

Anne SEVAUX
Paul MATHONNET
Société Civile Professionnelle
AVOCAT AU CONSEIL D'ETAT
ET A LA COUR DE CASSATION
12, rue de Bourgogne, 75007 PARIS
tél : 01.43.17.39.00 fax : 01 43 17 39 09
cabinet@scp-rsm.fr

CONSEIL CONSTITUTIONNEL

MEMOIRE EN INTERVENTION VOLONTAIRE

POUR : Le Syndicat de la magistrature, dont le siège est 12-14 rue Charles Fourier, 75013 Paris, représenté par sa présidente en exercice, domiciliée en cette qualité audit siège

S.C.P. SEVAUX et MATHONNET

Au soutien de la QPC 2017-680
(article 5 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958)

I – FAITS ET PROCEDURE

1. Le Syndicat de la magistrature, exposant, est un syndicat professionnel, dont l'objet statutaire est de défendre les intérêts collectifs de la profession de magistrat judiciaire et, notamment, « *de veiller à ce que l'autorité judiciaire puisse exercer en toute indépendance sa mission de garant des droits de l'homme, des libertés fondamentale et de l'égalité de tous devant la loi [ainsi qu']à la défense des libertés et des principes démocratique* » (article III des statuts du Syndicat ; cf. production).

A ce titre, il entre dans ses missions de défendre les intérêts collectifs de la profession en contestant, si besoin, les actes affectant les conditions d'emploi et de travail des magistrats judiciaires, et susceptibles de

porter atteinte à leurs droits et prérogatives, au premier rang desquels leur indépendance.

Le syndicat œuvre également pour les réformes nécessaires de l'institution judiciaire, parmi lesquelles une réforme du ministère public portant évolution du statut de ses membres et de ses rapports avec le pouvoir exécutif (cf production : extrait du projet syndical pour 2017).

C'est à ce titre que le Syndicat de la magistrature a introduit devant le Conseil d'Etat un recours pour excès de pouvoir contre le décret n° 2017-634 du 25 avril 2017 dont l'article 7 confie à la direction de la protection judiciaire de la jeunesse la mission d'animer et de contrôler « *l'action du ministère public en matière de protection de l'enfance* », ainsi que l'arrêté du 25 avril 2017 relatif à l'organisation du secrétariat général et des directions du ministère de la justice pris pour son application (n° 411832 ; cf production).

Le recours a été introduit parallèlement à celui exercé par l'Union syndicale des magistrats (USM), au soutien duquel a été posée la question prioritaire de constitutionnalité portant sur l'article 5 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 aux termes duquel : « *les magistrats du parquet sont placés sous la direction et le contrôle de leurs chefs hiérarchiques et sous l'autorité du garde des sceaux. A l'audience la parole est libre* ».

Par un arrêt en date du 25 septembre 2017, le Conseil d'Etat a renvoyé cette question, à laquelle le Syndicat de la magistrature entend d'associer dans le cadre d'une intervention volontaire.

II – DISCUSSION

1. Les dispositions de l'article 5 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 sont contraires aux articles 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et 64 de la Constitution en tant qu'elles prévoient que « *les magistrats du parquet sont placés (...) sous l'autorité du garde des sceaux* » (**B**).

Sont également contraires à l'article 64 de la Constitution et au principe d'indépendance des magistrats du ministère public qui découle de l'appartenance de ces derniers à l'autorité judiciaire, les dispositions de l'article 5 en tant qu'elles placent les magistrats du parquet « *sous la direction et le contrôle de leurs chefs hiérarchiques* » sans fixer les conditions et limites du pouvoir hiérarchique auxquels ils sont ainsi soumis (C).

2. Il sera préalablement démontré que le Syndicat de la magistrature est recevable à intervenir volontairement au soutien de la présente question prioritaire de constitutionnalité (A).

A – Sur la recevabilité de l'intervention volontaire du Syndicat de la magistrature

Le Syndicat de la magistrature justifie d'un intérêt spécial à intervenir relativement à la question prioritaire de constitutionnalité visant l'article 5 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 portant statut de la magistrature en raison, d'une part du lien direct entre cette disposition et les conditions d'emploi et de travail des magistrats judiciaires, d'autre part des actions qu'il mène pour une réforme du ministère public et, enfin, du recours qu'il a introduit contre les mêmes dispositions que celles dont la contestation de la légalité a donné lieu à ladite question prioritaire de constitutionnalité.

L'intervention volontaire du Syndicat de la magistrature sera donc déclarée recevable.

B – Sur la non conformité à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et à l'article 64 de la Constitution des dispositions de l'article 5 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 qui prévoient que « *les magistrats du parquet sont placés (...) sous l'autorité du garde des sceaux* »

1. Il convient de rappeler, en tout premier lieu, que la méconnaissance du principe de séparation des pouvoirs énoncé par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité dans le cas où cette méconnaissance affecte par elle-même un droit ou une liberté que la Constitution garantit

(Conseil constit., 22 septembre 2010, n° 2010-29/37 QPC ; 10 novembre 2011, n° 2011-292 QPC ; 22 juillet 2016, n° 2016-555 QPC, cons. 9).

2. En l'occurrence, dans la mesure où, comme il sera démontré, la subordination à l'autorité du garde des sceaux, ministre de la justice, des magistrats du parquet porte atteinte à l'indépendance de l'autorité judiciaire et des juridictions ou, à tout le moins, au principe du libre exercice des missions juridictionnelles confiées au ministère public, le grief tiré de l'atteinte à la séparation des pouvoirs est invocable au soutien de la présente question prioritaire de constitutionnalité, au même titre que l'indépendance de l'autorité judiciaire.

En effet, les dispositions législatives contestées sont contraires à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et à l'article 64 de la Constitution, dont il découle le principe de l'indépendance tant des juridictions que du ministère public, en tant qu'elles placent les magistrats du parquet sous l'autorité du garde des sceaux (1).

Subsidiairement, les dispositions législatives contestées sont contraires au principe de l'indépendance, même relative, du ministère public qui découle des dispositions précitées, en tant qu'elles ne définissent pas les conditions et limites dans lesquelles s'exerce l'autorité que le garde des sceaux détiendrait sur les magistrats du parquet (2).

B.1 - Les dispositions législatives contestées sont contraires à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et à l'article 64 de la Constitution en tant qu'elles placent les magistrats du parquet sous l'autorité du garde des sceaux

1. Aux termes de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* ».

Par ailleurs, en vertu du premier alinéa de l'article 64 de la Constitution, « *le Président de la République est garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire* », et celle-ci « *comprend à la fois les magistrats du siège*

et ceux du parquet » (Conseil constit., 11 août 1993, n° 93-326 DC ; 30 juillet 2010, décision n°2010-14/22 QPC).

L'article 16 de la Déclaration de 1789 et l'article 64 de la Constitution garantissent l'indépendance des juridictions ainsi que le caractère spécifique de leurs fonctions, sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur, ni le Gouvernement, non plus qu'aucune autorité administrative (Conseil constit., 1 mars 2007, n° 2007-551 DC, cons. 10 ; 21 février 2008, n° 2008-562 DC, cons. 33 ; 20 avril 2012, n° 2012-236 QPC cons. 4). Le principe d'indépendance est à ce titre indissociable de l'exercice de fonctions juridictionnelles (Conseil constit., 2 juillet 2010, n° 2010-10, cons. 3 ; 3 décembre 2010, n° 2010-76 QPC, cons. 8).

2. Sans doute, résulte-t-il ainsi de la jurisprudence du Conseil constitutionnelle une distinction entre l'indépendance de l'autorité judiciaire, et celle des formations de jugement, seule cette dernière allant jusqu'à l'interdiction de tout empiètement venant du législateur, du Gouvernement ou de toute autre autorité administrative.

Indépendants, car relevant de l'autorité judiciaire et « *exerçant des fonctions juridictionnelles* » (Conseil constit., 28 juillet 2016, n° 2016-732 DC, cons. 57), les magistrats du parquet le seraient toutefois moins que les juges du siège, au point qu'ils pourraient être placés sous l'autorité hiérarchique d'un membre du gouvernement. Relative, là où celle des juges du siège serait pleine et entière, l'indépendance du parquet ne serait pas inconciliable avec le principe d'une subordination hiérarchique au garde des sceaux.

Mais, ainsi que le montre la décision DC du 2 mars 2004 (n° 2004-492 DC, cons. 8), cette indépendance relative résulte d'une « *conception française* » du principe de la séparation des pouvoirs – conception française jusqu'alors mobilisée pour justifier la seule dualité des ordres de juridictions.

Or, nécessairement évolutive, cette « *conception française* » de la séparation des pouvoirs impose aujourd'hui de considérer que l'indépendance de l'autorité judiciaire n'est effective que si le ministère public n'est plus placé « *sous l'autorité du garde des sceaux* » ainsi que le prévoient les dispositions législatives ici contestées ; dit autrement : que l'indépendance des magistrats du parquet doit être pleine et entière, au même titre que celle des juges du siège.

3. Cette évolution s'impose en premier lieu en raison de l'exigence, au sein du corps social, d'une interdiction d'immixtion, même indirecte, du pouvoir exécutif dans le traitement des affaires pénales ou, à tout le moins, celle d'un dispositif organique permettant d'exclure tout doute sur ce point et, par voie de conséquence, toute affirmation par la loi de l'exercice d'une autorité sur le ministère public par un membre du Gouvernement.

Déjà, il y a près de vingt ans, une première vague d'affaires dites politico-financières avait mis en lumière l'absence de tolérance, par l'opinion publique, d'une intervention du Gouvernement dans l'exercice des poursuites ou le suivi des instructions pénales par le ministère public concernant des faits pouvant affecter les intérêts politiques de ses membres. Une première réponse minimaliste avait été mise en œuvre par les lois des 4 janvier et 24 août 1993, modifiant l'article 36 du code de procédure pénale pour imposer que les instructions individuelles soient écrites et versées au dossier de la procédure et exclure qu'elles puissent viser un classement sans suite. Après une période 2004-2012 marquée par une volonté de réaffirmer l'autorité du Garde des sceaux sur le ministère public, illustrée par la refonte des articles 30 et suivants du code précité par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 et par des prises de positions publiques de certains gardes des sceaux, les lois se succèdent désormais pour assurer la transparence et la confiance du public dans leurs représentants politiques et corrélativement dans les mécanismes de contrôle ou de sanction des manquements. Sur le plan de la procédure pénale, la loi n° 2013-669 du 25 juillet 2013 est venue modifier les dispositions des articles 30 et suivants pour encadrer l'autorité exercée par le garde des sceaux sur le ministère public et limiter son exercice à la transmission d'instructions générales, à l'exclusion de toute instruction individuelle. La loi n° 2013-1115 du 6 décembre 2013 a créé le procureur de la République financier afin d'assurer une répression plus efficace des infractions financière portant atteinte à la chose publique. La loi organique n° 2013-906 et la loi n° 2013-907 relatives à la transparence de la vie publique adoptées le 11 octobre 2013, ont été suivies de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, et plus récemment encore par la loi organique n° 2017-1338 et loi n° 2017-1339 du 15 septembre 2017 pour la confiance dans la vie politique.

Ce mouvement législatif atteste d'une volonté d'assurer une transparence pleine et entière dans le traitement judiciaire ou extra judiciaire des affaires mettant en cause la probité de responsables publics. S'agissant du traitement judiciaire, la création d'un procureur financier témoigne plus spécifiquement d'une volonté de renforcer l'autonomie et la légitimité du ministère public pour la lutte contre la délinquance financière dans la

perspective d'un parquet avec lequel le garde des sceaux n'aurait d'autre lien que la transmission d'instructions générales. Présentant le projet de loi, la garde des sceaux décrivait les avantages de la création de ce parquet et énonçait à cet égard : « *Enfin, quatrièmement, le procureur financier aura sa propre légitimité pour mettre en œuvre les instructions générales décidées par le garde des Sceaux, en déterminant l'action publique en matière de lutte contre la fraude fiscale et la corruption de grande complexité. Cette légitimité sera encore accrue, naturellement, par l'adoption de la loi constitutionnelle portant réforme du Conseil supérieur de la magistrature, qui prévoit la nomination des magistrats du parquet sur son avis conforme, et par celle de la loi relative aux attributions du garde des Sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et d'action publique, qui interdit les instructions individuelles du garde des Sceaux et donne aux parquets le plein exercice de l'action publique* » (Assemblée nationale, Commission des lois, rapport n° 1130 et 1131).

La légitimité du ministère public fait ainsi l'objet d'un renouvellement, à l'aune de la considération que le lien avec le politique ne renforce pas mais affaiblit l'institution (D. Boccon-Gibod, Pour une réforme statutaire du parquet, AJ Pénal 2017, p. 381).

La « conception française » de la séparation des pouvoirs ne consiste donc plus à considérer que l'autorité judiciaire peut exercer ses pouvoirs en toute indépendance en présence d'un ministère public placé sous l'autorité du garde des sceaux. L'indépendance pleine et entière des seules juridictions ne suffit pas à assurer l'indépendance de l'autorité judiciaire dès lors que le fonctionnement de ces juridictions est indissociable de l'intervention du ministère public, qui met en état les affaires pénales avant le déclenchement de l'action publique, qui saisit ces juridictions et qui bénéficie devant elles du statut particulier attaché au représentant des intérêts de la société. Les juridictions et le ministère public sont les deux pièces d'un mécanisme devant aboutir à l'indépendance de l'autorité judiciaire à l'égard des autres pouvoirs constitués, et il n'est désormais plus possible de considérer que cette indépendance puisse être assurée, au moins au yeux du public, grâce à la seule indépendance pleine et entière des juridictions et avec un ministère public placé sous l'autorité du garde des sceaux.

4. En second lieu, la « *conception française* » de la séparation des pouvoirs, au terme de laquelle l'indépendance de l'autorité judiciaire résulte de l'indépendance pleine et entière des seules juridictions, peu important que le ministère public soit placé sur l'autorité d'un membre du Gouvernement, correspond à un modèle de la justice judiciaire, pénale essentiellement, dans

lequel le ministère public est une simple autorité de poursuite et se limite à occuper, au cours des procédures, la position d'une partie. Or, ce modèle ne correspond plus à la réalité, le ministère public disposant désormais de pouvoirs de décision allant au-delà de la décision de poursuivre ou non, au point de constituer dans certains cas une quasi juridiction (cf Rapport remis au garde des sceaux de la commission de modernisation de l'action publique, présidée par M. J-L. Nadal, p. 3 et 44 ; J. Alix, Quels visages pour le parquet en France, in Les figures du parquet, sous dir. C. Lazerges, Puf, 2009 ; cf. Syndicat de la magistrature, Contribution à la réforme du ministère public, 2009, production n° 4).

D'abord, contrairement au modèle d'une procédure inquisitoire dans lequel la mise en état des affaires pénales est confiée à un juge d'instruction, l'immense majorité des affaires pénales est désormais traitée dans le cadre de l'enquête de police dont on sait qu'elle est placée sous la direction du procureur de la République. Là où le rythme et le résultat de ces enquêtes constituent évidemment un élément essentiel du fonctionnement de la justice pénale et de son indépendance.

Ensuite, le développement des mesures alternatives aux poursuites confère au ministère public un pouvoir – conditionnel – de décider qu'une infraction a été commise et de l'imputer à celui qui en serait l'auteur. Dans le cadre des classements sans suite sous condition, de la composition pénale et bientôt de la transaction pénale et de la convention judiciaire, le parquet prend position sur l'existence de l'infraction et sur son imputation au mis en cause, et en tire des conséquences en décidant d'une mesure alternative. Lorsque cette dernière aboutit, avec l'accord du mis en cause, il reste les traces de la décision estimant l'infraction constituée (fichiers de police ; casier judiciaire pour la composition pénale) – contrairement à un classement sans suite. Bien que conditionnelle, car subordonnée à l'accord du mis en cause, l'autorité exercée par le ministère public s'apparente à un pouvoir de juger, ceci sans contrôle d'un juge.

Enfin, la diversification des modes de saisine des juridictions, en matière correctionnelle essentiellement, fait du ministère public un orienteur des affaires pénales, bien plus qu'une simple autorité de poursuite, avec des conséquences indéniables sur la décision qui sera rendue par le juge. Ainsi en est-il de la décision de saisir le tribunal correctionnel dans le cadre de la procédure de comparution immédiate, dont on sait qu'elle ouvre la voie à une condamnation sévère avec délivrance d'un mandat de dépôt à l'audience ; et évidemment de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, qui permet d'éviter une audience des débats et un jugement par le juge correctionnel. Le choix du mode de poursuite guide de le choix de la sanction

compte tenu de la forte interaction entre la procédure choisie et le type de peine prononcée (J-L. Nadal, cité in Assemblée nationale, Commission des lois, Rapport n° 674, p ; 25).

Concomitamment, le contrôle exercé par le procureur de la République en matière de liberté individuelle, sur le fondement de l'article 66 de la Constitution, doit répondre à des exigences propres au droit de la Convention européenne des droits de l'homme, parmi lesquelles celle d'un contrôle par l'autorité judiciaire qui, siège ou parquet, doit être indépendante et impartiale lorsqu'il s'agit d'examiner la situation d'une personne privée de sa liberté (Cour EDH, Grande Chambre, 29 mars 2010, *Medvedyev et autres c. France*, n° 3394-03 ; 23 novembre 2010, *Moulin c. France*, n° 37104/06, §59). La garantie judiciaire imposée au titre de la Convention européenne ne se satisfait pas de l'indépendance relative du parquet – celle-là même qui concilie indépendance et subordination hiérarchique

Si cette exigence d'une indépendance pleine et entière en matière de garantie judiciaire n'entraîne à ce jour, en matière de contrôle des privations de liberté, aucune contradiction directe avec le droit de la Convention européenne – garde à vue ; mandat d'amener ... – à raison du délai de privation de liberté sans examen admis par la Cour européenne, elle soulève des difficultés lorsqu'elle trouve à s'appliquer en matière d'atteinte au droit au respect de la vie privée, là où un tel délai n'existe pas (cf pour le dispositif de géolocalisation, Crim. , 22 octobre 2013, pourvoi: 13-81949, Bull. crim. n ° 197). Le *statu quo* constitue à cet égard une option précaire.

En définitive, il existe une distorsion croissante entre les pouvoirs accrus des magistrats du ministère public – titulaires d'un grand nombre d'attributions lors de l'enquête préliminaire ou de flagrance et disposant du pouvoir de définir la majorité des réponses pénales - et leur maintien sous la subordination hiérarchique du garde des sceaux. Distorsion qui semble être la plus importante de celles que l'on retrouve dans d'autres systèmes juridiques européens, où il a été fait le choix, soit d'un ministère public ayant de larges pouvoirs mais indépendant, soit d'un ministère public placé sous l'autorité du Gouvernement, mais dont les attributions sont réduites essentiellement à la poursuite des infractions (C. Lazerges, sous dir., *Les figures du parquet*, Puf, 2009 ; CNCDH, *Avis sur l'indépendance de la Justice*, 27 juin 2013).

Le statut actuel du ministère public est donc entaché d'une contradiction : il ne bénéficie d'une indépendance qui n'est que relative, là où, dans le même temps, il occupe une place de plus en plus importante au sein de

la procédure pénale, et est amené à exercer, au-delà des fonctions classiques d'autorité de poursuite, des pouvoirs quasi juridictionnels. Le statut n'est plus en rapport avec les missions, ce qu'une « conception française » de la séparation des pouvoirs n'a jamais eu pour objet de valider.

5. En troisième lieu, la « conception française » de la séparation des pouvoirs a elle-même connu une évolution au sein de la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

Par sa décision n° 2016-555 du 22 juillet 2016, le Conseil constitutionnel a fait directement découler de l'indépendance de l'autorité judiciaire et de l'appartenance des magistrats du parquet à cette autorité, un principe de libre exercice de l'action publique.

Surtout, pour justifier l'atteinte à cette liberté résultant du « verrou de Bercy », le Conseil a énoncé trois justifications, parmi lesquelles la mise en œuvre d'une politique pénale déterminée par le Gouvernement conformément à l'article 20 de la Constitution d'une part, et d'autre part la limitation de l'atteinte (le ministère public étant uniquement empêché d'agir) et le caractère singulier des délits concernés, qui causent un préjudice principalement au Trésor public.

Ce dont on peut déduire qu'une immixtion du Gouvernement dans l'exercice, par le ministère public, de l'action publique ne saurait être justifiée par la seule considération qu'elle relèverait de la mise en œuvre de la politique pénale du Gouvernement.

Il ne saurait y avoir de libre exercice sans indépendance, de sorte que, bien que n'étant pas absolu, le principe du libre exercice de l'action publique exclut que le garde des sceaux dispose d'un pouvoir général de s'immiscer dans l'exercice par les magistrats du ministère public de leurs fonctions juridictionnelles, répressives ou non répressives. Et donc la suppression de toute affirmation par la loi d'une autorité du garde des sceaux sur ces magistrats.

Comme le prévoient, en matière pénale, les articles 30 et suivants du code de procédure pénale, le garde des sceaux est en mesure de mettre en œuvre la politique déterminée par le gouvernement par le biais d'instructions générales, ce qui ne nécessite pas le pouvoir de commander ou

de diriger l'action du ministère public comme le suppose l'affirmation d'une autorité détenue par le garde des sceaux par les dispositions contestées.

6. Par ailleurs, la circonstance que la Constitution contienne des dispositions marquant des différences entre le statut des magistrats du siège et celui des magistrats du parquet n'est pas de nature à faire obstacle à la censure des dispositions législatives contestées.

Ces différences portent essentiellement sur les conditions de nomination des magistrats et précisément l'intervention du Conseil supérieur de la magistrature (avis conforme ou sur proposition *versus* avis simple). Quand bien même ne seraient-elles pas satisfaisantes, dans la mesure où elles permettent des influences indirectes, ces différences peuvent coexister avec une conception française de la séparation des pouvoirs au terme de laquelle le garde des sceaux n'a pas autorité sur les magistrats du parquet.

De même, l'exercice par le garde des sceaux d'un pouvoir disciplinaire n'est pas incompatible avec l'exclusion de toute autorité du garde des sceaux. Le pouvoir disciplinaire est confié au Conseil supérieur de la magistrature s'agissant des magistrats du siège, ce dont personne ne vient déduire que ledit Conseil a autorité sur les magistrats concernés.

Enfin, la circonstance que l'inamovibilité soit réservée aux magistrats du siège n'empêche pas de considérer que cette même garantie puisse découler des principes constitutionnels consacrés à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et à l'article 64 de la Constitution, ou du moins qu'une mutation dans l'intérêt du service ne puisse intervenir en l'état du droit positif, c'est à dire sans avis conforme du Conseil supérieur de la magistrature (cf Commission de réflexion sur la Justice présidée par P. Truche, Rapport juillet 1997).

Au-delà du constat de cette absence de contradiction entre les dispositions de la Constitution et la consécration d'une indépendance des magistrats du parquet pleine et entière, les dispositions précitées relatives au statut des magistrats, ne peuvent passer pour exprimer une intention irrévocable du pouvoir constituant de consacrer de manière définitive une indépendance relative des magistrats du parquet.

La réaffirmation solennelle des droits et libertés de l'homme et du citoyen consacrée dans la Déclaration des droits de 1789 impose, d'abord de tenir pour intention première du Constituant le respect du principe de séparation des pouvoirs, et comme intention de second rang uniquement les dispositions par lesquelles ce principe a été mis en œuvre au gré de la répartition des pouvoirs. Le principe de la séparation des pouvoirs a pu donner lieu, dans l'histoire, et donne encore lieu, à travers le monde, à des organisations institutionnelles différentes. Peu importe donc la configuration, contingente, de la séparation des pouvoirs et, en l'occurrence, le souhait hypothétique du Constituant de 1958, 1993 et 2008 de maintenir le ministère public sous l'autorité d'un membre du Gouvernement ; l'essentiel est ailleurs : dans le respect des droits et libertés fondamentales visés par l'article 61-1 de la Constitution et dans la nécessité de faire correspondre l'exigence d'indépendance qui en découle avec les enjeux contemporains.

7. En définitive, il découle du principe de la séparation des pouvoirs et celui de l'indépendance de l'autorité judiciaire le caractère spécifique des fonctions du ministère public, sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur, ni le Gouvernement, non plus qu'aucune autorité administrative.

Les dispositions contestées qui placent les magistrats du parquet sous l'autorité du garde des sceaux méconnaissent cette spécificité et autorisent des empiètements incompatibles avec les principes précités.

Elles seront donc déclarées contraires à la Constitution.

B.2 - Subsidiairement, les dispositions législatives contestées sont contraires à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et à l'article 64 de la Constitution en tant qu'elles placent les magistrats du parquet sous l'autorité du garde des sceaux sans définir les conditions et limites dans lesquelles s'exerce cette autorité.

1. A supposer que l'indépendance de l'autorité judiciaire ne puisse se décliner de manière identique pour les magistrats du siège et pour les magistrats du parquet, et que l'indépendance de ces derniers demeure relative et tolère l'affirmation par la loi de l'exercice par le garde des sceaux d'une

autorité sur ces magistrats, cette dernière ne saurait pour autant se traduire par des instructions individuelle dans les affaires judiciaires.

Le principe d'indépendance de l'autorité judiciaire et l'indépendance – relative – des magistrats du ministère public imposent que l'autorité du garde des sceaux se limite aux instructions générales, portant orientation de la politique judiciaire – pénale ou autre – et ne puisse s'étendre aux instructions individuelles.

Ainsi qu'il a été vu, cette exigence s'impose compte tenu de la nécessité impérative d'assurer au regard du public un traitement des affaires judiciaires exempt d'intervention réelle ou apparente du pouvoir exécutif. Elle est indispensable dès lors que le ministère public est amené à exercer des fonctions quasi juridictionnelles. Elle constitue enfin une garantie de l'exercice effectif de la liberté d'agir devant les juridictions en vue de la protection des intérêts de la société, qu'il s'agisse des juridictions répressives ou non répressives.

Il y a donc lieu de faire découler du principe de la séparation des pouvoirs et de l'indépendance de l'autorité judiciaire la solution retenue par la loi n° 2013-669 du 25 juillet 2013, en vertu de laquelle le garde des sceaux ne peut adresser aux magistrats du ministère public que des instructions générales, à l'exclusion de toute instruction individuelle, et par là même d'étendre le champ d'application de cette solution à l'ensemble des procédures judiciaires.

Et de considérer, puisqu'il s'agit de garantir le respect du principe constitutionnel d'indépendance des magistrats du parquet, qu'il relève tant des obligations que de la compétence du législateur de définir les conditions et limites dans lesquelles s'exerce l'autorité du garde des sceaux sur lesdits magistrats. L'affirmation d'une autorité exercée par le garde des sceaux sans précision quant aux conditions et limites de cette autorité résulte d'une incompétence négative du législateur, incompatible avec les principes de séparation des pouvoirs et d'indépendance précités.

L'article 5 de l'ordonnance n° 58 1270 est ainsi contraire aux articles 16 et 64 précités en tant qu'il place les magistrats du ministère public sous l'autorité du garde des sceaux sans définir les conditions et limites de cette autorité.

Les dispositions contestées seront donc déclarées contraires à la Constitution.

C – Sur la non conformité à l'article 64 de la Constitution et au principe d'indépendance des magistrats du ministère public qui découle de l'appartenance de ces derniers à l'autorité judiciaire, des dispositions de l'article 5 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 qui prévoient que « les magistrats du parquet sont placés sous le contrôle et la direction de leurs supérieurs hiérarchiques »

1. Force est de constater, à la lecture des contributions doctrinales et des nombreux rapports rédigés sur le sujet, que le débat récurrent sur l'indépendance du ministère public se focalise sur les liens entre le ministère public et le garde des sceaux sans porter sur les conditions et les limites du lien hiérarchique au sein même de cette institution. Véritable angle mort de ce débat, et réel impensé du législateur, la question de l'exercice du lien hiérarchique au sein des parquets est essentielle, puisqu'elle a concrètement trait à la manière dont l'indépendance, qu'elle soit relative ou pleine et entière, est mise en œuvre au quotidien.

Il convient à cet égard d'observer que le principe de l'indépendance est consacré à hauteur des magistrats, et non du parquet lui-même. Ce sont en effet les magistrats que le Conseil constitutionnel vise lorsqu'il rappelle, à l'aune du principe de l'indépendance, l'unicité de la magistrature (Conseil constit., 28 juillet 2016, n° 2016-732 DC, cons. 57 : visant les « magistrats exerçant des fonctions juridictionnelles et (...) l'indépendance qui leur est garantie dans cet exercice »).

Par ailleurs, une institution ne peut être regardée comme indépendante si ses membres ne le sont pas. S'agissant des juridictions, le Conseil constitutionnel rappelle régulièrement que « le principe d'indépendance est indissociable de l'exercice de fonctions juridictionnelles » (Conseil constit., 2 juillet 2010, n° 2010-QPC ; 2 décembre 2010, n° 2010-76 QPC ; 2 décembre 2010, n° 2011-200 QPC ; 20 mars 2015, n° 2014-457 QPC). Sans doute, ces décisions portent sur des législations qui permettraient que des juridictions soient composées de membres liés par un lien de dépendance avec une autorité extérieure, et non avec un autre membre de cette juridiction. Mais

la solution s'impose de manière certaine s'agissant d'une absence d'indépendance entre membres d'une même juridiction.

Il ne peut donc y avoir indépendance des magistrats du parquet, et indépendance du ministère public, même relative, si ces magistrats sont soumis, au sein des parquet, à un pouvoir hiérarchique sans limites. Plus loin encore, la qualité même de magistrat, constitutionnellement protégée puisque visée par la Constitution, impose de telles limites et interdit, corrélativement, de placer les membres du parquet dans des conditions similaires à celles de n'importe quel agent public.

Il relève donc de la compétence du législateur, lorsque ce dernier affirme l'existence de la nécessaire hiérarchie du ministère public, d'apporter les garanties nécessaires à l'indépendance des magistrats en précisant les conditions et les limites de l'exercice du pouvoir hiérarchique, précisément les limites du pouvoir de direction et de contrôle des procureurs de la République et des procureurs généraux devant la cour d'appel sur leurs substituts, voire également – quand bien même l'indépendance est réalité pour ce parquet – le procureur général près la Cour de cassation à l'égard des premiers avocats généraux et avocats généraux.

Or, en prévoyant que les magistrats du parquet sont placés sous la direction et le contrôle de leurs supérieurs hiérarchiques, et en précisant que la parole est libre à l'audience, l'article 5 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 prive *a contrario* les magistrats du parquet de toute liberté dans les dossiers qu'ils traitent par voie de réquisitions écrites (décision sur les poursuites ; suivi et règlement des instructions préparatoires, exercice des voies de recours).

Ce qui autorise ensuite le législateur à ne réglementer et ne fixer des limites que dans les rapports entre procureur généraux et procureurs de la République, et à ne rien prévoir pour les relations au sein des parquets, entre procureur et substituts.

Dans les rapports entre le procureur général près la cour d'appel et le procureur de la République, les articles 35 et 36 du code de procédure pénale prévoient en effet que le premier anime et coordonne l'action du second et peut « *enjoindre aux procureurs de la République, 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 (qu'il) juge opportunes* ».

Rien de tel pour les relations entre les procureurs et leurs substituts, qui peuvent donner lieu à des instructions non écrites ou non versées au dossier, y compris des instructions visant un classement. Le procureur de la République peut en outre se substituer à son subordonné à tout moment. Il peut également, à défaut de cadre de répartition objective des affaires, retirer au substitut son affaire, ou diriger en tout arbitraire des affaires vers certains tout en écartant d'autres.

Ce qui conduit à ce qu'à la faveur d'une conception dévoyée du terme « *substitut* », s'instaure au sein des parquets des pratiques consistant à considérer les magistrats du parquet comme de simples délégués, ne prenant de décision que pour le compte du procureur de la République et non directement au nom du ministère public (solution contraire à la position adoptée par la Cour de cassation, qui a jugé que « *le substitut puise en sa seule qualité, en dehors de toute délégation de pouvoirs, le droit d'accomplir tous les actes rentrant dans l'exercice de l'action publique* », Crim., 3 juillet 1990, pourvoi n° 90-82418, Bull. crim. n° 275). Le principe de loyauté, au regard duquel les magistrats prêtent serment, est même invoqué pour imposer des modes de fonctionnement dans le cadre desquels, pour assurer sa loyauté envers son supérieur hiérarchique, le substitut est tenu de communiquer par avance le sens des décisions et des réquisitions qu'il va prendre, afin de permettre à l'intéressé d'intervenir, voir de le remplacer. Au point de réduire à néant même la liberté de parole à l'audience, qui ne peut finalement être exercée que si le magistrat est autorisé à la tenir (cf production : Groupe pénal du Syndicat de la magistrature, Contribution à la réforme du ministère public, octobre 2009).

L'article 5 affirme ainsi une subordination hiérarchique des magistrats du parquet sans fixer les garanties sans lesquelles cette subordination enlève au membre du parquet les attributs d'indépendance attachés à la qualité de magistrat ; limites qui pourraient résider par exemple dans l'interdiction d'adresser des instructions individuelles qui ne seraient pas justifiées par une mise en œuvre individualisée de la politique d'action pénale, ou de dessaisir un substitut d'un dossier pour un motif étranger à cet objectif, ou dans l'instauration de contrepoids permettant, à l'instar du système italien, au substitut dessaisi d'un dossier ou enjoint de prendre des réquisitions contraires à sa conscience, de saisir le Conseil supérieur de la magistrature.

L'article 5 est donc entaché d'une incompétence négative du législateur inconciliable avec le principe d'indépendance des magistrats du ministère public qui découle de l'appartenance de ces derniers à l'autorité judiciaire.

Il sera donc déclaré contraire à la Constitution.

PAR CES MOTIFS, et tous autres à produire, déduire ou suppléer, au besoin même d'office, l'exposant conclut qu'il plaise au Conseil constitutionnel :

- **ADMETTRE** le Syndicat de la magistrature en son intervention volontaire ;
- **DECLARER** l'article 5 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 contraire à la Constitution.

*Pour la SCP Anne SEVAUX et Paul MATHONNET
l'un deux*

Productions :

1. Statuts du Syndicat de la magistrature
2. Extrait du projet syndical pour 2017
3. Fiche Télérecours du recours n° 411
4. Syndicat de la magistrature, Contribution à la réforme du ministère public, octobre 2009.