

## TABLE RONDE N°2

### Réforme de la procédure pénale : quelles implications pour la justice financière ?

\*\*\*

#### ***Impact de la réforme sur les enquêtes financières***

**Guillaume Daïeff, Vice-président de l'Association Française des Magistrats Instructeurs**

Le Président de la République a annoncé le 7 janvier 2009 sa volonté de supprimer le juge d'instruction et de transférer au procureur de la République la direction d'enquête, sous le contrôle d'un « juge de l'enquête et des libertés » (JEL). Quelques commissions de travail plus tard, le projet avance et un calendrier est annoncé : un projet de loi pour l'été 2010.

Cette suppression du juge d'instruction va porter un coup supplémentaire et peut-être définitif à la lutte en France contre la corruption nationale ou internationale. Supplémentaire, parce que cette lutte est déjà mal en point. Définitif, parce que l'institution du juge d'instruction est l'outil d'enquête le plus efficace – ou à tout le moins le moins inefficace- sur la corruption publique, nationale ou internationale.

La lutte contre la corruption a besoin du juge d'instruction, mieux contrôlé et doté de moyens supplémentaires (I), même si le parquet devenait moins dépendant (II) et qu'un JEL était institué (III).

#### **I. La direction d'enquête passerait du juge d'instruction au procureur**

La réforme ne consiste pas, comme on l'entend, à remplacer le juge d'instruction par le juge de l'instruction (le nouveau juge de l'enquête et des libertés – ou JEL), mais à remplacer le juge d'instruction par le procureur de la République..

Le juge d'instruction est un directeur d'enquête, mais indépendant : ni le président du tribunal ni le premier président de la cour d'appel ne peuvent lui retirer son affaire sans acte de procédure soumis au contrôle des parties. Ni l'un ni l'autre – ni le garde des Sceaux- n'ont aucun droit d'intervenir dans le cours d'une instruction, de donner un ordre au juge d'instruction, et de fait, ils ne s'y risquent pas.

Par ailleurs, la corruption publique, quand elle est interne, implique des personnes au pouvoir ou proches du pouvoir, au plan local comme au plan national. La corruption internationale implique des personnalités politiques étrangères, qui peuvent porter atteinte aux intérêts diplomatiques de la France, et des entreprises françaises, dont les intérêts économiques peuvent rejoindre l'intérêt économique de la France.

Or,

1. au sein du parquet, le substitut est subordonné à son procureur, qui est subordonné au procureur général, qui peut leur adresser des ordres dans des affaires particulières (art. 36 du code de procédure pénale) – subordination interne ; et le parquet lui-même est subordonné au Garde des Sceaux, chef du parquet, qui peut aussi adresser aux procureurs généraux des ordres dans des affaires particulières (art. 30 du CPP) – subordination externe. Un procureur peut dessaisir un de ses collaborateurs d'une enquête, d'un simple claquement de doigt.

Comment dès lors pourront sortir les affaires de corruption nationale ou internationale ?

2. Lorsqu'une enquête peut mettre en cause des amis du pouvoir – que ce soit au niveau national ou local, quel procureur serait assez suicidaire pour aller embêter les amis du pouvoir qui non seulement le nomme mais au surplus a le droit de lui adresser des ordres (art. 30 précité) ?

3. Si l'on met de côté les “mauvaises” raisons qui peuvent conduire les parquets à ne pas faire d'enquête (le copinage), il y a aussi de “bonnes” raisons :

~ dans les cas de corruption internationale, les intérêts économiques de la France et ses intérêts diplomatiques ;

~ dans les cas de corruption nationale, on pourrait invoquer la concorde civile, la « confiance » des électeurs dans le personnel politique... Dans tous ces cas, on peut considérer que la vérité doit céder le pas à d'autres intérêts légitimes.

Lorsqu'une enquête met en cause les pratiques à l'exportation de certaines grandes entreprises françaises, quel procureur déciderait de la mettre en examen, au risque de la blacklister dans toutes les compétitions internationales, et alors que d'autres administrations, telles que la Direction du Trésor par exemple, s'y opposeraient en réunion interministérielle ?

A l'inverse, la vérité est le seul objectif que la loi assigne au juge d'instruction. Il n'est pas chargé comme le procureur de protéger l'ordre public, notion floue ou complexe, qui autorise à faire prévaloir divers intérêts légitimes sur la recherche de la vérité.

Et le juge d'instruction ne dispose pas, comme le procureur, de l'opportunité des poursuites. Ce principe ne s'applique pas aux décisions de renvoi du juge d'instruction. S'il estime que des charges suffisantes existent, il doit saisir le tribunal pénal. D

De ce fait, les principes qui régissent son action sont compatibles avec l'article 5 de la convention de lutte contre la corruption de l'OCDE par exemple, qui interdit de faire prévaloir dans les décisions de poursuites des intérêts “légitimes” tels que les intérêts diplomatiques ou économiques de l'Etat. En revanche, les principes qui régissent l'action du parquet – l'opportunité des poursuites- ne sont pas compatibles avec l'article 5 précité.

Et c'est le juge d'instruction qu'on veut supprimer.

## **II – Le parquet indépendant, directeur d'enquête indépendant?**

### 1. Le statut du parquet évoluera à peine.

Depuis plusieurs années, les parquetiers, quoique magistrats, sont totalement caporalisés.

Leur seul espace de liberté - la liberté de parole à l'audience- a été en pratique supprimé.

Aujourd'hui, certains parquetiers passent la moitié du temps à faire des rapports au procureur général et au Garde des Sceaux pour “rendre compte”, et à faire des statistiques sur le taux de réponse pénale, le nombre de gardes à vue, de condamnations, – au lieu de diriger les enquêtes.

### 2. Une évolution souhaitable mais largement insuffisante : l'alignement des conditions de nomination des parquetiers sur les juges

Rappelons que :

~ les parquetiers sont nommés sur proposition du Garde des sceaux, sans que le Conseil supérieur de la magistrature puisse s'y opposer (“avis simple”);

~ les juges du siège “ordinaires” (dont les juges d'instruction) sont nommés sur proposition du Garde des sceaux, seulement si le CSM est d'accord (“avis conforme”) : ce dernier a (seulement) un droit de veto (sauf les présidents de tribunaux et les premiers président de cour d'appel, qui sont nommés sur proposition du CSM lui-même).

Un alignement des conditions de nomination des parquetiers est souhaitable, car il limiterait la caporalisation du parquet.

Mais les conditions de nomination des juges du siège "ordinaires" empêchent seulement le pouvoir exécutif de "remercier" un magistrat par une nomination scandaleuse ; elles ne l'empêchent pas de bloquer la carrière d'un magistrat qui déplaît.

Et même un alignement sur la nomination des présidents de tribunaux ne rendrait pas la direction d'enquête indépendante, puisque :

~ il y aurait toujours la même chaîne hiérarchique, du substitut jusqu'au Garde des sceaux donc jusqu'à l'Élysée ; en sorte que refuser d'exécuter un ordre serait toujours une faute disciplinaire;

~ les dossiers pourraient toujours être retirés à chaque instant, ad nutum, au substitut qui déplaît.

### 3. Le procureur général de la Nation : l'indépendance du parquet n'est pas l'indépendance des parquetiers

Pourquoi pas un procureur général de la Nation ; mais sans supprimer le juge d'instruction. Car il ne suffit pas de rendre le parquet indépendant, encore faudrait-il rendre le parquetier indépendant.

L'indépendance actuelle du juge d'instruction, ce n'est pas l'indépendance d'un corps d'enquêteurs, qui relèveraient du premier président de la cour de cassation : c'est l'indépendance des enquêteurs eux-mêmes. Or avec le PG de la Nation, tous les substituts devraient, dans les affaires sensibles, demander son accord pour décider de faire telle mesure coercitive sur telle personne, de faire une perquisition ou une écoute sur telle personne, de poser telles questions.

Or le cordon ombilical avec le pouvoir exécutif serait-il vraiment coupé ?

Ce procureur général de la Nation serait autant indépendant du Gouvernement qu'un nourrisson de sa mère. Car il serait nécessairement un homme d'État, sensibilisés à la conduite des affaires de l'exécutif, dans toutes ses dimensions diplomatiques, économiques. L'objectif de vérité, qui est celui assigné par la loi au juge d'instruction, pourrait souvent passer après celui de l'intérêt diplomatique, économique de la France, de telle grande entreprise...

A le supposer vraiment indépendant, ses pouvoirs ne seraient-ils pas effrayants ? Car il concentrerait entre ses seules mains le pouvoir de diriger toutes les enquêtes pénales en France. Et il aurait même plus de pouvoir que tous les juges d'instruction de France réunis, puisque il aurait également – c'est le propre du procureur et la différence avec un juge, qui ne peut jamais s'autosaisir d'une affaire- le pouvoir d'ouvrir ces enquêtes, ce que ne peut pas faire un juge d'instruction, qui ne peut s'autosaisir.

### 4. L'indépendance du procureur général de la Nation ne change rien à l'inégalité des armes : une justice pénale à deux vitesses

Le schéma proposé est fondé sur l'idée simple, mais fautive, d'un match entre l'accusation -le procureur- et la défense – vous.

Actuellement, l'institution chargée des enquêtes les plus graves ou les plus complexes – le juge d'instruction- n'a pas pour objet d'accuser et de punir, comme le procureur, mais de trouver la vérité : elle est donc chargée d'instruire à charge ou à décharge. Elle n'est pas non plus notée en fonction du nombre de personnes renvoyées ou condamnées, comme l'est le procureur.

Demain, ce sera à vous de faire la preuve de votre innocence – que le procureur soit indépendant ou non. Vous ne pourrez pas le lui demander, comme c'est la mission du juge d'instruction. Dès lors, selon que vous serez pauvre ou riche, le rapport de force sera très différent, alors qu'aujourd'hui, il est atténué par l'institution du juge d'instruction, qui dans certains cas pallie aux carences de la défense.

### III . L'illusion de la contrainte du JEL sur le parquet.

Pour répondre aux critiques sur la dépendance du parquet (et sur l'inégalité des armes), le gouvernement vend le nouveau Juge de l'enquête et des libertés (le JEL). Ce JEL est la caution illusoire d'impartialité, d'indépendance.

#### 1. L'ouverture de l'enquête

Si le procureur ne veut pas enquêter sur l'affaire dite des biens mal acquis, le JEL pourrait l'y contraindre ?

Mais pensez-vous qu'après avoir refusé, pour de bonnes ou de mauvaises raisons, de faire l'enquête, le procureur va tout à coup la faire avec zèle, efficacité, diligence, parce que le JEL le lui demande ? En revanche, dans le système actuel, celui à qui vous demandez de faire l'enquête – le juge d'instruction – n'est pas le même que celui qui l'a refusée – le procureur. Il vous reste une chance.

Evidemment, le procureur devra "ouvrir" une enquête – mais sur le papier. Dans son tiroir. Une chose est d'ouvrir une enquête sur le papier, autre chose est de la faire.

#### 2. La conduite de l'enquête

Pour répondre à cette critique, on commence à vendre le "contrôle permanent" du JEL sur l'enquête. Dès le début de l'enquête, donc.

Mais le JEL ne ferait aucun acte lui-même, comme entendre quelqu'un, faire une perquisition.

Or comme indiqué, une perquisition peut se conduire avec plus ou moins de bonne volonté ; comme pour les interrogatoires : allez vous poser les bonnes questions ? Chercher dans le dossier tous les éléments à charge ? Poser les questions qui dérangent ?

A supposer qu'on lui donne le droit de faire des actes lui-même, le JEL ne pourra pas les faire "d'office" : c'est-à-dire qu'il devra attendre qu'une des parties -la victime ou le mis en cause- le lui demande.

Mais faire une enquête est un métier : saurez-vous quel acte d'enquête demander au JEL pour prouver la culpabilité de votre adversaire ou votre innocence ?

Et dans les dossiers où il n'y a pas de partie civile ou de vraie partie civile, qui ira demander au JEL de faire tel ou tel acte ?

En matière de corruption, ni le corrupteur ni le corrompu n'en sont victimes : en général, ils ne vont pas déposer plainte l'un contre l'autre.

Il peut certes arriver qu'en raison d'un changement de pouvoir interne, les organisations se constituent partie civile, par exemple la collectivité locale contre son ancien président. Mais jusqu'au retour de la majorité précédente... Et on observe qu'il est assez rare que des concurrents –dans la sphère politique comme dans la sphère économique- se dénoncent ; l'affaire des marchés publics des lycées d'Ile de France où la corruption se doublait d'entente, à la fois entre les entreprises et entre les partis politiques, a montré que la corruption se doublait souvent d'ententes, ce qui ne facilite pas l'émergence de parties civiles.

Il peut aussi arriver – c'est parfois le cas des entreprises en matière de corruption internationale- qu'une partie civile ne soit pas une vraie partie civile : elle rentre dans le dossier non pas pour que la vérité soit faite, mais pour éviter qu'elle le soit. Certaines entreprises qui ont corrompu les fonctionnaires étrangers déposent plainte contre leur ex collaborateur qui a mis en place ce système... à leur demande ; ils déposent plainte contre lui pour abus de confiance. Elles sont parties civiles...

Dès lors, le “contrôle permanent sur l'enquête” dont on commence à entendre parler est une plaisanterie. C'est mauvaise foi ou méconnaissance de ce qu'est une enquête en général... et de ce qu'est la corruption en particulier.

En réalité, la conduite de l'enquête – c'est-à-dire la manifestation de la vérité- sera la chose des parties. La vérité sortira ou ne sortira pas, selon l'intérêt des parties. Est cela dont nous voulons ?

Même en matière civile, où il est d'usage de dire que le procès est la chose des parties, puisqu'il concerne des intérêts privés (et non pas l'ordre public, comme en matière pénale), le juge a le pouvoir d'ordonner “d'office” (sans qu'on le lui demande) “toutes mesures d'instruction”. Il ne l'aurait pas en matière pénale ?

### 3. La saisine du tribunal

On commence à vendre que le JEL aurait le pouvoir de saisir le tribunal. Comme le juge d'instruction aujourd'hui.

Dans certains cas bien rares, ce ne serait pas inutile : imaginez que l'enquête a été bien faite parce qu'elle arrangeait le pouvoir en place, puis l'enquête une fois terminée, intervient un changement de majorité : l'affaire n'arrange plus le nouveau pouvoir, qui veut classer : Pas possible, si le JEL peut saisir le tribunal.

Mais cette garantie ne fonctionne que si la virevolte arrive à la fin de l'enquête, quand elle est terminée. Dans les autres cas, le parquet pourra laisser traîner, ne pas finir l'enquête.

Le JEL aura beau avoir le pouvoir de saisir le tribunal contre l'avis du procureur, si ce dernier lui apporte à la fin de “l'enquête” un dossier inachevé ou même vide, il ne saisira rien du tout, et fera un non-lieu.

C'est au début de l'enquête qu'une poursuite pénale se joue, pas à sa fin.

### **Conclusion**

On nous reprochera peut-être d'avoir diabolisé le parquet tel qu'il fonctionne. Et ayant passé plus de quatre ans en administration centrale, notamment à la Direction des affaires criminelles et du Sceau, je sais qu'on y trouve nombre de magistrats parquetiers soucieux de défendre les libertés publiques et animés par une volonté de justice pénale égale pour tous, républicaine.

A supposer que nous ayons forcé le trait, reste que le nouveau système sera soupçonné de fonctionner tel que nous l'avons décrit ; et que la décision la plus juste du procureur le plus indépendant sera perçue comme une décision injuste d'un procureur aux ordres.

Notre République a tout à y perdre.