



Contribution aux travaux de la Commission d'enquête sur les obstacles à l'indépendance du pouvoir judiciaire – 20 mai 2020.

Anticor est une association fondée en juin 2002 pour lutter contre la corruption et rétablir l'éthique en politique. Son ambition est de réhabiliter le rapport de confiance qui doit exister entre les citoyens et leurs représentants, politiques et administratifs. L'association regroupe des citoyens et des élus de toutes tendances politiques engagés pour faire respecter les exigences démocratiques non partisans. En avril 2020, elle comprend 3.916 adhérents. L'association s'est constituée partie civile dans une soixantaine d'affaires sur le fondement de l'article 2-23 du Code de procédure pénale. Dans une quarantaine d'autres, elle a signalé à la justice des faits d'atteinte à la probité ou saisi le Tribunal administratif.

Cette contribution répond aux questions de la Commission d'enquête, qui nous ont été adressées le 13 mars 2020.

1. La possibilité pour les magistrats de passer du siège au parquet ainsi que celle de faire des allers-retours dans d'autres corps publics ou dans le privé vous paraissent-elles de nature à influencer sur l'indépendance de la justice ?

1.1. Les allers-retours vers le privé.

La loi du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique procède à une modification profonde du contrôle déontologique des responsables et agents publics lors de leurs mobilités entre les secteurs public et privé. Cette loi prévoit une saisine obligatoire de la Haute autorité de transparence de la vie publique (HATVP) pour les personnes nommées aux plus hauts emplois des trois fonctions publiques hors concours.

La loi dispose que la HATVP est chargée :

(...)

« 3° D'émettre un avis sur la compatibilité du projet de création ou de reprise d'une entreprise par un fonctionnaire sur le fondement du III de l'article 25 septies avec les fonctions qu'il exerce ;

« 4° D'émettre un avis sur le projet de cessation temporaire ou définitive des fonctions d'un fonctionnaire qui souhaite exercer une activité privée lucrative dans les conditions prévues aux III et IV du présent article ;

« 5° D'émettre un avis en cas de réintégration d'un fonctionnaire ou de recrutement d'un agent contractuel (...) ».

La loi prévoit également la situation d'un fonctionnaire cessant définitivement ses fonctions pour exercer une activité lucrative, salariée ou non, dans une entreprise privée ou un organisme de droit privé ou une activité libérale. Dans ce cas, la HATVP doit être saisie en cas de doute sérieux sur la compatibilité de l'activité envisagée avec les fonctions exercées par le fonctionnaire au cours de trois années précédentes.

S'agissant des magistrats de l'ordre judiciaire, l'article 9-2 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 portant statut de la magistrature dispose :

« Le magistrat en disponibilité ou qui demande à être placé dans cette position doit, lorsqu'il se propose d'exercer une activité privée, en informer préalablement le garde des sceaux, ministre de la justice. La même obligation s'applique pendant cinq ans au magistrat ayant définitivement cessé ses fonctions.

Le garde des sceaux, ministre de la justice, peut s'opposer à l'exercice de cette activité lorsqu'il estime qu'elle est contraire à l'honneur ou à la probité, ou que, par sa nature ou ses conditions d'exercice, cette activité compromettrait le fonctionnement normal de la justice ou porterait le discrédit sur les fonctions de magistrat.

En cas de violation d'une interdiction prévue au présent article, le magistrat mis en disponibilité est passible de sanctions disciplinaires dans les conditions prévues au chapitre VII. Le magistrat retraité peut faire l'objet, dans les formes prévues au chapitre VII, du retrait de son honorariat, et, le cas échéant, de retenues sur pension ».

Ce texte, qui date de la loi du 5 février 1994, est obsolète. D'une part, il donne au ministre de la justice une responsabilité exclusive et une importante marge d'appréciation. D'autre part, il ne vise pas explicitement la prévention des conflits d'intérêts.

Or même si les allers-retours entre privé et public sont moins importants dans la magistrature judiciaire que dans d'autres corps de la fonction publique, il est souhaitable de prévenir toute dérive. C'est pourquoi nous sommes d'avis de confier au Conseil supérieur de la magistrature (CSM) une mission équivalente à celle de la HATVP pour les fonctionnaires.

1.2. Les allers-retours entre siège et parquet.

La magistrature judiciaire constitue un corps unique. La justification la plus importante consiste à rappeler qu'en principe, au siège comme au parquet, tous les magistrats ont en charge la garantie des droits du justiciable. Le procureur contrôle les garde-à-vues. Il doit, avec impartialité, mettre en état les dossiers –ce qui est le cas de 98% des affaires correctionnelles. Il oriente les dossiers –et ce choix n'est pas sans incidence sur les conditions dans lesquelles les prévenus seront jugés. Enfin, il a une totale liberté de parole à l'audience.

De plus, les magistrats de l'ordre judiciaire n'exercent pas seulement au siège et au parquet. Ils peuvent exercer des fonctions administratives (magistrat à l'administration centrale de la justice). Le statut prévoit aussi l'affectation dans un

cabinet ministériel (art.12), le détachement en qualité de directeur et de chef de service (art.40), le détachement dans les corps de maître des conférences et de professeurs des universités (art.76-2) ainsi que le détachement dans un autre corps d'une fonction publique (art.41).

Depuis 2012, les magistrats sont incités à une période de mobilité statutaire de deux ans auprès d'une administration ou d'un organisme de droit public, d'une entreprise publique ou privée ou d'une personne morale de droit privé assurant des missions d'intérêt général, ou auprès d'une institution ou d'un service de l'Union européenne, d'un organisme qui lui est rattaché, d'une organisation internationale ou d'une administration d'un Etat étranger.

Un magistrat peut demander une disponibilité pour exercer une fonction d'avocat. Il bénéficie alors d'un accès direct au barreau s'il obtient un avis favorable du Conseil de l'ordre.

Enfin, un magistrat peut se présenter au suffrage de ses concitoyens. Elu d'une collectivité locale, il peut poursuivre ses fonctions. Elu parlementaire, il est alors placé en position de disponibilité.

Ces dispositions constituent un enrichissement pour le corps.

La prévention des conflits d'intérêts résulte en premier lieu de la jurisprudence du CSM, qui, en vertu d'une règle non écrite, interdit le passage du parquet au siège dans la même juridiction. Elle résulte en deuxième lieu de l'entretien déontologique et de la déclaration d'intérêts du magistrat lorsqu'il prend une nouvelle fonction. Elle résulte enfin de l'application des règles en matière de déport et de récusation.

La dissociation du parquet et du siège n'apporterait donc aucune garantie supplémentaire au justiciable. Elle n'est pas souhaitable, sauf peut-être à envisager une évolution vers le modèle portugais : dans ce pays, le même corps de procureurs peut agir dans les juridictions judiciaires, administratives et à la Cour des comptes. Le fait qu'il joue un rôle devant trois ordres de juridiction justifie son statut spécifique. À notre sens, la vraie problématique réside dans le défaut d'indépendance du parquet.

- 2. Vous avez déclaré dans l'émission « Tout peut arriver » en juin 2019 que le statut du parquet permet des « interventions du pouvoir politique ». Pouvez-vous expliciter ces propos ? Jusqu'où peuvent aller ces interventions ? Sont-elles de nature à compromettre l'indépendance de la justice ?**

2.1. Un parquet en état de coma dépassé

Le procureur général de la Cour de cassation témoignait, à l'audience de rentrée de 2011, de sa "très vive inquiétude pour le ministère public : *"s'il fallait traduire la situation en langage médical, il faudrait dire que le parquet est maintenant proche d'un état de coma dépassé"*. Ces analyses gardent leur actualité.

Cette situation date au moins de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 23 novembre 2010. Dans ce dossier, Me Moulin, avocate, avait été gardée à vue quatre jours et six heures. Elle avait été présentée au procureur deux jours après son arrestation pour une prolongation de sa détention. La Cour a jugé que *"Les procureurs sont placés sous la direction et le contrôle de leurs chefs hiérarchiques au sein du Parquet, et sous l'autorité du garde des sceaux, ministre de la Justice, donc du pouvoir exécutif. A la différence des juges du siège, ils ne sont pas inamovibles et le pouvoir disciplinaire les concernant est confié au ministre. Ils sont tenus de prendre des réquisitions écrites conformes aux instructions qui leur sont données dans les conditions du code de procédure pénale, même s'ils peuvent développer librement les observations orales qu'ils croient convenables au bien de la justice ; la Cour 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 Ainsi, la garde à vue de Mme Moulin ne répondait pas aux exigences de l'article 5 § 3."*

La Cour de cassation a tiré les conséquences de cette décision dès [le 15 décembre 2010](#). Dans ce dossier, un avocat avait tiré avec une carabine sur ses voisins. Il avait été mis en garde-à-vue pour 25 heures. La Cour a jugé que ce délai était compatible avec l'exigence de brièveté de ce mode de détention. Mais elle a précisé que *c'est à tort que la chambre de l'instruction [de la cour d'appel] a retenu que le ministère public est une autorité judiciaire au sens de l'article 5 § 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, alors qu'il ne présente pas les garanties d'indépendance et d'impartialité requises par ce texte et qu'il est partie poursuivante.*

L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a adopté en 2009 une résolution affirmant que *"les procureurs doivent pouvoir exercer leurs fonctions indépendamment de toute ingérence politique. Ils doivent être protégés contre toutes instructions concernant une affaire donnée, tout au moins si de telles instructions visent à empêcher que l'affaire soit traduite en justice"*¹. Lors de son 10ème anniversaire, le Conseil consultatif des juges européens a rappelé, parmi les principes fondamentaux de l'indépendance de la justice, *"qu'un statut d'indépendance des procureurs constitue une exigence fondamentale de l'État de droit"*².

Surtout, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que le parquet français ne peut être considéré comme une autorité judiciaire car il ne satisfait pas à l'exigence d'indépendance à l'égard de l'exécutif³.

Anticor, qui, du fait de son agrément, a la possibilité de passer outre l'inertie d'un procureur afin de saisir un juge d'instruction, constitutionnellement indépendant, appelle à mettre fin à ce lien hiérarchique qui s'est démontré, dans plusieurs dossiers, dont l'affaire Ferrand, être un obstacle au bon fonctionnement de la justice.

2.2. Le venin du soupçon, malgré des avancées.

¹ Résolution 1685 (2009) adoptée le 30 septembre 2009 au rapport de Mme Leutheusser, ensuite nommée ministre de la justice en Allemagne.

² CCJE (2010)3 final; Magna Carta des juges (principes fondamentaux), adoptée le 17 novembre 2010.

³ Moulin contre France, 23 novembre 2010.

L'adoption de la loi du 25 juillet 2013, qui proscrit les interventions du ministre dans les affaires individuelles, marque une avancée.

Il y a un an, dans ses conclusions à la Cour de Luxembourg, l'avocat général Manuel Campos Sanchez-Bordona, avait estimé que les procureurs français ne pouvaient « *pas être considérés comme indépendants pour agir en tant qu'autorité judiciaire d'émission d'un mandat d'arrêt européen* » ce qui aurait signifié que les mandats d'arrêts européens émis par la France n'étaient pas conformes au droit de l'Union européenne. L'arrêt rendu par la Cour de justice le 12 décembre dernier n'a pas suivi l'avocat général, au moins en ce qui concerne la délivrance d'un mandat d'arrêt européen. La décision ne fait cependant pas explicitement référence à la loi du 25 juillet 2013.

La Cour dit pour droit :

« L'article 6, paragraphe 1, de la décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil, du 13 juin 2002, relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, telle que modifiée par la décision-cadre 2009/299/JAI du Conseil, du 26 février 2009, doit être interprété en ce sens que relèvent de la notion d'« autorité judiciaire d'émission », au sens de cette disposition, les magistrats du parquet d'un État membre, chargés de l'action publique et placés sous la direction et le contrôle de leurs supérieurs hiérarchiques, dès lors que leur statut leur confère une garantie d'indépendance, notamment par rapport au pouvoir exécutif, dans le cadre de l'émission du mandat d'arrêt européen.

La décision-cadre 2002/584, telle que modifiée par la décision-cadre 2009/299, doit être interprétée en ce sens que les exigences inhérentes à une protection juridictionnelle effective dont doit bénéficier une personne à l'égard de laquelle est émis un mandat d'arrêt européen aux fins de poursuites pénales sont remplies dès lors que, selon la législation de l'État membre d'émission, les conditions de délivrance de ce mandat et notamment son caractère proportionné font l'objet d'un contrôle juridictionnel dans cet État membre ».

La loi de 2013 et cette jurisprudence ne changent rien au statut du parquet. Le CSM donne un avis consultatif avant la nomination du magistrat du parquet. Les procureurs généraux, nommés en conseil des ministres, peuvent toujours être mutés "dans l'intérêt du service". Ils sont alors affectés au parquet général de la Cour de cassation, dont les effectifs ont doublé depuis 2004.

Le ministre de la justice n'a pas utilisé, dans une période récente, son pouvoir de passer outre le CSM. Mais ce fait est sans incidence sur le soupçon d'affiliation politique qui pèse sur les nominations aux postes de procureurs. De plus, il est de notoriété publique qu'au moins la nomination du procureur de Paris, M. Rémy Heitz, a été décidée par l'Elysée et seulement acceptée par le CSM. Et le Premier ministre a assumé publiquement la nomination de procureurs « *en ligne et à l'aise avec lui* ».

Toute l'ambiguïté du statut est exprimée dans la motivation du Conseil constitutionnel dans l'affaire 2017-680 QPC. Celui-ci était saisi notamment par les trois syndicats de

magistrats des dispositions de l'article 5 de la loi organique du 22 décembre 1958 («*Les magistrats du parquet sont placés sous la direction et le contrôle de leurs chefs hiérarchiques et sous l'autorité du garde des sceaux, ministre de la justice. A l'audience, leur parole est libre*»). Le Conseil a jugé que «*les dispositions contestées assurent une conciliation équilibrée entre le principe d'indépendance de l'autorité judiciaire et les prérogatives que le Gouvernement tient de l'article 20 de la Constitution. Elles ne méconnaissent pas non plus la séparation des pouvoirs*».

Cette décision paradoxale, qui consacre indépendance et subordination hiérarchique, renvoie au législateur la responsabilité d'une modification du statut du procureur.

«*L'ancien meurt et que le nouveau ne peut pas naître : pendant cet interrègne on observe les phénomènes morbides les plus variés*» (A Gramsci). Parmi ces phénomènes figurent la persistance et diverses manifestations de la *culture de soumission* que dénonçait Eric de Montgolfier. Pour un de ses successeurs à Nice, cette soumission est allée jusqu'à travestir la réalité des faits dans une conférence de presse concernant des violences policières subies par une manifestante⁴. Il a également confié la direction d'enquête à la compagne du commissaire responsable des opérations de police durant lesquelles cette manifestante avait été victime de violences et soutenu qu'il n'y voyait pas de problème. Il a justifié, lors de l'enquête administrative, cette attitude par le souhait de ne pas embarrasser Emmanuel Macron. Il a été invité à changer de poste mais n'a pas été sanctionné, ce qui laisse penser que ce comportement est considéré comme admissible par la ministre de la justice et qu'il n'aurait pas posé problème sans la révélation de ces manoeuvres⁵. Et même quand aucun élément n'accrédite la soumission au pouvoir, le venin du soupçon fait son œuvre : ainsi François Fillon a-t-il imputé les poursuites du PNF à son encontre à *un cabinet noir* de l'Élysée, tout comme d'autres avant et après lui.

Enfin, quand bien même le sujet peut paraître anecdotique, il faut rappeler que les juges peuvent recevoir des décorations et distinctions du pouvoir exécutif. Ainsi, le procureur de la République de Nanterre, Philippe Courroye, a reçu les insignes d'officier de l'ordre national du mérite des mains du président Sarkozy, quelques mois avant d'être chargé de l'affaire Bettencourt, en juin 2016.

2.3. La politique pénale, prétexte à la subordination au ministre de la justice.

La subordination hiérarchique qui justifie l'information du garde des sceaux dans les affaires individuelles est justifiée en théorie par l'article 20 de la Constitution : «*le gouvernement conduit et détermine la politique de la nation*». Le même article dispose également que «*le gouvernement est responsable devant le parlement dans les conditions et suivant les procédures prévues aux articles 49 et 50*».

Cependant, l'importance de la politique pénale doit être relativisée :

⁴ «*On est sûr, à l'analyse des images pixel par pixel que Mme Legay n'a pas été touchée par les forces de sécurité*» (25 mars 2019)

⁵ Pour des exemples plus anciens, voir la «*lettre à ceux qui feignent de croire à l'indépendance du parquet*». La seule interdiction du ministre dans des affaires individuelles ne permet pas de considérer que ces exemples appartiennent à un passé définitivement révolu.

- la notion d'opportunité des poursuites, qui permet de faire des choix dont le ministre de la justice devrait répondre, est résiduelle : les parquets sont fortement incités à maximiser le taux de réponse pénale, et l'opportunité ne joue plus que dans des affaires sensibles, en particulier politiques et financières ;
- l'action pénale est surdéterminée par le dépôt des plaintes et l'action des services de police et de gendarmerie ; la part pro-active dans la politique pénale, qui consiste, par exemple, à mobiliser des services extérieurs à la justice pour mieux traiter certaines catégories d'infractions, est réduite et dépend pour partie de la disponibilité de ces services ;
- le cadre de l'action publique est fixé par la loi, et les choix de politique pénale ne peuvent conduire à privilégier l'application de certaines lois au détriment des autres, sauf à dénaturer la volonté du législateur ;
- sur les 38 circulaires parues en 2019, la plus grande partie n'est pas prescriptive, et constitue une doctrine de présentation des textes ;
- les circulaires qui peuvent être considérées comme prescriptives n'ont jamais donné lieu ni à l'engagement de la responsabilité d'un procureur, ni à celle du gouvernement.

Ces éléments relativisent la nécessité d'un rapport hiérarchique des procureurs au ministre pour l'application d'une politique pénale. De plus, la cohérence de l'action publique et la définition d'une politique pénale ne dépendent pas forcément d'un lien étroit avec l'autorité politique. Elle peut relever d'un collège de procureurs et d'avocats généraux, comme c'est le cas en Belgique, aux Pays-Bas et en Espagne. Ce devrait aussi être le cas dans l'Union européenne, où le procureur européen pourra réunir un collège des procureurs délégués.

2.4. D'autres possibles en Europe.

Les autres pays européens permettent d'entrevoir ce que pourrait être un autre parquet français. En Italie, le parquet et le siège forment un corps unique. Les magistrats du parquet bénéficient donc de l'inamovibilité. Le système est fondé sur le principe de légalité des poursuites, imposant au parquet d'agir dès qu'il a connaissance d'une infraction. La décision de renvoyer un dossier devant le tribunal ou de le classer sans suite est prise, non par le parquet, mais par le juge de l'enquête préliminaire. Ce statut a été important pour le respect de la légalité, notamment durant le mandat de M. Berlusconi, durant lequel la loi et la magistrature étaient méprisées.

En Espagne, le procureur général de l'État est nommé par le roi, sur proposition du gouvernement et après avis du Conseil général du pouvoir judiciaire. Il ne peut être révoqué pendant quatre ans, sauf en cas de changement du gouvernement. Les magistrats du parquet sont tenus par les principes de légalité et d'impartialité. Les poursuites peuvent être mises en œuvre non seulement par le procureur ou la partie civile, mais aussi par l'action populaire -c'est-à-dire par un plaignant qui n'est pas victime directe d'une infraction.

Au Portugal, le procureur général de la République est nommé par le président de la République, sur proposition du gouvernement, pour une durée de six ans et ne peut

être ni révoqué ni renouvelé dans ses fonctions. La Constitution garantit l'indépendance du parquet. Celui-ci est également soumis au principe de légalité des poursuites.

Enfin, la mise en place du parquet européen modifie, notamment en France, les cadres établis. En effet, pour assurer son indépendance par rapport aux autorités nationales, le procureur européen délégué est placé en-dehors d'une hiérarchie nationale. Il n'est pas tenu de mettre en oeuvre les orientations de politique pénale fixées par le garde des sceaux, ni les instructions données par le procureur général près la cour d'appel.

Cette situation rendra paradoxale la situation des procureurs français qui seront désignés comme procureurs européens délégués. Ils dépendront du garde des sceaux pour leur nomination et leur politique d'action publique dans un cadre national. En revanche, ils seront indépendants de toute autorité politique pour leur action dans un cadre européen. Cela ne devrait concerner qu'un petit nombre de procédures, mais cette évolution constitue un motif supplémentaire pour modifier le statut du parquet.

3. Ne faudrait-il pas, comme le recommande le CSM, dans son rapport de 2017, reformuler l'article 64 de la Constitution qui dispose que « Le Président de la République est garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire. Il est assisté par le Conseil supérieur de la magistrature » ?

L'article 64 de la Constitution prévoit que « le Président de la République est garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire ». C'est une singularité de la France parmi les grandes démocraties.

Par exemple :

- La loi fondamentale allemande prévoit : « *Le pouvoir de rendre la justice est confiée aux juges* » (art.92) ; « *les juges sont indépendants et ne sont soumis qu'à la loi* » (art. 97) ;
- La Constitution espagnole prévoit : « *La justice émane du peuple et elle est rendue au nom du roi par des juges et des magistrats formant le pouvoir judiciaire, indépendants, inamovibles, responsables et soumis uniquement à l'empire de la loi.* » (art.117) ;
- Dans la Constitution italienne : « *La justice est rendue au nom du peuple. Les juges ne sont soumis qu'à la loi* » (art.101) ; « *La magistrature constitue un ordre autonome et indépendant de tout autre pouvoir* » (art.107).

Surtout, confier au Président de la République un rôle de garant de l'indépendance de la justice apparaît en contradiction avec l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 qui proclame : « *Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* ».

En 1958, la Constitution ne prévoyait pas l'élection du Président de la République au suffrage universel, et celui-ci, qui n'avait pas un rôle essentiel, pouvait être considéré comme le gardien des institutions. Après le référendum de 1962 qui a rendu possible l'élection au suffrage universel, l'équilibre des pouvoirs se modifie. Dans une conférence de presse du 31 janvier 1964, le Général de Gaulle affirmait : « *il doit être évidemment entendu que l'autorité indivisible de l'Etat est confiée tout entière au Président par le peuple qui l'a élu, qu'il n'en existe aucune autre, ni ministérielle, ni civile, ni militaire, ni judiciaire, qui ne soit conférée et maintenue par lui* ».

Mais cette conception du pouvoir correspond à une époque particulière et à une personnalité exceptionnelle. Elle n'est plus justifiée en 2020. Il nous semble donc que l'article 64 de la Constitution doit être reformulé dans ce sens.

4. Avez-vous déjà été confronté, directement ou indirectement, à des comportements susceptibles de porter atteinte à l'indépendance de la justice ?

L'article 432-1 du code pénal dispose que « *le fait, pour une personne dépositaire de l'autorité publique, agissant dans l'exercice de ses fonctions, de prendre des mesures destinées à faire obstacle à l'exécution de la loi est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000€ d'amende* ».

La loi du 25 juillet 2013 a modifié l'article 30 du code de procédure pénale, et prévoit que le ministre de la justice ne peut adresser aux procureurs aucune instruction dans des affaires individuelles.

Le recueil des obligations déontologiques du CSM prévoit que « *l'obligation de loyauté exige du magistrat qu'il applique les règles de droit sans les outrepasser, les dénaturer, les contourner ou les détourner* ».

Cependant, le déroulement de certaines procédures ne permet pas d'écarter le soupçon d'une immixtion illégitime du gouvernement dans des affaires individuelles. Un dossier nous semble en particulier susceptible de répondre à votre question.

4.1. Contexte. Le 27 mai 2018, Anticor saisissait le PNF des révélations faites par Médiapart sur Alexis Kohler, secrétaire général de l'Elysée. Le signalement relevait qu'en 2010, M. Kohler avait été nommé membre du conseil d'administration de la société française *Les Chantiers de l'Atlantique / STX France* alors que sa famille était propriétaire de la société suisse *Mediterranean Shipping Company*, deuxième armateur mondial et principal client des Chantiers de l'Atlantique.

M. Kohler avait ensuite été successivement directeur de cabinet adjoint du Ministre des Finances, directeur de cabinet du Ministre des Finances, secrétaire général de la campagne d'Emmanuel Macron puis secrétaire général de la Présidence de la République. À chaque étape, les éléments révélés par la presse permettent de s'interroger sur le point de savoir si M. Kohler avait profité de ses prérogatives de haut fonctionnaire pour défendre les intérêts de sa société familiale, *Mediterranean Shipping Company*.

En particulier, le signalement relevait qu'entre octobre 2016 et mars 2017, il était devenu directeur financier de la multinationale suisse appartenant à sa famille. Il l'avait notamment représentée dans le dossier du rachat des chantiers de l'Atlantique, intervenant ainsi à Bercy du côté opposé à celui qu'il défendait six mois plus tôt.

Malgré son intervention, la société italienne Fincantieri était choisie pour reprendre les chantiers de l'atlantique. Cependant, lorsque M. Kohler était devenu secrétaire général de la Présidence de la République, l'accord passé avec la société italienne a été remis en cause. Neuf mois plus tard, en février 2018, un autre accord a finalement été signé avec la société italienne Fincantieri, avec des conditions aujourd'hui inconnues.

4.2. Obstacles. La PNF a saisi la brigade financière (BRDE) en juin 2018 et l'enquête s'est normalement poursuivie. Le 7 juin 2019, le dossier, comportant un millier de cotes, a été retourné au parquet, accompagné d'un PV de synthèse signé du commissaire divisionnaire en charge de l'enquête. Ce PV comportait des éléments précis et concordants sur la base desquels un juge d'instruction aurait pu être saisi et la mise en examen de M Kohler envisagée pour les chefs de prise illégale d'intérêts et trafic d'influence.

Cependant, le 1^{er} juillet 2019, un document signé de M. Macron, sur papier libre, sans en-tête, est entré en procédure. Il se présentait sous la forme d'une « *note personnelle à Alexis Kohler* ». Il mentionnait que M. Kohler avait informé M. Macron de ses liens familiaux avec la société MSC ; qu'il avait demandé à ne pas traiter des affaires concernant cette société en tant que haut fonctionnaire ; que des mesures d'organisation avaient été prises en ce sens.

Le 18 juillet 2019, un second procès verbal de synthèse qualifié de « définitif » a été adressé au PNF, signé du même commissaire divisionnaire. Il était amputé d'une dizaine de pages et de tous les éléments qui auraient pu être retenus à l'encontre de M. Kohler.

Le 21 août 2019, alors que le PNF était dirigé par une avocate générale qui assurait l'intérim dans l'attente de l'installation du nouveau procureur financier et sans urgence particulière, un avis de classement était signé par le procureur adjoint.

Anticor s'interroge sur un tel classement, rarissime au terme d'une enquête approfondie révélant des éléments probants. Un classement dans de telles circonstances apparaît étranger à la culture du PNF. Seule votre commission sera en mesure de vérifier que l'absence de saisine d'un juge d'instruction dans de telles circonstances résulte d'une application loyale de la loi pénale, exclusive de toute immixtion illégitime.

Certes, Anticor s'est constituée partie civile dans ce dossier, afin qu'un juge d'instruction. Cependant, au regard de ces circonstances précédemment évoquées, la probabilité d'une décision juridictionnelle dans un délai raisonnable nous semble faible.

5. Que pensez-vous de l'assertion selon laquelle « il faut aller plus loin pour que la justice soit mais également apparaisse plus indépendante aux yeux des citoyens » ?

Cela se rapproche de l'adage selon lequel : *la justice ne doit pas seulement être dite, elle doit également donner le sentiment qu'elle a été bien rendue*. La théorie de l'apparence est mise en avant par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH). On s'attachera ici plus particulièrement à la question de l'apparence d'impartialité.

La jurisprudence de la CEDH, puis, dans son sillage, celle de la Cour de cassation, se fondant sur les dispositions de l'article préliminaire du code de procédure pénale, a dégagé une double approche de la notion d'impartialité : d'une part, une approche subjective, qui cherche à établir la conviction ou l'intérêt personnel de tel ou tel magistrat dans une affaire donnée ; d'autre part, une approche objective, qui cherche à apprécier si le Tribunal (entendu au sens conventionnel, ce qui inclut également les juridictions d'instruction, formée d'un juge unique ou d'une collégialité de magistrats) présentait bien les garanties suffisantes pour exclure tout doute légitime quant à son impartialité.

La CEDH examine si, indépendamment de la conduite personnelle du juge, certains faits vérifiables autorisent à suspecter l'impartialité de ce dernier. Pour se prononcer sur l'existence, d'une raison légitime de redouter un défaut d'impartialité, il faut donc déterminer s'il existe des faits vérifiables autorisant à suspecter l'impartialité du juge ou de la juridiction. Dès lors, pour se prononcer sur l'existence d'une raison légitime de redouter d'un juge (Morel c. France, §§ 45-50 ; Pescador Valero c. Espagne, § 23) ou d'une juridiction collégiale (Luka c. Roumanie, § 40) un défaut d'impartialité, l'élément déterminant consiste à savoir si l'on peut considérer les appréhensions du justiciable comme objectivement justifiées (Wettstein c. Suisse, § 44 ; Pabla Ky c. Finlande, § 30 ; Micallef c. Malte [GC], § 96).

Ainsi, lorsqu'un juge a des liens de sang avec un membre du cabinet d'avocats représentant une partie au litige, cela ne signifie pas, en soi, automatiquement, qu'il y a une violation (Ramljak c. Croatie, §§ 29). Certains facteurs sont notamment à prendre en compte : le fait que le membre de la famille du juge concerné ait pris part ou non à l'affaire en question, la position de ce membre dans le cabinet impliqué, la taille de ce cabinet, sa structure organisationnelle interne, l'importance financière de l'affaire pour le cabinet, ainsi que tout intérêt ou avantage financier potentiel (et l'étendue de celui-ci) dans le chef de ce membre (Nicholas c. Chypre, § 62 ; voir également Ramljak c. Croatie, §§ 38-39).

Que des juges se connaissent en qualité de confrères voire partagent les mêmes locaux ne saurait suffire en soi à considérer comme objectivement justifiés des doutes quant à leur impartialité (Steck-Risch et autres c. Liechtenstein, § 48).

Un arrêt de la Cour de cassation du 29 mai 2019 a fait application de cette jurisprudence dans une affaire concernant Eric ALT. Elle a ainsi rejeté la requête en dépaysement déposée par P. Balkany.

Il convient aussi de dénoncer l'extension abusive de la notion d'impartialité objective.

Cela implique une démarche objective afin de rechercher si le juge offre des garanties suffisantes pour exclure tout doute légitime sur son impartialité, Elle ne peut résulter d'une appréciation subjective du justiciable qui voudrait choisir son juge ou de l'avocat qui voudrait manœuvrer pour retarder le cours d'une affaire.

6. L'enquête administrative ouverte à votre rencontre et confiée à l'Inspection générale de la Justice appelle-t-elle des commentaires de votre part ?

6.1. Deux griefs inconsistants.

Deux griefs m'étaient reprochés par la ministre, dans sa lettre de saisine de l'inspection, du 5 juillet 2019..

Le premier grief concernait ma signature, en février 2018, d'un acte de procédure confirmant la constitution de partie civile d'Anticor dans le dossier Ferrand.

Cependant, la ministre avait, au moment de la signature de la saisine de l'inspection générale de la justice, connaissance des éléments suivants :

- Le Directeur des services judiciaire lui avait adressé une analyse démontrant que ce fait n'était pas de nature à justifier des poursuites disciplinaires –il suivait en ce sens une note qui lui avait été transmise par le président du tribunal judiciaire de Paris ;
- M. Balkany avait saisi la Cour de cassation d'une demande en dépaysement de son dossier au prétexte de ma présence au tribunal judiciaire de Paris ; il avait été débouté par un arrêt du 29 mai 2019 :

Attendu qu'au soutien de sa requête le demandeur fait valoir que M. Eric Alt, magistrat au tribunal de grande instance de Paris, est vice président des associations Anticor et Sherpa qui se sont constituées partie civile dans la procédure suivie contre M. Alexandre Balkany et autres du chef de blanchiment de fraude fiscale devant ledit tribunal et que ses activités syndicales et politiques sont susceptibles de faire naître un doute sur les garanties d'impartialité du tribunal correctionnel de Paris ;

Attendu que ces éléments ne sont pas de nature à faire naître un doute sur l'impartialité du tribunal de grande instance de Paris, dès lors que M. Eric Alt ne fait pas partie de la composition en charge du jugement de l'affaire, qu'il n'exerce aucune fonction pénale et que plus de trois cents magistrats sont affectés à la juridiction en cause.

- Surtout, en tant que juriste, la ministre de la justice en pouvait ignorer qu'en matière pénale, la question de l'apparence d'impartialité ne peut concerner que le juge ou la formation de jugement qui reçoit une plainte. Cela n'a aucun sens de demander à un plaignant, même magistrat, de respecter l'impartialité. De plus, le plaignant n'a pas le choix de son juge. Dès lors que le parquet

avait saisi un juge d'instruction à Paris, la constitution de partie civile de l'association ne pouvait être déposée qu'à Paris.

Le second grief concernait une critique sévère exprimée en public à l'encontre des autorités de l'Etat, qui avaient refusé de prendre en considération les signalements de citoyens corses relatifs à une affaire importante de fraude aux primes agricoles et qui avaient mis en cause l'action d'Anticor dans une conférence de presse.

Sur ce point la ministre avait également connaissance au moment de sa saisine d'une note de la Présidente de la Cour d'appel –aujourd'hui présidente de la Cour de cassation, concluant qu'il n'y avait, dans mes propos, matière ni à poursuite disciplinaire ni à rappel déontologique.

De plus, sur la liberté d'expression, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a jugé le cas d'une magistrate qui se plaignait d'avoir été révoquée de la magistrature en 2004 parce qu'elle avait accusé publiquement des hauts magistrats d'avoir exercé des pressions sur elle au sujet d'une importante affaire pénale :

« Notant que la requérante a critiqué publiquement la conduite de plusieurs responsables et affirmé que les pressions sur les juges étaient monnaie courante, la Cour estime que l'intéressée a sans nul doute soulevé une très importante question d'intérêt général méritant de faire l'objet d'un débat libre dans une société démocratique. Même si Mme Koudechkina s'est autorisée une certaine dose d'exagération et de généralisation, la Cour juge que ses propos doivent être considérés comme un commentaire objectif sur une question revêtant une grande importance pour le public »⁶.

Le dossier de l'enquête administrative a révélé que le procureur d'Ajaccio, qui entendait limiter son enquête aux fraudes imputées à des ressortissants insulaires, ne coopérait pas avec le parquet national financier. Mme Houlette, qui était alors à la tête du parquet financier a ainsi déclaré : *« Autant le procureur d'Ajaccio en poste lors de mon entrée en fonction a fait circuler l'information, autant les choses ont été différentes par la suite. L'affaire des subventions agricoles en est la parfaite illustration (...) Le parquet d'Ajaccio n'a fait circuler l'information ni auprès de la JIRS de Marseille, ni auprès du PNF. L'usage est pourtant que les trois parquets susceptibles d'être concernés se concertent pour décider qui est le plus à même de mener l'enquête. »* Anticor s'est constituée partie civile à Paris et un juge d'instruction a accueilli cette plainte. Le dossier sera donc instruit à Paris, faute de volonté et peut-être aussi de moyens de l'instruire en Corse.

Plus généralement, mes propos étaient justifiés par une situation dégradée de la justice et de l'Etat de droit en Corse. Après l'assassinat d'un jeune homme en septembre 2019, un collectif anti-mafia s'est constitué. Un article du Monde⁷ qui rapporte cet événement conclut : *« le désintérêt et l'indifférence de la communauté française face à une région transformée en zone de non-droit mettent pourtant en cause les fondements de l'Etat et de la démocratie. Accepter ce fait, c'est entériner*

⁶ CEDH, Kudeshkina v. Russie, n°29492/05, 26 février 2009.

⁷ "Naissance d'une parole Anti-mafia en Corse", Jacques Follerou, le Monde daté du 11 octobre 2019

que la Corse est une terre sans loi. Laisser prospérer un tel système sur l'île équivaut à un abandon de sa population ».

J'ai eu connaissance des douze tomes de documents réunis à l'occasion de cette enquête. J'ai répondu aux questions des trois inspecteurs en charge du dossier pendant deux jours. Je n'ai toujours pas connaissance du rapport de l'inspection, dont j'ai demandé la copie à la ministre au titre de l'article L.311-6 du code des relations entre le public et l'administration.

6.2. Une action visant l'engagement associatif et la liberté d'expression des magistrats.

Je considère que cette procédure est une forme particulière de « procédure-bâillon ». L'objectif était d'intimider l'association, d'entamer son crédit et aussi d'avertir tous les magistrats tentés par un engagement associatif critique et une expression libre. Cela explique aussi les soutiens reçus.

Un communiqué commun SM-USM a été publié pour demander à la ministre de renoncer à son initiative. Une trentaine d'ONG ont également dénoncé l'initiative de la ministre. 54 magistrats ont adhéré à Anticor pour manifester leur soutien et leur indignation.

Un article publié dans le Monde du 13 décembre 2019 par un collectif de juristes et d'intellectuels résume bien l'enjeu. Ce texte dénonçait la vision périmée du rôle du magistrat révélée par ces poursuites :

« Une implication dans la vie collective n'affaiblit pas en soi l'image d'impartialité. Les magistrats, comme tout citoyen, ont des opinions politiques, adhèrent à des partis, votent et se syndiquent, mais leur office se déroule sous le contrôle et dans le cadre de règles qui s'imposent à eux. Ils peuvent toujours se déporter, se récuser ou être recusés le moment venu. Le choix allemand – on pourrait en dire autant des juges américains – est qu'en rendant publiques les opinions des juges, le soupçon devient impossible et les appartenances transparentes.

Les magistrats peuvent militer comme tout citoyen en exerçant parallèlement leur office de juge dans le respect de son cadre. En l'occurrence, on ne voit pas en quoi – comme cela lui est reproché – la fonction de juge départiteur en matière prud'homale exercée par Eric Alt serait à l'origine d'un conflit d'intérêts avec ses fonctions à Anticor.

Au-delà de ce qu'il est convenu d'appeler « l'émancipation des juges », il faut souligner la mutation de la démocratie sous-jacente. Ce mouvement exprime une vision large de la légitimité démocratique, trop limitée à sa source électorale. Que cela puisse apparaître comme un défi à notre culture politique est inévitable. Encore faut-il reconnaître que d'autres légitimités puissent se manifester au-delà de la volonté majoritaire. Et accepter que des citoyens juges participent de ce mouvement. ».

6.3. La politisation des enquêtes administratives et disciplinaires.

Au-delà de mon cas personnel, il faut noter qu'aucune garantie légale ou constitutionnelle n'empêche aujourd'hui que les poursuites disciplinaires ne soient instrumentalisées pour intimider les juges qui contrarient le pouvoir, ce qui est inacceptable dans une démocratie.

Je ne suis pas le premier magistrat à faire l'objet d'un usage dévoyé du pouvoir disciplinaire du Garde des sceaux. Renaud Van Ruymbeke a ainsi été poursuivi à l'initiative du ministre de la justice pour son instruction de l'affaire Clearstream. Le dossier a révélé que cette décision de poursuite était fondée sur des motifs inconsistants et le ministère a finalement abandonné les poursuites devant le CSM. Cependant, de 2007 à 2011, le juge d'instruction, qui travaillait également sur le volet financier de l'attentat de Karachi et sur d'autres dossiers sensibles, devait préparer sa défense devant le CSM et sa promotion a été impossible pendant cette période.

Cette anomalie dans l'usage possible des procédures administrative et disciplinaire a été relevée par le Groupe d'États contre la corruption du Conseil de l'Europe dans son rapport d'évaluation de 2014. Il relevait *« qu'au vu de la pratique des mécanismes disciplinaires ces dernières années et du risque d'instrumentalisation des dispositifs afin d'exercer des pressions indues sur des juges du siège ou des juges d'instruction, la procédure disciplinaire pour les juges devrait être la prérogative exclusive du CSM »*.

Cette recommandation mériterait d'être suivie. Elle conduirait, comme dans la plupart des Etats démocratiques, à rattacher au CSM les services de l'inspection en charge de la discipline des magistrats.

7. Le rattachement de la police judiciaire au ministère de l'Intérieur affecte-t-il l'indépendance de la justice ?

7.1. Sur la direction des enquêtes.

Les officiers de police judiciaire travaillent sous la direction des procureurs et des juges d'instruction, mais ils dépendent statutairement, notamment pour leur carrière, du ministre de l'intérieur. Eric Halphen, juge d'instruction (il n'était pas encore membre fondateur d'Anticor) a ainsi, en 1996, essuyé le refus du service de la police judiciaire de perquisitionner avec lui le domicile de M. Tibéri. C'était clairement un ordre du ministère de l'intérieur de ne pas assister le juge.

Il est possible que cette dépendance explique également pourquoi les policiers en charge de la perquisition n'ont pris aucune mesure conservatoire efficace pour préserver l'appartement occupé par M. Benalla et dans lequel se trouvait un coffre qui été transporté pendant la nuit.

En Italie, des officiers de police judiciaires sont directement rattachés aux parquets. Le ratio est de trois officiers de police judiciaire par membre du parquet. Ils ne dépendent que de l'autorité judiciaire pour leur carrière. Ils sont en général chargés des dossiers les plus sensibles. Évidemment, d'autres officiers de police judiciaire travaillent avec la justice pour le reste des dossiers, selon un modèle comparable à celui de la France.

Nous sommes favorables à une évolution dans ce sens. Cela éviterait le soupçon, souvent fondé, d'une connaissance détaillée des éléments concernant des procédures judiciaires sensibles par le ministère de l'intérieur.

En 1911, l'administration pénitentiaire a été rattachée à la justice pour garantir l'aval des décisions judiciaires. En 2021, les services de police judiciaire spécialisés pourraient être rattachés à l'autorité judiciaire pour garantir l'amont des décisions de justice.

7.2. Sur les enquêtes relatives à l'action de la police.

Le public est fondé à penser que les plaintes visant la police ne font pas l'objet d'une enquête impartiale. Ces enquêtes sont diligentées par l'Inspection générale de la police nationale (IGPN), qui a un monopole de fait des enquêtes.

De même, l'inspection générale des services (IGS) a été accusée en 2012 d'avoir falsifié les conclusions d'une investigation à des fins politiques⁸ a créé de fortes suspicions d'instrumentalisation à des fins partisane des services de police et ce dossier, à ce jour, n'a pas été traité par la justice.

Selon la Recommandation Rec (2001)10 du Conseil de l'Europe, adoptée par le Comité des ministres du 19 septembre 2001 : « *les pouvoirs publics doivent mettre en place des procédures effectives et impartiales de recours contre la police* ».

Or l'IGPN est sous la tutelle du ministère de l'Intérieur. Son directeur est nommé en Conseil des ministres et peut être révoqué à tout moment.

D'autres modèles pourraient être envisagés. Par exemple, en Belgique, la loi du 15 mai 2007 sur l'Inspection générale et portant des dispositions diverses relatives au statut de certains membres des services de police institue une Inspection générale de la police fédérale et de la police locale, placée sous l'autorité du ministre de l'intérieur et du ministre de la justice.

Une autre proposition pourrait être d'affecter un service dédié au Défenseur des droits. En effet, celui-ci a déjà pour mission veiller au respect de la déontologie par les personnes exerçant des activités de sécurité sur le territoire de la République

L'effectivité et l'impartialité des procédures concernant les manquements de la police seraient mieux garanties.

8. Quel regard portez-vous sur la circulaire du 31 janvier 2014 prise en application de la loi du 25 juillet 2013 interdisant les instructions individuelles et organisant les remontées d'information à l'exécutif ? Quel bilan en tirez-vous au regard de l'indépendance de la justice ?

⁸ Yannick Blanc, directeur de la police générale, trois de ses collaborateurs, Dominique Nicot, Bruno Triquenaux, Zohra Medjkoune, et un policier chargé de la sécurité de l'ancien ministre de l'intérieur socialiste Daniel Vaillant, Christian Massard ont été mis en cause et suspendus pour n'être innocentés et réintégrés que quatre ans plus tard.

8.1. L'hypocrisie du « secret partagé ».

La remontée des informations des parquets au ministère de la justice a fait l'objet d'une circulaire du 31 janvier 2014. En théorie, il s'agit d'un « *secret partagé* » entre le garde des sceaux et les procureurs, justifié par la connaissance nécessaire par le ministre de certains dossiers, au regard de sa responsabilité politique. En pratique, cette construction est d'une grande hypocrisie. Jean-Jacques Urvoas en a donné un bon exemple en faisant bénéficier un opposant politique d'informations couvertes par le secret de l'instruction⁹.

Or, si un opposant peut être mis dans le « *secret partagé* », il est probable que la majorité au pouvoir en bénéficie généreusement. Monsieur URVOAS déclarait d'ailleurs lors de son procès « *Je ne comprends pas à quoi serviraient des informations que je ne pourrais pas utiliser* ». Il est évidemment difficile d'apporter la preuve de cette pratique, qui prend rarement la forme d'un écrit. Mais il est compréhensible que le « *secret partagé* » alimente le soupçon sur la conduite de toutes les affaires sensibles.

Le risque a été dénoncé par le dernier rapport d'évaluation du Groupe d'Etats contre la corruption, qui travaille dans le cadre du Conseil de l'Europe. Celui-ci recommande notamment « *des garanties supplémentaires quant à la remontée d'information vers l'exécutif sur les procédures en cours qui concernent des personnes exerçant de hautes fonctions de l'exécutif afin de préserver l'intégrité des poursuites* »¹⁰.

Il serait souhaitable, pour prévenir ce type de dévoiement, de supprimer la remontée d'information dans les dossiers individuels, sauf ceux qui appellent une intervention directe de l'exécutif (comme les catastrophes ou les attaques terroristes massives) et de limiter l'information du ministère à des rapports généraux de politique pénale.

8.2. L'interdiction des instructions individuelles malmenée

Depuis 2013, l'article 30 du Code de procédure pénale prévoit que le Ministre de la justice « *ne peut adresser (magistrats du ministère public) aucune instruction dans des affaires individuelles.* »

Cet impératif est toutefois malmené par l'actuelle Garde des Sceaux qui, par exemple a pris position au sujet du dossier Tapie. Elle a en effet estimé sur le plateau de France 2, mercredi 10 juillet 2019, qu'un appel du parquet ne serait "*pas forcément logique*" dans le dossier Tapie, provoquant la colère légitime des organisations syndicales.

8.3. Pour la désignation d'un juge d'instruction sur les enquêtes concernant des personnes politiques.

⁹ Monsieur URVOAS a été condamné à un mois de prison avec sursis et 5.000 euros d'amende par la CJR.

¹⁰ La proposition concerne plus particulièrement le PNF, mais elle pourrait utilement être étendue aux autres parquets.

Le droit et la lutte contre la corruption sont utilisés, notamment par les États-Unis, pour s'assurer une suprématie dans l'ordre économique. La possibilité que de telles pratiques soient répandues dans l'ordre juridique interne pour des motifs économiques ou pour affaiblir une opposition politique ne peut être exclue.

De plus, à défaut de changement du statut du parquet, l'obligation de saisir un juge d'instruction pour les affaires mettant en cause une personne politique (physique ou morale) devrait être la règle. L'enquête préliminaire se justifie pour procéder à des vérifications et des recoupements, évitant de saisir un juge d'instruction au premier soupçon. Mais le recours, dans ces enquêtes, à des moyens de contrainte ou d'intrusion sur autorisation du juge des libertés et de la détention va bien au-delà. De plus, le juge des libertés et de la détention ne statue que sur le principe d'une mesure de contrainte, mais il n'a pas le pouvoir d'en contrôler les modalités d'exécution.

C'est pourquoi nous considérons que le parquet pourrait diriger, dans les affaires impliquant une personne politique, une enquête préliminaire non coercitive. En revanche, il devrait saisir un juge d'instruction dès lors que des mesures de contrainte seraient envisagées –comme cela était le cas pour l'ensemble des dossiers avant la loi du 9 mars 2004.

Il serait souhaitable d'appliquer le même raisonnement aux enquêtes visant des médias

Le rattachement d'OPJ aux juridictions spécialisées, sur l'exemple italien évoqué plus haut, serait aussi de nature à prévenir le partage du secret avec le ministre de l'intérieur.

9. Comment analysez-vous les relations entre la justice et les médias aujourd'hui ? Faut-il mieux préserver l'indépendance des magistrats à l'égard des médias et des réseaux sociaux, et, le cas échéant, de quelle manière ? Comment mieux garantir le secret de l'enquête et de l'instruction ?

Les textes et la jurisprudence établissent un équilibre entre le secret de l'enquête. Cet équilibre reflète la jurisprudence de la CEDH et la Recommandation du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur la diffusion d'informations par les médias en relation avec les procédures pénales : *« les médias ont le droit d'informer le public eu égard au droit de ce dernier à recevoir des informations »* ; la Recommandation souligne *« l'importance des reportages réalisés sur les procédures pénales pour informer le public et permettre à celui-ci d'exercer un droit de regard sur le fonctionnement du système de justice pénale. En annexe à cette Recommandation figure notamment le droit du public à recevoir des informations sur les activités des autorités judiciaires et des services de police à travers les médias, ce qui implique pour les journalistes le droit de pouvoir librement rendre compte du fonctionnement du système de justice pénale. Ainsi, il convient d'apprécier avec la plus grande prudence, dans une société démocratique, la nécessité de punir pour recel de violation de secret de l'instruction ou de secret professionnel des*

journalistes qui participent à un débat public d'une telle importance, exerçant ainsi leur mission de « chiens de garde » de la démocratie »¹¹.

Cependant, la CEDH rappelle « qu'elle est consciente la volonté des plus hautes juridictions nationales des États membres du Conseil de l'Europe, de réagir, avec force, à la pression néfaste que pourraient exercer des médias sur les parties civiles et les prévenus, amoindrissant ainsi la garantie de la présomption d'innocence. Le paragraphe 2 de l'article 10 pose d'ailleurs des limites à l'exercice de la liberté d'expression. Il échet de déterminer si, dans les circonstances particulières de l'affaire, l'intérêt d'informer le public l'emportait sur les « devoirs et responsabilités » [du journaliste] »¹²

On retrouve cette recherche délicate d'équilibre dans le rapport de la mission d'information de l'Assemblée nationale dont la première recommandation est « de maintenir le secret de l'instruction » et la deuxième « d'inscrire dans le code de procédure pénale que le droit à l'information constitue un impératif essentiel prépondérant d'intérêt public en précisant que celui-ci doit être strictement nécessaire et proportionné au but poursuivi »¹³.

Anticor s'interroge cependant sur la volonté, figurant dans ce rapport, de renforcer la répression de la violation du secret de l'instruction par 3 ans d'emprisonnement et 30 000€ d'amende, dans un contexte où les atteintes à la liberté de la presse se multiplient quand ses investigations concernent les intérêts du pouvoir (tentative de perquisition à Médiapart, convocation de journalistes du Monde à la DGSI ; Reporters sans frontières relève dans son rapport que de nombreux journalistes ont été victimes de violences policières). Ce renforcement nous semble d'autant plus inopportun que le projet de lois sur la protection du secret des sources des journalistes, déposé en 2013, n'a pas été examiné.

Un premier moyen de prévenir la tentation de la presse ou des réseaux sociaux de faire des procès parallèles tient à l'exercice judiciaire par le procureur de la République de l'article 11 du code de procédure pénale : « Afin d'éviter la propagation d'informations parcellaires ou inexactes ou pour mettre fin à un trouble à l'ordre public, le procureur de la République peut, d'office et à la demande de la juridiction d'instruction ou des parties, rendre publics des éléments objectifs tirés de la procédure ne comportant aucune appréciation sur le bien-fondé des charges retenues contre les personnes mises en cause ».

Un second moyen tient à l'optimisation du temps de la procédure. En 2019, un référé de la Cour des comptes constatait une saturation des services et un délai moyen de six ans pour le traitement d'une affaire complexe. L'enquête ou la mise en examen sont normales quand il existe des éléments permettant de considérer qu'une infraction a été commise. En revanche, la prolongation de la procédure pendant un temps long constitue une épreuve pour les personnes mises en cause, sans intérêt pour la manifestation de la vérité. Ces justiciables, durablement exposés au soupçon malgré la présomption d'innocence, paient la faiblesse structurelle des moyens de la justice.

¹¹ CEDH, Ressiott et autres c. France, 28 juin 2012. ; Rec (2003-13 sur la diffusion d'information par les médias en relation avec les procédures pénales ;

¹² CEDH 22 mars 2016, Pinto Cohelo c. Portugal

¹³ X. Breton et D. Paris, Rapport d'information sur le secret de l'enquête et de l'instruction, 18 décembre 2019.

10. À l'exception de ceux nommés aux plus hautes fonctions du siège, les magistrats sont nommés sur proposition de l'exécutif après avis conforme du Conseil supérieur de la magistrature pour les magistrats du siège et avis simple pour ceux du parquet. Ce mode de nomination vous paraît-il compatible avec l'indépendance des magistrats ? Le rôle joué par le CSM dans la procédure de nomination des magistrats est-il suffisant pour garantir l'indépendance de la justice ?

L'emprise politique tient au rôle du ministre de la justice dans le choix des magistrats candidats à un poste. En effet, quand un magistrat souhaite un poste, il envoie sa demande au ministère de la justice, qui sélectionne les candidats. Le CSM ne peut nommer que le candidat sélectionné. En cas de refus, c'est au ministre de proposer un autre candidat. Les seules exceptions, où le CSM sélectionne et choisit les candidats, concernent les postes de président de juridiction, de président de cour d'appel ainsi que les conseillers à la Cour de cassation.

Ainsi, le pouvoir politique surplombe les nominations. En principe, les décisions ne prennent en compte que les dossiers des magistrats. Mais ces dossiers comportent des strates d'évaluations, réalisées en principe tous les deux ans par les chefs de juridictions et, sauf exceptions, plutôt positives. Ils laissent une grande marge d'appréciation pour les nominations et les avancements.

C'est pourquoi l'ensemble de la procédure de nomination devrait être confiée au CSM, sur le modèle qui est aujourd'hui appliqué pour les chefs de juridiction du siège et les magistrats à la Cour de cassation.

L'indépendance supposerait concrètement que les personnels de la direction des services judiciaires (DSJ) en charge de la gestion des carrières à la Chancellerie soient transférés en tant que personnels du CSM.

11. Afin d'assurer pleinement l'indépendance de la justice, ne faudrait-il pas aller plus loin dans le projet de réforme constitutionnelle pour un renouveau de la vie démocratique du 29 août 2019 s'agissant, par exemple, de la composition du Conseil, des règles de désignation de ses membres et de ses pouvoirs ?

11.1. Un projet de loi constitutionnelle minimaliste.

Tous les magistrats, juges et procureurs, sont nommés par le Conseil supérieur de la magistrature (CSM). Celui-ci comprend 14 magistrats et huit personnalités extérieures. Les magistrats sont par de « *grands électeurs* », eux-mêmes élus, selon un système complexe, coûteux et segmenté à l'extrême.

Les personnalités extérieures sont désignés par des élus : le président de la République en nomme deux, comme le président de l'Assemblée nationale et le

président du Sénat. A l'Assemblée nationale et au Sénat, les personnalités pressenties par le président sont entendues par la commission permanente, ce qui permet, le cas échéant, de contrôler leur conformité à l'idéologie dominante. Ainsi, un éminent constitutionnaliste, Fabrice Hourquebien, avait affirmé « *que la justice devait être un contre pouvoir, une institution qui résiste à un autre pouvoir, qui l'aide à se rééquilibrer* » : sa candidature a été écartée¹⁴. A ces six personnalités s'ajoutent un avocat et un conseiller d'État.

Les 22 membres ainsi élus ou désignés se répartissent ensuite par collèges : un pour le siège et un pour le parquet, chacun composé de cinq magistrats et de six personnalités extérieures. Cette prédominance des personnalités extérieures se rencontre dans peu d'Etats démocratiques.

Le projet de loi constitutionnelle ne modifie pas cette situation. Il ne tend pas à améliorer la représentativité du CSM ou à renforcer ses pouvoirs. Il se borne à modifier l'article 65 de la Constitution, afin que les magistrats du parquet soient dorénavant nommés sur avis conforme de la formation compétente du CSM, et non plus sur avis simple.

Cette formation devrait aussi siéger comme conseil de discipline des magistrats du parquet, à l'instar de ce qui est prévu aujourd'hui pour ceux du siège, et ne se bornera plus à donner simplement un avis. C'est une avancée modeste, qui conforte globalement la pratique actuelle, dont on a démontré qu'elle n'était pas de nature à remédier au venin du soupçon.

11.2. Pour un Conseil de justice au service de la société.

Une réforme plus ambitieuse est nécessaire. L'avis du Conseil consultatif des juges européens sur « *un Conseil de justice au service de la société* »¹⁵ pourrait utilement servir de guide à une telle réforme et satisfaire les critères européens les plus élevés :

- Le Conseil de la Justice doit viser à garantir à la fois l'indépendance du système judiciaire et l'indépendance de chaque juge, car au sein de l'Etat de droit, l'existence d'un pouvoir judiciaire indépendant et impartial est une exigence structurelle de l'Etat ;
- La composition du Conseil de la Justice doit autant que possible respecter la diversité de la société ; (par ex. plutôt qu'à une sélection politique par le président des assemblées et les commissions des lois, d'autres systèmes sont envisageables, y compris le recours à un jury citoyen pour départager les personnalités qualifiées candidates) ;
- Les magistrats doivent être élus par leurs pairs suivant des modalités garantissant la représentation la plus large du système judiciaire à tous les niveaux ;

¹⁴ *Le candidat de Bartolone au CSM sèchement recalé* (le Monde, 15 janvier 2015)

¹⁵ Avis N°10(2007) du Conseil Consultatif de Juges Européens (CCJE) à l'attention du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur le Conseil de la Justice au service de la société, 23 novembre 2007.

- Le Conseil doit disposer d'un large éventail de compétences lui permettant de protéger et de promouvoir l'indépendance judiciaire et l'efficacité de la justice, tout en veillant à éviter les conflits d'intérêts lors de l'accomplissement de ces différentes tâches. Cela signifie que le Conseil assure non seulement la sélection, la nomination et la promotion des juges mais aussi une fonction d'évaluation de la qualité de la justice ;
- Le Conseil doit avoir des compétences financières étendues concernant la négociation et l'administration du budget de la justice ainsi que des compétences concernant l'administration et la gestion des tribunaux en vue d'améliorer la qualité de la justice ;
- Le Conseil devrait être à même de jouer le rôle le plus vaste dans la protection et la promotion de l'image de la justice.

Cet avis concernant les juges peut tout à fait être transposé en France, visant tous les magistrats (juges judiciaires, juges administratifs et procureurs). Son application imposerait notamment le rattachement au Conseil des fonctions de la commission d'avancement (art. 34 et suivants de l'ordonnance organique du 22 décembre 1958) et de l'inspection des services judiciaires. Il pourrait se faire à coût nul, par le transfert d'une partie des postes actuellement localisés à la Direction des services judiciaires et à l'Inspection générale de la justice.

11.3. Une autre approche disruptive.

La réflexion sur le périmètre du Conseil de la justice doit prendre place dans le contexte posé par le rapport de *la Mission sur la haute fonction publique*¹⁶. Le rapport inclut la justice dans son périmètre de réflexion, sauf à proposer que les magistrats occupent des emplois fonctionnels, ce qui interdirait de fait toute indépendance.

Cependant, la définition de ce périmètre est contestable. Certes, la justice fait partie des structures de l'Etat, pour l'exercice d'une mission régalienne. Mais elle doit non seulement régler les litiges entre citoyens mais aussi traiter avec impartialité les litiges qui opposent les citoyens à la puissance publique. Elle doit enfin assurer une égalité de tous devant la loi, ce qui lui impose de répondre aux manquements à la loi, quels que soient les citoyens qui les commettent, même des agents publics, des élus ou des membres du gouvernement.

Il en résulte que, si les magistrats ont bien un sens de l'Etat, celui-ci ne peut être le même que celui des hauts fonctionnaires, qui « *doivent se conformer aux instructions de leurs supérieurs hiérarchiques, sauf dans le cas où l'ordre donné est manifestement illégal et de nature à compromettre gravement un intérêt public* » (article 28 de la loi du 13 juillet 1983). Les magistrats ne peuvent bien servir l'Etat de droit que dans l'indépendance qui autorise une distanciation critique.

C'est pourquoi, à la disruption proposée par le rapport Thiriez, nous opposons une autre approche possible, visant à une réforme spécifique du recrutement, de formation et de la gestion de l'ensemble des magistrats, judiciaires, administratifs, et financiers (Cour des comptes, chambres régionales des comptes). Une telle réforme, qui devrait évidemment prendre en compte des cultures liées à des métiers

¹⁶ Mission haute fonction publique, propositions présentées par M Thirez, Mmes Méaux et Lagneau, 30 janvier 2020.

différents, pourrait être de nature à renforcer le pouvoir de la justice et la place du droit dans l'Etat. Cette réforme serait donc exclusive de celle qui concernerait, par ailleurs, la haute fonction publique.

12. Le rapport d'activité 2017 du CSM préconise qu'un pouvoir de plein exercice lui soit attribué en matière de détachements. Êtes-vous favorable à cette proposition ?

Ce pouvoir de plein exercice doit considérer toutes les situations dans lesquelles un magistrat peut exercer en dehors de son activité juridictionnelle. *Le détachement* est une position dans laquelle le magistrat est placé hors de son corps d'origine et continue à bénéficier dans ce corps de ses droits à l'avancement et à la retraite. *La disponibilité* est la situation du magistrat qui cesse temporairement d'exercer son activité mais qui peut demander sa réintégration. *La mise à disposition* permet au magistrat de travailler hors de la magistrature sans rompre de lien avec elle ; il continue à percevoir la rémunération correspondant à son emploi dans son administration d'origine.

Certains allers-retours sont souhaitables et de nature à contribuer à l'enrichissement du corps. Cependant, c'est le CSM et non le ministre de la justice qui devrait avoir un droit de regard sur ces situations, afin notamment de prévenir les conflits d'intérêts.

13. Faut-il ouvrir au Conseil la possibilité de formuler d'office des avis sur les questions relatives à l'indépendance de l'autorité judiciaire ?

Le Conseil devrait garantir, contre toutes les pressions ou préjugés extérieurs d'ordre politique, idéologique ou culturel, l'absolue liberté pour les juges de statuer impartialement sur les affaires dont ils sont saisis, selon leur intime conviction et leur propre interprétation des faits, et conformément aux règles de droit en vigueur. Il devrait également garantir aux magistrats du parquet les conditions nécessaires pour que ceux-ci soient impartiaux dans la direction et le contrôle des enquêtes. Dès lors, le droit de formuler un avis est un moyen parmi d'autres d'assurer cette mission.

Plus encore, tout projet de texte se rapportant au statut du juge, à l'administration de la justice, au droit procédural et plus généralement tout projet susceptible d'avoir une incidence sur la justice ou l'indépendance des juges, ou modifiant les garanties d'accès à la justice des citoyens (y compris des juges eux-mêmes), devrait être soumis, avant la délibération du Parlement, à l'avis du Conseil. En particulier, il serait souhaitable que le Conseil donne un avis consultatif sur le budget de la justice.

14. Faut-il offrir aux magistrats la possibilité de saisir le Conseil de toute atteinte à leur indépendance ?

Lorsqu'un magistrat ou un tribunal est contesté ou attaqué dans l'exercice de ses fonctions, il doit s'abstenir de réagir en utilisant les mêmes canaux. Il serait souhaitable que le Conseil puisse répondre à ces attaques.

C'est pourquoi le Conseil devrait être habilité, non seulement à faire valoir publiquement son point de vue, mais aussi à faire toutes démarches utiles auprès du public, des autorités publiques et, lorsque cela est nécessaire, des tribunaux pour défendre la réputation de l'institution judiciaire ou de ses membres.

C'est déjà le cas en Espagne, où en application de l'article 14 de la loi organique relative au pouvoir judiciaire, le juge qui se considère inquiété ou atteint dans son indépendance peut saisir le Conseil général du Pouvoir judiciaire. Le ministère public peut également prendre des mesures pour assurer l'indépendance du pouvoir judiciaire. Les positions du Conseil sont rendues publiques. De même, en Italie, l'article 21 bis du règlement interne du Conseil supérieur de la magistrature permet d'adopter des résolutions, qui sont généralement relayées par la presse.

15. Quel regard portez-vous sur le fonctionnement de la Cour de justice de la République ?

La Cour de justice de la République (CJR) a jugé, le 19 décembre 2016, Mme Lagarde coupable de « négligence » pour avoir autorisé, en 2007, une procédure arbitrale entre Bernard Tapie et Crédit lyonnais. Bien que coupable, la directrice générale du FMI a été dispensée de peine. Jugée bienveillante pour l'ancienne ministre, la décision de culpabilité peut aussi être considérée comme paradoxale. En effet, les personnes jugées dans le volet non ministériel du même dossier ont été relaxées.

La décision sur le volet non ministériel de l'affaire de Karachi concernant des détournements de fonds opérés sur des ventes d'armes à hauteur de 173 millions d'euros a été rendue en mars 2020. En revanche, le volet ministériel qui relève de la CJR et qui implique MM Balladur et Léotard, n'est pas encore audienté.

Créée par une loi de constitutionnelle en 1993 à la suite de l'affaire dite du sang contaminé, la CJR connaît des infractions commises par les ministres pendant l'exercice de leurs fonctions. Elle comprend quinze juges : douze parlementaires élus, en leur sein et en nombre égal, par l'Assemblée Nationale et par le Sénat après chaque renouvellement général ou partiel de ces assemblées et trois magistrats du siège à la Cour de cassation, dont l'un préside la cour de justice de la République. Le soupçon d'un jugement fondé sur des affinités politiques naît de cette situation.

Aucune partie civile n'est recevable devant la CJR. Une personne s'estimant lésée par une infraction ne peut que saisir le Procureur général de la CJR, qui en ce domaine, a le monopole pour mettre en œuvre l'action pénale. Le procès civil éventuel est distinct du procès pénal.

La CJR permet, de plus, l'existence d'un privilège de juridiction dont on constate qu'il mène à des décisions contradictoires. Cette architecture procédurale peut être la cause d'un hiatus entre cette justice d'exception et la justice de droit commun, qui pose un important problème d'équité.

Ce privilège de juridiction est une exception française. En Allemagne, le chancelier fédéral, comme l'ensemble des ministres, est soumis aux règles de droit commun de la responsabilité pénale des fonctionnaires et encourt les mêmes sanctions. En Espagne, la responsabilité pénale du premier ministre et des autres membres du gouvernement peut être engagée, s'il y a lieu, devant la chambre pénale de la Cour suprême. En Italie, le président du Conseil des ministres et les ministres sont soumis, pour les délits et pour les crimes commis dans l'exercice de leurs fonctions, à la juridiction ordinaire, après autorisation du Sénat de la République ou de la Chambre des députés, selon les règles établies par la loi constitutionnelle.

16. La réforme envisagée dans le projet de loi constitutionnelle pour un renouveau de la vie démocratique du 29 août 2019 vous semble-t-elle la meilleure option ? En particulier, jugez-vous opportun le choix d'une unique juridiction en premier et dernier ressort ? Comment éviter que deux juridictions différentes puissent être conduites à se prononcer sur des faits identiques ?

Le projet de loi constitutionnelle prévoit que les membres du gouvernement sont responsables, dans les conditions du droit commun, des actes qui ne se rattachent pas directement à l'exercice de leurs attributions, y compris lorsqu'ils ont été accomplis à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions :

« Ils sont pénalement responsables des actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions et qualifiés de crimes ou de délits au moment où ils ont été commis. Leur responsabilité ne peut être mise en cause à raison de leur inaction que si le choix de ne pas agir leur est directement et personnellement imputable.

Ils sont poursuivis et jugés devant les formations compétentes, composées de magistrats professionnels, de la cour d'appel de Paris.

Le ministère public, la juridiction d'instruction ou toute personne qui se prétend lésée par un acte mentionné au deuxième alinéa saisit une commission des requêtes comprenant trois magistrats du siège à la Cour de cassation, dont l'un préside la commission, deux membres du Conseil d'État et deux magistrats de la Cour des comptes. La commission apprécie la suite à donner à la procédure et en ordonne soit le classement, soit la transmission au procureur général près la cour d'appel de Paris qui saisit alors la cour ».

Ce texte ne met que partiellement un terme au privilège de juridiction. L'idée d'un filtrage, qui existe actuellement, est acceptable, au regard du harcèlement judiciaire dont un ministre pourrait faire l'objet.

En revanche, le fait de désigner la Cour d'appel de Paris comme juridiction compétente maintient un hiatus entre deux procédures quand un dossier comprend un volet ministériel et un volet non ministériel. Il prive également le ministre du double degré de juridiction prévu, en matière pénale, par le protocole n°7 additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Certes, ce protocole pourrait être interprété comme conférant ce rôle à la Cour de cassation. Cependant, au regard de la mission assignée à la Cour de cassation, une telle évolution ne paraît pas souhaitable.

C'est pourquoi, sauf la procédure de filtrage, c'est le droit commun qui devrait s'appliquer aux ministres, pour les infractions commises dans le cadre de leurs fonctions.

17. Avez-vous d'autres éléments à porter à la connaissance de la commission d'enquête ?

Les questions précitées n'épuisent pas le sujet des obstacles à la justice. Il faut au moins y ajouter les abus de secret défense, le statut de Tracfin, le statut pénal du chef de l'Etat. Enfin, votre attention est appelée sur les conséquences du sous-financement de la justice et de la vulnérabilité des associations agréées pour se constituer partie civile en matière de corruption, au regard des conditions de délivrance de cet agrément.

17.1. Le secret défense

Dans l'affaire dite des "frégates de Taiwan", trois ministres des finances successifs se sont opposés à la demande des juges visant à connaître les commissions versées (à l'époque, ces commissions pouvaient être officiellement déclarées). Ces décisions ont fait obstacle à l'avancement de l'enquête pénale, qui s'est achevée par une ordonnance de non-lieu. Par la suite, un arbitrage a été rendu au bénéfice de Taiwan, car un article du contrat de vente interdisait toute commission et tout recours à un intermédiaire. Sur les 630 millions d'euros infligés par le tribunal arbitral, 460 millions ont donc été payés par le contribuable et le reste par la société Thalés, chef de file du contrat.

En effet, la déclassification résulte entièrement d'une décision politique, non soumise à contrôle. L'avis de la Commission consultative du secret de la défense nationale (CCSDN) n'est pas motivé et il peut ne pas être suivi. La loi de programmation militaire du 29 juillet 2009 a aggravé la situation, par une extension du champ du secret défense, même si cette extension a été en partie censurée par le Conseil constitutionnel.

La situation de la France est singulière. Elle se distingue, par son opacité, de ses principaux voisins européens. Au Royaume-uni, depuis 1968, la jurisprudence considère que les ministres ne sont pas les seuls juges de l'intérêt public, et qu'il appartient à un tribunal d'arbitrer entre l'intérêt public mis en avant par le ministre et celui de la justice. Si la diffusion de l'information n'est pas de nature à occasionner un dommage substantiel, l'intérêt de la justice doit l'emporter. En Allemagne, la classification secret-défense peut être contestée devant les juridictions administratives ou devant le juge pénal. En Italie, si le juge souhaite disposer de documents pour lesquels le secret d'État lui est opposé, le conflit est tranché par la Cour constitutionnelle, qui ne peut pas se voir opposer le secret. En Espagne, la Cour suprême, depuis 1997, contrôle le refus du Conseil des ministres de déclassifier des documents au cours d'une procédure judiciaire. Elle a affirmé à cette

occasion la supériorité du principe de garantie effective des droits par la justice, accordé à tout citoyen par la Constitution, sur le principe de la sécurité de l'État.

17.2. La situation de TRACFIN.

TRACFIN est une institution discrète mais importante. Environ 150 agents y travaillent. Elle reçoit chaque année 65 000 déclarations de soupçons, dont 25 000 sont mises en enquête. Les rapports avec la justice prennent trois formes.

D'une part, TRACFIN peut saisir le parquet d'une transmission initiale : le dossier est transmis au parquet, qui peut ouvrir une enquête préliminaire soit une information judiciaire. Environ 450 dossiers sont transmis chaque année à la justice dans ce cadre.

D'autre part, un procureur ou un juge d'instruction peut adresser une réquisition à Tracfin, qui traite ainsi une centaine de dossier par an.

Enfin, TRACFIN peut faire des transmissions judiciaires complémentaires. Un dossier que Tracfin a déjà transmis appelle d'autres investigations car d'autres éléments ont été recueillis depuis la transmission initiale.

Le problème tient à la totale dépendance de TRACFIN vis-à-vis de l'exécutif. Anticor considère comme suspecte la chronologie du départ de M Bruno Dalles, intervenue le 10 juillet 2019, alors que son mandat devait durer jusqu'en 2021. Cette éviction est intervenue alors qu'Anticor avait déposé plainte, le 5 juin 2019 sur le volet russe de l'affaire Benalla. En particulier, la plainte visait les montages financiers mis en place pour dissimuler les contrats passés avec des sociétés russes par l'intermédiaire de sociétés écrans, pendant qu'il était en poste à l'Élysée.

Au minimum, le Directeur de Tracfin devrait bénéficier de garanties comparables à celles du Directeur de l'AFA. Celui-ci est nommé par décret du Président de la République pour une durée de six ans non renouvelable. Il ne peut être mis fin à ses fonctions que sur sa demande ou en cas d'empêchement ou en cas de manquement grave.

Enfin, l'importance de TRACFIN pour la manifestation de la vérité en matière économique et financière justifierait son placement sous la double tutelle du ministère de la justice et de celui du budget.

17.3. Le statut pénal du chef de l'Etat.

Le 10 octobre 2001, la Cour de cassation a jugé que l'article 68 de la Constitution doit être interprété en ce sens « *qu'étant élu directement par le peuple pour assurer, notamment, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'Etat, le Président de la République ne peut, pendant la durée de son mandat, être entendu comme témoin assisté, ni être mis en examen, cité ou renvoyé pour une infraction quelconque devant une juridiction pénale de droit commun ; qu'il n'est pas davantage soumis à l'obligation de comparaître en tant que témoin prévue par*

l'article 101 du Code de procédure pénale, dès lors que cette obligation est assortie par l'article 109 dudit Code d'une mesure de contrainte par la force publique et qu'elle est pénalement sanctionnée ».

Cette jurisprudence a été inscrite en 2008 dans la Constitution. Elle confère au Président de la République, pendant la durée de ses fonctions, l'immunité d'un monarque.

Le rapport Jospin « *pour un renouveau démocratique* » constatait que les citoyens attendent de leurs gouvernants, notamment de ceux qui sont chargés des plus hautes fonctions, un comportement irréprochable et exemplaire. Il constatait aussi la revendication d'une plus grande égalité devant la justice. Les gouvernants ne peuvent être au-dessus des lois et ne sauraient en être affranchis.

Évidemment, il ne peut être question de remettre en cause l'irresponsabilité du président de la République pour les actes qu'il a accomplis en cette qualité. Pour ces actes, il est déjà responsable devant la Cour pénale internationale et peut faire l'objet d'une procédure de destitution par le parlement. En revanche, les règles qui assurent au chef de l'État une inviolabilité pénale et civile complètes, issues de la réforme constitutionnelle du 23 février 2007, sont contestables.

En 2013, un projet de loi constitutionnel a été déposé, réformant le statut juridictionnel dans le domaine civil. Il n'a jamais été examiné. Aucun projet ne modifiait son statut pénal. Des propositions sur ces deux questions pourraient enrichir le projet de loi constitutionnelle pour le renouveau démocratique.

17.4. La vulnérabilité des associations.

L'action associative ne peut évidemment remédier aux dysfonctionnements des institutions et notamment de la justice. Tout s'est passé en 2013 comme si, faute de volonté politique pour engager une réforme constitutionnelle du parquet et pour quand même répondre au scandale de l'affaire Cahuzac, le législateur avait concédé à certaines associations la possibilité de mettre en œuvre l'action publique.

L'action des associations permet d'orienter la justice sur des champs largement négligés par le passé. Mais le seul fait que des enquêtes approfondies soient conduites est déjà un succès. Mais dans la mesure où elles interviennent souvent dans des affaires sensibles où les procureurs hésitent à intervenir, elles agacent le pouvoir.

Elles sont aussi vulnérables. C'est l'exécutif qui délivre les agréments, certes sous le contrôle du juge administratif. Mais les associations qui déplaisent peuvent être confrontées à l'arbitraire au moment de leur renouvellement, qui a lieu tous les trois ans.

A minima, il conviendrait de confier à la HATVP la décision d'agrément. Celle-ci délivre déjà un agrément aux associations, mais d'une portée limitée. Une réforme pourrait utilement conférer à cet agrément la capacité pour les associations de se constituer partie civile.

17.5. L'insuffisance des moyens.

La France sur les 47 pays membres du Conseil de l'Europe :

- a le plus faible nombre de procureurs : 2,9 pour 100 000 habitants, contre 6,7 en Allemagne et une médiane européenne de 11 ;
- Elle a un faible nombre de juges (10 pour 100 000 habitants, contre 24 en Allemagne et une médiane de 18).
- Un faible budget pour le système judiciaire : 65€ par habitant, contre 122€ en Allemagne et une médiane européenne de 53€¹⁷.

De plus l'exécutif décide de l'allocation des moyens et les moyens des services judiciaires est parfois décidée au regard de critères étrangers à l'intérêt général : en novembre 2019, la presse révélait, sans être démentie, que la localisation des postes de juge d'instruction tiendrait compte de la nature du vote exprimé dans le ressort judiciaire.

Le rapport anti-corruption de la commission européenne de 2014, rappelle, dans son annexe sur la France, les priorités et notamment « *l'appréciation du besoin éventuel de ressources supplémentaires pour enquêter sur les affaires de corruption, poursuivre et juger les auteurs de faits de corruption* ».

La justice économique subit toutes les conséquences de cette situation. En 2019, un référé de la Cour des comptes constatait une saturation des services et un délai moyen de six ans pour le traitement d'une affaire complexe. La même année, le rapport d'information de l'Assemblée nationale sur l'évaluation de la lutte contre la délinquance financière concluait à une situation critique.

Avec plus de moyens, la justice assumerait mieux son devoir d'appliquer une justice égale pour tous, pourrait être bien plus efficace qu'aujourd'hui pour traiter la délinquance des puissants.

17.6. La dégradation de l'opinion sur la justice.

Selon un sondage de l'IFOP paru en octobre 2019, seuls 53% des Français font confiance à la justice. 6 sur 10 considèrent qu'elle fonctionne mal. 47% considèrent que les juges sont neutres et impartiaux dans leurs jugements. L'architecture institutionnelle est appréciée de façon beaucoup plus négative que les magistrats eux-mêmes, dont l'intégrité est reconnue par 63% des personnes interrogées, même si cette image est aussi érodée par rapport aux années précédentes.

Ce sondage est cohérent avec le baromètre de la confiance publié en mars 2020 par le CEVIPOF : 46% des personnes interrogées déclarent avoir confiance dans la justice. Ce chiffre est en baisse de 8% par rapport à l'année précédente. En Allemagne, le taux de confiance est de 63% et au Royaume-Uni de 59%.

¹⁷ Rapport de la CEPEJ, 2018.

Ce taux de défiance, qui vaut également pour la plupart des institutions, rend nécessaire une réforme profonde.

20 mai 2020