



HAL
open science

Le parquet, une autorité judiciaire indépendante ?

Marc-Antoine Granger

► **To cite this version:**

Marc-Antoine Granger. Le parquet, une autorité judiciaire indépendante ?. Actes du VIIIème Congrès français de droit constitutionnel, Jun 2011, Nancy, France. hal-03609624

HAL Id: hal-03609624

<https://hal.science/hal-03609624v1>

Submitted on 15 Mar 2022

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.

Le parquet, une autorité judiciaire indépendante ?

Marc-Antoine GRANGER¹

« Séisme judiciaire »², « tempête sur le parquet »³, « procureur (...) sur la sellette »⁴, les arrêts *Medvedyev*⁵ et *Moulin*⁶ rendus par la Cour européenne des droits de l'Homme les 29 mars et 20 novembre 2010 auraient, selon le professeur Frédéric SUDRE, « sonn(é) le glas du parquet »⁷. Sans exagérer la portée juridique de ces arrêts qui s'inscrivent dans une ligne jurisprudentielle somme toute bien affirmée, il convient cependant de ne point négliger leur impact sur le droit positif français. Ils bousculent le statut du parquet au regard de la Constitution française ou, à tout le moins, nous interrogent.

Certes, le statut du parquet est un vieux serpent de mer du « droit constitutionnel juridictionnel »⁸ qui ressurgit épisodiquement que ce soit notamment à l'occasion des projets de réforme de la procédure pénale⁹ ou de différentes « affaires médiatico-judiciaires »¹⁰. Déjà

¹ Docteur en droit, membre de l'IE2IA, ATER à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour.

² Jean-François RENUCCI, « Un séisme judiciaire : pour la Cour européenne des droits de l'Homme, les magistrats du parquet ne sont pas une autorité judiciaire », *D.*, 2009, p. 600, [en ligne]. Disponible sur [www.dalloz.fr] et Jean-François RENUCCI, « L'affaire *Medvedyev* devant la grande chambre : les « dits » et les « non-dits » d'un arrêt important », *D.*, 2010, p. 1386, [en ligne]. Disponible sur [www.dalloz.fr].

³ Jean-Pierre MARGUENAUD, « Tempête sur le Parquet », comm. sous CEDH, 10 juillet 2008, *Medvedyev c/ France*, RSC, 2009, p. 176, [en ligne]. Disponible sur [www.dalloz.fr].

⁴ Jean-François RENUCCI, « Un séisme judiciaire : pour la Cour européenne des droits de l'Homme, les magistrats du parquet ne sont pas une autorité judiciaire », *op. cit.*

⁵ CEDH, 29 mars 2010, *Medvedyev et autres c. France*, requête n° 3394/03.

⁶ CEDH, 20 novembre 2010, *Moulin c. France*, requête n° 37104/06.

⁷ Frédéric SUDRE, « Le glas du parquet », somm. sous CEDH, 20 novembre 2010, *Moulin c/ France*, JCP G, n° 49, 6 décembre 2010, [en ligne]. Disponible sur [www.lexisnexis.com].

⁸ Expression empruntée au doyen Louis FAVOREU pour désigner les travaux relatifs à l'organisation ou au fonctionnement de la justice sous l'angle constitutionnel : Louis FAVOREU, « Brèves observations sur la situation du parquet au regard de la Constitution », RSC, 1994, p. 675, [en ligne]. Disponible sur [www.dalloz.fr].

⁹ Mireille DELMAS-MARTY (dir.), *La Mise en état des affaires pénales*, rapport de la commission justice pénale et droits de l'Homme, La documentation française, janvier 1991, pp. 225, [en ligne]. Disponible sur [www.ladocumentationfrancaise.fr] ; Henri DONNEDIEU DE VABRES, « La réforme de l'instruction préparatoire », RSC, 1949, pp. 499 et s. (texte du rapport de la commission sur le code d'instruction criminelle) ; Philippe LEGER (dir.), *rapport du comité de réflexion sur la justice pénale*, 1^{er} septembre 2009, pp. 59, [en ligne]. Disponible sur [www.justice.gouv.fr], et Pierre TRUCHE (dir.), *rapport de la commission de réflexion sur la justice*, La documentation française, juillet 1997, pp. 500, [en ligne]. Disponible sur [www.ladocumentationfrancaise.fr].

¹⁰ Concernant l'« affaire d'Outreau », v. en particulier le rapport n° 3125 de Philippe HOUILLON et de André VALLINI, fait au nom de la commission d'enquête chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l'affaire dite d'Outreau et de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 6 juin 2006, [en ligne], pp. 585 et suivantes. Disponible sur [www.assemblee-nationale.fr]. Concernant l'« affaire Woerth-Bettencourt », v. par exemple, AFP, « Juge d'instruction pour Woerth-Bettencourt : " pas trop tôt " », 26 octobre 2010 ; Eva JOLY (propos recueillis par Gérard DAVET), « " M. Courroye est un procureur aux ordres " », *Le Monde*, 16 juillet 2010, p. 11, et la pétition du club « justice, droits et sécurités » lancée sur le site du journal en ligne Mediapart demandant l'ouverture d'une instruction : « Plus de 27.000 signataires de l'appel pour une justice indépendante et impartiale », [en ligne].

en 1994, à la lumière des propositions du Comité consultatif pour la révision de la Constitution¹¹, le doyen Louis FAVOREU dressait un constat plutôt sévère mais qui n'a malheureusement pas perdu de son acuité : « le problème du statut constitutionnel du parquet et de ses membres n'est toujours pas résolu, du moins de manière vraiment satisfaisante »¹². A l'heure de la réforme de la garde à vue¹³ et de la procédure pénale plus globalement¹⁴, une réflexion sur l'indépendance du parquet et sur son rôle dans la phase présentencielle du processus pénal ne peut être évitée d'autant que les récentes décisions rendues par la Cour européenne des droits de l'Homme et par les juridictions nationales ont déjà commencé à produire leurs effets. En témoigne, par exemple, la loi du 5 janvier 2011 relative à la lutte contre la piraterie et à l'exercice des pouvoirs de police de l'Etat en mer¹⁵. Espérant répondre aux attentes de la Cour strasbourgeoise, le législateur français a prévu que le procureur de la République doit saisir le juge des libertés et de la détention (JLD) dans un délai de 48 heures suivant la mise en œuvre des mesures de restriction ou de privation de liberté prises à l'encontre des personnes à bord des navires soupçonnées d'avoir commis des actes de piraterie. Ce magistrat du siège statue dans un délai de 48 heures sur la prolongation éventuelle de ces mesures coercitives pour une durée maximale de cinq jours¹⁶. Plus récemment encore, le 14 avril 2011 précisément, le législateur a voté la loi relative à la garde à vue¹⁷. Prévue initialement pour figurer dans le cadre de la réforme d'ensemble de la procédure pénale, cette modification du régime juridique des gardes à vue a finalement été adoptée séparément pour tenir compte de la décision *M. Daniel W. et autres* rendue par le Conseil constitutionnel le 30 juillet 2010¹⁸. Afin de permettre au législateur de prendre les

Disponible sur [www.mediapart.fr]. Concernant l'affaire « urba », v. notamment, Valéry TURCEY, « Vers un nouveau pouvoir judiciaire ? », *LPA*, n° 100, 20 août 1997, p. 3, [en ligne]. Disponible sur [www.lextenso.fr].

¹¹ Rapport remis au président de la République le 15 février 1993 par le Comité consultatif pour la révision de la Constitution, *J.O.*, 16 février 1993, pp. 2537-2555.

¹² Louis FAVOREU, « Brèves observations sur la situation du parquet au regard de la Constitution », *op. cit.*

¹³ V. la loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue, *J.O.* 15 mars 2011, texte n° 1, p. 6610. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, du Conseil constitutionnel (Cons. const., décision n° 14/22 QPC, 30 juillet 2010, *M. Daniel W. et autres*, *J.O.* 31 juillet 2010, p. 14198) et de la Cour de cassation (Cass., crim., 19 octobre 2010, n° 10-82902 ; Cass., crim., 19 octobre 2010, n° 10-82306, et Cass., crim., 19 octobre 2010, n° 10-85051) ont rendu nécessaire cette réforme du régime de la garde à vue.

¹⁴ L'avant-projet du futur code de procédure pénale soumis à concertation ([en ligne]. Disponible sur [www.justice.gouv.fr]) prévoit en particulier un cadre juridique unique permettant de mener les investigations de police judiciaire - l'enquête judiciaire pénale - qui se substituerait ainsi à l'enquête de flagrance, à l'enquête préliminaire et à l'instruction préparatoire. La direction des activités de police judiciaire serait assurée par le seul procureur de la République (art. 221-16 de l'avant-projet du futur code de procédure pénale soumis à concertation). Pour sa part, le procureur général devrait conserver la surveillance des officiers et agents de police judiciaire (art. 221-13 de l'avant-projet du futur code de procédure pénale soumis à concertation). V. Philippe LEGER (dir.), *rapport du comité de réflexion sur la justice pénale*, *op. cit.* Pour la mise en évidence de quelques difficultés liées à l'instauration de ce cadre unique d'enquête, v. notamment, Haritini MATSOPOULOU, « Plaidoyer pour l'indépendance fonctionnelle des magistrats du parquet », comm. sous CEDH, 29 mars 2010, *Medvedyev et autres c. France*, requête n° 3394/03, *Gaz. Pal.*, n° 117, 27 avril 2010, p. 15, [en ligne]. Disponible sur [www.lextenso.fr].

¹⁵ Loi n° 2011-13 du 5 janvier 2011 relative à la lutte contre la piraterie et à l'exercice des pouvoirs de police de l'Etat en mer, *J.O.* 6 janvier 2011, n° 4, p. 374.

¹⁶ *Ibid.*, art. 6.

¹⁷ Loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue, préc.

¹⁸ Cons. const., décision n° 2010-14/22 QPC, 30 juillet 2010, *M. Daniel W. et autres*, préc.

mesures nécessaires d'adaptation du droit positif, le Conseil constitutionnel a en effet décidé de reporter au 1^{er} juillet 2011 la date d'effet de l'abrogation des dispositions du code de procédure pénale relatives au régime commun des gardes à vue qui ont été jugées contraires à la Constitution¹⁹. Pour tirer les conséquences des jurisprudences nationales et européennes, cette loi du 14 avril 2011 (promulguée le 15 avril 2011 sans même avoir été déférée au Conseil constitutionnel sur le fondement de l'article 61, alinéa 2, de la Constitution) poursuit deux objectifs : d'une part, « maîtriser le nombre des gardes à vue » par un encadrement plus strict des conditions justifiant le recours à ces mesures de contrainte et, d'autre part, « accroître de façon significative les droits des personnes gardées à vue notamment le droit à l'assistance d'un avocat »²⁰. Au-delà de ces adaptations bienvenues du droit en vigueur, jugées encore trop timides selon certains²¹, des modifications plus profondes sont préconisées. Ainsi, le groupe de travail sur l'évolution du régime de l'enquête et de l'instruction recommande une révision constitutionnelle tendant à modifier le statut du parquet²². Et la sénatrice Nicole BORVO COHEN-SEAT de déclarer qu'en 2008 « nous avons raté le coche ! »²³. Dans la même veine, la Commission nationale consultative des droits de l'Homme (CNCDH) estime que, dans le cadre de la réforme de la procédure pénale, « des garanties d'indépendance du parquet devraient être assurées, d'une part, par une nomination sur avis conforme d'un Conseil supérieur de la magistrature rénové et, d'autre part, par la suppression pure et simple dans les textes des instructions individuelles »²⁴. Avant d'engager plus avant l'examen de la question de l'indépendance du parquet, quelques précisions liminaires s'imposent. A ce titre, le parquet rassemble les magistrats du ministère

¹⁹ *Ibid.*, considérant n° 30. Dans le prolongement de l'arrêt Association AC ! lu par le Conseil d'Etat le 11 mai 2004 (Rec. p. 197) et de la décision rendue par le Conseil constitutionnel le 19 juin 2008 à propos de la loi relative aux organismes génétiquement modifiés (Cons. const., décision n° 2008-564 DC, 19 juin 2008, Loi relative aux organismes génétiquement modifiés, Rec. 313, considérant n° 58), la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 autorise le Conseil constitutionnel à moduler dans le temps les effets des abrogations prononcées sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution. L'article 62, alinéa 2, de la Constitution dispose en effet : « une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause ». Sur cette question, il pourra être utile de se reporter à la communication du Conseil constitutionnel : « Les effets dans le temps des décisions QPC du Conseil constitutionnel », avril 2011, [en ligne]. Disponible sur [www.conseil-constitutionnel.fr].

²⁰ Projet de loi relatif à la garde à vue n° 2855 présenté au nom de M. François FILLON, Premier ministre, par Mme Michèle ALLIOT-MARIE, ministre d'Etat, garde des sceaux, ministre de la justice et des libertés, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 13 octobre 2010, [en ligne]. Disponible sur [www.assemblee-nationale.fr].

²¹ Concernant la loi du 5 janvier 2011, v. l'article rédigé par Clémentine KLEITZ, « La Convention européenne, simple joker », *Gaz. Pal.*, n° 13, 13 janvier 2011, p. 3, [en ligne]. Disponible sur [www.lextenso.fr]. Concernant la loi du 14 avril 2011, v. l'article rédigé par Haritini MATSOPOULOU, « Une réforme inachevée. A propos de la loi du 14 avril 2011 », *JCP G*, n° 19, mai 2011, 542, [en ligne]. Disponible sur [www.lexisnexus.com].

²² Rapport d'information n° 162 de Jean-René LECERF et Jean-Pierre MICHEL fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale par le groupe de travail sur l'évolution du régime de l'enquête et de l'instruction, enregistré à la présidence du Sénat le 8 décembre 2010, pp. 5 et 43, [en ligne]. Disponible sur [www.senat.fr].

²³ *Ibid.*, p. 47.

²⁴ CNCDH, *Avis sur la réforme de la procédure pénale*, adopté par l'Assemblée plénière du 10 juin 2010, § 22, [en ligne]. Disponible sur [www.cncdh.fr].

public, c'est-à-dire le procureur général près la Cour de cassation, les procureurs généraux près les cours d'appel, les procureurs de la République près les tribunaux de grande instance et les magistrats placés sous leur direction respective²⁵. Certains auteurs ont parfois proposé d'expliquer l'origine étymologique de l'expression « parquet » en indiquant « qu'autrefois, les représentants du ministère public se tenaient, comme les avocats, sur le plancher même de la salle d'audience, au pied de l'estrade sur laquelle siégeaient les juges »²⁶. Bien que l'explication n'ait pas convaincu l'ensemble de la doctrine, l'appellation quant à elle demeure²⁷. Quoi qu'il en soit, et à la lettre de l'article 1^{er} de l'ordonnance portant loi organique relative au statut des magistrats, les magistrats du parquet font partie du « corps judiciaire » à l'instar des auditeurs de justice et des magistrats du siège²⁸. Par sa décision rendue le 21 février 1992²⁹, le Conseil constitutionnel a admis la constitutionnalité de cette unité du corps judiciaire³⁰ dans la mesure où il a jugé que l'article 1^{er} de l'ordonnance statutaire, qui prévoit que « " tout magistrat a vocation à être nommé au cours de sa carrière, à des fonctions du siège et du parquet " (...), n'est pas contraire à la Constitution »³¹. Parallèlement, et dans le prolongement d'une jurisprudence constante, le Conseil constitutionnel a récemment réaffirmé dans sa décision *M. Abderrahmane L.*, rendue le 6 mai 2011, que l'autorité judiciaire comprend « à la fois les magistrats du siège et du parquet »³². Or, est-il besoin de rappeler que l'article 66, alinéa 2, de la Constitution dispose : « l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi ». Dès lors, le magistrat du parquet, tout autant que son homologue du siège, est habilité par la Constitution à garantir le respect de la liberté individuelle. Ceci explique qu'au-delà de ses principales attributions relatives à l'exercice de l'action publique, à l'application de la loi³³, à l'appréciation de l'opportunité des poursuites³⁴,

²⁵ Pour davantage de précisions, v. Jean PRADEL, *Procédure pénale*, Ed. Cujas, 12^{ème} éd., Paris, 2004, pp. 127 et s., et Michèle-Laure RASSAT, *Procédure pénale*, Ellipses, Paris, 2010, pp. 170 et s.

²⁶ François KONING et Stanislas VAILHEN, « Le ministère public à l'audience pénale : tout sauf une " simple erreur de menuiserie » (1^{ère} partie), *LPA*, 28 janvier 1999, n° 20, p. 13, [en ligne]. Disponible sur [www.lextenso.fr].

²⁷ Selon le professeur Jean-Marie CARBASSE, « cette explication n'est pas soutenable, dans la mesure où la séparation entre les gens du roi et les juges du " siège " remonte aux débuts de l'institution, c'est-à-dire à une époque où le sol des salles de justice n'était évidemment revêtu d'aucun parquet, et en tout cas bien avant que le terme " parquet " ne désigne un tel revêtement de sol » : Jean-Marie CARBASSE, *Histoire du parquet*, PUF, Paris, 2000, p. 20. V. également, Jacques HOSSAERT, « Ministère public : notion et rôle. Rentrée solennelle du TGI de Nanterre », *LPA*, n° 33, 14 février 2003, p. 3, [en ligne]. Disponible sur [www.lextenso.fr], et Michèle-Laure RASSAT, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 170.

²⁸ Art. 1^{er} de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, J.O. 23 décembre 1958, p. 11551.

²⁹ Cons. const., décision n° 92-305 DC, 21 février 1992, Loi organique modifiant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, RJC I-483.

³⁰ V., par exemple, sur cette question : Jérôme BETOULLE et Guy CANIVET, « Magistrat », *Dalloz*, Rép. pr. civ., mars 2005, p. 17, [en ligne]. Disponible sur [www.dalloz.fr], et Louis FAVOREU, « Brèves observations sur la situation du parquet au regard de la Constitution », *op. cit.*

³¹ Cons. const., décision n° 92-305 DC, 21 février 1992, préc., considérant n° 10.

³² Cons. const., décision n° 2011-125 QPC, 6 mai 2011, *M. Abderrahmane L.*, J.O. 7 mai 2011, texte n° 76, considérant n° 8. Pour une décision rendue en ce sens sur le fondement de l'article 61, al. 2, de la Constitution, v. Cons. const., décision n° 93-326 DC, 11 août 1993, Loi modifiant la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme du code de procédure pénale, Rec. 217, RJC I-552, considérant n° 5.

³³ L'article 31 du code de procédure pénale dispose : « Le ministère public exerce l'action publique et requiert l'application de la loi ».

à l'exécution des peines exécutoires³⁵ et à la représentation de la justice dans les politiques territorialisées³⁶, le parquet et, en particulier le procureur de la République, contrôlent certaines mesures d'enquête privatives de liberté à l'instar de la garde à vue. C'est sur ce terrain d'exploration que la problématique de l'indépendance du parquet sera plus particulièrement examinée, car c'est sous ce prisme que le statut du parquet est sans doute le plus mis à l'épreuve. La Cour européenne des droits de l'Homme exige en effet que, dans l'exercice de cette mission de protection de la liberté individuelle, le magistrat présente des garanties d'indépendance tant à l'égard de l'exécutif que des parties. Reste à définir, tout au moins sommairement, ce qu'il convient d'entendre par « indépendance du parquet »³⁷. Pour le

³⁴ L'article 40, alinéa 1^{er}, du code de procédure pénale prévoit que « le procureur de la République reçoit les plaintes et les dénonciations et apprécie la suite à leur donner (...) ». Certains procureurs estiment que « l'opportunité des poursuites (s'est) transformée en opportunité du mode de poursuite, car la réponse pénale tend à devenir obligatoire, mais selon des modes de plus en plus variés ». L'opportunité exercerait davantage ses effets sur le choix des modes de poursuite que sur le choix d'exercer ou non les poursuites. Dans cette perspective, on peut se reporter utilement au rapport scientifique de recherche : Florence AUDIER, Maya BEAUVALLET, Eric-Guy MATHIAS, Jean-Luc OUTIN et Muriel TABARIES, *Le métier de procureur de la République ou le paradoxe du parquetier moderne*, recherche réalisée avec le soutien de la Mission de la Recherche Droit et Justice, 2007, p. 139, [en ligne]. Disponible sur [www.gip-recherche-justice.fr].

³⁵ En principe, une peine est ramenée à exécution lorsqu'elle est exécutoire et devenue définitive, c'est-à-dire lorsque les délais d'opposition, d'appel ou de pourvoi en cassation sont expirés. Toutefois, le délai d'appel du procureur général prévu aux articles 505 et 548 du code de procédure pénale ne fait pas obstacle à l'exécution de la peine privative de liberté. Dans cette dernière hypothèse, la peine est exécutoire mais non encore définitive : v. l'art. 708 du code de procédure pénale.

³⁶ Pour une approche de cette fonction sous l'angle d'une sociologie descriptive et analytique, v. en particulier, Philip MILBURN, Katia KOSTULSKI et Denis SALAS, *Les procureurs. Entre vocation judiciaire et fonctions politiques*, PUF, Paris, 2010, pp. 135 et s.

³⁷ En premier lieu, il importe de distinguer l'indépendance des magistrats judiciaires prévue par l'article 64 de la Constitution et l'indépendance des juridictions dans la mesure où, dans le cadre de ces lignes, seule la première retiendra notre attention. Garanti par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789 (v. par exemple, Cons. const., décision n° 2006-545 DC, 28 décembre 2006, Loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social, Rec. 138, considérant n° 24), le « principe constitutionnel de l'indépendance des juridictions » (v. par exemple, Cons. const., décision n° 86-223 DC, 29 décembre 1986, Loi de finances rectificative pour 1986, Rec. 184, considérant n° 5) signifie notamment que « ni le législateur, ni le gouvernement, non plus qu'aucune autorité administrative » ne peuvent empiéter sur leurs fonctions (Cons. const., décision n° 2007-551 DC, 1^{er} mars 2007, Loi organique relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats, Rec. 86, considérant n° 10). Il résulte de la décision *Consorts C. et autres* rendue par le Conseil constitutionnel le 2 juillet 2010 que ce principe de l'indépendance des juridictions est susceptible d'être invoqué à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité (à propos des tribunaux maritimes commerciaux (TMC) : Cons. const., décision n° 2010-10 QPC, 2 juillet 2010, *Consorts C. et autres*, J.O. 3 juillet 2010, p. 12120). V. à titre complémentaire, Thierry RENOUX, « Indépendance de la justice », in Olivier DUHAMEL et Yves MENY (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, PUF, Paris, 1992, pp. 500-502.

En deuxième lieu, il convient de ne pas confondre l'indépendance avec l'impartialité. A la différence de l'indépendance, l'impartialité ne se conçoit que par rapport à soi et non par rapport à des influences extérieures. « Elle exclut tout militantisme, tout favoritisme (...) et toute prétention idéologique » (Jean-Louis BERGEL, « Introduction générale », in actes du colloque du Sénat, *L'office du juge*, 29 et 30 septembre 2006, p. 23, [en ligne]. Disponible sur [www.senat.fr]). En conséquence, « elle exige que le magistrat, quelles que soient ses opinions, soit libre d'accueillir et de prendre en compte tous les points de vue débattus devant lui » (Conseil supérieur de la magistrature, *Recueil des obligations déontologiques des magistrats*, Dalloz, Paris, 2010, p. 9). Pour une présentation de la nécessaire impartialité que les membres du ministère public doivent manifester dans l'exercice de leurs missions, v. en particulier, Marc ROBERT, « Le rôle et le statut du ministère public en Europe : les grands problèmes et le projet de recommandation du Conseil de l'Europe », in *Quel ministère public en Europe au XXI^{ème}*

professeur Thierry RENOUX, il s'agit de la situation dans laquelle le magistrat n'a « rien à craindre ni à désirer de personne »³⁸. A l'occasion de l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation, le procureur général, Jean-Louis NADAL, a réaffirmé son attachement à l'indépendance des magistrats qu'il considère comme « le bien le plus précieux de la justice dans la République ». Il a rappelé la définition qu'en proposait l'un de ses prédécesseurs, André DUPIN : « " quelque chose de plus que la liberté ", la " liberté perfectionnée ". Car " être indépendant, c'est savoir défendre son opinion, sa croyance et ses actes contre les attaques du dehors, contre tous ceux qui, sans en avoir le droit, font effort sur notre volonté pour nous imposer la leur ; en un mot, c'est savoir être soi, dans la pureté de sa conscience et de sa conviction (...) " »³⁹. En raison de leur lien avec le pouvoir exécutif, des conditions de leur nomination et du déroulement de leur carrière, ainsi que de leur rôle à l'égard des parties dans le procès pénal, il semble bien difficile d'admettre que les membres du parquet bénéficient des garanties d'indépendance susceptibles de satisfaire aux exigences conventionnelles. Doit-on en déduire, à l'instar du syndicat de la magistrature, que la jurisprudence de la Cour de Strasbourg a « disqualifié le ministère public pour la mission de contrôle des gardes à vue »⁴⁰ ? Telle est l'une des questions centrales à laquelle cette contribution se propose de répondre. Pour ce faire, et dans le cadre qui vient d'être tracé, un réexamen du statut constitutionnel du parquet s'impose (I). Il sera alors possible de démontrer que ce statut constitutionnel du parquet n'est pas véritablement en sursis (II).

siècle, actes de la conférence paneuropéenne organisée en coopération avec l'École nationale de la magistrature (22-24 mai 2000), éd. du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2000, p. 40.

En dernier lieu, l'impact du budget du ministère de la justice sur l'indépendance du ministère public ne sera pas retenu dans le cadre de cette étude. Pour une mise en évidence de cet aspect de l'indépendance du ministère public, v. par exemple, Darina SVABYOVA, « Rôle et statut du ministère public », in *Quel ministère public en Europe au XXI^{ème} siècle*, op. cit., p. 89.

³⁸ Thierry RENOUX, *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire. L'élaboration d'un droit constitutionnel juridictionnel*, préface de Louis FAVOREU, Economica, PUAM, Droit public positif, Paris, 1984, p. 99.

³⁹ Jean-Louis NADAL, discours prononcé à l'occasion de l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation, Paris, 7 janvier 2011, [en ligne]. Disponible sur [www.courdecassation.fr].

⁴⁰ Syndicat de la magistrature, « Observations sur le projet de loi relatif à la garde à vue déposé à l'Assemblée nationale le 13 octobre 2010 », Paris, novembre 2010, p. 19, [en ligne]. Disponible sur [www.syndicat-magistrature.org].

I] Le statut constitutionnel du parquet

Par les apports successifs de sa jurisprudence, le Conseil constitutionnel a progressivement édifié un véritable statut constitutionnel du parquet palliant le relatif silence du constituant en la matière. Dans l'optique de cette étude, trois éléments essentiels constitutifs de ce statut seront mis en exergue. *Primo*, la Constitution garantit l'indépendance du parquet (A). *Secundo*, le parquet assure la protection de la liberté individuelle (B). *Tercio*, le parquet dirige la police judiciaire (C).

A- L'indépendance du parquet constitutionnellement garantie

En 1994, et au terme d'une interprétation de la décision rendue par le Conseil constitutionnel le 9 juillet 1970 à propos de la loi organique relative au statut des magistrats⁴¹, le doyen Louis FAVOREU indiquait que « l'indépendance des magistrats du parquet n'est pas constitutionnellement protégée »⁴². En l'état actuel du droit, cette affirmation mérite d'être pondérée, car la jurisprudence constitutionnelle, certes non sans une « prudente réserve »⁴³, garantit l'indépendance du parquet.

En écho au quatrième principe formulé par la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 en vertu duquel « l'autorité judiciaire doit demeurer indépendante (...) »⁴⁴, l'article 64 de la Constitution du 4 octobre 1958 dispose : « le Président de la République est garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire ». Est ainsi consacrée par la Constitution l'indépendance de l'autorité judiciaire⁴⁵. Le Conseil constitutionnel assure avec vigilance le respect de cette indépendance comme l'illustre par exemple la décision qu'il a rendue le 19 juillet 2010 sur saisine de la loi organique relative à l'application de l'article 65 de la Constitution⁴⁶. Après avoir rappelé les termes de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen et des articles 64 et 65 de la Constitution, le Conseil juge qu'« il résulte de l'ensemble de ces dispositions que l'indépendance du Conseil supérieur de la magistrature concourt à l'indépendance de l'autorité judiciaire »⁴⁷. Bien entendu, la formule du constituant selon laquelle c'est le Président de la République, chef du pouvoir exécutif, qui

⁴¹ Cons. const., décision n° 70-40 DC, 9 juillet 1970, Loi organique relative au statut des magistrats, Rec. 25, GD 14.

⁴² Louis FAVOREU, « Brèves observations sur la situation du parquet au regard de la Constitution », *op. cit.*

⁴³ Louis FAVOREU et Loïc PHILIP, avec la collaboration de Patrick GAÏA, Richard GHEVONTIAN, Ferdinand MELIN-SOUCRAMANIEN et André ROUX, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, Grands arrêts, 14^{ème} éd., Paris, 2007, p. 183.

⁴⁴ Loi constitutionnelle du 3 juin 1958 portant dérogation transitoire aux dispositions de l'article 90 de la Constitution, J.O. 4 juin 1958, p. 5326.

⁴⁵ On peut observer que, non sans une certaine maladresse sémantique (le terme « droit » n'étant pas le plus idoine), le Conseil supérieur de la magistrature considère que « l'indépendance de l'autorité judiciaire est un droit constitutionnel » : Conseil supérieur de la magistrature, *Recueil des obligations déontologiques des magistrats*, *op. cit.*, p. 1.

⁴⁶ Cons. const., décision n° 2010-611 DC, 19 juillet 2010, Loi organique relative à l'application de l'article 65 de la Constitution, J.O. 23 juillet 2010, p. 13583.

⁴⁷ *Ibid.*, considérant n° 5.

assure l'indépendance de l'autorité judiciaire peut paraître bien « incongru(e) »⁴⁸, ou à tout le moins « curieu(se) »⁴⁹. On peut regretter que la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 n'ait pas fait disparaître cette formulation datant de l'âge de pierre, car comme l'indique le professeur Guy CARCASSONNE « autant proclamer que le loup est garant de la sécurité de la bergerie »⁵⁰. Afin de supprimer cette « impossibilité constitutionnelle évidente pour un Président (...) d'être (...) garant de l'indépendance judiciaire »⁵¹, il serait particulièrement judicieux de substituer à l'actuel article 64, alinéa 1^{er}, de la Constitution un énoncé du type « l'autorité judiciaire est indépendante » que l'on retrouve dans certains textes constitutionnels sous réserve de quelques variations sémantiques⁵². D'ailleurs, Nathalie MERLEY a parfaitement démontré que le Conseil constitutionnel lorsqu'il mobilise l'article 64 de la Constitution occulte généralement la référence au rôle du Président de la République de sorte que « c'est bien plutôt la Constitution elle-même que le chef de l'Etat qui garantit l'indépendance »⁵³ de l'autorité judiciaire.

Toujours est-il que par sa décision du 11 août 1993 rendue à propos de la loi portant réforme du code de procédure pénale, le Conseil constitutionnel a précisé pour la première fois que « l'autorité judiciaire (...) comprend à la fois les magistrats du siège et ceux du parquet »⁵⁴. Cette jurisprudence, depuis lors constamment confortée, conduit à reconnaître

⁴⁸ Guy CARCASSONNE, *La Constitution introduite et commentée*, préface de G. VEDEL, Seuil, Points, 9^{ème} éd., Paris, 2009, p. 312.

⁴⁹ Jacques ROBERT, « La nation et ses juges », *RDP*, 2006, n° 3, p. 547, [en ligne]. Disponible sur [www.lextenso.fr].

⁵⁰ Guy CARCASSONNE, *La Constitution introduite et commentée*, *op. cit.*, p. 312.

⁵¹ Jacques ROBERT, « La nation et ses juges », *op. cit.*

⁵² V. en particulier, l'article 191 c de la Constitution suisse (« Dans l'exercice de leurs compétences juridictionnelles, les autorités judiciaires sont indépendantes et ne sont soumises qu'à la loi ») ; l'article 209 de la Constitution de la République du Burundi (« le pouvoir judiciaire est impartial et indépendant du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif ») ; l'article 65 de la Constitution de la République arabe d'Egypte (« L'Etat est soumis à la loi. L'indépendance de la magistrature et son immunité sont deux garanties fondamentales pour la protection des droits et des libertés ») ; l'article 68, alinéa 1^{er}, de la Constitution de la République Gabonaise (« La justice est une autorité indépendante du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif »), et l'article 99, alinéa 1^{er}, de la Constitution du Niger (« Le pouvoir judiciaire est indépendant du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif »). Les textes constitutionnels cités sont notamment accessibles en ligne : [www.accpuf.org]. Parfois, les Constitutions précisent explicitement que les membres du parquet bénéficient de l'indépendance. C'est le cas, par exemple, de l'article 151 de la Constitution belge (« Les juges sont indépendants dans l'exercice de leurs compétences juridictionnelles. Le ministère public est indépendant dans l'exercice des recherches et poursuites individuelles, sans préjudice du droit du ministre compétent d'ordonner des poursuites et d'arrêter des directives contraignantes de politique criminelle, y compris en matière de politique de recherche et de poursuite » : [en ligne], disponible sur [www.const-court.be]) ou de l'article 108, alinéa 2, de la Constitution italienne (« La loi assure l'indépendance des juges des juridictions spéciales, du ministère public près ces juridictions et des personnes étrangères à la magistrature qui participent à l'administration de la justice » : [en ligne], disponible sur [http://cdpc.univ-tln.fr]).

⁵³ Nathalie MERLEY, « Le chef de l'Etat et l'autorité judiciaire sous la V^{ème} République », *RDP*, 1997, n° 3, p. 713. En ce sens, v. par exemple, Cons. const., décision n° 92-305 DC, 21 février 1992, Loi organique modifiant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, Rec. 27, considérant n° 7.

⁵⁴ Cons. const., décision n° 93-326 DC, 11 août 1993, Loi modifiant la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme du code de procédure pénale, Rec. 217, RJC I-552, considérant n° 5.

que l'indépendance des magistrats du parquet est constitutionnellement protégée⁵⁵. En effet, qualifiés d'« autorité judiciaire » par le droit constitutionnel jurisprudentiel, les magistrats du parquet jouissent du même coup de la garantie constitutionnelle de leur indépendance conformément à l'article 64 de la Constitution. Comme l'indique le rapporteur public Mattias GUYOMAR dans ses conclusions sur l'arrêt *Mme Nadège A.*⁵⁶, le principe de l'indépendance de l'autorité judiciaire impose « que des garanties particulières s'attachent à la qualité de magistrat, sans incidence sur ce point qu'il soit du siège ou du parquet »⁵⁷. En l'espèce, et suivant l'interprétation de son rapporteur public, la section du contentieux du Conseil d'Etat en a déduit que les principes constitutionnels de l'indépendance de l'autorité judiciaire et de la séparation des pouvoirs impliquent que le décret de nomination d'un magistrat ne peut être retiré dans les conditions fixées par la jurisprudence *Ternon*, mais seulement dans celles formulées par le statut de la magistrature⁵⁸. Reste cependant que les membres du parquet bénéficient de garanties d'indépendance moins importantes que leurs homologues du siège⁵⁹.

En premier lieu, aux termes de l'article 64, alinéa 4, de la Constitution, les magistrats du siège sont inamovibles, c'est-à-dire qu'ils « ne peu(vent) recevoir sans (leur) consentement une affectation nouvelle, même en avancement »⁶⁰, sauf déplacement d'office prononcé au titre d'une sanction disciplinaire⁶¹ ou application de la règle des sept ans pour les chefs de juridiction des premier et second degrés⁶². La jurisprudence constitutionnelle livre de nombreux exemples de censures prononcées pour violation de l'inamovibilité des magistrats du siège. Le 26 janvier 1967, par exemple, le Conseil constitutionnel déclare inconstitutionnelles les dispositions de la loi organique modifiant et complétant l'ordonnance du 22 décembre 1958 qui ouvraient au Gouvernement la faculté d'affecter d'office à un emploi de magistrat du siège des conseillers référendaires dont les fonctions arrivaient à expiration⁶³. Toutefois, à la différence de l'article 107 de la Constitution italienne⁶⁴, la Constitution française ne garantit l'inamovibilité qu'aux seuls magistrats du siège ce qui signifie que les parquetiers ne sont donc pas à l'abri de toute affectation nouvelle non

⁵⁵ Dans le prolongement de la décision du 11 août 1993, v. par exemple, Cons. const., décision n° 97-389 DC, 22 avril 1997, Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration, Rec. 45, considérant n° 61 et Cons. const., décision n° 2010-80 QPC, 17 décembre 2010, *M. Michel F.*, J.O. 19 décembre 2010, p. 22374, considérant n° 11.

⁵⁶ CE, sect., 1^{er} octobre 2010, *Mme Nadège A.*, n° 311938.

⁵⁷ Mattias GUYOMAR, concl. sur CE, sect., 1^{er} octobre 2010, *Mme Nadège A.*, *Gaz. Pal.*, 21 octobre 2010, n° 294, p. 16, [en ligne]. Disponible sur [www.lextenso.fr].

⁵⁸ CE, sect., 1^{er} octobre 2010, *Mme Nadège A.*, préc.

⁵⁹ Il est bien sûr question de l'indépendance à l'égard du pouvoir exécutif puisque par rapport aux parties et aux juges du siège, les magistrats du parquet jouissent d'une indépendance absolue. V. pour une bonne synthèse, Jacques BUISSON et Serges GUINCHARD, *Procédure pénale*, Litec, 5^{ème} éd., Paris, 2009, p. 356.

⁶⁰ Art. 4, alinéa 2, de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, préc.

⁶¹ Art. 45 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, préc.

⁶² Art. 28-2, 37 et 38-2 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, préc.

⁶³ Cons. const., décision n° 67-21 DC, 26 janvier 1967, Loi organique modifiant et complétant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, Rec. 19.

⁶⁴ Art. 107 de la Constitution italienne : « Les magistrats sont inamovibles (...) ».

librement consentie⁶⁵. Il s'agit là d'une différence fondamentale de situation entre les magistrats du siège et les magistrats du parquet au regard du degré de leur indépendance. Reste que l'indépendance ne se réduit pas à la garantie de l'inamovibilité et, progressivement, la situation statutaire des membres du parquet s'est rapprochée de celle des magistrats du siège. Bien que le pouvoir disciplinaire à l'égard des magistrats du parquet continue d'être exercé par le garde des Sceaux⁶⁶, le législateur organique a prévu dès 1994 qu'« aucune sanction contre un magistrat du parquet ne peut être prononcée sans l'avis de la formation compétente du Conseil supérieur de la magistrature »⁶⁷. En outre, et sur le plan constitutionnel, deux évolutions majeures ont permis de renforcer l'indépendance des magistrats du parquet. D'une part, la révision constitutionnelle du 27 juillet 1993⁶⁸ reconnaît l'existence des magistrats du parquet au sein même de la Constitution, et en particulier, dans son article 65 en prévoyant que « le Conseil supérieur de la magistrature comprend deux formations, l'une compétente à l'égard des magistrats du siège, l'autre à l'égard des magistrats du parquet »⁶⁹. Plus encore elle a subordonné la nomination des magistrats du parquet à l'avis du Conseil supérieur de la magistrature (CSM), à l'exception des procureurs généraux nommés en conseil des ministres⁷⁰. A titre d'illustration, le 30 décembre 2010, le Conseil d'Etat a annulé le décret de nomination aux fonctions d'avocat général près la Cour de cassation du procureur général près la Cour d'appel de Riom, Marc ROBERT, au motif que le Conseil supérieur de la magistrature n'avait justement pas donné son avis sur cette nomination dans les conditions prévues à l'article 65 de la Constitution⁷¹. D'autre part, le 23 juillet 2008⁷², la réforme constitutionnelle adoptée à la suite des travaux du comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^{ème} République a mis fin à la présidence du CSM par le chef de l'Etat⁷³ et à la vice-présidence par

⁶⁵ A titre d'illustration jurisprudentielle, le Conseil d'Etat a déjà jugé qu'« aucune disposition ni aucun principe général du droit n'interdit au Président de la République (...) de muter d'office dans l'intérêt du service les magistrats qui ne bénéficient pas de l'inamovibilité, notamment ceux qui sont en service à l'administration centrale du ministère de la justice » : CE, 27 juillet 1979, *Jeol*, n° 03748, Rec. 339.

⁶⁶ Art. 48 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, préc. On rappelle que le pouvoir disciplinaire à l'égard des magistrats du siège est exercé par le Conseil supérieur de la magistrature.

⁶⁷ Art. 20 de la loi organique n° 94-101 du 5 février 1994 modifiant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 relative au statut de la magistrature, J.O. 8 février 1994, n° 32, p. 2148.

⁶⁸ Loi constitutionnelle n° 93-952 du 27 juillet 1993 portant révision de la Constitution du 4 octobre 1958 et modifiant ses titres VIII, IX, X et X, J.O. 28 juillet 1993, n° 172, p. 10600.

⁶⁹ Art. 1^{er} de la Loi constitutionnelle n° 93-952 du 27 juillet 1993 portant révision de la Constitution du 4 octobre 1958 et modifiant ses titres VIII, IX, X et X, préc.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ CE, 30 décembre 2010, *M. Robert*, n° 329513 et 329515.

⁷² Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^{ème} République, J.O. 24 juillet 2008, n° 1171, p. 11890, texte n° 2.

⁷³ Saisi de la loi organique relative à l'application de l'article 65 de la Constitution, le Conseil constitutionnel a cependant formulé une réserve d'interprétation aux termes de laquelle « le principe d'indépendance des membres du Conseil supérieur de la magistrature fait également obstacle à ce que le premier président et le procureur général de la Cour de cassation participent aux décisions ou aux avis relatifs aux magistrats qui ont, antérieurement, été membres du Conseil supérieur de la magistrature sous leur présidence » (Cons. const., décision n° 2010-611 DC, 19 juillet 2010, Loi organique relative à l'application de l'article 65 de la Constitution, considérant n° 12). Concernant la présidence du CSM qui est désormais confiée aux chefs de la Cour de cassation, v. notamment, Yves GAUDEMET, « Rapport de la Commission Balladur : libres propos croisés de Pierre

le garde des Sceaux⁷⁴. La révision constitutionnelle a en outre étendu la procédure de consultation du Conseil supérieur de la magistrature pour la nomination de tous les membres du parquet, y compris le procureur général près la Cour de cassation et les procureurs généraux⁷⁵. Interrogé sur la question de l'indépendance des magistrats du parquet, le garde des Sceaux, ministre de la justice et des libertés, Michel MERCIER, a récemment déclaré avoir « l'intention de décider comme dira le CSM »⁷⁶ en suivant toujours ses avis. Faute d'être expressément transcrite dans le texte de la Constitution, cette déclaration d'intention n'a, force est de le constater, aucune portée juridique. Dès lors, on mesure aisément combien il est à déplorer que n'ait pas été entendue, la proposition de soumettre à un avis conforme du Conseil supérieur de la magistrature l'ensemble des nominations proposé par le garde des Sceaux à toutes les fonctions du parquet, déjà formulée en 1997 par le rapport établi par la commission de réflexion sur la justice, présidée par le président Pierre TRUCHE⁷⁷.

En second lieu, l'indépendance à l'endroit des magistrats du parquet ne peut s'exprimer aussi pleinement qu'à l'endroit des magistrats du siège en raison du principe de la subordination hiérarchique des membres du ministère public. Ce principe signifie que les magistrats du parquet sont soumis à leurs supérieurs hiérarchiques et en dernier ressort au garde des Sceaux. Sur ce point, et de façon synthétique, le professeur Michèle-Laure RASSAT décrit l'architecture du parquet en indiquant que l'ensemble des magistrats du ministère public « est placé dans une organisation hiérarchique, au sommet de laquelle se trouve le représentant du gouvernement pour les questions de justice, c'est-à-dire le garde des Sceaux, la hiérarchie du corps étant, par ailleurs, à deux branches. L'une d'elles est à deux

MAZEAUD et Olivier SCHRAMECK », *RDP*, n° 1, 20 août 2008, p. 3, [en ligne]. Disponible sur [www.lextenso.fr] ; Jean GICQUEL, « Le nouveau Conseil supérieur de la magistrature », *JCP G*, n° 31, 30 juillet 2008, I 176, [en ligne]. Disponible sur [www.lexisnexis.com] ; Vincent LAMANDA, discours prononcé à l'occasion de l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation, Paris, 7 janvier 2011, [en ligne]. Disponible sur [www.courdecassation.fr] ; Michel LE POGAM, « Réforme du Conseil supérieur de la magistrature. Entre ouverture et autonomie », *JCP G*, n° 40, 4 octobre 2010, 982, [en ligne]. Disponible sur [www.lexisnexis.com] ; Daniel LUDET, « Conseil supérieur de la magistrature : une liberté ... surveillée ? », *LPA*, n° 254, 19 décembre 2008, p. 111, [en ligne]. Disponible sur [www.lextenso.fr], et Dominique ROUSSEAU, « Un CSM sans tête et sans pouvoirs nouveaux », *LPA*, n° 97, 14 mai 2008, p. 80, [en ligne]. Disponible sur [www.lextenso.fr].

⁷⁴ Sur ce point souvent passez inaperçu dans les commentaires doctrinaux, v. Jean-Louis GALLET, « Vers un nouveau CSM ? », *Gaz. Pal.*, n° 264, 21 septembre 2010, p. 10, [en ligne]. Disponible sur [www.lextenso.fr] ; Stéphane PINON, « L'encadrement des pouvoirs de nomination du président : " l'essentiel " dans la révision du 23 juillet 2008 », *Droit administratif*, n° 2, février 2009, étude 3, [en ligne]. Disponible sur [www.lexisnexis.com], et Jean-Claude ZARKA, « La réforme du Conseil supérieur de la magistrature », *Gaz. Pal.*, n° 150, 29 mai 2008, p. 8, [en ligne]. Disponible sur [www.lextenso.fr]. On remarque cependant que l'article 65, alinéa 9, de la Constitution autorise, sauf en matière disciplinaire, le ministre de la justice à participer aux séances des formations du CSM. Cette participation ne peut qu'encourir la critique : les travaux du CSM auraient gagné à être dérogés de la tutelle de l'exécutif.

⁷⁵ Art. 31 de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^{ème} République, préc.

⁷⁶ « Samedi sur RTL, le ministre de la Justice n'avait pas été aussi radical dans son opposition à Brice HORTEFEUX. Ecoutez ce que Michel Mercier disait de l'affaire samedi », [en ligne]. Disponible sur [www.rtl.fr].

⁷⁷ Pierre TRUCHE (dir.), *Rapport de la commission de réflexion sur la justice*, *op. cit.*, p. 35. Concernant l'avortement de la réforme constitutionnelle, v. par exemple, Olivia DUFOUR, « Réforme de la justice : qui a peur de l'indépendance des juges ? », *LPA*, n° 17, 25 janvier 2000, p. 3, [en ligne]. Disponible sur [www.lextenso.fr].

degrés, constituée par le garde des Sceaux, et le procureur général près la Cour de cassation (qui n'est pas le supérieur hiérarchique des autres membres du parquet) ; l'autre à trois degrés : garde des Sceaux, procureurs généraux des cours, procureurs de la République des tribunaux »⁷⁸. Dans sa décision en date du 2 mars 2004⁷⁹, le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur les contours de ce principe de subordination hiérarchique. En l'espèce, le Conseil devait apprécier la constitutionnalité du nouvel article 30 du code de procédure pénale ainsi rédigé : « le ministre de la justice conduit la politique d'action publique déterminée par le Gouvernement. Il veille à la cohérence de son application sur le territoire de la République. A cette fin, il adresse aux magistrats du ministère public des instructions générales d'action publique. Il peut dénoncer au procureur général les infractions à la loi pénale dont il a connaissance et lui enjoindre, par instructions écrites et versées au dossier de la procédure, d'engager ou de faire engager des poursuites ou de saisir la juridiction compétente de telles réquisitions écrites que le ministre juge opportunes »⁸⁰. Le Conseil constitutionnel souligne qu'en vertu de l'article 20 de la Constitution le gouvernement détermine et conduit la politique de la nation, notamment dans le domaine de l'action publique et qu'en vertu de l'article 5 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 modifiée, portant loi organique relative au statut de la magistrature, les magistrats du parquet sont placés sous l'autorité du ministre de la justice. Fort de ce rappel, il juge « que l'article 30 nouveau du code de procédure pénale, qui définit et limite les conditions dans lesquelles s'exerce cette autorité, ne méconnaît ni la conception française de la séparation des pouvoirs, ni le principe selon lequel l'autorité judiciaire comprend à la fois les magistrats du siège et ceux du parquet, ni aucun autre principe ou règle de valeur constitutionnelle »⁸¹. Pour le Conseil constitutionnel, le pouvoir du garde des Sceaux d'adresser au ministère public des instructions de portée générale et de l'enjoindre à exercer des poursuites⁸² ne porte atteinte à aucune exigence constitutionnelle, et en particulier, au principe d'indépendance de l'autorité judiciaire. Il faut en déduire que, sur le plan constitutionnel, l'indépendance reconnue aux magistrats du parquet n'est aucunement inconciliable avec le principe de la subordination hiérarchique auquel ils sont soumis. Dans la pratique d'ailleurs, et si l'on en croit l'ancien secrétaire général de l'union syndicale des magistrats (USM), Valéry TURCEY, « les parquets sont dans 99 % des affaires totalement indépendants, parce que la pression est telle, au regard du nombre de dossiers et de la rapidité avec laquelle il convient de prendre une décision, que même s'ils le voulaient, les parquetiers n'auraient pas le temps de prendre l'avis de la Chancellerie »⁸³. En outre, on ne peut ignorer

⁷⁸ Michèle-Laure RASSAT, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 174.

⁷⁹ Cons. const., décision 2004-492 DC, 2 mars 2004, Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, Rec. 66, GD 50.

⁸⁰ *Ibid.*, considérant n° 96.

⁸¹ *Ibid.*, considérant n° 98.

⁸² A s'en tenir à la lettre du code de procédure pénale, l'autorité hiérarchique ne peut pas intimer l'ordre de ne pas poursuivre. Selon la formule consacrée, elle ne peut formuler que des « instructions positives » (v. Michel LERNOUT, « Avis du CSM sur les instructions individuelles et la nomination des magistrats », *Dalloz*, 2002, p. 2061, [en ligne]. Disponible sur [www.dalloz.fr]). De sorte qu'au bout du compte si le garde des Sceaux peut orienter le sens de la poursuite, il ne peut s'y opposer. En ce sens, v. Michèle-Laure RASSAT, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 175 et Thierry RENOUX, in « Le statut constitutionnel des juges du siège et du parquet », compte rendu des discussions et débats, XI^{ème} table ronde internationale de justice constitutionnelle, *AJJC*, 1995, p. 407.

⁸³ Valéry TURCEY, « Vers un nouveau pouvoir judiciaire ? », *op. cit.*

que le pouvoir propre des chefs de parquet et la liberté de parole des réquisitions orales à l'audience (l'adage est connu : « la plume est servie, mais la parole est libre ») tempèrent quelque peu ce principe de la subordination hiérarchique et tendent à confirmer que l'indépendance et la structure hiérarchisée du parquet ne sont pas forcément antinomiques⁸⁴. Au titre de la réforme de la procédure pénale, l'article 221-7 de l'avant-projet du futur code de procédure pénale qui autorise, non sans certaines réserves, les instructions individuelles du garde des Sceaux, suscite quelques inquiétudes⁸⁵. Si les instructions formulées dans le cadre de la politique d'action publique peuvent aisément se concevoir que ce soit pour garantir l'efficacité de la mission du parquet ou l'égalité des citoyens devant la loi, en revanche, de telles instructions individuelles ne sont pas de nature à éloigner le spectre de la politisation du pouvoir juridictionnel⁸⁶.

En définitive, la Constitution garantit l'indépendance de l'autorité judiciaire. Dès lors, en qualifiant les membres du parquet d'« autorité judiciaire », le Conseil constitutionnel reconnaît inévitablement qu'ils bénéficient à l'instar des magistrats du siège de cette indépendance. Toutefois, pour filer la métaphore scalaire, l'indépendance reconnue au plan constitutionnel à l'autorité judiciaire comprend en réalité deux niveaux : au niveau inférieur, l'*indépendance* « relative » dont bénéficient les magistrats du parquet, et au niveau supérieur, l'*indépendance* « pleine et entière » dont jouissent les magistrats du siège. En tout état de cause, la qualification de membre de l'autorité judiciaire qui est accordée au magistrat du parquet engendre une autre conséquence sur le plan constitutionnel : au même titre que la magistrature assise, la magistrature debout est garante de la protection de la liberté individuelle⁸⁷.

B- La protection de la liberté individuelle par le parquet constitutionnellement garantie

L'article 66, alinéa 2, de la Constitution est fort connu : « l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi ». Est ainsi formulé ce que certains appellent « le principe de la garantie

⁸⁴ Sur le pouvoir propre des chefs de parquet et la liberté de parole des parquetiers à l'audience, v. en particulier, Bernard BOULOC, Georges LEVASSEUR et Gaston STEFANI, *Procédure pénale*, Dalloz, 22^{ème} éd., Paris, 2010, p. 146 ; Jacques HOSSAERT, « Ministère public : notion et rôle. Rentrée solennelle du TGI de Nanterre », *op. cit.* ; Jean-Louis NADAL, « La liberté de parole du ministère public », *Gaz. Pal.*, n° 355, 20 décembre 2008, p. 5, [en ligne]. Disponible sur [www.lextenso.fr], et Michèle-Laure RASSAT, *Procédure pénale, op. cit.*, pp. 176 et s.

⁸⁵ L'article 221-7 de l'avant-projet du futur code de procédure pénale soumis à concertation interdit les instructions individuelles formulées par le garde des Sceaux lorsqu'elles tendent au classement sans suite d'une procédure et lorsqu'elles sont contraires à l'exigence de recherche de la manifestation de la vérité et de la conduite des enquêtes à charge et à décharge.

⁸⁶ Partageant également cette analyse, v. Fabrice HOURQUEBIE, *Le pouvoir juridictionnel en France*, LGDJ, coll. Systèmes, Paris, 2010, pp. 40 et s.

⁸⁷ L'expression magistrature debout désigne les magistrats du parquet qui se lèvent pour prendre la parole à l'audience à la différence des magistrats du siège qui demeurent assis. En ce sens, v. par exemple, Gérard COUCHEZ et Xavier LAGARDE, *Procédure civile*, Dalloz, Sirey, 16^{ème} éd., Paris, 2011, p. 146.

judiciaire »⁸⁸. Il suppose l'intervention de l'autorité judiciaire dès lors qu'il est porté atteinte à la liberté individuelle. On rappelle que la liberté individuelle se définit classiquement par deux mots : *habeas corpus*, ce qui signifie littéralement « avoir son corps ». En substance, et au-delà de la garantie contre les arrestations et les détentions arbitraires, la liberté individuelle constitue « le point de rencontre »⁸⁹ de certaines libertés qui, tout en bénéficiant d'une protection constitutionnelle autonome, intègrent le régime de protection de la liberté individuelle à partir d'un certain degré de contrainte. En tout cas, le Conseil constitutionnel a jugé que la garde à vue est assurément une mesure de police judiciaire qui met « en cause la liberté individuelle »⁹⁰. Autrement dit, elle doit nécessairement être placée sous le contrôle de l'autorité judiciaire. Dans sa décision rendue le 11 août 1993, le Conseil constitutionnel a jugé conforme à l'article 66 de la Constitution, l'intervention du procureur de la République « dans le plus bref délai possible »⁹¹ pour assurer le respect de la liberté individuelle au cours d'une garde à vue décidée par un officier de police judiciaire⁹². Plus encore, le juge constitutionnel admet qu'à l'issue du délai de vingt-quatre heures le procureur de la République peut décider de la prolongation de la garde à vue pour un nouveau délai de vingt-quatre heures sans pour autant méconnaître les exigences de l'article 66 de la Constitution⁹³. En revanche, au-delà de quarante-huit heures de garde à vue, la protection de la liberté individuelle doit être placée sous le contrôle exclusif d'un magistrat du siège⁹⁴. Sur ce point, l'une des expressions les plus abouties de la jurisprudence constitutionnelle figure dans la décision *M. Daniel W. et autres* du 30 juillet 2010 : « l'intervention d'un magistrat du siège est requise pour la prolongation de la garde à vue au-delà de quarante-huit heures ; (...) avant la fin de cette période, le déroulement de la garde à vue est placé sous le contrôle du procureur de la République qui peut décider, le cas échéant, de sa prolongation de vingt-quatre heures »⁹⁵. Pour cette raison, le législateur a notamment prévu l'intervention du juge des libertés et de la détention⁹⁶ (JLD)

⁸⁸ Mireille DELMAS-MARTY (dir.), *La Mise en état des affaires pénales*, op. cit., p. 71.

⁸⁹ Louis FAVOREU et alii., *Droit constitutionnel*, Dalloz, Précis, 12^{ème} éd., Paris, 2009, p. 909. Concernant la définition des contours de la liberté individuelle, v. également, Bertrand MATHIEU et Michel VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, LGDJ, Manuels, Paris, 2002, pp. 533 et s. et Annabelle PENASOLER, *Les rapports entre la liberté individuelle et la liberté d'aller et venir dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, thèse pour le doctorat en droit, Université d'Aix-Marseille III, 1998, pp. 511.

⁹⁰ Cons. const., décision n° 93-326 DC, 11 août 1993, Loi modifiant la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme du code de procédure pénale, Rec. 217, considérant n° 3.

⁹¹ *Ibid.*

⁹² *Ibid.*

⁹³ *Ibid.*, considérant n° 5.

⁹⁴ Le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de préciser que « si l'intervention d'un magistrat du siège pour autoriser (...) la prolongation de la garde à vue (au-delà de quarante-huit heures), est nécessaire conformément aux dispositions de l'article 66 de la Constitution, aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle n'exige que ce magistrat ait la qualité de juge d'instruction » : Cons. const., décision n° 80-127 DC, 19 et 20 janvier 1981, Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes, Rec. 15, considérant n° 25.

⁹⁵ Cons. const., décision n° 2010-14/22 QPC, 30 juillet 2010, *M. Daniel W. et autres*, préc., considérant n° 26.

⁹⁶ A la lettre de l'article 137-1, alinéa 2, du code de procédure pénale, « le juge des libertés et de la détention est un magistrat du siège ayant rang de président, de premier vice-président ou de vice-président. Il est désigné par le président du tribunal de grande instance (...). En cas d'empêchement du juge des libertés et de la détention désigné et d'empêchement du président ainsi que des premiers vice-présidents et des vice-présidents, le juge des libertés et de la détention est remplacé par le magistrat du siège le plus ancien dans le grade le plus élevé, désigné par le président du tribunal de grande instance ».

pour la prolongation des gardes à vue relatives aux infractions entrant dans le champ d'application de l'article 706-73 du code de procédure pénale à l'instar des crimes de meurtre commis en bande organisée⁹⁷.

Sous réserve de l'intervention d'un magistrat du siège⁹⁸, la jurisprudence constitutionnelle reconnaît donc que le procureur de la République en tant qu'autorité judiciaire se présente comme un gardien de la liberté individuelle. Parallèlement, il constitue également le « bras judiciaire de l'Etat policier »⁹⁹ en tant qu'il dirige et contrôle la police judiciaire qui lui fournit l'essentiel de la matière. A l'instar du contrôle de la liberté individuelle, cette direction et ce contrôle de la police judiciaire exercés par le parquet bénéficient d'une assise constitutionnelle.

C- La direction et le contrôle de la police judiciaire par le parquet constitutionnellement garantis

Toute mesure de police judiciaire suppose une intervention de l'autorité judiciaire aux fins de direction et de contrôle. Consacrée par le code de procédure pénale, cette exigence, qui se déduit de la nature judiciaire de la mesure de police envisagée, a conquis les rivages du droit constitutionnel jurisprudentiel¹⁰⁰. Son rattachement au bloc de constitutionnalité peut être fondé sur les dispositions de l'article 66 de la Constitution comme le suggère l'analyse de la décision *M. Jean-Victor C.* rendue le 16 septembre 2010¹⁰¹. A propos du contrôle de constitutionnalité des dispositions relatives au fichier national automatisé des empreintes génétiques (FNAEG), le Conseil constitutionnel indique que le prélèvement biologique décidé par l'officier de police judiciaire aux fins de rapprochement ou de conservation au fichier, « nécessairement accompli dans le cadre d'une enquête ou d'une instruction judiciaires, est placé sous le contrôle du procureur de la République ou du juge d'instruction, lesquels dirigent son activité conformément aux dispositions du code de procédure pénale ». Il en déduit que le « grief tiré de la méconnaissance de l'article 66 de la Constitution doit être écarté »¹⁰². Ce raisonnement par lequel le Conseil constitutionnel relie le contrôle de l'autorité

⁹⁷ V. les art. 706-88 et 706-73 1° du code de procédure pénale.

⁹⁸ Pour de plus amples développements sur cette idée de gradation des autorités judiciaires responsables qui varie en fonction du degré d'atteinte à la liberté individuelle, on peut se reporter utilement aux références suivantes : Valentine BÜCK, « Contrôle de constitutionnalité de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité », *RSC*, 2005, p. 122, [en ligne]. Disponible sur [www.dalloz.fr] ; Thierry RENOUX, *in* « Le statut constitutionnel des juges du siège et du parquet », *op. cit.*, p. 410, et Jean-Éric SCHOETTL, « La loi " Perben II " devant le Conseil constitutionnel », note sous Cons. const., décision n° 2004-492 DC, 2 mars 2004, Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité », *Gaz. Pal.*, n° 106, 15 avril 2004, p. 3, [en ligne]. Disponible sur [www.lextenso.com].

⁹⁹ Expression empruntée à Rodrigo Janot MONTEIRODEBARROS, « Le point de vue du ministère public. Les particularités du ministère public brésilien », *LPA*, n° 254, 21 décembre 2006, p. 34, [en ligne]. Disponible sur [www.lextenso.fr].

¹⁰⁰ Concernant la dimension constitutionnelle de la distinction police administrative / police judiciaire, v. Marc-Antoine GRANGER, *Constitution et sécurité intérieure. Essai de modélisation juridique*, thèse pour le doctorat en droit, Université de Pau et des Pays de l'Adour, 2010, pp. 99 et s.

¹⁰¹ Cons. const., décision n° 2010-25 QPC, 16 septembre 2010, *M. Jean-Victor C.*, J.O. 17 septembre 2010, p. 16847.

¹⁰² *Ibid.*, considérant n° 12.

judiciaire sur la police judiciaire aux dispositions de l'article 66 de la Constitution a été expressément confirmé le 10 mars 2011 dans la décision rendue à propos de la loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure (LOPPSI)¹⁰³. Cette direction et ce contrôle qu'exerce l'autorité judiciaire sur les dispositifs de police judiciaire revêtent cependant des modalités d'application différentes selon les cadres d'intervention de la police judiciaire : avant l'ouverture d'une procédure d'information, la direction et le contrôle de la police judiciaire sont assurés par le procureur de la République ; une fois l'information ouverte, la police judiciaire est dirigée et contrôlée par le juge d'instruction¹⁰⁴. Dans le cadre de cette analyse, c'est évidemment la direction et le contrôle de la police judiciaire avant l'ouverture d'une procédure d'information qui retiendront notre attention puisqu'ils sont les seuls à être réalisés par le parquet¹⁰⁵.

Chargé d'organiser la répression des infractions avec le concours des forces de sécurité intérieure et d'exercer l'action publique, le procureur de la République dirige et contrôle la police judiciaire « en toute hypothèse »¹⁰⁶, c'est-à-dire quelles que soient « les personnes compétentes pour constater les infractions aux dispositions pénalement sanctionnées, en rassembler les preuves et en rechercher les auteurs »¹⁰⁷. Ainsi par exemple, saisi de la constitutionnalité des dispositions législatives qui confiaient aux « fonctionnaires de l'administration des télécommunications habilités (...) et assermentés »¹⁰⁸ le pouvoir de constater et de rechercher les infractions à la réglementation des télécommunications, le Conseil constitutionnel a jugé que « dans l'exercice d'une telle mission, les fonctionnaires habilités exercent des fonctions de police judiciaire et agissent d'ailleurs sous le contrôle de l'autorité judiciaire »¹⁰⁹. Par ailleurs, la jurisprudence constitutionnelle précise que le contrôle de la police judiciaire réalisé par le procureur de la République doit être « permanent » et « effectif »¹¹⁰. Cela suppose, notamment, que le parquet soit en mesure d'apprécier si un supplément d'enquête ou l'ouverture d'une information judiciaire « est nécessaire ou si les éléments de preuve rassemblés (...) suffisent à établir la culpabilité de la personne mise en cause »¹¹¹. Le cas échéant, il doit pouvoir décider à tout moment de mettre fin aux opérations de police judiciaire en cours¹¹². La permanence et l'effectivité du contrôle sont cependant très

¹⁰³ Cons. const., décision n° 2011-625 DC, 11 mars 2011, Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, J.O. 15 mars 2011, n° 0062, texte n° 3, p. 4630, considérant n° 59.

¹⁰⁴ Pour une illustration jurisprudentielle récente relative au contrôle réalisé par le procureur de la République ou le juge d'instruction à l'occasion de la mise en œuvre des traitements de données à caractère personnel au moyen des logiciels de rapprochement judiciaire, v. Cons. const., décision n° 2011-625 DC, 10 mars 2011, préc., considérant n° 71.

¹⁰⁵ En ce qui concerne la direction de la police judiciaire assurée par le juge d'instruction, v. Marc-Antoine GRANGER, *Constitution et sécurité intérieure. Essai de modélisation juridique, op. cit.*, pp. 204 et s.

¹⁰⁶ Cons. const., décision n° 97-389 DC, 22 avril 1997, préc., considérant n° 19.

¹⁰⁷ Cons. const., décision n° 90-281 DC, 27 décembre 1990, Loi sur la réglementation des télécommunications, Rec. 91, considérant n° 7.

¹⁰⁸ *Ibid.*, considérant n° 2.

¹⁰⁹ *Ibid.*, considérant n° 15.

¹¹⁰ Cons. const., décision n° 97-389 DC, 22 avril 1997, préc., considérant n°s 19 et 76.

¹¹¹ Cons. const., décision n° 2009-590 DC, 22 octobre 2009, Loi relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet, J.O. 29 octobre 2009, p. 18292, considérant n° 6.

¹¹² Cons. const., décision n° 97-389 DC, 22 avril 1997, préc., considérant n° 76.

largement affectées par la distance qui sépare le parquetier de l'enquête menée sur le terrain. Aussi, malgré les outils destinés à rapprocher le parquet du travail effectué par les enquêteurs¹¹³, les exigences constitutionnelles de permanence et d'effectivité du contrôle de la police judiciaire butent sur « une question de faisabilité matérielle »¹¹⁴. Dans la pratique, la direction et le contrôle de la police judiciaire par le procureur de la République peuvent sembler par trop formels¹¹⁵.

Au terme de cette analyse, le parquet constitue bien une autorité judiciaire indépendante. Jouissant de cette indépendance qui trouve son fondement dans la Constitution, le parquet, plus particulièrement le procureur de la République, revêt tout à la fois l'habit du gardien de la liberté individuelle et celui du « patron » de la police judiciaire. La richesse de cette « garde-robe » permet au procureur de la République de relever le haut défi présenté par Nelson MANDELA d'être un « avocat du peuple », c'est-à-dire « de veiller à la protection des droits des victimes (...), d'engager des poursuites d'une manière équitable et efficace selon la primauté du droit et d'agir de façon motivée sans crainte, parti pris ou préjugé »¹¹⁶. Ce tableau rapidement brossé de la situation constitutionnelle du parquet a le mérite de mettre en lumière « le caractère de l'institution » et « la nature de (ses) fonction(s) »¹¹⁷. Or, c'est précisément l'articulation entre l'indépendance du parquet et la protection de la liberté individuelle qui pose problème au regard des exigences formulées par la Cour européenne des droits de l'Homme. Selon la Cour européenne, seul un magistrat indépendant à l'égard de l'exécutif et des parties est susceptible de contrôler l'arrestation ou la détention des personnes au sens de l'article 5 § 3 de la Convention. Le statut constitutionnel du parquet serait-il dès lors menacé de disparaître sous la pression des exigences formulées par la Cour de Strasbourg ? Telle est la question à laquelle il convient de répondre.

¹¹³ A ce titre, est notamment visé le traitement en temps réel des procédures (TTR). Pour davantage de précisions, v. Marc-Antoine GRANGER, *Constitution et sécurité intérieure. Essai de modélisation juridique, op. cit.*, pp. 200-201.

¹¹⁴ Jacques BUISSON, intervention à l'occasion de la conférence régionale de l'association internationale de droit pénal, *Procédures d'exception et droits de l'Homme*, 20 et 21 mai 2010, Université de Pau et des Pays de l'Adour, à paraître.

¹¹⁵ Pour un récent constat formulé en ce sens, v. CNCDH, *Avis sur la réforme de la procédure pénale*, préc., § 29.

¹¹⁶ Intervention de Nelson MANDELA prononcée en août 2000 à l'occasion de la cérémonie de remise de la médaille d'honneur à l'association internationale des procureurs et des poursuivants (AIPP), in Daniel BELLEMARE, « Hommage Nicholas R. COWDERY », 10^{ème} conférence annuelle de l'AIPP, Copenhague, 1^{er} septembre 2005, [en ligne]. Disponible sur [<http://www.iap-association.org/aipp/>].

¹¹⁷ Ces expressions sont empruntées au professeur Michèle-Laure RASSAT, *Le ministère public. Entre son passé et son avenir*, thèse pour le doctorat en droit, préface de Robert VOUIN, LGDJ, Bibliothèque de sciences criminelles, tome V, Paris, 1967, p. 161.

II] Le statut constitutionnel du parquet en sursis ?

Au vu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, le professeur Frédéric SUDRE a écrit : « le parquet est bel et bien dans la nasse de la Convention »¹¹⁸. Il est vrai que le parquet ne satisfait pas à l'exigence d'indépendance pour pouvoir être qualifié d'autorité judiciaire au sens de la Convention (A). Est-ce à dire que la situation constitutionnelle du ministère public est compromise ? La réalité est certainement plus nuancée. Le parquet, constitutionnellement indépendant, peut continuer à être le magistrat de l'*habeas corpus* en assurant la protection de la liberté individuelle (B).

A- L'absence d'indépendance du parquet au regard de l'article 5 § 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales

L'intrigue est connue : au terme d'une trilogie jurisprudentielle, la Cour européenne des droits de l'Homme juge que le magistrat du parquet ne présente pas les garanties d'indépendance exigées par la jurisprudence pour recevoir la qualification de « juge ou (...) (d')autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires »¹¹⁹.

Le premier volet jurisprudentiel date du 10 juillet 2008¹²⁰ lorsque la cinquième section de Cour européenne des droits de l'Homme a statué sur la requête présentée par les membres de l'équipage du cargo dénommé *Le Winner* (dont *Oleksandr Medvedyev*), battant pavillon cambodgien. Les faits ont été largement présentés de sorte qu'il paraît inutile de les reprendre dans le détail. Rappelons seulement que, dans le cadre de la lutte internationale contre le trafic de stupéfiants, le commandant de l'avis « *Lieutenant de vaisseau Le Hénaff* » a reçu l'ordre d'intercepter le cargo suspecté de transporter d'importantes quantités de drogue. Le 13 juin 2002, les forces militaires françaises arraisonnent le navire et les membres de l'équipage sont maintenus dans les cabines du *Winner*. Le même jour, le procureur de la République près le tribunal de grande instance (TGI) de Brest saisit d'une enquête de flagrance l'Office central de répression du trafic illicite de stupéfiants (OCRTIS). Le 24 juin 2002, le parquet de Brest ouvre une information judiciaire contre X des chefs de « direction d'un groupement ayant pour objet la production, la fabrication, l'importation, l'exportation, le transport, la détention, l'offre, la cession, l'acquisition ou l'emploi illicite de stupéfiants et d'importation et exportation illicites de stupéfiants en bande organisée »¹²¹. Le 26 juin 2002, le *Winner* entre dans le port de Brest sous escorte. Les membres de l'équipage sont alors placés en garde à vue avant d'être mis examen (les 28 et 29 juin 2002) et la cargaison est remise aux officiers de police judiciaire agissant sur commission rogatoire. Devant la Cour européenne, les requérants invoquent la violation des paragraphes 1 et 3 de l'article 5 de la

¹¹⁸ Frédéric SUDRE, « Le rôle du parquet en question », *JCP G*, n° 16, 19 avril 2010, 454, [en ligne]. Disponible sur [www.lextenso.fr].

¹¹⁹ Art. 5 § 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

¹²⁰ CEDH, 10 juillet 2008, *Medvedyev et autres c. France*, préc.

¹²¹ *Ibid.*, § 13.

Convention¹²². En l'espèce, outre l'imprécision des textes fondant leur privation de liberté, les membres de l'équipage dénoncent avoir subi une privation arbitraire de liberté en ayant été détenus pendant treize jours sur le *Winner* sans contrôle de la part de l'autorité judiciaire. Au titre de la violation de l'article 5 § 1, la Cour accueille la demande des requérants considérant qu'ils n'ont pas été privés de leur liberté « selon les voies légales »¹²³. En effet, pour la Cour, l'accord donné par le gouvernement cambodgien aux autorités françaises d'intercepter le *Winner* n'organisait pas « les conditions de la privation de liberté à bord, notamment (les) possibilités pour les intéressés de contacter un avocat ou des proches »¹²⁴. De façon quelque peu « acrobatique »¹²⁵ (la qualification conventionnelle du procureur de la République relevant logiquement de l'article 5 § 3 de la Convention et non de l'article 5 § 1), la Cour ajoute que les mesures prises par les marins du commando français n'étaient pas placées sous le contrôle de l'autorité judiciaire. Pourtant, le procureur de la République contrôlait les mesures prises à bord par les forces militaires françaises. C'est affirmer que pour la Cour « le procureur de la République n'est pas une " autorité judiciaire " (...). Il lui manque en particulier l'indépendance à l'égard du pouvoir exécutif pour pouvoir être ainsi qualifié (...) »¹²⁶. En revanche, la même Cour décide qu'il n'y a pas eu violation de l'article 5 § 3 de la Convention. Après avoir rappelé que « la détention imposée aux requérants à bord du *Winner* n'était pas sous la supervision d'une " autorité judiciaire " au sens de l'article 5 » de la Convention et qu'« ils n'ont donc pas bénéficié de la protection contre l'arbitraire qu'offre un encadrement de cette nature », la Cour juge effectivement que la durée de la privation de liberté subie par les requérants se trouve justifiée par les « circonstances tout à fait exceptionnelles »¹²⁷ de l'affaire. Par cet arrêt, certes non définitif, la Cour européenne considère ainsi que le manque d'indépendance du procureur de la République à l'égard du pouvoir exécutif fait obstacle à ce qu'il soit considéré comme une autorité judiciaire au sens

¹²² On rappelle que l'article 5 § 1 de la Convention européenne dispose : « toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales :

- a) s'il est détenu régulièrement après condamnation par un tribunal compétent ;
- b) s'il a fait l'objet d'une arrestation ou d'une détention régulières pour insoumission à une ordonnance rendue, conformément à la loi, par un tribunal ou en vue de garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi ;
- c) s'il a été arrêté et détenu en vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire compétente, lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis une infraction ou qu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci (hypothèse visée en l'espèce) ;
- d) s'il s'agit de la détention régulière d'un mineur, décidée pour son éducation surveillée ou de sa détention régulière, afin de le traduire devant l'autorité compétente ;
- e) s'il s'agit de la détention régulière d'une personne susceptible de propager une maladie contagieuse, d'un aliéné, d'un alcoolique, d'un toxicomane ou d'un vagabond ;
- f) s'il s'agit de l'arrestation ou de la détention régulières d'une personne pour l'empêcher de pénétrer régulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours ».

Quant à l'article 5 § 3, il prescrit : « toute personne arrêtée ou détenue, dans les conditions prévues au paragraphe 1 c) du présent article, doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires et a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable, ou libérée pendant la procédure. La mise en liberté peut être subordonnée à une garantie assurant la comparution de l'intéressé à l'audience ».

¹²³ CEDH, 10 juillet 2008, *Medvedyev et autres c. France*, préc., § 62.

¹²⁴ *Ibid.*, § 61.

¹²⁵ Jean-Pierre MARGUENAUD, « Tempête sur le Parquet », *op. cit.*

¹²⁶ CEDH, 10 juillet 2008, *Medvedyev et autres c. France*, préc., § 61.

¹²⁷ *Ibid.*, § 68.

de l'article 5 de la Convention. A la demande du gouvernement français et des requérants, l'affaire a été renvoyée devant la grande chambre de la Cour européenne.

Le deuxième volet jurisprudentiel date du 29 mars 2010¹²⁸ : il s'agit de l'arrêt rendu par la grande chambre dans l'affaire *Medvedyev et autres*. La Cour confirme la violation de l'article 5 § 1 au motif que les autorités françaises sont intervenues sur le fondement d'un accord *ad hoc* qui n'était pas suffisamment « prévisible »¹²⁹. En fondant exclusivement sa motivation autour du « principe général de sécurité juridique »¹³⁰, la Cour ne réitère pas sa digression relative au contrôle de l'« autorité judiciaire » sur la privation de liberté. Afin de se conformer aux observations de la Cour de Strasbourg sur ce point, le législateur a adopté le 5 janvier 2011 un régime juridique spécifique pour la détention à bord des personnes interpellées dans le cadre de l'action de l'Etat en mer¹³¹. Concernant le moyen tiré de la violation de l'article 5 § 3 de la Convention, la Cour européenne des droits de l'Homme commence par rappeler que cet article suppose un « contrôle judiciaire rapide et automatique » afin de garantir une protection « contre les comportements arbitraires, les détentions au secret et les mauvais traitements »¹³². Elle indique également que le magistrat qui contrôle les détentions « doit présenter les garanties requises d'indépendance à l'égard de l'exécutif et des parties, ce qui exclut notamment qu'il puisse agir par la suite contre le requérant dans la procédure pénale, à l'instar du ministère public »¹³³. A cet égard, elle juge que les autorités françaises ont satisfait à cette exigence dans la mesure où les requérants ont été présentés à des « juges d'instruction, lesquels sont assurément susceptibles d'être qualifiés de " juge ou autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires " au sens de l'article 5 § 3 de la Convention », dans un délai de huit à neuf heures après leur placement en garde à vue. Par ailleurs, le fait que la présentation aux juges d'instruction n'ait pu être réalisée qu'après treize jours de maintien en détention sur le Winner se trouve justifié par des « circonstances tout à fait exceptionnelles »¹³⁴ : il était matériellement impossible de présenter physiquement les requérants aux juges d'instruction dans un délai plus court. Par conséquent, la grande chambre considère qu'il n'y a pas eu de violation de l'article 5 § 3.

Dans un communiqué de presse, le garde des Sceaux, ministre de la justice et des libertés, Michèle ALLIOT-MARIE, précise : « la CEDH dans sa décision ne remet pas en cause le statut du parquet français. Cela met fin aux interprétations que certains ont voulu

¹²⁸ CEDH, 29 mars 2010, *Medvedyev et autres c. France*, préc.

¹²⁹ *Ibid.*, § 100.

¹³⁰ *Ibid.*, § 102. Selon la jurisprudence de la Cour, ce principe signifie que « les conditions de la privation de liberté en vertu du droit interne et/ou du droit international soient clairement définies et que la loi elle-même soit prévisible dans son application, de façon à remplir le critère de " légalité " fixé par la Convention, qui exige que toute loi soit suffisamment précise pour éviter tout risque d'arbitraire et pour permettre au citoyen – en s'entourant au besoin de conseils éclairés – de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé » (§ 80).

¹³¹ Loi n° 2011-13 du 5 janvier 2011 relative à la lutte contre la piraterie et à l'exercice des pouvoirs de police de l'Etat en mer, préc.

¹³² CEDH, 29 mars 2010, *Medvedyev et autres c. France*, préc., § 118.

¹³³ *Ibid.*, § 124.

¹³⁴ *Ibid.*, §§ 130 et 131.

donner depuis le premier arrêt de la Cour, le 10 juillet 2008. La Cour rappelle uniquement les principes qui se dégagent de sa jurisprudence s'agissant des caractéristiques que doit avoir un juge ou un magistrat habilité pour remplir les conditions posées par la convention européenne des droits de l'Homme en matière de détention »¹³⁵. Reprenant le titre du célèbre film de Patrice LECONTE, la position du gouvernement français est claire : « circulez y a rien à voir ». Pour sa part, le syndicat de la magistrature ne l'entend pas ainsi et estime au contraire que, loin d'être clos, les débats autour du ministère public « ne font que commencer »¹³⁶. La vérité juridique est que, sur le plan conventionnel, l'indépendance du parquet est loin d'être acquise. Pour déterminer si un magistrat jouit ou non de l'indépendance au sens de l'article 5 § 3, la Cour européenne apprécie à la fois des critères objectifs tenant au statut du juge (sont examinés notamment le mode de désignation ou les garanties contre les pressions extérieures) et un critère subjectif tenant à l'« apparence d'indépendance » aux yeux du justiciable¹³⁷. En particulier, si l'indépendance n'exclut pas toute subordination à d'autres magistrats, c'est sous réserve qu'ils jouissent eux-mêmes d'une indépendance analogue¹³⁸. Or, l'intervention du pouvoir exécutif dans la nomination et le déroulement de carrière des magistrats du parquet¹³⁹, les ordres que le garde des Sceaux peut leur intimer par voies d'instructions¹⁴⁰, le fait que les parquetiers ne sont pas inamovibles¹⁴¹ et qu'ils sont susceptibles d'agir à la fois en tant qu'autorité de poursuite et en tant qu'autorité d'instruction au sens de la Convention européenne¹⁴², sont autant d'éléments qui conduisent à considérer que le parquet ne bénéficie pas de l'indépendance requise pour être qualifié d'autorité judiciaire au sens de l'article 5 § 3 de la Convention. Pour résumer, la situation constitutionnelle du parquet et la situation conventionnelle du parquet divergent quant à l'appréciation de son caractère indépendant. En caricaturant, à la question de savoir si le parquet est ou non indépendant deux réponses se profilent. D'un côté, la réponse du Conseil constitutionnel qui s'exprime sous la forme d'un « oui mais ». De l'autre, la réponse de la Cour européenne qui est un « non catégorique ».

¹³⁵ Michèle ALLIOT-MARIE, « CEDH : arrêt *Medvedyev*. Le garde des Sceaux prend acte de la condamnation de la France pour la détention de l'équipage d'un navire arraisonné dans le cadre de la lutte contre le trafic de drogue en haute-mer », communiqué de presse, 29 mars 2010, [en ligne]. Disponible sur [www.presse.justice.gouv.fr].

¹³⁶ Syndicat de la magistrature, « Arrêt *Medvedyev* : le parquet français n'est toujours pas une autorité judiciaire... », communiqué de presse du 29 mars 2010, [en ligne]. Disponible sur [www.syndicat-magistrature.org].

¹³⁷ V. notamment CEDH, 28 juin 1984, *Campbell et Fell c. Royaume-Uni*, requête n^{os} 7819/77 et 7878/77, A 80, § 78.

¹³⁸ CEDH, 4 décembre 1979, *Schiesser c. Suisse*, requête n^o 7710/76, A 34, § 31.

¹³⁹ V. *supra*. I A

¹⁴⁰ Pour une illustration jurisprudentielle *a contrario*, v. par exemple, CEDH, 4 décembre 1979, *Schiesser c. Suisse*, requête n^o 7710/76, A 34, § 35 (« le procureur de district de Winterthour n'avait reçu de la direction de la justice ou du gouvernement cantonal, comme d'ailleurs du procureur général, ni conseils ni instructions avant de placer l'intéressé en détention provisoire »).

¹⁴¹ V. *supra*. I A

¹⁴² V. par exemple, CEDH, 26 novembre 1992, *Brincat c. Italie*, requête n^o 13867/88, A 249-A, §§ 17 et s. ; CEDH, 28 octobre 1998, *Assenov et autres c. Bulgarie*, requête n^o 24760/94, Rec. 1998-VIII, §§ 144 et s., et CEDH, 3 juin 2003, *Pantea c/ Roumanie*, requête n^o 33343/96, Rec. 2003-VI, §§ 236 et s. Pour le Conseil constitutionnel en revanche, le fait que le procureur de la République soit en charge de la poursuite et de la preuve n'est pas contraire à la Constitution : Cons. const., décision n^o 80-127 DC, 19 et 20 janvier 1981, préc., considérant n^o 33.

Ce défaut d'indépendance du parquet déjà manifeste au regard des solutions consacrées par la jurisprudence européenne dans l'affaire *Medvedyev* est confirmé avec l'arrêt *Moulin c. France* rendu par la Cour européenne des droits de l'Homme le 23 novembre 2010¹⁴³. Il s'agit du *troisième et dernier volet de la trilogie jurisprudentielle*. En l'espèce, la requérante, maître France Moulin, avocate au barreau de Toulouse a été arrêtée à Orléans et placée en garde à vue le 13 avril 2005 dans le cadre d'une commission rogatoire ouverte pour trafic de stupéfiants et blanchiment des produits de ce trafic. Le lendemain, elle a été conduite à Toulouse pour assister à la perquisition de son cabinet en présence des juges d'instruction orléanais. Le même jour, un juge d'instruction toulousain a prononcé la prolongation de la garde à vue sans avoir entendu au préalable la requérante. Le 15 avril 2005, à l'issue de sa garde à vue, elle a été présentée devant le procureur de la République adjoint près le tribunal de grande instance de Toulouse, qui a ordonné sa conduite en maison d'arrêt en vue de son transfèrement devant les juges d'instruction orléanais qui ont décerné un mandat d'amener à son encontre. Le 18 avril 2005, les juges d'instruction d'Orléans ont procédé à l'interrogatoire de « première comparution » de la requérante et l'ont mise en examen pour révélation d'informations issues d'une enquête ou d'une instruction en cours, blanchiment de produits provenant de trafics de stupéfiants, blanchiment aggravé, et sortie illicite de correspondance remise par un détenu à personne habilitée. Dans le même temps, le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance d'Orléans a ordonné sa détention provisoire. Devant la Cour européenne des droits de l'Homme, la requérante invoque une violation de l'article 5 § 3 de la Convention dans la mesure où elle n'avait pas été « aussitôt traduite » devant « un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires ». Dans la veine de la jurisprudence *Brogan*¹⁴⁴, la Cour européenne rappelle qu'« une période de garde à vue de quatre jours et six heures sans contrôle judiciaire allait au-delà des strictes limites de temps fixées par l'article 5 § 3, même quand elle a pour but de prémunir la collectivité dans son ensemble contre le terrorisme, ce qui n'était au demeurant pas le cas en l'espèce »¹⁴⁵. En l'occurrence, la Cour constate qu'entre le placement en garde à vue de maître France Moulin le 13 avril 2005 et sa présentation aux juges d'instruction d'Orléans le 18 avril 2005 pour l'interrogatoire de « première comparution », plus de cinq jours se sont écoulés sans que la requérante n'ait été entendue personnellement par les juges d'instruction en vue d'examiner le bien-fondé de sa détention. Reste, il est vrai, qu'elle a été présentée au procureur de la République adjoint du TGI de Toulouse deux jours après son arrestation. Dès lors, la Cour devait déterminer si ce magistrat parquetier pouvait être qualifié d'autorité judiciaire au sens de l'article 5 § 3 de la Convention. Après une étude exhaustive du statut du parquet¹⁴⁶, la Cour européenne inscrit sa décision dans le sillage des précédents *Medvedyev* en jugeant que « le procureur adjoint de Toulouse, membre du ministère public, ne remplissait pas, au regard de l'article 5 § 3 de la Convention, les garanties d'indépendance exigées par la jurisprudence

¹⁴³ CEDH, 23 novembre 2010, *Moulin c. France*, préc.

¹⁴⁴ CEDH, 29 novembre 1988, *Brogan et autres c. Royaume-Uni*, requêtes nos 11209/84, 11234/84, 11266/84 et 11386/85, A 145-B.

¹⁴⁵ CEDH, 23 novembre 2010, *Moulin c. France*, préc., § 61.

¹⁴⁶ *Ibid.*, §§ 21 et s.

pour être qualifié, au sens de cette disposition, de " juge ou (...) autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires " »¹⁴⁷.

La solution est définitivement entendue, faute d'une indépendance suffisante au regard des critères formulés par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, le procureur de la République n'est pas une « autorité judiciaire » au sens de l'article 5 § 3 de la Convention. Pour autant, la pièce en trois volets jurisprudentiels terminée, le spectateur reste sur sa fin, car les décisions *Medvedyev* et *Moulin* ne remettent pas vraiment en cause la possibilité pour le parquet de garantir la protection de la liberté individuelle.

B- La protection de la liberté individuelle par le parquet maintenue

Tirant les leçons des arrêts *Medvedyev* et *Moulin*, la chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé dans un arrêt du 15 décembre 2010 que « c'est à tort que la chambre de l'instruction a retenu que le ministère public est une autorité judiciaire au sens de l'article 5 § 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme, alors qu'il ne présente pas les garanties d'indépendance et d'impartialité requises par ce texte et qu'il est partie poursuivante »¹⁴⁸. Les juges du quai de l'horloge reviennent ainsi sur leur jurisprudence traditionnelle selon laquelle le « procureur de la République, magistrat de l'ordre judiciaire qui a pour mission de veiller à l'application de la loi », est bien cet « autre magistrat habilité à exercer des fonctions judiciaires » au sens de l'article 5 § 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales¹⁴⁹. S'il mérite d'être souligné, le revirement semble devoir être relativisé lorsque dans le même arrêt du 15 décembre 2010 la chambre criminelle admet que le procureur de la République peut cependant garantir la protection de la liberté individuelle pendant toute la durée de la période jugée « compatible avec l'exigence de brièveté »¹⁵⁰ imposée par la Cour européenne des droits de l'Homme. Quelques mots d'explication s'imposent.

L'article 5 § 3 de la Convention dispose : « Toute personne arrêtée ou détenue, dans les conditions prévues au paragraphe 1 c) du présent article, doit être *aussitôt traduite* devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires et a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable, ou libérée pendant la procédure. La mise en liberté peut être subordonnée à une garantie assurant la comparution de l'intéressé à l'audience ». Dans la jurisprudence européenne, l'exigence du contrôle judiciaire sur les arrestations ou les détentions est subordonnée à la condition de temps formulée par l'adverbe « aussitôt ». En d'autres termes, cette exigence ne s'impose qu'au-delà d'un certain délai. Toute la difficulté est de déterminer précisément ce délai, la Cour n'ayant jamais pris le soin d'indiquer ce qu'il fallait entendre par « aussitôt ». Elle a seulement jugé qu'un délai de

¹⁴⁷ *Ibid.*, § 59.

¹⁴⁸ Cass., crim., 15 décembre 2010, n° 10-83674.

¹⁴⁹ Cass., crim., 10 mars 1992, n°s 91-86944 et 92-80389, bull. crim. 1992, n° 105, p. 272.

¹⁵⁰ Cass., crim., 15 décembre 2010, préc.

quatre jours et six heures était excessif¹⁵¹. De sorte que la présentation à l'autorité judiciaire ne paraît s'imposer qu'à partir de l'expiration du délai maximum de quatre jours d'arrestation ou de détention au sens de l'article 5 § 3¹⁵². Partant, et à supposer cette interprétation vérifiée, il faut admettre que le contrôle de la liberté individuelle assuré par le procureur de la République n'est pas directement remis en cause. En d'autres termes, tant que la garde à vue ne dépasse pas un délai de quatre jours, le procureur de la République peut continuer de contrôler le respect de la liberté individuelle. En droit français, cette solution est bien sûr purement théorique puisque la jurisprudence constitutionnelle impose parallèlement l'intervention d'un magistrat du siège au-delà de quarante-huit heures de garde à vue. C'est ainsi que le professeur François FOURMENT peut écrire à juste titre, non sans une certaine ironie, que « le droit français offre plus de garanties que la Convention »¹⁵³. Dans le même sens, lorsqu'une personne a fait l'objet d'un défèrement à l'issue de sa garde à vue à la demande du procureur de la République, elle comparaît le jour même devant ce magistrat ou, en cas d'ouverture d'une information, devant le juge d'instruction saisi de la procédure¹⁵⁴. En cas de nécessité et par dérogation à ce principe, « la personne peut comparaître le jour suivant et peut être retenue à cette fin dans des locaux de la juridiction spécialement aménagés, à la condition que cette comparution intervienne au plus tard dans un délai de vingt heures à compter de l'heure à laquelle la garde à vue a été levée, à défaut de quoi l'intéressé est immédiatement remis en liberté »¹⁵⁵. Par sa décision *M. Michel F.* rendue le 17 décembre 2010¹⁵⁶, le Conseil constitutionnel a déclaré conforme à la Constitution la privation de liberté nécessaire à la présentation de la personne devant un magistrat à l'issue de sa garde à vue et, le cas échéant, le lendemain de celle-ci. Il a cependant formulé une réserve d'interprétation : « la privation de liberté (...), à l'issue d'une mesure de garde à vue prolongée par le procureur de la République, méconnaîtrait la protection constitutionnelle de la liberté individuelle si la personne retenue n'était pas effectivement présentée à un magistrat du siège avant l'expiration du délai de vingt heures »¹⁵⁷ susvisé. Autrement dit, dans cette hypothèse, la présentation effective devant un magistrat du siège doit intervenir avant la soixante-huitième heure, c'est-à-dire, là encore, bien avant le délai de quatre jours d'arrestation ou de détention au sens de l'article 5 § 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Faisant écho à cette décision, la loi du 14 avril 2011 relative à la

¹⁵¹ Sur ce point, v. CEDH, 29 novembre 1988, *Brogan et autres c. Royaume-Uni*, préc., § 62 et CEDH, 23 novembre 2010, *Moulin c. France*, préc., § 61.

¹⁵² V. en ce sens François FOURMENT, « Après l'affaire MOULIN, encore du grain à moudre », comm. sous CEDH, 23 novembre 2010, *Moulin c. France*, requête n° 37104/06, *Dalloz*, 2011, p. 26, [en ligne]. Disponible sur [www.dalloz.fr] et Marc GUILLAUME, comm. sous Cons. const., décision n° 2011-125 QPC, 6 mai 2011, *M. Abderrahmane L.*, *Cah. Cons. const.*, [en ligne]. Disponible sur [www.conseil-constitutionnel.fr].

¹⁵³ François FOURMENT, « Après l'affaire MOULIN, encore du grain à moudre », *op. cit.*

¹⁵⁴ Art. 803-2 du CPP, jugé conforme à la Constitution : Cons. const., décision n° 2011-125 QPC, 6 mai 2011, *M. Abderrahmane L.*, préc.

¹⁵⁵ Art. 803-3 du CPP. Cette procédure dite du « petit dépôt », autorisée par l'article 803-3 du code de procédure pénale, n'est permise que lorsque la comparution le jour même s'avère impossible. De surcroît, elle suppose le respect d'un certain nombre de garanties et est interdite lorsque la garde à vue a duré plus de soixante-douze heures.

¹⁵⁶ Cons. const., décision n° 2010-80 QPC, 17 décembre 2010, *M. Michel F.*, J.O. 19 décembre 2010, p. 22374.

¹⁵⁷ *Ibid.*, considérant n° 11.

garde à vue prévoit que « lorsque la garde à vue a été prolongée mais que cette prolongation n'a pas été ordonnée par le juge des libertés et de la détention ou par un juge d'instruction, la personne retenue doit être effectivement présentée à la juridiction saisie ou, à défaut, au juge des libertés et de la détention avant l'expiration du délai de vingt heures »¹⁵⁸. Par ailleurs, afin d'éviter que des privations de liberté durent plus de quatre jours sans intervention d'un magistrat du siège, le législateur a également modifié dans cette même loi les modalités d'exécution des mandats d'amener ou d'arrêt. Il indique que la personne interpellée à plus de 200 kilomètres du juge mandant doit être présentée devant le JLD et non plus devant le procureur de la République¹⁵⁹.

En définitive, le *statu quo* semble pouvoir être maintenu : le statut constitutionnel du parquet pourrait encore avoir de beaux jours devant lui. Sur le plan constitutionnel, ni l'indépendance des parquetiers, et des procureurs de la République en particulier, ni leur pouvoir de diriger la police judiciaire, n'ont jamais été expressément contestés par la Cour européenne des droits de l'Homme¹⁶⁰. Quant à leur rôle de garant de la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution, il n'est pas directement affecté par ses arrêts les plus récents. D'ailleurs, la loi du 14 avril 2011 relative à la garde à vue ne modifie pas la donne sur ce point. Alors qu'elle consacre un certain nombre de droits au profit du gardé à vue¹⁶¹, notamment le droit tant attendu à l'assistance de l'avocat au cours de la garde à vue¹⁶², cette loi laisse subsister le contrôle du procureur de la République. En témoigne la rédaction de l'article 62-3 qu'elle crée au sein du code de procédure pénale : « La garde à vue s'exécute sous le contrôle du procureur de la République, sans préjudice des prérogatives du juge des libertés et de la détention prévues aux articles 63-4-2 et 706-88 à 706-88-2 en matière de prolongation de la mesure au-delà de la quarante-huitième heure et de report de l'intervention de l'avocat. Le procureur de la République apprécie si le maintien de la personne en garde à vue et, le cas échéant, la prolongation de cette mesure sont nécessaires à l'enquête et proportionnés à la gravité des faits que la personne est soupçonnée d'avoir commis ou tenté de commettre. Il assure la sauvegarde des droits reconnus par la loi à la personne gardée à vue. Il peut ordonner à tout moment que la personne gardée à vue soit présentée devant lui ou remise en liberté »¹⁶³.

Toutefois, et au-delà des exigences formulées par la Cour européenne des droits de l'Homme, le temps n'est-il pas venu de placer le contrôle de la liberté individuelle à l'abri de tout soupçon ? Dans sa thèse, le professeur Michèle-Laure RASSAT a très justement démontré

¹⁵⁸ Art. 17 de la loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue, préc. Conformément à l'art. 26 de cette même loi, cette disposition n'entrera en vigueur qu'au 1^{er} juin 2011.

¹⁵⁹ Art. 22 de la loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue, préc.

¹⁶⁰ La prudence de la Cour est manifeste lorsqu'elle indique qu'elle « n'est en effet appelée à se prononcer que sous le seul angle des dispositions de l'article 5 § 3 de la Convention, et des notions autonomes développées par sa jurisprudence au regard desdites dispositions » : CEDH, 23 novembre 2010, *Moulin c. France*, préc., § 57.

¹⁶¹ V. par exemple, Haritini MATSOPOULOU, « Une réforme inachevée. A propos de la loi du 14 avril 2011 », *JCP G*, n° 19, mai 2011, 542, [en ligne]. Disponible sur [www.lexisnexis.com].

¹⁶² Plus de cent quatorze ans après la loi Constans du 8 décembre 1897 qui a ouvert le cabinet du juge d'instruction aux avocats, le droit à l'assistance d'un avocat est désormais consacré au cours de la garde à vue.

¹⁶³ Art. 2 de la loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue, préc.

que « la nature de la fonction doit être en rapport étroit avec le caractère de l'institution »¹⁶⁴. Sous cet angle, le renforcement de l'indépendance des magistrats du parquet n'est point un luxe : elle est une nécessité, ou selon l'expression du professeur Jean PRADEL et du directeur de l'équipe spéciale de la lutte contre le terrorisme de l'ONU, Jean-Paul LABORDE, « une grande exigence de notre temps »¹⁶⁵. La confiance du justiciable s'en trouverait assurément grandie¹⁶⁶. En ce sens, le premier président de la Cour de cassation, Vincent LAMANDA, a rappelé à l'occasion de l'audience solennelle de rentrée du 7 janvier 2011 que « la justice doit recevoir de la société autant qu'elle lui apporte ». Il a poursuivi en indiquant que « ce qu'il lui faut obtenir et ce qu'il lui appartient de donner, c'est de la confiance. L'indépendance et la déontologie des magistrats en sont les ressorts majeurs »¹⁶⁷. En outre, les magistrats du parquet gagneraient en sérénité, car en l'état actuel du droit le doute (fondé ou non) peut toujours germer « sur les conditions dans lesquelles (ils) travaillent »¹⁶⁸. A ce propos, dans *les chevaux du lac Ladoga*, le garde des Sceaux, Alain PEYREFITTE n'avait pas manqué de souligner que « notre ère du soupçon se plaît à déceler partout des influences occultes, des trahisons obscures, des secrets florentins »¹⁶⁹. Par ailleurs, et même si l'étude de cette fonction accordée au ministère public a été volontairement évincée du champ de cette contribution, la récente association des parquetiers au processus de définition des sanctions pénales dans le cadre des voies alternatives (en particulier la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité : CRPC) milite également en faveur du renforcement des garanties d'indépendance du ministère public¹⁷⁰. La piste à suivre consisterait dès lors à aligner totalement le mode de nomination des magistrats du parquet sur celui de leurs collègues du siège. Cela suppose deux modifications d'envergure constitutionnelle¹⁷¹ : d'une part, le CSM doit pouvoir formuler des propositions pour les nominations des magistrats du parquet près la Cour de cassation, pour celles des procureurs généraux et pour celles des procureurs de la République, et d'autre part, les magistrats du parquet ne doivent être nommés que sur avis conforme du CSM. Parallèlement, le régime disciplinaire applicable aux magistrats du parquet devrait être calqué sur celui applicable aux magistrats du siège. Ainsi, la formation du CSM compétente à l'égard

¹⁶⁴ Michèle-Laure RASSAT, *Le ministère public. Entre son passé et son avenir*, op. cit., p. 161.

¹⁶⁵ Jean PRADEL et Jean-Paul LABORDE, « Du ministère public en matière pénale. A l'heure d'une éventuelle autonomie ? », *Dalloz*, 1997, p. 141, [en ligne]. Disponible sur [www.dalloz.fr].

¹⁶⁶ A propos de la crise de confiance entre les Français et la justice, il pourra être utile de se reporter au rapport d'activité annuel de 2007 du CSM qui présente les résultats de l'enquête d'opinion menée en 2008 par l'institut français d'opinion publique (IFOP) : CSM, *rapport d'activité annuel de 2007*, pp. 85 et s., [en ligne]. Disponible sur [www.conseil-superieur-magistrature.fr].

¹⁶⁷ Vincent LAMANDA, discours prononcé à l'occasion de l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation, préc.

¹⁶⁸ Valéry TURCEY, « La nouvelle indépendance du parquet : mythe ou réalité ? », *LPA*, n° 50, 27 avril 1998, p. 4, [en ligne]. Disponible sur [www.lextenso.fr].

¹⁶⁹ Alain PEYREFITTE, *Les chevaux du lac Ladoga*, in De la France, Omnibus, Paris, 1996, p. 696.

¹⁷⁰ Concernant le renforcement de l'indépendance du ministère public au regard de ses missions quasi-juridictionnelles, v. Florence AUDIER, Maya BEAUVALLET, Eric-Guy MATHIAS, Jean-Luc OUTIN et Muriel TABARIES, *Le métier de procureur de la République ou le paradoxe du parquetier moderne*, op. cit., pp. 11 et 33, et Mireille DELMAS-MARTY (propos recueillis par Cécile PRIEUR et Alain SALLES), « Réformer le parquet est inéluctable », *Le Monde*, 6 avril 2010, p. 15.

¹⁷¹ Il s'agirait de modifier l'article 65, alinéa 5, de la Constitution.

des magistrats du parquet statuerait comme conseil de discipline des magistrats du parquet¹⁷². Pour aller un peu plus loin dans l'approche prospective et compléter ces « quelques éléments d'une nouvelle conception du ministère public »¹⁷³, les mesures prises par le parquet en matière de liberté individuelle pourraient également être placées sous le contrôle d'un magistrat du siège¹⁷⁴. Il serait de la sorte répondu aux inquiétudes exprimées par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe quant à la possibilité pour le ministère public d'être responsable des mesures privatives de liberté¹⁷⁵. Dans cette perspective, la proposition formulée par la CNCDH d'instaurer « un droit de recours devant un juge du siège », qui appréciera la légalité et l'opportunité des mesures de contrainte, est à étudier¹⁷⁶. Elle semble constituer un bon compromis entre le simple maintien du contrôle par le procureur de la République de la liberté individuelle au cours de la garde à vue et son transfert au profit du juge des libertés et de la détention qui ne manquerait pas de poser de nombreuses difficultés en termes d'organisation et de ressources humaines. En conclusion, ces différents réaménagements de l'architecture de notre système judiciaire permettraient sûrement au ministère public d'exercer pleinement son rôle en toute indépendance « sans ingérence injustifiée »¹⁷⁷ et sans subir le regard soupçonneux du justiciable, car, rappelons-le, la tâche du parquet est essentielle dans une société démocratique : « préserv(er) le principe de la primauté du droit, protég(er) les citoyens contre les violations criminelles de leurs droits et libertés, garant(ir) le respect des droits et libertés des personnes soupçonnées ou accusées d'infractions pénales, et veill(er) au bon fonctionnement des organismes chargés des enquêtes et des poursuites »¹⁷⁸.

¹⁷² V. l'article 65, alinéas 6 et 7, de la Constitution.

¹⁷³ Expression empruntée à Michèle-Laure RASSAT, *Le ministère public. Entre son passé et son avenir*, op. cit., p. 259.

¹⁷⁴ Pour le premier président honoraire de la Cour de cassation, Pierre TRUCHE, « la préfiguration de ce que devrait être un ministère, (c'est) un ministère public indépendant mais sous le contrôle d'un juge » : Pierre TRUCHE, « Quelle indépendance pour quel parquet ? », *LPA*, n° 213, 25 octobre 2000, p. 10, [en ligne]. Disponible sur [www.lextenso.fr].

¹⁷⁵ Recommandation 1604 (2003) sur le rôle du ministère public dans une société démocratique régie par le principe de la primauté du droit, adoptée la Commission permanente, agissant au nom de l'Assemblée du Conseil de l'Europe, 27 mai 2003.

¹⁷⁶ CNCDH, *Avis sur le projet de loi relatif à la garde à vue*, adopté par l'Assemblée plénière du 6 janvier 2011, § 21, [en ligne]. Disponible sur [www.cncdh.fr].

¹⁷⁷ Recommandation 19 (2000) du Comité des ministres aux Etats membre sur le rôle du ministère public dans le système de justice pénale, adoptée par le Comité des ministres, 6 octobre 2000.

¹⁷⁸ Recommandation 1604 (2003) adoptée par la Commission permanente, préc.