



Rentrée solennelle de la Cour d'appel de Mons

1er septembre 2017

Discours prononcé par Monsieur le Procureur général

I. de la Serna

Quel ministère public pour le futur¹ ?

¹ Les opinions exprimées par l'auteur lui sont personnelles et n'engagent en rien les institutions auxquelles il appartient.

Introduction

L'existence d'un régime démocratique véritable se jauge à la manière dont les trois pouvoirs que sont le législatif, l'exécutif et le judiciaire s'exercent. Sont-ils concentrés en une seule personne ou en un petit nombre, il s'agit d'un régime dictatorial. S'exercent-ils chacun avec une certaine indépendance, on peut parler d'un régime démocratique. En d'autres termes, la séparation des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire est une caractéristique du fonctionnement démocratique d'un Etat.

Une des premières actions d'un régime qui bascule vers la dictature est de s'attaquer à la liberté de la presse et à l'indépendance du pouvoir judiciaire. Peu après le coup d'état avorté du 15 juillet 2016 en Turquie, une bonne centaine de mandats d'arrêt ont été émis à l'encontre de journalistes, juges et procureurs. Actuellement on estime à plus de 4000 le nombre de juges, procureurs et membres du ministère de la justice qui ont été radiés².

Notre Constitution consacre l'existence de trois Pouvoirs qui sont soumis à la règle de la séparation³.

Cette dernière peut paraître évidente, toutefois, force est de constater aujourd'hui que le degré de séparation n'est pas du tout le même qu'il s'agisse du législatif et de l'exécutif ou du judiciaire. Dans un discours prononcé le 27 octobre 2016, au palais des Académies, le premier président de la Cour de cassation, Jean de Codt, constate que les pouvoirs législatif et exécutif sont en réalité soudés l'un à l'autre probablement parce qu'ils doivent constamment tenir compte de l'opinion publique surtout quand, en temps de crise, la pression populaire se fait plus forte⁴.

En revanche, le pouvoir judiciaire apparaît comme le seul rempart permettant au citoyen de faire valoir ses droits fondamentaux face aux dérives de la puissance étatique.⁵

² La Libre Belgique du 25 août 2017 <http://www.lalibre.be/actu/international/qui-sont-ces-magistrats-qui-defient-des-regimes-autoritaires-59a0258fcd706e263f96f5ac>

³ F. Dumon, Le pouvoir judiciaire. Cet inconnu et méconnu, Mercuriale du 1^{er} septembre 1981, *J.T.*, 1981, pp 457-489 ;

⁴ J. de Codt, Le pouvoir judiciaire est-il souverain ?, Discours prononcé le 27 octobre 2016 au Palais des Académies à l'occasion de la rentrée d'Avocats.be ; Voyez aussi Ernest Krings, « Considérations sur l'Etat de droit, la séparation des pouvoirs et le pouvoir judiciaire », *J.T.*, 1989, p. 525 n° 15 ;

⁵ Ernest Krings, op. cit., p. 523 et la note 28 qui fait référence à Ganshof van der Meersch, Rapport, Paris, 1954, p. 161 : « Le pouvoir judiciaire est le plus indépendant des trois pouvoirs » ; p. 171 : « C'est dans le judiciaire que la séparation des pouvoirs apparaît le mieux ».

Il est donc fondamental dans une démocratie que le pouvoir judiciaire ne soit pas soumis aux pressions politiques ni populaires.

Cette indépendance du pouvoir judiciaire va de soi quand elle concerne les juges ou précisément les magistrats du siège. Qu'il soumette un litige au tribunal ou qu'il se voit reprocher un comportement délictueux, le citoyen est en droit d'attendre une décision ou une sentence motivée rendue par un juge impartial après avoir pu, en toute liberté, être entendu dans ses observations et son argumentation. En d'autres termes, il doit pouvoir bénéficier d'un procès juste et équitable. Par conséquent, les juges doivent pouvoir jouir d'une indépendance absolue. Aucune autorité quelle qu'elle soit ne peut donner des ordres à un juge ou exercer des pressions pour que la cause qui lui est soumise soit tranchée dans tel ou tel sens. C'est une évidence.

Mais quand il s'agit du ministère public qu'en est-il ? Dans une démocratie, le ministère public doit-il être indépendant ? Cette question de l'indépendance prend encore davantage d'importance aujourd'hui puisqu'un des nombreux projets du ministre de la Justice est de revoir le code d'instruction criminelle, notamment en instaurant le principe d'une enquête préliminaire unique désormais confiée au parquet sous le contrôle d'un juge de l'enquête. Exit le juge d'instruction qui devient un juge de l'enquête. Or, une des vertus du juge d'instruction c'est son indépendance qui garantit en principe une enquête objective, à charge et à décharge. Supprimer le juge d'instruction nous pousse inévitablement à nous interroger sur l'indépendance du ministère public. Est-il à même de conduire une enquête et de constituer un dossier avec la même objectivité qu'est censé garantir le statut indépendant du juge d'instruction ?

*

*

*

Poser la question de l'indépendance du ministère public c'est inévitablement s'interroger sur son statut et son fonctionnement.

Une distinction peut être faite entre deux conceptions distinctes du ministère public : la première présente un ministère public subordonné au pouvoir gouvernemental. Il est le relais nécessaire pour la mise en œuvre d'une politique criminelle et reste sous l'autorité du ministre de la Justice. Cette conception nous vient en droite ligne de la tradition républicaine⁶. L'autre prône un ministère public totalement indépendant par rapport au pouvoir exécutif. C'est l'exemple italien. Le ministère public est, à l'instar du juge, gardien de la liberté individuelle. Il constitue « un filtre

⁶ Isabelle Boucobza, Le parquet dans la magistrature, Magistrature et politique, 2001, page 4 – <https://laboratoireitalien.revues.org/281> ;

de la légalité des investigations, dont l'indépendance garantirait l'impartialité dans l'exercice de l'action pénale et donc de l'égalité devant la loi »⁷.

Dans bon nombre de démocraties, le ministère public est rattaché au pouvoir exécutif. Aux Etats-Unis, les 93 procureurs fédéraux sont nommés par le Président et doivent être confirmés par le Sénat. Ils peuvent aussi être révoqués par le Président. C'est ainsi que Donald Trump a révoqué 46 procureurs fédéraux nommés par Barack Obama. En Allemagne, le procureur est avant tout un avocat de l'Etat. Considéré par la loi comme agent de l'Etat, il relève du pouvoir exécutif⁸. Il dispose néanmoins d'une certaine autonomie dans le classement sans suite d'un dossier, ce qui en fait un juge avant le juge. Depuis 1974, l'enquête pénale a été confiée au procureur et l'institution du juge d'instruction a été abrogée.

En France, le ministère public a toujours été plus proche du pouvoir exécutif et donc moins indépendant qu'en Belgique. Plusieurs décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme le relèvent⁹. Dans un arrêt du 23 novembre 2010, celle-ci considère que « *du fait de leur statut..., les membres du ministère public, en France, ne remplissent pas l'exigence d'indépendance à l'égard de l'exécutif qui, selon une jurisprudence constante, compte, au même titre que l'impartialité, parmi les garanties inhérentes à la notion autonome de « magistrat » au sens de l'article 5 §3 de la Convention européenne des droits de l'homme* »¹⁰.

Le débat sur le statut du ministère public est vif en France. Il suffit de consulter le site du syndicat de la magistrature pour lire quelques titres de communiqués dont par exemple celui du 14 juin 2017 : « *Pas de moralisation de la vie politique sans indépendance du parquet* »¹¹. A cet égard, deux législations récentes méritent d'être soulignées : une loi de juillet 2013 qui interdit au ministre de la Justice de donner des instructions dans les affaires individuelles et une loi du 3 juin 2016 énonçant expressément pour la première fois que le parquet conduit des investigations tendant à la manifestation de la vérité et ce, à charge et à décharge »¹². Le juge d'instruction n'a plus dans les textes le monopole de l'enquête à charge et à décharge.

⁷ Isabelle Boucobza, op. cit., p. 6 ;

⁸ Denis Salas, Parquets européens entre pouvoirs judiciaires et politiques pénales, Droit et société, LGDJ, 2010/1, n°74, p. 91. <https://www.cairn.info/revue-droit-et-societe-2010-1-page-91.htm> ;

⁹ Marc-Antoine Granger, Le parquet, une autorité judiciaire indépendante, <http://www.droitconstitutionnel.org/congresNancy/comN6/grangerT6.pdf>

¹⁰ Cour eur. D.H., Affaire Moulin c. France, 23 novembre 2010

¹¹ <http://www.syndicat-magistrature.org/Pas-de-moralisation-de-la-vie.html> , Voyez également la tribune publiée par Benoît Hurel « Le parquet doit-il être indépendant ? » et la réponse négative apportée par Marie-Françoise Bechtel <http://www.syndicat-magistrature.org/IMG/pdf/Politis.pdf> ;

¹² Loi du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale ». Voyez Pascal Gastineau, « Le juge d'instruction français : un enquêteur indépendant incontournable » in La figure du juge d'instruction : réformer ou supprimer ?, A.S.M., Anthémis, p. 33 ;

L'Italie semble faire exception dans le paysage judiciaire européen¹³. Depuis 1989, elle a opté pour un système accusatoire en supprimant la fonction du juge d'instruction et en octroyant une totale indépendance au ministère public qui est désormais seul titulaire des enquêtes et des poursuites. L'article 104 alinéa 1^{er} de la Constitution italienne énonce : « *La magistrature constitue un ordre autonome et indépendant de tout autre pouvoir* ». Juges et procureurs ont donc la même indépendance. Tous deux sont inamovibles et sur le plan disciplinaire dépendent du Conseil supérieur de la magistrature. Le ministre de la Justice n'exerce aucun pouvoir hiérarchique sur les magistrats du parquet. Chaque substitut dispose également d'une liberté d'action, ne pouvant recevoir aucune instruction de sa hiérarchie. Cette autonomie du ministère public italien se caractérise donc par une absence de hiérarchie interne comme externe¹⁴.

Mais qu'en est-il dans notre pays ?

Une importante controverse doctrinale existe quant à la question de savoir si les magistrats du ministère public sont des agents du pouvoir exécutif délégués auprès des cours et tribunaux ou s'ils peuvent être considérés comme des organes du pouvoir judiciaire. C'est en somme sur la question du statut que les deux conceptions s'affrontent¹⁵.

La première considère que « *d'un point de vue organique, les officiers du ministère public ne peuvent être tenus pour des membres du pouvoir judiciaire, celui-ci étant exercé, en vertu de l'article 40 de la Constitution, par les cours et tribunaux* »¹⁶. Ils tirent argument de l'article 153 de la Constitution selon lequel « *le Roi nomme et révoque les officiers du ministère public près des cours et des tribunaux* » ainsi que des articles 143 et 143bis du code judiciaire selon lesquels les procureurs généraux et le collège des procureurs généraux exercent leur compétence sous l'autorité du ministre de la Justice. C'est donc du pouvoir exécutif que relève les magistrats du ministère public même s'ils disposent d'une certaine autonomie dans l'exercice de leurs fonctions judiciaires.

La seconde estime que les magistrats du ministère public appartiennent au pouvoir judiciaire¹⁷. Ce sont au travers de plusieurs mercuriales audacieuses et brillantes que plusieurs procureurs généraux se sont penchés sur cette épineuse question pour en conclure que le ministère public ne peut en aucune manière être considéré comme un organe du pouvoir exécutif : « *Il a été institué par le constituant au sein*

¹³ Sur cette question voyez Gualtiero Michelini et Manuella Cadelli, « *Le juge d'instruction est inutile lorsque le parquet est indépendant : l'exemple italien* » in *La figure du juge d'instruction : réformer ou supprimer*, ASM, Anthémis, 2017, pp. 37 à 55 ;

¹⁴ Gualtiero Michelini et Manuella Cadelli, op. cit., p. 50 ;

¹⁵ Pour un exposé sur les deux conceptions divergentes du statut du ministère public et leur historique voyez C. Matray, « *Ministère public : ambiguïtés statutaires, erreurs de menuiserie, promiscuités politiques* » note sous CEDH, 31 mai 2012, *J.L.M.B.*, pp. 1319 à 1330

¹⁶ Marc Verdussen, « *Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal* », Bruylant, 1995, p. 341 ;

¹⁷ R. DECLERCQ, « *Beginnselen van strafrechtspleging* », Kluwer, 2007, p. 30 ;

*du pouvoir judiciaire pour éviter une intervention directe du pouvoir exécutif dans l'activité du pouvoir judiciaire*¹⁸ ». Un arrêt de la Cour constitutionnelle a relevé que le magistrat du ministère public bénéficiait en matière de poursuites individuelles, d'une indépendance qu'aucune disposition comparable ne garantit aux agents de l'administration¹⁹.

Le statut du ministère public a toujours été une question délicate et complexe qui n'a jamais présenté la limpidité de la situation des juges. Elle est probablement due aux nombreuses fonctions qu'il exerce. Dans sa mercuriale du 1^{er} septembre 2004, le procureur général Jean Dujardin a remarquablement montré la diversité des tâches du ministère public²⁰. Réduite trop souvent à celle d'accusateur public par l'exercice de l'action publique, la fonction est en réalité bien plus large : « *une palette de couleurs insoupçonnées* » pour reprendre l'expression judicieuse de deux magistrats²¹. Ainsi, en matière répressive, le procureur peut décider de transiger ou d'opter pour une médiation, ce qui évite les poursuites et les condamnations. Quant aux missions civiles, elles sont multiples et diverses notamment en matière commerciale, familiale, protectionnelle et sociale etc²². Les magistrats du parquet viennent alors éclairer le juge sur une solution au litige, respectueuse de la loi.

C'est ce que d'aucuns ont nommé « le statut hybride » du ministère public : « En tant qu'il met l'action publique en mouvement et la dirige par la procédure écrite jusqu'à son terme, c'est-à-dire jusqu'à ce qu'elle soit épuisée par une décision définitive, le ministère public exerce une fonction du pouvoir exécutif ; en tant qu'il assiste le juge et l'éclaire sur l'interprétation de la loi dont l'exécution est poursuivie et sur son application à la contestation déferée par l'action au juge, il exerce une fonction judiciaire »²³.

Depuis 1998, la Constitution consacre, au chapitre VI intitulé « Du pouvoir judiciaire », à l'article 151, l'indépendance du ministère public dans l'exercice des recherches et des poursuites individuelles mais avec deux exceptions : le ministre de la Justice peut imposer au ministère public des directives de politique criminelle et il peut ordonner des poursuites dans une cause déterminée.

¹⁸ E. Krings, op. cit., p. 528 ; Voyez aussi R. Hayoit de Termicourt, "Propos sur le ministère public", *R.D.P.C.*, 1936, pp. 961-1011 ; F. Dumon, « Le pouvoir judiciaire. Cet inconnu et ce méconnu », *J.T.*, 1981, p. 461 n°10 ; R. Charles, « Du ministère public », *J.T.*, 1982, p. 555 ; J. Velu, « Représentation et pouvoir judiciaire », Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 39-41 ;

¹⁹ C.A., 14 juin 2000, n° 73/2000, C.A.-A., 2000, p. 937 ;

²⁰ Jean DUJARDIN, « Le Ministère public dans ses fonctions non pénales », *J.T.*, 2004, pp. 725 à 743 ;

²¹ Vincent Macq et Florence Reusens, « L'avis du Ministère public en matière civile : nouvelle définition d'une mission toujours prioritaire », in *Le Code judiciaire en pot-pourri, Promesses, réalités et perspectives*, Larcier, p. 33 ;

²² La loi dite « pot-pourri I » (Loi du 19 octobre 2015 modifiant le droit de la procédure civile et portant des dispositions diverses en matière de justice) a simplement permis au Ministère public dans certaines matières d'apprécier l'opportunité d'émettre un avis dans certaines causes alors qu'auparavant cet avis était d'office obligatoire. Il ne s'agit donc pas d'une démission du ministère public dans ses fonctions non pénales comme d'aucuns ont pu le prétendre. Sur cette question voyez l'excellente contribution de Vincent Macq et Florence Reusens, op. cit., pp. 33 à 60 ;

²³ R. Hayoit de Termicourt, op. cit., pp. 984-985 ;

L'article 151 de la Constitution est le premier texte qui énonce officiellement l'indépendance du ministère public²⁴. Cette indépendance « *dans l'exercice des recherches et des poursuites individuelles* » signifie que le ministre de la Justice ne peut s'immiscer dans la direction d'une enquête qui appartient au chef de corps et in fine au procureur général. Il ne pourrait ainsi intervenir dans un dossier en préconisant une perquisition, une audition, une écoute téléphonique, etc. Il ne peut non plus se substituer au magistrat et agir à sa place. Le magistrat n'est pas un fonctionnaire et le ministre n'est pas à la tête du ministère public²⁵.

La première exception à cette indépendance du ministère public est le droit pour le ministre d'ordonner des poursuites. C'est ce qu'on appelle le droit d'injonction positive. Cette faculté a été laissée au ministre de la Justice pour le cas où le parquet négligerait d'exercer l'action publique dans une affaire déterminée²⁶. Il convient également de préciser que depuis la 6^{ème} réforme de l'Etat, les gouvernements de Communauté et de Région peuvent, par l'entremise du ministre de la Justice, ordonner des poursuites dans les matières qui relèvent de leurs compétences²⁷.

Cette exception que constitue le droit pour le ministre compétent, qu'il soit fédéral, régional ou communautaire, d'ordonner des poursuites dans une affaire déterminée est-elle susceptible de mettre en péril l'indépendance avec laquelle le magistrat du parquet pourrait conduire une enquête ?

Nous ne le pensons pas. Tout d'abord, il faut constater que ce droit d'injonction positive a été utilisé avec parcimonie par les différents ministres de la Justice. La doctrine cite les cas suivants²⁸ :

- La poursuite de personnes accusées d'avoir pris part au génocide rwandais ;
- La réouverture de l'instruction dans l'affaire Latinus suite aux conclusions de la Commission parlementaire ;
- L'injonction de procéder à l'arrestation de Michel Nihoul aux fins d'obtenir la révocation de sa libération conditionnelle ;

Ensuite, comme cela a été évoqué plus haut, ce droit ne permet pas au ministre de s'immiscer dans l'enquête et d'en prendre les rênes. Son pouvoir se limite à l'ordre donné et non à la manière dont celui-ci est exécuté.

L'injonction positive du ministre étant un acte de procédure, le document par lequel il ordonne l'ouverture des poursuites doit être joint à la procédure²⁹. C'est une garantie

²⁴ F. Rigaux, « Le statut de la magistrature belge », *Ann. dr.*, 2005, p. 14 ;

²⁵ Dirk Van Daele, « Le droit d'injonction du Ministre de la Justice à l'égard du Ministère public », *Vigiles*, 1996, p. 7 ;

²⁶ E. Krings, *op. cit.*, p. 527 ;

²⁷ Article 151 §1 de la Constitution et article 11bis de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles

²⁸ Thierry Marchandise, « Le parquet sous l'autorité du Ministre et la liberté du juge d'instruction : un Rubik's Cube », *Justine* n° 31, 2011 pp. 5 et 6 ;

de transparence vis-à-vis des parties au procès et vis-à-vis du juge. De lege ferenda, il nous paraît souhaitable, pour lever toute équivoque à cet égard, que la loi impose au ministre la rédaction d'un écrit motivé. Il existe d'ailleurs une proposition de loi dans ce sens³⁰. Il est regrettable qu'elle n'ait pas été votée.

Enfin n'oublions pas qu'en vertu de l'adage « la parole est libre, la plume est servie », le magistrat du parquet est toujours libre de s'écarter des réquisitions qui lui sont imposées.

Rappelons au passage, même si c'est une évidence, que l'injonction négative individuelle, celle par laquelle le ministre demanderait au ministère public de ne pas poursuivre l'auteur d'un fait particulier, est rigoureusement interdite.

Pour ce qui est des injonctions négatives générales par lesquelles le ministre enjoindrait au ministère public de ne pas poursuivre une infraction, la question fut controversée³¹.

Cependant, l'examen des travaux préparatoires concernant la révision de l'article 151 de la Constitution ne laisse place, à mon sens, à aucun doute. Les développements de la proposition de révision de l'article 151 de la Constitution se réfèrent aux travaux préparatoires du projet de loi instituant le collège des procureurs généraux et créant la fonction de magistrat national, énoncent ce qui suit : « ...cela ne confère pas au ministre le pouvoir d'adresser au ministère public une injonction tendant à l'arrêt des poursuites, ni de se substituer au ministère public dans l'exercice de ses attributions, ni d'adresser une injonction négative à caractère général »³².

L'examen des travaux préparatoires de la loi du 4 mars 1997 instituant le collège des procureurs généraux et créant la fonction de magistrat national³³ va naturellement dans le même sens : « *Le ministre de la Justice ne peut également adresser une injonction négative à caractère général par laquelle il empêcherait le ministère public d'entamer des poursuites dans tous les cas d'application de tel ou tel texte de loi pénale. Cette interdiction repose sur l'idée que le ministère public exerce l'action que la Nation lui a déléguée sans qu'il soit permis à l'exécutif d'interférer dans l'exercice de celle-ci* »³⁴. « *Il va sans dire qu'une directive ne peut ignorer la loi. En d'autres*

²⁹ M.-A. Beernaert, Henri D. Bosly et D. Vandermeersch, *Droit de la procédure pénale*, Tome I, 2014, 7^{ème} édition, La Chartre, p. 608 ;

³⁰ Doc. Parl., Sénat, 2008-2009, n° 4 – 1202/1, proposition de loi de la sénatrice Martine Taelman et Doc. Parl., Chambre, 2008-2009, n° 52 – 1818 ;

³¹ D. Van Daele, « Le droit d'injonction du ministre de la justice à l'égard du ministère public », *Vigiles*, 1996, n° 4, pp. 6 à 15 ; P. Troisfontaine, « Le Ministre de la Justice peut-il adresser aux magistrats des parquets des injonctions négatives à caractère général », *Ann. Dr. Liège*, 1983, pp. 25-41 ; Pour une opinion favorable aux injonctions négatives à caractère général voyez M. Verdussen, op. cit., p. 348 à 351 ;

³² Doc. Parl., Ch., n° 1675/1 – 97/98, Développements, p. 4 ;

³³ *Moniteur belge* du 30 mai 1997 ;

³⁴ Doc. Parl., Ch., n° 867/6 – 96/97, p. 17, dans sa réponse le ministre cite l'avis du C.E. (Doc. Sénat n° 447/1, p. 22)

termes, le ministre ne peut se substituer au législateur. S'il s'y risquait malgré tout, il serait du reste sanctionné sur le plan politique »³⁵.

L'interdiction pour le ministre compétent de prendre des injonctions négatives à caractère général comme par exemple la demande de ne pas poursuivre un type d'infraction est justifiée et respectueuse de la séparation des pouvoirs. Ce n'est pas à l'exécutif de dispenser de l'exécution de la loi.

Si le droit d'injonction positive constitue bel et bien une exception à l'indépendance du ministère public, il ne nous paraît pas de nature à mettre en péril l'indépendance du parquet dans la conduite d'une enquête.

La seconde exception à l'indépendance du ministère public dans l'exercice des recherches et poursuites individuelles consiste dans le droit pour le ministre d'arrêter des directives contraignantes de politiques criminelles. L'article 143ter du code d'instruction criminelle attribue au collège des procureurs généraux la mise en œuvre cohérente et la coordination de la politique criminelle. Le collège est placé sous l'autorité du ministre de la Justice. D'aucuns ont vu dans cette réforme une sérieuse atteinte à l'indépendance du ministère public³⁶. Nous ne partageons pas ce point de vue.

A partir du moment où le ministre de la Justice peut être tenu pour responsable devant le parlement de défaillances dans la politique criminelle, il faut au moins qu'il puisse avoir les leviers nécessaires pour donner à celle-ci quelques grandes orientations³⁷. C'est là la raison d'être de cette seconde exception. Un gouvernement représentant une majorité élue sur base d'un programme doit pouvoir décider et imposer ses choix en matière de politique criminelle en donnant telle ou telle priorité à tel ou tel phénomène criminel.

L'existence de telles directives sont-elles de nature à porter atteinte à cette indépendance nécessaire du ministère public dans la conduite d'une enquête ? Nous ne le pensons guère. Tout d'abord rappelons que le ministre ne peut en aucune manière s'immiscer dans l'enquête. Ensuite il convient d'assurer une réelle transparence des directives données. Cette transparence nous apparaît fondamentale, ne fût-ce qu'au moins pour vérifier que les directives contraignantes ne cachent pas une injonction négative générale. Cela pourrait être le cas si en imposant des priorités dans les poursuites, le ministre signifiait implicitement que les infractions non prioritaires ne doivent plus être poursuivies³⁸.

³⁵ Doc. Parl, Ch., op. cit., p. 17 ;

³⁶ A. Masset, « La loi du 4 mars 1997 instituant le collège des procureurs généraux et créant la fonction de magistrat national : que reste-t-il de l'indépendance du ministère public ? », *J.T.*, 1997, pp. 649 à 651 ;

³⁷ M. Verdussen, op. cit., p. 347 ;

³⁸ G. Rapaille, « Le ministère public : un patchwork », *R.D.P.C.*, 2003, p. 987 ;

Précisons encore que dans une démocratie, il nous semble sain que l'autorité judiciaire qu'est le ministère public puisse servir d'interface entre le juge et l'autorité politique soucieuse de développer une politique criminelle. Rien de pire qu'une étanchéité complète entre les deux. L'atteinte à l'indépendance survient lorsque le magistrat est à la merci du politique, lorsque ce dernier peut se venger d'un refus ou d'un avis contraire en mettant un terme ou en perturbant la carrière de l'homme de loi.

Ceci nous amène à examiner le statut du magistrat du ministère public au regard de celui du juge ? Est-il fort différent ? Ce statut met-il le magistrat à l'abri de toute colère ou vengeance de l'homme politique à qui il aurait osé dire non.

Juges et magistrats du ministère public sont nommés à vie, par une même procédure dont le conseil supérieur a la maîtrise. Le ministre entérine généralement la proposition qui lui est faite par le conseil supérieur. Les traitements sont fixés par la loi et identiques. Le régime de pension est similaire. Il est parfaitement possible de passer du parquet au siège ou vice versa, même si ce dernier chemin est beaucoup moins fréquent. Seule une différence peut être faite au niveau de l'inamovibilité. Les magistrats du ministère public ne jouissent pas de cette garantie. Ils peuvent être déplacés par le procureur général sans leur consentement mais uniquement au sein du même ressort³⁹.

Sur le plan disciplinaire, il est essentiel de souligner que la loi du 15 juillet 2013 n'accorde plus au ministre de la Justice, comme le prévoyait la proposition initiale, le pouvoir de donner ordre au parquet de dénoncer au tribunal disciplinaire des magistrats lui paraissant manquer aux devoirs de leur charge. Cette injonction positive du ministre a été supprimée au motif qu'elle mettrait à mal l'indépendance du pouvoir judiciaire⁴⁰. Elle subsiste toutefois pour la mesure d'ordre.

On peut dès lors se demander quel est encore le sens de l'article 153 de la Constitution lorsqu'il énonce que « *le Roi nomme et révoque les officiers du ministère public près des cours et des tribunaux* » à partir du moment où la nomination des magistrats du ministère public échappe au Ministre de la justice et que ce dernier a perdu la main en matière disciplinaire.

Précisons enfin que la loi du 18 février 2014 a créé le collège du ministère public qui a dans ses compétences de prendre toutes les mesures nécessaires à la bonne gestion du ministère public. Il n'est pas présidé par le ministre de la justice même si

³⁹ La réforme du paysage judiciaire ayant créé, pour le Hainaut, un tribunal de 1^{ère} instance ayant un arrondissement identique au ressort, un juge peut être déplacé par son chef de corps sur un territoire identique à celui du magistrat du ministère public, la province de Hainaut. Depuis la loi « Pot-pourri IV, le nouvel article 330 quinquies du code judiciaire prévoit un recours administratif pour le magistrat contestant une décision de déplacement au sein du ressort devant le collège du ministère public et un recours en annulation devant le Conseil d'Etat contre la décision du collège. Deux recours, l'un devant le collège des cours et tribunaux, l'autre devant le Conseil d'Etat sont également prévus pour le juge qui conteste une décision de déplacement au sein de l'arrondissement où il a été nommé.

⁴⁰ J. de Codt, « La réforme de la discipline judiciaire : jamais deux sans trois », *J.T.*, 2014, p. 110 ;

ce dernier peut le réunir. C'est le début d'une autonomie de gestion censée rendre le ministère public plus performant et moins dépendant du SPF Justice.

La question principale qui nous préoccupe est celle de savoir si du point de vue de son statut, le magistrat du ministère public dispose de suffisamment d'indépendance pour reprendre les fonctions d'enquête dévolues actuellement au juge d'instruction.

Nonobstant les deux exceptions que sont le droit d'injonction positive et les directives de politique criminelle ainsi que moyennant toute transparence dans la mise en œuvre de ces deux exceptions, nous estimons qu'en termes de statut, le ministère public offre l'indépendance nécessaire pour la conduite de l'enquête pénale.

Mais l'indépendance est-elle la seule condition nécessaire pour mener une enquête avec toute l'objectivité nécessaire ? L'indépendance se mesure à l'aune des rapports entretenus avec les autres pouvoirs. Elle résulte de la séparation des pouvoirs mais aussi des garanties statutaires qui mettent les magistrats à l'abri des pressions ou menaces qui pourraient peser sur leur faculté de juger ou d'apprécier l'implication d'une personne dans les faits litigieux.

Si l'indépendance est une condition nécessaire pour assurer l'impartialité dans le chef du juge, elle n'est pas suffisante en tant que telle. L'impartialité peut se définir comme l'absence de préjugés qui doit caractériser le juge. Elle se mesure non pas par rapport aux autres pouvoirs mais dans les rapports que le juge entretient avec les justiciables. Il y a quelque chose de beaucoup plus personnel dans la notion d'impartialité que dans celle d'indépendance.

La question qui est dès lors posée est celle de savoir si le ministère public pourra diligenter l'enquête pénale qui lui est confiée avec toute l'impartialité requise ?

Même si nous avons toute confiance en les magistrats du ministère public au sein desquels des personnes de valeur peuvent diligenter une enquête avec toute la prudence et la neutralité nécessaire, il faut reconnaître que de par sa situation et son statut le ministère public n'offre pas sur papier les mêmes garanties d'impartialité qu'un juge. En effet, le ministère public est présent dans toute la chaîne pénale, de la mise en œuvre de l'action publique jusqu'à l'exécution de la décision de justice, ce qui lui donne une vision sensiblement différente de celle du juge d'instruction dont le rôle se limite à mener une enquête sur le dossier attribué, vision qui peut influencer la manière dont l'enquête est conduite. Un juge d'instruction peut d'ailleurs être récusé s'il n'offre plus l'impartialité nécessaire. Ce n'est pas le cas pour un magistrat du ministère public.

N'est-il pas dangereux de confondre entre les mains d'une même institution, en l'occurrence le ministère public, essentiellement pour les dossiers les plus sensibles qui sont les dossiers financiers et politico-financiers, les fonctions d'investigation, de poursuite et d'accusation. Il suffit de voir les interrogations de certains hommes

politiques dans l'affaire dite du « Kazakhgate » s'étonnant du fait que le parquet de Bruxelles se soit abstenu de mettre l'affaire à l'instruction. Les parquetiers adversaires du système actuel oublient que dans ce type de dossier où les pressions médiatiques et politiques sont énormes, le juge d'instruction constitue pour eux le meilleur rempart qui soit, les mettant à l'abri de l'ouragan et des pressions. Même si les magistrats de parquet peuvent faire preuve de la plus grande objectivité qui soit (nous n'avons aucun doute là-dessus) et se montrer impartiaux, ils ne pourront jamais, en apparence au moins, égaler l'impartialité que l'on prête au juge d'instruction en raison de son statut.

Mais que penser alors de cette réforme qui donnerait l'exclusivité de l'enquête au ministère public ?

Comme l'a écrit à juste titre Christian de Valkeneer, il faut d'abord « dépassionnaliser » le débat qui prend par moment des tournures émotionnelles exagérées⁴¹. Le remplacement éventuel du juge d'instruction ne signifierait pas la fin de toute justice pénale. Plusieurs pays dont l'Allemagne et les Pays-Bas ont supprimé la fonction du juge d'instruction et la justice pénale continue à y être correctement rendue.

Il faut également pouvoir reconnaître objectivement que chaque système a ses vertus.

La note d'orientation de la Commission de réforme de la procédure pénale présente une certaine cohérence. En confiant toute l'enquête exclusivement au ministère public, elle supprime la différence de régime existant entre l'information et l'instruction, différence fustigée récemment par la Cour constitutionnelle pour ce qui est de l'accès aux dossiers à l'information⁴². Elle assure une certaine cohérence en mettant fin à ce que d'aucuns ont appelé « l'ambiguïté consubstantielle à la mission du juge d'instruction⁴³ » à la fois « juge et enquêteur », « Maigret et Salomon »⁴⁴. Désormais les fonctions d'investigation sont attribuées au ministère public et les pouvoirs juridictionnels à un juge de l'enquête. Il y a également une certaine logique à confier les fonctions d'investigation au parquet en charge de la politique criminelle et qui dispose d'une vue d'ensemble de la criminalité.

En revanche, il nous paraît qu'il faut être conscient que la réforme proposée ne pourra jamais offrir pour les dossiers « sensibles » les garanties d'une même

⁴¹ Christian De Valkeneer, « La suppression du juge d'instruction : quelles conséquences pour le ministère public ? », in La figure du juge d'instruction : réformer ou supprimer ?, A.S.M., Anthémis, p. 115 ;

⁴² L'arrêt de la Cour constitutionnelle du 25 janvier 2017 a dit pour droit que l'article 21bis du Code d'instruction criminelle violait les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il ne prévoit pas de recours devant un juge indépendant et impartial contre le refus ou l'absence de décision du ministère public quant à une demande d'accès à un dossier à l'information formulée par la personne soupçonnée.

⁴³ M.-A. Beernaert, « Du juge d'instruction au juge de l'enquête : raisons et contours de la réforme proposée » in La figure du juge d'instruction : réformer ou supprimer ?, A.S.M., Anthémis, p. 23 ;

⁴⁴ Selon l'expression de Robert Badinter, http://www.lemonde.fr/idees/article/2009/03/21/la-mort-programmee-du-juge-d-instruction-par-robert-badinter_1170904_3232.html ;

impartialité dans l'enquête, non pas que les magistrats du ministère public soient en cause, (absolument pas) mais simplement parce que seuls le statut et la fonction du juge d'instruction à qui il est demandé uniquement de faire une enquête, offrent une telle garantie.

Cependant si la réforme envisagée devait aboutir, nous nous devons d'attirer l'attention sur quelques écueils.

Le premier consiste dans le rôle que jouera le juge de l'enquête. Jusqu'à présent, l'indépendance du ministère public a toujours été totale vis-à-vis du siège. A partir du moment où le juge de l'enquête pourra exercer un contrôle sur tous les dossiers à l'information, nous craignons que le ministère public ne se retrouve dans une situation de sujétion vis-à-vis du siège.

La note d'orientation de la Commission de réforme de la procédure pénale envisage 7 cas distincts dans lesquels le juge de l'enquête sera conduit à exercer ses fonctions juridictionnelles ainsi que de contrôle et le procureur du Roi amené à motiver ses décisions et à les justifier⁴⁵.

Ainsi, la décision de classement prise par un parquet sera contestable devant le juge qui pourra éventuellement désavouer cette volonté de ne pas initier ou de ne pas poursuivre l'action publique.

Même dûment circonscrit, l'usage de ce droit d'appel, infiniment plus aisé que la constitution de partie civile ou le droit laissé au plaignant de citer directement, risque de connaître un succès difficilement gérable à moyens termes.

Dorénavant, des magistrats du siège seront susceptibles d'intervenir dans 100% des dossiers traités par le ministère public.

On ne peut que se ranger à l'opinion de magistrats (du siège) français qui à propos de cette évolution pareillement voulue par un certain monde politique dans leur pays, ont considéré que cette réforme « *transpose sur la quasi-totalité des enquêtes, la procédure jusqu'alors réservée aux seules affaires graves et complexes* » et que cela « *paralysera l'institution judiciaire et les services d'enquête d'autant que la démultiplication des intervenants, et par conséquent, des voies de recours, entrainera un allongement de la durée de la procédure et représentera un risque réel de perte d'efficacité et de réactivité* »⁴⁶.

Or, jusqu'à présent, il était inimaginable que, sauf pour quelques notables exceptions, le juge puisse censurer le ministère public, émettre des appréciations

⁴⁵ M.-A. Beernaert, op. cit., pp. 26-27 ;

⁴⁶ Rapport du groupe de travail de la Cour d'appel de Paris sur l'avant-projet de réforme de la procédure pénale, mai 2010, p. 5 ;

sur la manière dont il exerce ses fonctions, critiquer l'usage qu'il fait de ses pouvoirs et lui adresser des injonctions⁴⁷ .

La fin annoncée de cette séparation hermétique entre les pouvoirs du ministère public et ceux du siège appellerait des commentaires et analyses qui dépassent, de très loin, le cadre de la présente mercuriale. Elle est cependant fort inquiétante.

Le deuxième écueil est le rôle donné au juge de l'enquête et le temps que nécessitera une telle procédure. En effet, appelé à se prononcer, à très courts délais, quant à la nécessité d'écoutes téléphoniques sollicitées dans une affaire complexe, le juge de l'enquête va-t-il s'astreindre à une étude approfondie de celle-ci, ou en raison du nombre de demandes qui lui seront adressées, se contentera-t-il d'indications sommaires devenant ainsi ce que d'aucuns ont nommé « le juge tamponneur⁴⁸ » ?

S'il attend, au contraire, du procureur du Roi un éclairage aussi complet que possible du terrain des faits instruits, quel temps ce dernier devra-t-il consacrer à la satisfaction de cette demande ? Pour une même demande, on multiplie les étapes. Les enquêteurs s'adresseront au ministère public qui s'adressera au juge de l'enquête avec bien souvent nous imaginons des demandes de renseignements complémentaires si celui-ci ne veut pas jouer le rôle d'une simple boîte aux lettres. Il est vrai que ce système existe aujourd'hui avec les mini instructions pour quelques cas mais il faut bien reconnaître que ce n'est pas le système le plus rapide sauf si le juge d'instruction est un « juge tamponneur ».

On peut également citer l'exemple du juge de l'enquête appelé à statuer sur le fondement d'un classement sans suite contesté par un plaignant mais ne justifiant pas une réaction pénale particulière.

Combien d'énergie et de temps le procureur du Roi devra-t-il dépenser pour démontrer qu'il a eu raison de classer l'affaire ?

On l'aperçoit au travers de ces quelques exemples choisis parmi d'autres, le successeur du juge d'instruction nous apparaît sous les traits inquiétants d'un ministère public à l'autonomie singulièrement amoindrie et victime de possibles essoufflements vu l'étendue de ses tâches.

Il est certain que telle n'était pas l'image que le comité des ministres du Conseil de l'Europe entendait promouvoir lorsqu'il adopta, le 6 octobre 2000, la recommandation Rec(2000)19 sur le rôle du ministère public dans le système de la justice pénale européenne⁴⁹.

⁴⁷ X.DE RIEMAECKER et G. LONDERS, op.cit., p.38 ;

⁴⁸ Expression du juge Marc Trévidic, <http://www.jeuxvideo.com/forums/1-69-1481694-1-0-1-0-suppression-du-juge-d-instruction.htm> ;

⁴⁹ Ce texte a été complété et actualisé par la Recommandation CM/Rec(2012)11 ;

Ce texte qui consacre le rôle du ministère public en tant que garant de l'Etat de droit, rappelle aussi cette évidence « *C'est sur le ministère public plus que sur le juge que pèse la responsabilité de veiller à l'efficacité de la justice pénale dans son ensemble par référence à la notion d'intérêt général* »⁵⁰.

La 4^{ème} recommandation de ce texte qui en contient 39 au total énonce que « *tous les Etats doivent prendre toutes mesures utiles pour permettre aux membres du ministère public d'accomplir leurs devoirs et responsabilités professionnelles dans des conditions de statut, d'organisation et avec les moyens, notamment budgétaires, appropriés. Ces conditions doivent être déterminées en concertation étroite avec les représentants du ministère public* ».

Il n'est pas certain que le législateur belge garde suffisamment en mémoire ce texte qui pose un regard éclairé sur les conditions et moyens sans lesquels le ministère public ne peut valablement exercer ce rôle fondamental attendu de lui.

Enfin, s'inscrivant dans le droit fil de ce qui précède, le troisième écueil est d'ordre budgétaire.

Il s'avère plus important qu'on ne le pense. Une telle réforme aura un coût substantiel inévitable puisqu'il faudra nommer des magistrats supplémentaires dans les parquets pour reprendre les enquêtes confiées aux juges d'instruction. Et les juges d'instruction deviendront pour certains des juges de l'enquête. Les autres exerceront des fonctions différentes au sein du tribunal.

Si les budgets nécessaires ne sont pas garantis, ce qui est loin d'être évident compte tenu des économies de 10% imposées au Ministre de la justice sur toute la législature, les parquets ne pourront diligenter les enquêtes comme il se doit, avec toute l'attention et la présence que cela nécessite. C'est alors la police qui construira le dossier. Est-ce bien cela que le citoyen souhaite ? Est-il dans le rôle de la police de mener une enquête à charge et à décharge et est-elle formée pour cela ? Si un budget nécessaire pouvait être trouvé, le ministère public n'a-t-il pas d'autres priorités que celle de reprendre l'enquête dans les dossiers d'envergure ? Nous pensons ici en particulier à l'acquisition d'outils informatiques performants lui permettant de disposer de chiffres précis pour promouvoir une politique criminelle plus efficace. Nous pensons également au développement de ce qu'on appelle « le droit pénal négocié ». Pour être appliqué, celui-ci demande davantage de temps et donc de magistrats. Dans bon nombre de cas, il semble être une meilleure réponse à la problématique de la récidive que l'enfermement pur et simple.

⁵⁰ Exposé des motifs de la Recommandation, p.14 ;

Conclusion

L'adoption d'un modèle d'enquête unique dirigée par le parquet et contrôlée par le juge de l'enquête offre certes le mérite d'une plus grande conformité à certains principes tels que celui de l'égalité de traitement entre les justiciables . Elle est aussi de nature à mettre un terme à l'ambivalence qui affecte actuellement l'image du juge d'instruction et qui procède de sa double fonction de juge et d'enquêteur.

Il convient cependant de souligner qu'en Belgique, cette dualité ne présente pas une intensité comparable à celle qui caractérise la fonction du juge d'instruction français. Chez nous, un autre juge dessaisit le magistrat instructeur. Outre Quiévrain, le juge d'instruction règle lui-même la procédure.

L'indépendance, bien plus nette, dont jouit le parquetier belge par rapport à son collègue français lequel ne dispose pas du statut d'autorité judiciaire, permet sans doute d'envisager cette réforme avec davantage de sérénité.

Toutefois, il faut être attentif à certaines difficultés susceptibles de générer de redoutables effets contreproductifs pouvant paralyser très vite les avancées attendues.

On peut « prima facie » en retenir trois.

Il est d'abord permis de s'interroger quant au point de savoir si le procureur, chargé de mener l'enquête à charge et à décharge, c'est-à-dire en faveur du suspect, contre lequel il devra un jour requérir, sera en mesure de s'acquitter de cette tâche avec la même égalité d'âme que celle qui pouvait animer le juge d'instruction lequel était libre du poids de certaines responsabilités.

A supposer qu'il y parvienne, n'aura-t-il de cesse d'avoir à se défendre d'être devenu lui-même « mi-Salomon, mi-Maigret » ?

Outre ce problème d'image, le ministère public ne va-t-il pas se trouver confronté à une charge de travail bien plus lourde de par les procédures auxquelles il devra avoir recours ou auxquelles il devra se soumettre ?

Que restera-t-il dès lors de l'effectivité de « la reine des attributions du Ministère public »⁵¹ qu'est le principe de l'opportunité des poursuites, outil indispensable pour développer une politique criminelle en phase avec la société ?

Bien plus que son souffle, le ministère public ne risque-t-il pas de perdre une partie de son ADN ?

⁵¹ R. Charles, op. cit., p. 553 ;

Enfin, sans accroissement considérable de ses moyens, peut-on raisonnablement attendre des parquets qu'ils soient en mesure d'assumer désormais de telles charges, sauf à considérer – ce qui n'arrivera pas - que les juges de l'enquête acceptent de ne jouer qu'un rôle de boîte aux lettres.

L'ambition de cette mercuriale n'est évidemment pas de répondre à toutes ces questions, mais de seulement attirer l'attention sur leur ampleur et, partant, sur la réflexion qu'il importe de leur consacrer encore.

Il est certes louable de vouloir le strict respect des principes. Encore faut-il s'assurer qu'ils soient praticables sur un terrain qui ne cesse de se complexifier.

Napoléon Bonaparte se plaisait à dire que « la faute est dans les moyens bien plus que dans les principes ».