlement* au processus juridictionnel, d'autre part, cette même autorité est responsable du service de l'orientation individualisée des affaires pénales afin qu'elles puissent recevoir le traitement opportun. Deux options se présentent alors à nous. Redéfinir la notion de poursuite afin qu'elle puisse englober l'ensemble des aspects de la fonction du parquet dans le procès pénal. Ou bien, garder à la notion de poursuite son acception classique et chercher une autre qualification à cette fonction. Nous préférons de loin la première. Sans vouloir en avancer une définition exhaustive, nous nous contenterons de souligner les contours généraux de la fonction de poursuite telle qu'elle s'est présentée à nous durant cet exposé. Traitant d'abord de la dimension du *rôle* de poursuite (l'action), la fonction du ministère public s'entend par l'ensemble des actes effectués par le parquet ou sous sa direction dès l'ouverture de l'enquête jusqu'au règlement de l'affaire pénale par une décision définitive. S'agissant ensuite du *cadre* procédural de l'intervention du parquet, il est clair désormais que la fonction du ministère public couvre tous les aspects du procès pénal dès la mise en œuvre des investigations policières suite à la constatation d'une situation infractionnelle jusqu'à l'aboutissement de la procédure judiciaire engagée qui peut être non-juridictionnelle (procédure alternative) ou juridictionnelle (action publique).

Evaluation et perspectives

Il convient d'observer qu'à travers tout le chemin qu'elle a fait durant les deux derniers siècles, la fonction du ministère public dans le système français n'a pas subi de changement fondamental pendant la phase juridictionnelle du procès pénal. Dans l'organisation du modèle classique de l'action publique, le rôle du parquet reste clairement délimité. Il représente l'accusation dans la mise en mouvement de cette action et en monopolise l'exercice en sa qualité de partie demanderesse. En revanche, la transformation de son action préalable à la phase juridictionnelle et la révolution de l'objet de sa décision en créant des voies parallèles au processus juridictionnel, ont eu le plus grand impact sur la conception du rôle de cette institution. Paradoxalement, encore prisonniers de la tradition d'un système bâti autour de la seule procédure de l'action publique, les travaux traitant du ministère public passent souvent cette évolution sous silence.

Considérées sous l'angle de leur nécessité pour la décision sur l'action publique, les enquêtes sont – toujours – conçues comme « des procédures antérieures à la saisine des juridictions compétentes, diligentées par la police judiciaire sous l'impulsion et le contrôle du ministère public, et qui ont pour objet par les premiers renseignements qu'elles apportent sur les infractions commises, d'éclairer le parquet au sujet des décisions à prendre au sujet des poursuites »³⁹. Il ressort de cette définition, outre les deux premiers éléments relatifs à la précision du moment de l'enquête par rapport au moment juridictionnel et aux acteurs qui en sont chargés, un troisième élément concernant l'objet de l'enquête. Celui-ci consisterait, selon cette définition, à récolter les premiers renseignements nécessaires afin d'éclairer le ministère public dans l'exercice de son office. L'enquête est alors une procédure préalable et préparatoire de la poursuite. En d'autres termes, si l'enquête est indispensable à l'exercice de la fonction de poursuite, elle n'en constitue pas une partie intégrante : elle se déroule en dehors du procès pénal. Pour cette doctrine, l'enquête de police judiciaire ne serait alors pas un moment judiciaire.

Cette conclusion peut sembler choquante à première vue. Ce serait alors uniquement en raison de cette formule nette et sèche que nous avons employée. Car, en réalité, les effets intrinsèques à cette assertion sont encore observables dans tous les détails de la procédure pénale française. Pour ne citer que cet exemple, observons comment M. Nicolas RAYNAUD de LAGE⁴⁰ expliquait l'absence du droit à l'assistance d'un avocat pendant l'enquête : « En effet, disait-il, le droit à l'assistance d'un avocat est un principe reconnu par la Convention européenne des droits de l'homme. Mais, ce droit ne se concrétise que lorsqu'une autorité judiciaire entre en jeu, donc dès la phase de poursuite, mais pas avant. C'est pourquoi, dans la phase policière, cette prérogative n'existe pas ».

Au Maroc, les auteurs reprennent cette même vision et continuent à ne concevoir les officiers de police judiciaire qu'en tant qu'auxiliaires de la justice pénale au même titre que le greffe, les experts et les avocats⁴¹. L'objet de l'intervention de cet organe reflète dans les définitions qui en sont données une profonde confusion. Tandis que certains auteurs considèrent que « les actes d'enquête ... se rapportent à la découverte des circonstances de l'infraction sans considération de la personne de son auteur qui sera considéré comme tout autre individu normal qui n'a pas commis d'infraction, dont la liberté et les droits ne sauraient

³⁹ MERLE Roger et VITU André, *Traité de droit criminel*, t. II, Procédure pénale, CUJAS, 5e éd., Paris, 2001, n° 264.

⁴⁰ RAYNAUD de LAGE Nicolas, *Le respect des droits de la défense dans la phase préliminaire du procès pénal*, Thèse, Toulouse I, 1998, p. 321.

⁴¹ MACHICHI Mohammed Idrissi Alami, *Procédure pénale*, Rabat, 1981.

être atteints par les actes de l'enquête »⁴², d'autres estiment que « l'enquête de police revient à la préparation d'un dossier complet relatif à la commission de l'infraction et à la personnalité de l'auteur [et que] ce document résulte d'un ensemble d'opérations plus ou moins dangereuses pour la liberté individuelle et contre lesquelles les assujettis ne bénéficient que de garanties légales sans grande efficacité pratique »⁴³. Ce type de propos qui continue à voir dans la phase de l'enquête une procédure accessoire au procès pénal proprement dit (l'action publique) et à soutenir que le ministère public n'agit jamais qu'en sa qualité de représentant de l'accusation puisqu'un acte de poursuite est par définition l'expression d'une prise de parti, démontre parfaitement que tandis que le cadre de la poursuite se transforme vers l'intégration du champ judiciaire, le rôle du ministère public continue à être examiné isolément par des outils incapables de rendre compte de sa réalité. C'est d'ailleurs en raison de l'incompatibilité de ces outils que depuis très longtemps, la doctrine ne cesse de dénoncer "*des attributions du parquet disparates et hétérogènes*". Il est donc compréhensible que les faux résultats obtenus à l'aide d'outils inspirés d'une conception archaïque aient conduit à ce malaise palpable chez divers auteurs qui se trouvent incapable de concilier leur conception d'une enquête qui, étrangère au processus juridictionnel, ne serait pas concernée par divers principes fondamentaux comme l'impartialité, l'équité et les droits de la défense, avec le besoin réel et pressant de soumettre cette procédure à ces mêmes principes.

Le système pénal marocain, dès 1959, s'est bâti sur une conception qui fait de la phase de l'enquête policière un moment judiciaire sous l'autorité judiciaire du ministère public. Cette conception à laquelle avait conduit le processus de judiciarisation de la fonction du parquet dans le système pénale français permettra d'expliquer plusieurs éléments de la structure du procès pénal marocain. Nous considérons, par ailleurs, que seule une analyse dans ce sens est capable d'entrouvrir les perspectives d'une évolution moderne et équilibrée de la fonction du ministère public. Grâce à elle nous serions en mesure d'ouvrir devant la justice répressive marocaine la possibilité de participer à cette marche incessante vers l'intégration des principes de droits de l'homme et de lui procurer les moyens nécessaires à sa dynamique.

Après un demi-siècle d'expérience, il semblerait, toutefois, que la procédure pénale marocaine éprouve beaucoup de mal à trouver sa voie vers la réalisation de ces ambitions. Contrairement à ce que l'on a l'habitude de laisser entendre, les difficultés de cette procédure ne proviennent pas exclusivement de l'absence d'une volonté politique favorable ou de l'inertie du législateur. L'expérience de l'élaboration du Code de procédure pénale de 2003 montre que malgré les concertations très étendues et l'audace incontestable des nouvelles dispositions, les résultats n'étaient pas à la hauteur des espérances. Il nous semble que l'essentiel de la souffrance du régime de la fonction du ministère public dans le système judiciaire pénal au Maroc revient en premier lieu à des handicaps d'ordre conceptuel qui, à défaut de les corriger, affaibliraient tout effort tant ambitieux soit-il.

⁴² KHAMLICH Ahmed, Traité de procédure pénale (an arabe), t. I, Imprimerie Almaarif Aljadida, Rabat, 1999, p. 261, n° 234.

⁴³ MACHICHI, précité, p. 115.