

Centre de recherche Michel-de-L'Hospital, EA 4232

École doctorale des sciences économiques, juridiques et de gestion, ED 245

L'IMPARTIALITÉ DES MAGISTRATS DANS LA PROCÉDURE PÉNALE FRANÇAISE À L'AUNE DU DROIT DE LA CONVENTION EDH

Thèse pour le doctorat mention droit privé soutenue publiquement le 5 décembre 2016

par **Audrey OUDOUL**

MEMBRES DU JURY :

Directeur de thèse :

Madame Audrey Darsonville, Professeur, Université de Lille 2

Rapporteurs :

Monsieur Damien Roets, Doyen de l'Université de Limoges

Monsieur Cédric Ribeyre, Professeur, Université de Grenoble

Assesseurs :

Monsieur Jean-Pierre Marguenaud, Professeur, Université de Limoges

Monsieur Jean-Baptiste Perrier, Professeur, Université de Clermont-Ferrand

Je remercie le Professeur Audrey Darsonville qui m'a dirigée avec bienveillance pendant mes années de thèse, toujours disponible et à l'écoute. Cette thèse lui doit beaucoup.

Je remercie Monsieur le Procureur de la République, Eric Camous de m'avoir permis d'accéder à son regard de praticien.

Je remercie Monsieur Jean-François Roulot de m'avoir initiée à la recherche.

SOMMAIRE

SOMMAIRE

INTRODUCTION

PARTIE I : L'IMPARTIALITÉ DES MAGISTRATS LORS DU JUGEMENT, L'EXIGENCE PREMIÈRE DE L'ARTICLE 6, § 1

Titre 1 : L'impartialité des magistrats entre apparence et réalité

Chapitre 1 : L'apparence modèle interprétatif du principe d'impartialité

Chapitre 2 : De l'apparence à la réalité, l'appréciation renouvelée de l'impartialité

Conclusion Titre 1

Titre 2 : Les principes procéduraux au soutien de l'impartialité

Chapitre 1 : Les principes procéduraux au soutien de l'impartialité devant les juridictions de droit commun

Chapitre 2 : Les principes procéduraux au soutien de l'impartialité devant les juridictions spécialisées

Conclusion Titre 2

Conclusion Partie 1

PARTIE II : L'IMPARTIALITÉ DES MAGISTRATS AVANT LE JUGEMENT, L'EXTENSION DE L'ARTICLE 6, §-1

Titre 1 : L'impartialité dans l'instruction, les effets limités de l'extension de l'article 6, §-1

Chapitre 1 : L'appréciation conventionnelle *a minima* de l'impartialité dans l'instruction

Chapitre 2 : Le renforcement national de l'exigence conventionnelle de l'impartialité dans l'instruction

Conclusion Titre 1

Titre 2 : l'impartialité du parquet, l'extension difficile de l'exigence conventionnelle d'impartialité

Chapitre 1 : L'absence d'impartialité conventionnelle pour les magistrats du parquet

Chapitre 2 : L'affirmation nationale de l'impartialité des magistrats du parquet en contraste avec le droit conventionnel

Conclusion Titre 2

Conclusion Partie 2

CONCLUSION GENERALE

INDEX

LISTE DES ABRÉVIATIONS

BIBLIOGRAPHIE

I- Ouvrages généraux, cours, dictionnaire, manuels, traités

II- Ouvrages spéciaux, thèses

III- Articles

IV-Ouvrages extrajuridiques

V- Rapports, avis et autres documents

VI- Décisions et avis du CSM

VII-Jurisprudence

A- Cour EDH et Commission EDH

B- Jurisprudence française

TABLE DES MATIÈRES

Une table des matières détaillée se trouve en fin d'ouvrage.

INTRODUCTION

« L'idéal que tout code de procédure tend à réaliser, c'est la conciliation de deux intérêts en apparence contradictoires : celui de la collectivité, exigeant qu'aucun coupable ne puisse échapper à un châtement rapide et presque immédiat ; celui de l'individu, exigeant un examen impartial et approfondi de la culpabilité. »¹

1. Dans l'idéal collectif le bon juge, le bon magistrat est avant tout impartial. Cette impartialité a parfois été conçue comme une utopie. En effet, Zadig, le bon magistrat dépeint par Voltaire, est un personnage de fiction, le héros d'un conte. Il est le juge parfait car « quand il jugeait une affaire, ce n'était pas lui qui jugeait, c'était la loi ; mais quand elle était trop sévère, il la tempérait, et quand on manquait de lois, son équité en faisait qu'on aurait prises pour celles de Zoroastre »². Mais, à travers cette description, intégrée dans un conte, Voltaire laisse à penser qu'un tel juge ne peut pas exister dans la réalité. À l'opposé, de ce juge idéal, Jean de La Fontaine a pu décrire une justice partielle en ces termes : « selon que vous serez puissant ou misérable, les jugements de cour vous rendront blanc ou noir »³. Dans ces deux descriptions, l'impartialité est soit la qualité du juge imaginaire, soit étrangère à la « justice ». Sur le plan des symboles, l'impartialité correspond au bandeau de la justice, « on a pu la caricaturer en disant que c'était une justice aveugle, qui maniait son glaive à l'aveuglette. Mais le bandeau c'est plutôt la capacité du tiers à être impartial, au-dessus de la mêlée »⁴. Il faut donc dépasser l'idéal et le symbole pour donner une définition du principe d'impartialité applicable aux magistrats ou au tribunal.

2. Tout d'abord, l'impartialité se définit communément comme le fait d'être impartial, d'être juste c'est-à-dire de ne manifester aucun parti pris⁵, de remplir sa mission en « excluant toute considération étrangère à la cause »⁶. L'impartialité apparaît consubstantielle à la justice, particulièrement à la justice pénale qui est fondée sur la présomption d'innocence qui peut être réduite à néant par la partialité, surtout personnelle, du magistrat. D'ailleurs, l'un des

¹ GARRAUD (R), *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, Sirey, 1907-1929, Tome 1, p. 4.

² VOLTAIRE, *Zadig ou la destinée*, Hachette, Classiques, Collection n° 10, 7^{ème} éd., 1997, Texte établi d'après l'édition originale de 1747 et celle des deux œuvres complètes de Voltaire de 1775 et, pour les deux chapitres complémentaires, d'après l'édition posthume de 1785, établis par DARCOS (X), p. 43.

³ Jean de La Fontaine, *Les animaux malades de la peste*, in *Fables*, Hachette, Classiques, 2002, p. 105.

⁴ OST (F), L'intervention d'un tiers, *Esprit*, août-septembre 2007, n° 337, p. 147 et s., spéc., p. 164.

⁵ Le Robert illustré, 2013, à « impartial », p. 952.

⁶ ROETS (D), *Impartialité et justice pénale*, éd. Cujas, Coll. Travaux de l'institut de sciences criminelles de Poitiers, 1997-18, p. 18, §-9.

synonymes de l'impartialité est celui de *justice*⁷. De plus, afin de mieux comprendre le principe d'impartialité il convient de le distinguer de l'indépendance⁸. Cette dernière est « *la qualité d'une personne ou d'une institution qui ne reçoit d'ordres, ou même de suggestions, d'aucune sorte, qui est donc seule à prendre les décisions qu'elle prend (premier élément) et qui en outre n'a pas à rendre compte puisque rendre compte évoque la critique (second élément).* [...] *En somme l'indépendance suppose l'absence de lien de subordination, donc de lien avec un tiers [...]* »⁹. Ainsi définie, l'indépendance apparaît comme la condition de l'impartialité : elle est le statut et l'impartialité la vertu¹⁰. À ce titre, la rédaction de l'article 6, §-1 de la Convention EDH, qui prévoit le droit à « *un tribunal indépendant et impartial* », n'est pas anodine. Elle fait écho à la nécessité du premier principe pour espérer satisfaire le second¹¹. En ce sens, les magistrats privés d'indépendance sont dans l'impossibilité d'accéder à l'impartialité. Dans une telle situation, il est légitime de soupçonner lesdits magistrats de partialité. Néanmoins, l'indépendance n'entraîne pas systématiquement l'impartialité, elle est un moyen indispensable pour y parvenir mais en aucun cas ne se confond avec elle ; un magistrat indépendant peut être partial. Donc, l'indépendance est distincte de l'impartialité. Cette dernière doit désormais être définie au regard du droit Conventionnel.

3. Ensuite, dans son arrêt Piersack rendu le 1^{er} octobre 1982, la Cour européenne des droits de l'homme¹² donne une double acception de l'impartialité dont il convient de donner,

⁷ CNRTL, disponible en ligne : <http://www.cnrtl.fr/synonymie/impartialit%C3%A9>, consulté le 15 août 2016.

⁸ ROETS (D), op. cit., p. 19 à 21, §-12 à 18 : il y a dix ans, dans sa thèse dédiée à l'impartialité et la justice pénale, le Professeur Damien Roets définissait le principe d'impartialité en le distinguant de certaines notions voisines que sont : l'égalité, l'équité, l'arbitraire, la neutralité, l'objectivité, la bonne foi et l'indépendance. Cette différenciation de l'impartialité de certaines notions proches a le mérite de la clarté et de la pérennité, elle sera donc retenue. Dès lors, par souci de concision seule sera appréhendée de façon détaillée la distinction entre l'impartialité et l'indépendance.

⁹ PRADEL (J), La notion européenne de tribunal impartial et indépendant selon le droit français, RSC, 1990, p. 692 et s.

¹⁰ GUINCHARD (S) et BUISSON (J), *Procédure pénale*, Lexisnexus, Manuel, 10^{ème} éd., 2014, p. 442 et s., §-436 et s. ; GUINCHARD (S), *Droit processuel droits fondamentaux du procès*, Dalloz, Précis, 8^{ème} éd., 2015, p. 814-815, §-340 ; GUINCHARD (S), MONTAGNIER (G), VARINARD (A), DEBARD (T), *Institutions juridictionnelles*, Dalloz, Précis, 13^{ème} éd., 2015, p. 170-171, §-114 ; KOERING-JOULIN (R), La notion de tribunal indépendant et impartial au sens de l'article 6 par. 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, RSC, 1990, p. 765.

¹¹ « *Cette liaison entre indépendance et impartialité est marquée dans la rédaction de l'article 6-1 de la Convention EDH* », in, GUINCHARD (S), MONTAGNIER (G), VARINARD (A), DEBARD (T), *Institutions juridictionnelles*, Dalloz, Précis, 11^{ème} éd., 2011, p. 161, §-107.

¹² Désormais, Cour EDH.

dès à présent, un bref aperçu¹³. En effet, la Cour EDH reconnaît l'impartialité subjective et l'impartialité objective¹⁴.

L'impartialité subjective tient dans l'absence de parti pris subjectif du juge, cette impartialité personnelle est présumée jusqu'à preuve du contraire¹⁵. La violation de l'impartialité personnelle résidera dans les « convictions » personnelles du juge qui guident alors son choix, la « *personne du juge l'emporte sur la fonction qu'il exerce* »¹⁶. Ce type de partialité est le plus connu et le plus craint du public tant il s'apparente à de la forfaiture, à la violation de l'idéal de la justice. Cette partialité personnelle, fondée sur des préjugés religieux, moraux, politiques ou sur un lien trop étroit avec l'une des parties etc., peut causer des dégâts sur la justice, notamment pénale : la présomption d'innocence est atteinte, la fonction réparatrice du procès est anéantie, la magistrature tout entière est alors décrédibilisée. Cependant, il s'agit d'une dérive de l'être humain à laquelle il est impossible de remédier totalement. La partialité personnelle est un risque qui sera toujours présent mais qui peut être anéanti par une requête en récusation¹⁷ lorsque le demandeur a connaissance du vice de partialité personnelle en temps utiles. À défaut, le pourvoi en cassation sur ce fondement reste possible.

À ce titre, l'arrêt récent de la Cour de cassation rendu dans l'affaire AZF¹⁸, dont il faut préciser qu'il a été rendu au visa de l'article 6, §-1 de la Convention EDH, démontre que la

¹³ Sur l'appréciation conventionnelle de l'impartialité des magistrats du jugement : *infra* : Partie 1, Titre 1, l'impartialité des magistrats entre apparence à la réalité.

¹⁴ CEDH, 1 octobre 1982, PIERSACK c. Belgique, requête n° 8692/79.

Autrement dénommées par le Professeur Renée KOERING-JOULIN, à laquelle il convient de se rattacher, impartialité fonctionnelle et impartialité personnelle, *in* KOERING-JOULIN (R), le juge impartial, *justice* n° 10, avril/juin 1998, p.2 et s.

¹⁵ Sur la théorisation de l'apparence applicable à l'impartialité, *infra* : Partie 1, Titre 1, Chapitre 1.

¹⁶ KOERING-JOULIN (R), le juge impartial, *op. cit.*

¹⁷ Article 668 à 674-2 du CPP. La récusation permet d'exclure un juge (d'instruction ou du jugement) pour l'une des raisons limitativement énumérées à l'article 668 du CPP. La récusation vise un juge en particulier au contraire de la suspicion légitime qui vise la juridiction tout entière. Voir notamment PRADEL (J), *Procédure pénale*, Edition Cujas, référence, 18^{ème} ed., 2015, p. 47 et s., §-25 ; p. 99 et s., §-97 et s. ; ROETS (D), *op. cit.*, p. 199 à 229

¹⁸ Cass. crim., 13 janvier 2015, pourvoi n° 12-87059, bull. crim. 2015, n° 15 : « Mais attendu que si l'adhésion d'un juge à une association, et spécialement à une association ayant pour mission de veiller à l'information et à la garantie des droits des victimes, laquelle, aux termes de l'article préliminaire II du code de procédure pénale, entre dans les attributions de l'autorité judiciaire, n'est pas, en soi, de nature à porter atteinte à la présomption d'impartialité dont il bénéficie, il en va autrement en l'espèce, en raison des liens étroits, traduits par la convention du 10 décembre 2011, noués entre les deux fédérations, dont l'une était partie civile dans la procédure et l'autre avait pour vice-président l'un des juges siégeant dans la formation de jugement ; qu'ainsi, en omettant d'aviser les parties de cette situation, alors que ces éléments étaient de nature à créer, dans leur esprit, un doute raisonnable, objectivement justifié, sur l'impartialité de la juridiction, la cour d'appel a méconnu les textes susvisés et le principe ci-dessus rappelé ». Voir notamment : MAYAUD (Y), L'affaire AZF entre impartialité et légalité !, *AJ Pénal*, 2015, n° 4, p. 191 et s. ; MATSOPOULOU (H), Arrêt AZF : cassation

présomption d'impartialité personnelle peut être renversée par la preuve objective du doute raisonnable quant à l'impartialité de la juridiction.

Dans cette affaire était en cause l'impartialité personnelle de l'un des conseillers de la cour d'appel de Toulouse. Ce dernier était vice-président d'une association d'aide aux victimes (l'INAVEM) qui avait signé une convention de partenariat, le 10 décembre 2011 c'est-à-dire au cours des débats, avec la Fédération nationale des victimes d'attentats et d'accidents collectifs, partie civile dans le procès pénal en cours.

Avant l'ouverture des débats et avant la signature de la convention, la situation de conflit entre les deux fonctions, privée et institutionnelle, occupées par ledit magistrat et qui pouvait susciter un doute quant à son impartialité personnelle, avait été relevée à deux reprises. Tout d'abord, la magistrate en cause avait, fort judicieusement et conformément aux obligations déontologiques¹⁹, avisé le premier président de la cour d'appel de Toulouse des fonctions qu'elle exerçait au sein de l'INAVEM. Ensuite, le président de la chambre de la cour d'appel de Toulouse en charge de l'affaire avait demandé au premier président de désigner un autre magistrat, ce qu'il refusa. En effet, il a estimé « *que l'appartenance de celle-ci (nous rajoutons : la conseillère en cause) à une fédération d'associations d'aide aux victimes ne constituait pas un obstacle à sa participation à la formation de jugement* ». Dans ces conditions, la seule solution qui s'offrait à la magistrate, consciente de la contrariété entre sa fonction de conseiller à la cour d'appel et celle de vice-président de l'INAVEM, était d'en informer les parties. Ainsi, ces dernières auraient pu demander sa récusation. Toutefois, le premier président, qui avait auparavant refusé le déport de ladite magistrate, aurait-il fait droit à cette demande de récusation²⁰ malgré la circonstance nouvelle de la signature de la convention de partenariat ? Il est malheureusement permis d'en douter. Néanmoins, compte tenu de la complexité et de la gravité de l'affaire, le premier président aurait dû agir préventivement en acceptant la demande de désignation d'un autre magistrat qui avait été formulée avant l'ouverture des débats par le président de la chambre de la cour d'appel.

justifiée par l'existence d'un « doute objectif » sur l'impartialité d'un magistrat, JCPG, 2015, n° 8, p. 365 et s. ; LACROIX (C), AZF : le défaut d'impartialité - un procès qui explose, *Constitutions*, 2015, n° 1, p. 70 et s.

¹⁹ Article 6.23 : « *Le magistrat s'assure que ses engagements associatifs privés n'interfèrent pas avec son domaine de compétence au sein de sa juridiction d'affectation. Dans le cas contraire, il se déporte.* », in recueil des obligations déontologiques des magistrats, CSM, Dalloz, 2010, p. 12.

²⁰ Article 671 CPP : « *Le premier président reçoit le mémoire complémentaire du demandeur, s'il y a lieu, et celui du magistrat dont la récusation est proposée ; il prend l'avis du procureur général et statue sur la requête. L'ordonnance statuant sur la récusation n'est susceptible d'aucune voie de recours.*

Elle produit effet de plein droit »

En outre, il est permis d'émettre une certaine réserve quant à l'engagement d'un magistrat en tant que vice-président d'une association d'aide aux victimes. *Ab initio* (avant même la conclusion de la convention de partenariat) il est possible de déceler une certaine contrariété avec le principe d'impartialité personnelle. Ledit juge, engagé dans l'aide aux victimes, ne risque-t-il pas d'être plus enclin à écouter les victimes éventuelles et en conséquence ne plus tenir la balance égale entre les parties au procès ?

Dans cette espèce, le vice de partialité soulevé devant la Cour de cassation, alors qu'il aurait pu être anéanti en amont par la récusation ou le déport, a eu des conséquences regrettables en termes « *de perte de temps et d'énergie* »²¹ pour une affaire de cette ampleur.

Au contraire de l'impartialité personnelle, l'impartialité dite objective ou fonctionnelle et plus rarement institutionnelle²² repose sur des considérations « extérieures » au magistrat, elle se fonde principalement sur le principe de la séparation des fonctions. Elle est centrée sur la façon dont a été accomplie la fonction, sur la manière dont s'est déroulée la procédure afin de déterminer s'il existe un doute quant à l'impartialité du magistrat. Ce n'est pas son parti pris personnel qui est source de partialité mais les conditions procédurales, organiques ou fonctionnelles dans lesquelles il a rempli sa fonction qui l'amènent inéluctablement à la partialité. Dans un tel cas, tout magistrat placé dans la même situation sera considéré comme partial.

4. De plus, les magistrats dans la procédure pénale française correspondent à l'ensemble des magistrats du siège et du parquet. Le magistrat se définit communément comme « *toute personne appartenant au corps judiciaire et investie, à titre professionnel, du pouvoir de rendre la justice (magistrat du siège) ou de la requérir au nom de l'État (magistrat du parquet)* »²³. Ainsi, il faut distinguer les magistrats des juges. Seuls ces derniers ont pour mission de rendre la justice c'est-à-dire, de trancher un litige, une question juridique sur la base du droit et ce en rendant des décisions juridictionnelles. Dès lors, les membres du ministère public sont des magistrats et non des juges. L'étude portera donc sur l'impartialité des magistrats et non des seuls juges, avant et pendant le jugement.

²¹ MAYAUD (Y), L'affaire AZF entre impartialité et légalité, *AJ pénal*, 2015, p. 191 et s.

²² MAYAUD (Y), *ibid.*

²³ *in*, CORNU (G), *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 11^{ème} éd., 2016, à « magistrat » ; GUINCHARD (S), VARINARD (A), DEBARD (T), *Institutions juridictionnelles*, Dalloz, Précis, 13^{ème} éd., 2015, p. 838, §-817.

5. Enfin, le droit de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales²⁴ correspond au droit tant textuel²⁵ que prétorien de la Convention EDH. Dès lors, l'utilisation de l'adjectif « conventionnel(le) », dans les développements suivants, fait exclusivement référence au droit de la Convention EDH.

6. La présente étude consistera dans l'analyse du principe d'impartialité des magistrats dans la procédure pénale française à l'aune du droit de la Convention EDH. En partant de la définition et de l'appréciation conventionnelle de l'impartialité, il s'agira de les confronter au droit national, afin de déterminer l'ampleur de l'exigence d'impartialité dans ce droit et ainsi mettre notamment en exergue les points de convergences, de divergences, et les incompréhensions, entre les deux droits. Il est donc apparu important de se demander si l'impartialité conventionnelle, telle que théorisée dans la présente étude, connaît une concrétisation homogène dans la procédure pénale française. Pour ce faire, la théorisation du principe conventionnel d'impartialité servira de socle à la présente étude afin, soit de la dépasser, soit de la comparaître à la teneur de l'exigence en droit interne.

Ainsi, grâce aux appréciations conventionnelles du principe d'impartialité il conviendra de déterminer l'ampleur de l'obligation d'impartialité dans la procédure pénale française, de s'interroger sur la présence expresse en droit français des marqueurs conventionnels relatifs aux appréciations de l'impartialité ou du dépassement des dites appréciations par des exigences nationales plus fortes, parfois moteurs de l'extension du droit conventionnel relatif à l'impartialité²⁶ et enfin, d'analyser, les principes procéduraux reconnus comme des soutiens pour l'impartialité²⁷.

7. Il convient désormais de s'interroger sur la nécessité actuelle de procéder à une analyse renouvelée de l'impartialité dans la procédure pénale française (§-1) et ce, à l'aune du droit de la Convention EDH (§-2) avant d'énoncer les contours du sujet (§-3) et le plan d'étude choisi (§-4).

²⁴ Désormais Convention EDH. SUDRE (F), *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, Classiques, 12^{ème} ed., 2015, p. 134, §-89.

²⁵ Pour notre étude il s'agira de l'article 6, §-1 et de l'appréciation qui en est faite par la Cour EDH. Mais, l'impartialité conventionnelle a parfois été appréhendée, en dehors de l'article 6, §-1. À titre plus subsidiaire, il sera donc fait référence à l'article 5, §-3.

²⁶ *Infra* : Partie 2, Titre 1, Chapitre 1 : L'appréciation conventionnelle *a minima* de l'impartialité dans l'instruction.

²⁷ ROETS (D), op. cit., p. 27, §-26.

§-1- La nécessité actuelle de procéder à une analyse de l'impartialité des magistrats dans la procédure pénale française

8. À titre préliminaire, il convient de rappeler que la justice est indissociable de l'État de droit. En effet, le procès pénal a une place importante dans l'État démocratique puisqu'il est le prolongement de l'une de ses missions régaliennes qu'est le maintien de l'ordre, de la sécurité. Le procès pénal intervient pour protéger la société des comportements délinquants en faisant application de la loi pénale, expression de la volonté générale. Par ailleurs, *« s'il est devenu banal de dire que le degré de démocratie d'un État se mesure à son code de procédure pénale, on peut observer qu'au sein de ce code le droit à faire juger du « bien-fondé d'une accusation par un tribunal indépendant et impartial » apparaît comme le symbole même de l'idée de démocratie appliquée au procès »*²⁸.

9. L'un des éléments indispensables pour l'efficacité de la justice, particulièrement pénale²⁹, est d'avoir l'adhésion des justiciables. Cela se traduit par la confiance qu'ils ont à l'égard de l'institution. Ainsi, en démocratie, il faut que la justice soit une *« institution de consensus »*³⁰ afin qu'elle puisse atteindre son but qu'est le maintien de l'ordre et dépasser ainsi le droit primitif, dans lequel les particuliers exercent eux-mêmes la vendetta c'est-à-dire la vengeance du crime par le crime. Cette vengeance est qualifiée par Paul Ricœur *« de la plus tenace des formes de violence »*³¹, *« de simulation de justice »*³². Pour en déduire que *« l'acte fondamental par lequel on peut dire que la justice est fondée dans une société, c'est l'acte par lequel la société enlève aux individus le droit et le pouvoir de se faire justice à eux-mêmes »*³³.

10. Par ailleurs, ce risque de la vengeance est également relevé par John Locke en ces termes : *« dans l'état de nature, il manque un juge connu et impartial, qui soit compétent pour statuer sur tous les différends selon la loi établie. Dans cet état, chacun est à la fois le*

²⁸ KOERING-JOULIN (R), La notion européenne de « tribunal indépendant et impartial » au sens de l'article 6 par. 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, RSC, 1990, p. 765 et s.

²⁹ *« La procédure pénale est indispensable à l'application du droit pénal. Le procès est en effet le lien nécessaire, l'inévitable trait d'union entre l'infraction et la sanction. Au contraire en matière civile, commerciale ou administrative, le procès reste un accident exceptionnel, [...] »*, in PRADEL (J), procédure pénale, op. cit. p. 16, §-2.

³⁰ ROSANVALLON (P), *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, Seuil, Les livres du nouveau monde, 2008, p. 27.

³¹ RICOEUR (P), *Le juste 1*, Esprit, Philosophie, 1995, p. 189.

³² *Ibid.*

³³ RICOEUR (P), op. cit., p. 190.

juge et le bourreau de la loi de nature et, comme les gens font preuve de partialité vis-à-vis d'eux-mêmes, la passion et la vengeance risquent fort de les entraîner à trop d'excès et d'emportement dans les affaires où ils sont eux-mêmes parties, tout comme la négligence et l'indifférence risquent de trop affaiblir leur zèle dans les différends d'autrui »³⁴. Ainsi, dans sa théorie de l'État, John Locke met expressément en évidence la nécessité d'une justice impartiale³⁵, absente dans l'état de nature, et qui fait partie des raisons pour lesquelles il y a un passage à l'état social. Dès lors, dans ce dernier, la propriété (au sens large chez Locke, tout ce qui appartient à chacun : sa vie, sa liberté etc.) sera sauvegardée grâce à une justice impartiale. Cette théorie permet de déceler l'importance attribuée à l'impartialité des juges.

11. Par ailleurs, le philosophe Alexandre Kojève explique, quant à lui, que « *l'existence du Droit implique, présuppose celle de ce « tiers »* »³⁶. C'est-à-dire d'un « tiers impartial et désintéressé »³⁷. Il démontre que la spécificité du droit réside dans la présence de ce tiers qu'il ne faut pas réduire au seul législateur mais qui est « aussi, et même surtout, Juge ou Arbitre »³⁸.

12. Enfin et surtout, l'impartialité connaît un renouveau dans la société contemporaine. En effet, il y a « *dans le monde contemporain une demande sociale d'impartialité forte encore plus exigeante. L'attente est de voir advenir une société d'impartialité, [...]. Se profile ainsi à l'horizon une société d'impartialité radicale. La catégorie d'impartialité n'est donc désormais plus seulement référée à l'ordre judiciaire* »³⁹. En outre, « les valeurs d'impartialité, de responsabilité ou de représentativité sont une nouvelle grammaire pour déchiffrer les institutions démocratiques »⁴⁰. Dès lors, actuellement ce sont « les conditions d'exercice d'un pouvoir qui font sa légitimité en démocratie. Celle-ci est une aptitude à rendre des décisions justes et capable d'obtenir la confiance du public. Un pouvoir politique,

³⁴ LOCKE (J), *Deux traités du gouvernement*, Vrin, Textes philosophiques, traduction et présentation par Bernard Gilson, 1997, p. 206.

³⁵ Sur cette théorie voir notamment CHEVALLIER (J-J), *Histoire de la pensée politique*, Payot, 1993, p. 401 et s., spéc., p. 403.

³⁶ KOJEVE (A), *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Gallimard, Bibliothèques des idées, 1981, p. 191.

³⁷ *Ibid*, p. 191.

³⁸ *Ibid.*, p. 192.

³⁹ ROSANVALLON (P), *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, Seuil, Les livres du nouveau monde, 2008, p. 169 et 171.

⁴⁰ SALAS (D), La légitimité démocratique du juge en question, *Histoire de la justice* 2014/1, n° 24, p. 145 et s.

judiciaire, n'est perçu comme légitime que s'il se soumet à des épreuves de justification et d'argumentation »⁴¹.

13. L'exigence de magistrats impartiaux n'est pas une préoccupation nouvelle mais la notion d'impartialité, au-delà même de la procédure pénale, connaît aujourd'hui un regain d'intérêt, ce qui se répercute nécessairement sur l'institution judiciaire, *de facto* sur la procédure pénale et induit donc d'y consacrer une étude. Ainsi, Trois raisons principales expliquent l'intérêt de cette étude.

14. En premier lieu, la justice pénale ainsi que les magistrats semblent avoir perdu la confiance des justiciables⁴², « *confiance que les tribunaux d'une société démocratique se doivent d'inspirer au justiciable* »⁴³. Ce sentiment paraît ébréché, dégradé pourtant la légitimité des juges provient notamment de cet état de confiance⁴⁴. En effet, entre 2008⁴⁵ et 2011, le pourcentage des individus faisant confiance à l'institution judiciaire a diminué de 8%⁴⁶. De plus, 43% des individus interrogés en 2011, contre 34 % en 2008, estiment que les juges ne sont ni neutres, ni impartiaux dans leur jugement⁴⁷ corrélativement le pourcentage des individus qui pensent le contraire, a diminué de 9% en trois ans⁴⁸. Ce constat rejoint l'opinion du philosophe et sociologue Jean-Pierre Le Goff selon laquelle, « *l'individu contemporain* » développe une « *méfiance exacerbée* »⁴⁹ à l'égard de l'autorité, du pouvoir et de l'institution. Cette méfiance peut se concrétiser dans une suspicion à l'égard des juges⁵⁰.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² Entretien avec Monsieur Eric Camous, Procureur de la République de Montluçon, 8 septembre 2016. Monsieur le procureur explique qu'il ressent et déplore le manque de confiance à l'égard des magistrats qui se fait très nettement ressentir aujourd'hui. Il y a une grande suspicion.

⁴³ Notamment CEDH, MORICE c. France, 23 avril 2015, requête n° 29369/10, §-78 ; CEDH, REMLI c. France, 23 avril 1996, requête n° 16839/90, §- 48 ; CEDH, DE CUBBER c. Belgique, 26 octobre 1984, requête n° 9186/80, §-26.

⁴⁴ « *La légitimité du juge viendra de sa capacité à nouer un pacte de confiance avec le public* », SALAS (D), op. cit.

⁴⁵ Enquête Ifop, Le regard des français et des magistrats sur la justice et la déontologie, pour le Conseil Supérieur de la Magistrature, octobre 2008, disponible en ligne : <http://www.ifop.com/media/poll/justiceetdeontologie.pdf>

⁴⁶ Étude réalisée par l'IFOP pour le Figaro, Les français et la justice, Février 2011, disponible en ligne : http://www.ifop.com/media/poll/1407-1-study_file.pdf.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 29.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 28.

⁴⁹ LE GOFF (J-P), *Malaise dans la démocratie*, Stock, 2016, p. 38.

⁵⁰ Le justiciable est d'ailleurs soutenu par le politique. En effet, il est possible de voir « *une nouvelle poussée du populisme pénal dans le discours politique qui se traduit par la dénonciation récurrente du laxisme [...].* ». Denis Salas analyse ensuite que lorsque le politique s'identifie de façon excessive à la victime, le seul tort des institutions pénales est justement de « *construire une distance et de refuser de se placer du côté des victimes. Les deux mondes ne peuvent se rejoindre, comme l'impartialité est le contraire de la partialité.* » in

Or, la confiance, dans le procès pénal et dans les magistrats qui le font, est primordiale notamment pour la paix sociale et pour l'autorité des jugements rendus⁵¹. En effet, « *c'est l'ordre éthique qui est primordial. Il requiert du juge l'impartialité, la neutralité, la sensibilité sans lesquelles l'acte de juger perd tout à la fois sa valeur, son crédit* »⁵². Ainsi, s'exprime le premier président de la Cour cassation, Guy Canivet, lorsqu'il émet sa réflexion sur l'état de l'institution judiciaire au lendemain du séisme provoqué par l'affaire d'Outreau, dans son discours prononcé à l'occasion de l'audience solennelle du 6 janvier 2006.

15. À cet égard la confiance dans la justice s'incarne notamment dans la croyance en l'impartialité des magistrats. Le serment prêté⁵³ par les magistrats devrait constituer le premier témoignage fort de leur intégrité, de leur impartialité. Toutefois, il apparaît aujourd'hui nettement insuffisant à instaurer la confiance. Deux exemples non-exhaustifs en témoignent.

Tout d'abord, le Conseil supérieur de la magistrature⁵⁴ a admis qu'il fallait renforcer la confiance des justiciables dans la justice. Il explique dans les motifs relatifs au recueil des obligations déontologiques⁵⁵ que ce dernier « *est de nature à renforcer la confiance du public dans un fonctionnement indépendant et impartial du système judiciaire français* »⁵⁶ ou encore que ce recueil « *a pour objectif de rendre transparentes les conditions dans lesquelles l'autorité judiciaire exerce les pouvoirs qui lui sont impartis par la Constitution afin de renforcer la confiance du public dans les décisions des magistrats rendues au nom du peuple français* »⁵⁷.

Ensuite, le législateur a semble-t-il pris conscience de l'état de malaise actuel. Cette prise de conscience se reflète notamment dans la récente réforme législative qui oblige les

SALAS (D), « La révolte des magistrats », *Esprit* 3/2011 (Mars/avril), p. 243-246, disponible en ligne : www.cairn.info/revue-esprit-2011-3-page-243.htm.

⁵¹ TULKENS (F), l'apport de la Convention européenne des droits de l'homme, p. 94, in *Quel avenir pour le ministère public*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2008.

⁵² In, *Le monde*, 7 janvier 2006, p. 21.

⁵³ Ordonnance 22 décembre 1958, n° 58-1270, portant loi organique relative au statut de la magistrature, article 6 : « *Je jure de bien et fidèlement remplir mes fonctions, de garder le secret des délibérations et de me conduire en tout comme un digne et loyal magistrat.* »

⁵⁴ Désormais CSM.

⁵⁵ Recueil des obligations déontologiques (institué par la loi organique, 5 mars 2007, loi n° 2007-287, loi relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats, JO 6 mars 2007, n° 55, p. 4184, article 18.)

⁵⁶ Recueil des obligations déontologiques, Conseil supérieur de la magistrature, Dalloz, 2010, Préambule p. 14, disponible en ligne :

http://www.conseilsuperieurmagistrature.fr/files/recueil_des_obligations_deontologiques_des_magistrats_FR.pdf

⁵⁷ Présentation du recueil par le Conseil supérieur de la magistrature sur le site du CSM : <http://www.conseil-superieur-magistrature.fr/recueil-des-obligations-deontologiques-des-magistrats>

magistrats à faire une déclaration de patrimoine et d'intérêt avant leur entrée en poste⁵⁸. Cette loi a certains points communs avec ce que Pierre Rosanvallon appelle « *l'impartialité de distanciation* »⁵⁹ qui était le caractère des *podestats*⁶⁰ dans l'Italie médiévale. Ces *podestats* étaient étrangers à la cité et soumis à des interdictions et des obligations détaillées⁶¹ afin de parvenir à la démonstration de la qualité décisive d'impartialité. Ainsi, cette récente loi peut faire penser, en ce qu'elle instaure des obligations afférentes à la vie privée des magistrats, à ce modèle de « *l'impartialité de distanciation* » des *podestats* même si on est encore très loin de « *l'extériorité radicale* »⁶² qui les caractérisait.

16. Cette étude permettra donc de déterminer si l'inquiétude contemporaine des justiciables, entendue par le législateur, est légitime. En d'autres termes, elle permettra de démontrer si l'impartialité est correctement garantie, soutenue dans la procédure pénale et, par une analyse critique, de relever les insuffisances et les solutions pour y remédier.

17. En deuxième lieu, le Professeur Damien Roets écrivait dans sa thèse sur l'impartialité que « *l'objet même de cette thèse la condamne à être définitivement provisoire* »⁶³. En effet, depuis lors, la procédure pénale a connu des évolutions notables qui nécessitent de faire une analyse renouvelée de l'impartialité des magistrats dans la procédure pénale. À titre d'exemple, le champ d'application de l'obligation d'impartialité s'est nettement étendu, tant en droit conventionnel qu'en droit interne, avec parfois des appréciations théoriques opposées, entre les deux droits⁶⁴. En conséquence, l'impartialité qui était à l'origine prioritairement applicable aux juges du siège, et particulièrement aux juges du jugement, se développe en amont du jugement. Elle a été proclamée en droit national pour les magistrats du parquet⁶⁵, ce

⁵⁸ Loi organique n° 2016-1090, 8 août 2016, loi relative aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature, JO 11 août 2016, n°0186, article 26 portant création des articles 7-1, 7-2, 7-3 loi organique 58-1270, op. cit.

⁵⁹ ROSANVALLON (P), op. cit., p. 175.

⁶⁰ Un podestat arrivait dans la Commune avec sa propre organisation qui ne se limitait pas à la justice, il apportait de l'extérieur un pouvoir exécutif complet.

⁶¹ Notamment : « *Interdiction de manger ou boire avec les habitants* », « *interdiction de demeurer dans la cité avec sa femme et ses enfants* », in ROSANVALLON (P), op. cit., p.178.

⁶² ROSANVALLON (P), op. cit., p. 175.

⁶³ ROETS (D), op. cit., p. 28.

⁶⁴ *Infra* : Partie 2, Titre 2.

⁶⁵ Article 31 CPP : « *Le ministère public exerce l'action publique et requiert l'application de la loi dans le respect du principe d'impartialité auquel il est tenu* ». Cet ajout relatif à l'impartialité a été apporté par l'article 3 de loi du 25 juillet 2013, loi n° 2013-669, relative aux attributions du garde des Sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et de mise en œuvre de l'action publique, JO, 26 juillet 2013, n°0172, p. 12441.

qui semble, *a priori*, coïncider avec la place de plus en plus importante qu'occupe le ministère public dans la procédure pénale⁶⁶.

18. En troisième lieu, cette étude de l'impartialité des magistrats dans la procédure pénale a pour but de déterminer les principes procéduraux favorables à l'impartialité ainsi que leur intensité selon la procédure concernée. Les traitements que sont la récusation ou la suspicion légitime⁶⁷ n'intéresseront pas, de façon prioritaire, cette étude. Tout d'abord, la récusation d'un juge peut être demandée pour l'une des causes mentionnées à l'article 668 du CPP⁶⁸. Cette procédure, intervient à la demande de l'une des parties, notamment lorsqu'elle conteste l'impartialité d'un juge. Bien que nécessaire, la récusation intervient une fois le mal survenu et la récente « affaire AZF » a démontré les limites intrinsèques de cette procédure qui implique que les parties aient connaissance du fait générateur de partialité. De plus, la procédure de récusation est dissuasive du fait des conséquences pour la partie⁶⁹ qui la déclencherait à tort⁷⁰. Ensuite, le renvoi pour cause de suspicion légitime⁷¹ peut être mis en œuvre lorsqu'est suspectée « *l'impartialité de la juridiction visée par la requête, et non pas*

⁶⁶ PRADEL (J), *procédure pénale*, op. cit., p. 20, §-3.

⁶⁷ PRADEL (J) *procédure pénale*, op. cit., p. 47-49, §-24 et s. et p. 99-100, §-96 et s. ; JOSSERAND (S), p. 241-246, §-73 et s. , ROETS (D), p. 199-236, §-316 et s.

⁶⁸ « Tout juge ou conseiller peut être récusé pour les causes ci-après :

1° Si le juge ou son conjoint ou son partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou son concubin sont parents ou alliés de l'une des parties ou de son conjoint, de son partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou de son concubin jusqu'au degré de cousin issu de germain inclusivement.

La récusation peut être exercée contre le juge, même au cas de divorce ou de décès de son conjoint, de son partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou de son concubin, s'il a été allié d'une des parties jusqu'au deuxième degré inclusivement ;

2° Si le juge ou son conjoint ou son partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou son concubin, si les personnes dont il est tuteur, subrogé tuteur, curateur ou conseil judiciaire, si les sociétés ou associations à l'administration ou à la surveillance desquelles il participe ont intérêt dans la contestation ;

3° Si le juge ou son conjoint ou son partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou son concubin, est parent ou allié, jusqu'au degré indiqué ci-dessus, du tuteur, subrogé tuteur, curateur ou conseil judiciaire d'une des parties ou d'un administrateur, directeur ou gérant d'une société, partie en cause ;

4° Si le juge ou son conjoint ou son partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou son concubin, se trouve dans une situation de dépendance vis-à-vis d'une des parties ;

5° Si le juge a connu du procès comme magistrat, arbitre ou conseil, ou s'il a déposé comme témoin sur les faits du procès ;

6° S'il y a eu procès entre le juge, son conjoint, son partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou son concubin leurs parents ou alliés en ligne directe, et l'une des parties, son conjoint, ou ses parents ou alliés dans la même ligne ;

7° Si le juge ou son conjoint ou son partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou son concubin, ont un procès devant un tribunal où l'une des parties est juge ;

8° Si le juge ou son conjoint ou son partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou son concubin, leurs parents ou alliés en ligne directe ont un différend sur pareille question que celle débattue entre les parties ;

9° S'il y a eu entre le juge ou son conjoint ou son partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou son concubin et une des parties toutes manifestations assez graves pour faire suspecter son impartialité. »

⁶⁹ Article 673 du CPP.

⁷⁰ ROETS (D), op. cit., p. 213-214, §-352.

⁷¹ Article 662 et suivants du CPP.

celle d'un magistrat déterminé, contrairement à ce qui a cours en matière de récusation »⁷². Mais, « souvent présentées comme la panacée en matière d'impartialité, les procédures de récusations et de renvoi pour cause de suspicion légitime ne jouent en définitive qu'un rôle assez marginal »⁷³.

Dès lors, ces deux procédures, qui n'ont pas vocation à améliorer le principe d'impartialité des magistrats mais seulement à éviter, une fois le mal survenu ou paraissant être présent, qu'il ne s'exprime et ne se déploie, ne seront pas appréhendées spécifiquement dans la présente thèse. Ce qui intéresse notre étude est de déterminer les garanties procédurales qui étayent, qui soutiennent l'impartialité durant le déroulement de la procédure.

19. Cette étude portera donc sur l'analyse des vecteurs de l'impartialité. Les vecteurs doivent être entendus dans un sens large. Il s'agira d'analyser la teneur du préalable indispensable à l'impartialité qu'est l'indépendance statutaire. En outre, l'étude portera sur l'ampleur des principes procéduraux favorables à l'impartialité selon la procédure pénale envisagée. C'est-à-dire, en tenant compte de l'« *éclatement relatif* »⁷⁴ de la procédure pénale afin d'en déterminer les conséquences sur l'impartialité. En ce sens, le principe d'impartialité et ses soutiens seront étudiés en matière délictuelle et criminelle devant les juridictions de droit commun et les juridictions spécialisées afin de déterminer les différences procédurales qui influent positivement ou négativement sur l'impartialité et ainsi, déterminer le degré de garantie d'impartialité suivant la procédure envisagée.

20. Pourquoi faire cette analyse à l'aune du droit conventionnel ?

§-2 L'analyse de l'impartialité à l'aune du droit de la Convention EDH

21. Il s'agit de faire l'étude de l'impartialité des magistrats dans la procédure pénale d'après le droit de la Convention EDH. Le droit conventionnel qui s'impose au juge et au législateur français influence de fait la procédure pénale. D'ailleurs, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a consacré explicitement dans ses arrêts du 15 avril 2011 « *l'autorité interprétative des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme* »⁷⁵. En effet, elle affirme que « *les États adhérents à cette Convention sont tenus de respecter les décisions de*

⁷² ROETS (D), op. cit., p. 222, §-377.

⁷³ ROETS (D), op. cit., p. 237, §-402.

⁷⁴ PRADEL (J), *procédure pénale*, op. cit., p.20, §-3.

⁷⁵ MARGUENAUD (J-P), *La Cour européenne des droits de l'Homme*, Dalloz, Connaissance du droit, 7^{ème} ed., 2016, p. 186 et s.

la Cour européenne des droits de l'homme, sans attendre d'être attaqués devant elle ni d'avoir modifié leur législation »⁷⁶. Par conséquent, elle admet que la jurisprudence de la Cour EDH s'impose à la France lorsqu'elle se trouve dans la même situation que l'État condamné.

22. En outre, au-delà de la critique parfois émise de la « *défrancisation rampante de notre procédure pénale* »⁷⁷, le droit conventionnel peut être salvateur pour l'édification d'une meilleure justice. Tel est notamment le cas en matière d'impartialité pour laquelle le droit de la Convention EDH est retentissant. Il a participé à donner un contenu concret à cette notion, et à la renaissance de l'impartialité en matière pénale. Aussi était-il inévitable de procéder à cette étude au regard de ce droit.

23. Mais, pour ce faire, une étape préliminaire indispensable est nécessaire. Manier le droit conventionnel relatif à l'impartialité suppose de maîtriser les concepts et appréciations dégagés par la Cour de Strasbourg pour interpréter ladite notion. Alors que beaucoup sont presque devenus des lieux communs lorsqu'il est fait référence à l'impartialité des magistrats ou du tribunal, jamais un essai de théorisation, de définition approfondie des appréciations conventionnelles n'a été opéré. Or, analyser l'impartialité en droit interne à l'aune du droit de la Convention EDH suppose une connaissance approfondie de cette matière. C'est l'une des vocations de cette étude. Éclairer le lecteur sur des notions, des appréciations, en apparence claires, et qui, en réalité, demeurent mal connues et pouvant, par ricochet, avoir des conséquences néfastes sur la façon de comprendre et d'interpréter les arrêts de la Cour EDH. Ceci n'est pas hypothétique. L'exemple des retentissements en France de l'arrêt Adamkiewicz⁷⁸ sont révélateurs de la lecture parfois erronée de la jurisprudence conventionnelle. Cette étude permettra donc d'appréhender plus justement le droit conventionnel sans le sous-estimer, ni le surestimer, sans voir des « revirements » là où il n'y a qu'une simple application constante des appréciations conventionnelles.

24. Les contours du sujet et le plan de l'étude permettront de comprendre les choix méthodologiques faits pour procéder à cette étude.

⁷⁶ Cass. ass. plén., 15 avril 2011, pourvoi n° 10-17049, bull. crim. 2011, ass. plén., 2011, n° 1 ; Cass. ass. plén., 15 avril 2011, pourvoi n° 10-30316, bull. crim. 2011, ass. plén., n° 4 ; Cass. ass. plén., 15 avril 2011, pourvoi n° 10-30313, bull. crim. 2011, ass. plén., n° 3.

⁷⁷ PRADEL (J), *procédure pénale*, op. cit., p. 21, §-3.

⁷⁸ CEDH, 2 mars 2010, ADAMKIEWICZ c. Pologne, requête n° 54729/00.

§-3 Les contours du sujet

25. Tout d'abord, la matière contraventionnelle sera exclue de cette étude. Le modèle idyllique serait de voir ces infractions jugées selon une procédure ordinaire dans laquelle l'intervention d'un juge serait systématique, ce qui permettrait, peut-être, une meilleure compréhension par le délinquant, de l'amende ou de la peine complémentaire prononcée. Cependant, la réalité est tout autre. La masse des contraventions⁷⁹, leur gravité globalement faible et la simplicité des faits justifient une intervention marginale du juge ou magistrat⁸⁰. En effet, dans la majorité des cas les contraventions feront l'objet d'une amende forfaitaire ou d'une indemnisation forfaitaire qui n'implique pas l'intervention du juge. Plus rarement, les auteurs de contraventions seront jugés par le tribunal de police ou par la juridiction de proximité. En ce sens, sur l'ensemble des décisions rendues en 2015 par les juridictions pénales, 3,8%⁸¹ l'ont été par les tribunaux de police et la part des jugements rendus par les tribunaux de police a diminué de 3,2% entre 2014 et 2015⁸². Dès lors, compte tenu de l'intervention secondaire du juge en matière contraventionnelle, il n'est pas apparu opportun d'intégrer la matière contraventionnelle dans cette étude.

26. Ensuite, cette étude est relative à l'impartialité des magistrats dans la procédure pénale française avant et pendant le jugement. En effet, la procédure pénale est « *constituée de l'ensemble des règles relatives à la constatation des infractions ainsi qu'à l'identification, l'appréhension, la poursuite et le jugement de leurs auteurs* »⁸³. Bien, qu'il y ait, après le jugement, l'intervention de juges pour mettre en œuvre l'exécution de la peine, ils « *[qui] n'élaborent pas le dossier de procédure et [qui] ne participent pas à la formation de jugement, mais [qui] interviennent dans l'application de la peine, son exécution, tant en milieu ouvert, qu'en milieu fermé* »⁸⁴. En d'autres termes, le jugement est le fondement de

⁷⁹ En 2014, 11 424 492 amendes forfaitaires majorées ont été prononcées, in Les chiffres clés de la justice 2015, p. 4, disponible en ligne :

http://www.justice.gouv.fr/publication/chiffres_cles_20151005.pdf (25/09/2016)

⁸⁰ Article 45 CPP : « *Le procureur de la République près le tribunal de grande instance occupe le siège du ministère public devant le tribunal de police pour les contraventions de la cinquième classe. Il peut l'occuper également en toute matière devant le tribunal de police ou devant la juridiction de proximité, s'il le juge à propos, au lieu et place du commissaire de police qui exerce habituellement ces fonctions* ».

⁸¹ Les chiffres clés de la justice 2016, p. 14, disponible en ligne : http://www.justice.gouv.fr/art_pix/stat_CC%202016.pdf

⁸² *Ibid.*

⁸³ DESPORTES (F) et LAZERGES-COUSQUER (L), *Traité de procédure pénale*, Economica, Corpus droit privé, 4^{ème} éd., 2016, p. 1, §-1.

⁸⁴ GUINCHARD (S) et BUISSON (J), *Procédure pénale*, Lexisnexis, Manuel, 10^{ème} éd., 2014, p. 163, §-141.

l'intervention des juges de l'exécution. Il est donc apparu primordial de s'attacher à l'impartialité des magistrats intervenants avant et pendant le jugement qui sont les deux phases procédurales essentielles pour l'édification d'une décision de justice impartiale. En ce sens, la décision de jugement est capitale puisqu'elle servira de socle aux juges intervenants dans la phase d'exécution. Il faut donc en premier lieu que le jugement soit exempt du vice de partialité puisqu'il constitue la racine de l'arbre procédural dont les dernières branches sont constituées par la phase d'exécution. Dans le cas contraire, s'il est entaché de partialité, le jugement contaminera par ricochet l'intervention des juges de l'exécution. Ainsi, il est apparu prioritaire de s'attacher à l'impartialité des magistrats avant et pendant le jugement.

27. Dès lors, au regard de ces éléments, la phase d'exécution de la peine ne sera pas comprise dans notre étude. Cela ne veut pas dire que la question de l'impartialité ne se pose pas dans la phase d'exécution⁸⁵ qui connaît par ailleurs une certaine « *pénétration des règles du procès équitable* »⁸⁶. D'ailleurs, l'autosaisine du juge d'application des peines prévue notamment à l'article 721-3 du Code de procédure pénale peut soulever des questionnements quant à son impartialité, de même que le cumul d'intervention lors du jugement et lors de l'exécution⁸⁷. Toutefois, l'objet de notre étude est de s'attacher à l'impartialité des magistrats dans la seule procédure pénale. Dans cette dernière, le risque de partialité ou la partialité peut avoir des effets retentissants puisqu'il s'agit de mettre le dossier en état d'être jugé et le cas échéant de procéder au jugement du délinquant, phase déterminante au cours de laquelle sera tranchée la question de la culpabilité du délinquant et, dans la positive, la peine afférente. Ce jugement servira alors de base aux juges de l'exécution il faut donc en premier lieu qu'il soit protéger au maximum du vice de partialité.

§-4 Plan d'étude

28. Le plan n'est pas calqué sur le déroulement chronologique de la procédure pénale. En effet, l'impartialité des magistrats lors du jugement sera analysée avant celle des magistrats intervenants en amont du jugement. Ce choix est fait dans un souci de cohérence avec le droit de la Convention EDH.

⁸⁵ Voir notamment : HERZOG-EVANS (M), Pas de QPC pour les violations du procès équitable dans l'exécution des peines, *AJ Pénal* 2014, n° 9, p. 484 et s.

⁸⁶ GIACOPELLI (M), La pénétration des règles du procès pénal devant les juridictions de l'application des peines : état des lieux, *RSC* 2015, n° 4, p. 799 et s.

⁸⁷ HERZOG-EVANS (M), *Droit de l'exécution de la peine*, Dalloz action, 2016, Chapitre 01, section 4.

29. Au regard de la lettre de l'article 6, §-1, qui dispose que « *toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle* », le tribunal impartial, au sens matériel du terme, a naturellement été le premier à faire l'objet de l'appréciation conventionnelle. Cette dernière n'a été qu'ultérieurement, étendue ou non aux magistrats en amont du jugement.

30. Ainsi, étant donné que notre étude porte sur l'impartialité des magistrats dans la procédure pénale française à l'aune du droit de la Convention EDH, il convient d'appréhender ledit principe au regard de l'évolution de ce droit conventionnel. En ce sens, les premières décisions marquantes de la Cour EDH relatives à l'impartialité concernent les magistrats lors du jugement, c'est-à-dire les magistrats qui composent le tribunal au sens matériel du terme. Dans cette perspective la Cour EDH a donné des appréciations changeantes du principe d'impartialité fonctionnelle fondées sur l'apparence ou sur la réalité.

31. Par suite, la Cour EDH admettra d'étendre ou non cette disposition conventionnelle aux magistrats intervenants avant le jugement. Dans cette quête, sa jurisprudence initiale, relative au tribunal impartial, lui servira de guide lorsqu'elle aura à connaître de l'impartialité des magistrats avant le jugement⁸⁸. Partant, dans un souci de cohérence avec l'évolution de la jurisprudence de la Cour EDH, la première partie de cette étude aura donc pour objet l'impartialité des magistrats lors du jugement, l'exigence première de l'article 6, §-1 (Partie 1) et la seconde partie portera sur l'impartialité des magistrats avant le jugement, l'extension de l'article 6, §-1 (Partie 2).

⁸⁸ À titre d'exemple, la condition d'impartialité dégagée par la Cour EDH de l'article 5, §-3 de la Convention EDH est fondée sur les interprétations jurisprudentielles dudit principe qu'elle avait émise dans sa jurisprudence initiale relative à l'appréciation de l'impartialité visée à l'article 6, §-1 de la Convention EDH, voir *Infra* : Partie 2, Titre 2.

**PARTIE I : L'IMPARTIALITÉ DES
MAGISTRATS LORS DU JUGEMENT,
L'EXIGENCE PREMIÈRE DE
L'ARTICLE 6, § 1**

32. L'impartialité des magistrats connaît très peu de consécutions textuelles ce qui peut s'expliquer par son caractère naturel et évident lors du jugement. Pour autant le droit de la Convention européenne des droits de l'homme⁸⁹ n'en a pas fait l'économie puisqu'il vise expressément le principe d'impartialité dans son article 6, § 1 et dans les nombreux arrêts en faisant application.

33. *A priori*, l'impartialité peut être conçue comme une exigence facilement réalisable. Cependant, cette notion n'est pas un principe directeur auquel on peut donner un contenu figé pour l'avenir, l'impartialité des juges de jugement⁹⁰ oscille entre apparence et réalité ; l'impartialité des juges du jugement, entre apparence et réalité (Titre 1). En effet, l'impartialité va évoluer avec la société et les exigences qu'elle se fixe à un moment donné mais surtout, la notion va dépendre de l'appréciation qui en est faite, la rendant tantôt très ou trop contraignante voire « tyrannique »⁹¹, tantôt plus souple.

34. La caractérisation du principe d'impartialité à l'aune du droit de la Convention EDH permet d'analyser sa concrétisation devant les juridictions pénales françaises. L'impartialité est en France exigée de tous les tribunaux mais des nuances d'application existent. L'impartialité est assurée, protégée grâce à divers principes procéduraux mais ces derniers ont une consistance qui varie selon la gravité de l'infraction. De plus, les réformes successives de la procédure pénale ont notamment bouleversé le paysage correctionnel qui connaît à côté de la procédure pénale « normale » une diversité de réponses pénales qui peuvent être analysées au regard du principe d'impartialité. Les principes procéduraux au soutien de l'impartialité devant les juridictions de jugement (Titre 2) permettront d'appréhender les exigences procédurales qu'implique le principe d'impartialité et les conséquences pour l'impartialité de la disparité d'application des dits principes selon la juridiction de jugement.

⁸⁹ *Convention européenne des droits de l'homme* ou *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*. Les deux dénominations sont valablement admises par la doctrine, en ce sens voir notamment : SUDRE (F), *La Convention européenne des droits de l'homme*, PUF, Que sais-je ?, 2008, p. 3 ; DOLLAT (P), *Droit européen et droit de l'Union européenne*, manuel intégral concours, 3^{ème} éd., 2010, p.451 est utilisé « *Convention européenne des droits de l'homme* » ; GUINCHARD (S) et BUISSON (J), op.cit., p. 76, §-72.

Désormais Convention EDH

⁹⁰ Voir notamment GUINCHARD (S) et BUISSON (J), op. cit., expression présente notamment à la page 328. Juge du jugement est employé ici, car seuls sont concernés les magistrats qui composent la juridiction de jugement et pas toute la catégorie des juges du siège.

⁹¹ MARTENS (P), *La tyrannie de l'apparence*, RTDH, 1996, p.640 et suivantes.

Titre 1 : L'impartialité des magistrats entre apparence et réalité

35. L'impartialité des magistrats est consacrée par l'article 6, § 1 de la Convention EDH⁹² qui dispose que « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial (nous soulignons), établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien fondé de toute accusation en matière pénale (nous soulignons) dirigée contre elle.[...] »⁹³. Tel qu'il est énoncé dans la Convention EDH, le principe d'impartialité a une dimension générale ce qui amène inévitablement la Cour EDH à l'interpréter. L'impartialité est un principe, une notion au contenu variable puisque la Cour EDH⁹⁴ le façonne au gré de ses appréciations jurisprudentielles.

36. Très tôt elle consacre⁹⁵ le double sens du principe d'impartialité, à savoir l'impartialité objective ou fonctionnelle et l'impartialité subjective ou personnelle⁹⁶. Toutes deux ont fait l'objet d'une interprétation par la Cour EDH. Il conviendra de déterminer si chacune d'elles a

⁹² Ce droit est également énoncé par l'article 10 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, adoptée le 10 décembre 1948 ; par l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté le 16 décembre 1966 ; par les articles 37 et 40 de la Convention relative aux droits de l'enfant, adoptée le 20 novembre 1989 et par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, adoptée le 7 décembre 2000.

⁹³ Extrait de l'article 6, § 1 de la Convention EDH.

⁹⁴ (Espace bizarre) Il faut rappeler qu'avant 1998 existaient deux organes, la Cour EDH et la commission EDH (exceptionnellement le comité des ministres pouvait intervenir dans la phase juridictionnelle). Cette dernière était chargée de statuer sur la recevabilité et dans la positive d'aboutir à un règlement amiable. En cas d'échec, la commission faisait alors un rapport dans lequel elle formulait un avis sur le fond de l'affaire. Ce rapport était transmis au comité des ministres et à compter de cette transmission, la commission ou tout État contractant avait trois mois pour saisir la Cour EDH. Cependant, il n'est pas inutile de préciser que la France n'a ouvert cette possibilité de saisir la Commission qu'à compter de 1981, année où le recours individuel a été reconnu. Pour aller plus loin voir : MARGUENAUD (J-P), *La Cour européenne des droits de l'homme*, Dalloz, Connaissance du droit, 7^{ème} éd., 2016, p.13 à 40 ; SUDRE (F), *La Convention européenne des droits de l'homme*, PUF, Que sais-je, 10^{ème} éd., 2015, p.49 à 54 et suivant ; COHEN-JONATHAN (G), La reconnaissance par la France du droit de recours individuel devant la Commission européenne des droits de l'homme, *AFDI*, volume 27, 1981, p. 269-285.

⁹⁵ CEDH, 1 octobre 1982, PIERSACK c. Belgique, requête n° 8692/79.

⁹⁶ L'impartialité a un double sens : l'impartialité objective qui renvoie à des caractères organique et fonctionnel et l'impartialité subjective qui renvoie au for intérieur du juge. Aussi, Renée KOERING-JOULIN préfère parler « d'impartialité fonctionnelle » et « d'impartialité personnelle », in KOERING-JOULIN (R), le juge impartial, *justice* n° 10, avril/juin 1998, p.2 ; sur ce point, voir également TULKENS (F) et BOSLY (H.D), La notion de tribunal indépendant et impartial. La situation en Belgique, *RSC*, 1990 p.677. La référence à ces deux notions est aussi présente dans certaines décisions de la Cour EDH, voir notamment CEDH, 26 octobre 1984, DE CUBBER c. Belgique, requête n° 9186/80, §25 et 26 ; CEDH, 23 juin 1981, LE COMPTE, VAN LEUVEN ET DE MEYER c. Belgique, requêtes n° 6878/75 ; 7238/75, §58 ; CEDH, 1 octobre 1982, PIERSACK c. Belgique, op. cit., §30-a) ;

été soumise au même modèle interprétatif ou si elles sont l'objet d'une appréciation jurisprudentielle singulière linéaire ou évolutive. Le principe d'impartialité est donc entièrement dépendant de l'appréciation donnée par la Cour EDH, dont la jurisprudence en la matière a connu des évolutions⁹⁷.

37. Outre la mise en perspective des appréciations appliquées aux « deux impartialités », l'objet de ce titre est avant tout d'opérer à une relecture des deux générations jurisprudentielles relatives à l'impartialité objective ou fonctionnelle. La première génération, qui débute en 1982 avec l'arrêt Piersack⁹⁸, est centrée sur l'apparence que nous qualifierons plus justement de théorie de l'apparence de partialité objective. Elle s'achève⁹⁹, en ce concerne l'application de l'article 6, §-1, en 1989 là où débute la seconde génération avec l'arrêt Hauschildt¹⁰⁰ qui laisse place à une appréciation du principe d'impartialité plus attentive à la réalité.

38. En effet, la Cour EDH est dotée d'un large pouvoir d'interprétation, inhérent à sa fonction d'interprète de la Convention EDH, ce qui lui permet de modeler ses propres concepts. Dès lors, elle donne à ce principe d'impartialité différents contenus selon la conception qu'elle retient. Ce faisant, elle façonne tout d'abord le concept de l'impartialité en se fondant exclusivement sur les apparences¹⁰¹ pour ensuite le modifier et le faire évoluer vers plus de réalité¹⁰². Ce que souligne Monsieur Sargos¹⁰³, elle est passée d'une « conception

⁹⁷ En ce sens voir notamment KUTY (F), *L'impartialité du juge en procédure pénale. De la confiance décrétee à la confiance justifiée*, Larcier, Collection de thèses, 2005, p. 311-326.

⁹⁸ CEDH, 1 octobre 1982, PIERSACK c. Belgique, op.cit.

⁹⁹ Il s'agit de la notion d'impartialité au sens de l'article 6, §-1, c'est-à-dire telle qu'elle s'applique au tribunal. La seconde partie aura trait notamment à l'extension de l'exigence d'impartialité aux magistrats du parquet. Cette analyse permettra de rappeler que l'exigence d'impartialité dépasse l'article 6, §-1 de la Convention EDH puisqu'elle est exigée de l'autorité judiciaire visée à l'article 5, §-3. L'application de ce critère a donné lieu à un retour des apparences. Donc l'abandon auquel il est fait référence concerne exclusivement l'appréciation de l'impartialité contenue à l'article 6, §-1. Sur le retour des apparences avec l'application de l'impartialité issue de l'article 5, §-3 voir *infra*, partie 2, Titre 2.

¹⁰⁰ CEDH, 24 mai 1989 HAUSCHILDT c. Danemark, requête n° 10486/83.

¹⁰¹ Ces notions d'apparence d'impartialité ou d'impartialité apparente sont utilisées par différents auteurs de la doctrine, voir notamment : JOSSERAND (S), *L'impartialité du magistrat en procédure pénale*, L.G.D.J., Bibliothèque des sciences criminelles tome 33, 1998 : notamment p.10, §15, p. 237, §58, p.290, §80, p.417-418, p.592-593, §12-13 ; KUTY (F), op. cit., p.255-267 et p. 313-315 ; FRISON-ROCHE (M-A), l'impartialité du juge, *D.* 1999, p. 53, §16 ; MAGNIER (V), La notion de justice impartiale, *JCPG*, 6 septembre 2000, n°36, p.1595 ; GOYET (C), Remarques sur l'impartialité du tribunal, *D.* 2001, p.328 et s. ; CAPASHEN (G), Petites histoires à propos de la juste distance pour juger..., *D.* 2004, p. 2939 ; GUINCAHRD (S), Indépendance et impartialité du juge. Les principes de droit fondamental, p. 34, in *L'impartialité du juge et de l'arbitre* sous la direction de VAN COMPEROLLE (J) et TARZIA (G), Bruxelles, Bruylant, 2006.

¹⁰² *Infra*, chapitre 2 : de l'apparence à la réalité, l'appréciation renouvelée de l'impartialité

¹⁰³ SARGOS (P), Le juge des référés peut-il connaître de l'appel dirigé contre le jugement sur le fond ?, *JCPG*, 1998, n° 49, II 10 198.

abstraite » à une « conception concrète » de l'impartialité objective ou fonctionnelle. Les deux conceptions sont nommées ainsi par Monsieur Sargos par référence aux deux modèles interprétatifs¹⁰⁴ du principe d'impartialité, adoptés par la Cour EDH et pour mettre en relief l'opposition entre les deux démarches.

39. L'impartialité telle qu'appréciée par la Cour EDH peut être qualifiée d'impartialité fondée sur les apparences et d'impartialité fondée sur la réalité¹⁰⁵. D'ailleurs, cette idée de dépasser les apparences pour s'attacher à plus de réalité est aussi présente dans l'opinion dissidente du juge Martens concernant l'arrêt *Borgers*¹⁰⁶ lorsqu'il dit : « Pour déterminer si des craintes de partialité sont objectivement justifiées, il faut se livrer à une étude scrupuleuse de la réalité objective par-delà les apparences. » (Nous soulignons).

40. Les deux chapitres suivants ont pour objet de théoriser les notions clés que sont l'apparence et la réalité telles qu'elles sont appliquées à l'impartialité dans le droit de la Convention EDH et déceler les connexités, les similitudes entre les appréciations émises par la Cour EDH et le droit interne relatif à la matière pénale. En effet, il existe une option entre l'apparence et la réalité ; l'apparence a été conçue comme un modèle interprétatif de l'impartialité, l'apparence modèle interprétatif du principe d'impartialité (chapitre 1) mais la réalité s'y est presque intégralement substituée ; de l'apparence à la réalité, l'appréciation renouvelée de l'impartialité¹⁰⁷ (Chapitre 2).

¹⁰⁴ L'une faisant primer les apparences (première génération jurisprudentielle), l'autre s'attachant à définir concrètement le rôle du juge dans le cheminement procédural (seconde génération jurisprudentielle).

¹⁰⁵ Ces notions d'apparence et de réalité pénètrent différents principes présents dans la Convention EDH, tel est notamment le cas de l'égalité des armes. Dans l'arrêt *Delcourt*, la Cour EDH après avoir fait référence aux apparences, en citant l'adage anglais « *justice must not only be done ; it must also be seen to be done* », les rejette et argumente ainsi, « *en regardant au-delà des apparences, la Cour n'aperçoit aucune réalité contraire à ce droit.* » (Nous soulignons), in CEDH, 17 janvier 1970, *DEL COURT* c. Belgique, requête n° 2689/65, §31.

¹⁰⁶ Opinion dissidente sous l'arrêt *BORGERS* c. Belgique, 30 octobre 1991, requête n° 12005/86.

¹⁰⁷ Il faut bien retenir que l'objet de cette partie est centrée sur l'impartialité des magistrats lors du jugement ce qui correspond à l'application de l'article 6, §-1. Donc l'abandon de l'apparence d'impartialité concerne ici que l'impartialité qui est contenue à l'article 6, §-1.

Chapitre 1 : L'apparence modèle interprétatif du principe d'impartialité

41. L'apparence évoque inévitablement la « *théorie générale de l'apparence* »¹⁰⁸ connue, en particulier, du droit privé. Cependant, il conviendra de donner une définition précise du terme apparence afin de bien comprendre sa teneur lorsqu'il sert à qualifier l'impartialité.

42. Les arrêts rendus par la Cour EDH jusqu'en 1989 fondés sur la théorie de l'apparence n'ont jamais concerné la France qui n'a malheureusement ratifié le recours individuel devant la Cour EDH qu'en 1981. Mais il n'en demeure pas moins que cette définition de l'impartialité a fait partie du droit de la Convention EDH et qu'à ce titre elle fut une source de droit interne. Il conviendra donc de faire un examen approfondi de cette théorie, l'apparence modèle originel d'appréciation de l'impartialité de la Cour EDH (section 1). L'analyse de cette « théorie de l'apparence » par l'étude de ses fondements, de sa teneur permettra de savoir si elle est totalement absente du droit interne relatif à la matière pénale¹⁰⁹ ou au contraire s'il existe dans ce droit des marqueurs laissant présager son utilisation ou l'utilisation de certains de ses fondements privilégiés ; la théorie de l'apparence dans le droit interne relatif à la matière pénale (section 2).

¹⁰⁸ ALLAND (D) et RIALS (S) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, LAMY-PUF, Quadrige, 2010, « Apparence », p. 73-76.

¹⁰⁹ Le droit interne relatif à la matière pénale englobe le droit pénal *stricto sensu* et également les décisions rendues par le Conseil constitutionnel qui peuvent être relatives à la matière pénale mais qui ne sont pas du droit pénal.

Section 1 : L'apparence modèle originel d'appréciation de l'impartialité de la Cour EDH

43. Qualifier l'impartialité d'apparente peut paraître surprenant. Être un magistrat impartial signifie ne pas avoir de préjugés, de parti-pris ce qui sous-entend de ne pas se fier aux apparences car elles sont le fruit d'un préjugement et pas d'un raisonnement qui aboutit à un jugement. Il convient de procéder à une théorisation de l'apparence relative à l'impartialité (§ 1), pour ensuite s'attacher à l'analyse de la première génération jurisprudentielle de la Cour EDH centrée sur l'apparence d'impartialité ; l'application de la théorie de l'apparence par la Cour EDH (§ 2).

§ 1. La théorisation de l'apparence relative à l'impartialité

44. La notion de théorie de l'apparence ne se rencontre pas exclusivement dans le droit de la Convention EDH, on la rencontre aussi en droit privé français¹¹⁰. Néanmoins, l'innovation conventionnelle réside dans le fait d'avoir appliqué l'apparence au principe d'impartialité. Ainsi, il est une nécessité d'appréhender les notions d'apparence d'impartialité et d'apparence de partialité (A) afin de découvrir les dissidences et les concordances d'avec la « théorie générale de l'apparence »¹¹¹ rencontrée en droit français. Cette distinction des notions est un préliminaire nécessaire afin d'analyser les fondements et l'utilité de cette théorie de l'apparence (B).

A- La distinction entre l'apparence d'impartialité et l'apparence de partialité

45. Le jugement lors du procès pénal est la phase cruciale au cours de laquelle le verdict va être donné. Le délinquant y est jugé afin de déterminer sa culpabilité et le cas échéant la peine correspondante. Le rôle de juge est donné à des magistrats, les juges du siège, qui sont indépendants vis-à-vis des parties et du pouvoir exécutif et qui composent un tribunal rendant

¹¹⁰ JONESCO (B), *Les effets juridiques de l'apparence en droit privé*, Thèse Strasbourg, imprimerie SOSTRALIB, 1927 ; RABAGNY (A), *Théorie générale de l'apparence en droit privé*, Atelier national de reproduction de thèses, 2001 ; DANIS-FANTOME (A), *Apparence et contrat*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, tome 414, 2004 ; POUMAREDE (M), *Droit des obligations*, Montchrestien Lextenso édition, collection cours, 3^{ième} édition, 2014, p. 180, §-433.

¹¹¹ ALLAND (D) et RIALS (S), op. cit., p. 73-76.

la justice de façon publique, à la suite d'un débat contradictoire répondant à l'égalité des armes et à la présomption d'innocence. Toutefois, cette phase du procès dans laquelle le juge doit être un homme juste et impartial peut être atteinte par le vice de partialité. On peut alors faire application de la théorie de l'apparence, ce qui a été le choix de la Cour EDH de 1982 à 1989¹¹².

46. L'impartialité telle que définie dans l'introduction n'est pas une notion purement juridique mais bien un état d'esprit, une qualité humaine qui la rend complexe à appréhender pour les sciences juridiques. Mais ces dernières sont aussi une science sociale et, à ce titre, elles sont faites de rapports entre les hommes. Il est donc possible, pour ne pas dire inévitable, que des comportements néfastes à la bonne administration de la justice atteignent les juges. Tel est le cas du grief de partialité fonctionnelle qui peut leur être reproché de façon apparente, c'est-à-dire en permettant aux justiciables d'émettre des doutes quant à l'impartialité des magistrats uniquement en se fondant sur des indices apparents de partialité et sans prouver objectivement leur dire. La définition de cette notion d'apparence (1) permettra de déterminer l'acception qu'il faut retenir en matière « d'impartialité » (2).

1- Les définitions de l'apparence

47. Dans le langage français le terme « *apparence* » à trois acceptions dont le droit français reconnaît l'existence¹¹³.

48. Dans un premier sens il signifie « *ce qu'on voit, manière dont quelque chose se montre, est visible* »¹¹⁴. Ainsi, lorsque l'article 1642¹¹⁵ du code civil fait référence aux « *vices apparents* », il s'agit des vices visibles au jour de la conclusion du contrat de vente, ce qui correspond à cette première définition. Dans ce cas, l'apparence est l'aspect extérieur, ce qui se montre à voir. Il s'agit d'un vice que tout le monde peut connaître car « *à la portée de*

¹¹² En ce sens voir *supra* page 30, note n° 76. Ici il n'est question que de la théorie de l'apparence en matière d'impartialité au sens de l'article 6, §-1. Il faut garder présent à l'esprit que la Cour EDH fait référence aux apparences dès 1970 dans son arrêt DELCOURT (op. cit.) et qu'elle fera renaître cette théorie lorsqu'elle appréciera l'article 5, §-3 de la Convention EDH (*Infra*, partie 2, Titre 2, Chapitre 1).

¹¹³ En ce sens voir ALLAND (D) et RIALS (S), op. cit., p. 73-76 ; DANIS-FANTOME (A), op. cit., p. 4-29.

¹¹⁴ Le Robert illustré, Dictionnaire, 2013, Voir Apparence, p. 94.

¹¹⁵ Article 1642 du Code civil : « *Le vendeur n'est pas tenu des vices apparents et dont l'acheteur a pu se convaincre lui-même.* ».

tous »¹¹⁶. L'apparence a pour effet de priver l'acheteur de toute protection légale à la différence de la protection contre les vices cachés¹¹⁷, car eux sont le fait d'une erreur. L'acheteur a cru acquérir un bien exempt de vices, à leur découverte est déclenchée la garantie contre les vices cachés.

Il est également possible de déceler la présence de cette définition de l'apparence dans la jurisprudence de la Cour de cassation concernant le délit de recel et plus précisément dans la détermination de l'élément intentionnel du recel. Pour qu'il y ait recel, il faut que le prévenu ait eu connaissance de l'origine frauduleuse de la chose. La Chambre criminelle¹¹⁸ a décidé que l'intention ressortait du paiement d'autoradios hors comptabilité par des chèques n'étant pas établis à l'ordre de la société venderesse. Par ailleurs, elle a confirmé que « *la pratique qui consiste pour des commerçants spécialisés dans la vente de bijoux à se fournir auprès de jeunes, a priori dépourvus de ressources ou de fortune personnelle, venus leur proposer à de nombreuses reprises des objets de la nature de ceux qui ont été identifiés n'a pu qu'alerter les prévenues sur l'origine douteuse de ces bijoux [...]* »¹¹⁹. L'apparence c'est à dire ce qui est visible, ce qui se montre à voir, joue un rôle clé dans la détermination de l'élément psychologique du recel. De cette apparence anormale sera déduit l'élément intentionnel du recel dès lors, le prévenu ne sera pas protégé par la bonne foi. Ainsi, c'est bien la façon dont la situation se montre à voir, est visible et donc l'apparence qui permet de déterminer la bonne ou la mauvaise foi du mis en cause.

49. Dans un deuxième sens, l'apparence est définie comme « *le caractère plausible, vraisemblable d'une chose* »¹²⁰. Cette deuxième définition s'illustre notamment en procédure pénale dans le cadre par exemple des crimes ou délits flagrants ou encore lorsque le juge d'instruction décide de la mise en examen.

Tout d'abord, le crime ou le délit est flagrant notamment « *lorsque, dans le temps très voisin de l'action, la personne soupçonnée est poursuivie par la clameur publique, ou est trouvée en possession d'objets, ou présente des traces ou indices, laissant penser qu'elle a participé au crime ou délit.* »¹²¹. La Chambre criminelle de la Cour de cassation a précisé

¹¹⁶ DANIS-FANTOME (A), op. cit., p. 4.

¹¹⁷ Article 1643 du code civil : « *Il est tenu des vices cachés, quand même il ne les aurait pas connus, à moins que, dans ce cas, il n'ait stipulé qu'il ne sera obligé à aucune garantie.* »

¹¹⁸ Cass. crim., 19 décembre 1989, pourvoi n° 86-95607, non publié au bulletin.

¹¹⁹ Cass. crim., 23 juin 2015, pourvoi n° 13-82516, non publié au bulletin.

¹²⁰ *Le nouveau petit Robert, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Dictionnaires Le Robert, 1996, Voir apparence, p. 101, in, DANIS-FANTOME (A), op. cit. p. 4.

¹²¹ Article 53 CPP.

qu'il y avait état de flagrance dès lors que « *les officiers de police judiciaire avaient relevé des indices apparents d'un comportement délictueux* »¹²² (nous soulignons), « *l'apparence autorise une intervention policière à partir d'une réalité objectivement vraisemblable*. »¹²³ (Nous soulignons). Dans le cas de la flagrance, il s'agit de permettre une action des officiers ou agents de police judiciaire au motif qu'il est vraisemblable qu'un crime ou délit se commet ou vient de se commettre. Dans cette procédure, l'apparence correspond parfaitement à la deuxième définition. Ceci est également le cas lorsque le juge d'instruction décide de mettre en examen une personne à l'encontre de laquelle « *il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable* »¹²⁴ (nous soulignons) qu'elle ait pu participer, comme auteur ou complice, à la commission des infractions dont il est saisi.

Ensuite, cette définition de l'apparence, caractère vraisemblable d'une situation, est à mettre en relation avec le mécanisme des présomptions et plus spécifiquement de la présomption-preuve, tel que défini par le professeur Anne-Blandine Caire¹²⁵. En effet, « *les présomptions reposent toujours sur une apparence de réalité, sur une probabilité, une vraisemblance* »¹²⁶.

50. Cette première définition des présomptions doit-être approfondie, il faut déceler le ou les liens entre les présomptions et l'apparence définie comme quelque chose de plausible, de vraisemblable, de probable. La définition légale de la présomption posée à l'article 1349 du code civil prévoit que « *les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu* », selon le professeur Anne-Blandine Caire cette disposition est la définition la plus connue de la présomption-preuve¹²⁷. Par ailleurs, « *le mécanisme de fonctionnement des présomptions est unique* »¹²⁸ et ce quelle que soit leur source (du fait du législateur ou du fait de l'homme). Il s'agit d'opérer un déplacement de l'objet de la preuve. Selon le Doyen Cornu il s'agit « *d'une opération de l'esprit par laquelle on admet l'existence d'un fait incertain dont on cherche la preuve, à partir d'un fait dont on a la preuve et qui le*

¹²² Cass. Crim, 4 janvier 1982, pourvoi n° 80-95198, bull. crim. n° 2.

¹²³ GUINCHARD (S) et BUISSON (J), op. cit. p. 555, § 681.

¹²⁴ Article 81-1 CPP.

¹²⁵ CAIRE (A-B), *Relecture du droit des présomptions à la lumière du droit européen des droits de l'Homme* [En ligne]. Thèse de doctorat : droit privé. Limoges : Université de Limoges, 2010, p. 35 et s.

Disponible sur :

<<http://epublications.unilim.fr/theses/2010/caire-anne-blandine/caire-anne-blandine.pdf>>

¹²⁶ JONESCO (B), op. cit., p. 108

¹²⁷ CAIRE (A-B), op. cit., p. 38.

¹²⁸ RABAGNY (A), op. cit., p. 240 et s.

rend vraisemblable »¹²⁹. Ainsi, lorsque la preuve du fait litigieux est très difficile voire impossible à apporter, l'objet de la preuve va être déplacé vers d'autres faits¹³⁰, ceux-ci sont prouvés plus aisément car ils présentent généralement un caractère apparent. De ce *factum probans*, ce fait convaincant, ce fait connu, le juge ou le législateur va induire le *factum probandum*, le fait à prouver. De plus, le *factum probans*, n'a pas à être prouvé positivement, la « *simple constatation de la situation matérielle apparente suffit à déclencher le mécanisme de la présomption* »¹³¹. La preuve du fait litigieux est induite de la constatation du fait connu, en d'autres termes « *tel fait se produit lorsque tel autre fait est démontré* »¹³². Donc, « *de manière générale, les présomptions tiennent pour établi ce qui apparaît comme vrai. De manière spécifique, certaines d'entre elles se fondent sur la concordance habituelle de l'apparence avec la réalité. C'est la loi du plerumque fit. Ces présomptions semblent reposer sur une apparence au sens de ce qui est probable mais également au sens de ce qui se voit.* »¹³³.

La présomption légale de paternité posée à l'article 312 du code civil permet d'illustrer ce propos. Il y a un fait connu, la conception de l'enfant pendant le mariage et un fait inconnu, la paternité, mais de ce fait connu on va induire le fait inconnu car selon la règle du *plerumque fit*, dans la plupart des cas, l'enfant né pendant le mariage a pour père le mari¹³⁴. Une seconde et dernière illustration peut être donnée, selon l'article 2276 du code civil, « *en fait de meuble possession vaut titre* », ceci est une présomption. Il y a un fait connu, une personne possède un meuble et un fait inconnu, la propriété du meuble. Du fait connu, on va induire le fait inconnu, selon la même règle du *plerumque fit*, dans la plupart des cas le possesseur est le propriétaire. Donc, le possesseur du meuble est présumé en être le propriétaire car la possession est l'apparence de la propriété.

51. Enfin et surtout, l'apparence dans sa troisième acception renvoie à « *l'aspect extérieur, considéré comme différent de la réalité* »¹³⁵ c'est-à-dire « *l'apparence trompeuse* »¹³⁶. C'est uniquement de l'apparence dans cette acception dont il est question dans la théorie générale

¹²⁹ CORNU (G), *droit civil : introduction au droit*, Paris, Montchrestien, 13^{ème} éd., 2007, p. 110.

¹³⁰ CORNU (G), *L'art du droit en quête de sagesse*, Doctrine juridique, PUF, 1998, p. 217 ; RABAGNY (A), op. cit., p. 241, § 537.

¹³¹ RABAGNY (A), op. cit., p. 242, § 540.

¹³² RABAGNY (A), op. cit., p. 241, § 537.

¹³³ DANIS-FANTOME (A), op. cit., p. 11, § 13.

¹³⁴ En ce sens, voir notamment CARBONNIER (J), *Droit civil introduction*, Puf, Thémis droit privé, 27^{ème} éd., 2002.

¹³⁵ Ibidem, p. 94.

¹³⁶ ALLAND (D) et RIALS (S), op. cit., p. 73.

de l'apparence. Il s'agit « *de donner effet à une erreur créée par une apparence trompeuse* »¹³⁷. Son but premier est de protéger les tiers de bonne foi qui ont cru en une situation apparente qui s'avère erronée et ce conformément à l'adage *error communis facit jus*¹³⁸. En d'autres termes, « *l'apparence raisonnable du droit, doit, dans les rapports avec les tiers, produire les mêmes effets que le droit lui-même* »¹³⁹. Ce mécanisme de la « théorie générale de l'apparence » est très ancien, il est possible de déceler sa présence dans le droit romain où la forme a une place déterminante et ce généralement au travers des apparences. L'exemple dans le Digeste de la lex Barbarius philippus qui autorisait le maintien des actes passé par un prêteur alors qu'il était esclave en est révélateur¹⁴⁰. Aujourd'hui le droit privé connaît l'application du mécanisme selon lequel l'erreur est créatrice de droit, tel est le cas notamment du mandat apparent¹⁴¹, de la propriété apparente¹⁴².

52. En vertu de ces trois précisions terminologiques, il est désormais possible de déterminer qu'elle est celle applicable à l'impartialité.

2- L'acception de l'apparence applicable au principe d'impartialité

53. À l'aune des trois définitions il est possible de déduire que l'apparence appliquée à l'impartialité répond principalement à la deuxième définition de l'apparence et jamais à la troisième qui correspond exclusivement à ce que l'on nomme théorie générale de l'apparence.

54. L'apparence d'impartialité ou plus justement de partialité, dans l'acception de la deuxième définition, signifie que d'un fait objectif connu, « établi » subjectivement par le justiciable qui va simplement se contenter d'établir ses craintes, ses impressions à l'égard de

¹³⁷ DANIS –FANTOME (A), op. cit., p. 8.

¹³⁸ ALLAND (D) et RIALS (S), op. cit., p. 74.

¹³⁹ DEMOGE, notions fondamentales du droit privé, p.68, in, JONESCO (B), op. cit., p.7.

¹⁴⁰ Sur ce point voir notamment DANIS –FANTOME (A), op. cit., p. 15, § 16 ; ALLAND (D) et RIALS, op. cit., p. 74.

¹⁴¹ « *Situation d'une personne qui se trouve engagée par les actes d'une autre qui a agi, soit sans aucun mandat de sa part, soit en excédant ses pouvoirs de mandataire dans des conditions de vraisemblance telles que les tiers qui ont traité avec elle ont pu légitimement croire à l'existence de ce mandat* » in lexique des termes juridiques, Dalloz, 2014

¹⁴² La propriété apparente sera créatrice de droit quelle que soit la bonne ou mauvaise foi du propriétaire apparent. « *Trois conditions doivent être réunies : la bonne foi de l'acquéreur ; une erreur commune ; une erreur invincible. a) L'acquéreur doit avoir cru acquérir du véritable propriétaire le droit de propriété ou un autre droit réel [...]. b) L'erreur doit avoir été partagée par tous, être commune. [...]. c) Enfin, l'erreur doit être invincible : il était impossible, en tout cas très difficile de ne pas se tromper étant données la situation de fait, l'apparence du propriétaire prétendu, par exemple, les titres qu'il a produits, la publication de sa propre acquisition, sa conduite à l'égard de la chose etc...* » in MAZEAUD (H et L), MAZEAUD (J), CHABAS (F), *Leçons de droit civil*, Tome II, Montchétien, 8^{ème} éd., 1994, p. 181-182.

ce fait (par exemple, le juge qui a instruit le dossier compose le tribunal) sans justifier objectivement ses appréhensions, sera induit un fait inconnu, la partialité, car selon la règle du *plerumque fit*, dans la majorité des cas on peut craindre qu'un magistrat qui a cumulé ces deux fonctions puisse se forger une opinion préconçue de la cause le rendant partial.

55. Donc, il s'agit bien d'une partialité plausible, vraisemblable et plus précisément d'une présomption-preuve de partialité. Ainsi, le justiciable va être en droit d'émettre des doutes subjectifs quant à l'impartialité fonctionnelle des magistrats en invoquant simplement le fait connu, à savoir par exemple le cumul des fonctions, sans démontrer objectivement l'ampleur de ce cumul, sa seule présence induisant obligatoirement le fait inconnu, la partialité du magistrat.

56. De cette analyse, il est possible de déceler la présence de la première définition de l'apparence. En effet, le justiciable va forcément se fonder sur la première définition de l'apparence, « *ce qu'on voit, manière dont quelque chose se montre, est visible* »¹⁴³, pour exposer le fait connu qui va permettre d'induire le fait inconnu, la partialité. Dans cette démarche, le regard du justiciable sur le fait connu est déterminant car, de ses seules craintes non justifiées objectivement, la Cour EDH va induire un fait inconnu, la partialité. À ce titre, les termes utilisés par la CEDH pour motiver ses décisions concluant à la partialité du ou des magistrats composant le tribunal sont le reflet de la théorie de l'apparence. En effet, les termes « paraître »¹⁴⁴, « inspirer »¹⁴⁵, « craindre »¹⁴⁶, « appréhension »¹⁴⁷, « éprouver »¹⁴⁸, « sembler »¹⁴⁹ sont la conséquence de la théorie de l'apparence qui amène à fonder la présence de partialité sur une conception subjective du fait connu qui émane donc de la perception du justiciable. Dans ce contexte jurisprudentiel, on aboutit à une conception stricte de la séparation des fonctions conséquence d'une interprétation fondée exclusivement sur les apparences et sur une appréciation *in abstracto* où la seule présence du cumul, peu importe

¹⁴³ Le Robert illustré, Dictionnaire, 2013, Voir « Apparence », p. 94.

¹⁴⁴ CEDH, 1 octobre 1982, PIERACK c. Belgique, requête n° 8692/79, § 31 ; CEDH, 26 mai 1988, PAUWELS c. Belgique, requête n° 10208/82, § 38. L'arrêt Pauwels s'il concerne l'exigence d'impartialité est relatif à l'application de l'article 5, §-3, c'est-à-dire à l'impartialité du magistrat visé par cet article. Dès lors il sera appréhendé plus en détail dans l'analyse relative à l'impartialité des magistrats du parquet, l'extension difficile du principe.

¹⁴⁵ CEDH, 1 octobre 1982, PIERACK c. Belgique, requête n° 8692/79, § 30-d ; CEDH, 26 octobre 1984, DE CUBBER c. Belgique, requête n° 9186/80, §-30.

¹⁴⁶ CEDH, 1 octobre 1982, PIERACK c. Belgique, op. cit., § 30-d.

¹⁴⁷ CEDH, 26 octobre 1984 DE CUBBER c. Belgique, op. cit., § 30.

¹⁴⁸ CEDH, DE CUBBER c. Belgique., *ibid.*

¹⁴⁹ CEDH, DE CUBBER c. Belgique., *ibid.*

son ampleur concrète, permettra à la Cour EDH de conclure à l'apparence de partialité. Dès lors, la Cour EDH en prenant exclusivement en considération l'entorse au principe séparatiste sans rechercher dans quelle mesure elle a amené les juges à être partiaux adopte une application stricte du dit principe.

57. Cette définition de la théorie de l'apparence en matière d'impartialité paraît être une démarche, une appréciation en contradiction avec le droit et son application par les juges. En effet, le droit est réel, il est la vérité juridique à un instant « t » dans une société donnée. Au contraire, l'apparence est trompeuse, elle peut ne pas être la vérité, elle est souvent une fausse vision de la réalité, ce qui est reconnu depuis tout temps et notamment par Madame de Lafayette, dans *La princesse de Clèves*¹⁵⁰ où elle fait dire à l'un de ses personnages « *si vous jugez sur les apparences en ce lieu-ci, répondit Mme De Chartres, vous serez souvent trompée : ce qui paraît n'est presque jamais la vérité* ».

58. Cette idée des apparences trompeuses est également présente chez certains philosophes, notamment chez Kant lorsqu'il distingue le sens de l'entendement pour déterminer la place de la perception dans la connaissance. Selon lui, seul l'entendement est susceptible d'aboutir à un jugement objectif par-delà les apparences aussi, explique-t-il que « *les sens ne trompent pas. Cette proposition est le refus du reproche le plus lourd, mais aussi, bien pesé, le plus vide qui soit fait aux sens ; et cela, non point parce qu'ils jugent toujours avec justesse, mais parce qu'ils ne jugent pas du tout ; raison pour laquelle l'erreur est toujours à la charge du seul entendement. Pourtant l'apparence sensible (species, apparentia) tourne, sinon à sa justification, du moins à son excuse ; de la sorte, l'homme en vient souvent à tenir le subjectif de son mode de représentation pour objectif (la tour éloignée à laquelle il ne voit pas d'angles, pour ronde, la mer dont la partie lointaine atteint son regard par la voie de rayons lumineux plus élevés pour plus haute que le rivage (altum mare), la pleine lune qu'il voit lors de son lever à l'horizon à travers une atmosphère vaporeuse, bien qu'il la perçoive sous le même angle visuel, pour plus éloignée et donc aussi pour plus grande que*

¹⁵⁰ Madame DE LAFAYETTE, *La princesse de Clèves*, Flammarion, étonnant classique, 2007, p.64.

lorsqu'elle apparaît haut dans le ciel¹⁵¹), et ainsi à prendre le phénomène pour l'expérience et à tomber par-là dans l'erreur, qui est faute de l'entendement et non des sens. »¹⁵².

59. Par ailleurs, les antonymes du mot apparence, tel la réalité, l'existence, la certitude sont autant de révélateurs de sa substance.

60. Aussi, lorsque le risque de partialité est présent, la théorie de l'apparence permet aux justiciables de se fier aux apparences, se laisser guider par leurs sentiments, leurs doutes pour en arriver à la conclusion que le magistrat est partial. Il n'est pas demandé aux justiciables de prouver leurs craintes, mais seulement de les exposer à la Cour EDH qui les retiendra ou non. Cette démarche basée sur l'apparence de partialité ou présomption de partialité permet de contrebalancer, la présomption d'impartialité personnelle où l'apparence ne joue pas en faveur des justiciables mis en cause.

61. En effet, la théorie de l'apparence issue du droit de la Convention EDH et précédemment définie n'est appliquée expressément qu'à l'impartialité objective¹⁵³, elle joue alors « en faveur » de la personne traduite devant les tribunaux cette dernière bénéficiant d'une facilitée probatoire.

62. La partialité dite personnelle ou subjective n'est pas étrangère à l'apparence, il est possible d'y voir une certaine application de la théorie de l'apparence. Cette partialité subjective est fondée sur les convictions personnelles du juge, ce qu'il pense dans son *for intérieur*¹⁵⁴, le juge a déjà une idée préconçue de la culpabilité de l'intéressé, il a donc un parti pris. Sont mis en cause, les convictions et le comportement personnel du juge¹⁵⁵. Cette partialité personnelle est d'ailleurs considérée comme le reproche le plus grave qu'on puisse faire au corps de la magistrature, elle n'a donc jamais fait l'objet d'une appréciation apparente. En effet, permettre aux justiciables de faire peser un doute continu sur les magistrats en invoquant la partialité personnelle apparente pourrait jouer en défaveur de la

¹⁵¹ Nous rajoutons : pour partial le juge qui à cumuler par exemple la fonction d'instruction et de jugement.

¹⁵² KANT (E), *Anthropologie d'un point de vue pragmatique*, 1798, in: *Œuvre complètes* III, Traduction Pierre Jalabert, Paris, Gallimard, 1986 (Bibliothèque de la Pléiade), p. 964

¹⁵³ RABAGNY (A), op. cit., p. 415 et s.

¹⁵⁴ ; RABAGNY (A), op. cit., p. 415 ; KUTY (F), op. cit., p. 47 ; MAGNIER (V), La notion de justice impartiale, *JCPG*, 6 septembre 2000, n°36, p.1595 ; CEDH, *PIERSACK c. Belgique*, op. cit., § 30, op. cit.

¹⁵⁵ KUTY (F), op. cit., p. 47.

justice, la force et le respect de ses décisions en seraient amoindris¹⁵⁶. Pour éviter cette dérive, la théorie de l'apparence est appliquée à cette impartialité personnelle, mais la situation est renversée par rapport à l'application de la théorie en matière d'impartialité objective. Il y a apparence d'impartialité personnelle des juges, c'est-à-dire présomption-postulat¹⁵⁷ d'impartialité et non pas présomption-preuve de partialité comme en matière d'impartialité fonctionnelle. Une présomption-postulat « *consisterait, par anticipation, à considérer quelque chose comme existant de plein droit.* »¹⁵⁸, dès lors est renforcé le principe « *actori incumbit probatio* »¹⁵⁹, aussi cette présomption-postulat d'impartialité personnelle implique naturellement que la partialité personnelle ne se présume jamais, il faut donc la prouver en évinçant tous les doutes, si ces derniers persistent il y aura impartialité personnelle. Ainsi, l'argument selon lequel « *l'impartialité du juge est présumée jusqu'à preuve du contraire signifie aussi que la partialité du juge ne se présume pas, et donc que la présomption-preuve sera, en principe, impropre pour établir la partialité du juge* »¹⁶⁰ est mis partiellement en échec avec la théorie de l'apparence de la Cour EDH qui admet une présomption-preuve en ce qui concerne la partialité fonctionnelle mais qui affirme, conformément à l'argument précité, la présomption-postulat en matière d'impartialité personnelle.

63. Dès lors, un juge sera toujours en apparence impartial personnellement, les seules impressions du justiciable quant à la partialité personnelle du juge sont inopérantes, il doit démontrer ses craintes avec certitude, l'apparence est donc un rempart contre le grief de partialité subjective.

64. En conséquence de quoi il convient de parler d'apparence de partialité concernant l'impartialité objective et d'apparence d'impartialité concernant l'impartialité personnelle. Cette différence d'acception n'est pas leur seul caractère distinctif. En ce sens, l'apparence d'impartialité n'a jamais fait l'objet de discussion, sa teneur et son application dans la jurisprudence de la Cour EDH ont toujours été linéaires ce qui n'est pas le cas de l'apparence de partialité qui a été retenue par la Cour EDH, en ce qui concerne l'appréciation de l'impartialité au sens de l'article 6, §-1, jusqu'en 1989. Il est donc indispensable de s'attacher à l'analyse approfondie de l'apparence de partialité.

¹⁵⁶ *Infra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, section 1, §-2, A- La protection des magistrats grâce à l'apparence d'impartialité personnelle.

¹⁵⁷ CAIRE (A-B), op. cit., p. 64 et s.

¹⁵⁸ CAIRE (A-B), op. cit., p. 65.

¹⁵⁹ CAIRE (A-B), op. cit., p. 73 et s.

¹⁶⁰ CAIRE (A-B), op. cit., p. 74.

B- La notion d'apparence de partialité

65. Le principe d'impartialité est inscrit dès 1948 dans la Déclaration universelle des droits de l'Homme¹⁶¹ mais il ne faisait pas l'objet d'une définition et d'une consécration textuelle expresse en droit national¹⁶². C'est dans ce contexte que la Cour EDH a commencé à appliquer le principe d'impartialité en lui donnant un contenu contraignant. Elle a eu la tâche délicate de forger le contenu de ce principe par une appréciation, une interprétation propre, en faisant un choix quant au modèle interprétatif retenu. Après avoir défini la notion d'impartialité à laquelle elle attribue deux sens, l'impartialité subjective et objective, elle détermine un mode d'appréciation qui s'appliquera au principe d'impartialité contenu à l'article 6, §-1 et également au principe d'impartialité déduit de l'article 5, §-3¹⁶³ par la Cour EDH.

66. Son premier choix interprétatif se fera en faveur de la théorie de l'apparence de partialité fonctionnelle. Ainsi, la jurisprudence de la Cour EDH de la première génération est novatrice¹⁶⁴ car elle fonde la théorie de l'apparence de partialité fonctionnelle.

67. Quant à sa conception de l'impartialité personnelle, elle reste stable en ce qu'elle est toujours présumée. Comme expliqué précédemment, cette présomption peut être interprétée comme une application de la théorie de l'apparence mais, la Cour EDH n'a jamais utilisé cette notion d'apparence dans le domaine de l'impartialité subjective¹⁶⁵. En conséquence, seule l'apparence de partialité fonctionnelle fera l'objet d'une analyse approfondie par une étude de sa teneur (1) et de ses effets utiles (2).

¹⁶¹ Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, proclamée le 10 décembre 1948 : « *Toute personne a droit, en pleine égalité, à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal indépendant et impartial, qui décidera, soit de ses droits et obligations, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle.* »

¹⁶² Plus tardivement, le Conseil constitutionnel déduira de l'article 16 de la DDHC l'exigence d'impartialité de la justice. DC 2003-466, 20 février 2003, considérant n° 23 ; DC n° 2006-545, 28 décembre 2006, considérant n° 24. Sur ce point voir notamment RENOUX (T-S), L'apport constitutionnel à la réflexion sur l'évolution du ministère public, in *Quel avenir pour le ministère public*, sous l'égide de la Cour de cassation, Dalloz, Thèmes et commentaire, Actes, 2008, p. 31 et s. ; RENOUX (T, S), La constitution et le pouvoir judiciaire, de l'article 64 de la Constitution et l'indépendance de l'autorité judiciaire à l'article 16 de la Déclaration des droits et l'indépendance de la justice, in *Cinquantième anniversaire de la Constitution*, Sous la direction de Bertrand Mathieu, Dalloz, Hors collection Dalloz, 2008, p. 293 et s., spec. p. 304 et s.

¹⁶³ Voir notamment : CEDH, 26 mai 1988, PAUWELS c. Belgique, op. cit. ; sur ce point : *Infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, §-1.

¹⁶⁴ CEDH, 1 octobre 1982, PIER-SACK c. Belgique, op. cit. ; CEDH, 26 octobre 1984, DE CUBBER c. Belgique, op. cit. ; (*Infra* : CEDH, 26 mai 1988, PAUWELS c. Belgique, op. cit.)

¹⁶⁵ *Infra*, cette section, §-2, A- La protection des magistrats grâce à l'apparence d'impartialité personnelle.

1 – La teneur de la théorie de l'apparence de partialité

68. La théorie de l'apparence de partialité fonctionnelle a été consacrée par la Cour EDH grâce à son modèle interprétatif propice à l'apparence de partialité (a). Cette méthode a été le moyen indispensable permettant à la Cour EDH de parvenir à la concrétisation de sa première interprétation qui aboutit à la consécration d'un principe séparatiste strict (b).

a- Un modèle interprétatif propice à l'apparence de partialité

69. La Cour EDH fonde l'apparence de partialité sur l'objet et le but de la Convention. Cette considération est générale, elle n'est donc pas spécifique à l'interprétation de la notion de tribunal impartial. Il s'agit de démontrer que l'utilisation par la Cour EDH de la théorie de l'apparence est rendue possible grâce à sa méthode interprétative.

70. Les États membres du Conseil de l'Europe sont au niveau national interprètes de la Convention EDH mais, la Cour EDH est la seule à avoir cette compétence prévue textuellement par la Convention EDH¹⁶⁶, elle est l'auteur de l'interprétation authentique de la Convention¹⁶⁷, elle « *a reçu expressément des auteurs du traité un pouvoir d'interprétation, qu'elle exercera dans le cadre d'un arrêt obligatoire et définitif* »¹⁶⁸. Ceci lui permet d'avoir autorité pour édicter des interprétations contraignantes sur la base de la Convention EDH qu'elle est chargée de mettre en œuvre. Ainsi, elle va interpréter les notions de la Convention EDH en « *faisant primer la dimension droit de l'homme sur la dimension traité international* »¹⁶⁹, la Cour EDH va favoriser les droits fondamentaux au détriment de la souveraineté étatique, sa tâche sera facilitée par l'utilisation dans la Convention EDH de termes flous au contenu indéterminé¹⁷⁰ ce qui lui confère une large mission interprétative conformément à l'article 32 de la Convention EDH. Mais, contrairement à ce qui est préconisé par la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, la Cour EDH va retenir

¹⁶⁶ L'article 32 de la Convention EDH prévoit que « *La compétence de la Cour s'étend à toutes les questions concernant l'interprétation et l'application de la Convention et de ses Protocoles qui lui seront soumises dans les conditions prévues par les articles 33, 34, 46 et 47.* »

¹⁶⁷ SUDRE (F), L'interprétation dynamique de la Cour européenne des droits de l'homme, Actes du colloque - L'office du juge, 2006, p.224 et s.

¹⁶⁸ SUDRE (F), op. cit., p.224.

¹⁶⁹ SUDRE (F), op. cit., p.225.

¹⁷⁰ DELZANGLES (B), *Activisme et autolimitation de la Cour européenne des droits de l'homme*, Fondation Varenne, collection des thèses, 2009, p. 67.

l'interprétation téléologique ou finaliste¹⁷¹ au détriment de l'interprétation textuelle¹⁷² préconisée par l'article 31-1 de la Convention de Vienne qui dispose « *qu'un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but* ».

71. La Cour EDH va adopter une interprétation téléologique afin de réaliser le but de la Convention, c'est donc ce but qui amène la Cour EDH à avoir des larges pouvoirs d'interprétation¹⁷³. Cette interprétation téléologique consiste pour la Cour à interpréter les notions au regard du but et de l'objet de la Convention. Ce dernier a été déterminé par la Cour EDH elle-même grâce au préambule de la Convention EDH, il s'agit du modèle européen de la « *société démocratique* » qui devient le « *principe général d'interprétation* »¹⁷⁴ de la Cour EDH. Ce principe étant très large il lui permet de faire preuve « *d'activisme* »¹⁷⁵. Tel a été le cas lorsqu'elle l'utilise pour développer sa conception de la partialité apparente.

72. En effet, la motivation de ses décisions sur la partialité apparente est caractéristique de l'utilisation d'une interprétation téléologique notamment lorsqu'elle décide « *qu'une interprétation restrictive de l'article 6 par. 1 (art. 6, § 1) - notamment quant au respect du principe fondamental de l'impartialité du juge - ne cadrerait pas avec l'objet et le but de cette disposition, vu la place éminente que le droit à un procès équitable occupe dans une société démocratique au sens de la Convention (nous soulignons)* »¹⁷⁶ ou encore « *Il y va de la confiance que les tribunaux se doivent d'inspirer aux justiciables dans une société démocratique (nous soulignons)* »¹⁷⁷.

73. Sa méthode interprétative est donc un moyen propice pour parvenir à la concrétisation de la théorie de l'apparence de partialité. Le procès équitable étant considéré comme fondamental pour le modèle européen de la société démocratique, la Cour EDH peut donc interpréter les éléments qui le composent de façon large afin d'être en accord avec l'objet et le but de la Convention EDH qu'elle détermine elle-même. Grâce à son interprétation téléologique elle forge l'apparence de partialité. Ainsi donne-t-elle au principe d'impartialité

¹⁷¹ DENYS (S), *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales*, Paris, PEDONE, 1981, p.390 et s.

¹⁷² DENYS (S), op. cit., p.81.

¹⁷³ DENYS (S), op. cit., p.393 et s.

¹⁷⁴ SUDRE (F), op. cit., p.230.

¹⁷⁵ DELZANGLES (B) op. cit., p. 67.

¹⁷⁶ CEDH, 26 octobre 1984, DE CUBBER c. Belgique, op. cit., § 30.

¹⁷⁷ CEDH, 1 octobre 1982, PIERSACK c. Belgique, op. cit., § 30.

un caractère contraignant en lui attribuant un sens déterminé. Pour ce faire, elle utilise la théorie de l'apparence qui aboutit à définir l'impartialité comme interdisant le cumul des fonctions. C'est la consécration d'un principe séparatiste strict.

b- La consécration d'un principe séparatiste strict

74. La théorie de l'apparence appliquée à l'impartialité a notamment pour fondement l'adage anglais bien connu « *Justice must not only be done, it must also be seen to be done* »¹⁷⁸. Ce dernier signifie que la justice doit donner l'apparence d'être rendue. Appliqué au principe d'impartialité cela signifie que la justice doit refléter une apparence d'impartialité. Ceci a été intégralement retenu par la Cour EDH pour fonder la violation du droit à un tribunal impartial.

75. Ainsi, durant la première génération jurisprudentielle c'est-à-dire de 1982¹⁷⁹ à 1989¹⁸⁰, elle fait une utilisation abondante de la théorie de l'apparence. Ses arguments sont révélateurs de son utilisation, « *Il y va de la confiance que les tribunaux dans une société démocratique se doivent d'inspirer aux justiciables (nous soulignons)* »¹⁸¹ ou « *l'impartialité du tribunal d'Audenarde pouvait sembler au requérant sujette à caution (nous soulignons)* »¹⁸². Il faut toujours garder présent à l'esprit que la théorie de l'apparence joue, pour l'impartialité objective, en faveur des justiciables et pour l'impartialité subjective en faveur des magistrats¹⁸³.

76. C'est donc l'apparence de partialité objective qui est novatrice dans la jurisprudence de la Cour EDH, l'impartialité subjective des magistrats est toujours présumée, c'est-à-dire qu'il y a toujours apparence d'impartialité subjective dans les décisions de la Cour EDH. Pour rappel, l'impartialité fonctionnelle est impersonnelle au contraire de l'impartialité subjective. Il s'agit de vérifier si les circonstances organiques et/ou fonctionnelles ne sont pas constitutives d'un doute quant à l'impartialité du juge. L'impartialité fonctionnelle est axée sur des considérations tenant à la fonction de magistrat et ce, indépendamment de sa

¹⁷⁸ Notamment CEDH, 26 octobre 1984, DE CUBBER c. Belgique, op. cit., § 26.

¹⁷⁹ CEDH, 1 octobre 1982, PIERSACK c. Belgique, op. cit.

¹⁸⁰ CEDH, 24 mai 1989, HAUSCHILDT c. Danemark, op. cit. : arrêt par lequel l'abandon relatif de la théorie est amorcé.

¹⁸¹ CEDH, 1 octobre 1982, PIERSACK c. Belgique, op. cit., § 30.

¹⁸² CEDH, 26 octobre 1984, DE CUBBER c. Belgique, op. cit., § 30.

¹⁸³ *Infra*, §-2 de cette section.

personne, de ses opinions, de son attitude. Il s'agit de vérifier si l'exercice de ses fonctions, passées ou actuelles, n'est pas constitutif d'un risque d'atteinte ou d'une atteinte à son impartialité, pour juger ou connaître de la cause qui lui est soumise. En ce sens, il est important de rappeler que l'unité du corps judiciaire a pour conséquence qu'un même magistrat peut, au cours de sa carrière, exercer différentes fonctions du siège et du parquet. Le risque qu'un magistrat connaisse d'une affaire à plusieurs reprises, en diverses qualités n'est donc pas négligeable. Ce danger est accentué en France par les réformes successives qui ont créé un nombre grandissant d'intervenants¹⁸⁴ dans la procédure pénale. Ainsi, il n'est pas étonnant que lorsque la Cour EDH applique la théorie de l'apparence de partialité fonctionnelle, elle sculpte par là même la garantie institutionnelle de la séparation des fonctions. Mais, dans cette conception elle lui donne une portée très différente de ce qu'on connaissait en France¹⁸⁵. En effet, la Cour EDH utilise la théorie de l'apparence pour constater une violation de l'article 6, § 1, elle justifie donc ses décisions par une conception stricte de la séparation des fonctions¹⁸⁶.

77. L'apparence de partialité fonctionnelle est fondée sur un principe séparatiste rigoureux, les justiciables ont seulement à invoquer la présence du cumul sans démontrer dans quelle mesure il porte atteinte à l'impartialité, sa seule constatation suffit pour qu'il y ait partialité ou apparence de partialité. Dès lors, la Cour EDH adopte une appréciation *in abstracto* du principe séparatiste, ce qui rime avec une conception rigide de la séparation des fonctions. Sa décision la plus marquante est l'arrêt De Cubber rendu en 1984 dans laquelle elle fait une démonstration parfaite de sa conception de la séparation des fonctions. En effet, elle condamne la Belgique pour avoir enfreint l'article 6, § 1 en partant du seul constat que le juge d'instruction avait jugé l'affaire après l'avoir instruite. De la présence de cet élément connu, le cumul des fonctions, la Cour EDH en déduit un fait inconnu, l'apparence de

¹⁸⁴ Loi du 15 juin 2000, loi n° 2000-516, Loi renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, JO n° 0138, 16 juin 2000, p. 9038 ; Loi du 9 septembre 2002, loi n° 2002-1138, Loi d'orientation et de programmation pour la justice, dite Loi Perben I, JO 10 septembre 2002, p. 14934 ; Loi du 9 mars 2004, loi n° 2004-204, Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, dite Loi Perben II, JO n° 59, 10 mars 2004, p. 4567 ; Loi du 5 mars 2007, loi n° 2007-297, Loi relative à la prévention de la délinquance, JO n° 55, 6 mars 2007, p. 4206.

¹⁸⁵ Cependant, les premières décisions de la Cour EDH ne concernent pas la France qui n'a accepté le droit de recours individuel qu'à partir du 2 octobre 1981 et ce grâce à l'action du garde des Sceaux de l'époque Robert BADINTER.

¹⁸⁶ KUTY (F), op. cit., p. 311 et s. ; ROLLAND (P) et TAVERNIER (P), Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *JDI*, 1985, p.211 ; CROCQ (P), le droit à un tribunal impartial, in droit et libertés fondamentaux, *D.* 1997, 4^{ième} édition, p.378 ; GERARDIN-SELLIER (N), La composition des juridictions à l'épreuve de l'article 6, § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, *RDTH*, 2001, p.968.

partialité du tribunal. Son argumentation est le reflet de l'utilisation rigoureuse de la séparation des fonctions, notamment, lorsqu'elle affirme que « *la Cour ne dispose que de peu de renseignements sur les mesures prises en l'occurrence par M. Pilate, sauf en ce qui concerne le mandat d'arrêt décerné contre le requérant le 5 avril 1977, mais elles ont dû atteindre une ampleur considérable si l'on en juge par la complexité de l'affaire et la durée de l'instruction préparatoire* (nous soulignons) »¹⁸⁷. Il est possible d'observer que la Cour EDH se contente de relever la présence du cumul des fonctions sans égard pour une appréciation concrète. Il s'agit donc bien d'une conception stricte du principe séparatiste, élément central de sa théorie de l'apparence de partialité. En d'autres termes, la séparation des fonctions, est appréciée de façon rigoureuse car c'est l'apparence qui permet de conclure au non-respect de l'impartialité fonctionnelle. Ainsi, pour la Cour EDH dès lors qu'il y a eu un cumul des fonctions, elle présume qu'il y a partialité fonctionnelle c'est-à-dire qu'il y a partialité apparente.

78. Donc, en consacrant la théorie de l'apparence de partialité, pour constater qu'il y a un défaut d'impartialité objective, la Cour EDH donne naissance à un principe séparatiste très rigoureux, d'aucuns diront trop rigoureux¹⁸⁸. Ainsi, si le requérant a ressenti un manque d'impartialité, le seul cumul constaté suffit pour condamner l'État mis en cause. Il s'agit pour la Cour EDH de baser ses décisions de condamnation sur des probabilités, des vraisemblances, si elles sont retenues alors il y a apparence de partialité fonctionnelle et violation de la séparation des fonctions. Mais, cette dernière notion peut-être appréciée de différentes manières et il est évident qu'en retenant la théorie de l'apparence pour apprécier l'impartialité objective ou fonctionnelle, la Cour EDH clarifie le principe séparatiste par une approche « rigide » : s'il y a présence du cumul alors il y a nécessairement partialité. En effet, elle va s'attacher aux seules circonstances apparentes, ce qui fait primer une vision organique et non fonctionnelle de la séparation des fonctions. La Cour EDH ne va pas analyser concrètement l'ampleur du cumul des fonctions, sa seule constatation suffit pour qu'il y ait partialité apparente. Donc, l'un des fondements de la théorie de l'apparence est la séparation organique des fonctions. Il est évident que le principe séparatiste est modelé suivant la

¹⁸⁷ CEDH, 26 octobre 1984, DE CUBBER c. Belgique, op. cit., § 29.

¹⁸⁸ En ce sens voir notamment : KUTY (F), op. cit., p. 313 ; VAN COMPERNOLLE (J), Évolution et assouplissement de la notion d'impartialité objective, obs. sous l'arrêt NORTIER, *RTDH*, 1994, p.429 et s. ; MARTENS (P), La tyrannie de l'apparence, *RTDH*, 1996, p. 642 in fine ; GOYET (C), Remarques sur l'impartialité du tribunal, *D.*, 2001, p. 328 et s.

conception retenue de l'impartialité. En outre, la théorie de l'apparence de partialité a des conséquences utiles dont il convient d'analyser la teneur.

2- Les effets utiles de la théorie de l'apparence de partialité

79. La théorie de l'apparence de partialité a des effets utiles tant pour la Cour EDH et les États membres (a) que pour les justiciables (b).

a- Les effets utiles de la théorie de l'apparence de partialité pour la Cour EDH et les États

80. L'utilisation par la Cour EDH de la théorie de l'apparence présente de nombreux avantages. Apprécier l'impartialité de façon apparente apporte à la Cour EDH une facilité de preuve et de raisonnement. Comme expliqué précédemment l'apparence de partialité revient à créer une présomption de partialité. Par conséquent, lorsque le grief de partialité est soulevé devant la Cour EDH elle apprécie les circonstances apparentes de partialité qui sont dans la majorité des cas relatifs à un cumul des fonctions¹⁸⁹. Ceci est très avantageux pour la Cour EDH car une des grandes difficultés pour elle est de connaître les éléments de fait, c'est-à-dire d'établir matériellement les faits que son activisme lui permet de dépasser¹⁹⁰. C'est une des vertus qui peut être attribuée à la théorie de l'apparence de partialité, la Cour EDH bénéficie d'une grande facilité de preuve. En effet, tout son raisonnement est basé sur l'apparence de partialité fonctionnelle. Elle n'a donc pas à rechercher quelle a été l'ampleur exacte du cumul des fonctions, ce qui impliquerait des preuves plus précises, plus poussées. Le seul fait que le cumul existe suffit pour que la Cour EDH constate la partialité du tribunal car, de façon apparente l'impartialité peut paraître aux yeux du justiciable sujette à caution. Ainsi, la Cour EDH n'a pas à rechercher tous les facteurs du cumul, elle n'a pas à analyser le rôle exact qu'a eu le magistrat dans l'exercice d'une fonction précédente, le seul cumul suffit de façon apparente à constater sa partialité, il s'agit d'un raisonnement *in abstracto*.

¹⁸⁹ La théorie de l'apparence joue au profit des justiciables seulement dans le cas de l'impartialité fonctionnelle ou objective, dans un tel cas le grief principal réside dans l'irrespect de la séparation des fonctions. D'autres hypothèses de partialité objective existent hors le cadre de la séparation des fonctions mais l'approche est beaucoup plus sélective et la grande majorité des décisions de la première génération n'y ont pas trait.

¹⁹⁰ DELZANGLES (B), op. cit., p. 437 et s.

81. Par ailleurs, de la théorie de l'apparence résulte une conception subjective de la partialité objective. Le justiciable ayant relevé la présence du cumul va fonder le grief sur ses impressions, sur l'apparence et la Cour EDH va analyser ses ressentis comme des éléments de preuve de la partialité ce qui aboutira, si la probabilité, la vraisemblance est suffisante, à la conclusion qu'il y a présomption de partialité, c'est-à-dire apparence de partialité. Dans ces conditions, la tâche de la Cour EDH est facilitée car la présence du seul cumul entraîne systématiquement partialité du tribunal et ce en conférant une importance capitale aux craintes du justiciable.

82. Au-delà de cette facilité de preuve, la théorie de l'apparence a permis à la Cour EDH de développer une vision extensive de l'article 6, § 1. Avec cette innovation audacieuse elle a contribué à accroître son autorité à l'égard des États et elle a favorisé sa crédibilité envers les justiciables¹⁹¹, ce qui concourt à sa viabilité. Les individus qui ont une confiance intacte dans le mécanisme européen ne vont pas délaisser la Cour EDH¹⁹².

83. Enfin, cette appréciation de l'impartialité fondée sur la théorie de l'apparence a renforcé la jurisprudence de la Cour EDH. En effet, les décisions de la première génération jurisprudentielle de la Cour EDH sont dès lors plus prévisibles, la sécurité juridique en est renforcée, ceci est une qualité indispensable pour une Cour afin de faire échec à la grave critique de l'arbitraire ou de la tyrannie des juges. Cette dernière considération est aussi un bénéfice pour les États signataires. Cependant, l'utilisation de la théorie de l'apparence pour condamner les États a souvent été critiquée par ces derniers et notamment par une grande partie de la doctrine¹⁹³ alors qu'elle présente des avantages certains qui ont été gommés par les points négatifs. En effet, les décisions¹⁹⁴ de la Cour EDH sur la partialité apparente des tribunaux avaient une grande utilité pour les États qui résidait dans leur prévisibilité. La Cour EDH ne cherche pas dans une analyse *in concreto* l'ampleur concrète du cumul des fonctions afin d'aboutir à la décision de violation ou de non violation, la jurisprudence en était d'autant

¹⁹¹ DELZANGLES (B), op. cit., p. 377 et s.

¹⁹² DELZANGLES (B), op. cit., p. 456 et s.

¹⁹³ Notamment : MARTENS (P), La tyrannie des apparences, *RTDH*, 1996, p.642 et 643 ; KOERING-JOULIN (R), Le juge impartial, *Justices* n°10 avril 6 juin 1998, p.1 et s. ; MAGNIER (V), La notion de justice impartiale, *JCPG*, 6 septembre 2000, p.1597 et s. ; GOYET (C), Remarques sur l'impartialité du tribunal, *D.*, 2001, p. 328 ; CHABANOL (D), théorie de l'apparence ou apparence de théorie ?, *AJDA*, 2002, p.9 ; DE GOUTTES (R), l'impartialité du juge. Connaitre, traiter et juger : quelle compatibilité, *RSC*, 2003, p.63.

¹⁹⁴ CEDH, 1 octobre 1982, *PIERSACK c. Belgique*, op. cit. ; CEDH, 26 octobre 1984, *DE CUBBER c. Belgique*, op. cit., §26 ;

CEDH, 26 mai 1988, *PAUWELS c. Belgique*, op. cit. ; CEDH, 27 novembre 1987, *BEN YAACOUB c. Belgique*, requête n°9976/82.

plus stable. Ainsi, les États étaient débiteurs d'une obligation claire et non-équivoque, la simplicité et non le simplisme de la jurisprudence de la Cour EDH était un gage de sécurité. Mais, ces derniers n'ont jamais vu le côté positif de cette jurisprudence, trop focalisés sur le résultat strict et les conséquences pratiques complexes¹⁹⁵ des décisions qui ont eu le mérite de mettre un terme à des situations critiquables. Toutefois, faire une application très stricte du principe amène évidemment à des excès qui ont vivement été critiqués. Mais, si les carences de la théorie sont réelles, elles ne doivent pas anéantir ses qualités et son utilité.

84. Outre les effets utiles pour les États membres et la Cour EDH, il est indéniable que cette théorie de l'apparence de partialité est très favorable aux justiciables qui souhaitent soulever le grief de partialité fonctionnelle.

b – Les effets utiles de la théorie de l'apparence de partialité pour les justiciables

85. Le premier avantage pour le justiciable réside principalement dans la facilité de preuve de la partialité fonctionnelle apparente. Cette apparence de partialité est la manière dont elle se présente aux yeux du justiciable, ce dernier décrit les signes extérieurs visibles de partialité et la Cour EDH les retient si la probabilité, la vraisemblance de partialité est suffisante¹⁹⁶.

86. Il s'agit pour le justiciable de donner sa vision du procès et des éléments qui ont fait naître en lui une crainte quant au manque d'impartialité des juges, c'est donc une vision subjective de l'impartialité objective. La seule chose que le justiciable doit faire est de décrire la situation de fait qui est à l'origine de ses appréhensions, il n'a pas à prouver objectivement la partialité du magistrat car l'atteinte au principe séparatiste créait une présomption de partialité au profit du justiciable. Cette facilité probatoire n'est pas étonnante puisque l'apparence de partialité est une présomption-preuve de partialité avec laquelle il y a un déplacement de l'objet de la preuve¹⁹⁷ ; le justiciable n'a plus à prouver la partialité du juge mais seulement la présence d'un cumul des fonctions, ce fait connu permettra d'induire le fait inconnu, la partialité.

¹⁹⁵ Une telle jurisprudence faisait naître des difficultés pratiques dans les systèmes internes : multiplication des intervenants, risque de blocage de la procédure pénale française, coût financier élevé etc...

¹⁹⁶ CEDH, 26 octobre 1984, DE CUBBER c. Belgique, op. cit. ; CEDH, 26 mai 1988, PAUWELS c. Belgique, op. cit.

¹⁹⁷ CAIRE (A-B), op. cit., p. 42.

87. La théorie de l'apparence met le justiciable dans une position avantageuse quant à la preuve du grief puisqu'il s'agit pour lui de donner ses impressions à la Cour EDH qui en tirera toutes les conséquences. C'est donc l'appréciation subjective de la partialité objective conséquence de la théorie de l'apparence qui facilite le travail de preuve du justiciable.

88. Le second avantage réside dans le fait que la partialité fonctionnelle apparente permet, en quelque sorte, de compenser la difficulté de preuve, pour les justiciables, inhérente à la présomption-postulat d'impartialité personnelle qui profite à tous les magistrats.

89. En effet, l'impartialité subjective « *s'attache aux éléments permettant d'apprécier la conviction personnelle du juge, son attitude, sa conduite, son comportement ou encore ce qu'il pensait en son for intérieur. Il s'agit de vérifier que le juge n'a manifesté aucune prévention, aucun parti pris, aucun préjugement, aucun préjugé personnel, aucune idée préconçue, aucune amitié, hostilité ou malveillance quelconque, qu'il n'a exercé aucune influence injuste sur l'issue du procès, qu'il n'a été motivé par aucune considération personnelle étrangère à la cause, qu'il n'a pas obtenu, au moyen de motifs étrangers aux règles normales de distribution des causes, d'être chargé de l'instruction ou du jugement d'une affaire ou n'a fait montre de faveur ou de défaveur à l'égard d'une partie.* »¹⁹⁸. Ainsi, la partialité « *tient alors à l'attitude du magistrat, à ses sentiments et opinions, à ses amitiés ou à ses liens d'alliance et de parenté* »¹⁹⁹. Il s'agit pour le corps de la magistrature de la critique la plus grande qu'on peut émettre à son encontre. De ce fait, pour préserver la grandeur de la justice, pour éviter une suspicion trop grande sur l'impartialité personnelle des magistrats, il y a la présomption-postulat d'impartialité personnelle ou apparence d'impartialité subjective, il est donc extrêmement difficile pour les justiciables de prouver la violation de l'impartialité personnelle par l'un des magistrats.

90. De plus, l'impartialité personnelle réside dans des convictions, des sentiments qui non extériorisés ne peuvent pas être prouvés. Ainsi, à la difficulté de preuve inhérente à l'impartialité subjective s'ajoute une présomption d'impartialité, une apparence d'impartialité protectrice des magistrats. Dans ce contexte, la théorie de l'apparence de partialité fonctionnelle vient « *au secours des justiciables* »²⁰⁰ qui sont, en matière de partialité subjective, confrontés à la présomption-postulat d'impartialité personnelle. En ce sens,

¹⁹⁸ KUTY (F), op. cit., p.47.

¹⁹⁹ KUTY (F), op. cit., p.49.

²⁰⁰ KUTY (F), op. cit., p.262-263.

l'impartialité objective devance l'impartialité subjective. Un juge qui a, par exemple, déjà connu l'affaire qui lui est soumise peut être habité par des préjugés. Mais ici, seules les circonstances procédurales apparentes suffisent à émettre un doute quant à l'impartialité du juge, il est donc nullement nécessaire de démontrer qu'effectivement le juge avait dans son *for intérieur* un préjugé. Le requérant n'a pas à démontrer que le magistrat est personnellement partial car il a cumulé deux fonctions distinctes lors du procès, cet élément suffit à lui seul à emporter partialité fonctionnelle²⁰¹. De ce fait, il sera plus facile pour le justiciable d'apporter la preuve de la partialité fonctionnelle apparente du magistrat qui repose sur des considérations organiques. La théorie de l'apparence permet donc de faire pleinement obstacle à la présomption-postulat d'impartialité personnelle.

91. La théorisation de l'apparence appliquée à l'impartialité a permis d'opérer une distinction essentielle entre l'apparence d'impartialité et l'apparence de partialité et faire une analyse approfondie de cette dernière notion qui est l'innovation centrale de la Cour EDH. Afin d'appréhender plus justement les caractères soit innovants soit stables de l'interprétation jurisprudentielle conventionnelle de la théorie de l'apparence, il convient d'en faire une analyse approfondie par un examen de l'application de la théorie de l'apparence par la Cour EDH.

§ 2. La protection découlant de l'apparence relative à l'impartialité

92. La Convention EDH est formée de notions aux sens plus ou moins indéterminés, celles-ci ont généralement le rang de principe du droit, ce qui est le cas de l'impartialité. Contrairement aux règles de droit elles n'ont pas un contenu clair et défini. Un principe fondamental appelle nécessairement le pouvoir discrétionnaire du juge qui doit déterminer son contenu afin d'en faire une règle juridique contraignante²⁰². Tel a été le cas de la Cour EDH lorsqu'elle a commencé à appliquer le principe d'impartialité. Il est donc nécessaire d'analyser sa jurisprudence afin de cerner plus précisément l'application de la théorie de

²⁰¹ Voir notamment : CEDH, 1 octobre 1982, PIERSACK c. Belgique, op. cit. ; CEDH, 26 octobre 1984, DE CUBBER c. Belgique, op.cit. ; Rapport Commission européenne, 7 mai 1985, BEN YAACOUUB c. Belgique, requête 9976/82.

²⁰² SUDRE (F), L'interprétation dynamique de la Cour européenne des droits de l'homme, Actes du colloque - L'office du juge, 2006, p.224 et s.

l'apparence, ce qui sera indispensable pour comprendre les causes de son abandon relatif ou de son recul.

93. Cette théorie de l'apparence connaît deux applications différentes selon qu'est en cause l'impartialité personnelle ou l'impartialité fonctionnelle. Elle peut conduire soit à la protection des magistrats grâce à l'apparence d'impartialité personnelle (A), soit à la protection des justiciables grâce à la théorie de l'apparence de partialité fonctionnelle (B).

A- La protection des magistrats grâce à l'apparence d'impartialité personnelle

94. L'impartialité personnelle ou subjective a déjà fait l'objet d'une définition complète ; pour rappel, il s'agit de fonder le grief de partialité sur les convictions et le comportement personnel du magistrat. Dans ce cas, la partialité réside dans des circonstances personnelles au magistrat.

95. La Cour EDH a connu des recours mettant en cause l'impartialité personnelle des magistrats²⁰³. Après avoir défini le double sens de l'impartialité²⁰⁴, elle donne le critère d'appréciation de l'impartialité subjective. Il faut bien garder présent à l'esprit l'analyse suivant laquelle la théorie de l'apparence d'impartialité créait une présomption-postulat réfragable d'impartialité. Ainsi, la Cour EDH en retenant l'impartialité personnelle utilise la théorie de l'apparence, mais en la nommant présomption. La Cour EDH a admis pour la première fois cette présomption d'impartialité personnelle dans son arrêt *Le Compte, Van Leuven et De Meyere*²⁰⁵, « *Quant à l'impartialité personnelle de chacun des membres, elle doit se présumer jusqu'à preuve du contraire* », et ce avant même d'avoir défini le double sens de l'impartialité, ce qui permet de déceler l'importance de cette présomption pour la Cour EDH.

96. Cette présomption d'impartialité personnelle ne peut être renversée que par l'apport de la preuve contraire qui reste une tâche difficile, ce qui est admis par la Cour EDH lorsqu'elle

²⁰³ CEDH, 23 avril 1996, REMLI c. France, requête n°16839/90 ; CEDH, 10 juin 1996, PULLAR c. Royaume-Uni, requête n° 22399/93 ; Rapport commission, 27 octobre 1998, BUSCEMI c. Italie, requête n° 29569/95 et CEDH, 16 septembre 1999, BUSCEMI c. Italie, requête n° 29569/95 ; CEDH, 28 novembre 2002, LAVENTS c. Lettonie, requête n° 58442/00 ; CEDH, 27 janvier 2004, KYPRIANOU c. Chypre, requête n° 73797/01 et CEDH Grande Chambre, 15 décembre 2005, KYPRIANOU c. CHYPRE, requête n° 73797/01.

²⁰⁴ CEDH, 1 octobre 1982, PIERSACK c. Belgique, op. cit., § 30.

²⁰⁵ CEDH, 23 juin 1981, LE COMPTE, VAN LEUVEN ET DE MEYERE c. Belgique, op. cit., § 58.

énonce dans son arrêt Pullar²⁰⁶ que « *même si dans certains cas, et notamment en l'occurrence, il peut s'avérer difficile de fournir des preuves permettant de réfuter la présomption, la condition d'impartialité objective fournit il convient de le rappeler, une garantie importante de plus.* »²⁰⁷. En effet, l'impartialité repose sur des éléments subjectifs qui doivent être extériorisés sans équivoque pour être retenus. En conséquence, renverser cette présomption est très difficile car il s'agit d'émettre des doutes quant à l'apparence d'impartialité par une démonstration parfaite de partialité du juge.

97. L'impartialité personnelle apparente signifie que les magistrats sont initialement toujours considérés impartiaux. Le justiciable, se trouve confronté à la théorie protectrice des magistrats, les apparences sont là comme un rempart face à la critique de partialité personnelle. Le requérant doit démontrer que l'apparence d'impartialité subjective est viciée. Mais, pour ce faire, il ne peut pas fonder le grief sur les impressions négatives qu'il a de la situation apparente²⁰⁸, il doit objectivement prouver la partialité personnelle du ou des magistrats. Il est important de noter que dans ce cas la théorie de l'apparence d'impartialité personnelle répond à une logique « inversée » par rapport à celle de l'impartialité objective. Avec l'impartialité personnelle, c'est l'apparence d'impartialité personnelle qui est l'objet de la théorie, c'est la conséquence logique de la présomption ; dans ce cas les juges sont toujours impartiaux de façon apparente. Au contraire, appliquée à l'impartialité fonctionnelle, la théorie de l'apparence créait une apparence, une présomption de partialité fonctionnelle car, la seule présence du cumul entraîne apparence de partialité.

98. En appliquant la théorie de l'apparence à l'impartialité personnelle la Cour EDH fait naître « *une confiance décrétée* »²⁰⁹ dans l'impartialité des juges qui bénéficient d'une large protection contre le reproche de partialité personnelle, ce qui explique la rareté des décisions qui retiennent la violation²¹⁰.

99. La Cour EDH est très peu favorable à retenir la partialité personnelle des magistrats et la théorie de l'apparence ou la présomption-postulat d'impartialité lui permet de parvenir à ses

²⁰⁶ CEDH, 10 juin 1996, PULLAR c. Royaume-Uni, requête n° 22399/93.

²⁰⁷ CEDH, PULLAR c. Royaume-Uni, op. cit., § 32.

²⁰⁸ CEDH, PULLAR c. Royaume-Uni, op. cit., § 31.

²⁰⁹ KUTY (F), op. cit, p. 57.

²¹⁰ CEDH, 23 avril 1996, REMLI c. France, op. cit. ; CEDH, 16 septembre 1999, BUSCEMI c. Italie, op. cit. ; CEDH, 28 novembre 2002, LAVENTS c. Lettonie, op. cit. ; CEDH, 27 janvier 2004, KYPRIANOU c. Chypre, op. cit. et CEDH Grande Chambre, 15 décembre 2005, KYPRIANOU c. CHYPRE, op. cit..

fins, les arrêts portant sur l'impartialité personnelle en sont révélateurs²¹¹. Les seules fois où la Cour EDH retient la partialité personnelle des magistrats sont des cas où il n'y a aucune ambiguïté possible. Tel est le cas lorsque la Cour EDH décide dans son arrêt Buscemi du 16 septembre 1999²¹² que l'apparence d'impartialité du président du tribunal pour enfant de Turin a disparu lorsqu'il s'est exprimé dans la presse en des termes transcrivant « *une appréciation négative de la cause du requérant avant de présider l'organe judiciaire appelé à trancher l'affaire* »²¹³. En effet, le magistrat avait notamment dit publiquement avant le jugement que la fillette « *vivait dans des conditions très difficiles* », « *que son éloignement était absolument nécessaire justement afin de la libérer d'une situation oppressante* »²¹⁴. Dans ce cas d'espèce, le magistrat a clairement extériorisé ses préjugés. Donc, le requérant n'a aucune difficulté de preuve. Ce qui fera dire à la Cour EDH que « *les déclarations du président étaient de nature à justifier objectivement les craintes du requérant à l'égard de son impartialité* »²¹⁵ (nous soulignons).

100. En outre, la Cour EDH conclut dans son arrêt Lavents du 28 novembre 2002²¹⁶ à l'absence d'apparence d'impartialité personnelle du tribunal lorsque la présidente, appelée à trancher l'affaire, déclare par voie de presse qu'elle ne sait pas encore si le « *jugement porterait condamnation ou acquittement partiel* »²¹⁷, ce qui est indiscutablement révélateur d'un parti pris en défaveur du mis en cause et qui ne fait plus aucun doute lorsqu'elle déclare plus tard à propos des accusés qu'elle ne comprend pas qu'ils « *ne se reconnaissent pas coupables* »²¹⁸. Dans ce cas d'espèce, il est évident que la partialité personnelle du magistrat est présente, ce qui met fin à l'apparence d'impartialité. Dès lors, la Cour EDH conclut rigoureusement en disant que « *de telles déclarations ne constituent pas une simple « appréciation négative de la cause » du requérant, mais une véritable prise de position sur l'issue de l'affaire, avec une nette préférence pour un constat de culpabilité de l'accusé. La Cour estime qu'au-delà des motifs ayant incité M^{me} Šteinerte à s'exprimer ainsi, ses déclarations ne peuvent en aucun cas être considérées comme compatibles avec les exigences*

²¹¹ Voir notamment CEDH Grande Chambre, 15 décembre 2005, KYPRIANOU c. CHYPRE, op. cit., § 119 ; CEDH, 10 juin 1996, PULLAR c. Royaume-Uni, op. cit., § 32.

²¹² CEDH, 16 septembre 1999, BUSCEMI c. Italie, op. cit.

²¹³ CEDH, BUSCEMI c. Italie, op. cit., § 68.

²¹⁴ CEDH, BUSCEMI c. Italie, op. cit., § 40.

²¹⁵ CEDH, BUSCEMI c. Italie, op. cit., § 68.

²¹⁶ CEDH, 28 novembre 2002, LAVENTS c. Lettonie, op. cit.

²¹⁷ CEDH, 28 novembre 2002, LAVENTS c. Lettonie, op. cit., § 30.

²¹⁸ CEDH, LAVENTS c. Lettonie, op. cit., § 31.

de l'article 6 § 1 de la Convention. Le requérant avait donc les plus fortes raisons de craindre le manque d'impartialité de cette juge »²¹⁹ (nous soulignons).

101. Enfin, il convient d'analyser un autre cas d'espèce, relatif à l'apparence d'impartialité personnelle, dans lequel la Cour EDH retient la preuve objective de la partialité personnelle²²⁰. La Cour EDH conclut à la partialité subjective des juges au motif que « le manque d'impartialité des juges est mis en lumière par leur réaction exagérée devant le comportement du requérant, comme le démontre leur hâte à le juger sommairement pour l'infraction pénale de contempt of court sans avoir recours à d'autres mesures possibles et moins draconiennes, telles qu'un avertissement, le renvoi de l'intéressé devant son ordre professionnel, le refus de l'entendre à moins qu'il ne retire ses déclarations ou la possibilité de lui demander de quitter le tribunal. À cet égard, un autre élément important est la sanction sévère – la prison immédiate – qu'ils ont infligée au requérant en disant, par exemple : i. Nous ne pouvons penser à un autre cas de contempt of court aussi manifeste et inadmissible de la part de quiconque (...) ii. Si la réaction de la cour n'est pas immédiate et radicale, nous estimons que la justice aura subi un revers désastreux » (nous soulignons)²²¹. Dans de telles circonstances, l'apparence d'impartialité disparaît laissant place à la partialité qui est mise en lumière par le comportement personnel des juges qui traduit une trop grande implication dans le litige dans lequel ils avaient un intérêt personnel puisqu'ils étaient les victimes de l'infraction reprochée au requérant.

Cette affaire a fait l'objet d'un recours devant la grande chambre de la Cour EDH²²² qui affirma la violation de l'article 6, § 1 en fondant sa décision sur différents aspects combinés de l'attitude des juges qui sont la preuve objective de la partialité personnelle. À ce titre, la grande chambre estime que la partialité subjective ne fait plus aucun doute car lorsque « les juges se sont sentis personnellement agressés par les propos et la conduite de M. Kyprianou », ceux-ci ont déclaré être « profondément insultés », ensuite parce que « les termes vigoureux utilisés par les juges tout au long de leur décision laissent transparaître un sentiment d'indignation et de choc, très éloigné de l'approche détachée que l'on attend des décisions judiciaires », en outre, du fait de la peine excessive infligée à l'intéressé et enfin, car les juges « ont indiqué dès le début de leur discussion avec le requérant qu'ils le considéraient comme

²¹⁹ CEDH, LAVENTS c. Lettonie, *ibid.*, § 119.

²²⁰ CEDH, 27 janvier 2004, KYPRIANOU c. Chypre, *op. cit.* et CEDH Grande Chambre, 15 décembre 2005, KYPRIANOU c. CHYPRE, *op. cit.*

²²¹ CEDH, 27 janvier 2004, KYPRIANOU c. Chypre, *op. cit.*, § 41.

²²² CEDH Grande Chambre, 15 décembre 2005, KYPRIANOU c. CHYPRE, *op. cit.*

coupable »²²³. De ces différentes constatations, la grande chambre conclut que les doutes du requérant se justifiaient sous l'angle de la démarche subjective²²⁴.

102. Ces trois décisions font partie des rares cas où l'apparence d'impartialité personnelle a été considérée par la Cour EDH comme absente car objectivement justifiée par le requérant. La Cour EDH a clairement affirmé sa conception rigoureuse de l'apparence d'impartialité personnelle notamment dans son arrêt Remli²²⁵. Dans ce cas d'espèce, était mis en cause la partialité personnelle d'un des membres du jury et non d'un magistrat²²⁶ dont une tierce personne avait attesté par écrit avoir entendu de sa part « *en plus je suis raciste* »²²⁷ alors que M. Remli et son coaccusé étaient tous deux d'origine maghrébine. La Cour EDH dispose que « *pour se prononcer sur l'existence, dans une affaire donnée, d'une raison légitime de redouter d'un juge un défaut d'impartialité, l'optique de l'accusé entre en ligne de compte mais ne joue pas un rôle décisif. L'élément déterminant consiste à savoir si les appréhensions de l'intéressé peuvent passer pour objectivement justifiées* »²²⁸ (Nous soulignons). En l'espèce, la Cour EDH décide que la contestation de l'impartialité d'un des membres du jury n'était pas dépourvue de sérieux ce qui impliquait, pour la cour d'assises, de faire les vérifications qui s'imposaient. N'ayant pas été faites, la Cour EDH condamne la France²²⁹.

103. Cependant, la notion, « *d'appréhension objectivement justifiée* », est délicate à manipuler car les appréhensions, les doutes du justiciable sont eux-mêmes subjectifs. Dès lors, il est fréquent que la Cour EDH rejette la violation de l'apparence d'impartialité personnelle²³⁰. Elle adopte cette position dans l'arrêt De Cubber²³¹ où le requérant alléguait une violation du principe d'impartialité personnelle et fonctionnelle du tribunal. Quant à la première, le requérant reprochait au juge d'avoir « *manifesté depuis des années un certain acharnement contre lui* »²³². Cependant, lorsque la Cour EDH a le choix, entre le constat de la

²²³ CEDH Grande Chambre, KYPRIANOU c. CHYPRE, op. cit., § 130.

²²⁴ CEDH Grande Chambre, KYPRIANOU c. CHYPRE, op. cit., § 133.

²²⁵ CEDH, 23 avril 1996, REMLI c. France, op. cit.

²²⁶ Il faut donc noter que cette exigence s'applique également au jury et pas seulement aux magistrats professionnels.

²²⁷ CEDH, 23 avril 1996, REMLI c. France, op. cit., § 11.

²²⁸ CEDH, 23 avril 1996, REMLI c. France, op. cit., § 46.

²²⁹ CEDH, 23 avril 1996, REMLI c. France, op. cit., §-48.

²³⁰ Voir notamment : CEDH, 26 octobre 1984, DE CUBBER c. Belgique, op. cit. ; CEDH, 10 juin 1996, PULLAR c. Royaume-Uni, requête n° 22399/93 ; KUTY (F), op. cit., p. 58-59.

²³¹ CEDH, 26 octobre 1984, DE CUBBER c. Belgique, op. cit.

²³² CEDH, DE CUBBER c. Belgique, op. cit., § 25.

partialité subjective ou objective, elle préfère privilégier la seconde qui est moins dure à accepter pour le magistrat et l'État mis en cause. En effet, la partialité objective préserve plus la dignité des magistrats et l'État car elle est « indirecte ». Ainsi, dans ce cas d'espèce, après avoir rappelé le principe de l'apparence d'impartialité personnelle, elle conclut en disant que la preuve contraire « *ne ressort point des éléments recueillis par la cour* »²³³.

104. La réticence de la Cour EDH à retenir la partialité subjective a été expressément affirmée dans son arrêt Pullar²³⁴. Cette affaire est relative à la mise en cause de l'impartialité personnelle du tribunal, mais ici le grief est reproché à un membre du jury et non pas à un magistrat. Néanmoins, c'est une illustration parfaite de la position stricte de la Cour EDH en la matière. Dans cette espèce, le requérant met en cause l'apparence d'impartialité personnelle du tribunal au motif que l'un des membres du jury est le salarié de l'un des deux principaux témoins à charge. La Cour EDH décide que ce type de relation a de quoi inquiéter un accusé et poursuit en indiquant que « *le fait qu'un membre du tribunal connaît personnellement l'un des témoins n'implique pas nécessairement que ledit membre aura un préjugé favorable à l'égard du témoignage de cette personne* »²³⁵. Donc, cet arrêt démontre parfaitement que l'apparence d'impartialité personnelle est le reflet d'une conception rigoureuse, stricte de la Cour EDH. Celle-ci attend une preuve objective, concrète de la partialité, la simple éventualité, le doute apparent du requérant est toujours inopérant.

105. Enfin, la Cour EDH est consciente de la lourde tâche probatoire qu'elle met à la charge des requérants avec la théorie de l'apparence d'impartialité personnelle, mais selon elle, « *si dans certains cas il peut s'avérer difficile de fournir des preuves permettant de réfuter la présomption, la condition d'impartialité objective fournit, il convient de le rappeler, une garantie importante de plus* »²³⁶. En conséquence, la Cour EDH comble cette présomption d'impartialité personnelle grâce à sa conception moins exigeante de l'impartialité objective²³⁷. En d'autres termes, l'obligation d'impartialité objective est appréciée, par la Cour EDH, à l'aune de l'apparence ce qui aboutit à retenir plus facilement la violation alors qu'on peut *a contrario* qualifier l'appréciation de l'impartialité subjective de

²³³ CEDH, DE CUBBER c. Belgique, *ibid.*, § 25.

²³⁴ CEDH, 10 juin 1996, PULLAR c. Royaume-Uni, *op. cit.*

²³⁵ CEDH, PULLAR c. Royaume-Uni, *op. cit.*, § 38.

²³⁶ CEDH, 10 juin 1996, PULLAR c. Royaume-Uni, *op. cit.*, § 32.

²³⁷ COUSSIRAT-COUSTERE (V), La jurisprudence de la CEDH en 1984, *AFDI*, 1984, p. 407.

tolérante²³⁸. Dès lors, l'apparence de partialité fonctionnelle est une protection plus efficace pour les justiciables.

B- La protection des justiciables grâce à l'apparence de partialité fonctionnelle

106. La difficulté de preuve inhérente à l'impartialité personnelle a amené la Cour EDH à donner un second sens à l'impartialité.

107. C'est en 1982, dans son arrêt Piersack²³⁹ que la Cour EDH utilise pour la première fois à la notion d'impartialité objective. Dès lors, cette dernière sera le domaine de prédilection de la Cour EDH. Dans cette affaire, l'accusé est soupçonné d'un double homicide volontaire et prémédité. Il est renvoyé devant la Cour d'assises présidée par M. Van de Walle. Ce dernier avait rempli auparavant les fonctions de premier substitut du procureur du Roi à Bruxelles. Jusqu'à sa nomination à la Cour d'appel, il se trouvait à la tête de la section B du parquet de la capitale où il était chargé des poursuites pour crimes et délits contre les personnes et donc saisi, précisément, du cas de M. Piersack. Le 10 novembre 1978, ce dernier fut déclaré coupable de meurtre et condamné à dix-huit ans de travaux forcés. Il saisit alors la Cour de cassation en alléguant la violation de l'article 127 du code judiciaire, aux termes duquel "*à peine de nullité, les magistrats*" ayant "*rempli dans l'affaire les fonctions de ministère public (...) ne peuvent (...) présider les assises (...)*". Le pourvoi fut rejeté le 21 février 1979. L'accusé introduit alors une requête devant la Commission européenne des droits de l'Homme²⁴⁰, le 15 mars 1979, pour violation de l'article 6, § 1 de la Convention EDH, au motif que sa cause n'avait pas été entendue par un tribunal impartial. Le 15 juillet 1980 la requête fut retenue.

²³⁸ KUTY (F), op. cit., p. 58.

²³⁹ CEDH, PIERSACK c. Belgique, op. cit. ; KUTY (F), op. cit., p. 312-314 ; JOSSERAND (S), op. cit., p. 235-236 ; TAVERNIER (P) et ROLLAND (P), chronique de jurisprudence de la CEDH, *J.D.I.*, 1985, p. 211 et s. ; KOERING-JOULIN (R), La notion européenne de Tribunal indépendant et impartial au sens de l'article 6, § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, *RSC*, 1990, p. 765 et s. ; TULKENS (F) et D. BOSLY (H), La notion européenne de tribunal indépendant et impartial, *RSC*, 1990, p. 677 et s. ; VAN COMPERNOLLE (J), Évolution et assouplissement de la notion d'impartialité objective, *RTDH*, 1994 ; KOERING-JOULIN (R), Le juge impartial, *Justice* n° 10, avril/juin 1998, p. 1 et s. ; MAGNIER (V), La notion de justice impartiale, *JCPG*, n° 36, 6 septembre 2000, p. 1597 ; GERARDIN-SELLIER (N), La composition des juridictions à l'épreuve de l'article 6, § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, op. cit. ; DE GOUTTES (R), L'impartialité du juge. Connaître, traiter et juger : quelle compatibilité, *RSC*, 2003, p. 63.

²⁴⁰ Désormais Commission EDH.

108. Tout d'abord, la Cour EDH pose les critères principaux de l'impartialité objective, à savoir le critère organique, le critère fonctionnel et surtout le critère basé sur l'apparence.

109. Une précision terminologique s'impose afin d'éviter tout risque de confusion. Comme expliqué précédemment, il existe l'impartialité subjective ou personnelle et l'impartialité objective ou fonctionnelle. Ces deux dénominations ne font pas référence à l'appréciation de l'impartialité par le justiciable qui peut être objective ou subjective²⁴¹, mais seulement au type d'impartialité. Lorsque ce dernier repose sur des considérations inhérentes à la personne du juge, ses sentiments, son for intérieur, la Cour EDH parle d'impartialité subjective et le professeur Renée Koering-Joulin d'impartialité personnelle²⁴² et lorsqu'il repose sur des aspects extérieurs à la personne du juge, telles l'organisation interne du service, la séparation des fonctions, la Cour EDH parlant d'impartialité objective et le professeur Renée Koering-Joulin d'impartialité fonctionnelle²⁴³. Cette dernière appellation ne fait pas quant à elle référence au critère fonctionnel de l'impartialité établi par la Cour EDH.

110. Le critère fonctionnel correspond « à la manière dont les fonctions judiciaires sont organisées. Il s'agit de prendre en considération le statut du juge ou encore les fonctions telles que celui-ci les a concrètement exercées. »²⁴⁴. Un tel critère favorise inévitablement une appréciation *in concreto* de l'impartialité par la détermination de l'ampleur exacte du cumul et de ses conséquences sur le principe d'impartialité. Avec un tel critère, il peut y avoir eu cumul sans pour autant conclure à la partialité du magistrat.

111. Quant au critère organique, il concerne l'organisation judiciaire qui renvoie, en la matière, à la théorie de la séparation des fonctions²⁴⁵.

112. Enfin, avec le critère de l'apparence, la Cour EDH prend en considération les impressions que le justiciable se fait de l'impartialité du juge. En ce sens, le juge doit se présenter aux yeux du justiciable de telle sorte qu'il ne puisse mettre en doute son impartialité. Cette démarche est en opposition totale avec la théorie de l'apparence d'impartialité

²⁴¹ On parlera par exemple d'impartialité fonctionnelle ou d'impartialité objective appréciée de façon subjective lorsque l'optique de l'accusé joue un rôle déterminant dans l'appréciation de la violation et qu'il n'a pas à prouver objectivement ses craintes. Au contraire s'il doit prouver ses craintes, il convient de parler d'impartialité objective ou d'impartialité fonctionnelle appréciée de façon objective.

²⁴² KOERING-JOULIN (R), Le juge impartial, *Justice*, 1998, n° 10, p. 1 et s.

²⁴³ *Ibid.*

²⁴⁴ KUTY (F), op. cit., p. 257.

²⁴⁵ KUTY (F), op. cit., p. 257-258.

précédemment étudiée. Ce critère de l'apparence est à la base d'une approche subjective de l'impartialité fonctionnelle, les ressentis du justiciable entrent en ligne de compte, ils jouent un rôle décisif. Le requérant va décrire à la Cour EDH les circonstances apparentes qui ont fait naître en lui un doute quant à l'impartialité du tribunal, il n'a donc plus de difficulté probatoire puisqu'il ne doit pas prouver ses appréhensions, il se contente de décrire la situation apparente et la Cour EDH juge si la probabilité de partialité est suffisante.

113. Dans ce contexte, l'arrêt Piersack qui est relatif à l'impartialité objective consacre la théorie de l'apparence de partialité fonctionnelle. Comme expliqué précédemment ce recours aux apparences se manifeste dans la jurisprudence de la Cour EDH par l'adage « *justice must not only be done: it must also be seen to be done* », il fut utilisé pour la première fois par la Cour EDH dans l'arrêt Delcourt²⁴⁶. Il amoindrit l'importance de la partialité effective du juge, puisque qu'il signifie que la justice doit être rendue en toute impartialité et qu'elle doit aussi en donner l'impression. Ainsi, l'arrêt Piersack ouvre la voie à une conception extensive de l'impartialité objective car elle est appréciée de façon subjective.

114. Dans cet arrêt, la Cour EDH, après avoir défini l'impartialité, apprécie les trois critères précités de l'impartialité objective (organique, fonctionnel et de l'apparence). Il est possible de constater qu'elle utilise sa conception stricte de la séparation des fonctions et donc de l'impartialité pour fonder la théorie de l'apparence²⁴⁷ ce qui est d'autant plus justifié dans le cas d'espèce où est en cause le cumul très critiquable de la fonction de poursuite et de jugement. En ce sens, la Cour conclut à la partialité fonctionnelle du juge en se basant sur le fait que le cumul des fonctions de magistrat du parquet et de juge du fond suffit, fort justement pour ce cas de cumul, à lui seul pour caractériser la violation de cette exigence. Ainsi, selon la Cour, « *il n'y a pas lieu non plus d'essayer de mesurer l'ampleur exacte de ce rôle en recherchant par exemple, au moyen d'un complément d'instruction, si M. Van de Walle avait reçu ou non lui-même l'apostille du 4 février 1977 et eu ou non avec Mme del Carril et M. De Nauw des entretiens relatifs au cas d'espèce.* »²⁴⁸. Donc, avec cette décision, le principe séparatiste entre les fonctions de poursuite et de jugement est apprécié de façon très stricte car le cumul suffit à lui seul pour entraîner la partialité des magistrats et ce de

²⁴⁶ CEDH, 17 janvier 1970, DELCOURT c. Belgique, op. cit.

²⁴⁷ MARTENS (P), op. cit., p. 640.

²⁴⁸ CEDH, 1 octobre 1982, PIERSACK c. Belgique, op. cit., § 31.

façon abstraite²⁴⁹. Dès lors, il n'y a aucune place pour une analyse concrète du cumul, il n'y a aucune considération pour l'ampleur exacte du cumul, en analysant, par exemple, la nature et la portée des actes précédemment accomplis par le magistrat en cause. D'ailleurs, dans son rapport Piersack, la Commission EDH « *ne juge pas nécessaire d'établir in concreto en quoi a consisté, dans l'affaire du requérant, l'intervention de M. A, en qualité de magistrat du parquet. Cette circonstance suffit, aux yeux de la Commission, pour établir qu'au moment de la procédure de jugement, le président de la cour d'assises n'a pas présenté toutes les garanties voulues d'impartialité* »²⁵⁰.

115. Les juges européens adoptent une appréciation *in abstracto* de l'impartialité fonctionnelle, le seul fait pour un magistrat d'avoir connu de l'affaire à quel que titre que ce soit lui interdit de participer à son jugement, ce qui paraît pleinement justifié lorsqu'il s'agit d'un magistrat du parquet. En conséquence, la Cour EDH et la Commission ont une conception stricte de la séparation, elles n'attachent aucune importance à l'ampleur du cumul, en analysant par exemple la portée des actes accomplis, la seule apparence de partialité suffit pour conclure à la violation de l'exigence d'impartialité.

116. La théorie de l'apparence de partialité fonctionnelle facilite la tâche du justiciable qui est donc dans une position favorable. La précision de la Cour EDH en est le reflet lorsqu'elle décide « *qu'en la matière, même les apparences peuvent revêtir une certaine importance [...] Il suffit de constater que l'impartialité du "tribunal" auquel il incombait de décider "du bien-fondé de l'accusation" pouvait paraître sujette à caution* (nous soulignons) »²⁵¹. Cette dernière considération démontre que l'approche subjective de l'impartialité objective tient une place centrale dans cette jurisprudence. C'est le regard du justiciable, son impression, sa perception qui sont déterminants pour aboutir à la partialité du juge. Le justiciable bénéficie d'une protection très étendue et absolue. Les apparences ont donné la primauté aux critères organiques de l'impartialité objective, au détriment des considérations fonctionnelles. En d'autres termes, avec cette génération jurisprudentielle « *les considérations organiques avaient pris l'ascendant sur les considérations de nature fonctionnelle, en ce sens que les*

²⁴⁹ KUTY (F), op. cit., p. 311-314.

²⁵⁰ Rapport de la Commission EDH, 13 mai 1981, PIERSACK c. Belgique, requête 8692/79, § 55.

²⁵¹ CEDH, 1 octobre 1982, PIERSACK c. Belgique, op. cit., § 31.

*règles d'organisation judiciaire avaient acquis une prédominance sur l'exercice concret des fonctions judiciaires. »*²⁵².

117. Cette conception extensive de l'impartialité objective sera notamment réaffirmée par la Cour EDH dans les arrêts De Cubber²⁵³ et Pauwels²⁵⁴ et par la Commission EDH²⁵⁵.

118. Tout d'abord, en 1984 avec l'arrêt De Cubber, la Cour EDH réaffirme l'importance de l'impartialité objective. Cet arrêt concerne aussi le cumul des fonctions mais, en l'espèce, la situation est différente par rapport à l'arrêt de principe (Piersack). Il s'agit de l'exercice successif des fonctions de juge d'instruction et de juge du fond par un même magistrat et dans une même cause. Si la situation juridique est distincte, l'appréciation de la Cour EDH n'en demeure pas moins constante. Elle reprend son fondement traditionnel, à savoir une conception stricte du principe séparatiste et ce en se basant sur les impressions du requérant. Ainsi, elle décide « *qu'en la matière, même les apparences peuvent revêtir de l'importance; selon un adage anglais cité notamment dans l'arrêt Delcourt du 17 janvier 1970, "justice must not only be done: it must also be seen to be done"* »²⁵⁶. Donc, elle reste dans la même lignée en attribuant une égale importance aux apparences et en conservant une approche subjective de l'impartialité objective qui se reflète dans ses arguments lorsqu'elle précise « *qu'on comprend, dès lors, qu'un inculpé puisse éprouver de l'inquiétude s'il retrouve, au sein du tribunal appelé à statuer sur le bien-fondé de l'accusation, le magistrat qui l'avait mis en détention préventive et l'avait souvent interrogé pendant l'instruction préparatoire, ses questions fussent-elles dictées par le souci de découvrir la vérité.[...] Aussi conçoit-on qu'il puisse, aux yeux de l'intéressé, paraître occuper une situation lui permettant de jouer un rôle capital dans la juridiction de jugement, voire s'être formé par avance une opinion qui risque de peser lourd dans la balance au moment de la décision.* »²⁵⁷

119. Dans cet arrêt, la Cour accorde une importance capitale à l'apparence lorsqu'elle relève que l'impartialité du tribunal correctionnel « *pouvait sembler au requérant sujette à caution.[...] que la présence dudit magistrat avait de quoi inspirer à M. De Cubber des*

²⁵² KUTY (F), op. cit., p. 314.

²⁵³ CEDH, 26 octobre 1984, DE CUBBER c. Belgique, op. cit.

²⁵⁴ CEDH, 26 mai 1988, PAUWELS c. Belgique, op. cit.

²⁵⁵ Commission EDH, rapport Piersack c. Belgique, 13 mai 1981 ; Commission EDH, rapport Ben Yaacoub c. Belgique, 7 mai 1985 ; Commission EDH, décision Schmid c. Autriche, 9 décembre 1987 ; Commission EDH, rapport Kristinsson c. Islande, 8 mars 1989.

²⁵⁶ CEDH, 26 octobre 1984, DE CUBBER c. Belgique, op. cit. § 26.

²⁵⁷ CEDH, 26 octobre 1984, DE CUBBER c. Belgique, op. cit., § 29.

appréhensions légitimes.»²⁵⁸. De cette apparence découle une appréciation *in abstracto* du cumul. La seule apparence de partialité qui provient, dans ce cas d'espèce, de la présence du cumul est suffisante, nul besoin pour le justiciable de prouver l'ampleur du cumul et ses conséquences sur l'impartialité, à ce titre l'argumentation de la Cour EDH est frappante lorsqu'elle dit qu'elle « *ne dispose que de peu de renseignement sur les mesures prises en l'occurrence par M. Pilate, sauf en ce qui concerne le mandat d'arrêt décerné contre le requérant le 5 avril 1977, mais elles ont dû atteindre une ampleur considérable si l'on en juge par la complexité de l'affaire et la durée de l'instruction préparatoire.* »²⁵⁹

120.Enfin, dans l'arrêt Pauwels, la solution est encore plus tranchée²⁶⁰, en ce sens que la Cour EDH énonce seulement que « *M. Van Even a effectivement cumulé dans le cas de M. Pauwels, en vertu du code de procédure pénale militaire, des fonctions d'instruction et de poursuite. Dès lors, son impartialité pouvait paraître sujette à caution* »²⁶¹.

121.Cette première vague jurisprudentielle qui consacre une conception abstraite et subjective de l'impartialité objective a eu le mérite de permettre une application nette du principe séparatiste, sans rentrer dans des considérations subtiles quant à l'ampleur réelle du cumul.

122.Par ailleurs, le justiciable bénéficiait d'une protection accrue dans la mesure où la perception d'un simple doute quant à l'impartialité du magistrat suffisait pour conclure à la violation du principe. Mais, une telle conception peut aboutir à « *la tyrannie de l'apparence* »²⁶² c'est-à-dire à une organisation judiciaire opprimée par l'apparence, ainsi en voulant préserver l'apparence de partialité il est un risque d'aboutir à une justice rendue par des magistrats qui préserveront seulement l'apparence de partialité tout en pouvant être réellement partiaux. Cette tyrannie de l'apparence aurait pour résultat d'aboutir à la « *virginité intellectuelle* »²⁶³ apparente. Les effets pervers de cette théorie n'ont pas empêché de voir certains de ces critères appliqués en droit interne, il convient de déterminer quelle est la relation entre la théorie de l'apparence et le droit interne (section 2).

²⁵⁸ CEDH, DE CUBBER c. Belgique, op. cit., § 30.

²⁵⁹ CEDH, DE CUBBER c. Belgique, op. cit., § 29.

²⁶⁰ Mais justifiée car elle concerne le cumul de la poursuite avec une autre fonction.

²⁶¹ CEDH, PAUWELS c. Belgique, op. cit., § 38 ; Sur cet arrêt voir infra, partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, §-1.

²⁶² MARTENS (P), op. cit.

²⁶³ MARTENS (P), op. cit., p. 647.

Section 2 : La théorie de l'apparence dans le droit interne relatif à la matière pénale

123. La présence de la théorie de l'apparence dans le droit de la Convention EDH est certaine puisqu'il en est l'instigateur. Dès lors, l'utilisation expresse par la Cour EDH du vocable apparence et la consécration d'un modèle interprétatif avec des fondements propres sont essentiels, déterminants pour parvenir à la conclusion qu'il y a application de la théorie. Cette dernière n'existe donc qu'en présence du modèle interprétatif précédemment décrit²⁶⁴ qui repose principalement sur un principe séparatiste strict et sur l'utilisation formelle du terme apparence.

124. Il convient de déterminer si certains caractères de la théorie de l'apparence sont présents en droit interne. Ce dernier comporte des dispositions légales qui sont le reflet d'un principe séparatiste strict fondement de la théorie de l'apparence (§-1). De plus, il est possible de déceler une connexité de raisonnement entre la jurisprudence internes et la théorie de l'apparence de partialité ; la théorie de l'apparence sous-jacente au sein de la jurisprudence (§-2).

125. Enfin, la théorie ne sera présente en droit interne qu'à la double condition que l'appellation apparence et que le modèle interprétatif de la théorie qui réside principalement dans une conception stricte du principe séparatiste soient explicitement utilisés. Dans le cas contraire il s'agit de la présence non pas de la théorie mais de certains de ses caractères.

§-1 Les dispositions légales source du principe séparatiste strict

126. Pour rappel²⁶⁵, l'apparence de partialité ou présomption de partialité signifie que d'un fait connu sera induit un fait inconnu, la partialité, car selon la règle du *plerumque fit*, dans la majorité des cas on peut craindre qu'un magistrat qui a par exemple cumulé deux fonctions précises puisse se forger une opinion préconçue de la cause le rendant partial. Donc, il s'agit bien d'une partialité plausible, vraisemblable et plus précisément d'une présomption de

²⁶⁴ *Supra* : Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, §-1 La théorisation de l'apparence relative à l'impartialité.

²⁶⁵ *Supra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, §-1, A-La distinction entre l'apparence d'impartialité et l'apparence de partialité.

partialité²⁶⁶. Cette apparence de partialité qui est notamment fondée sur un principe séparatiste strict a été retenue par la Cour EDH jusqu'en 1989²⁶⁷. L'élément fondamental de la théorie de l'apparence réside dans un principe séparatiste « rigide »²⁶⁸ également présent en droit interne. Aussi la conception inflexible du non-cumul, caractéristique de la théorie de l'apparence, peut être relevée tant dans les dispositions légales relatives aux incompatibilités des fonctions d'instruction (lato sensu) et de jugement (A) que dans la consécration textuelle, arrivée tardivement, de la séparation des autorités de poursuite et de jugement (B).

A- La séparation légale des fonctions d'instruction et de jugement

127. La séparation des fonctions d'instruction et de jugement fait l'objet d'un certain nombre de dispositions légales. L'instruction doit être entendue de toutes les juridictions d'instruction c'est-à-dire, tant le juge d'instruction que le juge des libertés et de la détention²⁶⁹ ou encore les conseillers et le président de la chambre de l'instruction.

128. Il existe différentes dispositions légales relatives à cette séparation des fonctions. L'article 49 alinéa 2 du code de procédure pénale²⁷⁰ prévoit que le juge d'instruction « *ne peut, à peine de nullité, participer au jugement des affaires pénales dont il a connu en sa qualité de juge d'instruction* », l'article 137-1 alinéa 3 du CPP dispose que le JLD « *ne peut, à peine de nullité, participer au jugement des affaires pénales dont il a connu* », et enfin l'article 253 du CPP prévoit que « *ne peuvent faire partie de la cour en qualité de président ou d'assesseur les magistrats qui, dans l'affaire soumise à la cour d'assises, ont, soit fait un acte de poursuite ou d'instruction, soit participé à l'arrêt de mise en accusation ou à une décision sur le fond relative à la culpabilité de l'accusé* ».

²⁶⁶ *Supra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, §-1, A-, b- l'acceptation de l'apparence applicable au principe d'impartialité.

²⁶⁷ CEDH, 24 mai 1989, HAUSCHILDT c. Danemark, op. cit. Cette appréciation fondée sur l'apparence est abandonnée en 1989. Elle ne concerne que l'impartialité visée à l'article 6, §-1. En effet, l'impartialité des magistrats, au sens de l'article 5, §-3, fera l'objet d'une appréciation fondée sur l'apparence et ce même après 1989, sur ce point voir *infra*, Partie 2, Titre 2.

²⁶⁸ *Supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, §-1, B-, 1-, b- la consécration d'un principe séparatiste strict.

²⁶⁹ Désormais JLD.

²⁷⁰ Désormais CPP.

129. L'objet de cette analyse n'est pas de relever les éventuelles incohérences ou carences issues de ces différentes dispositions²⁷¹ mais de s'attacher à déceler les similitudes d'approche interprétative existantes entre ces dispositions législatives et la théorie de l'apparence. À la lecture de ces différentes dispositions, il est aisé de comprendre qu'elles consacrent toutes une séparation intransigeante des fonctions tout comme celle découlant de la théorie de l'apparence de partialité qui consiste en une interdiction pure et simple de tous les cumuls quelle qu'en soit l'ampleur²⁷².

130. En effet, avec ces incompatibilités légales c'est bien le risque de partialité²⁷³ qui prime ce qui permet de faire un rapprochement avec les conséquences attachées à la théorie de l'apparence avec laquelle est sanctionnée la seule probabilité, vraisemblance, présomption de partialité. C'est donc toujours le même schéma interprétatif qui est utilisé tant dans les incompatibilités légales que dans la théorie de l'apparence ; d'un fait connu, le cumul des fonctions d'instruction et de jugement, on va induire un fait inconnu, la partialité. Selon la règle du *plerumque fit*, dans la majorité des cas on peut craindre qu'un magistrat qui a cumulé ces deux fonctions d'instruction et de jugement puisse se forger une opinion préconçue de la cause le rendant partial²⁷⁴. On peut craindre qu'un JLD qui a par exemple ordonné le placement en détention soit désormais incapable de juger au fond car dans la majorité des cas ce magistrat risque d'être partial. Il y a donc un très net rapprochement avec la théorie de l'apparence, dans les deux cas la seule circonstance de ce cumul entraîne incapacité pour le juge d'exercer une deuxième fonction. Ceci est qualifié dans la théorie de l'apparence de présomption de partialité, d'apparence de partialité.

131. Ces dispositions légales permettent de prémunir le jugement contre le simple risque de partialité, le juge d'instruction ou le JLD ou l'un des membres de la chambre de l'instruction « *ayant prématurément arrêté une opinion, la meilleure garantie de l'impartialité du jugement à intervenir consiste à l'exclure du siège des cours et tribunaux [...]. Le juge du fond doit aborder la cause l'esprit vierge de toute opinion prématurément arrêtée* »²⁷⁵ ainsi « *par cette*

²⁷¹ *Infra*, Titre 2 : Les principes procéduraux au soutien de l'impartialité

²⁷² Le principe séparatiste applicable au tribunal pour enfants est volontairement soustrait de cette analyse car il est une restauration partielle de la séparation des fonctions : *Infra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, §-1.

²⁷³ PRADEL (J), op.cit., p. 30 et s., §-7.

²⁷⁴ *Supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, §-1, A-, 2- L'acceptation de l'apparence applicable à l'impartialité.

²⁷⁵ KUTY (F), op. cit., p. 432.

*séparation du jugement, [...] et de l'instruction, la loi a voulu garantir l'indépendance et l'impartialité du juge qui décide de la culpabilité ou de l'innocence du prévenu ou de l'accusé. »*²⁷⁶.

132. La consécration d'une appréciation similaire à celle de la théorie de l'apparence de partialité ne se rencontre pas exclusivement dans les dispositions relatives à la séparation des fonctions d'instruction et de jugement elle l'est également dans l'article préliminaire relatif à la séparation des fonctions de poursuite et de jugement.

B- La séparation légale des fonctions de poursuite et de jugement

133. La notion de jugement dont il est fait usage dans cette partie doit être entendue largement, elle ne fait pas exclusivement référence au jugement sur le fond. L'expression séparation des fonctions de poursuite et de jugement *« doit être en réalité, entendue plus largement, un jugement étant « toute décision juridictionnelle rendue par une juridiction en cours d'instance ou pour mettre fin à l'instance ». Il importe, en effet, de garder à l'esprit que les organes d'instruction sont aussi des organes juridictionnels, et de considérer que la règle n'a pas trait exclusivement à la phase décisive du procès. »*²⁷⁷

134. Cette séparation des fonctions est consacrée et sanctionnée de façon absolue et constante par la Cour de cassation²⁷⁸, sa primauté a été renforcée par le Conseil constitutionnel par sa décision *« Injonction pénale »* du 2 février 1995²⁷⁹ dans laquelle il a décidé *« [...] que le principe du respect des droits de la défense constitue un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République réaffirmés par le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, auquel se réfère le Préambule de la Constitution de 1958 ; qu'il implique, notamment en matière pénale, l'existence d'une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties ; qu'en matière de délits et de crimes, la*

²⁷⁶ BOULOC (B), LEVASSEUR (G), STEFANI (G), *Procédure pénale*, Dalloz, coll. Précis, 25^{ème} éd., 2015, p. 39.

²⁷⁷ ROETS (D), *Impartialité et justice pénale*, éd. Cujas, Coll. Travaux de l'institut de sciences criminelles de poitiers, 1997-18, p. 49-50.

²⁷⁸ Cass. crim., 13 septembre 1827, bull.crim. n° 237; Cass. crim., 22 mars 1844, Bull. crim. n° 111; Cass. crim., 5 février 1959, bull. crim. n° 86; Cass. crim., 15 mars 1960, bull. crim. n° 148; Cass. crim., 29 octobre 1979, bull. crim. n° 296 ; Cass. crim., 5 décembre 2001, bull. crim. n° 253; Cass. crim., 24 mai 2005, bull. crim. n° 152.

²⁷⁹ DC n° 95-360, 2 février 1995, Loi relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, JO 7 février 1995, p. 2097.

séparation des autorités chargées de l'action publique et des autorités de jugement concourt à la sauvegarde de la liberté individuelle (Nous soulignons)»²⁸⁰.

135. Cette séparation des fonctions de poursuite et de jugement a une importance capitale tant il est incompatible avec le principe d'impartialité de déclencher les poursuites et de juger au fond²⁸¹. Elle est affirmée textuellement à l'article 253 du Code de procédure pénale en ce qui concerne la séparation des fonctions de poursuite et de jugement devant la cour d'assises. Cette séparation des fonctions qui est l'un des fondements de l'apparence de partialité objective, a été élargie expressément à toutes les fonctions de jugement assez tardivement. Le législateur a comblé cette lacune en adoptant la loi du 15 juin 2000²⁸² qui a institué dans son article premier l'article préliminaire du code de procédure pénale qui dispose que « *La procédure pénale doit être équitable et contradictoire et préserver l'équilibre des droits des parties. Elle doit garantir la séparation des autorités chargées de l'action publique et des autorités de jugement.* »²⁸³.

136. Il y a donc une similitude d'appréciation du principe séparatiste dans la théorie de l'apparence et dans les incompatibilités légales précitées. En ce sens, lorsque le législateur pose l'incompatibilité des fonctions, il traduit la conception selon laquelle la présence d'un fait connu, le magistrat a cumulé dans la même affaire les fonctions de parquetier et de juge du jugement, entraîne inévitablement un fait inconnu, la partialité du juge auteur du cumul. Le législateur adopte donc un raisonnement identique à celui présent dans la théorie de l'apparence de la Cour EDH, avec le même résultat sévère et salvateur qui en découle ; l'interdiction absolue du cumul des fonctions pour faire échec au risque de partialité.

137. L'interdiction du cumul des fonctions de poursuite et jugement est la seule à être absolue en droit interne. D'ailleurs, la Chambre criminelle veille fermement à son respect, elle est allée jusqu'à décider que la séparation des autorités de poursuite et d'instruction devait s'apprécier par conjoints interposés²⁸⁴. Cette jurisprudence constante qui interdit à deux conjoints de connaître d'une même affaire, l'un comme magistrat du parquet et l'autre comme

²⁸⁰ DC n° 95-360, op. cit., considérant n° 5.

²⁸¹ *Infra* Partie 2, Titre 2.

²⁸² Loi du 15 juin 2000, loi n° 2000-516, loi renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, JO 16 juin 2000, n° 0138, p. 9038.

²⁸³ Article préliminaire du CPP I-, alinéas 1 et 2.

²⁸⁴ Cass. crim., 19 mai 1978, bull. crim., n° 159 ; Cass. crim., 29 juin 1983, bull. crim., n° 204 ; Cass. crim., 30 avril 1986, bull. crim., n° 151 ; Cass. crim., 29 février 1996, bull. crim., n° 99.

juge²⁸⁵ démontre la sévérité de la Cour de cassation, elle sanctionne cette situation en considérant artificiellement qu'il s'agit quasiment de la même personne. Si cette jurisprudence est constante ce n'est qu'avec sa décision du 29 février 1996²⁸⁶ que la Chambre criminelle l'admet pour la première fois au visa de l'article 6, § 1 de la Convention EDH. Elle décide que l'arrêt rendu par la chambre d'accusation encourt la cassation dès lors que siègeait un conseiller conjoint du magistrat du parquet qui avait pris des réquisitions de non-lieu. Cette jurisprudence a été confirmée le 9 juin 2015²⁸⁷ par la Chambre criminelle de la Cour de cassation. En l'espèce, il s'agissait de la connaissance d'une même affaire par deux conjoints dont l'un était conseillé à la Cour d'appel, chargée de connaître de la cause, et l'autre était le procureur de la République qui avait déclenché l'action publique et interjeté appel. Dans un tel cas, le conseillé peut devenir l'allié de son conjoint alors procureur. Ceci est évidemment incompatible avec le principe d'impartialité. Il est surprenant que ce type de situation, en contrariété flagrante avec le principe d'impartialité, puisse encore se déployer. Il faut, une bonne fois pour toute, que les magistrats retiennent que « *toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal indépendant et impartial ; qu'il s'en déduit qu'un juge ne peut siéger dans une cause pour laquelle l'action publique a été exercée par son conjoint procureur de la République ou au nom de celui-ci* »²⁸⁸.

138. Avec l'affirmation d'un principe séparatiste rigoureux entre les fonctions de poursuite et de jugement, l'article préliminaire consacre donc un raisonnement, un modèle interprétatif en matière de séparation des pouvoirs semblable à celui rencontré dans la théorie de l'apparence.

139. La théorie de l'apparence de partialité qui a été expressément utilisée par la Cour EDH jusqu'en 1989 aboutie à un raisonnement singulier et surtout à une appréciation stricte de la séparation des fonctions, appréciation qui est décelable dans les incompatibilités précitées. Ces dernières peuvent être interprétées comme consacrant la même conception du principe séparatiste que celle présente dans la théorie de l'apparence de partialité.

140. Ces dispositions légales ne sont pas les seuls cas recensés en droit interne où il est possible de voir des connexités, des similitudes entre le droit interne relatif au droit pénal et le

²⁸⁵ PRADEL (J), Deux magistrats conjoints ne peuvent connaître d'une même cause, *D.* 1997, p. 141.

²⁸⁶ Cass. crim., 29 février 1996, bull. crim., n° 99.

²⁸⁷ Cass. crim., 9 juin 2016, pourvoi n° 14-83322, bull. crim., n° 139.

²⁸⁸ *Ibid.*

raisonnement de la Cour EDH lorsqu'elle adopte la théorie de l'apparence. En effet, il existe en outre des similitudes de raisonnement entre celui de la Cour EDH et celui adopté dans certaines décisions juridictionnelles internes.

§-2 La théorie de l'apparence sous-jacente au sein de la jurisprudence

141. La théorie de l'apparence sous-jacente au sein de la jurisprudence interne relative à la matière pénale est perceptible d'une part dans les décisions des juridictions pénales internes²⁸⁹ (A) et d'autre part des décisions récentes et marquantes du Conseil constitutionnel (B).

A- Dans les décisions des juridictions pénales

142. La Chambre criminelle de la Cour de cassation a rendu des arrêts qui reflètent l'utilisation d'un raisonnement qu'il est possible de rapprocher de celui utilisé par la Cour EDH²⁹⁰ lorsqu'elle fonde ces décisions sur la théorie de l'apparence. Tel est notamment le cas lorsqu'elle décide en 1976²⁹¹ que « *le juge d'instruction ne peut faire partie de la cour d'assises en qualité de président ou d'assesseur, pour le jugement de l'affaire dans laquelle il a accompli un acte d'instruction* », ou encore lorsqu'elle énonce en 1986²⁹² « *qu'aux termes de l'article 253 du Code de procédure pénale, ne peuvent faire partie de la Cour en qualité de président ou d'assesseur les magistrats qui, dans l'affaire soumise à la Cour d'assises, ont participé à l'arrêt de mise en accusation ; Attendu qu'il résulte des constatations de l'arrêt de la Chambre d'accusation qui a renvoyé l'accusé devant la Cour d'assises que Mme W., conseiller à la Cour d'appel de Rouen, a participé à cette décision ; que néanmoins, en dépit de l'incompatibilité édictée par l'article 253 précité, ce magistrat a fait partie, en qualité d'assesseur, de la Cour d'assises qui a jugé l'accusé ; D'où il suit que la Cour était illégalement composée et que la cassation est encourue ;* ».

²⁸⁹ La nécessité d'opérer un choix est toujours délicat mais s'avère parfois nécessaire. Aussi, sont sélectionnées les décisions qui ont été jugées les plus judicieuses pour cette analyse, il n'était pas possible et pertinent de faire une étude de toutes les décisions rendues en la matière par les juridictions internes.

²⁹⁰ JOSSERAND (S), op. cit., p. 41, §-40.

²⁹¹ Cass. Crim. 18 mai 1976, bull. crim. n° 168 ; ROETS (D), op. cit., p. 62.

²⁹² Cass. Crim. 29 janvier 1986, bull. crim. n° 38 ; JOSSERAND (S), op.cit, p. 155 ; ROETS (D), op. cit., p. 65.

143. Dans ces deux arrêts la Chambre criminelle applique un principe séparatiste rigide fondement de la théorie de l'apparence de partialité. De la seule intervention du juge d'instruction avant le jugement devant la Cour d'assises, elle en déduit que ce juge ne peut plus siéger à la juridiction de jugement. La Cour de cassation, tout comme la Cour EDH lorsqu'elle applique la théorie de l'apparence, ne précise pas l'ampleur du cumul, sa seule présence suffit pour exclure l'auteur du cumul de la formation de jugement. Il est évident que par ces décisions la Chambre criminelle cherche à éviter le seul risque de partialité. En effet, il est probable dans une telle situation que le juge soit partial. En d'autres termes, il y a une forte probabilité de partialité.

144. De plus, la Cour de cassation étend, par voie d'analogie, le champ d'application de l'article 253 du CPP lorsqu'elle rend sa décision²⁹³ du 12 octobre 1983²⁹⁴ relative à la présence au sein de la Cour d'assises de deux assesseurs ayant composé la chambre d'accusation qui avait confirmé le maintien en détention provisoire de l'accusé. Dans cet arrêt la Cour de cassation use d'une appréciation du principe séparatiste similaire à celle de la Cour EDH. Ceci est manifeste lorsqu'elle énonce « *qu'il résulte des pièces soumises à la Cour de cassation que M. Craff, président de la Cour d'assises, avait antérieurement, en tant que conseiller à la Cour d'appel, siégé à la Chambre d'accusation, laquelle avait confirmé une ordonnance rejetant une demande de mise en liberté présentée par X... ; qu'ainsi ce magistrat, même s'il n'a pas participé directement à un acte ayant pour objet de rechercher les preuves d'une infraction ou celles de la culpabilité du demandeur, a nécessairement procédé à un examen préalable du fond (nous soulignons)* ». Cet arrêt permet de déceler la présence du principe séparatiste strict, la Cour suprême indique qu'une prise de décision sur la liberté entraîne nécessairement un examen du fond et donc empêche de participer au jugement. Cette appréciation est similaire à celle de la Cour EDH. La présence d'un cumul de la fonction d'instruction relative à la liberté et de jugement entraîne apparence de partialité car la première décision amène nécessairement à l'examen préalable du fond.

²⁹³ *Infra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, §-2, B- La similitude de raisonnement entre la partialité réelle et la jurisprudence interne. Il faut préciser que la Cour de cassation a, tout d'abord adopté, pour cette même situation de cumul, une appréciation fondée sur la réalité pour ensuite procéder à un revirement jurisprudentiel en consacrant une solution plus stricte avec l'apparence de partialité. En effet avec son arrêt de 1983 elle décide que le fait d'avoir participé au sein de la Chambre de l'instruction à une décision confirmant une ordonnance de rejet de mise en liberté implique nécessairement un examen préalable du fond de l'affaire et donc la partialité apparente du magistrat auteur du cumul.

²⁹⁴ Cass. crim. 12 octobre 1983, bull. crim. n° 243. ; JOSSERAND (S), op. cit., p. 62, §-87.

145.Par ailleurs, la Cour de cassation a appliqué le même raisonnement que la Cour EDH dans des cas de cumuls impliquant les fonctions de poursuite et de jugement et ce avant la consécration²⁹⁵ de l'article préliminaire²⁹⁶ qui généralise l'incompatibilité de ces fonctions.

146.Tout d'abord, en 1979²⁹⁷ la Chambre criminelle décide de manière générale et inconditionnée « *qu'un magistrat ne peut connaître comme juge, des affaires dans lesquelles il a fait un acte de poursuite comme membre du ministère public.* ». Ensuite, cette position sera affirmée avec force en 1990²⁹⁸ lorsqu'elle décide « *que, selon l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal indépendant et impartial ; qu'il en résulte que ne peut participer au jugement d'une affaire un magistrat qui en a connu en qualité de représentant du ministère public.* ». Ces deux décisions démontrent parfaitement la présence d'un raisonnement similaire à celui retenu par la Cour EDH dans ses décisions d'avant 1989. En ce sens, pour la Chambre criminelle peu importe l'ampleur du cumul, le magistrat qui a connu de l'affaire comme membre du ministère public ne peut plus participer à son jugement. Il y a donc un certain rapprochement avec la présomption de partialité. C'est toujours le même modèle interprétatif qui est à la base de ces décisions, d'un fait connu, le cumul des fonctions de poursuite et de jugement, va être déduit un fait inconnu, la partialité du magistrat. Ceci car selon la règle du *plerumque fit* c'est ce qu'il arrivera dans la plupart des cas similaires. De plus, l'utilisation de l'article 6, § 1 de la Convention EDH par la Chambre criminelle pour fonder sa décision est encore plus révélatrice de cette similitude d'interprétation et de résultat puisqu'il y a une référence expresse à la notion d'impartialité. Dès lors, affirmer, à la suite de ce fondement, le principe général de l'incompatibilité des fonctions de poursuite et de jugement revient incontestablement à un rapprochement entre les raisonnements des deux Cours.

²⁹⁵ Loi du 15 juin 2000, loi n° 2000-516, loi renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, article 1 de la loi portant création de l'article préliminaire du code de procédure pénale.

²⁹⁶ Article préliminaire CPP, I : « La procédure pénale doit être équitable et contradictoire et préserver l'équilibre des droits des parties. Elle doit garantir la séparation des autorités chargées de l'action publique et des autorités de jugement.

²⁹⁷ Cass. Crim., 29 octobre 1979, bull. crim. n° 296.

²⁹⁸ Cass. Crim., 26 avril 1990, bull. crim. n° 162 ; ROETS (D), op. cit., p. 52 ; JOSSERAND (S), op. cit., p. 234.

147. En outre, la Cour de cassation adopte, dans un arrêt²⁹⁹ relatif au cumul des fonctions « d'exécution de la peine » et de jugement, une démonstration fondée, pour reprendre les termes du Professeur Pradel, sur « *une conception rigoureuse du principe d'impartialité* »³⁰⁰. Dans cette espèce, un même magistrat avait siégé au tribunal correctionnel qui avait condamné le prévenu avec sursis puis avait pris part à l'arrêt de la Cour d'appel qui avait rejeté la requête en dispense de révocation de sursis. Invoquant la violation de l'article 6, § 1 de la Convention EDH, la Chambre criminelle conclut à l'absence d'impartialité de la Cour d'appel. Dans cet arrêt, la Cour de cassation ne cherche pas à déterminer l'ampleur exacte du cumul, sa seule présence lui suffit pour conclure à la partialité ce qui est révélateur d'une appréciation stricte du principe d'impartialité et plus précisément du principe séparatiste. Ceci est d'autant plus marquant qu'elle vise l'article 6, §-1 alors qu'à cette même époque des balbutiements de la seconde génération jurisprudentielle de la Cour EDH étaient apparus. La Cour de cassation se « *range donc à la conception de la Cour de Strasbourg et, ce qui est tout à fait remarquable, c'est la première fois qu'elle le fait aussi nettement puisqu'elle rappelle que le principe d'impartialité doit s'apprécier objectivement* »³⁰¹. En d'autres termes la Cour de cassation reprend la distinction de l'impartialité subjective et objective opérée par la Cour EDH.

148. Enfin, une décision de la Cour d'appel de Reims mérite aussi d'être citée afin de démontrer non plus la présence d'un raisonnement identique à celui de la Cour EDH mais la présence de la théorie de l'apparence en droit interne, il s'agit de l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Reims le 30 juillet 1992³⁰², arrêt relatif au cumul des fonctions d'instruction et de jugement par le juge des enfants. Dans cet arrêt la Cour d'appel annule un jugement du tribunal pour enfant et invoque l'argument selon lequel « *la réunion en une même personne des fonctions d'instruire et de juger est considéré comme incompatible avec la garantie du*

²⁹⁹ Cass. crim. 27 février 1991, bull. crim. n° 99.

³⁰⁰ PRADEL (J), Manque d'impartialité une cour d'appel qui, statuant sur une demande de dispense de révocation d'un sursis, se prononce dans une composition comprenant un magistrat qui a participé à la décision de condamnation, *D.* 1992, p. 97.

³⁰¹ *Ibid.*

³⁰² CA Reims, Chambre pour mineurs, 30 juillet 1992 ; JOSSERAND (S), op. cit, p. 74 ; PRADEL (J), La composition de la juridiction compétente en matière d'enfance délinquante : dérogation à la règle de procédure interne selon laquelle un même magistrat ne peut exercer successivement dans une même affaire les fonctions d'instruction et de jugement, *D.* 1993, p. 553 ; BECQUERELLE (S), La composition de la juridiction compétente en matière d'enfance délinquante : dérogation à la règle de procédure interne selon laquelle un même magistrat ne peut exercer successivement dans une même affaire les fonctions d'instruction et de jugement, *D.* 1994, p. 37 ; HUYETTE (M), commentaire de l'arrêt Chambre criminelle du 7 avril 1993, Procureur général près la cour d'appel de Reims, *RSC*, 1994, p. 67.

droit à un juge impartial au sens de la Convention», elle ajoute que le prévenu « *était fondé à concevoir un doute sur l'impartialité du tribunal pour enfant présidé par le juge des enfants* ». Cet arrêt est la consécration flagrante et non plus sous-jacente de la théorie de l'apparence, le justiciable est en droit de douter de l'impartialité du magistrat qui a cumulé instruction et jugement. Donc, la Cour ne cherche pas à savoir en quoi a consisté le cumul pour rendre sa décision, sa seule présence suffit pour conclure à la partialité du dit juge, il y a donc une apparence de partialité identique à celle retenue par la Cour EDH dans ces décisions de la première génération jurisprudentielle. Même si cette décision a été cassée et annulée, le 7 avril 1993, par la Chambre criminelle de la Cour de cassation³⁰³, il est intéressant de constater que la théorie de l'apparence de partialité a pu être audacieusement utilisée.

149. Ces différents arrêts ont permis de déceler la présence sous-jacente dans les décisions des juridictions pénales internes d'un raisonnement similaire à celui adopté par la Cour EDH. Ces décisions ne sont pas les seules dans lesquelles il est possible de relever cette identité d'appréciation, ceci est également le cas des décisions récentes du Conseil constitutionnel.

B- Dans les décisions récentes du Conseil constitutionnel

150. La question prioritaire de constitutionnalité et le contrôle *a priori* ont permis au Conseil constitutionnel de connaître explicitement et à plusieurs reprises du principe d'impartialité. Les trois décisions sélectionnées ont trait au principe d'impartialité. L'une d'elles n'est pas relative à la procédure pénale mais a simplement pour but de démontrer s'il y a ou non stabilité dans l'appréciation du principe d'impartialité émise par le Conseil constitutionnel.

151. Le Conseil constitutionnel a eu à connaître du principe d'impartialité en procédure pénale dans des cas de recours mettant en cause l'impartialité du juge des enfants. En effet, pendant longtemps l'ancienne procédure pénale des mineurs, fondée sur le cumul des fonctions d'instruction et de jugement³⁰⁴, était considérée comme exempte de toute critique et

³⁰³ Cass. crim., 7 avril 1993, bull. crim. n° 152, p. 381.

³⁰⁴ Voir *infra* : Partie 1, titre 2, chapitre 2, Section 1, §-1 L'ajustement de la séparation des fonctions d'instruction et de jugement au tribunal pour enfants. Ce paragraphe aura vocation à appréhender la question de la séparation des fonctions devant le tribunal pour enfants. Pour ce faire une analyse détaillée de la jurisprudence conventionnelle et constitutionnelle sera opérée. Au contraire, l'objet de la présente analyse ne consiste pas en une étude de l'ajustement du principe séparatiste devant le tribunal pour enfants mais dans la démonstration de la

conforme à l'article 6, §-1 de la Convention EDH³⁰⁵, elle était sacralisée et semblait naturelle³⁰⁶ et indispensable pour atteindre le but éducatif attaché à cette justice et ce malgré la jurisprudence de la Cour EDH³⁰⁷ qui ne la mettait pas à l'abri d'une condamnation. Cependant, sans surprise et en harmonie avec la conception dominante favorable au cumul des fonctions, une majorité de la doctrine³⁰⁸ a interprété l'arrêt Nortier³⁰⁹ comme étant une déclaration de conformité, relative ou absolue, du cumul des fonctions au principe d'impartialité ou comme étant une entorse favorable à une meilleure protection des mineurs ou enfin comme affirmant la position de la Cour de cassation dans son arrêt de principe³¹⁰. Ainsi, est née une croyance en la conformité de notre procédure pénale des mineurs avec le principe d'impartialité. Pourtant, avec l'arrêt Nortier la Cour EDH avait admis la conformité du cumul des fonctions, restreint dans ce cas d'espèce, avec l'impartialité sans pour autant procurer un certificat de validité à un tel système. D'ailleurs, dans son arrêt Adamkiewicz³¹¹, la Cour EDH, en retenant toujours la même appréciation du principe d'impartialité, condamnera, comme étant contraire à l'impartialité, le cumul ample des fonctions

présence, dans certaines décisions du Conseil constitutionnel, d'une appréciation du principe séparatiste similaire à celle issue de la théorie de l'apparence de partialité.

³⁰⁵ « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial (nous soulignons), établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien fondé de toute accusation en matière pénale (nous soulignons) dirigée contre elle.[...] ».

³⁰⁶ PRADEL (J), La composition de la juridiction compétente en matière d'enfance délinquante : dérogation à la règle de procédure interne selon laquelle un même magistrat ne peut exercer successivement dans une même affaire les fonctions d'instruction et de jugement, *D.* 1993, n° 38, p.553.

³⁰⁷ CEDH, 24 août 1993, NORTIER c. Pays-Bas, requête n° 13924/88 ; CEDH, 02 mars 2010, ADAMKIEWICZ c. Pologne, requête n° 54729/00 ; RENUCCI (J-F), Le juge des enfants et l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme : nouvelle donne avec l'arrêt ADAMKIEWICZ, *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, n° 3, p. 701 ; BONFILS (P), L'impartialité du tribunal pour enfant et la Convention européenne des droits de l'homme, *D.* 2010, p. 1324 ; ROETS (D), Le particularisme éducatif de la justice pénale des mineurs à l'épreuve du droit à un tribunal impartial, *RSC* 2010, p. 687.

³⁰⁸ En ce sens voir notamment : JOSSERAND (S), op. cit., p. 76-79 ; RENUCCI (J-F), La composition de la juridiction en matière d'enfance délinquante : juge des enfants intervenant à différents stades de la procédure, *D.* 1995, p. 105 ; RENUCCI (J-F), La justice pénale des mineurs, *Justices* n° 10 avril/juin 1998, p.111 et suivant ; BONFILS (P), La réforme du droit pénal des mineurs par la loi du 10 août 2011, *D.* 2011, p.2286.

³⁰⁹ CEDH, 24 août 1993, NORTIER c. Pays-Bas, op. cit. ; KOERING-JOULIN (R), droit de l'homme : une année de jurisprudence, *RSC* 1994, p. 362 ; RENUCCI (J-F), La composition de la juridiction en matière d'enfance délinquante : juge des enfants intervenant à différents stades de la procédure, *D.* 1995, p. 105 ;

³¹⁰ Chambre Criminelle, 7 avril 1993, pourvoi n° 92-84725 ; NIVOSE (L-M), La composition du tribunal pour enfant au regard du droit à un tribunal indépendant et impartial, *Droit pénal* juin 1993, *Chronique* 27 ; PRADEL (J), La composition de la juridiction en matière d'enfance délinquante : dérogation à la règle de procédure interne selon laquelle un même magistrat ne peut exercer successivement dans une même affaire les fonctions d'instruction et de jugement, *D.* 1993, p.553 ; BECQUERELLE (S), La composition de la juridiction en matière d'enfance délinquante : dérogation à la règle de procédure interne selon laquelle un même magistrat ne peut exercer successivement dans une même affaire les fonctions d'instruction et de jugement, *D.* 1994, p. 37 ; LAZERGES (C), La séparation des fonctions de justice à propos de l'arrêt de la Chambre criminelle du 7 avril 1993, *RSC* 1994, p. 75 ; HUYETTE (M), Commentaire de l'arrêt de la Chambre criminelle du 7 avril 1993, Procureur général près la cour d'appel de Reims, *RSC* 1994, p.67.

³¹¹ CEDH, 02 mars 2010, ADAMKIEWICZ c. Pologne, op. cit.

d’instruction et de jugement³¹². C’est dans ce contexte que le Conseil constitutionnel a rendu ses décisions³¹³ relatives à l’impartialité du juge des enfants.

152. Le Conseil constitutionnel a été saisi d’une question prioritaire de constitutionnalité à l’occasion de laquelle il profita de la saisine, relative à la composition du tribunal pour enfants, pour examiner d’office le cumul des fonctions d’instruction et de jugement par le juge des enfants. Le Conseil constitutionnel décide « *que le principe d’impartialité des juridictions ne s’oppose pas à ce que le juge des enfants qui a instruit la procédure puisse, à l’issue de cette instruction, prononcer des mesures d’assistance, de surveillance ou d’éducation ; que, toutefois, en permettant au juge des enfants qui a été chargé d’accomplir les diligences utiles pour parvenir à la manifestation de la vérité et qui a renvoyé le mineur devant le tribunal pour enfants de présider cette juridiction de jugement habilitée à prononcer des peines, les dispositions contestées portent au principe d’impartialité des juridictions une atteinte contraire à la Constitution.* »³¹⁴. Avec cette décision il consacre une interdiction absolue du cumul des fonctions par le juge des enfants et ce par une appréciation *in abstracto* de l’impartialité. Il ne cherche pas à déterminer l’ampleur exacte du cumul, sa seule présence lui suffit pour conclure à la partialité du juge. Ces différents éléments à savoir séparation stricte des pouvoirs et appréciation abstraite sont révélateurs de l’utilisation sous-jacente d’une appréciation identique à celle de la Cour EDH lorsqu’elle use de la théorie de l’apparence. Cette interprétation sera confirmée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 4 août 2011 dans laquelle il renvoie au motif de sa décision du 8 juillet 2011.

153. Ainsi, ses deux décisions³¹⁵ constituent une consécration de l’interprétation du principe séparatiste par la Cour EDH lorsqu’elle rend ses arrêts en se fondant sur la théorie d’apparence de partialité. En effet, le Conseil constitutionnel condamne *in abstracto* le cumul des fonctions d’instruction et de jugement alors qu’il aurait pu se contenter de réserves

³¹² Sur l’analyse détaillée de cette jurisprudence voir *infra*, Partie 1, titre 2, chapitre 2, Section 1, §-1 L’ajustement de la séparation des fonctions d’instruction et de jugement au tribunal pour enfants.

³¹³ QPC, décision n° 2011-147, 8 juillet 2011 ; DC, n°2011-633, 4 août 2011 ; BONFILS (P), La réforme du droit pénal des mineurs par la loi du 10 août 2011, *D.* 2011, p. 2286 ; PERRIER (J-B), Tribunal pour enfants : constitutionnalité de la composition, inconstitutionnalité de la présidence par le juge ayant instruit l’affaire, *AJ Pénal*, 2011, p. 596 ; CLEVERIE-ROUSSET (C), L’impartialité de la justice pénale des mineurs, revue *Droit pénal*, Mars 2012, étude 8.

³¹⁴ QPC, n° 2011-147, op. cit., considérant n° 11.

³¹⁵ PERRIER (J-B), Tribunal pour enfants : constitutionnalité de la composition, inconstitutionnalité de la présidence par le juge ayant instruit l’affaire, *AJ Pénal*, 2011, p. 596 ; VERGES (E), Impartialité du juge des enfants et composition des juridictions des mineurs : le revirement de position, *RSC*, 2012, p. 201 ; BONFILS (P), Le sauvetage du tribunal pour enfants et du tribunal correctionnel des mineurs, *Droit de la famille*, n°3, Mars 2012, comm. 60.

d'interprétations prévoyant les cas dans lesquels les actes d'instruction faits par le juge des enfants entraîneraient interdiction de siéger au tribunal.

154. Le Conseil constitutionnel fait donc primer une séparation rigide de la séparation des fonctions, clé de voûte de la théorie de l'apparence. Il interprète ce cumul des fonctions comme rendant vraisemblable, plausible la partialité du juge, il induit de ce fait connu, le cumul des fonctions, un fait inconnu, la partialité. Cette appréciation correspond parfaitement à celle de l'apparence de partialité de la Cour EDH ; la seule présence lui suffit pour conclure à la partialité ce qui est également le cas du Conseil constitutionnel lorsqu'il rend ces deux décisions.

155. Cette jurisprudence constitutionnelle demeure une avancée pour le procès équitable des justiciables mineurs qui auraient dû par suite être soumis à un traitement légal interne conforme au principe d'impartialité. Toutefois, l'intervention subséquente du législateur reste décevante, elle est une restauration très partielle, limitée du principe séparatiste³¹⁶.

156. Enfin, il faut préciser que cette interprétation du cumul par le Conseil constitutionnel n'a pas été circonscrite à ces deux décisions. Il a notamment affirmé sa position le 5 juillet 2013³¹⁷. Dans cette dernière décision il poursuit le retour à une appréciation conforme à celle de la théorie de l'apparence³¹⁸, il décide que la présence, au sein d'une autorité administrative indépendante, du cumul des fonctions entraîne inévitablement atteinte au principe d'impartialité.

157. L'appréciation du cumul des fonctions inhérente à la théorie de l'apparence de partialité, appréciation première de la Cour EDH, est aussi sous-jacente ou manifeste en droit interne. Elle connaît un renouveau récent et marquant dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

³¹⁶ *Infra*, chapitre 2 de ce titre, section 1, §-1. Dans ce paragraphe nous analyserons en détail l'intervention décevante du législateur concernant le cumul des fonctions d'instruction et de jugement par le juge des enfants.

³¹⁷ QPC, décision n° 2013-331, 5 juillet 2013 ; OUDOUL (A), Impartialité de l'autorité de régulation des postes et des communications électroniques, RFDC n° 97, 2014, p. 169.

³¹⁸ QPC, n° 2013-331, op. cit, considérant n° 12 « les dispositions des douze premiers alinéas de l'article L36, § 11 du code des postes et des communications électroniques, qui n'assurent pas la séparation au sein de l'Autorité entre, d'une part, les fonctions de poursuite et d'instruction des éventuels manquements et, d'autre part, les fonctions de jugement des mêmes manquements, méconnaissent le principe d'impartialité ».

Conclusion Chapitre 1

158. La théorie de l'apparence correspond à un modèle d'interprétation du principe d'impartialité qui repose principalement sur un principe séparatiste rigoureux, strict.

159. L'utilisation de cette théorie par la Cour EDH justifie les appellations apparence de partialité fonctionnelle et apparence d'impartialité personnelle. Ces appellations sont à rapprocher du mécanisme des présomptions mais dans les deux cas la présomption appliquée n'est pas la même, il convient alors de reprendre la classification des présomptions opérée par le professeur Anne-Blandine Caire. Pour l'apparence de partialité fonctionnelle, il s'agit d'une présomption-preuve qui confère au demandeur une facilité probatoire lui permettant d'invoquer les seules apparences pour fonder son grief. Au contraire, c'est la présomption-postulat qui est applicable à l'apparence d'impartialité personnelle. Cette dernière joue en faveur des magistrats, elle les protège. Donc, les justiciables doivent rapporter la preuve inverse et si un infime doute perdure après apport des preuves, alors il y aura impartialité personnelle.

160. L'apparence demeure la notion centrale de la première génération jurisprudentielle de la Cour EDH relative à l'impartialité. Le vocable apparence est expressément utilisé par la Cour EDH en ce qui concerne l'impartialité fonctionnelle mais pas pour l'impartialité personnelle pour laquelle la Cour EDH parle de présomption, or une « *présomption repose toujours sur une apparence de réalité* »³¹⁹ dès lors, il est justifié de dénommer cette appréciation d'apparence d'impartialité personnelle. Cette dernière est une appréciation inchangée de la Cour EDH, les magistrats sont heureusement toujours présumés impartiaux personnellement.

161. Cette notion d'apparence ne doit pas tromper le lecteur, il ne s'agit pas d'une fausse impartialité ou d'une fausse partialité. C'est une appréciation fondée sur la vision du justiciable, sur une conception *in abstracto* des éléments d'espèce. Une telle démarche renforce automatiquement le principe de la séparation des fonctions qui est dès lors conçu étroitement, la présence du cumul entraîne partialité apparente. Cette conception rigoureuse de la séparation des fonctions, clé de voûte de la théorie de l'apparence, est présente en droit

³¹⁹ JONESCO (B), op. cit., p. 108.

interne ce qui permet de relever des similitudes entre le droit interne et le droit de la Convention EDH.

162.Cependant, on a souvent reproché à la théorie de l'apparence de partialité d'être trop éloignée d'une certaine réalité, la présomption est « *considérée comme un moyen peu sûr, utilisé par défaut et qui fait bon marché de la réalité au profit du probable* »³²⁰. Aussi cette jurisprudence claire et non-équivoque de la Cour EDH connaîtra sa fin, en ce qui concerne l'appréciation de l'impartialité au sens de l'article 6, §-1³²¹, à partir de 1989, date à laquelle la Cour EDH préférera faire triompher une partialité réalité, une partialité prouvée, démontrée.

³²⁰ CAIRE (A-B), op. cit., p. 39.

³²¹ *Infra*, partie 2, titre 2 : l'impartialité du parquet, l'extension difficile de l'exigence conventionnelle d'impartialité. Dans ce titre sera appréhendée l'impartialité issue de l'article 5, §-3 de la Convention EDH.

Chapitre 2 : De l'apparence à la réalité, l'appréciation renouvelée de l'impartialité

163. Jusqu'en 1989, l'impartialité fonctionnelle ou objective a été appréciée par la Cour EDH à l'aune de la théorie de l'apparence de partialité³²². Cette dernière était le gage d'une grande sécurité juridique, d'une protection accrue des justiciables³²³ qui bénéficiaient alors d'une facilité probatoire. Ceci n'a pas empêché l'émergence de vives critiques quant aux conséquences trop sévères pour les États d'une telle appréciation³²⁴ de la partialité. Dès lors, il était inévitable pour la Cour EDH de revoir son modèle interprétatif afin de ne pas être désavouée par les États et ainsi perdre en crédibilité.

164. Avec l'arrêt Hauschildt³²⁵ la Cour EDH va faire évoluer sa conception de l'impartialité. En effet, elle l'apprécie en faisant primer une conception plus réaliste du principe, c'est-à-dire en consacrant la partialité réalité ou l'impartialité réalité. Mais, cette nouvelle appréciation jurisprudentielle n'est appliquée qu'à l'impartialité dite fonctionnelle ou objective qui est seule l'objet de ce revirement, l'impartialité dite personnelle ou subjective reste appréciée à l'aune de l'apparence d'impartialité c'est-à-dire qu'elle est toujours présumée³²⁶.

165. Une précision liminaire s'impose, employer le terme de réalité ne signifie pas *a contrario* que la partialité apparente est une tromperie, une fausseté, une illusion. Elle est celle

³²² *Supra* Partie 1, Titre 1, chapitre 1.

³²³ *Supra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, section 1, §-1, B-, 2- Les effets utiles de la théorie de l'apparence de partialité.

³²⁴ KUTY (F), op. cit., p. 316 et s. ; RENUCCI (J-F), L'impartialité du tribunal n'est pas mise en cause par le fait que deux de ses membres ont déjà refusé la mise en liberté de l'inculpé, *D.* 1993, p. 384 ; VAN COMPERNOLLE (J), Évolution et assouplissement de la notion d'impartialité objective, obs. sous l'arrêt NORTIER, *RTDH*, 1994, p.429 et s. ; KOERING-JOULIN (R), Le juge impartial, *Justices* n°10, avril 6 juin 1998, p.1 et s. ; MAGNIER (V), La notion de justice impartiale, *JCP*, 2000, n°36, p. 1595 et s. ; GOYET (C), Remarques sur l'impartialité du tribunal, *D.* 2001, p. 328 et s. ; DE GOUTTES (R), L'impartialité du juge. Connaître, traiter et juger : quelle compatibilité, *RSC*, 2003, p. 63 et s.

³²⁵ CEDH, 24 mai 1989, HAUSCHILDT c. Danemark, requête n° 10486/83 ; ROETS (D), op. cit., p. 130-131 ; KUTY (F), op. cit., p. 319 et s. ; SUDRE (F), *Droit européen et international des droits de l'Homme*, PUF, Classiques, 10^{ème} éd., 2011, p. 438 ; VELU (J) et ERGEC (R), *La convention européenne des droits de l'Homme*, Bruylant Bruxelles, 1990, p. 466 ; KOERING-JOULIN (R), La notion européenne de « tribunal indépendant et impartial » au sens de l'article 6 par. 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, *RSC*, 1990, p. 765 ; SARGOS (P), Le juge des référés peut-il connaître de l'appel dirigé contre le jugement sur le fond ?, *JCPG*, 1998, II, 10198 ; MARGUENAUD (J-P), Médiation du procès pénal et impartialité du juge répressif, *D.* 2001, p. 1646.

³²⁶ *Supra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, A- La distinction entre l'apparence d'impartialité et l'apparence de partialité.

qui se présente aux yeux du justiciable, celui-ci a la possibilité d'émettre des doutes quant à l'impartialité du tribunal du seul fait d'une situation apparente risquée pour l'impartialité. Dans la majorité des cas cette situation repose sur une confusion des fonctions. La partialité apparente est une présomption-preuve et simple de partialité. Dès lors, en réaction à la théorie de l'apparence, l'impartialité issue de la seconde génération jurisprudentielle peut être qualifiée de partialité réalité. Cette qualification, antonyme du terme apparence, permet de rendre compte de la nouvelle appréciation³²⁷ émise par la Cour EDH qui est « *plus concrète et axée sur le rôle réellement joué par le magistrat dans la procédure* »³²⁸. Bien que certains préfèrent parler d'impartialité objective concrète ou d'impartialité concrète³²⁹ le terme de réalité demeure parfaitement adéquat d'une part, car la Cour EDH, avec cette nouvelle appréciation, n'a d'égard que pour « *ce qui est réel*³³⁰, *ce qui existe effectivement et n'est pas simplement une invention, une apparence* »³³¹, elle doit « *se livrer à une étude scrupuleuse de la réalité par-delà les apparences* »³³² et d'autre part, car ce vocable permet de mettre nettement en évidence la différence, l'opposition entre les interprétations issues des deux générations jurisprudentielles.

166. La réalité implique que le degré d'exigence de la Cour EDH quant à la preuve du grief de partialité soit plus strict et si cette preuve est insuffisante alors la Cour EDH tranchera en faveur de l'impartialité réalité. La Cour EDH va exiger du justiciable des éléments concrets, réels, de preuve, celui-ci perd alors le bénéfice probatoire de l'apparence. En d'autres termes, « *le principe de réalité exige que l'appréciation ait pour fondement les faits et les éléments de la cause et non les seules apparences* »³³³. Il s'agit donc d'une partialité prouvée, démontrée avec laquelle le seul cumul apparent est insuffisant.

³²⁷ VAN COMPERNOLLE (J), Évolution et assouplissement de la notion d'impartialité objective, op. cit.

³²⁸ KUTY (F), op. cit., p. 320.

³²⁹ SARGOS (P), Le juge des référés peut-il connaître de l'appel dirigé contre le jugement sur le fond ?, op. cit. ; CLAVERIE-ROUSSET (C), L'impartialité de la justice pénale des mineurs, *Droit pénal* n°3, mars 2012, étude 8.

³³⁰ *Infra*, ce Chapitre, Section1, §-1 La consécration de la partialité par la Cour EDH, l'arrêt Hauschildt.

³³¹ Définition de la réalité, Le Robert illustré, 2013.

³³² KUTY (F), op. cit., p. 328.

³³³ KUTY (F), op. cit., p. 335.

167. Enfin, le choix fait en faveur de ce qualificatif est corroboré par son utilisation fréquente par le juge De Meyer³³⁴. En effet, ce dernier a souvent opposé les termes apparence et réalité ; tel est notamment le cas lorsqu'il se demande dans son opinion concordante « si, quant à l'indépendance et à l'impartialité des tribunaux, la Cour ne se montre pas parfois plus sensible aux apparences qu'aux réalités »³³⁵ ou encore lorsqu'il affirme « en ce qui concerne l'impartialité d'un tribunal nous devons tout d'abord, me semble-t-il, ne pas nous gargariser d'apparences, comme nous le faisons trop souvent dans les motifs de nos arrêts, mais simplement prendre en considération les réalités de la procédure, à la lumière de ce que peut nous enseigner le bon sens. »³³⁶. La mise en exergue de cette opposition par le juge De Meyer est significative de la teneur de l'appréciation de la seconde génération. Dès lors, tous ces éléments permettent de justifier l'appellation de partialité réalité. Cette dernière sera admise exclusivement si les preuves sont suffisantes ; dans le cas contraire, il y aura rejet de la partialité réalité et donc impartialité. La partialité réalité sera donc la seule expression utilisée mais il faut bien comprendre que si elle est rejetée alors il y a impartialité réalité. Cela implique que les développements qui vont suivre ne sont pas cloisonnés aux seules décisions concluant à la partialité réalité mais aux décisions faisant application de la nouvelle conception de l'impartialité fondée sur la réalité. Il convient donc d'analyser l'émergence de la partialité réalité (section 1), avant de procéder à l'analyse de l'appréhension de la partialité réalité (section 2).

³³⁴ CEDH, BULUT c. Autriche, 22 février 1996, requête n° 17358/90, opinion séparée M. Le juge DE MEYER, § 13 ; CEDH, PADOVANI c. Italie, 26 février 1993, requête n° 13396/87, opinion concordante M. le juge DE MEYER.

³³⁵ CEDH, PADOVANI c. Italie, op. cit., opinion concordante de M. le juge DE MEYER.

³³⁶ CEDH, BULUT c. Autriche, op. cit., opinion séparée M. Le juge DE MEYER, § 13.

Section 1 : L'émergence de la partialité réalité

168.L'arrêt *Hauschildt* marque un tournant dans la jurisprudence de la Cour EDH relative à l'impartialité, c'est la consécration de la partialité réalité (§-1). Il est évident que ce changement d'appréciation du principe d'impartialité, fondé sur la réalité, va entraîner des conséquences singulières, tant négatives que positives. Lesdites conséquences diffèrent nettement de celles attachées à l'apparence de partialité avec laquelle le justiciable bénéficiait notamment d'une très grande facilité probatoire ce qui ne sera plus le cas avec la partialité réalité. Il convient donc, pour mieux cerner les effets de ce changement d'appréciation conventionnelle, d'analyser les conséquences singulières de la partialité réalité (§-2).

§-1 : La consécration de la partialité réalité par la Cour EDH, l'arrêt *Hauschildt*

169.L'arrêt *Hauschildt* rendu le 24 mai 1989³³⁷, constitue un revirement jurisprudentiel par lequel la Cour EDH opère un changement d'appréciation de l'impartialité fonctionnelle. La Cour EDH n'a plus la même appréciation des critères de l'impartialité objective, elle impose une conception fondée sur la réalité.

170.Dans cette affaire, le requérant, M. Hauschildt, ressortissant Danois est l'administrateur délégué de la société « S.C.E » qu'il a fondée en 1974. Par suite, des différends sont nés entre la société et la Banque Nationale Danoise, le fisc et le ministère du Commerce au sujet des transferts de fonds entre la SCE et ses filiales étrangères. Ainsi, le 30 janvier 1980 le fisc saisit la police d'une plainte au motif que les activités du requérant et de sa société sont contraires à la législation en vigueur. Le 1 février 1980, le requérant fut inculpé du chef d'escroquerie et de fraude fiscale et sa garde à vue fut prolongée.

171.Par le jeu de décisions successives, dont plusieurs émanaient du juge Claus Larsen, l'intéressé demeura en détention provisoire jusqu'à l'ouverture du procès public du 27 avril 1981. Le procès se déroula devant le tribunal de Copenhague qui était composé d'un juge de carrière, M. Larsen et de deux assesseurs. Le requérant s'était plaint, lors du procès, de cette présidence mais il n'avait pas présenté de demande formelle. Le tribunal statua le 1 novembre

³³⁷ CEDH, *Hauschildt c. Danemark*, op. cit.

1982. Il déclara le prévenu coupable et le condamna à une peine de sept ans d'emprisonnement. M. Hauschildt forma un appel contre cette décision devant la Cour d'appel du Danemark oriental. L'intéressé avait, avant le début des audiences en appel, soulevé auprès du président une objection contre l'un des assesseurs y siégeant au motif que celui-ci avait participé, au sein du tribunal de Copenhague, à la décision « *de saisir de la correspondance et des biens du requérant* »³³⁸. Mais son avocat refusa de plaider cette thèse et M. Hauschildt retira son objection. C'est ainsi que le 2 mars 1984, la cour d'appel estima l'intéressé coupable de six chefs de prévention sur huit et le condamna à cinq ans d'emprisonnement. Enfin, le 4 mai 1984, le ministère de la Justice lui refusa l'autorisation de se pourvoir devant la Cour suprême.

Il saisit la Commission en invoquant notamment une violation de l'article 6, § 1 de la Convention EDH, « *il signalait notamment que le juge présidant le tribunal de Copenhague (M. Larsen) et les magistrats de la cour d'appel, qui avaient respectivement constaté sa culpabilité et statué sur son recours, avaient avant et pendant ces procès pris de nombreuses décisions relatives à sa détention provisoire et à d'autres questions de procédure.* »³³⁹. Le 9 octobre 1986, la Commission a retenu la requête quant à ce grief. Devant la Cour EDH, le requérant allègue que sa cause n'a pas été entendue par un tribunal impartial au sens de l'article 6, § 1 de la Convention EDH. Pour soutenir son grief, il invoque la jurisprudence de la Cour EDH fondée sur l'apparence de partialité. Aussi avance-t-il l'argument selon lequel « *un prévenu doit pouvoir se fier suffisamment à l'impartialité du tribunal chargé de le juger. Or, à ses yeux, tout observateur censé estimera qu'un juge du fond ayant exercé pareille fonction de surveillance suscitera forcément chez l'inculpé appréhension et malaise. Il en irait de même, en principe, pour les juges d'appel qui ont statué sur la détention avant les audiences d'appel ou sur d'autres questions de procédure (nous soulignons).* »³⁴⁰. Le 24 mai 1989 la Cour EDH constate la violation de l'article 6, § 1 au motif que « *l'impartialité des juridictions pouvait paraître sujette à caution et l'on peut considérer comme objectivement justifiées les craintes de M. Hauschildt à cet égard* »³⁴¹.

172. Cependant, pour caractériser la violation de l'article 6, § 1, la Cour EDH procède à un changement d'appréciation. Elle rejette la conception stricte de la séparation des fonctions,

³³⁸ CEDH, HAUSCHILDT c. Danemark, op. cit., § 16.

³³⁹ CEDH, HAUSCHILDT c. Danemark, op. cit., § 37.

³⁴⁰ CEDH, HAUSCHILDT c. Danemark, op. cit., § 43.

³⁴¹ CEDH, HAUSCHILDT c. Danemark, op. cit., § 52.

l'appréciation subjective de l'impartialité et donc la théorie de l'apparence de partialité. Au contraire, elle admet la compatibilité du cumul des fonctions et de l'impartialité (A) et consacre une appréciation objective et concrète de la situation de partialité (B). En d'autres termes, la partialité réalité est possible grâce à des modalités particulières d'exécution que sont le principe séparatiste souple, l'appréciation objective de l'impartialité fonctionnelle et l'appréciation *in concreto* des éléments de fait.

A- La compatibilité du cumul des fonctions et de l'impartialité

173. La partialité réalité consacrée par la Cour EDH est en premier lieu fondée sur un principe séparatiste qualifié par la doctrine de principe séparatiste « *atténué* »³⁴², appliqué « *libéralement* »³⁴³, restrictif³⁴⁴, soumis à une « *conception plus souple, plus nuancée* »³⁴⁵. Ces différentes appellations sont révélatrices du contenu de ce principe séparatiste qui n'est plus conçu de façon rigoureuse, comme interdisant tout cumul des fonctions, ce qui permettait aux justiciables de relever ce seul élément pour justifier des doutes quant à l'impartialité des magistrats. Le recours à un principe séparatiste « conciliant » est la clé de voûte de la partialité réalité. Paradoxalement, ce principe séparatiste entraîne la possibilité d'un certain cumul des fonctions, le seul fait que ce dernier soit décelé ne suffit plus pour en déduire la partialité systématique du magistrat. Il est donc tout à fait atypique de continuer de le nommer principe séparatiste alors qu'il permet justement la non-séparation des fonctions. « *La séparation des fonctions reste, cependant, un principe important et une exigence du procès équitable : la nécessité d'une certaine souplesse ne saurait s'analyser en un abandon de fait de cette garantie fondamentale* »³⁴⁶. Il faut donc considérer que le principe de la séparation des fonctions est moins rigide puisqu'il est désormais obligatoire d'analyser l'ampleur exacte du cumul afin de savoir s'il y a ou non une atteinte « significative » à ce principe qui entraînerait la partialité du magistrat. Toutefois, il reste un principe gouvernant le procès pénal.

³⁴² KOERING-JOULIN (R), *Le juge impartial*, op. cit.

³⁴³ PRADEL (J), *Le magistrat qui, en qualité de membre de la chambre d'accusation a statué sur une requête en nullité, peut-il faire ensuite partie de la chambre des appels correctionnels ?*, *D.* 1996, p. 259.

³⁴⁴ ROETS (D), op. cit., p. 133.

³⁴⁵ KUTY (F), op. cit., p. 339.

³⁴⁶ RENUCCI (J-F), *L'impartialité du tribunal n'est pas mise en cause par le fait que deux de ses membres ont déjà refusé la mise en liberté de l'inculpé*, op. cit.

174. Le cumul des fonctions qui était jusqu'en 1989 un fait apparent générateur d'un doute quant à l'impartialité est désormais le point de départ vers une appréciation scrupuleuse, réaliste de la situation apparente. Le cumul n'est plus, à lui seul, une preuve automatique et suffisante de partialité. Le cumul n'est plus une fin, il est le moyen permettant de conclure à l'éventuelle partialité réalité. Ainsi, il n'y a plus d'interdiction absolue du cumul. Un juge peut occuper des fonctions différentes au cours d'un même procès en toute impartialité (réalité).

175. Avec l'arrêt Hauschildt la Cour EDH refuse pour la première fois de sanctionner le risque de partialité du seul fait du cumul des fonctions par certains magistrats. Cumul qui entraînait auparavant apparence de partialité, présomption de partialité. Elle considère que la seule circonstance « *qu'un juge de première instance ou d'appel, dans un système comme le danois, ait déjà pris des décisions avant le procès, notamment au sujet de la détention provisoire, ne peut donc passer pour justifier en soi des appréhensions quant à son impartialité.* »³⁴⁷.

176. La Cour ne sanctionne plus *a priori* le cumul des fonctions, elle apprécie l'ampleur concrète de ce cumul en s'attachant à la nature et à la portée des actes. Dès lors, contrairement à la jurisprudence antérieure, le cumul des fonctions n'est plus de nature à justifier les appréhensions du requérant, celles-ci doivent être objectivement justifiées. Par conséquent, le recul de la conception stricte du cumul des fonctions entraîne inévitablement un très net affaiblissement de la théorie de l'apparence puisqu'elle en est un des fondements.

177. Donc, le cumul des fonctions n'est plus le critère exclusif, décisif permettant de conclure à la partialité. Au contraire, l'impartialité pourra s'épanouir malgré le cumul des fonctions. Tout dépendra des circonstances d'espèce qui seront appréciées *in concreto* et de la possibilité pour le requérant de justifier objectivement ses craintes. En ce sens, le principe séparatiste « conciliant » n'est pas l'unique modalité d'appréciation pour que se concrétise la partialité réalité, celle-ci implique inévitablement une conception objective de l'impartialité fonctionnelle et une appréciation *in concreto* des éléments du cumul.

³⁴⁷ CEDH, HAUSCHILDT c. Danemark, op. cit., § 50.

B- L'appréciation objective et l'appréciation concrète

178. La consécration de la partialité réalité qui rend le cumul des fonctions compatible avec l'impartialité implique en conséquence une appréciation objective de la partialité fonctionnelle (1) et une appréciation *in concreto* des éléments de fait (2).

1-L'appréciation objective de la partialité fonctionnelle

179. La conception objective de l'impartialité fonctionnelle permet de prouver l'éventuelle partialité réalité. Elle est émise en réaction au « *risque de céder sans précaution à chacune des appréhensions purement subjectives des profanes* »³⁴⁸. Elle fait suite à la conception subjective de l'impartialité fonctionnelle et la remplace.

180. La conception objective de la partialité implique que l'optique du justiciable, ses ressentis, ses craintes subjectives, ne jouent plus un rôle décisif, il faut qu'il les justifie de façon objective. Il ne peut plus se contenter de relever qu'il y a eu cumul des fonctions qui entraîne dans son *for intérieur* un ressenti négatif quant à l'impartialité des magistrats. Il doit désormais démontrer l'ampleur exacte du cumul exercé par le juge et dans quelle mesure ce cumul entraîne la partialité³⁴⁹ du juge. « *Au final, ce qui compte ce ne sont pas les inquiétudes subjectives du requérant, mais la confirmation de celle-ci par des éléments objectifs* »³⁵⁰, c'est en ce sens qu'il faut comprendre la formule selon laquelle la partialité réalité est possible grâce à une conception objective de ce principe.

181. La Cour EDH dans son arrêt Hauschildt énonce et explicite la teneur de cette appréciation objective de l'impartialité objective qui consiste dans « *certaines faits vérifiables* »³⁵¹ autorisant à suspecter l'impartialité du juge. Pour retenir ces faits « *l'optique de l'accusé [...] ne joue pas un rôle décisif* »³⁵², il faut que les appréhensions de l'intéressé soient objectivement justifiées, il doit prouver que le cumul porte atteinte à l'impartialité, il ne peut plus se contenter de relever sa seule présence. En effet, le justiciable va devoir démontrer en quoi le cumul des fonctions a fait naître chez le juge un préjugement irréversible le rendant

³⁴⁸ MAGNIER (V), La notion de justice impartiale, op. cit.

³⁴⁹ KUTY (F), op. cit., p. 321 et 322.

³⁵⁰ GUINCHARD (S), Indépendance et impartialité du juge. Les principes de droit fondamental, p. 34 et s., in *L'impartialité du juge et de l'arbitre*, sous la direction de VAN COMPEROLLE (J) et TARZIA (G), Bruylant Bruxelles, 2006.

³⁵¹ CEDH, HAUSCHILDT c. Danemark, op. cit., § 48.

³⁵² CEDH, HAUSCHILDT c. Danemark, op. cit., § 48.

partial. Dès lors, n'est plus admise la conception subjective de l'impartialité fonctionnelle, fondée sur les apparences. Le justiciable ne peut plus se contenter de relever le cumul qui en apparence lui faisait craindre des risques de partialité. Désormais, il faut que le justiciable prouve objectivement ses craintes. Donc, l'approche subjective de l'impartialité fonctionnelle dans laquelle l'optique du requérant est déterminante, est abandonnée. En effet, la Cour EDH considère que « *la crainte d'un manque d'impartialité tenait au fait que le juge ayant présidé le tribunal en première instance, puis les magistrats qui participèrent à l'examen final de la cause en appel, en avaient déjà connu à un stade antérieur et avaient pris avant le procès diverses décisions relatives au requérant. Pareille situation peut susciter chez le prévenu des doutes sur l'impartialité du juge. Ils se comprennent, mais on ne saurait pour autant les considérer comme objectivement justifiés dans tous les cas : la réponse varie suivant les circonstances de la cause* »³⁵³. La considération de la Cour EDH reflète parfaitement cette nouvelle approche lorsqu'elle précise « *qu'en la matière, même les apparences peuvent revêtir de l'importance. [...] Il en résulte que pour se prononcer sur l'existence, dans une affaire donnée, d'une raison légitime de redouter chez un juge un défaut d'impartialité, l'optique de l'accusé entre en ligne de compte mais ne joue pas un rôle décisif. L'élément déterminant consiste à savoir si les appréhensions de l'intéressé peuvent passer pour objectivement justifiées* »³⁵⁴. Donc si le requérant ne prouve pas objectivement ses craintes, il y aura impartialité, rejet de la partialité réalité. L'appréciation objective n'est pas le seul moyen permettant la partialité réalité, elle induit une appréciation *in concreto* des éléments de la cause.

2- L'appréciation *in concreto* des éléments de fait

182.L'appréciation *in concreto*³⁵⁵ des éléments de fait est la conséquence évidente d'un principe séparatiste libéral.

183.Appliquer moins strictement le principe séparatiste c'est admettre, selon les cas d'espèce, la licéité du cumul des fonctions ce qui entraîne systématiquement une appréciation

³⁵³ CEDH, HAUSCHILDT c. Danemark, op. cit., § 49.

³⁵⁴ CEDH, HAUSCHILDT c. Danemark, op. cit., § 48.

³⁵⁵ VAN COMPERNOLLE, Évolution et assouplissement de la notion d'impartialité objective, op. cit. ; KOERING –JOUIN (R), Le juge impartial, op. cit. ; GERARDIN-SELLIER (N), La composition des juridictions, à l'épreuve de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme, *RTDH*, 2001, p. 962 et s. ; KUTY (F), op. cit., p. 320.

concrète du rôle du juge dans chaque cas d'espèce. Il s'agit donc « *d'une analyse plus fine des circonstances concrètes de chaque affaire, une appréciation in concreto* »³⁵⁶.

184. Cette appréciation *in concreto* est axée sur le rôle réellement joué par le juge dans chaque cas d'espèce, il conviendra de se demander si les fonctions exercées antérieurement par le juge l'ont amené à avoir une idée préconçue et irréversible de la cause. C'est une appréciation opposée à celle adoptée avec l'apparence de partialité dans laquelle primait une conception abstraite des éléments de fait, dès lors qu'il y avait cumul, il y avait présomption-preuve de partialité, probabilité de partialité. Désormais, avec la partialité réalité le requérant ne peut plus, par exemple, simplement arguer le cumul des fonctions d'instruction et de jugement. Il doit relever précisément les actes d'instruction qui ont été pris et démontrer objectivement que les dits actes font naître un risque de partialité.

185. Ainsi, avec l'arrêt Hauschildt, la Cour EDH ne se contente plus d'une appréciation abstraite de l'impartialité dans laquelle les impressions, les craintes, les doutes du justiciable sont déterminants. Elle adopte une conception réaliste de la partialité, en recherchant si concrètement les fonctions occupées antérieurement par le juge risquent de l'amener à être partial. Pour ce faire, elle apprécie les circonstances concrètes de l'espèce et décide si elles justifient les doutes subjectifs du requérant ; dans l'affirmative, ils seront alors considérés objectivement justifiés et donc la violation de l'article 6, § 1 avérée. La Cour EDH apprécie concrètement le cumul eu égard à la démarche des juges, à l'ampleur de leur intervention, à l'appréciation étendue ou non du fond de l'affaire dans leur première fonction.

186. Conformément à sa nouvelle appréciation réaliste de l'impartialité, elle précise que le simple fait pour un juge d'ordonner la détention provisoire d'un individu ne suffit pas pour compromettre son impartialité alors que « *la décision sur la liberté touche un peu au fond, et donc aux charges* »³⁵⁷. Cependant, selon la Cour EDH « *les questions qu'un magistrat doit trancher de la sorte avant les débats ne se confondent pas avec celles qui dicteront son jugement. En se prononçant sur la détention provisoire [...], il apprécie sommairement les données disponibles [...]* »³⁵⁸. Donc, avec cette décision, la Cour EDH pose le principe de la licéité du cumul des fonctions. En ce sens, cette nouvelle appréciation de l'impartialité amène

³⁵⁶ DE GOUTTES (R), L'impartialité du juge. Connaitre, traiter, juger : quelle compatibilité, op. cit.

³⁵⁷ PRADEL (J), Le magistrat qui, en qualité de membre de la chambre d'accusation a statué sur une requête en nullité, peut-il faire ensuite partie de la chambre des appels correctionnels ?, op. cit.

³⁵⁸ CEDH, HAUSCHILDT c. Danemark, op. cit., § 50.

la Cour EDH à contrôler que le cumul des fonctions n'atteint pas une ampleur telle qu'il entraîne partialité réalité.

187. Dans le cas de M. Hauschildt, le juge Larsen et les juges d'appel se sont fondés sur l'article 762, § 2 de la loi sur l'administration de la justice qui dispose qu'« *un suspect peut aussi être placé en détention provisoire s'il existe des soupçons particulièrement renforcés (nous soulignons) qu'il a commis une infraction passible de poursuites de la part du parquet, et pour laquelle la loi prévoit une peine d'emprisonnement de six ans ou plus et si, à la lumière des renseignements recueillis quant à la gravité de l'affaire, l'intérêt public paraît exiger que le suspect ne soit pas en liberté.* »³⁵⁹. Le ministre Danois de la justice a précisé en décembre 1986 que « *cette disposition (article 762 § 2) ne peut donc jouer que si la culpabilité apparaît très claire* »³⁶⁰. Ainsi fondées sur des soupçons particulièrement renforcés et sur une culpabilité très claire, les diverses décisions, relatives à la détention, prises par les différents juges avant le jugement, dans ce cas d'espèce, entraînent une violation du principe de l'impartialité au motif que « *l'écart entre la question à trancher pour recourir au dit article et le problème à résoudre à l'issue du procès devient alors infime* »³⁶¹.

188. Par ce revirement jurisprudentiel, l'apparence de partialité, fondée sur le cumul des fonctions, est inopérante pour caractériser la violation de l'article 6, § 1³⁶². La Cour EDH attache beaucoup moins d'importance au principe séparatiste. Lorsqu'est en cause le cumul des fonctions, la Cour EDH se détache de cette considération et de ses répercussions sur l'impartialité pour n'avoir d'égard que pour une analyse objective qui légitimerait éventuellement les appréhensions du requérant et une appréciation *in concreto* des éléments de fait. La non observation du principe séparatiste n'est plus *a priori* contraire à l'exigence d'impartialité, celle-ci sera remise en cause exclusivement si les actes pris par le magistrat avant le procès sont de nature à créer un risque de préjugement sur le fond. En d'autres termes, l'apparence de partialité ne suffit plus pour exclure de la formation de jugement un juge qui serait intervenu en amont. Avec cette décision, la Cour EDH marque la naissance de la partialité réalité, de l'impartialité fondée sur la réalité où prime la compatibilité du cumul et

³⁵⁹ CEDH, HAUSCHILDT c. Danemark, op. cit., § 33.

³⁶⁰ CEDH, HAUSCHILDT c. Danemark, op. cit., § 35.

³⁶¹ CEDH, HAUSCHILDT c. Danemark, op. cit., § 52.

³⁶² Attention il faut préciser que l'apparence de partialité est encore retenue par la Cour EDH lorsqu'elle interprète la notion de magistrat au sens de l'article 5, §-3. Il ne s'agit plus de l'impartialité des magistrats lors du jugement mais avant le jugement ce qui est l'objet de la Partie 2. Sur ce point voir *infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 1.

de l'impartialité, une appréciation concrète des éléments d'espèce et une appréciation objective de l'impartialité fonctionnelle par les justiciables. Ces trois modalités sont dépendantes car il est évident qu'une séparation libérale des fonctions entraîne une appréciation concrète du cumul et une appréciation objective de la partialité de la part des justiciables. Lesdites modalités de la partialité réalité font qu'elle a des conséquences qui diffèrent de celles attachées à l'apparence de partialité.

§-2 Les conséquences de la partialité réalité

189. La partialité réalité a des conséquences propres. D'une part, elle a des effets singuliers (A) qui se distinguent de ceux de la partialité apparente analysés précédemment³⁶³. D'autre part, avec la partialité réalité l'apparence n'est pas totalement anéantie mais demeure réduite au strict minimum (B).

A- Les effets singuliers de la partialité réalité

190. La partialité réalité a un certain nombre d'effets qui peuvent être qualifiés de positifs (1) ou de négatifs (2).

1- Les effets positifs de la partialité réalité

191. Cette conception de l'impartialité a eu le mérite de mettre fin à l'absolutisme³⁶⁴ juridique de l'apparence de partialité. Cette dernière faisait courir un risque à l'organisation judiciaire des petits tribunaux³⁶⁵. Une conception trop stricte de la séparation des fonctions dans laquelle le cumul des fonctions rime systématiquement avec partialité risquait d'anéantir totalement l'organisation des petites juridictions dans lesquelles le personnel est amené à occuper différentes fonctions³⁶⁶. En effet, comme le dit très justement le Professeur Goyet « *abandonnée à sa pente naturelle, l'exigence d'une impartialité objective apparente pourrait*

³⁶³ *Supra* : Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 1.

³⁶⁴ RENUCCI (J-F), *Droit européen des droits de l'homme*, Paris, L.G.D.J., 3^{ème} éd., 2002, p. 263.

³⁶⁵ KUTY (F), *op. cit.*, p. 318 ; KOERING-JOULIN (R), *Le juge impartial*, *op. cit.*

³⁶⁶ KOERING-JOULIN (R), *Le juge impartial*, *op. cit.* ; DE GOUTTES (R), *L'impartialité du juge. Connaître, traiter, juger : quelle compatibilité*, *op. cit.* ; ROETS (D), *op. cit.*, p. 53.

*gripper, de proche en proche, de nombreux rouages de la machine judiciaire. Ce principe, d'autant plus insidieusement corrosif qu'il emprunte son inspiration aux vertus les plus angéliques, risque, par une application indifférenciée, de désorganiser les tribunaux »*³⁶⁷. La partialité réalité a donc mis fin à ce risque de désorganisation des cours et tribunaux, avec elle, le principe séparatiste est appliqué de façon plus libérale ce qui permet d'admettre un certain cumul des fonctions³⁶⁸.

192. Un second effet positif réside dans une atténuation de la suspicion illimitée dans l'impartialité des magistrats. En effet, admettre que les seules appréhensions du justiciable suffisent pour qu'il y ait apparence de partialité revient à favoriser largement l'invocation de ce grief, les magistrats risquent d'être désavoués et la justice tout entière décrédibilisée car continuellement suspectée d'être partielle et ce de façon apparente. Dès lors, la partialité réalité « opère un retour à la notion de confiance présumée à connotation décrétee, le juge étant réputé agir de manière impartiale à l'occasion de l'exercice de diverses fonctions judiciaires, sauf démonstration de la preuve contraire par la nature et la portée des actes accomplis »³⁶⁹. Ainsi est préservée la grandeur de la justice par une confiance retrouvée des justiciables dans leurs magistrats ce qui contribue indéniablement au respect du droit. Ces effets positifs n'empêchent pas l'émergence de conséquences négatives.

2- Les effets négatifs de la partialité réalité

193. La partialité réalité est imprévisibilité, instabilité. En ce sens, ne plus appliquer strictement le principe séparatiste, comme interdisant tout cumul des fonctions, implique une hétérogénéité dans les décisions rendues par la Cour EDH. Cette dernière tient compte exclusivement des éléments de la cause soumise pour déceler une éventuelle violation du principe d'impartialité. Aussi n'est-il pas surprenant que cette appréciation de l'impartialité

³⁶⁷ GOYET (C), op. cit.

³⁶⁸ Pour des exemples non-exhaustifs de cumul d'instruction et de jugement permis par la Cour EDH : deux membres de la Chambre correctionnelle qui ont participé à une décision confirmant une ordonnance de refus d'élargissement peuvent juger de façon impartiale (CEDH, Sainte-Marie c. France, 16 décembre 1992, requête n° 12981/87) ; le juge unique peut juger de façon impartiale même s'il a avant les débats interrogé la plaignante, envoyé une commission rogatoire à un autre tribunal et recueilli des renseignements notamment auprès d'une banque et de deux compagnies d'assurance (CEDH, Fey c. Autriche, 24 février 1993, requête n° 14396/88).

³⁶⁹ KUTY (F), op. cit., p. 341.

entraîne une jurisprudence « *casuiste et diverse* »³⁷⁰, ce qui était déjà le cas des décisions rendues en matière d'impartialité hors les cas de la séparation des fonctions avec lesquels l'approche est nécessairement plus sélective.

194. Une appréciation concrète de la cause, fondement de la partialité réelle, aboutit à des solutions disparates. Ainsi ne sont pas interprétées de façon analogue des situations de cumul « identiques » c'est-à-dire impliquant les mêmes fonctions. L'ampleur de l'exercice de la première fonction, qui va être différente selon les cas d'espèce, est déterminante afin de déceler un éventuel préjugement irréversible empêchant d'occuper la seconde fonction. L'effet pervers d'une telle partialité réelle réside dans l'absence de prévisibilité³⁷¹ car les solutions sont déterminées au cas par cas. Ce manque de prévisibilité « *favorise l'insécurité juridique* »³⁷² tant pour les justiciables³⁷³ que pour les juges nationaux et le législateur. Pourtant, la prévisibilité est un gage contre l'arbitraire des juges ce qui est indispensable pour une cour démocratique³⁷⁴. La prévisibilité permet aux justiciables d'avoir confiance dans l'organe juridictionnel qui applique alors une jurisprudence stable fondée sur des critères précis. Dès lors, il est un risque pour la Cour EDH d'être moins crédible du fait de ce manque de lisibilité.

195. Par ailleurs, la partialité réelle conduit à un résultat permissif car la séparation des fonctions cesse d'être un principe absolu, le cumul des fonctions est désormais licite, compatible avec l'impartialité, il s'agit donc d'un assouplissement de la notion d'impartialité³⁷⁵.

196. Enfin, au contraire de l'apparence de partialité qui conférait aux justiciables une facilité de preuve³⁷⁶, la partialité réelle complexifie la tâche du justiciable. Ce dernier ne peut plus se contenter d'évoquer le seul cumul des fonctions qui entraîne apparence de partialité. Il doit prouver l'ampleur exacte du cumul afin de démontrer objectivement ses craintes. Ainsi

³⁷⁰ DE GOUTTES (R), L'impartialité du juge. Connaitre, traiter et juger : quelle compatibilité, op. cit.

³⁷¹ KOERING-JOULIN (R), Le juge impartial, op. cit. ; KUTY (F), op. cit., p. 327.

³⁷² KOERING-JOULIN (R), Le juge impartial, op. cit. ; KUTY (F), op. cit., p. 326.

³⁷³ GUINCHARD (S), Indépendance et impartialité du juge. Les principes de droit fondamental, op. cit.

³⁷⁴ *Supra* : Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, §-1, B-, 2- Les effets utiles de la théorie de l'apparence de partialité.

³⁷⁵ ROETS (D), op. cit., p. 132.

³⁷⁶ *Supra*, Partie 1, Titre 1, chapitre 1, Section 1, §-1, B-, b-, 2- Les effets utiles de la théorie de l'apparence de partialité pour les justiciables.

s'ajoute à la difficulté de preuve inhérente à l'impartialité personnelle, qui repose sur une présomption-postulat d'impartialité³⁷⁷, une nouvelle contrainte pour les requérants.

197. Les effets de la partialité réalité sont donc propres à cette appréciation. Malheureusement, le justiciable a beaucoup perdu en facilité probatoire et en sécurité juridique par rapport à ce qu'il lui était permis d'espérer avec l'apparence. Cette dernière, toujours présente, est réduite au strict minimum.

B- L'apparence réduite au strict minimum

198. La partialité réalité concerne exclusivement l'appréciation de l'impartialité dite fonctionnelle du tribunal au sens de l'article 6, §-1³⁷⁸. La Cour EDH poursuit donc l'application de l'apparence d'impartialité personnelle. L'apparence reste donc le critère d'appréciation de la Cour EDH en matière d'impartialité subjective mais qu'en est-il en matière d'impartialité fonctionnelle ? Quelle place est conférée à l'apparence au sein de cette nouvelle conception plus réaliste de l'impartialité fonctionnelle. En d'autres termes, la partialité réalité évince-t-elle totalement l'apparence ? Il convient de répondre par la négative. L'apparence est certes marginalisée³⁷⁹ mais toujours présente. La Cour EDH fait toujours référence aux apparences et ce dès le revirement opéré avec l'arrêt Hauschildt. Aussi précise-t-elle qu' « *En la matière même les apparences peuvent revêtir de l'importance. Il y va de la confiance que les tribunaux d'une société démocratique se doivent d'inspirer aux justiciables [...].* »³⁸⁰. Cette citation pourrait laisser penser qu'il y a une égale importance attribuée aux apparences mais, le doute est vite levé lorsque la Cour EDH poursuit en disant « *il résulte que pour se prononcer sur l'existence, dans une affaire donnée, d'une raison légitime de redouter chez un juge un défaut d'impartialité, l'optique de l'accusé entre ne ligne de compte mais ne joue pas* (nous précisons qu'il aurait été plus juste de remplacer « pas » par « plus ») *un rôle déterminant* (nous soulignons). *L'élément déterminant consiste à savoir si les appréhensions de l'intéressé peuvent passer pour objectivement justifiées* »³⁸¹. Il est donc aisé de comprendre

³⁷⁷ *Supra* : Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, §-2.

³⁷⁸ L'apparence de partialité est encore utilisée par la Cour EDH lorsqu'elle interprète la notion de magistrat au sens de l'article 5, §-3, *infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 1.

³⁷⁹ KUTY (F), op. cit., p. 324-325 et p.337.

³⁸⁰ CEDH, HAUSCHILDT c. Danemark, op. cit., § 48.

³⁸¹ *Ibid*

que l'apparence demeure sur le plan théorique un critère³⁸² d'appréciation qui peut être qualifié d'illusoire. Le justiciable peut effectivement rapporter l'argument selon lequel il y a des apparences qui plaident en faveur de la partialité du juge or, celles-ci ne suffisent plus, il faut qu'il justifie objectivement ses dires, ce qui revient donc à annihiler le rôle pratique des apparences. Cette position sera confirmée dans la majorité des arrêts³⁸³ de la seconde génération jurisprudentielle dans lesquels la Cour EDH reprend systématiquement le même argumentaire selon lequel « *les apparences peuvent revêtir de l'importance ...* ». Cette démarche permet sans aucun doute à la Cour EDH d'atténuer son changement d'appréciation, son revirement, en laissant feindre qu'il y a une continuité dans sa jurisprudence et ce notamment par l'utilisation continuelle de l'apparence.

199. De plus, dans la majorité des arrêts³⁸⁴ rendus après 1989, la Cour EDH repousse les apparences de façon très explicite en reprenant toujours la même motivation³⁸⁵. Cependant, dans certains autres arrêts, la place dédiée à l'apparence est nettement différente. En effet, dans certaines décisions³⁸⁶ la Cour EDH élimine toute référence expresse à la notion d'apparence. Cette dernière est donc bien plus que marginalisée, elle est éradiquée. Ces décisions ont une vertu, elles sont le reflet d'une harmonie entre les principes théoriques énoncés par la Cour EDH et la pratique qu'elle admet.

200. La partialité réalité, qui est notamment fondée sur un principe séparatiste souple, affaibli, sur la preuve objective de la partialité et sur une appréciation *in concreto* des éléments de fait, n'a pas, en théorie, totalement réduit à néant l'apparence. Cette dernière demeure présente mais marginalisée dans la majorité des arrêts. Cette analyse permet donc de cerner la notion de réalité et par là même la teneur du « concept » de partialité réalité.

³⁸² KUTY (F), op. cit., p. 325 ; JOSSERAND (S), op. cit., p. 239.

³⁸³ CEDH, FEY c. Autriche, op. cit. ; CEDH, PADOVANI c. Italie, op. cit. ; CEDH, 24 août 1993, NORTIER c. Pays-Bas, requête n° 13924/88 ; CEDH, 22 avril 1994, SARAIVA DE CARVALHO c. Portugal, requête n° 15651/89 ; CEDH, 25 février 1997, FINDLAY c. Royaume-Uni, requête n° 22107/93 ; CEDH, 25 juillet 2002, PEROTE PELLON c. Espagne, requête n° 45238/99 ; CEDH, 2 mars 2010, ADAMKIEWICZ c. Pologne, requête n° 54729/00.

³⁸⁴ CEDH, HAUSCHILDT c. Danemark, op. cit., §-48 ; CEDH, FEY c. Autriche, op. cit., §-30 ; CEDH, PADOVANI c. Italie, op. cit., §-27 ; CEDH, SARAIVA DE CARVALHO c. Portugal, op. cit., §-35 ; CEDH, 6 juin 2000, MOREL c. France, requête n° 34130/96, §- 42 ; CEDH, PEROTE PELLON c. Espagne, op. cit., §-45.

³⁸⁵ « *En la matière les apparences peuvent revêtir de l'importance. Il en résulte que pour se prononcer sur l'existence, dans une affaire donnée, d'une raison légitime de redouter d'un juge un défaut d'impartialité, l'optique de l'accusé entre en ligne de compte mais ne joue pas un rôle décisif. L'élément déterminant consiste à savoir si les appréhensions de l'intéressé peuvent passer pour objectivement justifiées.* »

³⁸⁶ CEDH, SAINTE-MARIE c. France, op. cit. ; CEDH, BULUT c. Autriche, op. cit. ; CEDH, 22 avril 2010, CHESNE c. France, requête n° 29808/06 ; CEDH, 26 octobre 2010, CARDONA SERRAT c. Espagne, requête n° 38715/06.

Désormais, il est nécessaire de s'attacher notamment à l'appréhension de la partialité réalité dans la jurisprudence de la Cour EDH postérieure à 1989 et ainsi tenter de déceler les critères conventionnels retenus pour sa mise en œuvre.

Section 2 : L'appréhension de la partialité réalité

201. Il convient de procéder à une analyse de la jurisprudence rendue par la Cour EDH à partir de l'arrêt Hauschildt. La partialité réalité induit une appréciation *in concreto* des éléments de fait ce qui a des conséquences sur les critères conventionnels de la partialité réalité qui sont alors variables (§-1). En outre, la partialité réalité ou un raisonnement similaire à la partialité réalité, tel qu'émis par la Cour EDH, est-il présent en droit interne ? C'est-à-dire, au-delà des incompatibilités légales des fonctions, qui pour rappel se rapprochent de la théorie de l'apparence de partialité en ce qu'elles prévoient une séparation stricte des fonctions, est-il possible de déceler une application de la partialité ou tout au moins une appréciation qui s'y apparente en droit interne (§ 2).

§-1 Les critères conventionnels variables de la partialité réalité

202. La Cour EDH confirme, postérieurement à l'arrêt Hauschildt, son attachement à la partialité réalité. Cette nouvelle conception de l'impartialité qui fait appel à une appréciation *in concreto* des éléments de la cause aboutit à une jurisprudence casuelle. La Cour EDH tranche au cas par cas eu égard aux éléments de la cause. Elle rend donc ses décisions en se fondant sur des critères d'appréciation changeants, fluctuants, ce qui contribue malheureusement à accentuer le caractère imprévisible de la partialité réalité.

203. La Cour EDH retient à partir de l'arrêt Hauschildt la « même » conception réaliste de l'impartialité, elle le fera notamment dans les arrêts Sainte-Marie³⁸⁷, Fey³⁸⁸, Padovani³⁸⁹,

³⁸⁷ CEDH, SAINTE-MARIE c. France, op. cit. ; ROETS (D), op. cit., p. 130 ; SUDRE (F), Droit de la convention, JCPG, n°8, 24 février 1993 ; PRADEL (J), Le magistrat qui a statué sur la détention provisoire peut-il ensuite participer au jugement de l'affaire ?, D. 1993, p. 204 ; RENUCCI (J-F), L'impartialité du tribunal n'est pas mise en cause par le fait que deux de ses membres ont déjà refusé la mise en liberté de l'inculpé, op. cit. ; MARGUENAUD (J-P), Médiatisation du procès pénal et impartialité du juge répressif, op. cit. ; DE GOUTTES (R), L'impartialité du juge. Connaître, traiter, juger : quelle compatibilité, op. cit. ; GUINCHARD (S), Indépendance et impartialité du juge. Les principes de droit fondamental, op. cit.

³⁸⁸ CEDH, FEY c. Autriche, op. cit. ; ROETS (D), op. cit., p. 131 ; JOSSERA ND (S), op. cit., p. 42 ; SUDRE (F), Droit de la convention européenne des droits de l'homme, JCPG, 1994, I, 3742.

³⁸⁹ CEDH, PADOVANI c. Italie, op. cit. ; SUDRE (F), Droit de la convention européenne des droits de l'homme, *Ibid* ; LAMBERT (P), Vers un assouplissement de la notion d'impartialité objective ?, *Journal des tribunaux*, 1993, p. 390.

Nortier³⁹⁰, Saraiva de Carvalho³⁹¹, Bulut³⁹², Perote Pellon³⁹³, Adamkiewicz³⁹⁴, Chesne³⁹⁵, Cardona Serrat³⁹⁶, Mancel et Branquart³⁹⁷.

204. Avec ses différentes décisions la Cour EDH utilise la même motivation à savoir que « l'optique de l'accusé entre en ligne de compte mais ne joue plus un rôle décisif. L'élément déterminant consiste à savoir si les appréhensions de l'intéressé peuvent passer pour objectivement justifiées »³⁹⁸ ou que « le simple fait, pour un juge, d'avoir pris des décisions avant le procès ne peut justifier en soi des appréhensions relativement à son impartialité. Ce qui compte, c'est l'étendue des mesures adoptées par le juge avant le procès »³⁹⁹. Ceci démontre parfaitement l'attachement clair et constant de la Cour EDH à une moindre importance de l'apparence, cette minoration de l'apparence demeure la seule condition stable de cette seconde génération jurisprudentielle. En effet, la stabilité n'est pas la qualité des critères utilisés par la Cour EDH pour déterminer s'il y a ou non partialité réalité objective.

205. Les critères varient selon les fonctions cumulées par le juge dont l'impartialité est mise en cause. Il s'agit de critères propres à chaque cas de cumul, nous en distinguerons trois à savoir celui qui concerne le cumul de décisions sur la « liberté » et le jugement (A), celui qui concerne le cumul des fonctions d'instruction et de jugement (B) et enfin celui relatif au cumul de la fonction de poursuite et du jugement (C).

³⁹⁰ CEDH, NORTIER c. Pays-Bas, op. cit. ; KOERING-JOULIN (R), droit de l'homme : une année de jurisprudence, RSC, 1994, p. 362 ; RENUCCI (J-F), La composition de la juridiction en matière d'enfance délinquante : juge des enfants intervenant à différents stades de la procédure, D. 1995, p. 105.

³⁹¹ CEDH, SARAIVA DE CARVALHO c. Portugal, op. cit. ; SUDRE (F), Droit de la Convention européenne des droits de l'homme, JCPG, 1995, I, 3823.

³⁹² CEDH, BULUT c. Autriche, op. cit. ; JOSSERAND (S), op. cit., p. 43 ; KOERING-JOULIN (R), Impartialité du tribunal. Principe du contradictoire. Instruction et jugement. Égalité des armes, RSC, 1997, p. 473 ; DE GOUTTES (R), L'impartialité du juge. Connaitre, traiter et juger : quelle compatibilité, op. cit.

³⁹³ CEDH, PEROTE PELLON c. Espagne, op. cit.

³⁹⁴ CEDH, ADAMKIEWICZ c. Pologne, op. cit. ; BONFILS (P), L'impartialité du tribunal pour enfants et la Convention européenne des droits de l'homme, D. 2010, p. 1324 ; ROETS (D), Le particularisme éducatif de la justice pénale des mineurs à l'épreuve du droit à un tribunal impartial, RSC, 2010, p. 687 ; RENUCCI (J-F), Le juge des enfants et l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme : nouvelle donne avec l'arrêt ADAMKIEWICZ, *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, juillet 2010, n° 3, p. 701 et s.

³⁹⁵ CEDH, CHESNE c. France, op. cit. ; ROETS (D), De l'importance pour les conseillers de la chambre de l'instruction statuant sur la détention provisoire d'une personne mise en examen de ne pas se prononcer sur la culpabilité, RSC, 2010, p. 690 ; LAVRIC (S), Droit à un tribunal impartial : nouvelle condamnation de la France, D. 2010, p. 1215.

³⁹⁶ CEDH, CARDONA SERRAT c. Espagne, op. cit.

³⁹⁷ CEDH, MANCEL et BRANQUART c. France, 24 juin 2010, requête n° 22349/06.

³⁹⁸ CEDH, FEY c. Autriche, op. cit., § 30 ; CEDH, PADOVANI c. Italie, op. cit., § 27 ; CEDH, SARAIVA DE CARVALHO c. Portugal, op. cit., § 35 ; CEDH, PEROTE PELLON c. Espagne, op. cit., § 45.

³⁹⁹ CEDH, SAINTE-MARIE c. France, op. cit., § 32 ; CEDH, NORTIER c. Pays-Bas, op. cit., § 33 ; CEDH, BULUT c. Autriche, op. cit., § 33 ; CEDH, ADAMKIEWICZ c. Pologne, op. cit., § 101 ; CEDH, CHESNE c. France, op. cit., § 36 ; CEDH, CARDONA SERRAT c. Espagne, op. cit., § 31.

A- Les critères applicables à la situation de cumul du jugement et d'une décision sur la liberté

206. Lorsque la Cour EDH appréhende l'impartialité d'un juge qui a rendu une décision relative à la « liberté » avant de prendre part au jugement sur le fond, elle réaffirme constamment que le simple fait pour un juge d'avoir pris une décision avant le procès ne peut justifier en soi des craintes quant à son impartialité.

207. Il convient, selon la Cour EDH, d'analyser concrètement les faits d'espèce à l'origine de la suspicion. Pour ce faire, elle n'adopte pas un critère d'appréciation « universel » applicable à tous les cas d'espèces impliquant un juge qui a, au cours d'un même procès, pris une décision sur la détention et participé au jugement.

208. Elle a par exemple décidé que les juges ayant connu de la détention peuvent ultérieurement faire partie de la juridiction de jugement dès lors qu'ils se sont fondés sur les propres déclarations de l'intéressé et qu'ils se sont bornés à une appréciation sommaire des données disponibles⁴⁰⁰, ou encore qu'un juge qui s'est prononcé sur la détention de l'accusé peut légitimement faire partie du tribunal dès lors que « *les questions à trancher par M. Meulenbroek (nous précisons : le juge) aux fins des dites décisions (nous précisons : décisions sur la détention) ne coïncidaient pas avec celles qu'il dut traiter en se prononçant sur le fond* »⁴⁰¹.

209. La Cour EDH décide dans son arrêt Chesne contre la France⁴⁰² qu'il ne faut pas assimiler « *des soupçons à un constat formel de culpabilité* »⁴⁰³. Les soupçons, qu'a eus un magistrat avant le jugement, sont donc pour la Cour EDH compatibles avec l'action de juger, ce qui est critiquable car le soupçon est un sentiment subjectif de culpabilité à l'égard d'une personne. La Cour EDH qui a la maîtrise des raisonnements convient qu'il faut différencier « *état de suspicion* »⁴⁰⁴ et « *idée préconçue de culpabilité* »⁴⁰⁵, si le premier n'est qu'un sentiment de culpabilité corroboré par aucune preuve objective, la seconde implique la mise en exergue d'éléments de culpabilité. Dans l'affaire Chesne contre la France les juges sont intervenus avant le procès comme président et conseiller de la chambre de l'instruction pour

⁴⁰⁰ CEDH, SAINT-MARIE c. France, op. cit., § 33.

⁴⁰¹ CEDH, NORTIER c. Pays-Bas, op. cit., § 35.

⁴⁰² CEDH, CHESNE c. France, op. cit.

⁴⁰³ CEDH, CHESNE c. France, op. cit., § 36.

⁴⁰⁴ CEDH, CHESNE c. France, op. cit., § 37.

⁴⁰⁵ CEDH, CHESNE c. France, op. cit., § 37.

rendre des décisions relatives à la « détention provisoire ». À cette occasion ils ont confirmé et prolongé le placement en détention du prévenu en le qualifiant notamment de « véritable professionnel du trafic de stupéfiant »⁴⁰⁶ et comme « l'un des principaux trafiquants »⁴⁰⁷. La Cour EDH en conclut que les deux juges sont « allés au-delà d'un simple état de suspicion à son encontre »⁴⁰⁸ et que « la chambre de l'instruction ne s'est pas limitée à une appréciation sommaire des faits reprochés pour justifier la pertinence d'un maintien en détention provisoire, mais s'est au contraire prononcée sur l'existence d'éléments de culpabilité à la charge du requérant »⁴⁰⁹. Avec cette décision la Cour EDH reprend son critère de l'appréciation sommaire afin de déterminer l'éventuelle partialité des magistrats mais elle opère une distinction surprenante entre le simple soupçon et l'idée préconçue sur la culpabilité. Ce *distinguo* demeure ambigu puisque la frontière entre les deux est très floue et poreuse.

210. Cette décision démontre parfaitement que la partialité réelle amène la Cour EDH à des appréciations inévitablement casuistiques, casuelles et empruntées de subjectivités. Aussi sera-t-il très complexe pour le requérant de différencier le soupçon et l'idée préconçue sur la culpabilité. Encore une fois, la subtilité des critères retenus par la Cour EDH ne joue pas en faveur de la clarté de sa jurisprudence.

211. Enfin, la Cour EDH constate qu'il y a partialité réelle du tribunal lorsque deux des trois membres se sont prononcés sur la mise en détention provisoire de l'accusé⁴¹⁰. Selon elle, ils ne se sont pas contentés d'une « appréciation sommaire des faits reprochés pour justifier la pertinence de la mesure »⁴¹¹ mais l'ont motivée par le « risque que le requérant intimide les témoins à charge »⁴¹². De plus, en l'espèce pour rendre sa décision sur la détention la chambre a visé l'article 503 du code de procédure pénale qui dispose dans son alinéa trois que pour ordonner la détention « il doit y avoir en l'espèce des motifs suffisants pour considérer pénalement responsable du délit la personne qui fait l'objet de la décision de placement en

⁴⁰⁶ CEDH, CHESNE c. France, op. cit., § 32.

⁴⁰⁷ CEDH, CHESNE c. France, op. cit., § 32.

⁴⁰⁸ CEDH, CHESNE c. France, op. cit., § 38.

⁴⁰⁹ CEDH, CHESNE c. France, op. cit., § 38.

⁴¹⁰ CEDH, CARDONA SERRAT c. Espagne, op. cit.

⁴¹¹ CEDH, CARDONA SERRAT c. Espagne, op. cit., § 34.

⁴¹² CEDH, CARDONA SERRAT c. Espagne, op. cit., § 34.

détention »⁴¹³. Ainsi, ces deux constats factuels cumulés font qu'il y a partialité réalité du tribunal.

212. Cette jurisprudence permet de déceler l'instabilité de l'appréciation, il n'y a pas une interprétation mais des interprétations de la partialité réalité qui émergent au gré des cas d'espèce. Ceci est accentué par le fait que les critères d'appréciation émis par la Cour EDH applicables aux cas de cumul du jugement et d'une décision sur la liberté ne sont pas ceux applicables aux situations de cumul des fonctions d'instruction et de jugement. En outre, dans ce dernier cas, les critères d'interprétation sont différents selon les cas d'espèces.

B- Les critères applicables à la situation de cumul du jugement et des fonctions d'instruction

213. Dans son arrêt Fey contre l'Autriche⁴¹⁴, la Cour EDH estime qu'il n'y a pas violation du principe d'impartialité et donc qu'il n'y a pas partialité réalité car il « *n'apparaît pas que les diverses mesures prises par elle (nous précisons : le juge Kohelegger auteur du cumul) avant le procès fussent propres à l'amener à préjuger du fond* »⁴¹⁵. En l'espèce le juge auteur du cumul avait, avant le jugement et en vertu d'une commission rogatoire du juge d'instruction, interrogé la victime des faits d'escroquerie reprochés à M. Fey. Ce même juge avait, entre la saisine du tribunal de district et le procès, pris diverses mesures consistant à recueillir de « *simples renseignements* »⁴¹⁶. Au titre de ces mesures il y avait notamment eu des demandes de renseignements auprès d'une banque et de deux compagnies d'assurance pour savoir si des versements avaient été opérés sur le compte de M. Fey. Selon la Cour EDH ce cas est très différent de l'arrêt De Cubber⁴¹⁷ où le juge avait, avant le jugement, mené des « *investigations approfondies* »⁴¹⁸. Donc, *a contrario*, pour la Cour EDH les investigations faites par le juge dans l'affaire Fey peuvent être qualifiées de pas, peu ou moins approfondies, ce qui permet au juge de participer au jugement de l'affaire en toute impartialité. Pourtant, les mesures prises par le juge ne sont pas anodines, elles lui ont permis de prendre connaissance

⁴¹³ CEDH, CARDONA SERRAT c. Espagne, op. cit., § 20.

⁴¹⁴ CEDH, FEY c. Autriche, op. cit.

⁴¹⁵ CEDH, FEY c. Autriche, op. cit., § 34.

⁴¹⁶ CEDH, FEY c. Autriche, op. cit., § 32.

⁴¹⁷ CEDH, DE CUBBER c. Belgique, 26 octobre 1984.

⁴¹⁸ CEDH, FEY c. Autriche, op. cit., § 35.

du dossier, des déclarations de la victime et donc le cas échéant d'avoir une certaine idée préconçue sur la culpabilité du requérant.

214.Par ailleurs, la Cour EDH conclut dans son arrêt *Padovani contre l'Italie*⁴¹⁹ à l'impartialité du juge qui a notamment cumulé les fonctions d'instruction et de jugement. D'une part car les actes d'instruction effectués par le juge étaient « *sommaires* »⁴²⁰ ; il n'auditionna que trois inculpés et d'autre part car le mandat d'arrêt qu'il a délivré à l'encontre de M. Padovani « *se fondait notamment sur les propres déclarations de M. Padovani* »⁴²¹. Il est possible de déceler que le critère des actes d'investigation sommaires utilisé par la Cour EDH dans cet arrêt rappelle celui des investigations non-approfondies de l'arrêt *Fey*. Pourquoi dans un tel cas la Cour EDH utilise un autre critère, certes quelque peu semblable, alors qu'elle a la possibilité de reprendre une référence identique ce qui favoriserait la lisibilité des décisions tant pour les États partis que pour leurs ressortissants.

215.Le caractère incertain de cette jurisprudence devient incontestable notamment lorsque la Cour EDH rend son arrêt *Saraiva De Carvalho contre le Portugal*⁴²². Dans cette affaire un juge a rendu le *despacho* qui est une décision intermédiaire du magistrat chargé de l'affaire qui détermine si de prime abord le dossier contient un commencement de preuve suffisant pour imposer aux individus le poids d'un procès. Selon la Cour EDH, cette décision est à distinguer d'un renvoi même si elle consiste pour le juge à admettre ou rejeter les réquisitions du ministère public. Dans ce cas d'espèce, la Cour EDH applique sa conception de la partialité réalité mais elle admet qu'il n'y a pas violation du principe d'impartialité même si le juge a eu une connaissance approfondie du dossier (qui découle logiquement d'investigations approfondies), ce qui vient contrarier le critère « sommaire » (ou peu approfondi) jusqu'alors stable dans la jurisprudence de la Cour EDH .

216.Pour la Cour EDH « *sa connaissance approfondie du dossier n'impliquait pas un préjugé empêchant de le considérer comme impartial au moment du jugement sur le fond* (nous soulignons) »⁴²³, elle rajoute qu'au stade initial de la procédure le rôle du juge consistait à s'assurer de l'existence « *d'indices suffisants* »⁴²⁴ et non de « soupçons

⁴¹⁹ CEDH, *PADOVANI c. Italie*, op. cit.

⁴²⁰ CEDH, *PADOVANI c. Italie*, op. cit. , § 28.

⁴²¹ CEDH, *PADOVANI c. Italie*, op. cit. , § 28.

⁴²² CEDH, *SARAIVA DE CARVALHO c. Portugal*, op. cit.

⁴²³ CEDH, *SARAIVA DE CARVALHO c. Portugal*, op. cit., § 38.

⁴²⁴ CEDH, *SARAIVA DE CARVALHO c. Portugal*, op. cit., § 38.

particulièrement renforcés »⁴²⁵. « *Indices suffisants* » qui selon la Cour EDH sont à rapprocher des « *indices sérieux* » mentionnés dans l'affaire Nortier. Cet arrêt démontre que l'appréciation de la partialité réalité sans critère préétabli par la Cour EDH est source de confusion.

217.Ceci est flagrant lorsqu'elle se fonde, dans un cas d'espèce, sur les « *investigations approfondies* » pour conclure à la partialité et qu'elle admet dans une autre décision que « *la connaissance approfondie* » n'empêche pas le juge d'être impartial⁴²⁶. Or, très vraisemblablement, il nous apparaît que la connaissance approfondie du dossier émane d'investigations elles-mêmes approfondies. Ceci amène le juge De Meyer à se demander « *où se situe la différence entre ces deux genres de connaissance approfondie* »⁴²⁷ et le juge Spielman de convenir « *qu'il ne s'agit pas de faire une différence entre investigations approfondies et investigations moins approfondies. Il s'agit là d'une question de principe* »⁴²⁸. De plus, nous rejoindrons l'avis du juge De Meyer selon lequel il est difficile de faire une différence d'intensité entre « *des soupçons particulièrement renforcés* »⁴²⁹ et « *des indices suffisants de culpabilité* »⁴³⁰ ou des « *indices qui suffisent de permettre de formuler un jugement sérieux de culpabilité* »⁴³¹.

218.Lorsque la situation de cumul concerne la fonction de poursuite et de jugement il semble également difficile de déceler des critères stables.

C- Les critères applicables à la situation de cumul de la poursuite et du jugement

219.Il faut s'attacher plus précisément à la question du cumul des fonctions de poursuite et de jugement. *A priori* lorsque la Cour EDH est confrontée à un tel cumul elle appliquerait une conception plus stricte du principe séparatiste. En effet, pour certains ce cas de cumul est « *radicalement impossible* »⁴³².

⁴²⁵ CEDH, SARAIVA DE CARVALHO c. Portugal, op. cit., § 38.

⁴²⁶ CEDH, BULUT c. Autriche, op. cit., opinion séparée du juge DE MEYER, § 12.

⁴²⁷ CEDH, BULUT c. Autriche, op. cit., opinion séparée du juge DE MEYER, § 12.

⁴²⁸ CEDH, FEY c. Autriche, op. cit., opinion dissidente de M. le juge SPIELMAN, § 4.

⁴²⁹ CEDH, BULUT c. Autriche, op. cit., opinion séparée du juge DE MEYER, § 12.

⁴³⁰ CEDH, BULUT c. Autriche, op. cit., opinion séparée du juge DE MEYER, § 12.

⁴³¹ CEDH, BULUT c. Autriche, op. cit., opinion séparée du juge DE MEYER, § 12.

⁴³² SUDRE (F), op. cit., p. 361, §-400.

220. Toutefois, il convient de tempérer cette dernière conclusion car la Cour EDH ne fait pas toujours triompher la séparation des fonctions de poursuite et de jugement et lorsqu'elle le fait, elle observe de façon concrète l'ampleur de l'intervention en amont du jugement.

221. Tout d'abord, dans l'arrêt Padovani⁴³³ la Cour EDH rend une décision surprenante en tranche en faveur de l'impartialité du *pretore* alors qu'il était, selon la législation en vigueur à l'époque des faits, un juge d'instance investi des fonctions propres du ministère public, des fonctions d'instruction et des fonctions de jugement. En effet, la Cour EDH au contraire de la Commission⁴³⁴ se focalise sur le cumul des fonctions d'instruction et de jugement sans égard pour la fonction de poursuite par ailleurs occupée par le *pretore*. Donc dans cette espèce elle admet la compatibilité du cumul des fonctions de poursuite et de jugement par un même « juge ».

222. Ensuite, dans l'arrêt Findlay⁴³⁵ elle admet la partialité des membres d'une cour martiale « hiérarchiquement subordonnés à l'officier convocatrice et sous ses ordres »⁴³⁶ car cet officier avait eu un rôle capital dans l'accusation et était étroitement lié aux autorités de poursuite⁴³⁷. Dans ce cas d'espèce elle se fonde sur le fait que l'officier convocatrice a eu un rôle déterminant dans l'accusation dont elle décrit précisément la teneur⁴³⁸. Donc lorsqu'elle condamne le cumul des fonctions de poursuites et de jugement, ce qui n'est pas toujours le cas, elle le fait en conformité avec la partialité réalité c'est-à-dire en faisant une appréciation de l'ensemble des mesures prises par l'autorité en cause.

⁴³³ CEDH, PADOVANI c. Italie, op. cit.

⁴³⁴ « La Commission considère que le fait que dans la procédure litigieuse le juge ait été investi par les dispositions alors en vigueur à la fois de fonctions propres au ministère public et à l'accusation et de fonctions de jugement porte atteinte à la garantie d'impartialité du juge, quelle que puisse avoir été, par ailleurs, l'activité déployée par ce magistrat dans le cas concret. En effet, les fonctions remplies par celui-ci en l'occurrence sont fondamentalement incompatibles entre elles, et il ne peut offrir, de ce fait, les garanties suffisantes pour exclure, aux yeux du requérant, tout doute légitime quant à son impartialité. Le requérant n'a donc pas été jugé par un tribunal "impartial" au sens de l'article 6 par. 1 (art. 6-1) de la Convention. », in Rapport de la Commission, 2 juin 1991, Padovani c. Italie, §-34.

⁴³⁵ CEDH, FINDLAY c. Royaume-Uni, 25 février 1997, requête n° 22107/93, §-75.

⁴³⁶ CEDH, FINDLAY c. Royaume-Uni, op. cit., §-75.

⁴³⁷ CEDH, FINDLAY c. Royaume-Uni, op. cit., §-74.

⁴³⁸ Ibid. : « La Cour relève que l'officier convocatrice, tel que la réglementation applicable à l'époque définissait sa responsabilité, a joué un rôle important avant que la cause de M. Findlay ne fût entendue. Il a décidé de la nature des accusations et du type de cour martiale requis. Il a convoqué la juridiction et en a nommé les membres ainsi que les officiers chargés de l'accusation et de la défense (paragraphes 14-15 et 36-37 ci-dessus). Conformément à la réglementation alors en vigueur, il était chargé d'envoyer un résumé des éléments de preuve à l'officier procureur et au juge advocate et pouvait indiquer les passages susceptibles d'être irrecevables. Il veillait à la comparution à l'audience des témoins à charge et de ceux dont la présence était "raisonnablement requise" par la défense. Son accord était nécessaire pour que l'officier procureur accordât au prévenu le bénéfice des circonstances atténuantes et d'ordinaire il le fallait pour abandonner certaines charges (paragraphes 38 et 39 ci-dessus). »

223.Cependant, dans la décision Didier⁴³⁹ la Cour EDH décide que « *dès lors que le juge n'accomplit pas d'acte d'accusation, sa connaissance approfondie du dossier n'implique pas de préjugé* ». Donc, dans le cas contraire il y aurait préjugement et donc incompatibilité automatique et *de facto* partialité du juge, du magistrat. Il semble que la plus grande prudence s'impose et qu'une interprétation *a contrario* de la décision Didier ne soit pas suffisante pour déceler la présence d'un critère stable qu'est l'accomplissement d'un acte d'accusation.

224.Au final, dans le cas d'un cumul fonctionnel de la poursuite et du jugement la Cour EDH semble faire une application de la partialité réalité. Ceci serait peut être différent s'il s'agissait, comme dans l'arrêt Piersack, d'un cumul organique des fonctions de poursuite et de jugement. La Cour EDH pourrait alors se montrer plus sévère en conservant une conception stricte des fonctions mais il s'agit d'une simple supposition pour un cas de cumul heureusement extrêmement rare.

225.Donc, la jurisprudence actuelle de la Cour EDH est axée sur la partialité réalité dont les critères d'application sont variables et incertains. Cependant, une autre conception de l'impartialité « *plus stricte, est pourtant envisageable : celle qui consisterait à prendre en considération le seul risque de partialité né de la prise de décisions en matière de détention provisoire* »⁴⁴⁰, ceci lui permettrait d'avoir une jurisprudence prévisible et constante mais cette conception constituerait un retour à la théorie de l'apparence de partialité ce que s'interdit la Cour EDH. Néanmoins, sans pouvoir espérer un retour de l'apparence, la Cour EDH devrait tenter de forger des critères d'appréciation stables ce qui éviterait « *ces nuances trop subtiles, génératrices d'incertitude et de confusion,* »⁴⁴¹ qui « *ne sont guère compatibles avec les exigences de la sécurité juridique* »⁴⁴², ce qui permettrait de faire échec à « *l'incertitude* »⁴⁴³ de la jurisprudence de la seconde génération.

226.La prépondérance de la partialité réalité dans la jurisprudence de la Cour EDH ne fait plus aucun doute, elle est l'appréciation retenue de l'impartialité depuis 1989. Mais, qu'en

⁴³⁹ CEDH, décision DIDIER c. France, 27 août 2002, requête n° 58188.

⁴⁴⁰ ROETS (D), De l'importance pour les conseillers de la chambre de l'instruction statuant sur la détention provisoire d'une personne mise en examen de ne pas se prononcer sur sa culpabilité, op. cit.

⁴⁴¹ CEDH, BULUT c. Autriche, op. cit., opinion séparée du juge DE MEYER, § 13.

⁴⁴² CEDH, BULUT c. Autriche, op. cit., opinion séparée du juge DE MEYER, § 13.

⁴⁴³ CEDH, BULUT c. Autriche, op. cit., opinion partiellement dissidente de M. le juge MORENALLI, § 3.

est-il en droit interne, dans quelle mesure est-il possible de déceler la présence de cette conception ?

§-2 La partialité réalité en droit interne.

227. Il s'agit de déceler la présence en droit interne d'un raisonnement similaire à celui de la partialité réalité. Le raisonnement attaché à la partialité réalité sera exclusivement présent en droit interne lorsqu'aucune incompatibilité légale ne sera prévue. En effet, dans cette dernière situation est affirmée une séparation stricte des fonctions ce qui est un marqueur de l'utilisation d'une partie du raisonnement afférent à la théorie de l'apparence. Dès lors, l'appréciation issue de la partialité réalité, qu'il est possible de retrouver en droit interne, exclut automatiquement de son champ les incompatibilités légales des fonctions. Aussi le cloisonnement de la fonction de poursuite est exclusif de la partialité réalité (A) mais il est des cas en droit interne où ne sont pas prévues d'incompatibilités légales, dès lors la similitude de raisonnement entre la partialité réalité et la jurisprudence interne sera présente (B).

A- Le cloisonnement de la fonction de poursuite exclusif de la partialité réalité

228. Lorsqu'est concernée la fonction de poursuite, le principe séparatiste est rigoureux et ne souffre presque⁴⁴⁴ d'aucune exception. Cette séparation stricte a été affirmée par l'article préliminaire du code de procédure pénale qui dispose que « *la procédure pénale doit être équitable et contradictoire et préserver l'équilibre des droits des parties. Elle doit garantir la séparation des autorités chargées de l'action publique et des autorités de jugement.* ». Ceci est une garantie nécessaire contre le cumul des fonctions et donc contre le risque de partialité émanant d'une autorité qui n'est toujours pas indépendante vis-à-vis du pouvoir politique⁴⁴⁵. Il est donc primordial pour tous les justiciables de voir cette fonction intervenir dans d'étroites limites déterminées.

⁴⁴⁴ « Il faut reconnaître que la séparation de la poursuite et de l'instruction n'est pas totale », in PRADEL (J), op.cit., p. 36.

⁴⁴⁵ Voir notamment : ROUSSEL (G), *suspicion et procédure pénale équitable*, l'Harmattan, bibliothèques de droit, 2010, p.211-217 ; *Infra*, Partie 2, Titre 2.

229. Cette séparation rigide des fonctions prévue textuellement est révélatrice de l'utilisation d'un raisonnement similaire à celui de la théorie de l'apparence de partialité⁴⁴⁶. Lorsqu'est concernée la fonction de poursuite, une séparation légale des fonctions est appliquée ce qui fait inévitablement échec à la présence de la partialité réalité. Est-ce déceler une échelle d'importance dans l'application du principe séparatiste selon la fonction concernée ? Ceci est une interprétation qui peut être retenue et il faut se réjouir que la fonction la mieux séparée, qui ne fait donc jamais appel à la partialité réalité, soit la fonction de poursuite qui, par nature, n'est plus neutre notamment lorsqu'elle a décidé de la poursuite⁴⁴⁷. Mais, cette situation de séparation stricte n'est pas généralisée. La séparation entre les autres fonctions, pour lesquelles les incompatibilités ne sont pas générales, peut laisser place à une partie du raisonnement afférent à la partialité réalité.

B- La similitude de raisonnement entre la partialité réalité et la jurisprudence interne

230. Pour être constatée, la partialité réalité implique un argumentaire exhaustif au soutien de la décision, il s'agit d'une décision qui tranchera *in concreto* en faveur de la partialité ou de l'impartialité ; il est donc nécessaire que l'arrêt comporte l'exposé exprès des contradictions entre la situation de fait et le principe d'impartialité à défaut, il s'agit d'un rapprochement d'avec la théorie de l'apparence. Celle-ci ne s'attachant pas à déterminer l'ampleur de la violation du principe d'impartialité, sa seule constatation suffit pour qu'il y ait partialité apparente. Dès lors, il est évident qu'une motivation lacunaire, peu détaillée, ne permettra pas de déceler l'appréciation attachée à la partialité réalité. Or, la Cour de cassation dans la majorité des cas adopte une telle position ce qui peut s'expliquer par le fait qu'elle opère un contrôle en droit ; ses arrêts sont fondés sur des motivations sommaires, réduites. Aussi, sera-t-il très rare et compliqué de relever la présence de la partialité réalité dans la jurisprudence de la Cour de cassation mais ceci ne veut évidemment pas dire qu'elle en est totalement absente.

⁴⁴⁶ *Supra*, Partie 1, titre 1, chapitre 1, section 2, §-1, B- La séparation légale des fonctions de poursuite et de jugement.

⁴⁴⁷ *Infra*, Partie 2, Titre 2.

231. En effet, l'appréciation relative à la partialité réalité est présente dans quelques arrêts de la Cour de cassation⁴⁴⁸ et ce dans les cas où il n'y a pas d'interdiction légale de cumul. Il en est ainsi lorsque la Haute cour décide le 6 novembre 1986⁴⁴⁹ que la composition de la Cour d'appel est illégale si elle comprend un juge qui a auparavant siégé à la Chambre d'accusation, a participé à l'arrêt infirmant l'ordonnance de non-lieu rendue par le juge d'instruction et qui ordonna le renvoi des prévenus devant le tribunal correctionnel. Selon la Cour de cassation cet arrêt pris par la Chambre d'accusation implique qu'a été « *examinée la valeur de charges pouvant justifier le renvoi* »⁴⁵⁰. Dans cet arrêt la Cour de cassation fonde sa décision sur un raisonnement qu'il est possible de rapprocher de celui de la partialité réalité. En effet, avec cette décision la Cour de cassation ne se contente pas de dire que le cumul constaté rend la composition illégale, elle explique en quoi un tel cumul des fonctions de conseiller à la chambre d'accusation et de président de la Chambre correctionnelle de la Cour d'appel est dans ce cas d'espèce illégal. Elle explicite sa position en invoquant l'argument selon lequel un tel cumul implique inévitablement l'examen de la valeur des charges. Selon la Cour de cassation le conseiller à la chambre d'accusation, qui a infirmé et renvoyé les prévenus devant la juridiction correctionnelle, a par là même examiné la valeur des charges. Il n'est donc plus en mesure de siéger à la juridiction de jugement.

232. Il y a là une appréciation *in concreto* des éléments de la cause par la Cour de cassation. Appréciation dans laquelle le fait d'avoir procédé à l'examen de la valeur des charges est l'élément clé, il est donc possible qu'un conseiller puisse cumuler ces mêmes fonctions dès lors qu'il n'aura pas procédé à cet examen.

233. Ceci permet de cerner la nuance entre la partialité apparente et la partialité réalité. Dans le premier cas la Cour de cassation aurait simplement décidé que la présence du cumul entraîne partialité et donc composition illégale de la juridiction de jugement alors qu'avec un raisonnement empreint de partialité réalité elle ne condamne pas *in abstracto* et de façon générale un tel cumul, elle explique que ce dernier rend la composition illégale car le juge a procédé à l'analyse de la valeur des charges.

⁴⁴⁸ Cass. Crim., 28 mai 1968, bull. crim., n° 175 ; Cass. crim., 20 décembre 1984, bull. crim., n° 412 ; Cass. crim., 11 mars 1986, bull. crim., n°100 ; Cass. crim., 6 novembre 1986, bull. crim., n° 328 ; Cass. Crim., 1^{er} décembre 1987, bull.crim., n° 439 ; Cass. crim., 15 septembre 2004, bull. crim., n° 210.

⁴⁴⁹ Cass. crim., 6 novembre 1986, bull. crim., n° 328.

⁴⁵⁰ *Ibid.*

234. La Cour de cassation adopte un raisonnement identique dans son arrêt rendu le 11 mars 1986⁴⁵¹ dans lequel elle décide que « *ne peuvent faire partie de la Chambre correctionnelle d'une Cour d'appel les magistrats qui, dans l'affaire soumise à cette juridiction, ont participé à un arrêt de la Chambre d'accusation dans lequel a été examinée la valeur des charges pouvant justifier le renvoi devant le tribunal correctionnel (nous soulignons)* ». Le seul cumul, qui serait suffisant avec la partialité apparente ne l'est pas dans cet arrêt. Pour la Cour de cassation c'est l'examen de la valeur des charges qui est central, ceci est le fruit d'une appréciation *in concreto*, ce qui est révélateur d'une certaine similitude de raisonnement entre celui afférent à la partialité réalité et celui retenu par le Cour de cassation dans cet arrêt.

235. La Haute Cour adopte une appréciation identique dans deux autres arrêts. Tout d'abord, le 1^{er} décembre 1987⁴⁵² elle décide que des magistrats ne peuvent faire partie de la chambre correctionnelle d'une cour d'appel alors qu'ils ont participé à un arrêt de la chambre d'accusation « *dans lequel il a été discuté et statué sur des faits qui ont provoqués pour partie le renvoi des prévenus devant le tribunal correctionnel (nous soulignons)* ». Ensuite, le 15 septembre 2004⁴⁵³ la Cour de cassation décide que des magistrats ne peuvent siéger à la chambre des appels correctionnels dès lors qu'ils ont composé la chambre de l'instruction « *ayant examiné la valeur probante de déclarations à charge qui servaient de fondement aux poursuites (nous soulignons)* ».

236. Ces deux décisions sont l'illustration parfaite de l'utilisation par la Cour de cassation d'une appréciation similaire à celle issue de la partialité réalité. La Cour suprême ne condamne pas la seule présence du cumul, ce qui correspond à une appréciation *in abstracto* du cumul et donc à la théorie de l'apparence de partialité, elle explicite son choix par une argumentation relative aux éléments qui empêchent concrètement le cumul dans les cas soumis.

237. Enfin, pour terminer cette étude sur la présence dans les décisions de la Cour de cassation d'une conception, d'une appréciation similaire à celle issue de la partialité réalité, il convient de remarquer que cette appréciation réaliste du principe d'impartialité est aussi utilisée par la Cour de cassation dans des décisions dans lesquelles elle rejette le grief de la

⁴⁵¹ Cass. crim., 11 mars 1986, bull. crim., n°100.

⁴⁵² Cass. Crim., 1^{er} décembre 1987, bull.crim., n° 439.

⁴⁵³ Cass. crim., 15 septembre 2004, bull. crim., n° 210.

composition illégale et donc de la partialité. Le 28 mai 1968⁴⁵⁴ elle décide que la Cour d'assises est régulièrement composée quand bien même un magistrat y siégeant aurait auparavant composé la Chambre d'accusation qui avait rendu un arrêt en matière de détention préventive, arrêts « *qui ne sont ni des actes de poursuite ou d'instruction, c'est-à-dire des actes ayant pour objet la recherche des preuves de l'existence d'une infraction ou celle de la culpabilité de son auteur, ni des arrêts de mise en accusation, ni des décisions sur le fond relatives à la culpabilité des accusés.* ». En l'espèce, la Cour opère une appréciation réaliste du cumul, il y a en quelque sorte impartialité réalité. Heureusement la Cour de cassation reviendra sur cette position avec son arrêt du 12 octobre 1983⁴⁵⁵.

238. Cette appréciation est également présente dans son arrêt du 20 décembre 1984⁴⁵⁶ dans lequel elle décide que « *le juge qui a participé à un arrêt de la chambre d'accusation prononçant un non-lieu partiel, sans avoir eu à connaître des faits ayant donné lieu à renvoi devant la juridiction correctionnelle, demeure libre de se former, en toute objectivité, une opinion sur la culpabilité du prévenu, après débat contradictoire des éléments de preuve (nous soulignons)* ». Pareillement la Cour de cassation dans cette décision procède à une analyse concrète du cumul, non pas pour conclure à la partialité mais à l'impartialité. Cependant, il est intéressant de relever que dans ces deux cas le cheminement intellectuel demeure identique à celui qu'elle retient lorsqu'elle constate qu'il y a partialité en fondant son raisonnement sur une appréciation similaire à celle issue de la partialité réalité.

239. Il est donc possible de déceler une similitude de raisonnement entre la conception de la partialité réalité et l'interprétation issue des arrêts de la Cour de cassation précédemment étudiés. Cependant, il est important de noter que si cette similitude de raisonnement peut-être relevée elle n'en demeure pas moins marginale. Pour l'essentiel de ses décisions, la Cour de

⁴⁵⁴ Cass. Crim., 28 mai 1968, bull. crim., n° 175. Cette jurisprudence fera l'objet d'un revirement, Cass. crim., 12 octobre 1983, bull. crim., n° 253.

⁴⁵⁵ Cass. crim., 12 octobre 1983, op. cit., « *Attendu qu'en application de l'article 253 du Code de procédure pénale, ne peuvent faire partie de la cour d'assises en qualité de président ou d'assesseur, les magistrats qui dans l'affaire soumise à la cour d'assises, ont, soit fait un acte de poursuite ou d'instruction, soit participé à l'arrêt de mise en accusation ou à une décision sur le fond relative à la culpabilité de l'accusé ;*

Attendu qu'il résulte des pièces soumises à la Cour de cassation que M. Craff, président de la cour d'assises, avait antérieurement, en tant que conseiller à la cour d'appel, siégé à la Chambre d'accusation, laquelle avait confirmé à une ordonnance rejetant une demande de mise en liberté présentée par X... ; Qu'ainsi ce magistrat, même s'il n'a pas participé directement à un acte ayant pour objet de rechercher les preuves d'une infraction ou celles de la culpabilité du demandeur, a nécessairement procédé à un examen préalable du fond » ; Supra, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, §-2.

⁴⁵⁶ Cass. crim., 20 décembre 1984, bull. crim., n° 412.

cassation se fonde sur les incompatibilités légales ce qui exclut une appréciation réaliste des éléments d'espèce.

Conclusion Chapitre 2

240. La partialité réalité est la conception retenue par la Cour EDH de l'impartialité à partir de 1989. Elle fait suite à l'application de la théorie de l'apparence de partialité et s'en distingue par des conséquences propres.

241. La partialité réalité a des conséquences sur l'apport de la preuve par le requérant qui allègue le grief de partialité. En effet, celui-ci ne bénéficie plus de l'apparence et donc de la présomption-preuve de partialité. Désormais, il doit prouver ses dires grâce à des éléments de preuve intangibles ; la seule présence du cumul des fonctions ne suffit plus, il doit démontrer en quoi l'ampleur du cumul entraîne inévitablement partialité du juge. Les requérants ont donc perdu en facilité probatoire. Au contraire, l'impact sur l'apport de la preuve de l'appréciation fondée sur la réalité est une protection pour les magistrats qui ne voient plus remettre en cause trop facilement leur impartialité. Leur légitimité est donc renforcée.

242. Cependant, la partialité réalité a une conséquence négative importante qui réside dans l'imprévisibilité illimitée d'une telle appréciation. Or, une Cour ne doit-elle pas garantir à ses justiciables ainsi qu'aux États parties, un minimum de lisibilité, de stabilité sans quoi le grief de l'absolutisme, de l'autoritarisme, de la tyrannie peut être émis ? Cette instabilité est d'ailleurs pleinement visible dans la jurisprudence postérieure à l'arrêt Hauschildt puisque les critères conventionnels de la partialité réalité varient selon les cas de cumuls en cause et pour chacun d'eux la Cour EDH ne fait pas émerger de critères stables mais opère à des distinctions subtiles. Tel est par exemple le cas lorsqu'elle différencie l'état de suspicion de l'idée préconçue de culpabilité ou lorsqu'elle distingue les investigations approfondies de la connaissance approfondie.

243. Enfin, l'appréciation afférente à la partialité réalité peut être décelée en droit interne et ce dans des décisions rendues avant 1989. Cependant, cette conception est contenue dans un petit nombre d'arrêts de la Cour de cassation ce qui démontre qu'elle se fonde, pour rendre ses décisions en matière d'impartialité, principalement sur les incompatibilités légales qui sont appréciées comme des dispositions qui proclament une séparation légale des fonctions similaire à celle issue de la théorie de l'apparence. De ce fait, les justiciables bénéficient d'une protection qui paraît *a priori* étendue, mais ceci ne veut évidemment pas dire que les incompatibilités sont, à elles seules, pleinement satisfaisantes. D'autres principes sont des protecteurs ou des vecteurs d'impartialité.

Conclusion Titre 1

244. Le triomphe de la réalité au détriment de l'apparence, telle pourrait être résumée la jurisprudence de la Cour EDH relative au principe d'impartialité contenu à l'article 6, §-1 de la Convention EDH. Les termes d'apparence et de réalité ont été conceptualisés et définis afin d'opérer à une relecture pointilleuse de la jurisprudence de la Cour EDH en matière d'impartialité des magistrats du jugement, exigence première de l'article 6, §-1.

245. En 1989, la Cour EDH abandonne sa conception de l'impartialité fondée sur l'apparence, qu'il convient de nommer théorie de l'apparence de partialité et théorie de l'apparence d'impartialité selon qu'est en cause l'impartialité fonctionnelle ou personnelle. Ce changement d'appréciation aboutit à la consécration d'une nouvelle conception du principe d'impartialité fonctionnelle fondée sur la réalité qu'il est possible de nommer, lorsqu'il conduit au grief de partialité, de partialité réalité. Cette dénomination est retenue en réaction à celle de partialité apparente.

246. Avec ce revirement jurisprudentiel la partialité est réalité, elle doit-être prouvée, démontrée. La seule crainte du justiciable fondée sur la présence du cumul, critère probant d'apparence de partialité, demeure inopérante pour la partialité réalité. Cette dernière repose donc, au contraire de l'apparence de partialité, sur une appréciation concrète des éléments de fait, sur un principe séparatiste souple et sur une appréciation objective de l'impartialité fonctionnelle.

247. La partialité réalité est aujourd'hui la conception dominante en droit de la Convention EDH, les suites de l'arrêt Hauschildt le démontrent parfaitement. Cependant, si l'apparence est marginalisée elle est toujours théoriquement présente, dans certains arrêts de la Cour EDH, en matière d'impartialité fonctionnelle et elle demeure l'appréciation stable, inchangée en matière d'impartialité personnelle, il y a toujours apparence d'impartialité personnelle.

248. Ces deux conceptions de l'impartialité fondées sur l'apparence ou sur la réalité reposent sur des critères d'appréciation distincts qu'il est possible de retrouver dans le droit interne relatif à la matière pénale. À ce titre, les incompatibilités légales peuvent être analysées comme le reflet de la théorie de l'apparence.

249. Enfin, la Cour EDH a, avec ses deux appréciations de l'impartialité, modelé le principe de la séparation des fonctions. Ce dernier est effectivement central dans sa

jurisprudence relative à l'impartialité fonctionnelle. Mais, la Cour de Strasbourg intervient pour apprécier la conformité d'un cas d'espèce avec la Convention EDH, elle n'a donc pas pour rôle d'aller au-delà des cas qui lui sont soumis. Dès lors, il est nécessaire de dépasser cette définition conventionnelle de l'impartialité afin d'analyser les principes procéduraux au soutien de l'impartialité devant les juridictions de jugement françaises (Titre 2) ce qui permettra de déterminer, notamment, si l'impartialité est soutenue de façon homogène dans la procédure pénale française.

Titre 2 : Les principes procéduraux au soutien de l'impartialité

250. La définition de l'impartialité à l'aune du droit conventionnel⁴⁵⁷ et la relecture des deux appréciations conventionnelles appliquées à l'impartialité ont permis de mettre en relief la nature de l'exigence conventionnelle d'impartialité. Cette théorisation des appréciations conventionnelles et leurs répercussions sur le droit national est nécessaire afin de parvenir à une définition commune *a minima* de ce principe.

251. Après avoir théorisé les conceptions conventionnelles de l'impartialité, il convient de s'attacher à la concrétisation de l'impartialité devant les juridictions françaises de jugement⁴⁵⁸ sans perdre de vue la garantie supérieure conventionnelle.

252. Cette analyse de l'impartialité devant les juridictions de jugement sera guidée par une approche fondée sur l'interdépendance des principes procéduraux, plus précisément sur une analyse du principe d'impartialité comme dépendant, soutenu par d'autres principes procéduraux. L'impartialité n'est pas cloisonnée, au contraire elle est facilitée, protégée, garantie plus aisément en présence de certains principes procéduraux. Ces derniers sont donc des soutiens pour l'impartialité. Il conviendra de faire une sélection des principes procéduraux considérés comme tels pour l'impartialité et d'en analyser la portée selon la juridiction de jugement considérée. À ce titre, il convient de rappeler que la récusation n'est pas selon nous un soutien préventif de l'impartialité mais une procédure qui intervient *a posteriori*, c'est-à-dire après constat de partialité ou suspicion forte de partialité. La récusation est donc un traitement curatif qui fait échec à la partialité mais qui n'a pas vocation à favoriser la concrétisation de l'impartialité. Dès lors, bien que nécessaire et salvateur, ce mécanisme de la récusation ne peut se déployer qu'une fois le vice de partialité présent. Ainsi, la récusation ne facilite à proprement parler l'impartialité des juges mais permet, fort heureusement, d'évincer le juge qui est partial. Au contraire, ce qui intéresse la présente étude est de s'attacher aux seuls principes procéduraux qui interviennent à titre préventif et qui permettent de soutenir, de faciliter l'impartialité. En d'autres termes, il existe des principes procéduraux qui vont amener

⁴⁵⁷ *Supra*, Partie 1, Titre 1 : l'impartialité des magistrats entre apparence et réalité.

⁴⁵⁸ CORNU (G), Vocabulaire juridique, PUF, Quadriga, 11^{ème} éd., 2016, voir à « *juridiction de jugement* » : « *Juridiction ayant pour mission de statuer sur l'existence de l'infraction, la culpabilité de la personne poursuivie, et, éventuellement de prononcer condamnation* ».

les juges à accéder plus facilement à l'impartialité ou qui vont les inciter à l'être. Il ne s'agit donc pas d'analyser le mécanisme de la récusation, qui est mis en œuvre une fois le vice de partialité présent, mais d'étudier les principes qui favorisent le jugement impartial.

253. En outre, les juridictions de jugement ne répondent pas toutes aux mêmes exigences. Ainsi, la majorité des délinquants sera jugée par des juridictions de jugement de droit commun et une minorité par des juridictions spécialisées⁴⁵⁹. Mais, quelle que soit la juridiction de jugement concernée, elle doit agir de façon impartiale conformément à l'exigence conventionnelle d'impartialité précédemment définie. Dès lors, il conviendra d'analyser d'une part les principes procéduraux au soutien de l'impartialité devant les juridictions de jugement de droit commun (chapitre 1) et d'autre part les principes procéduraux au soutien de l'impartialité devant les juridictions spécialisées (Chapitre 2). Pour ce faire, les principes au soutien de l'impartialité devant les juridictions de droit commun seront considérés comme le socle de base, comme le modèle ordinaire de la teneur des soutiens de l'impartialité.

⁴⁵⁹ Cette notion de juridiction spécialisée sera préférée à celle de juridiction d'exception. Elle est utilisée notamment par GUINCHARD (S) et BUISSON (J), op. cit., p. 183 et s., § 163 et s.

Chapitre 1 : Les principes procéduraux au soutien de l'impartialité devant les juridictions de droit commun

254. L'impartialité est une garantie pour les justiciables qui est plus ou moins explicite, révélée, affichée, facilitée selon qu'elle bénéficie de soutiens procéduraux forts, affaiblis voire absents. Cette analyse n'est possible qu'à la condition de retenir une conception du procès dans laquelle il faut considérer, ce qui va faire l'objet d'une démonstration tout au long de ce chapitre, que l'impartialité est dépendante d'autres principes procéduraux. À ce titre, Franklin Kutty n'hésite pas à parler « *d'impartialité par les règles de procédure* »⁴⁶⁰. Il convient donc de faire une sélection des principes reconnus⁴⁶¹ comme des soutiens pour l'impartialité afin d'analyser leur force, leur puissance selon la juridiction de jugement de droit commun. Il ne s'agit donc pas seulement d'identifier les principes mais d'analyser leur « consistance », leur force selon la juridiction et la procédure adoptée afin de constater si le risque de partialité est efficacement repoussé.

255. Tout d'abord, il convient de préciser que deux principes procéduraux essentiels au soutien de l'impartialité connaissent une application identique quelle que soit la juridiction de jugement de droit commun. Il s'agit de l'indépendance⁴⁶² et de la séparation des fonctions de poursuite et de jugement⁴⁶³. Ces deux principes ont, notamment en droit interne, une force identique quelle que soit la juridiction de droit commun, aussi convient-il d'en faire une analyse dès à présent.

256. Classiquement l'indépendance statutaire du juge à l'égard du gouvernement et l'indépendance à l'égard du pouvoir législatif⁴⁶⁴ sont conçues comme le statut et l'impartialité comme la vertu⁴⁶⁵. L'indépendance est une condition préalable nécessaire⁴⁶⁶ à

⁴⁶⁰ KUTY (F), *L'impartialité du juge en procédure pénale*, Larcier, Collection de thèses, 2005, p. 130 et s.

⁴⁶¹ Le Professeur Damien ROETS a fait une classification entre garanties fondamentales et garanties complémentaires d'impartialité, in ROETS (D), *Impartialité et justice pénale*, Travaux de l'institut de sciences criminelles de Poitiers, Cujas, 1997-18, p. 342 et s.

⁴⁶² L'indépendance à l'égard des parties se concrétise justement par le devoir d'impartialité.

⁴⁶³ *Supra* : Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, §-1, B- La séparation légale des fonctions de poursuite et de jugement.

⁴⁶⁴ GUINCHARD (S) et BUISSON (J), op. cit., p. 369 et s. ; décisions du Conseil constitutionnel notamment : DC 22 juillet 1980, n°80-122 ; DC 26 juin 1987, n°87-228.

⁴⁶⁵ GUINCHARD (S) et BUISSON (J), op. cit., p. 369 et s. ; GUINCHARD (S), *Droit processuel droits fondamentaux du procès*, Dalloz, Précis, 8^{ème} éd., 2015, p. 814-815, §-340 ; GUINCHARD (S), MONTAGNIER (G), VARINARD (A), DEBARD (T), *Institutions juridictionnelles*, Dalloz, Précis, 13^{ème} éd., 2015, p. 170-171,

l'impartialité⁴⁶⁷. En effet, « *si l'indépendance n'épuise pas l'exigence d'impartialité, elle en constitue cependant un prérequis indispensable, un juge ne pouvant être considéré comme impartial s'il n'est d'abord totalement indépendant* »⁴⁶⁸ dès lors, « *une juridiction de jugement indépendante, n'étant pas sujette à des influences extérieures, aura toutes chances de se montrer impartiale* »⁴⁶⁹. Ce principe d'indépendance⁴⁷⁰ a une valeur constitutionnelle, l'article 64 de la Constitution prévoit que « *le président de la République est garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire* » et que « *les magistrats du siège sont inamovibles* ». Pour la Cour EDH cette indépendance est le critère permettant de qualifier un organe de tribunal⁴⁷¹, d'organe appartenant à l'autorité judiciaire. Cette position salubre consistant à dénier la qualité d'autorité judiciaire aux organes dépendants du pouvoir exécutif⁴⁷², que sont les membres du parquet, a été relayée explicitement par la Chambre criminelle dans son arrêt rendu le 15 décembre 2010⁴⁷³ où elle a décidé que « *c'est à tort que la chambre de l'instruction a retenu que le ministère public est une autorité judiciaire au sens de l'article 5 § 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, alors qu'il ne présente pas les garanties d'indépendance et d'impartialité requises par ce texte et qu'il est partie poursuivante, l'arrêt n'encourt pas pour autant la censure, dès lors que le demandeur a été*

§-114 ; KOERING-JOULIN (R), La notion de tribunal indépendant et impartial au sens de l'article 6 par. 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, RSC, 1990, p. 765.

⁴⁶⁶ ROETS (D), op. cit., p. 21, §-17.

⁴⁶⁷ DESPORTES (F) et LAZERGES-COUSQUER (L), *Traité de procédure pénale*, Economica, Corpus droit privé, 4^{ème} éd., 2016, p. 189 et s. ; KUTY (F), op. cit., p. 89 et s. ; GUINCHARD (S), MONTAGNIER (G), VARINARD (A), DEBARD (T), op. cit., p. 232-234, §-166 et s. ; CROCQ (P), Le droit à un tribunal impartial, in droits et libertés fondamentaux, Dalloz, 4^{ème} éd., 1997, p. 360 et s.

⁴⁶⁸ KUTY (F), op. cit., p. 89.

⁴⁶⁹ PRADEL (J), La notion européenne de tribunal impartial et indépendant selon le droit français, RSC, 1990, p. 692.

⁴⁷⁰ Sur l'indépendance voir GUINCHARD (S), *Droit processuel droits fondamentaux du procès*, op. cit., p. 818 et s. ; GUINCHARD (S) et BUISSON (J), op. cit., p. 369 et s. ; DESPORTES (F) et LAZERGES-COUSQUER (L), op. cit., p. 189 et s. ; PRADEL (J), op. cit., 2013, p. 44 et s., §-21 et s.

⁴⁷¹ La Cour EDH affirme que « *seul mérite l'appellation de tribunal un organe répondant à une série d'autres exigences - indépendance à l'égard de l'exécutif comme des parties en cause, durée du mandat des membres, garanties offertes par la procédure - dont plusieurs figurent dans le texte même de l'article 6 par. 1 (nous soulignons)* » : CEDH, 23 juin 1981, LE COMPTE, VAN LEUVEN et DE MAYER c. Belgique, requête n° 6878/75 ; CEDH, 16 juillet 1971, RINGEISEN c. Autriche, requête n° 2614/65, § 95 ; CEDH, 27 juin 1968, NEUMEISTER c. Autriche, requête n° 1936/63, § 23.

Cette position rejoint celle de la Cour EDH concernant les membres du parquet dépendants de l'exécutif et donc n'ayant pas la qualité d'autorité judiciaire : CEDH, 29 mars 2010, MEDVEDYEV et autres c. France, requête n° 3394/03, § 124 ; CEDH, 23 novembre 2010, MOULIN c. France, requête n°37104/06, § 57. Sur ce point, voir *infra* : Partie 2, Titre 2, Chapitre 1.

⁴⁷² *Infra* : Partie 2, Titre 2, Chapitre 1.

⁴⁷³ Cass. crim. 15 décembre 2010, pourvoi n° 10-83674, bull. crim. 2010, n° 207. Sur cet arrêt voir notamment : LEROY (J), La parquet peut-il contrôler la garde à vue ? Oui, mais..., JCPG, 21 février 2011, n°8, p. 214.

libéré à l'issue d'une privation de liberté d'une durée compatible avec l'exigence de brièveté imposée par ledit texte conventionnel ».

257. Ainsi, les membres de l'autorité judiciaire doivent être indépendants vis-à-vis du pouvoir exécutif, du pouvoir législatif, de leur propre corps, de leur hiérarchie. Concrètement, cela se traduit par un statut protecteur des magistrats du siège⁴⁷⁴ : ils sont inamovibles, le recrutement se fait par concours, un principe d'égalité de traitement à valeur constitutionnelle gouverne leur avancement de carrière⁴⁷⁵ et leur statut relève de lois organiques, ce qui permet au Conseil constitutionnel de veiller systématiquement au respect du dit principe⁴⁷⁶.

258. Le principe de la séparation de la fonction de poursuite, analysé précédemment⁴⁷⁷, connaît également une application identique quelle que soit la juridiction de jugement. En effet, l'article préliminaire du code de procédure pénale⁴⁷⁸ prévoit que la procédure pénale « doit garantir la séparation des autorités chargées de l'action publique et des autorités de jugement », les termes généraux démontrent parfaitement l'application inconditionnelle de ce principe. Il est un principe fort qui connaît de rares exceptions critiquables, selon les articles 675 à 678 du CPP la juridiction de jugement peut poursuivre directement les infractions d'audience sauf s'il s'agit d'un crime ou, heureusement pour la garantie d'impartialité⁴⁷⁹, du délit d'outrage prévu à l'article 434-24 du code pénal. Ce dernier ne peut être poursuivi directement par la juridiction concernée, c'est au procureur qu'il revient d'exercer les poursuites et de renvoyer devant une juridiction de jugement composée obligatoirement différemment. Donc la situation de cumul qui serait la plus dangereuse pour l'impartialité est proscrite par la loi.

259. Ces deux principes, soutiens ou préalables indispensables à l'impartialité, sont donc appliqués de façon identique à toutes les juridictions de jugement. En conséquence ces deux principes d'indépendance et de séparation de la fonction de poursuite sont exclus de l'analyse

⁴⁷⁴ *Infra* : Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, §-1.

⁴⁷⁵ DC, 21 février 1992, n° 92-305 ; RENOUX (T, S), Le Conseil constitutionnel et le statut des magistrats de l'ordre judiciaire : vers une décision constitutionnelle ?, *Gaz. Pal.*, 1993, p. 7 et s.

⁴⁷⁶ Pour rappel les lois organiques sont soumises à un contrôle de constitutionnalité *a priori* obligatoire. Article 61 de la Constitution du 4 octobre 1958 : « Les lois organiques, avant leur promulgation, les propositions de loi mentionnées à l'article 11 avant qu'elles ne soient soumises au référendum, et les règlements des assemblées parlementaires, avant leur mise en application, doivent être soumis au Conseil constitutionnel qui se prononce sur leur conformité à la Constitution. »

⁴⁷⁷ *Supra* : Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, §-1, B- La séparation légale des fonctions de poursuite et de jugement.

⁴⁷⁸ Désormais CPP.

⁴⁷⁹ DESPORTES (F) et LAZERGES –COUSQUER (L), *op. cit.*, p. 202-203.

qui va suivre, de la catégorisation des principes au soutien de l'impartialité selon qu'ils se concrétisent devant la Cour d'assises et devant le tribunal correctionnel.

260. En effet, il convient de rappeler brièvement le choix fait en faveur de l'exclusion de la matière contraventionnelle alors qu'elle connaît également un affaiblissement des principes procéduraux considérés comme des soutiens de l'impartialité. Bien entendu le modèle idyllique serait que la matière contraventionnelle bénéficie des principes procéduraux soutiens pour l'impartialité mais dans la pratique ceci s'avère impossible, illusoire. Il convient donc de parler d'affaiblissement justifié. Justifié du fait de la masse des contraventions⁴⁸⁰, de la faible gravité des infractions et des peines encourues⁴⁸¹, et enfin de la simplicité très fréquente des faits.

261. Tout d'abord, dans les cas de l'amende et de l'indemnisation forfaitaire, le juge intervient très rarement en conséquence son impartialité suscite peu de problèmes. Ces procédures sont rendues indispensables compte tenu du nombre d'infractions constatées. Pour des raisons pratiques l'accès au juge n'est pas systématique. Un tel contentieux engorgerait les tribunaux et desservirait le fonctionnement de la justice. Dès lors, la possibilité offerte de saisir le juge unique en cas de contestation⁴⁸² demeure une garantie *a minima* adaptée à ce type d'infraction.

262. Ensuite, la procédure de l'ordonnance pénale⁴⁸³ est appliquée depuis une quarantaine d'années à la matière contraventionnelle. Cette procédure simplifiée a pour but premier de désengorger les tribunaux et donc de satisfaire le principe de célérité. Dans un tel cas il y a

⁴⁸⁰ Le nombre d'amendes forfaitaires majorées en 2013 s'élève à 11 734 384 in Les chiffres-clés de la justice 2014, http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_stat_livret_final_HD.pdf, p. 15. Ce chiffre ne comprend donc qu'une partie des amendes forfaitaires, c'est-à-dire seulement celles qui ne sont pas payées dans le délai de 45 jours.

⁴⁸¹ Seules les contraventions sont concernées pour lesquelles la peine d'emprisonnement n'est plus encourue depuis 1993 (Loi n° 93-913, 16 décembre 1993, loi reportant l'entrée en vigueur du nouveau code pénal, article unique, point IV). Seules l'amende et, dans certains cas, les peines complémentaires peuvent être prononcées. Cette position rejoint celle de la Cour EDH qui admet des procédures « dérogatoires » (en l'espèce confier la poursuite et la répression à des autorités administratives) eu égard au grand nombre d'infractions légères : CEDH, 21 février 1984, OZTURK c. Allemagne, requête n° 8544/79.

⁴⁸² Article 530 et 530-1 CPP ; CEDH, 21 février 1984, *ibid*, §-56 : « *Eu égard au grand nombre des infractions légères, notamment dans le domaine de la circulation routière, un État contractant peut avoir de bons motifs de décharger ses juridictions du soin de les poursuivre et de les réprimer. Confier cette tâche, pour de telles infractions, à des autorités administratives ne se heurte pas à la Convention pour autant que l'intéressé puisse saisir de toute décision ainsi prise à son encontre un tribunal offrant les garanties de l'article 6.* (nous soulignons) »

⁴⁸³ Procédure créée par la loi du 3 janvier 1972, loi n° 72-5, loi tendant à simplifier la procédure applicable en matière de contraventions, JO 5 janvier 1972, p. 153. Sur plus de détails concernant cette procédure voir notamment : LAZERGES-COUSQUER (L), *op. cit.*, p. 863 et s.

intervention d'un juge unique mais sans audience⁴⁸⁴, la procédure est écrite, non-contradictoire, sans débat et l'ordonnance n'est pas motivée⁴⁸⁵. Il y a donc absence manifeste des principes considérés comme des soutiens pour l'impartialité⁴⁸⁶. Toutefois, pour cette matière, qui concerne des infractions légères, l'absence d'audience est traditionnellement admise. En effet, « *contrairement aux crimes et aux délits qui doivent être jugés par la juridiction de jugement au cours d'une audience et après débats, les contraventions, même les plus graves, peuvent être jugées d'après des procédures simplifiées* »⁴⁸⁷. L'affaiblissement des principes procéduraux au soutien de l'impartialité est en pratique nécessaire du fait du nombre très important d'infractions et de leur faible gravité. En outre, les procédures simplifiées en matière contraventionnelle, contentieux relatif aux infractions les moins graves et les moins complexes, permettent par la même de mobiliser plus de juges pour le jugement des infractions plus graves. Donc de garantir au mieux les principes au soutien de l'impartialité dans ces autres matières, plus complexes, pour lesquelles les peines encourues sont plus lourdes.

263.Enfin, la procédure « normale », c'est-à-dire celle qui se déroule selon une audience ordinaire, devant le tribunal de police ou de proximité est plus rare. En effet, cette procédure est obligatoire seulement lorsqu'une procédure simplifiée n'est pas permise⁴⁸⁸. La procédure ordinaire est fondée sur la compétence du juge unique⁴⁸⁹, il y a donc une entorse au principe de la collégialité. Toutefois, il est préférable de rendre disponible les juges pour les infractions dont la complexité des faits et la gravité de la peine rendent nécessaire une mobilisation suffisante de juges.

264.En conclusion, la matière contraventionnelle connaît depuis longtemps un affaiblissement des principes procéduraux, soutiens de l'impartialité. Il est possible de comprendre cet affaiblissement qui répond à des objectifs pratiques même si l'idéal serait que la matière contraventionnelle profite également des principes protecteurs pour l'impartialité.

⁴⁸⁴ VIENNOT (C), *Le procès pénal accéléré, étude des transformations du jugement pénal*, Dalloz, Nouvelles bibliothèques de thèses, volume 120, 2012, p. 163 et p. 349 et s.

⁴⁸⁵ Article 526 alinéa 2 CPP : « *Le juge n'est pas tenu de motiver l'ordonnance pénale* ».

⁴⁸⁶ Les principes au soutien de l'impartialité vont faire l'objet d'une analyse dans ce Chapitre, *Infra*, section 1 et 2 de ce chapitre.

⁴⁸⁷ COURTIN (C), Répertoire pénal, Dalloz, à « *Contraventions* », n° 45. ; PRADEL (J), La simplification de la procédure applicable aux contraventions, *D.* 1972, n° 24, p. 153 et s.

⁴⁸⁸ Article 524 CPP.

⁴⁸⁹ VIENNOT (C), *op. cit.*, p. 136 et s.

Dès lors, seule la matière correctionnelle et la matière criminelle seront l'objet des analyses suivantes.

265. Les principes procéduraux au soutien de l'impartialité s'appliquent de façon différente à la matière correctionnelle et criminelle. La teneur de certains principes diffère selon la juridiction de jugement. Cette analyse a donc pour but de démontrer que l'impartialité est plus ou moins bien soutenue, garantie selon la juridiction de jugement concernée de droit commun. Il nous apparaît une gradation croissante de la teneur des principes de la matière correctionnelle vers la matière criminelle. Il est donc nécessaire de rappeler quels sont les principes conçus comme des soutiens pour l'impartialité, moyens indispensables pour parvenir à la réalisation de cette analyse. Il est possible de déceler d'une part le soutien puissant de l'impartialité en matière criminelle (section 1) et d'autre part le soutien affaibli de l'impartialité en matière délictuelle (section 2).

Section 1 : Le soutien puissant de l'impartialité en matière criminelle

266. L'impartialité en matière criminelle est soutenue par des garanties puissantes qui peuvent être catégorisées selon une classification traditionnelle⁴⁹⁰. Dès lors, il conviendra de s'attacher à la puissance des garanties institutionnelles (§-1) et la puissance des garanties procédurales (§-2). Ces deux types de garanties sont distincts. Les garanties institutionnelles peuvent être définies comme des garanties qui préexistent au déroulement d'un procès, ce sont des « *caractéristiques que tout juge saisi d'un recours doit offrir* »⁴⁹¹ même si pour certaines d'entre elles il est possible de constater un certain déclin⁴⁹². Quant aux garanties procédurales elles sont liées à la procédure c'est-à-dire qu'elles sont « *communes à tous les procès, avec des nuances selon les contentieux, ces garanties forment un socle de garanties davantage liées au fonctionnement de la justice qu'à son organisation institutionnelle* »⁴⁹³.

§-1 : La puissance des garanties institutionnelles

267. Les garanties institutionnelles sont nombreuses. Certaines sont absolument nécessaires au soutien de l'impartialité, il s'agit de l'indépendance et la séparation des fonctions de poursuite et de jugement, deux principes analysés précédemment car ayant une force identique devant toutes les juridictions de droit commun. À l'inverse, d'autres garanties sont des soutiens et non des prérequis indispensables. Tel est le cas de la garantie institutionnelle de la collégialité d'une part (A) et de la garantie institutionnelle de la séparation des fonctions d'instruction et de jugement d'autre part (B).

A- La garantie institutionnelle de la collégialité

268. « *Parce que les membres de la commission d'enquête se sont rendus compte que la magistrature pêchait souvent par l'individualisme de ses membres et souffrait d'un certain repli sur elle-même, ils ont jugé souhaitable de recommander le développement de la*

⁴⁹⁰ Il s'agit de catégoriser les garanties en garanties institutionnelles et en garanties procédurales. Cette classification est retenue en doctrine notamment par GUINCHARD (S) et BUISSON (J), op. cit., p. 364 et s., p. 403 et s.; GUINCHARD (S), *Droit processuel, droits fondamentaux du procès*, op. cit., p. 797-798.

⁴⁹¹ GUINCHARD (S), *Droit processuel, droits fondamentaux du procès*, op. cit., p. 797.

⁴⁹² *Infra* : Seconde section de ce chapitre.

⁴⁹³ GUINCHARD (S), *Droit processuel, droits fondamentaux du procès*, op. cit., p. 989.

collégialité. »⁴⁹⁴ Le rapport Houillon a démontré les bénéfices de la collégialité pour une bonne justice. Il s'agissait en l'espèce du cas précis du juge d'instruction⁴⁹⁵ mais, ce rapport permet de démontrer que la collégialité est perçue comme un élément indispensable pour faire face aux risques d'erreurs futures. En effet, dans l'affaire dite d'Outreau c'est justement la solitude du juge d'instruction qui a été interprétée comme l'une des causes du dysfonctionnement alors même que la formation collégiale, qu'est la Chambre de l'instruction, est souvent intervenue pour confirmer les ordonnances du juge d'instruction. La collégialité est donc un soutien pour l'impartialité, pas un rempart absolu. Elle n'annihile pas le risque de partialité mais le repousse. En effet, la collégialité n'implique pas systématiquement l'impartialité⁴⁹⁶.

269. Cette préoccupation pour la collégialité n'est pas récente. Certains membres de la doctrine relevaient déjà en 1977 que « *la collégialité a le mérite de brasser et de neutraliser les préjugés éventuels et parfois inconscients auxquels le système du juge unique expose les plaideurs. Au reste ce n'est pas un hasard si au cours de ces dernières années, les difficultés les plus graves firent irruption à l'occasion des activités du juge d'instruction qui précisément est un juge unique* »⁴⁹⁷. Cependant, ce principe de collégialité n'a jamais été reconnu comme ayant une valeur constitutionnelle⁴⁹⁸ alors que le Conseil constitutionnel en a eu l'occasion notamment à deux reprises en 1975 et 1995. Néanmoins, pour certains auteurs⁴⁹⁹, auxquels il conviendra de se rattacher, « *la collégialité s'impose au législateur* », elle serait un principe directeur de la procédure pénale. En effet selon ces auteurs « *pour le jugement des infractions les plus graves et/ou les plus complexes, la collégialité constitue une garantie fondamentale trouvant son fondement et sa raison d'être dans la protection de la liberté individuelle et la confiance que doit inspirer la justice. Ainsi, on n'imagine pas un*

⁴⁹⁴ Rapport fait au nom de la Commission d'enquête chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l'affaire dite d'Outreau et de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement, 6 juin 2006, texte n° 3125, Présidée par M. ANDRE VALLINI, Rapporteur M. PHILIPPE HOUILLON, p. 353, disponible en ligne :

<http://www.assemblee-nationale.fr/12/pdf/rap-enq/r3125.pdf>

⁴⁹⁵ Sur la question de la collégialité dans l'instruction, *infra* : Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.

⁴⁹⁶ KUTY (F), *op. cit.*, p. 162.

⁴⁹⁷ PERROT (R), *Le juge unique en droit français*, RIDC, 1977, n°4, vol. 29, p. 659.

⁴⁹⁸ DC, 23 juillet 1975, n°75-56, les auteurs de la saisine invoquaient la violation du principe de collégialité qu'ils qualifient de principe fondamental reconnu par les lois de la République. Le Conseil constitutionnel ne reprend pas ce fondement pour censurer la loi, il le fait en se fondant sur l'égalité ; DC, 02 février 1995, n° 95-360, analysée par les Professeurs Serge Guinchard et Jacques Buisson comme un brevet implicite de constitutionnalité de l'absence de la collégialité, in *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 439 ; PARISI (C), *L'extension du système de juge unique*, RIDC, 2007, vol. 59, n° 3, p. 655.

⁴⁹⁹ DESPORTES (F) et LAZERGES-COUSQUER (L), *op. cit.*, p. 201 et s.

meurtre jugé à juge unique. Dans un champ restreint, qui reste sans doute à délimiter mais dont l'existence nous paraît indiscutable, le principe de collégialité s'impose au législateur »⁵⁰⁰. Dès lors, l'absence de valeur constitutionnelle protectrice ne fait pas obstacle à ce que la collégialité soit conçue comme un soutien pour l'impartialité. Différents arguments en ce sens peuvent être invoqués.

270. Tout d'abord, l'adage classique « *juge unique, juge inique* »⁵⁰¹ est révélateur de l'importance de la collégialité et du fait qu'elle permet la concertation des juges et un contrôle réciproque des juges⁵⁰². La collégialité rend évidemment beaucoup plus difficile pour un juge habité par une idée préconçue d'aller au bout de sa démarche et ainsi parvenir au prononcé d'un jugement collégial partial. L'obstacle à cela réside dans la présence d'autres magistrats qu'il faudra convaincre de juger conformément à ce préjugé, dès lors « *l'on peut estimer aussi que le risque d'une justice partielle est considérablement atténué par la collégialité du tribunal* »⁵⁰³ mais pas exclu.

271. Il est indéniable que la collégialité permet une délibération au cours de laquelle tous les juges et les jurés auront l'occasion d'échanger, de confronter et de justifier leurs idées⁵⁰⁴. En définitive permettre de parvenir plus facilement à une décision impartiale et ce, même si certains auteurs refusent de voir dans la collégialité une garantie, un soutien pour l'impartialité⁵⁰⁵ estimant notamment qu'il s'agit moins d'un problème de collégialité que de recrutement et de formation des juges⁵⁰⁶ alors que pour d'autres le phénomène de prépondérance du président⁵⁰⁷ affaiblirait les bénéfices de la collégialité⁵⁰⁸.

272. Cependant, il est désormais admis que la collégialité repousse le risque de partialité⁵⁰⁹ et donne aux justiciables une confiance supérieure en leur justice. En effet, selon un sondage

⁵⁰⁰ *Ibid.*

⁵⁰¹ ROLAND (H) et BOYER (L), *Adages du droit français*, Litec, 4^{ème} éd., 1999, n° 189.

⁵⁰² CROCQ (P), *op. cit.*, p. 369

⁵⁰³ KOERING-JOULIN (R), *Le juge impartial, justice*, avril/juin 1998, n°10 ; DESDEVISES (Y), *Collégialité, impartialité et contradictoire*, p. 233, in *Justices et droit du procès, du légalisme procédural à l'humanisme processuel, mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD*, Dalloz, 2010.

⁵⁰⁴ KUTY (F), *op. cit.*, p.161.

⁵⁰⁵ JOSSERAND (S), *L'impartialité du magistrat en procédure pénale*, LGDJ, Bibliothèque des sciences criminelles, Tome 33, 1998, p.15 et p. 541.

⁵⁰⁶ GUINCHARD (S), *Droit processuel, droits fondamentaux du procès*, *op. cit.*, p. 810.

⁵⁰⁷ Le président doit observer le principe d'impartialité, l'article 238 du CPP dispose qu'« *il a le devoir de ne pas manifester son opinion sur la culpabilité* ».

⁵⁰⁸ ROETS (D), *op. cit.*, p. 161, §-243 et §-244.

⁵⁰⁹ ROETS (D), *op. cit.*, p. 152.

réalisé par l'IFOP⁵¹⁰ en 2008, sur 100 personnes interrogées, 73 privilégient la collégialité. En ce sens, la collégialité corrobore l'idée d'une apparence d'impartialité conformément à l'adage anglais très souvent utilisé par la Cour EDH « *justice not only must be done; it must also be seen to be done* ». Les justiciables seront rassurés par la présence simultanée de plusieurs juges, par l'apparence d'impartialité. La collégialité est donc un véritable soutien pour l'impartialité dès lors, il est sécurisant qu'elle s'applique de façon intangible aux cours d'assises, seule compétente pour connaître des crimes⁵¹¹.

273. Les cours d'assises sont toujours collégiales tant en première instance qu'en appel. La seule chose qui varie est le nombre de citoyens composant le jury qui est de six jurés en première instance et neuf en appel⁵¹². La force de la collégialité, soutien de l'impartialité, en matière criminelle est accentuée par la possibilité de désigner des assesseurs⁵¹³ et des jurés⁵¹⁴ supplémentaires afin de faire échec à un éventuel empêchement de l'un d'entre eux. Ceci permet de démontrer la puissance de la collégialité, le législateur a tout mis en œuvre pour qu'elle existe, rien ne peut lui faire échec puisque l'imprévisible est neutralisé par avance.

274. Enfin, à ce stade il faut mentionner que certaines cours d'assises spécialisées sont également composées collégialement⁵¹⁵, la différence réside dans le fait que seuls des magistrats professionnels y siègent.

275. Donc la collégialité, qui est un soutien pour l'impartialité, est puissante en matière criminelle⁵¹⁶. Les faits étant plus complexes, la peine encourue plus grave, le législateur veille à ce que la collégialité soit forte. Le risque de partialité est donc efficacement repoussé. Cette

⁵¹⁰ In, Conseil supérieur de la magistrature, *Les Français et leur justice, restaurer la confiance*. La documentation française, 2008, p. 96.

⁵¹¹ C'est le principe mais la pratique de la correctionnalisation est très présente surtout depuis la loi du 9 mars 2004. DARSONVILLE (A), La légalisation de la correctionnalisation judiciaire, *Droit pénal*, 2007, p. 7.

⁵¹² Sur la cour d'assises voir notamment: GUINCHARD (S), *Institutions juridictionnelles*, Dalloz, Précis, 11^{ème} éd., 2011, p. 639 et s. ; GUINCHARD (S) et BUISSON (J), op. cit., p. 177 et s., §-157, p. 180 et s., §-160 ; PRADEL (J), op. cit., p. 70 et s., §-50 et s.

⁵¹³ Article 248 CPP.

⁵¹⁴ Article 296 CPP.

⁵¹⁵ *Infra*, Chapitre 2 : Les principes procéduraux au soutien de l'impartialité devant les juridictions spécialisées. Les cours d'assises spécialisées en matière de terrorisme, de trafic de stupéfiants et prolifération d'armes de destruction massive sont collégiales mais sans jury, article 698-6 CPP et 706-26 CPP ; Les Juridictions spécialisées en matière militaire en temps de paix sont dépourvues de jury s'il existe un risque de divulgation du secret de la défense nationale.

⁵¹⁶ « Pour le jugement des infractions les plus graves et/ou complexes, la collégialité constitue une garantie fondamentale trouvant son fondement et sa raison d'être dans la protection de la liberté individuelle et la confiance que doit inspirer la justice. Ainsi, on n'imagine pas un meurtre jugé à juge unique », DESPORTES (F), LAZERGES-COUSQUER (L), op. cit., p. 193, §-288.

garantie institutionnelle n'est pas la seule à être aussi puissante en matière criminelle, il faut ajouter la séparation des fonctions d'instruction et de jugement.

B- La garantie institutionnelle de la séparation d'instruction et de jugement

276. La force de la séparation entre les fonctions d'instruction et de jugement⁵¹⁷ en matière criminelle est rassurante puisque l'instruction est toujours obligatoire pour les crimes alors qu'elle est facultative et qu'elle se raréfie en matière correctionnelle⁵¹⁸. Ce principe séparatiste a été appréhendé précédemment⁵¹⁹ dans le but de démontrer l'existence en droit pénal interne des marqueurs issus de l'appréciation conventionnelle fondée sur l'apparence. Ici l'objet de l'analyse est de révéler la puissance de ce principe séparatiste en matière criminelle.

277. Le principe séparatiste se justifie car les magistrats qui composent les juridictions d'instruction sont appelés à connaître et à rechercher les preuves, réunir les éléments du dossier, les apprécier afin de savoir s'il y a lieu ou non de renvoyer l'affaire devant une juridiction de jugement. Le juge d'instruction qui instruit à charge et à décharge doit se forger une opinion sur les charges et les personnes qui lui sont déférées afin de parvenir à la manifestation de la vérité. Tel est le cas notamment lorsqu'un juge d'instruction met une personne en examen à l'encontre de laquelle il estime qu'« *il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elle ait pu participer, comme auteur ou complice, à la commission de l'infraction dont il est saisi* »⁵²⁰ ou lorsqu'il rend une ordonnance de mise en accusation pour renvoyer la personne mise en examen devant la cour d'assises⁵²¹. Aussi, c'est justement la connaissance approfondie et la mise en état du dossier, par le magistrat instructeur, qui peut faire naître en lui un pré-jugement irréversible. Il serait donc incohérent, contradictoire de considérer que le magistrat qui a de telles convictions puisse siéger à la

⁵¹⁷ Sur le principe séparatiste entre les fonctions d'instruction et de jugement voir notamment : DESPORTES (F) et LAZERGES-COUSQUER (L), op. cit., p. 223 et s. ; GUINCHARD (S) et BUISSON (J), op. cit, p. 161 et s., p. 388 et s. ; PRADEL (J), op. cit., p. 38 et s., §-13 et s. ; JOSSERAND (S), op.cit., p. 149 et s.

⁵¹⁸ Les chiffres-clés de la justice 2014, p. 15 : sur 623 844 décisions rendues par les tribunaux correctionnels seules 16 100 l'ont été à la suite d'un renvoi du juge d'instruction ou de la chambre de l'instruction. Ce chiffre est révélateur de la faiblesse du nombre d'instruction en matière correctionnelle. Donc 2.5% des décisions rendues ont donné lieu à instruction. Disponible en ligne :

http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_stat_livret_final_HD.pdf,

⁵¹⁹ *Supra* : Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2.

⁵²⁰ Article 80-1 CPP.

⁵²¹ Article 181 CPP.

formation de jugement en toute impartialité, « *c'est qu'en effet il y a dans la confusion des fonctions d'instruction et de jugement un risque de partialité* »⁵²².

278. En effet, comme pour la collégialité, c'est le risque de partialité qui est repoussé et qui justifie l'exclusion du magistrat instructeur. En ce sens, « *ayant prématurément arrêté une opinion, la meilleure garantie de l'impartialité du jugement à intervenir consiste à l'exclure du siège des cours et tribunaux [...]. Le juge du fond doit aborder la cause l'esprit vierge de toute opinion prématurément arrêtée* »⁵²³ ainsi « *par cette séparation du jugement, de la poursuite et de l'instruction, la loi a voulu garantir l'indépendance et l'impartialité du juge qui décide de la culpabilité ou de l'innocence du prévenu ou de l'accusé* »⁵²⁴. En conséquence, il serait légitime pour l'accusé de douter de l'impartialité d'un magistrat instructeur qui siégerait à la formation de jugement après avoir procédé à divers actes d'instruction ; en l'ayant éventuellement interrogé à plusieurs reprises, en ayant demandé sa mise en détention, en ayant rendu une ordonnance de mise en accusation etc.

279. Donc, il est désormais acquis⁵²⁵ qu'une telle séparation est nécessaire pour repousser le risque de partialité du juge⁵²⁶ d'une part, pour asseoir la confiance que les tribunaux se doivent de donner dans un état démocratique d'autre part.

280. Cette garantie est très puissante devant la cour d'assises. Tout d'abord, l'article 49 alinéa 2 du CPP prévoit que le juge d'instruction « *ne peut, à peine de nullité, participer au jugement des affaires pénales dont il a connu en sa qualité de juge d'instruction* », ensuite, l'article 137-1 alinéa 3 dispose que le juge des libertés et de la détention « *ne peut à peine de nullité, participer au jugement des affaires dont il a connu* » et enfin l'article 253 du CPP applicable à la seule cour d'assises et qui fait toute la force de ce principe séparatiste prévoit que « *ne peuvent faire partie de la cour en qualité de président ou d'assesseur les magistrats qui, dans l'affaire soumise à la cour d'assises, ont, soit fait un acte de poursuite ou*

⁵²² PRADEL (J), op. cit., p. 38, §-13.

⁵²³ KUTY (F), op. cit., p. 432.

⁵²⁴ BOULOC (B), *procédure pénale*, Dalloz, Précis, 25^{ème} éd., 2015, p.40.

⁵²⁵ Certains auteurs sont favorables à la confusion, notamment : LEVASSEUR (G), Journée de science criminelle de Strasbourg, 1953, Annales de la faculté de droit de Strasbourg, T. II, p. 83 ; VERIN (J), Pour une réforme d'ensemble de la justice pénale, RSC, 1971, p. 173.

⁵²⁶ Ceci a été tardivement admis en ce qui concerne le juge des enfants : *Infra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, section 1, §-1 L'ajustement de la séparation des fonctions d'instruction et de jugement aux juridictions pour mineurs.

d'instruction, soit participé à l'arrêt de mise en accusation ou à une décision sur le fond relative à la culpabilité de l'accusé. »

281. Dès lors, il n'existe aucune exception quant à l'application de la séparation de la fonction d'instruction lorsqu'elle se déroule avant toute procédure de jugement au fond. Le juge d'instruction auteur d'un acte d'instruction qui porte le signe d'un pré-jugement, c'est-à-dire selon le Professeur Jean Pradel d'un « *acte véritable lors de l'instruction* »⁵²⁷, sera exclu de la phase de jugement⁵²⁸. Au contraire, le juge d'instruction qui n'a accompli que des actes d'administration judiciaire⁵²⁹, telle la désignation d'un expert, peut siéger à la juridiction de jugement. Cette dernière possibilité de cumul n'est pas, d'un point de vue de l'impartialité, exempte de critiques. En effet, le juge peut désigner un expert en toute objectivité mais il peut également le désigner parce qu'il connaît ses choix méthodologiques pour mener l'expertise, choix qui viendraient plus facilement corroborer son interprétation des faits⁵³⁰. Dans ce cas le justiciable peut avoir des craintes s'il retrouve lors de son jugement ce juge d'instruction qui a désigné l'expert, l'apparence d'impartialité est discutable. Cependant, en pratique il est

⁵²⁷ PRADEL (J), op. cit., p. 39 et s., §-15. Exemples d'actes d'instruction : décision de mise en examen, ordonnance de règlement ou de renvoi, rejet une demande d'acte ou encore depuis 1983 il est interdit à un magistrat qui a siégé au sein de la chambre d'accusation ayant adopté une décision sur la détention de siéger ensuite à la cour d'assises ; Crim., 12 octobre 1983, bull. crim. n°253.

⁵²⁸ *Infra* : ce chapitre, Section 2, §-1, ceci sera relativisé en matière correctionnelle.

⁵²⁹ Sur la distinction acte d'administration et acte juridictionnel voir notamment PRADEL (J), op. cit., p. 669 et s., §-712 et s.

⁵³⁰ *Infra* : Partie 2, Titre 1. Sur ce point voir notamment « Rapport HOUILLON », op. cit., p. 408 :

« 1. Les conséquences d'une procédure expertale conduite sans contradiction

Dans l'affaire d'Outreau, les experts désignés l'ont été sur la base d'une réputation locale ou nationale qui paraissait indiscutable du seul point de vue du magistrat instructeur (nous soulignons). Des expertises diligentées, il pouvait, en outre, difficilement ressortir des opinions divergentes, la nomination des experts s'étant portée sur un groupe restreint de psychiatres et de psychologues et ces derniers ayant été de surcroît nommés plusieurs fois - jusqu'à trois reprises pour l'un d'entre eux. Les contenus des examens ont été déterminés par des choix méthodologiques univoques et les conditions de rédaction des rapports ont été laissées à la seule conscience professionnelle de leurs auteurs. Après le dépôt des conclusions des experts, toutes les demandes de contre-expertises formulées par les mis en examen et leurs conseils ont été rejetées par le magistrat instructeur. La saisine de la chambre de l'instruction de la cour d'appel a été, à une occasion, refusée par son président. Les appels des rejets des contre-expertises sur lesquels a statué la chambre de l'instruction ont été rejetés.

Il en est résulté que la vérité psychologique reconnue pendant toute la durée de l'instruction a été figée : les enfants étaient crédibles dans leurs accusations et les adultes étaient dotés de personnalités en accord avec les charges qui pesaient sur eux. Seuls les interrogatoires des experts auxquels ont pu procéder les avocats des mis en examen pendant le procès d'assises ont permis de leur porter la contradiction, trois ans après les premières expertises, et de faire émerger une réalité différente.

L'affaire d'Outreau semble ainsi avoir réuni toutes les conséquences négatives possibles des spécificités procédurales des expertises réalisées en matière pénale. Le magistrat instructeur s'est contenté d'un choix restreint d'experts. L'absence de contrôle de la procédure de l'expertise a donné aux experts une liberté, dans la façon d'accomplir leur mission, dont ils ont pu abuser. L'absence de contre-expertise a repoussé l'exercice effectif des droits de la défense à l'audience de jugement. »

certainement exceptionnel que le juge instructeur, en matière criminelle, n'accomplisse que des actes d'administration judiciaire.

282. Donc la puissance du principe en matière criminelle est grande. Cependant, il convient de tempérer légèrement ce propos, il demeure une exception très critiquable⁵³¹. En effet, le supplément d'information devant la cour d'assises prévu à l'article 283 du CPP peut être le fait du président ou de l'un des assesseurs, c'est-à-dire d'un juge qui siège à la juridiction de jugement et qui prendra part au jugement final. Il est possible de relativiser l'effet néfaste de cette disposition. Tout d'abord, l'instruction étant systématique en matière criminelle il est permis d'espérer que le supplément d'information sera peu fréquemment demandé. Au contraire, en matière délictuelle l'instruction étant facultative et rare, le supplément d'information sera plus souvent nécessaire⁵³². Ensuite, le supplément d'information peut également, en matière criminelle⁵³³, être délégué à un juge d'instruction. Il est possible de penser que si le législateur a voulu évincer au maximum le risque de partialité, il aurait dû l'annihiler totalement.

283. De façon surprenante et critiquable⁵³⁴ la Chambre criminelle admet un tel cumul⁵³⁵ alors qu'il aboutit à un risque grave de partialité. Dès lors, cette possibilité du supplément d'information, dans le cadre légal actuel, n'est pas satisfaisante, elle constitue une entorse au principe séparatiste qui n'apparaît pas justifiée⁵³⁶. La logique voudrait que le supplément d'information, qui est parfois indispensable pour rendre un jugement, puisse exclusivement être confié à un juge d'instruction afin de repousser le risque de partialité. Il reste donc à espérer que dans le futur les juges écartent cette disposition grâce à un contrôle de conventionalité, plus précisément eu égard à l'article 6, § 1, de la Convention EDH mais, ils ne pourront le faire que si le juge a fait un large usage de ses pouvoirs d'instruction dans le cadre du supplément. En effet, le droit de la Convention EDH n'a d'égard que pour l'ampleur

⁵³¹ JOSSERAND (S), op. cit., p. 68 et s.

⁵³² *Infra*, Partie 1, Titre 2, chapitre 1, section 2 : Le soutien affaibli de l'impartialité en matière correctionnelle. Sur la rareté de l'instruction lorsqu'il s'agit d'un délit voir *supra* note 61.

⁵³³ Cette possibilité n'est pas admise devant le tribunal correctionnel : article 463 du CPP. *Infra*, Partie 1, Titre 2, chapitre 1, section 2, op. cit.

⁵³⁴ JOSSERAND (S), op. cit., p. 68 et s.

⁵³⁵ Cass. crim., 21 février 1946 ; Cass. crim., 30 mai 1958, Bull. crim. n°413.

⁵³⁶ Contrairement à ce qu'a affirmé le Professeur Damien ROETS, op. cit., p. 89, §-122 : « *L'entorse au principe séparatiste s'avère nécessaire dans la mesure où il faut bien reconnaître ce droit à la juridiction de jugement puisqu'elle a le devoir de statuer* ». Le supplément d'information permet effectivement à la juridiction de rendre la justice et il faut maintenir cette possibilité mais ce sont exclusivement ses conditions de mise en œuvre qui posent problème.

de l’instruction, si le juge fait un large usage de ses pouvoirs d’instruction alors il ne peut plus juger car il ne répond plus au devoir d’impartialité⁵³⁷. La contrariété de ce système avec le droit Conventionnel était déjà soulevée en 1997 par Monsieur Robert Badinter⁵³⁸ alors qu’il siégeait à la commission des lois du sénat qui examinait le projet de loi portant réforme de la procédure criminelle.

284. Le plus satisfaisant serait qu’une question prioritaire de constitutionnalité intervienne, on peut espérer que le Conseil constitutionnel jugera cette disposition contraire au principe d’impartialité.

285. Il est possible de constater que les garanties institutionnelles de droit interne, applicables en matière criminelle, sont de manière quasiment absolue des soutiens solides, puissants pour repousser le risque de partialité au-delà même, dans certains cas, des exigences conventionnelles. Le risque de partialité est également repoussé grâce à la puissance de certaines garanties procédurales.

§-2 : La puissance des garanties procédurales

286. L’impartialité devant la cour d’assises est également renforcée, soutenue par la présence de garanties procédurales puissantes. Lesdites garanties procédurales au soutien de l’impartialité sont celles qui encadrent le déroulement de la phase d’audience c’est-à-dire les garanties procédurales d’audience (A) et celle qui intervient après l’audience c’est-à-dire la garantie procédurale post-audience qu’est la motivation (B).

⁵³⁷ *Supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2 : Appréhension de la partialité réalité.

⁵³⁸ Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée Nationale, portant réforme de la procédure criminelle, par M. Jean-Marie GIRAULT, Rapport n° 275, examen des articles, article 2 : « *Tout en reconnaissant que l'article 231-52 ne faisait que reprendre le texte de l'article 283 du code de procédure pénale, notre excellent collègue Robert Badinter s'est interrogé sur la conformité à la Convention européenne des droits de l'Homme d'un dispositif dans lequel un magistrat (en l'occurrence le président ou l'un de ses assesseurs) ayant procédé à un supplément d'information pourrait siéger, dans la même affaire, au sein de la juridiction de jugement. Votre commission a partagé cette inquiétude et a en conséquence réservé sa position sur l'article 231-52.* »

Pour rappel, le projet de loi portant réforme de la procédure criminelle n°2938 a été rendu caduc par la dissolution de l’Assemblée Nationale du printemps 1997.

Disponible en ligne :

https://www.senat.fr/rap/l96-275/l96-275_toc.html

A- Les garanties procédurales d'audience

287. Il s'agit de ne s'attacher qu'à la seule phase d'audience. Phase cruciale au cours de laquelle doit émerger, petit à petit⁵³⁹, dans l'esprit des juges une idée, une opinion, une intime conviction sur la cause à juger. Au cours de cette phase d'audience l'impartialité des juges est soutenue par les principes de la publicité⁵⁴⁰, de l'oralité⁵⁴¹ et du contradictoire⁵⁴².

1- La garantie procédurale de la publicité des débats

288. En premier lieu, les débats devant la cour d'assises sont en principe publics⁵⁴³. Cette exigence est prévue notamment à l'article 306 du CPP et à l'article 6, § 1, de la Convention EDH qui dispose que « *toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable* ». Le Conseil constitutionnel a affirmé le 2 mars 2004 que la publicité est impérative sauf circonstances particulières⁵⁴⁴ et la Chambre criminelle confère le caractère d'ordre public⁵⁴⁵ à cette garantie. Ce principe est donc largement protégé.

⁵³⁹ Cette précision « petit à petit » est importante. Elle signifie que le juge et les jurés devront forger leur opinion tout au long des débats. La contradiction, la publicité et l'oralité vont les aider à y parvenir car elles permettent d'avoir une connaissance exhaustive des arguments de toutes les parties. Dès lors, le débat accompagne le juge sur un chemin qui n'est pas dévié favorisant ainsi son impartialité. Sur ce point voir KUTY (F), op. cit., p. 130 et s.

⁵⁴⁰ ROETS (D), op. cit., p. 374.

⁵⁴¹ ROETS (D), op. cit., p. 343 et s.

⁵⁴² ROETS (D), op. cit., p. 350 et s.

⁵⁴³ Le huis clos est une dérogation au principe de la publicité. L'article 306 du CPP prévoit que « *les débats sont publics, à moins que la publicité ne soit dangereuse pour l'ordre ou les mœurs* ». Sur ce point voir notamment : DESPORTES (F) et LAZERGES-COUSQUER (L), op. cit., p. 312 et s. ; BOULOC (B), op. cit., p. 876 ; GUINCHARD (S) et BUISSON (J), procédure pénale, op. cit., p. 404 et s., § 437 et s..

⁵⁴⁴ DC, 2 mars 2004, n° 2004-492 : « *En ce qui concerne le grief tiré de la méconnaissance du principe de publicité des débats* :

117. *Considérant qu'il résulte de la combinaison des articles 6, 8, 9 et 16 de la Déclaration de 1789 que le jugement d'une affaire pénale pouvant conduire à une privation de liberté doit, sauf circonstances particulières nécessitant le huis clos, faire l'objet d'une audience publique* ;

118. *Considérant que constitue une décision juridictionnelle l'homologation ou le refus d'homologation par le président du tribunal de grande instance de la peine proposée par le parquet et acceptée par la personne concernée ; que cette homologation est susceptible de conduire à une privation de liberté d'un an ; que, par suite, le caractère non public de l'audience au cours de laquelle le président du tribunal de grande instance se prononce sur la proposition du parquet, même lorsqu'aucune circonstance particulière ne nécessite le huis clos, méconnaît les exigences constitutionnelles ci-dessus rappelées ; qu'il s'ensuit que doivent être déclarés contraires à la Constitution les mots : " en chambre du conseil " à la fin de la première phrase du second alinéa de l'article 495-9 nouveau du code de procédure pénale ; »*

⁵⁴⁵ Cass. crim., 9 novembre 2005, n° 04-87471, bull. crim. 2005, n° 292 ; Commentaire MARON (A), couvrez ce sexe que je ne saurais voir, *droit pénal* n° 5, mai 2006, commentaire 78 : pour cet auteur la Cour de cassation rappelle avec cet arrêt la rigueur du principe et il ajoute que « *la chambre criminelle, elle-même, n'a pas toujours donné à cette règle, dans ces domaines spécifiques, la portée qu'elle rappelle aujourd'hui. Deux*

289. Le fondement de ce principe, affirmé notamment par les Professeurs Serge Guinchard et Jacques Buisson auxquels il convient de se rallier, est l'intérêt général⁵⁴⁶. Ce fondement renforce le principe de la publicité, il permet de sanctionner plus sévèrement le défaut de publicité. En effet, les justiciables n'ont pas à démontrer l'existence d'un préjudice particulier car l'absence de publicité atteint « *le public, tous les français qui ont le droit de voir leur justice rendue* »⁵⁴⁷. Dès lors, exiger l'existence d'une atteinte aux intérêts du demandeur dénature la portée du principe⁵⁴⁸ et il convient de relever que la Chambre criminelle semble renouer avec une vision plus stricte du principe⁵⁴⁹.

290. Les bienfaits de la publicité des débats comme soutien supplémentaire contre la partialité sont nombreux.

291. Tout d'abord, cette publicité des débats fait échec à l'idée largement répandue que « *les pires injustices se commettent dans l'ombre* »⁵⁵⁰. La justice rendue secrètement attise les craintes légitimes les plus grandes, elle est analysée comme pouvant faciliter la partialité, les injustices, l'arbitraire. La Commission EDH parlait clairement d'une garantie pour l'impartialité du tribunal⁵⁵¹. En ce sens, les juges seuls, sans public, sont plus enclins à se laisser guider par leurs préjugés. Ils sont seuls. Seuls face aux parties, seuls face à leurs préjugés et cette solitude favorise insidieusement la partialité. Les juges sans le contrôle d'aucune autre entité supérieure seront moins vigilants face au risque de partialité. A *contrario*, les magistrats observés ou pouvant l'être sont dissuadés de rendre une justice partielle qui serait décelée par le public alors « *juge des juges* ». La publicité joue donc un rôle dissuasif, un rôle préventif surtout lors d'un « *procès criminel qui exerce un attrait certain sur le public* »⁵⁵². Finalement les bénéfices de la publicité sont à rapprocher de ceux de la

arrêts (nous rajoutons : Cass. crim., 15 juin 1999, n° 98-85349, bull. crim. 1999, n° 135 : « *Attendu que, si c'est à tort que l'affaire a été débattue en chambre du conseil et non pas en audience publique, l'irrégularité commise ne doit pas entraîner l'annulation de la décision, dès lors qu'il n'est pas établi, ni même allégué, qu'elle ait porté atteinte aux intérêts du demandeur* » ; et Cass. crim., 15 juin 1999, n° 98-85722, bull. crim. 1999, n° 136) qui doivent être considérés comme isolés et dont nous ne pensons pas, nonobstant le fait qu'ils ont été publiés au bulletin des arrêts de la Cour de cassation, qu'ils soient destinés à faire jurisprudence. » ; Cass. crim., 17 septembre 2008, n° 07-87697, bull. crim. 2008, n° 193.

⁵⁴⁶ GUINCHARD (S) et BUISSON (J), op. cit., p. 404, § 438.

⁵⁴⁷ *Ibid.*, p. 405.

⁵⁴⁸ *Supra*, note n° 522 ; Cass. crim. 1999, op. cit., cette jurisprudence est selon Albert MARON isolée.

⁵⁴⁹ Voir note n° 522 et 523.

⁵⁵⁰ DESPORTES (F) et LAZERGES-COUSQUER (L), op. cit., p. 303.

⁵⁵¹ Commission EDH, Rapport EKBATANI c. Suède, 7 octobre 1986, requête n° 10563/83, §-56.

⁵⁵² ROETS (D), op. cit., p. 375, §-635.

collégialité, dans les deux cas il est fait échec à une solitude jugée néfaste⁵⁵³ pour l'impartialité.

292. De plus, une justice qui se montre à voir renforce la confiance des justiciables⁵⁵⁴, l'apparence d'impartialité est présente. Elle conforte l'idée d'une justice qui n'a rien à cacher, en ce sens « *la publicité des débats judiciaires constitue un principe fondamental consacré par l'article 6 par. 1 (art. 6-1) (voir, en dernier lieu, l'arrêt Schuler-Zraggen c. Suisse du 24 juin 1993, série A n° 263, p. 19, par. 58). La dite publicité protège les justiciables contre une justice secrète échappant au contrôle du public; elle constitue aussi l'un des moyens de contribuer à préserver la confiance dans les cours et tribunaux. Par la transparence qu'elle donne à l'administration de la justice, elle aide à atteindre le but de l'article 6 par. 1 (art. 6-1): le procès équitable, dont la garantie compte parmi les principes de toute société démocratique au sens de la Convention (voir, par exemple, l'arrêt Sutter c. Suisse du 22 février 1984, série A n° 74, p. 12, par. 26) »⁵⁵⁵.*

293. Cette publicité des débats connaît une application ferme devant la cour d'assises, seul le huis clos peut lui faire échec. Cette exception du huis clos est encadrée par l'article 306 du CPP⁵⁵⁶. En ce sens, le principe d'ordre public de la publicité peut être écarté seulement si les circonstances appellent une application de l'article 306 du CPP. Cependant, il est loisible d'émettre une réserve sur le large pouvoir d'appréciation⁵⁵⁷ conféré au juge lorsqu'ils appliquent cet article. Comme le déplore le Professeur Jean Pradel « *la jurisprudence a vidé ces textes (nous rajoutons : notamment article 306) de leur substance : il suffit aux magistrats de justifier formellement le huis clos en arguant du danger pour l'ordre ou les mœurs, sans avoir à invoquer un fait précis [...] »*⁵⁵⁸. Mais, les juges ne sont pas totalement libres, ils

⁵⁵³ *Supra* : Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §-1, A- La garantie institutionnelle de la collégialité.

⁵⁵⁴ ROETS (D), op. cit., p. 374.

⁵⁵⁵ CEDH, 26 septembre 1995, DIENNET c. France, requête n° 18160/91, §-33 ; sur ce point voir également : CEDH, 15 juillet 2003, ERNST et autres c. Belgique, requête n° 33400/96, §-65 ; CEDH, 24 novembre 1997, WERNER c. Autriche, requête n° 21835/93, §-45.

⁵⁵⁶ Art. 306 CPP : « *Les débats sont publics, à moins que la publicité ne soit dangereuse pour l'ordre ou les mœurs. Dans ce cas, la cour le déclare par un arrêt rendu en audience publique.*

Toutefois, le président peut interdire l'accès de la salle d'audience aux mineurs ou à certains d'entre eux.

Lorsque les poursuites sont exercées du chef de viol ou de tortures et actes de barbarie accompagnés d'agressions sexuelles, le huis clos est de droit si la victime partie civile ou l'une des victimes parties civiles le demande ; dans les autres cas, le huis clos ne peut être ordonné que si la victime partie civile ou l'une des victimes parties civiles ne s'y oppose pas. »

⁵⁵⁷ Cass. crim., 11 décembre 1968, bull. crim. 1968, n° 339.

⁵⁵⁸ PRADEL (J), op. cit., p. 812.

doivent motiver leur choix eu égard aux critères fixés par l'article 306 du CPP⁵⁵⁹. Donc si les juges n'ont pas à énoncer les faits qui justifient le huis clos, ils doivent motiver leur décision c'est-à-dire démontrer dans quelle mesure la publicité est effectivement dangereuse pour l'ordre ou les mœurs et la Chambre criminelle veille au respect de cette obligation de motivation⁵⁶⁰.

294. La puissance de la publicité devant la cour d'assises est un soutien pour l'impartialité. En ce sens, « *si la publicité des débats et du prononcé du jugement favorise l'impartialité du juge, le secret la compromet et la draine du voile de la suspicion* »⁵⁶¹. Mais la publicité des débats qui est une garantie très importante serait réduite à néant si les débats n'étaient pas oraux et contradictoires. Ces deux principes participent également à favoriser l'impartialité.

2- Les garanties procédurales du contradictoire⁵⁶² et de l'oralité des débats

295. La publicité ne suffit pas à elle seule pour que le débat d'audience favorise l'impartialité, il faut en plus qu'il soit oral et contradictoire. Ces deux principes sont très proches, « *l'oralité des débats apparaît comme un prolongement du principe du contradictoire* »⁵⁶³. En effet, l'oralité permet de rendre plus effectif le principe du contradictoire et tous deux participent à soutenir l'impartialité.

296. En premier lieu, le contradictoire implique que le juge ne s'attache qu'aux éléments de preuve qui ont été soumis à la contradiction, c'est-à-dire qui ont été discutés par toutes les parties au procès. Ce débat contradictoire favorise une instruction définitive impartiale car le juge sera pleinement éclairé et aura connaissance de tous les points de vue⁵⁶⁴. Le contradictoire implique l'écoute de toutes les parties et donc de ne pas favoriser l'une au détriment de l'autre. En effet, « *le principe de la contradiction des débats constitue une garantie d'impartialité en ce qu'il permet que le juge ne forme sa conviction qu'une fois*

⁵⁵⁹ Cass. crim., 27 septembre 2000, pourvoi n° 00-82229, bull. crim. 2000, n° 283 ; sur ce point voir notamment DESPORTES (F) et LAZERGES-COUSQUER (L), op. cit., p. 313.

⁵⁶⁰ *Ibid.*

⁵⁶¹ KUTY (F), op. cit., p. 154.

⁵⁶² La partie une est axée sur l'impartialité des juridictions de jugement ce qui implique que cette étude soit cantonnée au contradictoire lors du débat, lors de la phase de jugement mais il est évident que le contradictoire s'applique à d'autres phases du procès, *infra* : partie 2, il sera aussi question du contradictoire en amont du jugement.

⁵⁶³ KUTY (F), op. cit., p. 155.

⁵⁶⁴ ROETS (D), op. cit., p. 351.

*dûment informé de tous les éléments de la cause, qu'il ne néglige aucune information et qu'il ne prenne en considération aucune pièce ignorée de la défense que nous qualifierons d'occulte »*⁵⁶⁵. Grâce à la contradiction le juge se doit d'écouter toutes les parties, ce qui favorise indéniablement son impartialité. Cette contradiction pour être effective implique la présence des parties. Il est important de préciser que devant la cour d'assises ce principe du contradictoire est appliqué strictement car la présence de l'accusé⁵⁶⁶ est par principe indispensable et celle du ministère est obligatoire⁵⁶⁷. Dès lors le contradictoire sera tangible et participe à l'édification d'une impartialité apparente.

297. De plus, le principe du contradictoire implique, devant la cour d'assises, que le président donne obligatoirement la parole en dernier à l'accusé. L'article 346 du CPP dispose que *« l'accusé et son « avocat » présentent leur défense. La réplique et permise à la partie civile et au ministère public, mais l'accusé ou son « avocat » auront toujours la parole les derniers »*.

298. Enfin, le président ne règne plus en maître sur les débats. L'article 312 du CPP, introduit par la loi du 15 juin 2000⁵⁶⁸, prévoit que *« le ministère public et les avocats des parties peuvent poser directement des questions à l'accusé, à la partie civile, aux témoins et à toutes les personnes appelées à la barre, en demandant la parole au président. »*. Cette possibilité permet d'accroître l'effectivité du contradictoire, elle permet en outre de rendre *« le président plus neutre, plus impartial, en lui permettant de s'éloigner de la mêlée »*⁵⁶⁹.

⁵⁶⁵ KUTY (F), op. cit., p. 131.

⁵⁶⁶ Pour que la contradiction joue pleinement son rôle, il faut que les parties soient présentes et assistées. Cette assistance n'est obligatoire que pour l'accusé, elle est prévue par l'article 317 du CPP. De plus, l'accusé absent sans excuse valable sera jugé par défaut conformément aux articles 379-2 et suivant du CPP. L'accusé jugé par défaut peut être défendu par un avocat et si le condamné jugé par défaut se constitue prisonnier ou est arrêté sans que la peine soit prescrite, l'arrêt initial est non avenu et il est procédé à un nouvel examen contradictoire de son affaire par la cour d'assises composée obligatoirement différemment de la première afin de garantir l'impartialité (en ce sens Cass. crim. 10 mars 1966, pourvoi n° 65-93528, bull. crim., n° 92). Cette procédure de défaut criminel a remplacé en 2004 la procédure de contumace à la suite de la condamnation de la France par la Cour EDH (CEDH, 21 février 2001, KROMBACH c. France, n° 29731/96). Sur ce point voir : DESPORTES (F) et LAZERGES-COUSQUER (L), op. cit., p. 2155 et s. ; GUINCHARD (S) et BUISSON (J), op. cit., p. 1300 et s., § 2449 et s.; BOULOC (B), op. cit., p. 909-910 ; GINESTET (C), Procédure de contumace et procès équitable, *Droit pénal*, 2001, n° 41 ; BOUCHARD (V), Procédures par contumace et par défaut au regard de l'article 6, paragraphe 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, RSC, 2003, p. 517 ; MAURO (C), Le défaut criminel. Réflexions à propos du droit français et du droit comparé, RSC, 2006, p. 35.

⁵⁶⁷ Concernant le ministère public, il doit assister à l'intégralité des débats puisqu'il doit, à l'issue de l'instruction, prendre ses réquisitions conformément à l'article 346 du CPP.

⁵⁶⁸ Loi du 15 juin 2000, loi renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, op. cit.

⁵⁶⁹ GUINCHARD (S) et BUISSON (J), op. cit., p. 1304, §-2454.

299. En second lieu, l'oralité des débats concourt également à soutenir l'impartialité. Ce principe d'ordre public a pour conséquence que seules les preuves débattues oralement à l'audience lors de l'instruction définitive, doivent être prises en considération par la cour. L'oralité est devant la cour d'assises⁵⁷⁰ d'une grande rigueur. La Chambre criminelle a notamment décidé que le principe est méconnu lorsque le président donne lecture d'un rapport d'un expert avant que celui-ci ait été entendu à la barre⁵⁷¹ ou encore lorsque le président communique « *aux assesseurs et aux jurés un document produit par le ministère public, sans qu'il résulte des mentions du procès-verbal qu'il en ait donné lecture et que ce document ait été soumis à un débat contradictoire* »⁵⁷². De plus, l'article 307 du CPP, qui prévoit le principe de continuité des débats et le principe de la délibération immédiate après clôture, favorise l'oralité des débats devant la cour d'assises. En effet, cette immédiateté de la délibération permet de garder « fraîchement » en mémoire la teneur du débat oral ce qui corrobore l'article 347 du CPP qui implique l'interdiction pour la cour d'assises de disposer du dossier écrit lors des délibérations.

300. L'oralité des débats oblige la cour d'assises à écouter la parole de tous, elle permet de mettre en œuvre la contradiction elle favorise donc la construction d'une décision impartiale. Dès lors, grâce à cette garantie, l'impartialité est renforcée car les juges doivent fonder leur décision exclusivement sur les éléments débattus oralement.

301. Les garanties procédurales d'audience, que sont la publicité, le contradictoire et l'oralité qui soutiennent l'impartialité, s'imposent au président de la cour d'assises lorsqu'il fait usage de son pouvoir discrétionnaire⁵⁷³ prévu à l'article 310 du CPP⁵⁷⁴ ce qui les renforce d'autant plus.

⁵⁷⁰ En ce sens voir notamment : GUINCHARD (S) et BUISSON (J), op. cit., p. 1304, § 2454 ; PRADEL (J), op. cit., p. 810, §-889 ; ROETS (D), op. cit., p. 344.

⁵⁷¹ Cass. crim., 6 mai 1998, pourvoi n° 97-84479, bull. crim., 1998, n° 155, « *la Cour, qui se référerait nécessairement au contenu des pièces de la procédure écrite, dès lors qu'aucun témoin ou expert n'avait encore été entendu, a méconnu le principe ci-dessus rappelé* (nous rajoutons de l'oralité) » ; Cass. crim., 23 octobre 2013, pourvoi n° 12-87786, bull. crim., 2013, n° 202.

⁵⁷² Cass. crim., 13 février 2008, pourvoi n° 07-84341, bull. crim., 2008, n° 39.

⁵⁷³ Voir en ce sens concernant le respect du contradictoire et de l'oralité : Cass. crim., 13 février 2008, pourvoi n° 07-84341, bull. crim. 2008, n° 39 ; Cass. crim., 15 octobre 1986, pourvoi n° 86-90959, bull. crim. 1986, n° 289 ; Cass. crim., 8 novembre 1934.

302. Les caractères du débat qui se déroule devant la cour d'assises sont des renforts, des soutiens puissants pour l'impartialité. La justice qui se montre au grand jour est rassurante pour tous les justiciables. La tenue d'un débat public, oral et contradictoire est un gage supplémentaire d'une justice exempte de partialité d'autant qu'ils sont des principes puissants devant la cour d'assises.

303. La forme de la décision est tout aussi importante pour soutenir l'impartialité. En ce sens, la motivation des décisions, garantie procédurale post-audience gouvernant la forme de la décision rendue par la cour d'assises participe également à conforter l'impartialité des juges et jurés auteurs de l'arrêt.

B- La garantie procédurale post-audience : la motivation

304. La motivation est définie comme « *l'ensemble des motifs d'un jugement* »⁵⁷⁵ motifs qui sont des raisons « *de fait ou de droit qui commandent la décision et que le jugement doit exposer avant le dispositif* »⁵⁷⁶.

305. La motivation apparaît comme un « *point procédural inhérent à l'activité juridictionnelle. Il n'est pas même pertinent de se demander s'il existe ou non un droit à la motivation. La motivation est consubstantielle à l'activité de juger : « je juge donc je motive »* »⁵⁷⁷. Outre le fait qu'elle est une garantie indissociable d'une bonne administration de la justice elle permet également de renforcer l'impartialité des juges.

306. Tout d'abord, la motivation permet aux auteurs du jugement de se confronter à leur *for intérieur* et ainsi déceler l'éventuelle partialité qu'ils ont pu ignorer jusqu'alors. Celle-ci se montrera au grand jour lorsque le juge partial voudra motiver sa décision et n'y parviendra

⁵⁷⁴ Article 310 « *Le président est investi d'un pouvoir discrétionnaire en vertu duquel il peut, en son honneur et en sa conscience, prendre toutes mesures qu'il croit utiles pour découvrir la vérité. Il peut, s'il l'estime opportun, saisir la cour qui statue dans les conditions prévues à l'article 316.*

Il peut au cours des débats appeler, au besoin par mandat d'amener, et entendre toutes personnes ou se faire apporter toutes nouvelles pièces qui lui paraissent, d'après les développements donnés à l'audience, utiles à la manifestation de la vérité.

Les témoins ainsi appelés ne prêtent pas serment et leurs déclarations ne sont considérées que comme renseignements. »

⁵⁷⁵ CORNU (G), *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadriges, p. 590 à « motivation ».

⁵⁷⁶ *Ibid.*, p. 590 à « motif ».

⁵⁷⁷ MASTOR (W) et DE LAMY (B), A propos de la motivation sur la non-motivation des arrêts d'assises : « je juge donc je motive », *D.* 2011, n° 17, p. 1154.

pas faute d'une démarche intellectuelle rationnelle, son choix étant fondé sur des préjugés. Dès lors, à ce stade il sera toujours possible pour le juge de modifier son appréciation afin de parvenir à un jugement impartial et motivé⁵⁷⁸. Si les doutes du justiciable persistent quant à une motivation qui rendrait suspecte l'impartialité du juge alors il peut former un pourvoi devant la Chambre criminelle qui pourra éventuellement déceler la faille dans une motivation erronée⁵⁷⁹. Donc un des bienfaits de la motivation, conçue comme un soutien pour l'impartialité, réside dans cette possibilité de contrôle du jugement. Autocontrôle en amont par l'auteur de la décision, contrôle en aval par les justiciables et par la Cour de cassation⁵⁸⁰.

307. Ensuite, la motivation permet de se prémunir contre l'arbitraire du juge, contre sa partialité, elle permet d'annihiler l'apparence de partialité qui trouverait un écho dans l'absence de motivation. Donc la motivation permet de sauvegarder la confiance des justiciables dans leur justice. En effet, l'absence de motivation fait naître « *un risque que cette décision soit vue comme arbitraire. [...], le procès équitable exige que le justiciable ait le sentiment que son procès a été équitable* »⁵⁸¹. En outre, elle permet au condamné de comprendre pourquoi il est condamné et de savoir quels moyens il peut soulever pour exercer une voie de recours.

308. Aussi les bienfaits de la motivation comme soutien de l'impartialité ne font plus aucun doute⁵⁸² pourtant jusqu'à une loi du 10 août 2011⁵⁸³ elle n'était pas exigée pour les décisions rendues par la cour d'assises. Cette absence de motivation était validée tant par la Cour

⁵⁷⁸ KUTY (F), op. cit., p. 141.

⁵⁷⁹ ROETS (D), op. cit., p. 409 et s., §-700 à 703. Motivation erronée : défaut partiel de motif, insuffisance de motifs, contradiction des motifs.

⁵⁸⁰ Sur ce point voir notamment ROETS (D), op. cit., p. 408 et s.

⁵⁸¹ PERRIER (J-B), D'une motivation à l'autre, D. 2011, n° 17, p. 1156.

⁵⁸² En ce sens voir PERRIER (J-B), *ibid.* ; MASTOR (W) et DE LAMY (B), A propos de la motivation sur la non-motivation des arrêts d'assises : « je juge donc je motive », op. cit. ; ROETS (D), op. cit., p. 414, § 710.

Cependant que certains auteurs ont des doutes sur les bienfaits de ce principe : Franklin KUTY parle « *d'hypocrisie ambiante* » et explique que le juge ne doit donner que « *les motifs de sa décision, non les motifs de ses motifs* » et donc que « *le juge partial peut habiller sa décision de motifs afin de camoufler sa partialité* », in KUTY (F), op. cit., p. 142 et s. Quant aux Professeurs Serge GUINCHARD et Jacques BUISSON, ils admettent les bienfaits de la motivation mais expliquent que dans la pratique elle est largement bafouée : « *L'habitude française n'est pas de motiver les décisions, même en correctionnelle ; il faut l'écrire en levant l'hypocrisie qui consiste à affirmer un principe dont chacun sait qu'il est violé tous les jours par de nombreux tribunaux correctionnels* », in, procédure pénale, op. cit., p.266 et 267.

⁵⁸³ Loi 10 août 2011, loi n° 2011-939, loi sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2012.

EDH⁵⁸⁴ que par le Conseil constitutionnel⁵⁸⁵. Pour la Cour EDH, l'absence de motivation n'est pas, en soi, contraire à la Convention EDH mais « *il n'en demeure pas moins que pour que les exigences d'un procès équitable soient respectées, le public et, au premier chef, l'accusé doivent être à même de comprendre le verdict qui a été rendu* »⁵⁸⁶. En d'autres termes, l'accusé doit bénéficier de « *garanties suffisantes lui permettant de comprendre le verdict de condamnation qui a été prononcé à son encontre* »⁵⁸⁷. Les dites garanties peuvent ressortir des questions posées au jury qui doivent être précises et individualisés. Cela faisait défaut notamment dans l'affaire Agnelet dans laquelle les questions étaient « *non circonstanciées et laconiques* »⁵⁸⁸ ou encore dans l'affaire Oulahcene dans laquelle avait été posée « *une question unique, non circonstanciée et laconique* »⁵⁸⁹.

309. Fort heureusement le législateur est intervenu. Désormais l'article 365-1 du CPP prescrit l'obligation de motivation des arrêts de la cour d'assises en ces termes : « *le président ou l'un des magistrats assesseurs par lui désigné rédige la motivation de l'arrêt. En cas de condamnation, la motivation consiste dans l'énoncé des principaux éléments à charge (nous soulignons) qui, pour chacun des faits reprochés à l'accusé, ont convaincu la cour d'assises. Ces éléments sont ceux qui ont été exposés au cours des délibérations menées par la cour et le jury en application de l'article 356, préalablement aux votes sur les questions.*

La motivation figure sur un document annexé à la feuille des questions appelé feuille de motivation, qui est signée conformément à l'article 364.

⁵⁸⁴ CEDH, Grande chambre, 29 novembre 2016, LHERMITTE c. Belgique, requête n° 34328-09, §-66 ; CEDH, 10 janvier 2013, AGNELET c. France, requête n° 61198-08, §-56 ; CEDH, 10 janvier 2013, FRAUMENS c. France, requête n° 30010-10, §-34 ; CEDH, 10 janvier 2013, OULAHCENE c. France, requête n° 44446-10, §-40 ; CEDH, Grande chambre, 16 novembre 2010, TAXQUET c. Belgique, requête n° 926-05. Cet arrêt a été rendu suite à l'arrêt, beaucoup plus sévère, rendu en 2009 dans la même affaire dans lequel la Cour EDH semblait exiger la motivation sans exception : CEDH, 13 janvier 2009, TAXQUET c. Belgique, requête n° 926-05 ; l'arrêt TAXQUET de 2009 est une remise en cause de la solution dégagée par la Cour EDH dans son arrêt PAPON (CEDH, 24 juillet 2002, PAPON c. France, requête n°54210/00), solution qui sera reprise par la Grande chambre le 16 novembre 2010. Sur cette jurisprudence voir notamment : MARGUENAUD (J-P), Tempête européenne sur la cour d'assises, RSC 2009, p. 657 ; RENUCCI (J-F), Motivation des arrêts d'assises et CEDH : l'apaisement, D. 2011, n° 1, p. 47 ; PRADEL (J), La cour de Strasbourg n'impose finalement qu'une motivation minimale aux cours d'assises statuant avec jurés, D. 2011, n°1, p. 48.

⁵⁸⁵ QPC, 1^{er} avril 2011, décision n° 2011-113-115. Sur ce point voir : PERRIER (J-B), D'une motivation à l'autre, op. cit. ; MASTOR (W) et DE LAMY (B), A propos de la motivation sur la non-motivation des arrêts d'assises : « je juge donc je motive », op. cit.

⁵⁸⁶ CEDH, Grande chambre, 29 novembre 2016, LHERMITTE c. Belgique, requête n° 34328-09, §-67 ; CEDH, 10 janvier 2013, AGNELET c. France, requête n° 61198-08, §-57 ; CEDH, 10 janvier 2013, FRAUMENS c. France, requête n° 30010-10, §-35 ; CEDH, 10 janvier 2013, OULAHCENE c. France, requête n° 44446-10, §-41 ; CEDH, Grande chambre, 16 novembre 2010, TAXQUET c. Belgique, requête n° 926-05, §-90

⁵⁸⁷ CEDH, 10 janvier 2013, AGNELET c. France, requête n° 61198-08, §-71. Voir supra, note n° 561.

⁵⁸⁸ CEDH, AGNELET c. France, op. cit., §-69.

⁵⁸⁹ CEDH, OULAHCENE c. France, op. cit., §-53.

Lorsqu'en raison de la particulière complexité de l'affaire, liée au nombre des accusés ou des crimes qui leur sont reprochés, il n'est pas possible de rédiger immédiatement la feuille de motivation, celle-ci doit alors être rédigée, versée au dossier et déposée au greffe de la cour d'assises au plus tard dans un délai de trois jours à compter du prononcé de la décision ». Cette nouvelle disposition a fait l'objet de critiques car elle « impose moins une motivation à proprement parler qu'un compte rendu des délibérations sous la forme d'une feuille de motivation annexée à la feuille de questions et dont le but est seulement d'explicitier les réponses apportées aux questions »⁵⁹⁰. Il y a donc une obligation minimale de motivation, elle est « succincte et partielle »⁵⁹¹. En effet, « il ne s'agit donc pas d'une motivation au sens habituel⁵⁹² et judiciaire du terme qui idéalement confronte une situation de fait (mineure) à une règle de droit (majeur) pour en déduire une solution à donner au litige. Il s'agit plutôt d'un compte rendu des délibérations »⁵⁹³. Mais cette réforme a été approuvée par la Cour EDH qui estime « qu'une telle réforme, semble donc a priori susceptible de renforcer significativement les garanties contre l'arbitraire et de favoriser la compréhension de la condamnation par l'accusé, conformément aux exigences de l'article 6, §-1 de la Convention »⁵⁹⁴.

310. Donc la motivation est désormais présente pour les arrêts d'assises mais sa teneur en matière criminelle diffère de celle traditionnellement admise.

311. En matière criminelle, l'impartialité bénéficie de soutiens puissants, elle est donc pleinement renforcée. La puissance des garanties institutionnelles et procédurales n'éliminent pas le risque de partialité mais le réduisent considérablement. En revanche, en matière correctionnelle il est possible de déceler un soutien affaibli de l'impartialité.

⁵⁹⁰ LAVRIC (S), Motivation des arrêts d'assises : nouvelles condamnations de la Belgique, *AJ Pénal*, 2015, p. 150.

⁵⁹¹ SCHAFFHAUSER (D), Comprendre sans se méprendre, *AJ Pénal*, 2012, p. 32.

⁵⁹² En effet « les règles habituelles en matière de motivation imposent, sous peine d'annulation pour « défaut de réponse à conclusion », de répondre à tous les moyens soulevés par les parties, seul l'essentiel, « les principaux éléments à charge », doit être exprimé. », in, SCHAFFHAUSER (D), Comprendre sans se méprendre, *ibid.*

⁵⁹³ SCHAFFHAUSER (D), *ibid.*

⁵⁹⁴ CEDH, 10 janvier 2013, VOICA c. France, requête n° 60995/09, §-54 ; CEDH, 10 janvier 2013, LEGILLON c. France, requête n° 53406/10, §-68 ; CEDH, FRAUMENS c. France, op. cit., §-51 ; CEDH, AGNELET c. France, op. cit., §-72 ; CEDH, OULAHCENE c. France, op. cit., §-56.

Section 2 : Le soutien affaibli de l'impartialité en matière délictuelle

312.En matière délictuelle le soutien de l'impartialité est affaibli de façon graduelle. En d'autres termes, il nous apparaît une échelle dans l'affaiblissement des principes procéduraux au soutien de l'impartialité en matière correctionnelle. Tous ne sont pas impactés de la même façon. Il est possible de déceler la faiblesse tempérée des principes procéduraux au soutien de l'impartialité (§-1) et la faiblesse prononcée des principes procéduraux au soutien de l'impartialité (§-2).

313.La présente catégorisation, qui est conceptualisée grâce à une gradation de l'affaiblissement des principes procéduraux, ne permet pas de reprendre la classification des principes tels que cela a été fait précédemment⁵⁹⁵ mais de retenir un terme générique, celui de principes procéduraux.

314.Enfin, cette partie sera cantonnée aux procédures de jugement. Sont donc nécessairement exclues les procédures alternatives aux poursuites qui dépassent l'objet de cette étude⁵⁹⁶.

§-1 La faiblesse tempérée des principes procéduraux au soutien de l'impartialité

315.La faiblesse tempérée des principes procéduraux, au soutien de l'impartialité, est elle-même graduée. Il est possible de déceler dans cette catégorie un affaiblissement modéré de certains principes procéduraux d'une part et un affaiblissement accentué d'autre part.

316.Tout d'abord, l'affaiblissement modéré des principes de motivation et de séparation des fonctions d'instruction et de jugement (A) correspond au plus faible degré de l'affaiblissement au sein de la catégorie des principes dont la faiblesse est tempérée.

317.Ensuite, l'affaiblissement accentué des garanties procédurales d'audience (B) est le degré supérieur de l'affaiblissement au sein de la catégorie des principes dont la faiblesse est tempérée. Donc l'affaiblissement accentué doit être considéré à l'aune de la catégorie à

⁵⁹⁵ *Supra* : Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, catégorisation en garanties institutionnelles et garanties procédurales.

⁵⁹⁶ *Infra* : Partie 2.

laquelle il appartient. Cet affaiblissement est décelé tant dans la procédure ordinaire suivie devant le tribunal correctionnel que dans les procédures accélérées que sont la comparution immédiate et la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité⁵⁹⁷.

318. Cette idée d'échelle est essentielle faute de quoi il est impossible de cerner la teneur de cette démonstration. Le soutien affaibli de l'impartialité est gradué, il est tempéré ou prononcé, deux degrés d'affaiblissement qui sont eux-mêmes subdivisées selon le niveau de la faiblesse.

A- L'affaiblissement modéré des principes de motivation et de séparations des fonctions d'instruction et de jugement

319. Il convient d'analyser l'affaiblissement modéré de la motivation d'une part (1) et l'affaiblissement modéré de la séparation des fonctions d'instruction et de jugement d'autre part (2).

1- L'affaiblissement modéré de la motivation

320. Les bienfaits de la motivation pour évincer le risque de partialité ont été démontrés précédemment⁵⁹⁸. Pour rappel, il s'agit pour le juge de se confronter à sa décision, pour le justiciable de la comprendre. C'est-à-dire de s'assurer que les motifs, les raisons retenues par le juge pour rendre son jugement sont objectifs, exempts de préjugés donc conformes au principe d'impartialité. En d'autres termes, « *La motivation est l'âme des jugements, l'arme contre l'arbitraire, la clef de cohérence des jugements et, par le même, du contrôle de la Cour de cassation* »⁵⁹⁹.

321. Ce principe qui gouverne la forme des décisions et qui permet de soutenir l'impartialité ou son apparence est presque intangible en matière correctionnelle⁶⁰⁰ ce qui justifie donc de dénommer l'affaiblissement de la motivation de modéré, degré d'affaiblissement le plus faible.

⁵⁹⁷ Désormais CRPC.

⁵⁹⁸ *Supra* : Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §-2, B- La garantie procédurale post-audience : la motivation.

⁵⁹⁹ BUISSON (S) et GUINCHARD (S), *Procédure pénale*, Lexisnxis, Manuel, 8^{ème} éd., 2012, p. 1474.

⁶⁰⁰ Sur ce point voir notamment : PRADEL (J), op. cit., p. 888 et s., §-984 et s.

322.Par principe toutes les décisions doivent-êtré motivées, qu'elles soient issues d'une procédure ordinaire ou accélérée. En ce sens, l'article 485⁶⁰¹ du CPP prévoit de façon générale que « *tout jugement doit contenir des motifs et un dispositif. Les motifs constituent la base de la décision. Le dispositif énonce les infractions dont les personnes citées sont déclarées coupables ou responsables ainsi que la peine*⁶⁰², *les textes de loi appliqués, et les condamnations civiles* ». Cette obligation de motivation est réitérée de façon spécifique d'une part pour l'ordonnance pénale⁶⁰³ et d'autre part pour l'ordonnance d'homologation rendue à l'issue de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité⁶⁰⁴. Il est opportun que l'ordonnance rendue à la suite d'une procédure accélérée soit motivée et notamment que l'ordonnance pénale rendue en matière correctionnelle, contrairement aux ordonnances en matière contraventionnelle, le soit et ce conformément à l'article 495-2 du CPP qui prévoit que « *l'ordonnance pénale doit être motivée* ».

323.En outre, dans le cas de la CRPC, l'obligation de motiver les ordonnances d'homologation est précisément détaillée à l'article 495-11 du CPP. De plus, elle peut faire l'objet d'un contrôle par la cour d'appel ce qui n'est pas le cas des ordonnances de refus d'homologation⁶⁰⁵. Théoriquement ces dernières doivent être motivées⁶⁰⁶ conformément à la décision du Conseil constitutionnel⁶⁰⁷ qui a admis que les ordonnances de refus d'homologation sont des décisions juridictionnelles. À ce titre le Conseil constitutionnel a

⁶⁰¹ Cet article 485 du CPP est présent au paragraphe 1, intitulé « *dispositions générales* », de la section 5 intitulée « *du jugement* ».

⁶⁰² Par ailleurs, en matière correctionnelle, le choix en faveur d'une peine d'emprisonnement sans sursis doit être spécialement motivé. En ce sens, l'article 132-19 alinéa 3 du CP prévoit que « *lorsque le tribunal correctionnel prononce une peine d'emprisonnement sans sursis et ne faisant pas l'objet d'une des mesures d'aménagement prévues aux mêmes sous-sections 1 et 2, il doit spécialement motiver sa décision, au regard des faits de l'espèce et de la personnalité de leur auteur ainsi que de sa situation matérielle, familiale et sociale* ». Voir notamment : Cass. crim., 29 novembre 2016, pourvoi n° 15-86712, bull. crim. 2016 : « *Mais attendu qu'en prononçant par ces seuls motifs, sans s'expliquer sur les éléments de la personnalité du prévenu qu'elle a pris en considération pour fonder sa décision et sur le caractère inadéquat de toute autre sanction, la cour d'appel a méconnu le sens et la portée du texte susvisé et le principe ci-dessus rappelé ;* » ; Cass. crim., 6 février 1995, pourvoi n° 94-8273, bull. crim., n°48.

⁶⁰³ Article 495-2 alinéa 2 « *l'ordonnance pénale doit être motivée, au regard notamment des dispositions du I de l'article 495.* »

⁶⁰⁴ Article 495-9 du CPP et article 495-11 CPP.

⁶⁰⁵ Ces ordonnances sont beaucoup moins nombreuses, ce qui démontre l'efficacité tant recherchée de cette procédure : en 2004, sur 7914 affaires traitées dans la cadre de la CRPC, 262 ont donné lieu à un refus d'homologation du juge (hors les cas de non-comparution et de refus de peine du prévenu) contre 6629 affaires terminées par une homologation, in, DANET (J), La CRPC : du modèle aux pratiques...et des pratiques vers quel(s), modèle(s) ?, AJ Pénal, 2005, p. 433.

⁶⁰⁶ En ce sens voir notamment : MOLINS (F), Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, Dalloz, Répertoire droit pénale et procédure pénale, § 40.

⁶⁰⁷ DC, 2 mars 2004, n° 2004-492, considérant n° 118 « *Considérant que constitue une décision juridictionnelle l'homologation ou le refus d'homologation par le président du tribunal de grande instance de la peine proposée par le parquet et acceptée par la personne concernée* »

déterminé, dans une réserve d'interprétation réitérée à deux reprises, les raisons susceptibles de justifier le refus d'homologation⁶⁰⁸. Cette réserve peut constituer une ligne de conduite pour les juges lorsqu'ils rendent leurs ordonnances de refus d'homologation. Cependant, il nous apparaît une certaine minoration de cette obligation de la part du législateur qui n'a pas jugé utile de réitérer l'obligation de motivation à l'article 495-12 du CPP relatif spécifiquement à l'ordonnance de refus d'homologation.

324. Cette obligation de motivation des ordonnances de refus d'homologation est semble-t-il présente à l'article 495-9 CPP⁶⁰⁹ mais la portée de cette disposition nous paraît fort discutable, confuse. En effet, l'interprétation d'un extrait du rapport Warsmann⁶¹⁰, du 14 mai 2003, relatif à l'article 495-9 corrobore notre analyse. Dans ce rapport il est mentionné que *« l'article 495-9 organise l'homologation par le président du tribunal de grande instance de la proposition du parquet acceptée par le prévenu. Après avoir indiqué que l'accord du prévenu à la proposition du procureur de la République devait être recueilli en présence de son avocat, il précise que l'intéressé est aussitôt présenté devant le président du tribunal de grande instance, saisi par le procureur de la République d'une requête en homologation (premier alinéa). Le deuxième alinéa de l'article 495-9 dispose que le président du tribunal doit entendre l'intéressé et son avocat en audience publique, ou, si ces derniers le demandent, en chambre du conseil, c'est-à-dire lors d'une audience non publique, avant d'homologuer le jour même la peine proposée. L'homologation prendra la forme d'une ordonnance motivée dans les conditions prévues à l'article 495-11 (nous soulignons). »*⁶¹¹. La motivation des

⁶⁰⁸ DC, 2 mars 2004, op. cit., considérant n° 107 : « qu'il pourra refuser l'homologation s'il estime que la nature des faits, la personnalité de l'intéressé, la situation de la victime ou les intérêts de la société justifient une audience correctionnelle ordinaire ; qu'il ressort de l'économie générale des dispositions contestées que le président du tribunal de grande instance pourra également refuser d'homologuer la peine proposée si les déclarations de la victime apportent un éclairage nouveau sur les conditions dans lesquelles l'infraction a été commise ou sur la personnalité de son auteur ; que, sous cette réserve, les dispositions contestées ne portent pas atteinte au principe de séparation des autorités chargées de l'action publique et des autorités de jugement » ; DC, 8 décembre 2001, n°2011-641, considérant n°16.

⁶⁰⁹ Cet article 495-9 alinéa 2 du CPP est ainsi rédigé : « Le président du tribunal de grande instance ou le juge délégué par lui entend la personne et son avocat. Après avoir vérifié la réalité des faits et leur qualification juridique, il peut décider d'homologuer les peines proposées par le procureur de la République. Il statue le jour même par ordonnance motivée. La procédure prévue par le présent alinéa se déroule en audience publique ; la présence du procureur de la République à cette audience n'est pas obligatoire. ». Le doute est permis quant à la portée de cette obligation de motivation telle qu'elle est formulée dans cet article. Il est possible de penser qu'elle ne s'applique qu'aux cas d'homologation.

⁶¹⁰ Rapport du 14 mai 2003, rapport n° 856, dit rapport WARSMANN, rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le Projet de loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, disponible en ligne :

<http://www.assemblee-nationale.fr/12/pdf/rapports/r0856-t1-3.pdf>.

⁶¹¹ Ibid, p. 91 et 92.

ordonnances de refus d'homologation est donc occultée. Pourtant le juge qui refuse d'homologuer peut notamment le faire car il estime que la peine n'est pas adaptée, qu'elle est trop clément⁶¹². Dans la majorité des cas il fondera sa décision sur un raisonnement rationnel. Mais, il peut également la fonder sur des préjugés qu'il nourrit à l'égard du prévenu. Dès lors, par ce refus d'homologation, le juge peut souhaiter que le prévenu encoure une peine plus grave. Or, l'absence de précisions quant à l'ampleur de cette obligation de motivation et l'absence d'appel facilitent la réalisation du risque de partialité qui trouve alors un terreau fertile dans ce type de procédure. Il serait donc opportun que le législateur intervienne pour préciser l'ampleur exacte de cette obligation de motivation afin de soustraire cette situation du risque possible de partialité et ce même si elle concerne très peu d'espèces. D'ailleurs le faible nombre d'ordonnances de refus d'homologation justifie de rattacher cette situation lacunaire relative à la motivation à la catégorie de l'affaiblissement modéré, c'est-à-dire au degré minimal de l'affaiblissement.

325. De plus, l'impossibilité de former un appel⁶¹³ contre cette décision contribue à mettre en péril cette obligation de motivation déjà très floue. Il reste la possibilité éventuelle d'un pourvoi devant la Chambre criminelle. Cette possibilité est concevable⁶¹⁴, elle permettrait un contrôle de la décision qui ne satisferait pas aux conditions essentielles de son existence légale notamment car elle porterait la trace de la partialité encore faut-il qu'elle soit visible.

326. En matière correctionnelle l'impartialité est soutenue par un principe de motivation qui connaît un affaiblissement modéré. Il est regrettable que le législateur laisse planer le doute quant à l'ampleur de cette obligation pour certains types de décisions, certes rares, mais qui portent en elles un risque de partialité.

⁶¹² Circulaire du 2 septembre 2004, CRIM 04-12 E8, p. 18, cette circulaire incite à proposer des peines moins sévères : « Il résulte de la logique de la nouvelle procédure – que traduit notamment la réduction par deux du maximum de la peine d'emprisonnement encourue – que la ou les peines proposées, si elles doivent évidemment tenir compte des peines que le tribunal correctionnel serait en pratique susceptible de prononcer s'il était saisi selon les procédures ordinaires, doivent être inférieures à ces peines, afin d'inciter la personne à accepter la proposition du procureur. ». Objectifs réitérés dans la Circulaire du 20 mars 2012, NOR JUSD1208381C, p. 11 : « Les orientations de politique pénale définies dans la circulaire du 2 septembre 2004 demeurent d'actualité mais doivent aujourd'hui être complétées afin de favoriser le recours à la procédure de CRPC dans de nouveaux contentieux ».

⁶¹³ DESPREZ (F), L'ordonnance de refus d'homologation dans le cadre de la CRPC, *D.* 2007, p. 2043.

⁶¹⁴ Rapport de Madame LABROUSSE (P), conseillère référendaire, concernant l'avis n° 0070008P de la Cour de cassation, disponible en ligne : https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/avis_15/integralite_avis_classes_annees_239/2007_2266/23_avril_2007_0070008p_2370/pascale_labrousse_10379.html.

327. Enfin, il convient de tempérer encore cette conclusion. Le modèle théorique érigé dans les textes est mis en péril par la pratique de la motivation différée. En effet, selon les Professeurs Serge Guinchard et Jacques Buisson, « *malheureusement la déplorable habitude s'est prise en correctionnelle de ne rédiger la motivation qu'après qu'un appel a été formé ; il en résulte que, au moment où l'intéressé forme son appel, il ignore les motifs de sa condamnation ; cette pratique a été condamnée par la Cour EDH*⁶¹⁵ »⁶¹⁶. Dès lors, ce constat amplifie l'inquiétante situation de la motivation floue des ordonnances de refus d'homologation non-susceptibles d'appel.

328. Cette obligation de motivation, soutien pour l'impartialité, qui peut *a priori* paraître exempte d'affaiblissement en matière correctionnelle demande encore à être améliorée. L'affaiblissement modéré du principe de motivation conduit à accepter l'existence d'un risque de partialité car l'effet préventif de la motivation est alors amoindri.

329. Le principe de séparation des fonctions d'instruction et de jugement connaît également un affaiblissement modéré.

2-L'affaiblissement modéré du principe de séparation des fonctions d'instruction et de jugement

330. L'affaiblissement modéré affecte un principe d'une importance capitale pour l'impartialité⁶¹⁷ mais qui est rarement mis en œuvre en matière correctionnelle tant l'instruction est marginale. Il est donc opportun de qualifier cet affaiblissement de modéré car en pratique il concerne très peu d'espèces.

331. Tout d'abord, l'instruction est rare en matière correctionnelle⁶¹⁸ et les articles 49 alinéa 2 et 137-1 du CPP prévoient deux cas de séparation applicables à la matière correctionnelle. Le premier prévoit l'interdiction faite au juge d'instruction de participer au jugement des affaires qu'il a connues et le second prévoit la même interdiction pour le juge des libertés et

⁶¹⁵ CEDH, 24 juillet 2007, BAUCHER c. France, requête n° 53640/00.

⁶¹⁶ GUINCHARD (S) et BUISSON (J), op. cit. p. 1343, § 2480.

⁶¹⁷ *Supra* : Partie 1, Titre 1, Chapitre 1 et 2 : la Cour EDH ne retient plus une conception stricte de la séparation des fonctions. Son appréciation de deuxième génération est basée sur l'ampleur du cumul, non plus sur sa seule présence. Il n'en demeure que ce principe séparatiste est prééminent pour une meilleure garantie de l'impartialité.

⁶¹⁸ *Supra* : p. 133, note n° 495 : 2.5% des décisions rendues en matière correctionnelle le sont suite à un renvoi du juge d'instruction.

de la détention. Jusque-là aucune difficulté le principe séparatiste est strict, donc le risque de partialité évincé.

332. En outre, de manière satisfaisante la Cour de cassation a également décidé à plusieurs reprises, au visa de l'article 6, § 1 de la Convention EDH, que le cumul des fonctions d'instruction, en tant que membre de la chambre de l'instruction, et de jugement⁶¹⁹ en matière correctionnelle est proscrit dès lors que le magistrat de la chambre de l'instruction a été amené à porter une appréciation sur la valeur des charges ou sur les indices de culpabilité. Tel est le cas par exemple s'il participe à un arrêt de renvoi. Cette jurisprudence de la Haute Cour permet donc de préserver l'impartialité.

333. Les difficultés apparaissent lorsqu'il est question de la séparation des fonctions de membres de la chambre de l'instruction, connaissant de la détention ou de la liberté, et de jugement en matière correctionnelle. Lorsque le magistrat siège à la chambre de l'instruction et qu'il participe à une décision relative à la liberté, la Cour de cassation admet qu'il puisse ensuite siéger à la formation de jugement⁶²⁰. Dès lors, il est difficile de comprendre qu'une telle admission subsiste d'autant que la Cour de cassation décide tout à fait l'inverse lorsque ce cumul est le fait d'un magistrat qui siège à la cour d'assises⁶²¹. Si le risque de partialité existe pour le magistrat qui siège à la cour d'assises, il existe également pour celui qui siège en matière correctionnelle. Dans les deux cas il y a une appréciation du fond du dossier⁶²². Donc cette jurisprudence n'est pas favorable à l'impartialité. Pour une meilleure garantie il serait opportun soit qu'il y ait un revirement jurisprudentiel soit que le législateur intervienne.

334. Enfin, il apparaît une dernière entorse à la séparation des fonctions d'instruction et de jugement. Il s'agit de la possibilité du supplément d'information par l'un des membres du tribunal. En matière correctionnelle l'article 463 alinéa 1 du CPP prévoit que « *s'il y a lieu de*

⁶¹⁹ Cass. crim., 11 mars 1986, bull. crim. 1986, n°100 ; Cass. crim., 1^{er} décembre 1987, bull. crim. 1987, n° 439 ; Cass. crim., 15 septembre 2004, bull. crim. 2004, n° 210. Sur cette jurisprudence voir supra Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, §-2, B- La similitude de raisonnement entre la partialité réalité et la jurisprudence interne.

⁶²⁰ Cass. crim., 24 janvier 1985, bull. crim. 1985, n° 41 ; Cass. crim., 6 novembre 1986, bull. crim. 1986, n° 328 ; Cass. crim., 19 février 1998, bull. crim. 1998, n° 74. Sur ce point voir notamment ROETS (D), op. cit., p. 106, n°152 ; JOSSERAND (S), op. cit., p. 159, n° 62.

⁶²¹ Cass. crim., 12 octobre 1983, bull. crim. 1983, n° 243 : « *Attendu qu'il résulte des pièces soumises à la Cour de cassation que M. C., président de la Cour d'assises, avait antérieurement, en tant que conseiller à la Cour d'appel, siégé à la Chambre d'accusation, laquelle avait confirmé à une ordonnance rejetant une demande de mise en liberté présentée par X... ; Qu'ainsi ce magistrat, même s'il n'a pas participé directement à un acte ayant pour objet de rechercher les preuves d'une infraction ou celles de la culpabilité du demandeur, a nécessairement procédé à un examen préalable du fond* (nous soulignons) »

⁶²² ROETS (D), op. cit., p. 106, n° 153.

procéder à un supplément d'information, le tribunal commet par jugement un de ses membres qui dispose des pouvoirs prévus aux articles 151 à 155 ». Il est possible d'émettre les mêmes critiques⁶²³ que celles faites à l'encontre du supplément d'information en matière criminelle. Ce dispositif accentue le risque de partialité. D'autant plus qu'en matière correctionnelle, contrairement à la matière criminelle, la possibilité de faire effectuer ce supplément par un juge d'instruction n'est pas prévue.

335. Les principes de motivation et de séparation des fonctions d'instruction et de jugement subissent un affaiblissement qu'il est justifié de qualifier de modéré. Ce dernier constitue le degré le plus faible dans la catégorie de la faiblesse tempérée des principes procéduraux qui connaît un degré supplémentaire d'affaiblissement qualifié d'affaiblissement accentué. Celui-ci concerne les garanties procédurales d'audience. Donc il s'agit d'un affaiblissement accentué par rapport à l'affaiblissement dit modéré mais, il constitue un degré d'affaiblissement dans l'échelle de la faiblesse tempérée.

B- L'affaiblissement accentué des garanties procédurales d'audience

336. Tout d'abord, parmi les garanties procédurales d'audience la publicité est restée à l'abri de tout affaiblissement. La publicité permet un contrôle étendu de l'impartialité des juges, elle est un principe « essentiel »⁶²⁴, un principe fort devant le tribunal correctionnel. L'article 400 du CPP dispose que « *les audiences sont publiques* ». Il existe, comme devant la cour d'assises, la possibilité du huis clos. L'article 400 alinéa 2 du CPP dispose que « *le tribunal peut, en constatant dans son jugement que la publicité est dangereuse pour l'ordre, la sérénité des débats, la dignité de la personne ou les intérêts des tiers, ordonner, par jugement rendu en audience publique que les débats auront lieu à huis clos* ». Dans un tel cas les juges doivent, dans leurs arrêts ou jugements, expliquer conformément à l'article 400 du CPP pourquoi la publicité est dangereuse. Il faut donc qu'ils donnent un motif à leur choix. Cependant, le seul bémol réside dans le fait que cette obligation de « motivation » n'implique pas pour les juges de démontrer l'existence de circonstances précises rendant la publicité

⁶²³ *Supra* : Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §-1, B- La garantie institutionnelle de la séparation d'instruction et de jugement : « cette possibilité du supplément d'information, dans le cadre légal actuel, n'est pas satisfaisante, elle constitue une entorse au principe séparatiste qui n'apparaît pas nécessaire. La logique appellerait que le supplément d'information, qui est parfois indispensable pour rendre un jugement, puisse exclusivement être confié à un juge d'instruction. ».

⁶²⁴ Cass. crim. 10 juillet 1974, pourvoi n° 74-09369, bull. crim. 1974, n° 253.

dangereuse, seule une justification formelle suffit⁶²⁵. Mais cette lacune ne permet pas de parler d'affaiblissement accentué ou même modéré tant elle est marginale. Donc, en matière correctionnelle la publicité est encadrée par un dispositif légal qui est satisfaisant. Seule la motivation des décisions de huis clos reste perfectible comme c'est également le cas en matière criminelle. De plus, dans les deux procédures rapides de comparution, la publicité est le principe. La possibilité du huis clos existe également, comme c'est le cas pour la procédure ordinaire avec le même bémol. D'ailleurs, le Conseil constitutionnel s'est prononcé le 2 mars 2004⁶²⁶ sur l'inconstitutionnalité de la CPRC en chambre du conseil. Il a donc réaffirmé son attachement pour la publicité.

337. Enfin, le Professeur ROETS nuance les bienfaits de la publicité⁶²⁷ en invoquant l'argument selon lequel, dans la pratique, la publicité est, pour certains délits, peu effective car le public n'est pas attiré lui préférant la justice « spectaculaire » rendue aux assises. Si cet argument s'entend, l'essentiel est qu'il puisse y avoir un public potentiel. Selon nous, cette observation éventuelle des juges par le public joue un premier rôle dissuasif.

338. Au contraire de la publicité, les autres garanties procédurales d'audience connaissent un affaiblissement accentué. En ce sens, l'affaiblissement accentué des garanties procédurales d'audience, soutien pour l'impartialité et l'apparence d'impartialité⁶²⁸, peut être détecté en matière correctionnelle tant dans le cadre de la procédure ordinaire (1) que dans certaines procédures rapides de comparution (2). Au contraire, la procédure rapide de l'ordonnance pénale subit une faiblesse prononcée des principes procéduraux au soutien de l'impartialité⁶²⁹.

⁶²⁵ *Supra* : Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §-2, A-, 1- La garantie procédurale de la publicité des débats.

À titre d'exemple la Chambre correctionnelle qui prononce le huis clos afin d'assurer la sérénité des débats justifie sa décision de huis clos par la seule mention d'un des motifs mentionnés à l'article 400 : Cass. crim. 24 janvier 2007, pourvoi n° 03-85061 06-84330, bull. crim. 2007, n° 17.

⁶²⁶ DC, 2 mars 2004, n° 2004-492, op. cit., p.17. Voir notamment : VIENNOT (C), *Le procès pénal accéléré*, p. 387 et s.

⁶²⁷ ROETS (D), op. cit., p. 375.

⁶²⁸ Ces garanties procédurales d'audience que sont le contradictoire, l'oralité et la publicité ont été analysées précédemment comme des soutiens pour l'impartialité, *Supra* : Partie 1, Titre 2, chapitre 1, Section 1, §-2 La puissance des garanties procédurales

⁶²⁹ *Infra* : Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, §-2, B- L'absence de garanties procédurales d'audience dans l'ordonnance pénale.

1-L'affaiblissement accentué dans la procédure ordinaire

339.L'audience qui est publique doit répondre à deux autres garanties, soutiens de l'impartialité, à savoir le contradictoire et l'oralité⁶³⁰. Ces deux garanties sont très proches, l'effectivité de l'oralité est assurée par le contradictoire et ce dernier se montre à voir grâce à l'oralité⁶³¹. Il convient de préciser que lorsque les faits sont simples le débat est très rapide⁶³², les garanties d'audiences, soutiens pour l'impartialité, sont donc plus visibles lorsqu'il s'agit de délits complexes qui nécessitent de longs débats oraux et contradictoires.

340.Les bénéfices du contradictoire pour préserver l'impartialité ont auparavant été démontrés⁶³³. Pour rappel, il s'agit de permettre au juge d'avoir accès à tous les points de vue afin de ne favoriser aucune partie au détriment des autres. Il convient de s'attacher à la concrétisation du contradictoire dans la phase de jugement ordinaire en matière correctionnelle.

341.Tout d'abord, le contradictoire s'épanouit d'autant plus lorsque le prévenu, objet des poursuites, est assisté par un avocat. Cependant, cette assistance demeure par principe facultative sauf exception d'infirmité⁶³⁴. En conséquence, cette assistance facultative fait éventuellement échec au dispositif innovant instauré par la loi du 15 juin 2000⁶³⁵ qui a introduit l'article 442-1 alinéa 1 du CPP selon lequel « *sous réserve des dispositions de l'article 401, le ministère public et les avocats des parties peuvent poser directement des questions au prévenu, à la partie civile, aux témoins et à toutes personnes appelées à la barre, en demandant la parole au président.* ». Cette disposition, qui instaure un « contre-interrogatoire » par les avocats des parties, permet d'accroître la contradiction dans les débats et sauvegarder l'impartialité du président du tribunal qui devient ainsi plus neutre. Mais, cette possibilité, de poser directement les questions à toutes les personnes citées à la barre, n'est offerte qu'aux avocats, pas directement aux parties. Cette forme de « cross examination », même conditionnée par l'obligation d'avoir un avocat⁶³⁶, renforce le contradictoire. Ce « *système d'instruction à l'audience permettant aux avocats de poser*

⁶³⁰ Article 427 alinéa 2 CPP.

⁶³¹ *Supra* : Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §-2, A-, 2- Les garanties procédurales du contradictoire et de l'oralité des débats.

⁶³² PRADEL (J), op. cit., p. 811, §-889 *in fine*.

⁶³³ *Supra* : Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §-2, A-, 2-, op. cit.

⁶³⁴ Article 417 CPP.

⁶³⁵ Sur ce point voir notamment GUINCHARD (S) et BUISSON (J), op. cit. p. 1322, § 2466.

⁶³⁶ Cette nouvelle forme des débats peut également être interprétée comme encourageant le recours à l'avocat car celui-ci devient un acteur indispensable pour avoir accès à une intervention « active » dans le débat.

*directement des questions aux personnes présentes est une garantie supplémentaire d'un jugement impartial, donc juste. Le débat contradictoire laisse en effet au juge la possibilité d'être convaincu par un fait, une interprétation, un moyen qu'une partie va lui proposer »*⁶³⁷.

342. Cependant, pour que ce principe du contradictoire joue pleinement son rôle, il faut normalement que les parties soient présentes. Alors que la présence du ministère public est obligatoire⁶³⁸, celle du prévenu, qui demeure le principe⁶³⁹ dans les textes, est concurrencée par l'admission large de son absence.

343. En effet, le prévenu peut être représenté par son avocat ce qui est indirectement une légalisation⁶⁴⁰ de son absence. Cette possibilité a été adoptée par le législateur en 2004⁶⁴¹ à la suite d'une jurisprudence constante de la Cour EDH⁶⁴² favorable à l'émergence d'un tel dispositif. Dès lors, le prévenu absent peut être représenté par son avocat. L'article 411 alinéa 1 du CPP dispose que « *quelle que soit la peine encourue, le prévenu peut, par lettre adressée au président du tribunal et qui sera jointe au dossier de la procédure, demander à être jugé en son absence en étant représenté au cours de l'audience par son avocat ou par un avocat commis d'office* ». Il est permis d'émettre des doutes quant au bienfait d'un tel mécanisme pour le contradictoire. Comment le contradictoire, soutien pour l'impartialité, peut-il s'exercer pleinement en l'absence physique d'une des parties principales ? Les juges seuls, face au représentant du prévenu, n'auront plus accès à « l'entière » contradiction ce qui pourra par ricochet desservir leur impartialité. De plus, les juges peuvent interpréter cette absence négativement en l'assimilant à une désinvolture, une impertinence à l'égard de la justice. Cependant, cette absence peut être mise en échec par le tribunal s'il estime que la

⁶³⁷ AVELA (C) et DASSA-LE DEIST (D), Le développement de la cross examination dans le procès pénal français- une approche éthique, *JCPG*, 15 novembre 2006, n° 46.

⁶³⁸ Article 32 du CPP.

⁶³⁹ Article 410 alinéa 1 CPP. En ce sens voir notamment, PRADEL (J), op. cit., p. 823 et s., §-901 et s. ; DESPORTES (F), LAZERGES-COUSQUER (L), op. cit., p. 1983.

⁶⁴⁰ Avant d'être légalisée, la représentation du prévenu absent par son avocat avait été validée par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation : Cass. ass. Plén., 2 mars 2001, arrêt *Dentico*, pourvoi n° 00-81388, bull. ass. Plén. 2001, n°6, p. 13.

⁶⁴¹ Loi du 9 mars 2004, loi n° 2004-204, loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, JORF n°59 du 10 mars 2004 page 4567.

⁶⁴² CEDH, 23 mai 2000, VAN PELT c. France, requête n°31070/96, §-67, « *Le droit de tout accusé à être effectivement défendu par un avocat figure parmi les éléments fondamentaux du procès équitable. Un accusé n'en perd pas le bénéfice du seul fait de son absence aux débats. Même si le législateur doit pouvoir décourager les abstentions injustifiées, il ne peut les sanctionner en dérogeant au droit à l'assistance d'un défenseur* » ; CEDH, 21 janvier 1999, GEYSEGHEM c. Belgique, requête n° 26103/95 ; CEDH, 22 septembre 1994, Lala c. Pays-Bas, requête n° 14861/69. Sur ce point voir notamment GUINCHARD (S), et BUISSON (J), op. cit., p 543 et s.

comparution du prévenu est nécessaire. Il renvoie alors l'affaire en ordonnant sa comparution⁶⁴³.

344. Avec ce système de la représentation une voix s'exprime en lieu et place du prévenu pour satisfaire un contradictoire *a minima*. Il est des hypothèses⁶⁴⁴, nécessaires pour une bonne administration de la justice, dans lesquelles le prévenu absent sans excuse et sans représentant fera l'objet d'un jugement contradictoire à signifier. C'est une forme de sanction de la non-comparution. Le tribunal peut toujours faire échec à cette absence en ordonnant le renvoi de l'affaire si la peine encourue et égale ou supérieure à deux années d'emprisonnement⁶⁴⁵. Cette possibilité du jugement contradictoire à signifier est rendue nécessaire afin de ne pas repousser éternellement le procès du fait de la mauvaise foi du prévenu⁶⁴⁶. Elle permet de préserver la justice des manœuvres dilatoires du prévenu, elle sanctionne la faute du prévenu qui en subit toutes les conséquences.

345. Tout autre est le mécanisme de la représentation, il est beaucoup plus critiquable car il légalise et facilite la possibilité d'amoindrir le contradictoire par l'absence du prévenu. Toutefois, le législateur français qui décide de ne plus sanctionner la non-comparution du prévenu ne fait que traduire la jurisprudence de la Cour EDH.

346. Enfin, lorsque le prévenu est absent dans les conditions strictement limitées⁶⁴⁷ de l'article 412 du CPP, il sera jugé par défaut⁶⁴⁸, c'est-à-dire de façon non-contradictoire. Mais la possibilité de former opposition⁶⁴⁹ devrait permettre le cas échéant de réinstaurer une forme de contradictoire. Néanmoins, le contexte procédural de l'opposition reste très critiquable sur le plan de l'impartialité. En effet, les magistrats auteurs de la décision initiale rendue par défaut peuvent éventuellement composer le tribunal correctionnel connaissant de l'opposition⁶⁵⁰. Cette possibilité est difficile à comprendre d'autant qu'elle est proscrite en

⁶⁴³ Article 411 du CPP.

⁶⁴⁴ Article 410 alinéa 1 et 2 CPP ; article 412 alinéa 2 CPP, article 411 alinéa 5 CPP, article 179-1 CPP, article 462 alinéa 1.

⁶⁴⁵ Article 410-1 du CPP.

⁶⁴⁶ Le risque de choisir ses juges est également repoussé.

⁶⁴⁷ GUINCHARD (S) et BUISSON (J), p. 1314 et p. 1380.

⁶⁴⁸ Article 412 alinéa 1 CPP.

⁶⁴⁹ Article 489 et s. CPP. Sur ce point voir PRADEL (J), op. cit., p. 898 et s.

⁶⁵⁰ Cass. crim. 25 juillet 1989, pourvoi n° 88-87658, bull. crim. 1989, n° 296, PRADEL (J), Compatibilité avec l'obligation d'impartialité de la Convention européenne des droits de l'homme de l'opposition portée devant la juridiction, ayant rendu une décision de défaut, composée par les mêmes magistrats, D. 1990, p. 226.

matière criminelle⁶⁵¹. Dès lors, comment est-il possible de préserver l'impartialité ou l'apparence d'impartialité avec un tel mécanisme ? Le risque d'avoir encore à l'esprit la première décision et de ne pouvoir s'en détacher constitue un danger pour l'impartialité des juges qui connaissent de l'opposition. De plus, la possibilité de former un appel n'atténue en rien le risque de partialité intrinsèque à ce type de procédure, si tel était le cas pourquoi ne pas soutenir qu'un même juge peut cumuler toutes les fonctions avec le jugement de premier degré dès lors que le prévenu a la possibilité de former un appel⁶⁵². L'appel reste un moyen de rétablir l'impartialité⁶⁵³ mais en aucun cas il ne peut permettre de légitimer une situation « de cumul » présentant un risque fort de partialité

347. En conclusion, la comparution personnelle du prévenu permet un « réel » débat, elle préserve donc le contradictoire qui est un soutien de l'impartialité. Pourtant cette obligation de principe de la comparution personnelle du prévenu ne cesse de subir des atténuations ce qui affaiblit les principes du contradictoire et de l'oralité, tous deux soutiens pour l'impartialité. En effet, la non-comparution du prévenu a également un impact sur l'oralité des débats. « *L'instruction orale de l'affaire, en l'absence du prévenu, devient une formalité sans intérêt* »⁶⁵⁴, alors que cette instruction orale définitive a pour but de soutenir l'impartialité du juge, en ce qu'elle lui permet notamment de se détacher du dossier constitué à l'issue de l'enquête, et donc d'avoir une meilleure appréhension des faits.

348. De plus, la non-comparution du prévenu n'est pas la seule responsable de l'affaiblissement accentué de l'oralité. En effet, cette garantie est minorée⁶⁵⁵ du fait de l'absence de continuité⁶⁵⁶ des débats d'une part, de la pratique courante contraire à l'article 452 alinéa 1⁶⁵⁷ du CPP de ne pas convoquer les témoins et experts d'autre part et enfin de l'absence d'immédiateté du délibéré⁶⁵⁸. En effet, lorsque le délibéré est reporté la décision n'est pas rendue immédiatement « *et le dossier de mise en état est susceptible de primer le*

⁶⁵¹ *Supra* : note n° 543

⁶⁵² Nous ne sommes pas d'accord avec l'interprétation de la décision de la Chambre criminelle du 25 juillet 1989 faite par le Professeur Jean PRADEL, *in* Compatibilité avec l'obligation d'impartialité de la Convention européenne des droits de l'homme de l'opposition portée devant la juridiction, ayant rendu une décision de défaut, composée par les mêmes magistrats, *D.* 1990, p. 226.

⁶⁵³ En ce sens voir notamment ROETS (D), *op. cit.*, p. 174 et 175.

⁶⁵⁴ DESPORTES (F) et LAZERGUES-COUSQUER (L), *op. cit.*, p. 1984.

⁶⁵⁵ ROETS (D), *op. cit.*, p. 347.

⁶⁵⁶ Article 461 du CPP.

⁶⁵⁷ « Les témoins déposent oralement ».

⁶⁵⁸ Article 462 du CPP.

débat oral »⁶⁵⁹. Plus le temps qui s'écoule entre l'audience et le prononcé du jugement est long moins l'oral est retentissant. Les juges ne peuvent pas garder en mémoire tous les détails du débat, la seule solution est de s'en remettre au dossier⁶⁶⁰ et aux notes d'audience prises par le greffier. Notes qui peuvent être subjectives et qui sont souvent succinctes, le greffier ne pouvant pas retranscrire la consistance exacte des débats, ce qui au final créait un cumul de subjectivité et d'appréciation. Subjectivité du greffier et appréciation par le juge.

349. Tous ces facteurs cumulés aboutissent à affaiblir de façon accentuée l'oralité des débats et font naître un risque de partialité. Cet affaiblissement accentué des garanties procédurales d'audience, soutiens pour l'impartialité, est également visible en matière correctionnelle dans les deux procédures rapides de comparution : la CRPC et la comparution immédiate.

2-L'affaiblissement accentué dans les procédures rapides de comparution

350. Tout d'abord, pour une meilleure effectivité du contradictoire et de l'oralité il est préférable que les parties soient présentes et assistées par un avocat. Dans ces deux procédures rapides la présence du prévenu⁶⁶¹ assisté d'un avocat⁶⁶² est obligatoire⁶⁶³. Ceci est favorable au contradictoire et à l'oralité des débats. Ces dispositions viennent compenser l'affaiblissement accentué porté par ailleurs à ces deux principes.

351. En premier lieu, dans le cas de la CRPC l'audience devant le juge du siège peut se dérouler hors la présence du ministère public⁶⁶⁴. Cette absence fragilise le contradictoire car il

⁶⁵⁹ ROETS (D), op. cit., p. 347.

⁶⁶⁰ PRADEL (J), op. cit., p. 834, §-911 : « pendant le cours du délibéré, les juges conservent avec eux le dossier, qu'ils peuvent donc consulter à leur guise ».

⁶⁶¹ Pour la CRPC article 495-9 CPP et pour la comparution immédiate article 397 CPP.

⁶⁶² Pour la comparution immédiate article 397 CPP. Sur l'interprétation de l'article 397 il est mentionné que le président « avertir le prévenu qu'il ne peut être jugé le jour même qu'avec son accord ; toutefois, cet accord ne peut être recueilli qu'en présence de son avocat ou, si celui-ci n'est pas présent, d'un avocat désigné d'office sur sa demande par le bâtonnier. ». Donc la présence de l'avocat est bien obligatoire. Sur ce point voir notamment VIENNOT (C), op. cit., p. 418 et s.

Dans le cas de la CRPC il est impossible de renoncer à ce droit : articles 495-8 et 495-11 du CPP.

⁶⁶³ Il convient de préciser que le but de ces dispositions, certes protectrices, est de préserver, de s'assurer de la réalité du consentement du mis en cause, consentement qui est la pièce maîtresse de ces deux procédures accélérées. « La validité du consentement est protégée par la présence obligatoire de l'avocat [...] », in VIENNOT (C), op. cit., p. 309 et s., p. 418 et s. ; MSIKA (Y), Plaider coupable et rôle de l'avocat à Pontoise et ailleurs, *AJ pénal*, 2005, p. 445

⁶⁶⁴ Article 495-9 du CPP tel que modifié par la loi du 26 juillet 2005, n° 2005-847, loi précisant le déroulement de l'audience d'homologation de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité. Loi

manque alors une des parties principales, celle qui soutient l'accusation et qui a proposé la peine. Il y a bien affaiblissement du contradictoire⁶⁶⁵ même si le juge du siège qui intervient, suite à la proposition du parquet, doit simplement vérifier la réalité des faits et leur qualification juridique⁶⁶⁶. Il est fort approprié de dénommer cette audience de « *semi-contradictoire [...] privée de tout débat utile* »⁶⁶⁷.

352. De plus, cette audience est intrinsèquement limitée. Le débat est malheureusement marginal⁶⁶⁸ voire absent⁶⁶⁹ et la défection du ministère public, acteur essentiel pour éclairer le juge du siège dans son choix⁶⁷⁰, peut le laisser aller à un préjugé erroné sur l'accord passé et refuser l'homologation⁶⁷¹. En sens inverse, le juge du siège qui décèle un certain

déclarée conforme à la constitution : DC, 22 juillet 2005, n° 2005-520, « *Considérant qu'en précisant que le procureur de la République n'est pas tenu d'être présent à cette audience, la loi déferée n'a méconnu, contrairement à ce qui est soutenu par les requérants, ni les dispositions de l'article 34 de la Constitution aux termes desquelles : " La loi fixe les règles concernant : ... la procédure pénale... ", ni le principe d'égalité devant la justice, ni les exigences constitutionnelles relatives au respect des droits de la défense et à l'existence d'un procès équitable, ni le principe d'individualisation des peines qui découle de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ni aucun autre principe constitutionnel, ».*

Cette loi a clarifié la situation, l'absence du parquet était une pratique qui avait été désapprouvée tant par la Cour de cassation que par le Conseil d'État : Cour de cassation, avis du 18 avril 2005, avis n° 005 0004P : « *Lorsqu'il saisit le président du tribunal de grande instance ou le juge délégué par lui d'une requête en homologation de la ou des peines qu'il a proposées dans le cadre de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, le procureur de la République est, conformément aux termes de l'article 32 du Code de procédure pénale, tenu d'assister aux débats de cette audience de jugement, la décision devant être prononcée en sa présence.* ». Conseil d'État, ordonnance de référé, 11 mai 2005, n° 279833.

Voir notamment DANET (J), La CRPC : du modèle législatif aux pratiques et des pratiques vers quel(s) modèle(s), *AJ Pénal*, 2005, p. 433 ; MSIKA (Y), Plaider coupable et rôle de l'avocat à Pontoise et ailleurs, *AJ Pénal*, 2005, p. 445 ; DELAGE (P-J), « Plaider coupable » : la clarification par l'entérinement des pratiques, *D.* 2009, p. 1650.

⁶⁶⁵ Aude VALOTEAU n'hésite pas à parler de « *contradiction absente* », in *Le jugement sur reconnaissance préalable de culpabilité : une autre procédure de jugement ou une autre manière de juger ?*, *Droit pénal* 2006, n°5, Étude 8.

⁶⁶⁶ Article 495-9 du CPP. Il y a reconnaissance des faits par le prévenu donc le débat sur la culpabilité est absent. Voir en ce sens notamment : GIUDICELLI (A), repenser le plaider coupable, *RSC*, 2005, p. 592.

⁶⁶⁷ ROUSSEL (G), Tableau synthétique du déroulement de la procédure de CRPC, *AJ Pénal* 2005, p. 442.

⁶⁶⁸ Sur la compatibilité d'un tel système, reposant sur une négociation entre l'autorité de poursuite et le prévenu, avec le principe d'impartialité. Voir *infra* : Partie 2, Titre 2, Chapitre 2.

⁶⁶⁹ « *Au Sénat, le rapporteur M. Zocchetto soulignait pour justifier la solution proposée que l'audience d'homologation ne devait pas déboucher sur l'ouverture d'un débat avec la personne intéressée mais seulement de contrôler « l'orthodoxie juridique » et l'adéquation de la peine et assurer à la victime la possibilité de faire valoir ses droits* », in DANET (J), La CRPC : du modèle législatif aux pratiques et des pratiques vers quel(s) modèle(s), *AJ Pénal*, 2005, p. 433. Sur une critique de l'absence de débat sur la peine voir DELAGE (P-J), La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité : quand la pratique ramène à la théorie, *D.* 2005, p. 1970 ; VIENNOT (C), op. cit., p. 370 et s.

⁶⁷⁰ En pratique il y a un accord entre le parquet et le siège en amont. En ce sens voit notamment ROUSSEL (G), *Suspicion et procédure pénale équitable*, L'Harmattan, Bibliothèques de droit, 2010, p. 192.

⁶⁷¹ « *Ainsi, l'absence du procureur de la République à l'audience empêche en pratique toute discussion sur la peine décidé préalablement* », in VIENNOT (C), op. cit., p. 387.

acharnement, une partialité du parquet à l'égard du prévenu ne peut modifier l'accord afin de restaurer les choses, il ne peut que refuser d'homologuer.

353. Ensuite, dans le cas de la comparution immédiate, lorsque le prévenu accepte d'être jugé immédiatement, c'est-à-dire le jour même, et qu'il renonce à la possibilité du renvoi, l'avocat dispose d'un temps très court pour préparer la défense. Dès lors, le contradictoire est affaibli car le temps est limité⁶⁷² afin de prendre connaissance du dossier de façon approfondie et ainsi pouvoir aisément discuter oralement les preuves lors de l'audience. En effet, *« la démarche professionnelle des avocats est cependant entravée par le manque de temps qui caractérise les comparutions immédiates. L'interstice entre la rencontre avec le client et le début de l'audience est trop bref. Lorsque les avocats sortent du dépôt, il reste en général moins de deux heures avant le début de l'audience. [...] Le manque de temps laisse également très peu de marge aux avocats pour produire de nouvelles pièces et pour contacter des témoins ou la famille du prévenu. [...] Les avocats qui plaident aux audiences de comparutions immédiates manquent de temps pour réaliser les objectifs d'une défense pénale convenable »*⁶⁷³. Il faut donc en déduire qu'une telle lacune temporelle a un impact sur la réalité du contradictoire qui est un soutien pour l'impartialité des magistrats. Ces derniers seront plus éclairés par la partie soutenant l'accusation ; *« C'est donc principalement sur la base du dossier tel qu'il est mis en place par le parquet que le procès va avoir lieu »*⁶⁷⁴.

354. En conclusion, le législateur lorsqu'il réforme la procédure pénale le fait avec une volonté très actuelle de la rendre plus rapide, plus « productive », plus rentable. Or il y a un équilibre fragile à conserver entre les différents principes de procédure pénale afin de préserver au mieux l'impartialité ou l'apparence d'impartialité. Dès lors, lorsqu'une réforme est envisagée, le législateur doit garder présent à l'esprit la coexistence forte entre les principes procéduraux afin de ne pas les fragiliser. L'impartialité qui est soutenue par une multitude de principes procéduraux, précédemment analysés, est dépendante de leur effectivité. Elle est atteinte, affectée si lesdits principes procéduraux font l'objet d'un affaiblissement.

⁶⁷² ROUSSEL (G), *Suspicion et procédure pénale équitable*, op. cit., p. 190 : la comparution immédiate *« ne constitue donc pas une voie favorable au suspect. Il ne dispose que de très peu de temps pour préparer sa défense et la rapidité des audiences ne garantit pas réellement une totale contradiction. »*

⁶⁷³ CHRISTIN (A), *Comparution immédiate, enquête sur une pratique judiciaire*, La découverte, 2008, p. 122-123.

⁶⁷⁴ CHRISTIN (A), *Comparution immédiate, enquête sur une pratique judiciaire*, op. cit., p. 124.

355. La faiblesse tempérée des principes procéduraux au soutien de l'impartialité n'est pas la seule connue en matière correctionnelle. En effet, cette dernière est également affectée par un degré supérieur d'affaiblissement qu'est la faiblesse prononcée des principes procéduraux soutiens de l'impartialité.

§-2 La faiblesse prononcée des principes procéduraux au soutien de l'impartialité

356. L'affaiblissement intense de la collégialité est perceptible en matière correctionnelle et ce quel que soit le type de procédure concernée (A). Par ailleurs, dans la procédure de l'ordonnance pénale, cet affaiblissement prononcé atteint un degré ultime puisqu'il y a une disparition des garanties procédurales d'audience (B).

A- L'affaiblissement intense de la collégialité

357. Pour rappel, la collégialité⁶⁷⁵ est un soutien pour l'impartialité. Elle permet une décision à plusieurs pour éviter l'erreur. Erreur qui peut éventuellement prendre sa source dans un préjugé. Ce dernier sera plus facilement mis en échec par la confrontation avec les autres juges membres du tribunal collégial. Cette discussion à plusieurs apporte une plus-value à la décision, au délibéré, elle augmente la probabilité d'une décision plus respectueuse de l'impartialité. Cela ne veut pas dire que le juge unique sera partial, mais que le risque de partialité est plus grand qu'en présence d'un tribunal collégial.

358. En matière correctionnelle, ce principe de collégialité est de plus en plus marginalisé pour laisser une place prééminente au juge unique. Cette orientation est principalement motivée par le gain financier et la célérité mais, *« il peut être utile d'observer que l'accélération du temps de la réponse pénale aurait également pu être obtenu par l'accroissement du nombre de magistrats »*⁶⁷⁶. Avec cette option, l'impartialité aurait été soutenue de façon plus satisfaisante et donc les magistrats préservés. Cependant, la procédure pénale fait les frais d'objectifs budgétaires stricts.

⁶⁷⁵ *Supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Sections 1, §-1, A- La garantie institutionnelle de la collégialité.

⁶⁷⁶ VIENNOT (C), op. cit., p. 134.

359. Dans les textes le principe semble encore celui de la collégialité⁶⁷⁷ mais ceci n'est vrai que pour les délits les plus graves⁶⁷⁸. En effet, l'article 398 du CPP dispose que « *lorsqu'un procès paraît de nature à entraîner de longs débats, le président du tribunal de grande instance peut décider qu'un ou plusieurs magistrats du siège supplémentaires assisteront aux débats. Dans le cas où un ou plusieurs magistrats du siège composant le tribunal seraient empêchés de suivre les débats jusqu'au prononcé du jugement, ils sont remplacés par le ou les magistrats du siège supplémentaires [...]* ». Les longs procès concernent les délits jugés complexes par le président du tribunal de grande instance, les délits les plus graves. Dans ce cas la collégialité est préservée, l'imprévisible est anéanti par avance et le risque de partialité est repoussé.

360. Cependant, la compétence est très largement admise du juge unique. Elle est prévue par l'article 398 alinéa 2 du CPP. De plus, depuis la loi du 12 décembre 2005 la limite légale de la peine encourue de cinq ans, au-delà de laquelle il était impossible de statuer à juge unique, est supprimée⁶⁷⁹ pour laisser place à une nouvelle « limite », bien moins exigeante, de la peine susceptible d'être prononcée⁶⁸⁰. « *En passant d'une référence à la peine encourue à la peine susceptible d'être prononcée dans la définition du champ de compétence du juge unique, le législateur a, de façon subreptice, accru son champ de compétence* »⁶⁸¹. Donc il y a un net élargissement de la compétence du juge unique. Ce dispositif peut se comprendre pour certains délits de masse, tels les délits routiers. Mais, cette extension est beaucoup plus critiquable lorsqu'elle s'applique à des délits plus graves⁶⁸², complexes, voire à certaines infractions ayant fait l'objet d'une correctionnalisation⁶⁸³. Pour ces délits il serait plus satisfaisant, pour une meilleure garantie de l'impartialité, de privilégier, dans tous les cas, une

⁶⁷⁷ Article 398 alinéa 1 : « *Le tribunal correctionnel est composé d'un président et de deux juges* ».

⁶⁷⁸ « *La règle de la collégialité comporte de nombreuses applications tournant toutes autour des idées de gravité et de complexité de l'affaire* », in PRADEL (J), op. cit., p. 51, §-28.

⁶⁷⁹ Loi du 12 décembre 2005, loi n° 2005-1549, loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales, JO, n°289 du 13 décembre 2005, p. 19152. Sur ce point voir notamment VIENNOT (C), op. cit., p. 154.

⁶⁸⁰ Article 398-2 alinéa 4 : « *Le tribunal correctionnel siégeant dans sa composition prévue par le troisième alinéa de l'article 398 (nous rajoutons siégeant à juge unique) ne peut prononcer une peine d'emprisonnement ferme d'une durée supérieure à cinq ans* ».

⁶⁸¹ VIENNOT (C), op. cit., p. 155.

⁶⁸² Notamment le vol lorsqu'il est commis dans les circonstances de l'article 311-4 du CP ; le recel, article 321-1 ; l'homicide involontaire par la conducteur d'un VTAM, article 221-6-1.

⁶⁸³ Exemples non-exhaustifs de correctionnalisations possibles donnant éventuellement lieu à un jugement à juge unique. Un vol avec port d'arme, article 311-8 du CP, peut faire l'objet d'une correctionnalisation et ainsi entrer dans les prévisions de l'article 311-4 du CP et être jugé à juge unique. Donc le prévenu sera jugé par un seul juge alors qu'il aurait dû initialement l'être par une cour d'assises devant laquelle les principes au soutien de l'impartialité sont forts. De même les violences prévues à l'article 222-10 du CP peuvent faire l'objet d'une correctionnalisation, en édulcorant un élément matériel, pour ainsi les faire entrer dans les prévisions de l'article 222-11 du CP qui entre dans le champ de compétence du juge unique.

décision à plusieurs ce qui éviterait les errements d'appréciation qui peuvent trouver leur source dans une interprétation partielle favorisée par la solitude. Néanmoins, l'article 398-1 dernier alinéa du CPP prévoit certains cas d'exclusion du juge unique. Tel est le cas lorsque l'affaire est issue d'une instruction avec détention du prévenu lors de sa comparution à l'audience ou lorsque le prévenu est poursuivi selon la procédure de comparution immédiate. Donc la collégialité est heureusement obligatoire pour les délits graves ou très graves⁶⁸⁴.

361. De plus, il n'est pas surprenant que le juge qui intervient dans le cas de la procédure accélérée de CRPC statue à juge unique. Cela contribue à satisfaire l'objectif de célérité visé par cette procédure. Cependant, dans ce cas les pouvoirs du juge sont amoindris ce qui limite l'étendue de sa décision, la solitude est donc plus acceptable.

362. Enfin, la possibilité de renvoi⁶⁸⁵ est offerte au tribunal siégeant à juge unique lorsqu'il est saisi d'une infraction qui n'entre pas dans les prévisions de l'article 398-1 du CPP ou encore lorsqu'il envisage de prononcer une peine supérieure à cinq ans ou que les faits sont complexes. Donc le magistrat qui siège seul dispose de cette ultime possibilité de renvoyer à la collégialité et ainsi favoriser l'impartialité. En effet, une décision prise seul sur des faits complexes, avec la quantité de travail qui incombe à chaque magistrat, peut l'amener à adopter un jugement prématuré alors que la discussion, avec d'autres magistrats, permet une appréhension des faits plus complète et donc un jugement intègre.

363. Il convient de préciser que ce ne sont pas les juges eux-mêmes qui sont visés, stigmatisés, dans cette analyse, leur mission est difficile surtout lorsque l'objectif de célérité est omnipotent, mais le dispositif procédural qui complexifie encore plus leur obligation de rendre la justice de façon impartiale. Il existe des principes qui sont là comme des soutiens pour l'impartialité et s'ils sont affaiblis l'impartialité l'est également.

364. Les soutiens pour l'impartialité s'amenuisent en matière correctionnelle et la collégialité est plus touchée que les autres principes. Elle tend à se raréfier pour laisser la place au juge unique. En ce sens, l'affaiblissement de la collégialité est intense ; elle ne s'applique qu'aux délits d'une extrême gravité et le juge unique n'est plus limité par la peine encourue de cinq années d'emprisonnement. Pourtant la collégialité constitue un soutien

⁶⁸⁴ VIENNOT (C), p. 156 et s.

⁶⁸⁵ Article 398-2 CPP.

contre le risque de partialité. Avec cette garantie les magistrats ont plus facilement accès à l'impartialité.

365. Cet affaiblissement intense de la collégialité est très inquiétant pour le principe d'impartialité dont elle est un des soutiens. Il est un cas où l'affaiblissement a atteint son paroxysme puisqu'il a débouché sur une absence totale de garanties procédurales d'audience, c'est le cas de l'ordonnance pénale.

B- L'absence de garanties procédurales d'audience dans l'ordonnance pénale

366. Les garanties procédurales font défaut car l'ordonnance pénale est précisément fondée sur une procédure sans audience⁶⁸⁶. En effet, l'article 495-1 alinéa 2 dispose que « *Le président statue sans débat préalable par une ordonnance pénale portant relaxe ou condamnation à une amende ainsi que, le cas échéant, à une ou plusieurs des peines complémentaires encourues, ces peines pouvant être prononcées à titre de peine principale* ». Il y a donc une nette différence d'avec les deux autres procédures accélérées de comparution immédiate et de CRPC dans lesquelles il y a une audience qui subit un affaiblissement accentué des garanties procédurales d'audience soutiens pour l'impartialité.

367. Initialement l'ordonnance pénale n'était applicable qu'aux contraventions, depuis la loi du 9 mars 2002⁶⁸⁷ elle l'est également aux délits. La loi a été soumise au contrôle du Conseil constitutionnel qui l'a déclarée conforme⁶⁸⁸ à la constitution⁶⁸⁹.

368. Cette procédure d'ordonnance pénale, déclarée conforme, est facultative, écrite et non contradictoire⁶⁹⁰. Les garanties procédurales d'audience qui participent à éloigner le risque de partialité, à soutenir l'impartialité sont évincées. Dès lors, « *le juge, qui jugera le prévenu sans l'entendre ni même le voir et qui ne sera plus éclairé par la défense sur les faits et la personnalité du prévenu, distribuera des déclarations de culpabilité et des peines de manière mécanique et aveugle. La vérité du policier deviendra celle du parquet qui deviendra celle du*

⁶⁸⁶ COCHE (A), La justice pénale sans audience, une justice en enfer, *D.* 2008, p. 2180.

⁶⁸⁷ Loi du 9 mars 2002, loi n° 2002-1138, Loi d'orientation et de programmation pour la justice, JO du 10 septembre 2002, p. 14934. Cette loi inséra les articles 495 à 495-6 dans le CPP.

⁶⁸⁸ VIENNOT (C), op. cit., p. 321 et s. ; VOLFF (J), L'ordonnance pénale en matière correctionnelle, *D.* 2003, p. 277 ; COCHE (A), La justice pénale sans audience, une justice en enfer, *D.* 2008, p. 2180.

⁶⁸⁹ DC, 29 août 2002, n° 2002-461, considérants 75 à 82.

⁶⁹⁰ VOLFF, L'ordonnance pénale en matière correctionnelle, op. cit.

*juge. Les décisions seront donc beaucoup moins justes »*⁶⁹¹. En conséquence, le risque de partialité ou d'apparence de partialité est plus grand, c'est un juge dans une extrême solitude qui intervient. Un juge seul face au dossier constitué par le parquet, un juge sans public, sans débat oral et contradictoire et dont l'ultime solution demeure dans la possibilité du renvoi s'il estime que cette procédure est insuffisante et qu'un débat contradictoire est utile. Cet isolement complexifie la mission du juge qui doit intervenir de façon impartiale alors qu'il n'a à sa disposition que le dossier constitué par le parquet. Le juge doit donc redoubler de vigilance tant la solitude est un facteur qui accentue le risque de partialité. Dès lors, il ne fait aucun doute que l'impartialité est affaiblie du fait de l'absence des garanties procédurales d'audience.

369. Cette procédure d'ordonnance pénale, qui affaiblit le principe d'impartialité, ne cesse pourtant d'être étendue ou de vouloir l'être⁶⁹². En ce sens, elle s'applique à un grand nombre de délits « communs »⁶⁹³ tels le vol, l'usage de produits stupéfiants, les délits prévus par le code de la route.

370. De plus, la possibilité offerte au prévenu de faire opposition n'est pas satisfaisante sur le plan de l'impartialité. Pourtant elle a servi d'argument au Conseil constitutionnel pour valider la loi créant cette procédure. Il a notamment décidé que l'opposition éventuelle du prévenu permet de garantir un procès juste ; *« considérant, en dernier lieu, que les*

⁶⁹¹ COCHE (A), *La justice pénale sans audience, une justice en enfer*, op. cit.

⁶⁹² Sur cette volonté d'étendre l'ordonnance pénale voir notamment : VIENNOT (C), op. cit., p. 359, C- Le champ de l'ordonnance pénale délictuelle ; Loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles, JO, n°0289, 14 décembre 2011, p. 21105 ; sur cette loi voir la circulaire du 20 mars 2012, NOR JUSD1208381C, circulaire présentant les dispositions de la loi du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles étendant les procédures d'ordonnance pénale et de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, 1- Extension des possibilités de recours à l'ordonnance pénale délictuelle.

Vœu d'extension dans le Rapport fait au nom de la Commission sur la répartition des contentieux, présidée par Serge GUINCHARD, Rapport *l'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, 2008, La documentation française : la proposition n°61 prévoyait une extension de l'ordonnance pénale :

« 61. Développement de l'ordonnance pénale délictuelle : Extension de cette voie de poursuite à tous les délits, quelle que soit la peine encourue (à l'exclusion, d'une part, des délits pour lesquels la loi ne permet pas une CRPC, cf. infra, proposition 62 et, d'autre part, des délits du droit du travail ou des manquements aux règles d'hygiène et de sécurité entraînant des blessures involontaires ou des homicides involontaires). Extension de cette voie de poursuite aux procédures comportant une demande de dommages et intérêts avec possibilité pour le juge de statuer sur cette demande. Élargissement des sanctions pouvant être prononcées : possibilité de prononcer une peine d'emprisonnement obligatoirement assortie du sursis d'un quantum maximum de trois mois. Cette peine devra être notifiée par délégué du procureur et le prévenu pourra disposer de l'aide juridictionnelle s'il désire être conseillé par un avocat sur l'opportunité d'une opposition. »

⁶⁹³ En 2013, 24% des décisions rendues en matière correctionnelle étaient des ordonnances pénales, in Les chiffres-clés de la justice 2014, http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_stat_livret_final_HD.pdf, p. 15. En 2014, 25% des décisions rendues en matières correctionnelle étaient des ordonnances pénales, in Les chiffres-clés de la justice 2015, http://www.justice.gouv.fr/publication/chiffres_cles_20151005.pdf, p. 15.

dispositions des nouveaux articles 495 à 495-6 du code de procédure pénale apportent à la personne qui fait l'objet d'une ordonnance pénale, quant au respect des droits de la défense, des garanties équivalentes à celles dont elle aurait bénéficié si l'affaire avait été directement portée devant le tribunal correctionnel ; qu'en effet, l'ordonnance doit être motivée ; que le prévenu dispose d'un délai de quarante-cinq jours à compter de la notification de l'ordonnance pour former opposition ; que, dans cette hypothèse, l'affaire fait l'objet devant le tribunal correctionnel d'un débat contradictoire et public au cours duquel l'intéressé a droit à l'assistance d'un avocat ; qu'il doit être informé de ces règles ; que l'ensemble de ces dispositions garantit de façon suffisante l'existence d'un procès juste et équitable (nous soulignons) »⁶⁹⁴. Or l'opposition ne permet pas de garantir pleinement l'impartialité car le juge qui a rendu l'ordonnance initiale peut ensuite siéger au tribunal connaissant de l'opposition. Donc les « *condamnés qui formeront opposition, [...] partiront avec un handicap beaucoup plus important que s'ils avaient pu se défendre ab initio. Il leur faudra en effet essayer de renverser une décision déjà rendue par le juge appelé à connaître de l'opposition* »⁶⁹⁵.

371. Cette ordonnance pénale a donc tous les effets d'un jugement par défaut⁶⁹⁶. Or, dans ce cas, le prévenu n'a pas d'autres choix, son absence est rendue obligatoire par le dispositif légal. Dès lors, il est loisible d'émettre des réserves sur cette faculté d'opposition dans laquelle l'impartialité des juges est sujette à caution⁶⁹⁷. Les magistrats peuvent connaître de l'opposition alors qu'ils ont rendu la décision initiale. Pourtant, la Chambre criminelle a décidé le 25 juillet 1989⁶⁹⁸ que la procédure d'opposition en matière correctionnelle est conforme au droit de la Convention EDH⁶⁹⁹ cependant qu'elle applique une jurisprudence

⁶⁹⁴ DC, 29 août 2002, op. cit., considérant n° 81.

⁶⁹⁵ COCHE (A), La justice pénale sans audience, une justice en enfer, op. cit.

⁶⁹⁶ VOLFF (J), op. cit.

⁶⁹⁷ Supra, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, §-1, B-, 1-L'affaiblissement accentué dans la procédure ordinaire.

⁶⁹⁸ Cass. crim., 25 juillet 1989, pourvoi n° 88-87658 bull. crim. 1989, n° 296, op.cit.

⁶⁹⁹ PRADEL (J), op. cit., p. 901 et s., §-1002 ; JOSSERAND (S), op. cit., p. 216 et s., b) L'incohérence de la jurisprudence ; PRADEL (J), Compatibilité avec l'obligation d'impartialité de la Convention européenne des droits de l'homme de l'opposition portée devant la juridiction, ayant rendue une décision de défaut, composée par les mêmes magistrats, D. 1990, p. 226 ; Coche (A), La justice pénale sans audience, une justice au enfer, op. cit.

La Cour EDH viendra avaliser le choix de la Cour de cassation : Cour EDH, 10 juin 1996, THOMANN c. Suisse, requête n° 17602/91, §-35 « *les juges qui réexaminent en présence de l'intéressé une affaire qu'ils ont dû d'abord juger par défaut, sur la base des éléments dont ils pouvaient alors disposer, ne sont en aucune manière liés par leur première décision; ils reprennent à son point de départ l'ensemble de l'affaire, toutes les questions soulevées par celle-ci restant ouvertes et faisant cette fois l'objet d'un débat contradictoire à la lumière de l'information plus complète que peut leur fournir la comparution personnelle de l'accusé.* ». Donc le

inverse en matière criminelle⁷⁰⁰. Le Conseil constitutionnel n'hésite pas, dans sa décision du 29 août 2002, à voir dans l'opposition une garantie d'un procès juste. Il est désormais permis d'en douter ! Il y a un réel « *danger qui pèse sur l'impartialité de la décision de substitution* »⁷⁰¹ et si l'appel reste encore possible, il n'efface pas le risque fort de partialité en amont. En effet, il sera très difficile pour le juge de se déjuger alors même que l'opposition est en théorie une voie de rétractation et donc que le jugement initial est non avenu.

372. Donc, la procédure d'ordonnance pénale en matière correctionnelle, applicable à un grand nombre de délits⁷⁰² et dont le but premier est la célérité, dessert grandement l'impartialité. Il n'y a plus de garanties d'audience alors qu'elles sont des soutiens pour l'impartialité et lorsque le prévenu⁷⁰³ formera opposition, il est susceptible d'être jugé par le juge qui a rendu la décision initiale. Heureusement, la motivation de l'ordonnance demeure⁷⁰⁴.

373. Il ne fait aucun doute que l'impartialité en matière correctionnelle souffre de soutiens affaiblis. La faiblesse des principes est soit tempérée soit prononcée. L'impartialité est donc tributaire, en matière correctionnelle, de réformes, de choix législatifs qui amoindrissent la force des principes procéduraux qui devraient pourtant demeurer des soutiens forts de l'impartialité qui est notamment le gage d'une justice efficace et respectée.

Cour EDH valide l'identité de composition en cas d'opposition mais elle ajoute un argument au paragraphe 36 qui laisse planer le doute quant à l'application de cette jurisprudence à l'ordonnance pénale : « *si une juridiction devait modifier sa composition chaque fois qu'elle fait droit au recours d'un condamné absent, celui-ci se verrait avantagé par rapport aux prévenus qui comparaissent dès l'ouverture de leur procès, car il obtiendrait ainsi que d'autres magistrats le jugent une seconde fois dans la même instance. Cela contribuerait de surcroît à ralentir le travail de la justice, obligeant un plus grand nombre de juges à étudier un même dossier, ce qui paraît peu compatible avec le respect du "délai raisonnable"*. ». Or, le défaut dans le cas de l'ordonnance est rendu obligatoire ce qui est différent de la situation décrite dans le présent arrêt de la Cour EDH. Donc nous pouvons émettre un doute quant à la compatibilité de l'opposition en matière d'ordonnance pénale avec le droit de la Convention EDH.

⁷⁰⁰ *Supra* : §-399 et s.

⁷⁰¹ JOSSERAND (S), op. cit., p. 218, n° 244.

⁷⁰² Il est important de préciser que la Cour EDH admet une dérogation aux procédures ordinaires que pour les « *infractions légères* », in CEDH, 21 février 1984, OZTURK c. Allemagne, op. cit., §-56. Sur ce point voir notamment : VIENNOT (C), op. cit., p. 341 et s.

Cette légèreté est à nuancer compte tenu du fait que l'ordonnance pénale concerne des délits et que la condamnation sera le plus souvent inscrite au casier. Dès lors, si dans le délai cinq ans la personne commet un autre délit alors elle est en état de récidive, article 132-10 CP : « *Lorsqu'une personne physique, déjà condamnée définitivement pour un délit, commet, dans le délai de cinq ans à compter de l'expiration ou de la prescription de la précédente peine, soit le même délit, soit un délit qui lui est assimilé au regard des règles de la récidive, le maximum des peines et d'amende encourues et doublé*. ». Dès lors, les délits concernés par l'ordonnance pénale sont-ils réellement légers ? Il est loisible d'en douter fortement.

⁷⁰³ Qui n'est pas auteur de manœuvres dilatoires, le défaut est la règle.

⁷⁰⁴ *Supra* : Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, section 2, §- 1, A- L'affaiblissement modéré des principes de motivation et de séparations des fonctions d'instruction et de jugement.

Conclusion Chapitre 1

374. La procédure est constituée d'un ensemble de principes procéduraux interdépendants. Dès lors, à chaque réforme il faut penser l'ensemble afin de maîtriser les conséquences des modifications législatives sur tous les principes procéduraux même ceux qui paraissent *a priori* éloignés du principe modifié. En ce sens, l'impartialité est dépendante de nombreux principes procéduraux que sont la séparation des fonctions d'instruction et de jugement, la collégialité, la motivation, le contradictoire, la publicité et l'oralité. Tous ces principes contribuent à renforcer l'impartialité. Cependant, à l'exception de l'indépendance et de la séparation des fonctions de poursuite et de jugement qui ont une force identique devant toutes les juridictions de jugement, ces principes n'ont pas la même vigueur selon qu'ils s'appliquent à la matière délictuelle ou criminelle.

375. En matière criminelle ces principes sont des soutiens puissants de l'impartialité. C'est-à-dire qu'ils ne font pas l'objet d'exceptions ou de façon très marginale. Donc pour les crimes, infractions les plus graves, l'impartialité est soutenue de façon exemplaire.

376. La situation est nettement différente en matière correctionnelle. Cette dernière pâtit d'un soutien affaibli de l'impartialité. L'affaiblissement des principes procéduraux est soit tempéré soit prononcé. Le premier, qui est de moindre intensité que le second, connaît deux degrés différents d'affaiblissement : l'affaiblissement modéré et l'affaiblissement accentué.

377. Tout d'abord, l'affaiblissement de la motivation est qualifié de modéré car l'obligation de motivation, soutien de l'impartialité, est globalement satisfaisante en matière correctionnelle sauf en ce qui concerne les ordonnances de refus d'homologation pour lesquelles l'ampleur de la motivation reste imprécise. Cette lacune est néfaste pour l'impartialité mais reste isolée ce qui justifie de parler d'affaiblissement modéré. Ce dernier est également visible en ce qui concerne le principe de la séparation des fonctions d'instruction et de jugement, soutien de l'impartialité. En ce sens, la Cour de cassation admet de façon critiquable qu'un magistrat membre de la chambre de l'instruction qui a connu de la détention ou de la liberté du prévenu peu par suite siéger à la formation de jugement. Ceci est difficilement compatible avec le principe d'impartialité d'autant que la Haute cour décide l'inverse en matière criminelle. Il faudrait donc généraliser cette interdiction de cumul à la matière correctionnelle.

378. Ensuite, l'affaiblissement accentué, second degré d'affaiblissement dans la catégorie de l'affaiblissement tempéré, concerne les garanties procédurales d'audience qui sont quelque peu affectées tant dans la procédure ordinaire que dans les procédures rapides de comparution. En ce sens, dans la procédure ordinaire, l'admission large de l'absence du prévenu affecte le contradictoire et l'oralité et en amoindrit les effets positifs sur l'impartialité. Au contraire, avec la CRPC c'est le ministère public qui peut être absent ce qui fragilise le contradictoire dans une procédure où le débat est déjà limité. Enfin, avec la comparution immédiate c'est évidemment le manque de temps laissé aux avocats qui a des conséquences néfastes sur le contradictoire et l'oralité, ce qui joue au détriment de l'impartialité des juges qui seront alors mieux éclairés par la partie soutenant l'accusation.

379. Le second affaiblissement des principes procéduraux au soutien de l'impartialité est qualifié de prononcé. Il concerne la collégialité qui est de plus en plus marginalisée en matière correctionnelle. Pourtant, juger à plusieurs permet d'évincer le risque de partialité. Néanmoins, en matière correctionnelle l'institution du juge unique est désormais généralisée au détriment du principe d'impartialité. Le critère budgétaire semble malheureusement l'avoir emporté...

380. Enfin, l'ordonnance pénale, bien que nécessaire en pratique pour désengorger les tribunaux, est fondée sur une absence de garanties procédurales d'audience pourtant bénéfiques à l'impartialité. Dès lors, les juges doivent avec l'ordonnance pénale redoubler de vigilance et considérer la lacune intrinsèque à cette procédure à savoir, une absence des garanties procédurales d'audience soutiens de l'impartialité. C'est en prenant pleinement conscience des faiblesses inhérentes à cette procédure que les juges parviendront à conserver leur impartialité.

381. Donc, la définition de l'impartialité est unique mais ses soutiens ont une intensité qui varie. La gradation de la teneur des principes procéduraux, au soutien de l'impartialité, selon que la matière est criminelle ou délictuelle amène à parler, non plus d'impartialité, mais d'impartialité en matière criminelle et d'impartialité en matière délictuelle.

Désormais, il convient d'analyser le respect de l'impartialité devant les juridictions de jugement spécialisées et ainsi déceler s'il existe des particularités procédurales, des ajustements supplémentaires des principes procéduraux par rapport au modèle de référence qu'est la justice de droit commun. Ajustements qui consolident ou affectent l'impartialité.

Chapitre 2 : Les principes procéduraux au soutien de l'impartialité devant les juridictions spécialisées

382. Les juridictions de droit commun ont vocation à connaître le plus grand nombre de procès pénaux, elles sont ordinairement compétentes. Mais il est des situations qui appellent, en raison de la matière ou du délinquant, l'intervention de juridictions dites spécialisées. Certaines d'entre elles ont été ou sont gouvernées par des principes procéduraux qui diffèrent de ceux appliqués aux juridictions de droit commun, d'autres, connaissent une composition atypique. Ceci implique donc d'en faire une étude approfondie eu égard au principe d'impartialité.

383. Impartialité et juridictions spécialisées amènent très vite les esprits vers le tribunal pour enfants. Cette juridiction spécialisée a pendant longtemps été considérée comme respectant le principe d'impartialité malgré le cumul des fonctions d'instruction et de jugement⁷⁰⁵. Néanmoins, cette juridiction spécialisée n'est pas la seule à justifier la présente analyse. Il en existe d'autres qui sont régies par des principes procéduraux adaptés qui peuvent avoir des conséquences sur l'impartialité.

384. Dès lors, les juridictions spécialisées seront envisagées selon la classification traditionnelle des juridictions spécialisées *ratione personae* ou *ratione materiae*⁷⁰⁶. Il s'agit de savoir dans quelle mesure les principes procéduraux qui favorisent l'impartialité sont ajustés aux juridictions spécialisées. L'ajustement des principes procéduraux au soutien de l'impartialité doit s'entendre eu égard aux dits principes devant les juridictions de jugement de droit commun qui forment le socle de référence et ce, même s'ils sont perfectibles. C'est donc à l'aune de ce modèle qu'il conviendra de déterminer s'il y a ou non ajustement et *de facto* déterminer dans quelle mesure l'impartialité est protégée.

385. Dans un premier temps sera analysé l'ajustement des principes procéduraux aux juridictions spécialisées *ratione personae* (section 1) pour ensuite s'attacher à l'ajustement des principes procéduraux aux juridictions spécialisées *ratione materiae* (section 2).

⁷⁰⁵ *Infra* : ce chapitre, Section 1, §-1.

⁷⁰⁶ GUINCHARD (S) et BUISSON (J), op. cit., p. 183 et s.

Section 1 : L'ajustement des principes procéduraux aux juridictions spécialisées *ratione personae*

386. Les juridictions spécialisées *ratione personae* sont spécialisées en raison de la qualité de la personne traduite devant elles. Tel est le cas des juridictions pour mineurs et de la Cour de justice de la République⁷⁰⁷ qui feront l'objet de la présente analyse. Elles sont des juridictions spécialisées *ratione personae* devant lesquelles un ajustement de certains principes procéduraux est visible. Au contraire, les juridictions militaires ne seront pas analysées car elles ne sont véritablement spécialisées qu'en temps de guerre⁷⁰⁸.

387. Jusqu'à récemment, les juridictions pour mineurs étaient fondées sur un ajustement du principe de séparation des fonctions d'instruction et de jugement poussé à son paroxysme. Il convient d'analyser l'ajustement du principe de séparation des fonctions d'instruction et de jugement au tribunal pour enfants (§-1) pour s'attacher ensuite à l'ajustement de certains principes procéduraux devant la Cour de justice de la République⁷⁰⁹ (§-2).

§- 1 L'ajustement de la séparation des fonctions d'instruction et de jugement au tribunal pour enfants

388. La procédure pénale qui est applicable aux mineurs⁷¹⁰ depuis le 1^{er} janvier 2013⁷¹¹ est le fruit d'une longue évolution. En effet, initialement l'ordonnance du 2 février 1945⁷¹² ne

⁷⁰⁷ La CJR appartient à l'ordre judiciaire, ses décisions sont soumises au contrôle de la Cour de cassation il est donc justifié de la qualifier de juridiction pénale spécialisée. En ce sens voir notamment CAILLE (P-O), Cour de justice de la République, Jurisclasseur Administratif, Fasc. 40, du 31 mars 2011, dernière mise à jour 30 avril 2014, p. 6.

⁷⁰⁸ LAZERGES-COUSQUER (L), op. cit., p.515 : « Depuis le XIV^e siècle, des juridictions spécifiques sont compétentes pour connaître des infractions commises par les militaires. Toutefois, les lois n°82-621 du 21 juillet 1982 et n° 99-929 du 10 novembre 1999 ont notablement diminué le particularisme de ces juridictions et ont rapproché la procédure qui leur est applicable de celle du droit commun. La loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 a parachevé cette évolution en supprimant le tribunal aux armées de Paris, qui était compétent pour les infractions commises hors du territoire de la République en temps de paix, et en transférant son contentieux à une juridiction de droit commun spécialisée. » ; GUINCHARD (S) et BUISSON (J), op. cit., p. 214, § 193 : « ces juridictions ne sont vraiment autonomes, militaires si l'on préfère, qu'en temps de guerre. »

⁷⁰⁹ Désormais CJR

⁷¹⁰ Loi du 18 novembre 2016, n° 2016-1547, Loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle, article 29 : suppression des tribunaux correctionnels.

⁷¹¹ Loi du 26 décembre 2011, n° 2011-1940, Loi visant à instaurer un service citoyen pour les mineurs délinquants, JO n°299, 27 décembre 2011, p. 22275 : article 5 : « Le présent article entre en vigueur le 1^{er} janvier 2012. Toutefois, les deux derniers alinéas de l'article L. 251-3 du code de l'organisation judiciaire et les troisième et quatrième alinéas de l'article 24-1 de l'ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 relative à

comportait aucune disposition proscrivant le cumul des fonctions d'instruction et de jugement. La situation procédurale des mineurs en matière délictuelle était ce cas original basé sur le cumul des fonctions d'instruction et de jugement c'est-à-dire, sur une procédure reposant sur un « *juge aux fonctions partiales* »⁷¹³.

389.Or, cette procédure était alors considérée comme exempte de toute critique et conforme à l'article 6 §, 1 de la Convention EDH⁷¹⁴. Elle était sacralisée, semblait naturelle⁷¹⁵ et indispensable pour atteindre son but éducatif pourtant, elle n'était pas à l'abri d'une condamnation par la Cour EDH⁷¹⁶ qui tolère, sous certaines conditions, le cumul des fonctions d'instruction et de jugement (A). Ce cumul légal a été condamné par le Conseil constitutionnel le 8 juillet 2011⁷¹⁷ à l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité, ce qui a permis une restauration partielle du principe séparatiste au profit de l'impartialité (B).

390.Il convient de préciser qu'aujourd'hui la possibilité est toujours offerte au juge des enfants de cumuler les deux fonctions⁷¹⁸ lorsqu'il rend un jugement en chambre du conseil, s'il s'agit d'un délit ou d'une contravention de cinquième classe mais, dans un tel cas, il ne peut prononcer qu'une mesure d'éducation ou de surveillance tel le placement en internat ou encore la mise en liberté surveillée. Au contraire, le juge des enfants qui a instruit et/ou renvoyé l'affaire⁷¹⁹ ne peut plus présider le tribunal pour enfant. En outre, le tribunal pour enfant

l'enfance délinquante, dans leur rédaction résultant des I et IV du présent article, entrent en vigueur le 1er janvier 2013. »

⁷¹² Ordonnance du 2 février 1945, n° 45-174, ordonnance relative à l'enfance délinquante, JO, 4 février 1945, p. 530. Version en vigueur disponible en ligne :

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000517521&dateTexte=20160905>.

⁷¹³ BEN HADJ YAHIA (S), La dualité de fonctions du juge des enfants en question, in La spécialisation du juge, sous la direction de Catherine GINESTET, LGDJ, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2010, p. 57 et s.

⁷¹⁴ « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial (nous soulignons), établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien fondé de toute accusation en matière pénale (nous soulignons) dirigée contre elle.[...] ».

⁷¹⁵ PRADEL (J), La composition de la juridiction compétente en matière d'enfance délinquante : dérogation à la règle de procédure interne selon laquelle un même magistrat ne peut exercer successivement dans une même affaire les fonctions d'instruction et de jugement, *D.* 1993, p.553.

⁷¹⁶ VARINARD (A), Justice pénale des mineurs et principe de séparation des fonctions judiciaires, in Droit répressif au pluriel : droit interne, droit international, droit européen, droits de l'homme, *Liber amicorum* en l'honneur de Renée Koering-Joulin, Anthémis, droit et justice, 2014, 749 et s.

⁷¹⁷ QPC n° 2011-147, 8 juillet 2011.

⁷¹⁸ La phase d'instruction est obligatoire pour les délits commis par des mineurs, Article 8 de l'ordonnance du 2 février 1945, op. cit.

⁷¹⁹ VARINARD (A), op. cit., p. 763 et s. : « l'imprécision de la solution législative retenue ».

connaît également du jugement des crimes commis par des mineurs de seize ans au moment des faits, pour ceux commis par les mineurs de plus de seize ans ils sont jugés par la cour d'assises pour mineurs. Cependant, pour la matière criminelle, le juge d'instruction a toujours été le seul compétent pour instruire et donc le non-cumul la règle inchangée depuis 1945.

A- Le cumul toléré par la Cour EDH aux dépens de l'impartialité

391. La Cour EDH rend le 24 août 1993⁷²⁰ son premier arrêt relatif à l'impartialité des magistrats dans la justice des mineurs. À cette date, la Cour EDH est ancrée dans sa seconde génération jurisprudentielle⁷²¹, c'est-à-dire celle adoptée à partir de l'arrêt Hauschildt, fondée sur la partialité réalité. Dès lors, lorsque la Cour EDH rend l'arrêt Nortier elle se fonde sur la partialité réalité, ce qui aboutit à une conception étroite du grief de partialité et une conception souple de la séparation des fonctions.

392. Il faut rappeler brièvement la teneur des deux appréciations jurisprudentielles de l'impartialité érigées par la Cour EDH. Tout d'abord avant 1989, l'impartialité fonctionnelle est interprétée de façon libérale, il s'agit de faire primer une conception abstraite et subjective de l'impartialité objective. Ainsi, la Cour EDH fait notamment primer un principe séparatiste rigoureux très attentif aux apparences. La seule crainte du justiciable quant à la partialité d'un juge ayant cumulé une autre fonction dans la même affaire suffisait pour qu'il y ait apparence de partialité de ce juge. La Cour EDH n'avait aucun égard pour l'ampleur exacte du cumul, sa seule présence permettait de conclure à la partialité du juge. Aussi, par extrapolation nous pouvons en déduire que le recours qui aurait été formé à cette époque devant la Cour EDH, mettant en cause l'impartialité du juge des enfants cumulant les fonctions d'instruction et de jugement, aurait abouti à la partialité du juge des enfants. Mais aucun recours n'a été formé avant 1989 pour remettre en cause l'impartialité du juge des enfants.

Ensuite, à partir de 1989, la Cour EDH devient plus rigoureuse, les justiciables ne peuvent plus mettre en cause l'impartialité des magistrats à la seule vue des apparences, il faut que

⁷²⁰ CEDH, 24 août 1993, NORTIER c. Pays-Bas, requête n° 13924/88.

⁷²¹ Pour rappel, il y a deux générations jurisprudentielles relatives à l'appréciation du principe d'impartialité objectif. La première génération qui est centrée sur l'apparence d'impartialité objective, ce qui aboutit à une conception subjective de l'impartialité objective. Elle débute en 1982 avec l'arrêt Piersack (CEDH, 1 octobre 1982, PIERSACK c. Belgique, requête n° 8692/79) et s'achève en 1989 là où débute la seconde génération avec l'arrêt Hauschildt (CEDH, 24 mai 1989, HAUSCHILDT c. Danemark, rendu en séance plénière, requête n° 10486/83). En ce sens voir *supra* : Partie 1, Titre 1.

leurs craintes soient objectivement justifiées. La Cour EDH fait donc une appréciation *in concreto* de l'impartialité fonctionnelle fondement de la partialité réalité. Le principe séparatiste est donc affaibli, sa seule méconnaissance est insuffisante, il faut démontrer l'ampleur exacte du cumul afin de déterminer si les appréhensions du justiciable sont justifiées. Lorsque la Cour EDH rend l'arrêt Nortier elle le fait à l'aune de cette interprétation réaliste du principe d'impartialité.

393. Dans cette affaire, l'accusé, Monsieur Nortier, âgé de quinze ans à l'époque des faits, fut soupçonné de viol et arrêté le 30 septembre 1987. Il avoua le crime à la police. Le 2 octobre 1987 il comparut et renouvela ses aveux devant le juge des enfants, Monsieur Meulenbroek, qui siégeait en qualité de juge d'instruction. Par suite, à la demande du procureur, le juge des enfants ordonna une mise en dépôt de l'accusé et prescrivit une instruction préparatoire. Le 8 octobre 1987, le juge des enfants, sur de nouvelles réquisitions du parquet, décida du maintien en détention de l'accusé qu'il prolongea les 10 novembre et 10 décembre 1987. Par ailleurs, l'accusé subit lors de l'instruction un examen psychiatrique qui recommandait, si les faits étaient avérés, d'envoyer l'intéressé dans une institution de traitement psychiatrique. Ensuite, il fut assigné à comparaître le 6 janvier 1988 devant le dit juge des enfants, Monsieur Meulenbroek. Son avocat fit une demande de récusation de ce juge au motif « *qu'il avait pris, pendant la phase préparatoire du procès, des décisions concernant la détention provisoire de son client* »⁷²². Monsieur Meulenbroek rejeta la demande pour défaut de fondement. Cette décision fut attaquée par l'accusé devant le tribunal d'arrondissement de Middelburg qui la confirma le 22 janvier 1988. Finalement, il fut jugé le 25 janvier 1988 par le juge des enfants, M. Meulenbroek, devant lequel il confirma ses déclarations en reconnaissant les faits qui furent alors tenus pour prouvés à la lumière des éléments recueillis. L'accusé fut envoyé dans une institution de traitement psychiatrique pour jeunes délinquants. Le juge des enfants lui remémora qu'il avait le droit d'interjeter appel mais son avocat, seul habilité à l'exercer, n'en usa pas. Le 28 avril 1988 Monsieur Nortier saisit la Commission EDH en invoquant l'article 6, § 1 de la Convention EDH, « *il se plaignait de ne pas avoir bénéficié d'un procès devant un tribunal impartial, car le juge des enfants qui statua sur sa cause avait auparavant agi en qualité de magistrat instructeur et, de surcroît, rendu plusieurs décisions relatives à la prolongation de sa détention provisoire* »⁷²³. La Commission retient la requête et devant la Cour EDH, Monsieur Nortier alléguait la

⁷²² CEDH, NORTIER, op. cit., § 13.

⁷²³ CEDH, NORTIER, op. cit., § 28.

violation de l'article 6, § 1 au motif que sa cause n'a pas été entendue par un « *tribunal impartial* ». La Cour EDH reprend, comme elle le fait depuis 1989, sa seconde approche de l'impartialité objective fondée sur la réalité. Elle rappelle qu'en la matière « *les inquiétudes subjectives du suspect, pour compréhensibles qu'elles puissent être, ne constituent pas l'élément déterminant: il échet avant tout d'établir si elles peuvent passer pour objectivement justifiées (nous soulignons)* »⁷²⁴, elle rappelle aussi sa démarche concrète⁷²⁵ dans l'appréciation du risque de partialité lorsqu'elle précise : « *que le juge Meulenbroek ait aussi pris des décisions avant le procès, notamment sur la détention provisoire, ne saurait en soi justifier des craintes quant à son impartialité; ce qui compte c'est la portée et la nature des mesures en question* »⁷²⁶. Par suite, elle décide que sauf les ordonnances que le juge a rendues en l'espèce quant à la détention, il n'a pris qu'une décision avant le procès à savoir « *qu'il accueillit la demande du parquet tendant à un examen psychiatrique de M. Nortier (à quoi d'ailleurs l'intéressé ne s'opposa pas). Autrement, il n'usa pas de ses pouvoirs de juge d'instruction (nous soulignons)* »⁷²⁷. Par ailleurs, quant aux ordonnances sur la détention, la Cour EDH reprend la position qu'elle adopte depuis 1989 en décidant que « *ses ordonnances relatives à la détention provisoire n'auraient pu légitimer des appréhensions concernant son impartialité que dans des circonstances spéciales du genre de celles de l'affaire Hauschildt* »⁷²⁸ c'est-à-dire que dans le cas où ces décisions l'auraient amené à avoir une connaissance approfondie de la cause, telle qu'une appréciation de la culpabilité.

394. La position de la Cour EDH n'est pas surprenante, elle correspond à l'appréciation de l'impartialité qu'elle retient depuis 1989. Toutefois elle est critiquable car une décision sur la détention implique une connaissance du fond du dossier, les juges ne peuvent pas prendre une telle décision dans l'abstrait sans considérer l'entier dossier.

395. En conclusion, la Cour EDH estime qu'il n'y a pas violation de l'article 6, § 1 car elle « *ne peut considérer comme objectivement justifiée la crainte du requérant que le juge Meulenbroek ne manquât d'impartialité* »⁷²⁹. Donc, la Cour EDH confirme et applique l'appréciation jurisprudentielle adoptée depuis 1989, à savoir une conception concrète de l'impartialité, une partialité réalité où les seules apparences sont insuffisantes pour entraîner la

⁷²⁴ CEDH, NORTIER, op. cit., § 33.

⁷²⁵ VARINARD (A), op. cit., p. 756.

⁷²⁶ CEDH, NORTIER, op. cit., § 33.

⁷²⁷ CEDH, NORTIER, op. cit., § 34.

⁷²⁸ CEDH, NORTIER, op. cit., § 35.

⁷²⁹ CEDH, NORTIER, op. cit., § 37.

partialité du juge. Le justiciable doit objectivement justifier ses craintes. En conséquence, la Cour EDH rejette le grief de partialité du juge des enfants car, dans ce cas d'espèce, l'ampleur du cumul n'est pas, selon son appréciation de la partialité réalité, contraire au principe d'impartialité.

396. Dans cet arrêt, la Cour EDH rejette la violation de l'article 6, § 1 eu égard aux moindres pouvoirs utilisés par le juge lors de l'instruction qui, selon elle, n'étaient pas de nature à remettre en cause son impartialité. Néanmoins, la Cour EDH qui rejette, dans un cas d'espèce, la partialité fonctionnelle d'un juge des enfants, n'a pas pour autant affirmer que ce cumul est absolument compatible⁷³⁰ avec l'exigence d'impartialité objective.

397. Cependant, en harmonie avec la conception dominante favorable au cumul des fonctions, une partie de la doctrine⁷³¹ a interprété l'arrêt Nortier⁷³² comme une déclaration de conformité, relative ou absolue, du cumul des fonctions du juge des enfants avec le principe d'impartialité, comme étant une entorse favorable à une meilleure protection des mineurs ou enfin comme affirmant la position de la Cour de cassation dans son arrêt de principe⁷³³ du 7 avril 1993. Ainsi, est née une croyance en la conformité du cumul des fonctions d'instruction et de jugement du juge des enfants avec le principe d'impartialité. Le faible nombre de contentieux en cette matière est certainement dû à l'existence de cette croyance.

⁷³⁰ VARINARD (A), op. cit., p. 755 : « Ainsi contrairement à ce que, d'une manière générale, on a voulu déduire de cet arrêt, la Cour de Strasbourg ne justifiait nullement un système d'autorisation généralisé de cumul des fonctions en matière de justice pénale des mineurs ».

⁷³¹ En ce sens voir notamment : JOSSERAND (S), *L'impartialité du magistrat en procédure pénale*, L.G.D.J, Bibliothèque des sciences criminelles tome 33, 1998, p. 76-79 ; BONFILS (P), La réforme du droit pénal des mineurs par la loi du 10 août 2011, *D.* 2011, p.2286 ; RENUCCI (J-F), La justice pénale des mineurs, *Justices* n° 10 avril/juin 1998, p.111 et suivant ; RENUCCI (J-F), La composition de la juridiction en matière d'enfance délinquante : juge des enfants intervenant à différents stades de la procédure, *D.* 1995, p. 105.

⁷³² CEDH, 24 août 1993, NORTIER c. Pays-Bas, requête n° 13924/88 ; RENUCCI (J-F), La composition de la juridiction en matière d'enfance délinquante : juge des enfants intervenant à différents stades de la procédure, *D.* 1995, p. 105 ; KOERING-JOULIN (R), droit de l'homme : une année de jurisprudence, *RSC* 1994, p. 362.

⁷³³ Chambre Criminelle, 7 avril 1993, pourvoi n° 92-84725 ; NIVOSE (L-M), La composition du tribunal pour enfant au regard du droit à un tribunal indépendant et impartial, *Droit pénal* juin 1993, *Chronique* 27 ; PRADEL (J), La composition de la juridiction en matière d'enfance délinquante : dérogation à la règle de procédure interne selon laquelle un même magistrat ne peut exercer successivement dans un même affaire les fonctions d'instruction et de jugement, *D.* 1993, p.553 ; BECQUERELLE (S), La composition de la juridiction en matière d'enfance délinquante : dérogation à la règle de procédure interne selon laquelle un même magistrat ne peut exercer successivement dans un même affaire les fonctions d'instruction et de jugement, *D.* 1994, p. 37 ; LAZERGES (C), La séparation des fonctions de justice à propos de l'arrêt de la Chambre criminelle du 7 avril 1993, *RSC* 1994, p. 75 ; HUYETTE (M), Commentaire de l'arrêt de la Chambre criminelle du 7 avril 1993, Procureur général près la cour d'appel de Reims, *RSC* 1994, p.67.

398.Or, la Cour EDH n'avait pas rejeté la possibilité de remettre en cause l'impartialité du juge des enfants dès lors que les critères d'appréciation issus de la théorie de la partialité réalité sont remplis, ce qui fut le cas dans l'affaire Adamkiewicz du 2 mars 2010⁷³⁴.

399.Dans cette affaire est concerné un mineur de quinze ans, Monsieur Adamkiewicz, ressortissant Polonais, poursuivi pour meurtre. Il fut arrêté par la police le 4 décembre 1997, il subit un interrogatoire au cours duquel il avoua les faits. Par suite, il fut conduit devant le juge aux affaires familiales, magistrat chargé d'instruire les dossiers qui concernent des mineurs. Ce magistrat l'interrogea et dans ses déclarations il confirma ses aveux. Ainsi, à l'issue de l'audition le juge aux affaires familiales décida de le placer dans un foyer pour mineurs. Le 4 juin 1998 le juge aux affaires familiales clôtura l'instruction et défera l'affaire au tribunal pour enfants de Poznań composé d'un juge aux affaires familiales, en l'occurrence lui-même et de deux assesseurs non professionnels. Dans l'ordonnance de renvoi *« le juge releva que les éléments de preuve rassemblés au cours de l'instruction indiquaient que le requérant avait été l'auteur des faits »*⁷³⁵. Par suite, le 29 octobre 1998 le tribunal pour enfant déclara l'accusé *« auteur des faits et prononça à son encontre une mesure correctionnelle consistant à le placer dans une maison de correction pendant six années. Le tribunal fonda son verdict sur les éléments tels que les déclarations du requérant, les témoignages, les expertises, les documents présentés durant les audiences et les preuves photographiques »*⁷³⁶. L'avocat interjeta appel contre cette décision le 29 décembre 1998, au motif *« que la procédure conduite à l'égard de son client avait été inéquitable et que les différentes garanties procédurales, prévues par la loi du 26 septembre 1982, avaient été méconnues par les autorités »*⁷³⁷, mais celui-ci fut rejeté le 26 mars 1999. L'avocat forma un pourvoi en cassation le 17 mai 1999 qui fut rejeté au motif de l'absence de moyen sérieux de cassation.

400.Par suite, une requête est formée devant la Cour EDH dans laquelle le requérant allègue plusieurs griefs dont la violation du droit à un tribunal impartial. La Cour EDH déclare la requête recevable.

⁷³⁴ CEDH, 02 mars 2010, ADAMKIEWICZ c. Pologne, requête n° 54729/00 ; RENUCCI (J-F), Le juge des enfants et l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme : nouvelle donne avec l'arrêt ADAMKIEWICZ, *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2010, n° 3, p. 701 et s. ; BONFILS (P), L'impartialité du tribunal pour enfant et la Convention européenne des droits de l'homme, *D.* 2010, p. 1324 ; ROETS (D), Le particularisme éducatif de la justice pénale des mineurs à l'épreuve du droit à un tribunal impartial, *RSC* 2010, p. 687 ; VARINARD (A), op. cit., p. 756 et s.

⁷³⁵ CEDH, ADAMKIEWICZ, op. cit., § 34.

⁷³⁶ CEDH, ADAMKIEWICZ, op. cit., § 37.

⁷³⁷ CEDH, ADAMKIEWICZ, op. cit., § 42.

401. Dans son arrêt elle reprend la même appréciation de l'impartialité objective. En ce sens, comme elle le fait depuis l'arrêt Hauschildt elle ne condamne pas *a priori* le cumul des fonctions d'instruction et de jugement ; elle précise « *que le simple fait, pour un juge, d'avoir pris des décisions avant le procès ne peut justifier en soi des appréhensions relativement à son impartialité. Ce qui compte, c'est l'étendue des mesures adoptées par le juge avant le procès* »⁷³⁸. Après avoir décrit sa manière d'apprécier l'impartialité fonctionnelle, elle constate que « *que l'ordonnance rendue à l'issue de l'instruction préliminaire et par laquelle le juge aux affaires familiales a déféré le requérant au tribunal pour enfants se fondait sur le constat de ce magistrat selon lequel « les éléments rassemblés au cours de l'instruction indiquaient que le requérant était auteur des faits »*. Vu la teneur de cette ordonnance, force est de constater que la question sur laquelle ce magistrat avait statué avant l'ouverture de la phase juridictionnelle de la procédure coïncidait dans une large mesure avec celle sur laquelle il a dû ensuite se prononcer en tant que membre de la formation de jugement du tribunal pour enfants »⁷³⁹. En appréciant de façon objective les circonstances dans lesquelles le magistrat est intervenu avant le jugement la Cour EDH déclare, qu'il « *peut difficilement être affirmé que ledit magistrat n'avait pas d'idée préconçue sur la question sur laquelle il a été appelé à se prononcer ultérieurement en tant que président de la formation de jugement du tribunal pour enfants* »⁷⁴⁰.

402. Par ailleurs, la Cour EDH « *admet que, du fait de la nature spécifique des questions que la justice des mineurs est amenée à traiter, elle doit nécessairement présenter des particularités par rapport au système de la justice pénale applicable aux adultes. Toutefois, il n'incombe pas à la Cour d'examiner in abstracto la législation et la pratique internes pertinentes, mais de rechercher si la manière dont elles ont été appliquées à un requérant dans une affaire donnée ou l'ont touché a enfreint l'article 6 par. 1* »⁷⁴¹. Dans cette logique la Cour EDH, en appréciant de manière concrète l'atteinte portée à l'impartialité fonctionnelle, conclut que l'ampleur du cumul est contraire à l'exigence du droit à un tribunal impartial. Ainsi, elle précise qu'elle « *ne décèle pas dans quelle mesure le fait que ce même magistrat ait subséquentement présidé la formation de jugement du tribunal ayant déclaré le requérant*

⁷³⁸ CEDH, ADAMKIEWICZ, op. cit., § 101.

⁷³⁹ CEDH, ADAMKIEWICZ, op. cit., § 102.

⁷⁴⁰ CEDH, ADAMKIEWICZ, op. cit., § 102.

⁷⁴¹ CEDH, ADAMKIEWICZ, op. cit., § 106.

auteur des faits pouvait en l'espèce contribuer à assurer la meilleure protection de l'intérêt supérieur de l'enfant que le requérant était alors »⁷⁴².

403. En conclusion, il nous apparaît que depuis 1989 la Cour EDH tolère le cumul des fonctions à la condition qu'il ne soit pas d'une ampleur qu'elle juge excessive. L'arrêt Adamkiewicz n'est donc pas, comme certains ont pu l'interprété⁷⁴³, une remise en cause de la solution dégagée dans l'arrêt Nortier mais une application de la même appréciation jurisprudentielle à des faits différents. Ceci permet de mettre en exergue l'imprévisibilité de l'appréciation conventionnelle fondée sur la partialité réalité.

404. La tolérance du cumul des fonctions admis par la Cour EDH depuis 1989 dessert l'impartialité du juge des enfants néanmoins, elle était, jusqu'à la décision récente du Conseil constitutionnelle condamnant ce cumul, une jurisprudence conférant une garantie minimale pour les justiciables mineurs français qui avaient la possibilité, même si elle resta peu utilisée, de faire un recours devant la Cour EDH en cas de cumul excessif du juge des enfants.

B- La séparation partiellement restaurée au profit de l'impartialité

405. Le Conseil constitutionnel a rendu une première décision le 8 juillet 2011⁷⁴⁴ condamnant le cumul des fonctions dans la procédure pénale des mineurs au motif « *que le principe d'impartialité des juridictions ne s'oppose pas à ce que le juge des enfants qui a instruit la procédure puisse, à l'issue de cette instruction, prononcer des mesures d'assistance, de surveillance ou d'éducation ; que, toutefois, en permettant au juge des enfants qui a été chargé d'accomplir les diligences utiles pour parvenir à la manifestation de la vérité et qui a renvoyé le mineur devant le tribunal pour enfants de présider cette juridiction de jugement habilitée à prononcer des peines, les dispositions contestées portent au principe d'impartialité des juridictions une atteinte contraire à la Constitution »⁷⁴⁵.*

⁷⁴² CEDH, ADAMKIEWICZ, op. cit., § 107.

⁷⁴³ Les Professeurs Serge GUINCHARD et Jacques BUISSON ont au contraire interprété l'arrêt Adamkiewicz comme une remise en cause de la solution dégagée dans l'arrêt Nortier, *in* Procédure pénale, op. cit., p. 387.

⁷⁴⁴ QPC n° 2011-147, 8 juillet 2011. Sur l'interprétation et l'analyse de ces décisions à l'aune de la théorie de l'apparence voir *supra* : Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, §-2, B- Dans les décisions récentes du Conseil constitutionnel.

⁷⁴⁵ QPC n° 2011-147, 8 juillet 2011, considérant n° 11.

406. Cet argument sera repris par le Conseil constitutionnel pour motiver sa décision du 4 août 2011⁷⁴⁶ rendue à l'occasion du contrôle *a priori* de la loi du 10 août 2011⁷⁴⁷ portant notamment création du tribunal correctionnel pour mineurs dont la présidence était initialement prévue par un juge des enfants ayant instruit l'affaire⁷⁴⁸.

407. Ces deux décisions du Conseil constitutionnel ont été interprétées précédemment comme consacrant la théorie de l'apparence de partialité c'est-à-dire, comme consacrant une appréciation de l'impartialité similaire à celle issue de la jurisprudence de la Cour EDH d'avant 1989⁷⁴⁹ qui était fondée notamment sur une conception stricte du principe séparatiste⁷⁵⁰. Grâce à ses deux décisions⁷⁵¹ le Conseil constitutionnel donne une acception stricte du principe de la séparation des fonctions d'instruction et de jugement, son absence portant inévitablement atteinte au principe d'impartialité. En effet, le Conseil constitutionnel interprète ce cumul des fonctions comme rendant vraisemblable, plausible la partialité du juge, il induit de ce fait connu, le cumul, un fait inconnu, la partialité.

408. Avec cette jurisprudence le Conseil constitutionnel restaure le principe de la séparation des fonctions d'instruction et de jugement devant les juridictions pour mineurs. Ceci est très bénéfique pour l'impartialité qui est alors consolidée. En d'autres termes, « *le Conseil constitutionnel adopte dans les deux décisions rendues une conception purement abstraite* »⁷⁵². En ce sens, le Conseil constitutionnel fait triompher un principe séparatiste strict fondé sur une conception abstraite du cumul, ce qui aboutit à l'interdiction de toute forme de cumul quel qu'il soit. Cette appréciation est similaire à celle retenue par la Cour EDH jusqu'en 1989 et qui était fondée sur l'apparence de partialité.

⁷⁴⁶ DC n° 2011- 633, 4 août 2011.

⁷⁴⁷ Loi du 10 août 2011, n° 2011-939, loi sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs, JO n°0185, 11 août 2011, p. 13744.

⁷⁴⁸ DC n° 2011-633 DC, 4 août 2011, considérant n°53.

⁷⁴⁹ Pour rappel, il y a eu deux grandes générations jurisprudentielles relatives à l'appréciation du principe d'impartialité objectif. La première génération qui est centrée sur l'apparence d'impartialité objective qui aboutit à une conception subjective de l'impartialité objective. Elle débute en 1982 avec l'arrêt Piersack (CEDH, 1 octobre 1982, PIERSACK c. Belgique, requête n° 8692/79) et s'achève en 1989 là où débute la seconde génération avec l'arrêt Hauschildt (CEDH, 24 mai 1989, HAUSCHILDT c. Danemark, rendu en séance plénière, requête n° 10486/83). En ce sens voir notamment KUTY (F), *L'impartialité du juge en procédure pénale. De la confiance décrétée à la confiance justifiée*, Larcier, Collection de thèses, 2005, p. 311-326.

⁷⁵⁰ *Supra* : Partie 1, Titre 1, Chapitre 1.

⁷⁵¹ VERGES (E), Impartialité du juge des enfants et composition des juridictions des mineurs : le revirement de position, RSC, 2012, p. 201 ; BONFILS (P), Le sauvetage du tribunal pour enfants et du tribunal correctionnel des mineurs, *Droit de la famille* n°3, Mars 2012, comm. 60. ; PERRIER (J-B), Tribunal pour enfants : constitutionnalité de la composition, inconstitutionnalité de la présidence par le juge ayant instruit l'affaire, *AJ Pénal* 2011, p. 596.

⁷⁵² VARINARD (A), op. cit., p. 761.

409. Malheureusement, l'intervention subséquente et négligée du législateur⁷⁵³ a abouti à une « *imprécision de la solution législative retenue* »⁷⁵⁴, à une certaine tromperie. En effet, Monsieur le député Éric Ciotti a, dans le rapport parlementaire relatif à la proposition de loi, émis une interprétation erronée des décisions du Conseil constitutionnel puisqu'il explique que « *conformément aux décisions du Conseil constitutionnel, cette incompatibilité ne concerne que le juge des enfants qui a renvoyé l'affaire (nous soulignons). Elle ne sera donc pas applicable, même si le tribunal pour enfants ou le tribunal correctionnel pour mineurs est présidé par un juge des enfants qui a déjà connu le mineur dans des procédures distinctes, lorsque le tribunal a été saisi par une ordonnance de renvoi prise par le juge d'instruction ou par un autre juge des enfants ou lorsque le tribunal pour enfants a été saisi par le procureur de la République selon les procédures de convocation par officier de police judiciaire ou de présentation immédiate prévues par les articles 8-3 et 14-2 de l'ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante* »⁷⁵⁵

410. Ainsi, l'interprétation inexacte des décisions rendues par le Conseil constitutionnel, a conduit le législateur à limiter volontairement l'interdiction du cumul à la seule décision de renvoi. En ce sens, l'article L251-3 du code de l'organisation judiciaire⁷⁵⁶ disposent que « *le juge des enfants qui a renvoyé l'affaire devant le tribunal pour enfants ne peut présider cette juridiction (nous soulignons)* ». « *Ainsi, le législateur semble clairement limiter l'interdiction de la présidence de la juridiction de jugement au seul juge des enfants qui, par sa décision de renvoi, saisit cette juridiction, laissant alors sans réponse de nombreuses questions, faute d'avoir précisément indiqué ce qui fonde l'interdiction du cumul.* »⁷⁵⁷

411. Néanmoins, le juge qui a instruit mais qui n'a pas rendu l'ordonnance de renvoi est-il apte à présider le tribunal pour enfant ? En d'autres termes est-ce réellement la seule décision de qui rend le juge inapte à participer au jugement ? Le législateur l'admet. Or, il nous apparaît, notamment à l'aune des décisions précitées du Conseil constitutionnel, que la

⁷⁵³ Loi 26 décembre 2011, loi n° 2011-1940, loi visant à instaurer un service citoyen pour les mineurs délinquants, article 5, JO, 27 décembre 2011, n°0299, p. 22275.

⁷⁵⁴ *Ibid.* p. 763.

⁷⁵⁵ Rapport fait au de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la proposition de loi (N° 3707) de M. ÉRIC CIOTTI visant à instaurer un service citoyen pour les mineurs délinquants, par M. ÉRIC CIOTTI, 28 septembre 2011, p. 53-54, disponible en ligne : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/rapports/r3777.pdf>

⁷⁵⁶ L'article 24-1 alinéa 3 de l'ordonnance du 2 février 1945 avait également été modifié à la suite de la réforme législative du 26 décembre 2011 mais depuis il a été abrogé par la loi du 18 novembre 2016, loi n° 2016-1547, op. cit., article 29.

⁷⁵⁷ VARINARD (A), op. cit., p. 765.

décision de renvoi n'est pas la seule, en cas de cumul, à créer un risque de partialité, d'autres actes d'instruction sont susceptibles de faire naître un doute quant à la partialité du juge, tel est le cas par exemple d'une ordonnance de placement sous contrôle judiciaire ou de la mise en examen. D'ailleurs, la décision QPC du Conseil constitutionnel rendue le 8 juillet 2011 est sans appel concernant l'ampleur de l'interdiction du cumul puisqu'il décide qu'« *en permettant au juge des enfants qui a été chargé d'accomplir les diligences utiles pour parvenir à la manifestation de la vérité et qui a renvoyé le mineur devant le tribunal pour enfants de présider cette juridiction de jugement habilitée à prononcer des peines, les dispositions contestées portent au principe d'impartialité* ». Donc, il s'agit bien pour le Conseil constitutionnel d'interdire le cumul des fonctions quel qu'il soit, il opte pour une conception stricte du principe séparatiste.

412. En conséquence, le législateur aurait dû être plus strict afin de trancher en faveur de l'interdiction pure et simple du cumul des fonctions d'instruction et de jugement conformément aux décisions du Conseil constitutionnel. Dès lors, comme l'a justement écrit le Professeur Etienne Vergès, « *il est permis de s'interroger sur les raisons qui ont conduit le législateur à restreindre le cumul de fonctions au renvoi devant la juridiction de jugement. Il n'en reste pas moins que l'erreur d'interprétation entraîne un nouveau risque de censure constitutionnelle ou de condamnation par la CEDH* »⁷⁵⁸.

413. Ainsi, s'il y a une nette évolution du procès pénal des mineurs en faveur du principe d'impartialité le système demeure encore perfectible. En effet, il est fort regrettable que l'intervention du législateur n'ait pas donné lieu à l'adoption d'un texte conforme aux vœux du Conseil constitutionnel. Aujourd'hui, la seule certitude demeure dans l'impossibilité faite au juge des enfants, qui a renvoyé l'affaire, de siéger ensuite au sein du tribunal pour enfants. En d'autres termes, il est possible que le juge des enfants cumule les fonctions d'instruction et de jugement s'il ne rend pas l'ordonnance de renvoi. Dans un tel cas, les mineurs restent protégés, si l'instruction atteint une certaine ampleur⁷⁵⁹, par le seul droit de la Convention EDH. En conséquence, une protection pleinement satisfaisante des mineurs aurait voulu que soient condamnées toutes hypothèses de cumul.

⁷⁵⁸ VERGES (E), Impartialité du juge des enfants et composition des juridictions des mineurs : le revirement de position, op. cit.

⁷⁵⁹ Cela pourra notamment être le cas si le juge des enfants interroge le mineur à plusieurs reprises, prononce sa mise en examen et le place sous contrôle judiciaire.

414. Le choix du législateur, qui est de considérer que la seule décision de renvoi appelle une large prise de position sur le fond du dossier et empêche le cumul, est difficile à comprendre d'autant qu'elle n'est pas conforme à la position du Conseil constitutionnel. En outre, le législateur ne cantonne pas l'interdiction du cumul à la seule décision de renvoi en ce qui concerne les majeurs⁷⁶⁰, il est donc difficilement justifiable qu'il ait une position différente s'agissant des mineurs. Une nouvelle intervention législative, pour affiner la rédaction des textes litigieux, est donc souhaitable pour l'impartialité du tribunal pour enfants. En l'état actuel des textes, la Cour EDH a toujours un rôle à jouer.

415. Le tribunal pour enfants, juridiction spécialisée *ratione materia*, connaît, aujourd'hui encore, un ajustement critiquable du principe de la séparation des fonctions d'instruction et de jugement dont la conformité avec le droit conventionnel et constitutionnel n'est toujours pas acquise. Cette juridiction spécialisée n'est pas la seule à faire l'objet d'un ajustement de certains principes procéduraux, cela est également le cas de la Cour de justice de la République.

§-2 : L'ajustement des principes procéduraux à la Cour de justice de la République

416. Le contexte de la création de la CJR n'était pas apaisé puisque c'est le scandale du sang contaminé⁷⁶¹ qui en est à l'origine⁷⁶². Il s'agissait donc de faire une réforme constitutionnelle rapide ce qui a inévitablement atteint la qualité du texte⁷⁶³. La création d'une juridiction spéciale pour connaître des crimes et délits commis par les membres du gouvernement se justifie notamment par le respect du principe de séparation des pouvoirs,

⁷⁶⁰ *Supra* : Partie 1, Titre 2, Chapitre 1 : Les principes procéduraux au soutien de l'impartialité devant les juridictions de droit commun.

⁷⁶¹ La CJR est « *la fille naturelle du sang contaminé* », in BEAUD (O), *le sang contaminé*, PUF, Béhémot, 1999, p.53.

⁷⁶² Sur ce point voir notamment : CAILLE (P-O), *Cour de justice de la République*, Jurisclasseur Administratif, Fasc. 40, du 31 mars 2011, dernière mise à jour 30 avril 2014 ; GUERIN-BARGUES (C), *Cour de justice de la République : pour qui sonne le glas ?*, juspoliticum.com, n°11, décembre 2013, version papier, juspoliticum, « *La volonté générale* », vol. 6, 2014, p. 185-224. Donc c'est une création dans l'urgence qui a dominé.

⁷⁶³ « *L'intérêt d'une juridiction dont la création fut en son temps largement improvisée et dont la vie a été marquée par des bricolages successifs* », GUERIN-BARGUES (C), *op. cit.*

plus précisément par la séparation entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir exécutif⁷⁶⁴. Les juridictions spécialisées en matière politiques⁷⁶⁵ sont toujours le fruit d'une mise en balance de différents principes difficiles à conjuguer : ne pas laisser impunis des membres du gouvernement⁷⁶⁶ tout en préservant le principe de séparation des pouvoirs afin de ne pas paralyser l'action des gouvernements⁷⁶⁷. La CJR est une forme de « *juridiction de compromis* »⁷⁶⁸ créée par la loi constitutionnelle du 27 juillet 1993⁷⁶⁹ et complétée par la loi organique du 23 novembre 1993⁷⁷⁰.

417. Il faut rappeler que la compétence de cette juridiction spécialisée est basée sur un critère organique d'une part, elle ne juge que les membres du gouvernement⁷⁷¹, et un critère matériel d'autre part, la CJR ne juge que les actes accomplis par les membres du gouvernement⁷⁷² dans l'exercice de leurs fonctions⁷⁷³.

418. Les principes procéduraux au soutien de l'impartialité sont ajustés lorsqu'ils s'appliquent à cette juridiction de jugement spécialisée. L'ajustement des principes

⁷⁶⁴ En ce sens voir notamment LAZERGES-COUSQUER (L) et DESPORTES (F), op.cit., p. 529, § 715.

⁷⁶⁵ La Haute Cour est une instance politique elle est donc exclue de notre analyse, en ce sens voir notamment GUINCHARD (S) et BUISSON (J), op. cit, p. 211 et s., § 191.

⁷⁶⁶ L'impunité des ministres était de mise avec la Haute Cour, CAILLE (P-O), op.cit.

⁷⁶⁷ Rapport du comité consultatif pour la révision de la Constitution présidé par la doyen Georges VEDEL, « *Proposition pour une révision de la Constitution* », La documentation française, rapport remis au président le 15 février 1993, p. 35 à 38

⁷⁶⁸ GUERIN-BARGUES (C), op. cit ; SOULEZ LARIVIERE (D), La Cour de justice de la République et l'affaire du sang contaminé, *Pouvoirs*, N° 92, p. 91 et s. : « nous avons tenté de résoudre une demande politique selon des modalités traditionnelles modernisées. Quelle était cette demande ? Trouver une solution constitutionnelle permettant à la fois de juger des anciens ministres sans pour autant encourager la persécution judiciaire des représentants du pouvoir exécutif. », Cette révélation de Maître SOULEZ LARIVIERE membre du comité consultatif pour la révision de la constitution de 1993 ne fait plus aucun doute quant au compromis qu'ont du faire les membres de ce comité.

⁷⁶⁹ Loi constitutionnelle du 27 juillet 1993, loi n° 93-952, loi portant révision de la Constitution du 4 octobre 1958 et modifiant ses titres VIII, IX, X et XVIII, JO, n°172, 28 juillet 1993, p. 10600.

⁷⁷⁰ Loi organique du 23 novembre 1993, loi n° 93-1252, loi sur la Cour de justice de la République, JO, 24 novembre 1993, p. 16168. Version en vigueur au 5 septembre 2016 disponible en ligne :

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000864576&dateTexte=20160905>

⁷⁷¹ Article 68-1 de la Constitution : « Les membres du gouvernement sont pénalement responsables des actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions et qualifiés crimes ou délits au moment où ils ont été commis. Ils sont jugés par la Cour de justice de la République. »

⁷⁷² Quant à cette notion il convient de rappeler que sont membres du gouvernement les ministres, le premier ministre, les ministres d'États, les ministres délégués et les secrétaires d'États. De plus la compétence de la CJR ne s'étend pas aux coauteurs et complices qui ne sont pas membres du gouvernement. Sur ce point voir notamment CAILLE (P-O), op. cit., p 6, §-26 et s ; GERIN-BARGUES (C), op. cit., p. 6 et s.

⁷⁷³ La Chambre criminelle de la Cour de cassation a opéré à un revirement jurisprudentiel en passant d'un critère temporel à un critère matériel plus restrictif. Revirement avec son arrêt du 26 juin 1995, pourvoi n° 95-82333, bull. crim. 1995, n° 235. Arrêt confirmé le 13 décembre 2000, pourvoi n° 00-82617, bull. crim. 2000, n° 375. Sur l'analyse de ce revirement voir notamment : CAILLE (P-O), op. cit., p. 7, §-28 et s. ; GUERIN-BARGUES (C), op. cit., p. 9 et s.

procéduraux devant la CJR se fait soit au détriment de l'impartialité lorsqu'est concerné le principe d'indépendance (A) soit, abstraction faite de l'ajustement de l'indépendance, au profit de l'impartialité lorsque sont concernées la collégialité, les garanties d'audience et la motivation (B).

A- L'ajustement du principe d'indépendance aux dépens de l'impartialité

419. La CJR est composée de quinze juges dont trois juges professionnels et douze juges parlementaires élus⁷⁷⁴. La majorité des juges qui siègent à la CJR sont des juges parlementaires ce qui pose la question de leur indépendance. En d'autres termes, la CJR s'accommode-t-elle de juges dépendants ? De quelle dépendance s'agit-il ? Il convient de répondre par l'affirmative à la première question et expliquer la nature de la dépendance des juges parlementaires.

420. Tout d'abord, l'indépendance qui fait défaut n'est pas l'indépendance statutaire⁷⁷⁵ mais l'indépendance à l'égard du contexte politique, donc à l'égard du prévenu ou de l'accusé qui est ou a été un acteur politique membre du gouvernement. Les juges sont influencés par le contexte qu'ils partagent avec la personne à juger, ce qui rend l'impartialité difficile à atteindre.

421. En effet, il y a entre les juges parlementaires et le mis en cause, membre ou ancien membre du gouvernement, une relation étroite. Les juges connaissent parfaitement bien les personnes qu'ils jugent puisqu'ils font, comme eux, partie de la classe politique, ils ont des préjugés à l'égard du mis en cause, et ne sont donc plus impartiaux.

422. En outre, cette dépendance des juges parlementaires à l'égard du « *contexte politique* »⁷⁷⁶, entraîne une connivence flagrante ou plus rarement une défiance entre la partie mise en cause et les juges parlementaires majoritaires devant la CJR. D'ailleurs, cette

⁷⁷⁴ Article 68-2 de la Constitution française.

⁷⁷⁵ À juste titre il est possible de se demander si le mandat qu'ils détiennent des citoyens ou de leurs représentants n'est pas en quelque sorte une dépendance statutaire même s'il n'y a pas de mandat impératif. En ce sens voir notamment COMBRADE (B-L), *vie et survie du juge parlementaire : enquête sur une défiance persistante à l'égard du principe d'indépendance*, in *L'indépendance de la justice* sous la direction de ASPIRO SEDKY (J), DELMAS (G), ROBBE (S), L'harmattan, 2011.

⁷⁷⁶ *Ibid*, p. 150 et s.

situation critiquable est dans la procédure ordinaire une cause de récusation⁷⁷⁷ aussi, est-il « difficile de se convaincre, alors, que l'appartenance politique du prévenu n'influera pas sur l'impartialité des juges parlementaire à l'occasion d'un procès [...]. C'est ainsi que par exemple, dans l'affaire du sang contaminé, le clivage droite-gauche n'a pas été effacé, puisque les parlementaires de droite (sept), adversaires politiques du ministre et des secrétaires jugés, souhaitaient une condamnation, tandis que ceux de gauche (cinq), de la même majorité politique les prévenus, souhaitaient l'acquittement général »⁷⁷⁸. Donc les juges parlementaires ne sont pas indépendants puisqu'ils font partie du pouvoir politique et cette dépendance ne leur permet pas de se détacher de façon satisfaisante de leurs inclinaisons politiques⁷⁷⁹ pour juger de façon impartiale. D'ailleurs, siéger à la CJR est pour certains juges parlementaires une « épreuve »⁷⁸⁰ tant il est « difficile de juger l'un de ses pairs, surtout quelqu'un que l'on connaît et que l'on côtoie amicalement au Sénat. Cela rend les choses délicates »⁷⁸¹.

423.C'est donc d'une part une « bienveillance de pure connivence »⁷⁸² qui affecte l'impartialité. En ce sens, « le fonctionnement même de la Cour implique une juridiction de connivence »⁷⁸³ : les juges sont désignés par les parlementaires. Donc si l'on juge quelqu'un de droite, et que la majorité est de droite, évidemment que le verdict est plus clément ! »⁷⁸⁴. D'autre part, cette dépendance aboutit également à une « bienveillance d'identification »⁷⁸⁵ qui correspond à la situation selon laquelle tous les acteurs politiques de gauche comme de droite savent qu'ils peuvent être soumis à cette justice, ce qui crée une situation d'empathie

⁷⁷⁷ Article 668, 4° du CPP : « tout juge ou conseiller peut être récusé pour les causes ci-après : 4° Si le juge ou son conjoint ou son partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou son concubin se trouve dans une situation de dépendance vis-à-vis d'une des parties »

⁷⁷⁸ COMBRADE (B-L), op. cit.

⁷⁷⁹ GUINCHARD (S), MONTAGNIER (G), VARINARD (A), DEBARD (T), institutions juridictionnelles, Dalloz, Précis, 13^{ème} éd., 2015, p. 268, §-200 : « Être indépendant aujourd'hui pour un juge c'est savoir résister à ses inclinaisons politiques, personnelles dans les affaires qu'il doit juger. »

⁷⁸⁰ Voilà le terme utilisé par Pierre FAUCHON sénateur et juge parlementaire à la CJR qui participa au jugement de Charles PASQUA (CJR, arrêt 30 avril 2010, affaire n° 10-001), in, L'indépendance de la Cour de justice de la République en question, Public Sénat, le 3 mai 2010, disponible en ligne :

<http://www.publicsenat.fr/lcp/politique/lindependance-cour-justice-republique-question-14346>

⁷⁸¹ Ibid.

⁷⁸² GUERIN-BARGUES (C), op. cit.

⁷⁸³ Pour ne pas dire partielle. Il s'agit d'un euphémisme, la suite de la phrase en témoigne.

⁷⁸⁴ Propos de François COLCOMBET, ancien magistrat à la Cour de cassation ancien député PS qui a siégé à la CJR lors de l'affaire du sang contaminé, in BERDAH (A), Pourquoi François Hollande veut supprimer la CJR, le figaro, publié le 25/06/2014 par Arthur Berdah, disponible en ligne :

<http://www.lefigaro.fr/actualite-france/2014/06/25/01016-20140625ARTFIG00262-pourquoi-francois-hollande-veut-supprimer-la-cour-de-justice-de-la-republique.php>

⁷⁸⁵ GUERIN-BARGUES (C), op. cit.

et par ricochet de la clémence incompatible avec l'impartialité. « *De droite comme de gauche, les gens ont tendance à être moins sévères, parce qu'ils s'identifient tout à fait* »⁷⁸⁶.

424. Cette dépendance est notamment visible dans les décisions rendues par la CJR, certains parlent d'une « *juridiction excessivement compréhensive* »⁷⁸⁷. En effet, sur les sept membres du gouvernement traduits devant la CJR depuis sa création deux ont bénéficié d'un non-lieu⁷⁸⁸, un d'une relaxe⁷⁸⁹, trois ont été condamnés de façon très clémente et un a bénéficié d'une dispense de peine. Tout d'abord, l'ancien secrétaire d'État Michel Gillibert reconnu coupable d'escroquerie⁷⁹⁰ a été condamné à trois ans d'emprisonnement avec sursis, une peine d'amende de 20 000 euros ainsi que cinq ans d'interdiction des droits de vote et d'éligibilité. Pour ce délit la peine encourue était de cinq ans d'emprisonnement ferme et 375 000 euros d'amende, le verdict concernant l'amende est donc particulièrement clément⁷⁹¹ alors que selon la CJR un « *tel comportement de la part d'un ministre de la République est particulièrement condamnable* ». Ensuite, à l'égard d'Edmond Hervé, reconnu coupable des délits d'atteinte involontaire à la vie et d'atteinte involontaire à l'intégrité physique, la CJR prononcera une dispense de peine⁷⁹² en dehors de tous textes, ce qui démontre la force et l'autonomie de cette juridiction⁷⁹³. Par ailleurs, dans l'affaire dite Pasqua, la CJR⁷⁹⁴ le déclare coupable de complicité d'abus de biens sociaux et de complicité de recel au préjudice de la société SOFREMI et le condamne à un an d'emprisonnement avec sursis confondu avec une autre peine prononcée par la Cour d'appel de Paris le 18 septembre 2009 ce qui permet d'alléger la sentence déjà très compréhensive. Enfin, le 19 décembre 2016, la CJR a reconnu Madame Christine Lagarde⁷⁹⁵ coupable du délit visé à l'article 432-16 du code pénal⁷⁹⁶ mais l'a dispensée de peine.

⁷⁸⁶ Propos de Monsieur François COLCOMBET, in GUERIN-BARGUES (C), op. cit.

⁷⁸⁷ CAILLE (P-O), op. cit., p. 15, §-72.

⁷⁸⁸ CJR, 9 mars 1999, n° 99-001. Dans l'affaire du sang contaminé Laurent Fabius et Georgina Dufoix ont bénéficié d'un non-lieu.

⁷⁸⁹ CJR, 16 mai 2000, n° 00-001. Ségolène Royal était poursuivie pour complicité de diffamation publique envers des fonctionnaires, relaxée pour avoir rapporté la preuve des faits qu'elle imputait aux plaignants

⁷⁹⁰ Escroquerie qui consistait en la création d'associations fictives destinataires de subventions publiques pour une somme d'environ 1.3 millions d'euros qui ont été détournées. CJR, 7 juillet 2004, n° 04-001.

⁷⁹¹ L'emprisonnement avec sursis a été motivé par le lourd handicap du prévenu.

⁷⁹² CJR 9 mars 1999, n° 99-001.

⁷⁹³ « *L'indépendance du juge parlementaire à l'égard des textes* », « *un juge parlementaire auto-affranchi des règles pénales* », in COMBRADE (B-L), op. cit., p. 158.

⁷⁹⁴ CJR 30 avril 2010, n° 10-001. Cet arrêt a été confirmé par la Cour de cassation : Cass. ass. Plén. 23 juillet 2010, pourvoi n° 10-85505, bull. crim., Ass. Plén., n°2.

⁷⁹⁵ Renvoi confirmé par la Cour de cassation, Ass. Plén., pourvoi n° 16-80133, 22 juillet 2016.

425. Dès lors, devant la CJR l'indépendance est l'objet d'un ajustement poussé à l'extrême puisqu'il aboutit à une absence d'indépendance à l'égard de la partie mise en cause. L'impartialité⁷⁹⁷ ou l'apparence d'impartialité en est impactée. En effet, « *une juridiction politique même mâtinée de magistrats, ne produira jamais des jugements parfaitement acceptés. Le soupçon de partialité pèsera toujours sur elle. Si elle condamne, on l'imputera à la présence majoritaire de l'autre camp parmi les juges. Si elle acquitte, à la connivence entre politiques* »⁷⁹⁸.

426. La solution la plus radicale et la plus bénéfique pour l'impartialité est la suppression de la CJR⁷⁹⁹, suppression envisagée dans le projet de loi constitutionnelle⁸⁰⁰ du 14 mars 2013 relatif à la responsabilité juridictionnelle du président de la République et des membres du Gouvernement mais, la majorité des trois cinquièmes des suffrages exprimés semble difficile voire impossible à atteindre. En conséquence, la compétence salvatrice⁸⁰¹ pour l'impartialité, des tribunaux ordinaires⁸⁰² pour juger des crimes et des délits commis par les membres du gouvernement semble repoussée *sine die*.

427. Enfin, il convient de préciser que les magistrats qui siègent à la CJR peuvent de façon exceptionnelle⁸⁰³ cumuler les fonctions d'instruction et de jugement si un supplément d'information⁸⁰⁴ s'avère nécessaire. Donc, à la dépendance des juges parlementaires, s'ajoute la possibilité du cumul des fonctions d'instruction et de jugement par un magistrat

⁷⁹⁶ Article 432-16 : « Lorsque la destruction, le détournement ou la soustraction par un tiers des biens visés à l'article 432-15 résulte de la négligence d'une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, d'un comptable public ou d'un dépositaire public, celle-ci est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. »

⁷⁹⁷ « Caractère douteux de l'impartialité objective », in GUERIN-BARGUES (C), op. cit.

⁷⁹⁸ DUHAMEL (O) et VEDEL (G), *Le pénal et le politique*, Le monde, 3 mars 1999, p. 1 et p. 14.

⁷⁹⁹ CARCASSONNE GUY, petit dictionnaire de droit constitutionnel, à CJR, Edition du Seuil, 2014, édité par Olivier Duhamel.

⁸⁰⁰ Projet de loi constitutionnelle relatif à la responsabilité juridictionnelle du Président de la République et des membres du Gouvernement, n° 816, déposé le 14 mars 2013.

⁸⁰¹ GUERIN-BARGUES (C), op. cit., p. 30 et s.

⁸⁰² Cette solution n'est pas nouvelle, les Professeurs Georges VEDEL et Olivier DUHAMEL ont proposé cette solution en 1999 : « La conclusion s'impose. La faute pénale d'un ministre doit être jugée par un tribunal ordinaire. Le tribunal ne peut plus différer selon que l'on est ministre ou simple citoyen », in, Le Monde, *Le pénal et le politique*, Le monde, 3 mars 1999, p. 1 et p. 14

⁸⁰³ Hypothèse exceptionnelle car l'instruction est une phase obligatoire ce qui repousse la nécessité du supplément. Article 18 et s., loi organique 93-1252, op.cit.

⁸⁰⁴ Article 31, loi organique 93-1252, op. cit. : « S'il y a lieu de procéder à un supplément d'information, la Cour de justice de la République commet par arrêt un de ses membres magistrats, qui procède à tous les actes d'instruction nécessaires dans les conditions prévues par le chapitre Ier du titre III du livre Ier du code de procédure pénale. »

professionnel qui entraîne les mêmes risques de partialité que ceux décrits précédemment pour les juridictions de droit commun⁸⁰⁵.

428. L'échec de l'ajustement de l'indépendance se fait donc aux dépens de l'impartialité. Au contraire les garanties procédurales d'audience, de la motivation et de la collégialité connaissent un ajustement qui pourrait être, en l'absence de la dépendance précédemment analysée, favorable à l'impartialité.

B- L'ajustement des principes procéduraux au profit de l'impartialité

429. Les principes procéduraux qui sont ajustés devraient par principe jouer au profit de l'impartialité mais la dépendance des juges parlementaires a un impact sur ces principes conçus strictement devant la CJR. Il s'agit de s'attacher à l'analyse de l'ajustement de la collégialité, des garanties procédurales d'audience et du principe de motivation.

1- L'ajustement de la collégialité

430. Tout d'abord, la garantie institutionnelle de la collégialité est absolue devant la CJR. La collégialité est donc, devant la CJR, adaptée, ajustée par rapport à son application devant les juridictions de droit commun qui connaissent en matière délictuelle un affaiblissement intense de la collégialité.

431. L'article 68-2 de la Constitution française dispose que « *la Cour de justice de la République 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* ». Donc, devant la CJR la collégialité est intangible quelle que soit l'infraction jugée. De plus, des juges suppléants sont désignés et présents à l'audience afin de parer aux éventuels empêchements et ainsi préserver la collégialité.

⁸⁰⁵ *Supra*, partie 1, titre 2, chapitre 1.

432.Cependant, la collégialité, qui est par principe profitable à l'impartialité, est ici affectée par la présence de juges partiaux. Dès lors, la collégialité, qui est normalement un soutien pour l'impartialité, trouve un obstacle dans la dépendance des juges parlementaires qui ne lui permet plus de déployer tous ses effets positifs pour l'impartialité. En ce sens, la discussion à plusieurs sera moins efficace car les douze juges parlementaires sont influencés par le contexte politique, le risque d'une superposition de partialité est donc très élevé pour ne pas dire inéluctable.

433.Il est toujours permis d'espérer le meilleur et imaginer la situation idéale dans laquelle les juges professionnels, de par leurs connaissances juridiques et leur expérience, disposent des arguments les plus convaincants afin de faire changer la tendance chez les juges parlementaires. Cependant, l'indépendance est une prérequis indispensable pour l'impartialité. Dès lors, le principe de collégialité qui semble *a priori* puissant devant la CJR subit inévitablement les conséquences négatives de la présence de juges partiaux ou risquant très fortement de l'être.

2-L'ajustement des garanties procédurales d'audience et de la motivation

434.La dépendance des juges à l'égard du contexte politique a également un effet négatif sur l'ensemble des garanties procédurales d'audience qui sont à leur tour affaiblies alors qu'elles sont originellement conçues comme des remparts contre la partialité d'autant que, devant la CJR, les garanties d'audience sont, abstraction faite de la dépendance des juges, fortes.

435.Les garanties procédurales d'audience qui s'appliquent devant la CJR bénéficient d'une certaine rigueur. En effet, bien que l'article 26 de la loi organique prévoit le principe selon lequel les débats et le jugement répondent aux règles prévues en matière correctionnelle, des exceptions tendent à rapprocher certaines règles de celles applicables devant la cour d'assises. En ce sens, « *les débats et le jugement relèvent d'un régime partiellement dérogatoire au droit commun et souvent inspiré des dispositions applicables devant la Cour d'assises* »⁸⁰⁶, dispositions dont on connaît la puissance⁸⁰⁷ et les bienfaits pour l'impartialité.

⁸⁰⁶ CAILLE (P-O), op. cit., p. 9, §-40.

⁸⁰⁷ *Supra* : Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1 : le soutien de l'impartialité en matière criminelle.

436. Tout d'abord, la publicité⁸⁰⁸ est la règle devant la CJR en application de l'article 400 du CPP ce qui devrait engendrer les effets positifs, décrits précédemment⁸⁰⁹, pour l'impartialité. Mais la publicité, d'une justice rendue par des juges dépendants du contexte politique, n'a plus les mêmes effets dissuasifs, préventifs. L'observation par le public de cette justice est impuissante à faire échec au lien de dépendance qui peut préexister entre les juges et le prévenu ou l'accusé. Pire, la robe noire revêtue par les juges parlementaires pourrait être analysée comme le vœu de cacher cette dépendance, ce risque de partialité aux citoyens peu avertis, seule l'apparence d'impartialité est alors garantie.

437. Ensuite, l'oralité⁸¹⁰ et le contradictoire⁸¹¹ sont renforcés par rapport à la matière correctionnelle. Le contradictoire est consolidé à deux égards. D'une part, grâce à la transmission d'une copie de toutes les pièces du dossier à l'accusé ou au prévenu qui sera donc dans une position avantageuse⁸¹² pour discuter les éléments à charge. D'autre part, grâce à la possibilité, pour le prévenu ou l'accusé, de poser, par l'intermédiaire de son avocat, directement des questions à toute personne appelée à la barre⁸¹³. L'absence de la partie civile⁸¹⁴ pourrait affecter le contradictoire mais le ministère public permet de parer les effets négatifs de cette absence. Quant au principe de l'oralité, il est préservé grâce au débat oral et contradictoire lors de l'audience publique et grâce à l'application du principe d'immédiateté de la délibération. Ce dernier découle de l'article 32 de la loi organique qui dispose que « *la Cour de justice de la République, après clôture des débats, statue sur la culpabilité des*

⁸⁰⁸ Application de l'article 400 du CPP avec l'exception du huis clos. La publicité des décisions est critiquable et perfectible car il n'y a aucune publication des décisions sur Légifrance et aucun site dédié à cette juridiction où il serait possible de consulter les arrêts, il faut donc se rapprocher des services de la CJR afin qu'ils transmettent les arrêts non publiés. Ceci était déjà constaté en 2013 par le Professeur Cécile GUERIN-BARGUES, in GUERIN-BARGUES (C), op. cit.

⁸⁰⁹ *Supra* : Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.

⁸¹⁰ Article 32 de la loi organique 93-1252, op. cit. : « *La Cour de justice de la République, après clôture des débats, statue sur la culpabilité des accusés [...]* ». De plus l'exigence de motivation des arrêts rendus par la CJR implique que « *le délibéré se situe immédiatement après la clôture des débats* ». En ce sens, la composition de la CJR implique l'application du principe d'immédiateté ce qui permet de favoriser l'oralité des débats : *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §-2, 2-Les garanties procédurales du contradictoire et de l'oralité des débats.

⁸¹¹ Article 30 loi organique 93-1252, op. cit. : « *Il est délivré à chaque prévenu une copie de toutes les pièces de la procédure* ». Le contradictoire est alors renforcé ce qui va au-delà des prévisions légales en matière criminelle (article 279 et 280)

⁸¹² Nettement avantageuse car en plus d'avoir devant lui une majorité de juges dépendants du milieu auquel il appartient, il a accès à l'ensemble du dossier afin de préparer au mieux la contradiction face au ministère public.

⁸¹³ Application de l'article 442-1 alinéa 1 du CPP.

⁸¹⁴ Cette absence est vivement critiquée par une partie de la doctrine, en ce sens, voir notamment : GONDRE (L) et PRADEL (J), La Cour de justice de la République : à conserver et à améliorer, *JCPG*, 7 mai 2012, n° 19, p. 568 ; GUERIN-BARGUES (C), op. cit. ; CAILLE (P-O), op. cit., p. 10.

accusés [...] » et de l'exigence de motivation des arrêts rendus par la CJR qui implique très vraisemblablement que le délibéré se situe immédiatement après la clôture des débats⁸¹⁵ et ce notamment du fait de la composition de la CJR. Tous ces éléments permettent de favoriser l'oralité des débats⁸¹⁶. Cependant, malgré le vœu d'une rigueur dans la teneur des principes de la publicité, de l'oralité et du contradictoire, ils demeurent insipides faute de juges pleinement indépendants, impartiaux.

438. Enfin, la motivation ne fait pas exception. Bien qu'elle soit exigée des arrêts de la CJR par le Conseil constitutionnel⁸¹⁷, que ce soit en matière criminelle ou délictuelle, elle est difficilement compatible avec la dépendance des juges parlementaires. Les critiques émises par certains auteurs⁸¹⁸ à l'égard de la motivation sont alors pleinement justifiées. Les effets bénéfiques de la motivation pour l'impartialité ne peuvent jouer qu'autant que le juge est loyal dans sa démarche, tel est le cas du juge qui n'aura pas pris conscience d'avoir succombé à un préjugé. La situation des juges parlementaires est tout autre puisqu'ils savent par avance qu'ils sont dépendants du contexte politique, qu'ils sont sous l'influence du contexte politique et donc qu'ils sont potentiellement partiaux. Dès lors il s'agira d'une motivation « fantoche ».

439. L'ajustement du principe d'indépendance affecte les principes procéduraux d'audience, de collégialité et de motivation alors que ceux-ci sont initialement ajustés de telle sorte qu'ils devraient profiter à l'impartialité. Donc, faute d'indépendance, il est impossible pour les principes, soutiens de l'impartialité, de jouer leur rôle positif. L'impartialité est donc affectée devant la CJR. Cette justice supporte un grave risque de partialité, une présomption de partialité.

440. Donc, les deux juridictions spécialisées *ratione personae*, que sont le tribunal pour enfants et la CJR, connaissent un ajustement de certains principes procéduraux que sont le

⁸¹⁵ En ce sens voir notamment, PRADEL (J), La procédure applicable devant la Cour de justice de la République. Un mode d'emploi à préciser, *D.* 1996, p.1 et s.

⁸¹⁶ *Supra* : Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §-2, 2-Les garanties procédurales du contradictoire et de l'oralité des débats.

⁸¹⁷ DC, 19 novembre 1993, n° 93-327, considérant 17 : « *Considérant que ce chapitre relatif aux débats devant la Cour de justice et au jugement, qui regroupe les articles 26 à 34, prévoit, à l'exception des dispositions particulières qu'il comporte, l'application des règles de droit commun fixées par le code de procédure pénale concernant les débats et les jugements en matière correctionnelle ; que parmi celles-ci figurent celles qui sont posées par l'article 485 dudit code en vertu duquel les jugements doivent être motivés ; que l'article 33 de la loi précise que les arrêts de la Cour peuvent faire l'objet de pourvois en cassation et que l'article 34 organise les conditions des renvois après cassation ; que ces dispositions ne contreviennent à aucune règle de valeur constitutionnelle.* »

⁸¹⁸ *Supra* : Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §-2, B- La garantie procédurale post-audience : la motivation.

principe de la séparation des fonctions d’instruction et de jugement et la dépendance à l’égard du « contexte à juger ». Ces juridictions spécialisées ne sont pas les seules à faire l’objet de l’application de principes procéduraux qui leur sont adaptés. Tel est également le cas des juridictions spécialisées *ratione materiae*. Ces dernières ainsi que les magistrats qui les composent sont spécialisés dans un « domaine » pénal spécifique dont il convient d’analyser les éventuelles conséquences sur l’impartialité. En outre, parce qu’elles connaissent d’une criminalité grave et complexe leur composition est adaptée afin de favoriser l’impartialité.

Section 2 : L'ajustement des principes procéduraux aux juridictions spécialisées *ratione materiae*

441. Il s'agit de s'attacher au phénomène de spécialisation des juridictions spécialisées⁸¹⁹ et des magistrats qui les composent. Dans cette démarche certaines juridictions spécialisées sont plus connues que d'autres. Tel est notamment le cas des juridictions interrégionales spécialisées⁸²⁰ en matière de criminalité organisée et en matière de délinquance économique et financière, symbole de cette spécialisation et de la spécialisation du tribunal de grande instance de Paris en matière de terrorisme. Ces juridictions spécialisées ont une compétence matérielle spéciale qui porte sur une criminalité considérable, portant sur des infractions nombreuses. Néanmoins, l'intérêt de cette analyse est de s'intéresser au phénomène de la spécialisation des juridictions et des magistrats dès lors, les propos qui vont suivre ont vocations à s'appliquer à toutes les juridictions spécialisées.

442. Les juridictions spécialisées *ratione materiae* connaissent de règles procédurales dérogatoires principalement en amont du jugement⁸²¹. Cependant, il existe des particularités durant la phase de jugement qu'il est possible de confronter au principe d'impartialité. En d'autres termes, les juridictions spécialisées reposent d'une part sur la spécialisation des magistrats⁸²², notamment du jugement, dont il convient d'observer les effets sur l'impartialité (§-1) et d'autre part, sur un ajustement de leur composition qui joue en faveur de l'impartialité (§-2).

⁸¹⁹ Spécialisation des juridictions parisiennes en matière de crimes contre l'humanité, de crimes et délits de guerre et crimes de torture ; spécialisation de JIRS en matière de criminalité et de délinquance organisée ; spécialisation du TGI de Paris en matière de terrorisme et en matière de prolifération d'armes de destruction massive, spécialisation de 42 cours d'assises en matière de trafic de stupéfiant ; spécialisation de certaines juridictions (JIRS, TGI de Paris, Pôle économique et financier de Bastia) en matière économique et financière ; spécialisation de certaines juridictions en matière maritime, en matière de grande voierie, en matière d'infraction mettant en cause les intérêts fondamentaux de la Nation, en matière sanitaire, en matière d'accidents collectifs. Sur ce point voir notamment : GUINCHARD (S) et BUISSON (J), *Procédure pénale*, op. cit., p. 184 et s., § 164 et s.

⁸²⁰ Désormais JIRS.

⁸²¹ GUINCHARD (S) et BUISSON (J), op. cit., p. 191.

⁸²² *Ibid.*, p. 227.

§-1 Les effets de l'ajustement de la spécialisation des juges sur l'impartialité

443. Cette spécialisation est appliquée autant devant les JIRS que devant la juridiction spécialisée hors JIRS, notamment devant le TGI de Paris⁸²³. Tout d'abord, il convient d'analyser les justifications pratiques de la spécialisation des juges du jugement (A) avant d'identifier l'impact de cette spécialisation sur l'impartialité des juges (B).

A- La justification pratique de la spécialisation des juges du jugement

444. La spécialisation est un phénomène bien connu de la procédure pénale puisque précisément le procès pénal est fondé sur la spécialisation fonctionnelle des différents magistrats intervenants tout au long du cheminement procédural. En ce sens, les différents acteurs de la procédure occupent une fonction soit de poursuite, d'instruction ou de jugement qu'il est, en principe, impossible de cumuler. La spécialisation fonctionnelle permet de respecter la séparation des fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement⁸²⁴. Tout autre est la spécialisation matérielle des magistrats devant les juridictions spécialisées *ratione materiae*. Les magistrats sont spécialisés sur un type précis de contentieux, ils ne connaissent plus de l'ensemble des infractions pénales mais seulement d'une partie d'entre elles, donc ils sont spécialisés fonctionnellement et matériellement. Le champ de compétence matérielle est plus ou moins étendu selon la juridiction spécialisée *ratione materiae* concernée⁸²⁵. Ainsi, les

⁸²³ « Au fil des ans, la centralisation à Paris a permis la spécialisation des magistrats du parquet, de l'instruction, des formations de jugement, des juges des libertés et de la détention et des juges d'application des peines, en relation étroites avec les services de renseignement et de police judiciaire compétents en matière de lutte contre le terrorisme. », in, CASSUTO (T), Règles particulières en matière de terrorisme. Règles de compétence et de procédure, JCL Procédure pénale, Fasc. 20.

Le TGI de Paris a depuis la loi du 6 décembre 2013 une compétence nouvelle en matière économique qui est liée à celle du procureur de la République financier, sur ce point voir notamment, GUINCHARD (S) et BUISSON (S), procédure pénale, op. cit., p. 194 et s.

⁸²⁴ GUINCHARD (S), Rapport de synthèse, in La spécialisation du juge, op. cit., p. 239-240 : « La spécialisation n'est pas ici instituée pour assurer la sécurité juridique d'une jurisprudence pérenne et prévisible, mais pour garantir à tout accusé qu'un double, voire un triple regard sera porté sur son dossier. »

⁸²⁵ « Les JIRS spécialisées en matière économique et financière, étant les mêmes que celles spécialisées pour la criminalité organisée, la spécialisation des magistrats est aussi vaste que la liste des infractions concernées est longue. Les juges sont donc polyvalents et pourront avoir à traiter aussi bien de trafic de stupéfiants ou de séquestration de personne en bande organisée que de contrefaçon ou d'atteinte aux dessins et modèles. L'exemple de la JIRS de Bordeaux est révélateur de cette souplesse. », GINESTET (C), Le regroupement fondé sur la complexité du contentieux : la matière économique et financière, in La spécialisation du juge, op. cit., p. 128 et s., §-3.

juridictions et les magistrats qui les composent sont spécialisés⁸²⁶. Les deux types de spécialisation, fonctionnelle et matérielle, n'ont pas la même finalité⁸²⁷.

445. La spécialisation matérielle qui est toujours très actuelle⁸²⁸ débute le 6 août 1975⁸²⁹, elle se poursuit avec la loi du 9 septembre 1986⁸³⁰ qui prévoit la spécialisation du TGI de Paris pour les affaires à caractère terroriste et elle se perfectionne avec la Loi Perben II⁸³¹ qui créait les JIRS⁸³². Cette dernière étape représente une « *forme d'aboutissement de la spécialisation, puisqu'il n'est plus seulement question d'étendre la compétence territoriale d'une ou de plusieurs juridictions, mais de mobiliser une équipe de spécialistes : magistrats spécialement formés, personnels qualifiés et moyens exceptionnels* »⁸³³. En effet, les magistrats sont spécialisés c'est-à-dire qu'ils sont désignés⁸³⁴ eu égard à leur cursus, leur

⁸²⁶ *Ibid.*

⁸²⁷ Sur ce point, voir notamment BEAUSSONIE (G), Les regroupements de contentieux fondés sur la gravité du contentieux (terrorisme et criminalité organisée), in La spécialisation du juge, op. cit., p. 124 et s., §.19 ; GUINCHARD (S), Rapport de synthèse, op. cit., note n° 110.

⁸²⁸ Notamment : loi 6 décembre 2013, loi n° 2013-1117, loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, JO n°0284, 7 décembre 2013, p. 19941 ; loi 13 décembre 2011, loi n° 2011-1862, loi relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles, JO n°0289, 14 décembre 2011, p. 21105 ; loi 14 mars 2011, loi n° 2011-266, loi relative à la lutte contre la prolifération des armes de destruction massive et de leurs vecteurs, JO n°0062, 15 mars 2011, p. 4577. PRADEL (J), op. cit., p. 113 et s., §-123 et s. ; GUINCHARD (S), Rapport de synthèse, op. cit., p. 232-233.

⁸²⁹ Loi du 6 août 1975, loi n° 75-701, loi modifiant et complétant certaines dispositions du code de procédure pénale, JO, 7 août 1975, p. 8035.

Cette première forme de spécialisation matérielle de certains TGI en matière économique et financière n'était que les prémices d'un mouvement de spécialisation qui sera par suite plus abouti. En effet, avec cette loi du 6 août 1975, il y a spécialisation de certains TGI en matière économique et financière sur un ressort territorial élargi à plusieurs TGI mais, la spécialisation des magistrats composant ces juridictions n'est qu'à ses balbutiements. En ce sens voir notamment : GUINCHARD (S), Rapport de synthèse, in La spécialisation du juge, op. cit., p. 233 ; BEAUSSONIE (G), op. cit., p.121, §-11 ; GUINCHARD (S) et BUISSON (J), op. cit., p. 184 à 186 ; PRADEL (J), *Procédure pénale*, op. cit., p. 116 et 117, §-126 et s..

⁸³⁰ Loi du 9 septembre 1986, loi n°86-1020, loi relative à la lutte contre le terrorisme, disponible en ligne :

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000693912&dateTexte=20160905>

⁸³¹ Loi du 9 mars 2004, Loi n° 2004-204, loi Perben II portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, disponible en ligne :

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000249995>

⁸³² Création de huit JIRS : TGI de Bordeaux, Lille, Lyon, Marseille, Nancy, Paris, Rennes, Fort-de-France.

⁸³³ BEAUSSONIE (G), op. cit., p.122, §-12.

⁸³⁴ Circulaire du 2 septembre 2004, CRIM 04-13/G1-02-09-04, p. 31 : « *Modifiant le Code de l'organisation judiciaire, la loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité prévoit que dans chacune des juridictions interrégionales spécialisées, les premiers présidents et les procureurs généraux des cours d'appel dans le ressort desquelles elles se trouvent, désignent, après avis des présidents et des procureurs de la République concernés, un ou plusieurs magistrats du siège, juges d'instruction, et magistrats du parquet chargés des procédures relatives aux infractions visées par les articles 706-73 et 706-74 du code de procédure pénale. Les premiers présidents et procureurs généraux doivent également désigner des magistrats du siège et du parquet chargés de suivre ces procédures au sein de leurs juridictions et des cours d'assises.* »

compétence dans la matière objet de la spécialisation, de plus ils bénéficient par suite d'un accès facilité à la formation⁸³⁵.

446.Cette spécialisation matérielle des juridictions et des magistrats qui les composent est justifiée notamment par la complexité des infractions, la technicité, et la puissance des délinquants auteurs des infractions qui nécessitent des juges avertis⁸³⁶ et pleinement mobilisés ce que permet justement la spécialisation.

447.La spécialisation est donc une réponse adaptée à un type de délinquance très sophistiqué, technique, organisé, complexe, grave. Il convient de préciser que cette spécialisation permet « *une plus grande capacité à gérer ces dossiers particuliers, grâce à une plus grande disponibilité. Ces juges vont pouvoir prendre le temps de démonter les rouages complexes des faits qui leur sont soumis, car ils n'ont pas à gérer les affaires courantes [...]* »⁸³⁷. « *L'avantage de la spécialisation est de faire juger les litiges par des spécialistes ! C'est-à-dire par des magistrats ou des juges rompus à certains contentieux.* »⁸³⁸

448.Enfin, l'aspect économique n'est pas étranger à cette spécialisation qui induit une compétence territoriale très large et donc des magistrats spécialisés moins nombreux car compétents sur une large partie du territoire ce qui permet de faire des économies tout en ayant des juges spécialisés sur un type de contentieux. Cependant, la justification pratique de la spécialisation des membres des juridictions spécialisées *ratione materiae* ne doit pas éluder les risques pour l'impartialité.

⁸³⁵ Une formation spécifique est proposée aux magistrats spécialisés des JIRS : CAILLIBOTTE (M), Bilan des juridictions inter régionales spécialisées, *AJ Pénal* 2010, p. 110 ; CHAVENT-LECLERE (A-S), Les juridictions interrégionales spécialisées : des compétences originales, *AJ Pénal* 2010, p. 106.

⁸³⁶ Les juges avertis expérimentés seront plus à même de juger cette délinquance qu'ils ont alors l'habitude de côtoyer et qui devient donc de « moins en moins impressionnante. ».

⁸³⁷ GINESTET (C), op. cit., 131.

⁸³⁸ BLERY (C), La notion de spécialisation, in *La spécialisation du juge*, op. cit., p. 20.

B- Les risques pour l'impartialité de la spécialisation des juges

449. Certains diront que l'image du magistrat généraliste a vécu et donc que la spécialisation est inévitable⁸³⁹. En effet, les justifications pratiques avancées sont réelles mais cette spécialisation n'est pas sans risque pour l'impartialité.

450. Tout d'abord, la spécialisation des magistrats, qui composent les juridictions spécialisées *ratione materiae*, implique la connaissance d'un seul type de délinquance par nature grave, complexe⁸⁴⁰. Dès lors, il est possible de se demander si l'appréciation des juges est affectée par la spécialisation qui les amène à connaître que d'infractions d'une extrême gravité, complexité. En effet, il est probable qu'« à force de spécialiser, on risque de ne plus apprécier ces affaires à la même aune que les autres »⁸⁴¹. Les juges spécialisés ont certes occupé d'autres fonctions mais à force de juger un seul type de contentieux ils sont susceptibles d'adopter une échelle d'appréciation fondée sur la gravité, la complexité et donc qui ne sera plus tout à fait « neutre », ce qui est difficilement compatible avec l'impartialité. Le risque est donc que les juges spécialisés, « enfermés dans la gravité », soient habités par des préjugés qui affecteraient leur appréciation. En ce sens, « nombre des hauts magistrats de cette juridiction⁸⁴² [...] ont fait observer qu'une spécialisation trop poussée pourrait conduire à la déshumanisation de la justice, liée à une trop grande technicité de ceux qui seraient « enfermés » dans le même type de contentieux, plusieurs années durant »⁸⁴³.

451. De plus, au sein de ces juridictions spécialisées et plus particulièrement des JIRS une collaboration très étroite s'effectue entre les différents magistrats. Dès lors, une connivence peut exister entre les magistrats du siège et du parquet ce qui est un facteur de risque pour l'impartialité des magistrats du jugement qui pourront être influencés par la position du ministère public. Ainsi, « le gigantisme et la force des moyens de cette juridiction (nous rajoutons JIRS) sur-mesure voient la proximité, l'alliance et une connivence transversale du couple siège-parquet s'exprimer sans entrave pour la bonne cause de la lutte contre la

⁸³⁹ DESPORTES (F) et LAZERGES-COUSQUER (L), op. cit., p. 501.

⁸⁴⁰ « Les magistrats de la juridiction spécialisée n'ont qu'une compétence facultative : il faut en effet que les affaires apparaissent « d'une grande complexité » », PRADEL (J), *Procédure pénale*, op. cit., p. 116, §-125.

⁸⁴¹ ROBERT (P), *Ordre, insécurité, liberté : les incertitudes de la procédure pénale*, in *La procédure pénale en quête de cohérence*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2007, p. 54.

⁸⁴² La juridiction en question est la Cour de cassation.

⁸⁴³ Rapport fait au nom de la « commission GUINCHARD (S) », l'ambition raisonnée d'une justice apaisée, 2008, www.ladocumentationfrancaise.fr, p. 263 : « Lorsque la commission a été reçue à la Cour de cassation, le 15 février 2008, nombre des hauts magistrats de cette juridiction lui ont fait observer qu'une spécialisation trop poussée pourrait conduire à la déshumanisation de la justice, liée à une trop grande technicité de ceux qui seraient « enfermés » dans le même type de contentieux, plusieurs années durant. »

criminalité organisée. C'est le triomphe du travail d'équipe ! Quelle équipe ? Qui songe encore à distinguer les équipiers du siège et ceux du parquet dans cette équipe ? Les magistrats, toute carrière confondue ([...]), les policiers, les douaniers, les assistants spécialisés ([...]) vivent avec très bonne conscience cette expérience d'union sacrée de professionnels de la répression pour une bonne cause mais sans se rendre compte des dangers de confusion des genres. [...] A force d'indifférencier magistrats du siège et du parquet, de banaliser leur proximité, de laisser croire à leur similitude, on a négligé la dimension du procès équitable [...] »⁸⁴⁴. En d'autres termes « cette spécialisation matérielle paraît prendre le pas sur la spécialisation fonctionnelle (nous soulignons) [...]. On y prône en effet le travail d'équipe, toute la juridiction devenant une entreprise de lutte contre la criminalité [...] »⁸⁴⁵.

452. La spécialisation qui permet de lutter plus efficacement contre certains types d'infractions n'est pas sans risque pour l'impartialité⁸⁴⁶. Cette dernière peut se voir affectée par la compétence matérielle réduite des juges. La spécialisation induit d'une part, une appréciation fondée sur la gravité qui évince une certaine neutralité utile à l'impartialité et d'autre part, une connivence accrue entre les magistrats du parquet et du siège qui peut atteindre l'impartialité des juges du jugement. Au contraire, l'ajustement de la composition des juridictions de jugement spécialisées vise à garantir au mieux leur impartialité. En ce sens, les caractères de la criminalité, grave et complexe, appréhendée par les juridictions de jugement spécialisées justifient d'adapter leur composition afin de protéger leur impartialité.

§-2 L'ajustement de la composition des juridictions spécialisées en faveur de l'impartialité

453. Le point commun entre toutes ces juridictions spécialisées *ratione materiae* est qu'elles connaissent un seul type de délinquance. Leur compétence est généralement facultative⁸⁴⁷, il faut généralement que l'affaire apparaisse d'une grande complexité, si tel

⁸⁴⁴ MOLLA (A), États d'âme d'un avocat à propos des JIRS, *AJ Pénal*, 2010, p. 119.

⁸⁴⁵ BEAUSSONIE (G), op. cit., p. 125.

⁸⁴⁶ BEAUSSONIE (G), op. cit., p. 119, §-5.

⁸⁴⁷ Les juridictions à compétence obligatoire : crimes et délits militaires, crime de trafic de stupéfiants : PRADEL (J), op. cit. p. 115, §-124 *in fine*. Le TGI de Paris spécialisé en matière économique et financière a parfois une compétence exclusive conformément à l'article 705-1 du CPP.

n'est pas le cas, les juridictions de droit commun restent compétentes. Les caractères, complexe et grave, de la criminalité objet de la spécialisation des juridictions ont un impact sur la composition desdites juridictions qui permet de renforcer leur impartialité. En effet, la collégialité est systématisée (A) et les jurés sont parfois évincés (B).

A- La collégialité systématisée en faveur de l'impartialité

454. Dans la procédure pénale ordinaire les crimes sont, sans exception, jugés collégalement avec ou sans jurés. Au contraire, le jugement des délits qui par principe se fait de façon collégiale connaît une large application du juge unique. Mais, ce développement du juge unique est exclu des tribunaux correctionnels spécialisés.

455. En effet, pour le jugement de ces délits complexes, graves ou techniques qui ressortent de la compétence des juridictions spécialisées, la compétence du juge unique est exclue. En effet, les délits visés à l'article 398-1 du CPP⁸⁴⁸ relatif à la compétence du juge unique ne concerne pas les délits pouvant être jugés par une juridiction spécialisée. C'est donc l'article 398 du CPP qui s'applique, « *le tribunal correctionnel est composé d'un président et de deux juges. Lorsqu'un procès paraît de nature à entraîner de longs débats, le président du tribunal de grande instance peut décider qu'un ou plusieurs magistrats du siège supplémentaires assisteront aux débats. Dans les cas où un ou plusieurs magistrats du siège composant le tribunal correctionnel seraient empêchés de suivre les débats jusqu'au prononcé du jugement, ils sont remplacés par le ou les magistrats du siège supplémentaire dans l'ordre de nomination au tribunal de grande instance, en commençant par le plus ancien du rang le plus élevé* ». Dès lors, il ne fait aucun doute que les délits appréhendés par les juridictions spécialisées, sont complexes, graves, techniques et seront donc systématiquement jugés par un tribunal collégial, collégialité qui pourra être renforcée par la présence de magistrats remplaçants. En effet, délibérer à plusieurs lorsqu'il s'agit de ce type d'infraction demeure nécessaire et permet de préserver l'impartialité. En outre, la compétence territoriale étendue permet de garantir la collégialité sans surcoût financier.

⁸⁴⁸ Application du droit commun : « *La procédure de jugement reste à l'écart de ce mouvement d'autonomie procédurale, de règles dérogatoires au droit commun.* », in GUINCHARD (S) et BUISSON (J), op. cit., p. 191.

456. Donc l'impartialité qui court certains risques à cause de la spécialisation des magistrats est tout de même protégée par la collégialité systématisée, collégialité dont-on connaît les bienfaits pour l'impartialité⁸⁴⁹. En outre, en matière criminelle, certaines des juridictions spécialisées connaissent une composition atypique qui réside dans l'absence du jury populaire.

B- L'éviction des jurés pour préserver l'impartialité de la juridiction

457. Les cours d'assises spécialisées ne sont pas toutes composées de la même manière. Il est des cas où les crimes sont jugés par une cour d'assises comprenant exclusivement des juges professionnels⁸⁵⁰. Dans tous les cas la collégialité est préservée ce qui permet de garantir l'impartialité. Il est intéressant de se demander pourquoi les cours d'assises spécialisées, juridiction de jugement connaissant des infractions les plus graves et les plus complexes, sont dans certains cas dénuées de jurés. Même s'il ne s'agit pas *strito sensu* de l'impartialité des juges du jugement, l'éviction des jurés est intéressante car elle n'est pas étrangère au principe d'impartialité.

458. Les cours d'assises sont composées exclusivement de juges professionnels en matière de terrorisme et de trafic de stupéfiants⁸⁵¹. Le Conseil constitutionnel a validé cette composition notamment dans sa décision du 3 septembre 1986⁸⁵² dans laquelle il a décidé que la législation instaurant l'absence de jurés en matière de terrorisme « *tend, selon l'intention du législateur, à déjouer l'effet des pressions ou des menaces pouvant altérer la sérénité de la juridiction de jugement ; que cette différence de traitement ne procède donc pas d'une discrimination injustifiée* »⁸⁵³. Donc cette composition adaptée permet de préserver les jurés citoyens « *des pressions et représailles* »⁸⁵⁴, de protéger « *les jurés citoyens contre les trafiquants de drogues et leurs amis restés libres* »⁸⁵⁵. La justification de cette absence de jurés est de préserver l'indépendance d'esprit de ceux qui vont juger ces criminels. Les jurés

⁸⁴⁹ *Supra* : Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.

⁸⁵⁰ Voir notamment, GUINCHARD (S) et BUISSON (J), op. cit., p. 186.

⁸⁵¹ En matière militaire la cour d'assises est composée spécialement lorsqu'il existe un risque de divulgation d'un secret de défense nationale. En ce sens, voir notamment : LAZERGES-COUSQUER (L), op. cit., p. 517 ; GUINCHARD (S) et BUISSON (J), op. cit., p. 203, § 182.

⁸⁵² DC, 3 septembre 1986, DC n° 86-21.

⁸⁵³ DC, 3 septembre 1986, DC n° 86-21, considérant n° 13.

⁸⁵⁴ GUINCHARD (S) et BUISSON (J), op. cit., p. 193, § 167 *in fine*.

⁸⁵⁵ *Ibid.*

soumis à une pression extérieure, qu'on peut imaginer des plus impressionnante, ne jugeraient plus de façon impartiale. Dès lors, cette modalité d'organisation vise à promouvoir l'impartialité des cours d'assises spécialisées concernées.

459.Cependant, les JIRS qui sont spécialisées en matière de criminalité organisée et en matière économique et financière ont des cours d'assises normalement composées alors qu'il s'agit également d'une délinquance puissante. Le critère de la préservation des jurés pourrait également trouver à s'appliquer. De plus, la présence des jurés, qui ne permet pas un jugement rapide des affaires, participe au recours fréquent à la correctionnalisation⁸⁵⁶. Ceci est favorable à l'impartialité car le jugement sera alors le fait de juges professionnels aguerris pour ce type d'infractions complexes mais, les juges ne pourront plus sanctionner aussi fortement l'infraction correctionnalisée.

460.Enfin, la spécialisation des juges du jugement a des conséquences négatives potentielles sur leur impartialité mais elle est rendue nécessaire du fait de la nature de la criminalité. Il faut donc que les juges du jugement prennent conscience de l'altération possible de leur jugement due à une spécialisation sur un type de criminalité. Ceci semble pouvoir être compensé par la collégialité systématisée des tribunaux correctionnels spécialisés ce qui est favorable à l'impartialité. En outre, le législateur doit encore parfaire le modèle des cours d'assises spécialisées *ratione materiae*. Il est surprenant et dangereux pour l'impartialité que les cours d'assises spécialisées en matière économique et financière ou en matière de criminalité organisée (hors terrorisme) soient encore dotées de jurés alors même que les délinquants jugés sont souvent très puissants, ce qui n'est pas sans risque pour l'impartialité des jurés et donc de la cour d'assises tout entière, *de facto* de la justice. L'impartialité n'est donc pas préservée de la même façon selon la matière criminelle objet de la spécialisation.

⁸⁵⁶ DALLEST (J), La JIRS de Marseille : un lustre d'activité dans la lutte contre la grande criminalité, *AJ Pénal*, 2010, p. 114.

Conclusion Chapitre 2

461. Les juridictions de jugement spécialisées, en fonction des personnes jugées ou de la matière pénale concernée, ne bénéficient pas toutes d'un principe d'impartialité garanti par des principes procéduraux forts.

462. Parmi les juridictions spécialisées *ratione personae*, le tribunal pour enfant aurait dû connaître un progrès marquant *a priori* favorable à l'impartialité. En effet, à la suite de la déclaration d'inconstitutionnalité du cumul des fonctions d'instruction et de jugement, le législateur devait intervenir pour restaurer ledit principe devant le tribunal pour enfants. Toutefois, en adoptant une interprétation erronée des décisions du Conseil constitutionnel, le législateur n'a cantonné cette interdiction de cumul qu'au seul cumul « *de la fonction d'instruction de renvoi* » et de jugement devant le tribunal pour enfants. Ainsi, au regard de l'impartialité, la protection conférée demeure incomplète car trop restrictive. En conséquence, limiter l'interdiction du cumul entre l'instruction et le jugement à la seule décision de renvoi accroît par la même l'importance de la Cour EDH. Cette dernière pourra être appelée à connaître des cas de cumuls d'instruction et de jugement, conformes à la prévision législative française mais qui atteindraient une ampleur telle qu'ils pourraient être jugés contraires au droit de la Convention EDH. Donc la Cour EDH est toujours susceptible d'intervenir en matière d'impartialité du tribunal pour enfants du fait d'une restauration partielle dudit principe par le législateur français. En outre, cette nouvelle disposition législative n'est pas à l'abri d'une censure par le Conseil constitutionnel.

463. Ensuite, la CJR, qui est spécialisée en matière de crimes et délits commis par les membres du gouvernement dans l'exercice de leur fonction, connaît un ajustement, favorable à l'impartialité, de la collégialité, des garanties procédurales d'audience et de la motivation mais qui demeure affecté par la dépendance des juges parlementaires à l'égard du contexte politique. Donc la CJR se caractérise par un risque fort de partialité voire par une présomption de partialité. Il faudrait, une bonne fois pour toute, adopter une réforme constitutionnelle qui porterait suppression de la CJR afin que les membres du gouvernement soient jugés par les tribunaux ordinaires et non plus par la CJR dont-on connaît le risque fort de partialité.

464. Enfin la spécialisation des juridictions pénales en fonction de la matière entraîne une spécialisation des magistrats qui les composent sur un type précis de contentieux par principe grave ou complexe. Donc, certains juges du jugement ne connaissent plus de l'ensemble des

infractions pénales mais seulement d'une délinquance en particulier. Cette spécialisation répond à des justifications pratiques réelles que sont la volonté d'avoir sur ce type de contentieux, des juges aguerris et la volonté de satisfaire un intérêt financier puisque ces juges spécialisés ont une compétence territoriale élargie. De plus, au sein de ces juridictions, la collégialité est systématisée, ce qui est favorable à l'impartialité, tout comme l'est l'éviction des jurés qui doit néanmoins être généralisée à toutes les juridictions spécialisées en matière de criminalité complexe ou grave. Cependant, ces éléments positifs ne doivent pas gommer le fait que la spécialisation peut avoir un effet négatif sur l'impartialité. Les juges spécialisés peuvent être amenés à avoir une appréciation fondée sur la gravité et la complexité entraînant une perte de neutralité. Il faut donc que les juges spécialisés aient conscience de ce risque pour toujours le maîtriser.

Conclusion Titre 2

465. Les principes considérés comme des soutiens pour l'impartialité ont une intensité variable suivant la juridiction et la procédure concernées. Ces principes sont non seulement les garanties institutionnelles de la séparation des fonctions et de la collégialité mais également les garanties procédurales d'audience - la publicité, le contradictoire et l'oralité des débats - et post-audience, à savoir la motivation des décisions.

466. L'analyse de l'intensité des principes procéduraux, considérés comme des soutiens pour l'impartialité, selon qu'ils s'appliquent aux juridictions de droit commun en matière criminelle ou délictuelle, ou devant les juridictions spécialisées *ratione personae* ou *ratione materiae* permet principalement de déceler deux mouvements dans l'intensité desdits principes.

467. Le premier mouvement réside dans une rigueur des principes procéduraux, soutiens de l'impartialité, proportionnelle à la gravité de l'infraction. En ce sens, en matière criminelle devant les juridictions de droit commun ou en matière délictuelle et criminelle devant les juridictions spécialisées *ratione materiae*, les principes soutiens de l'impartialité sont globalement forts. Dans ce contexte l'impartialité est correctement soutenue, garantie.

468. Le second mouvement est relatif à la matière délictuelle et réside au contraire dans un affaiblissement des principes procéduraux soutiens de l'impartialité dont la collégialité fait l'objet d'un affaiblissement prononcé, il est possible de parler d'affaiblissement intense de la collégialité en matière correctionnelle. En effet, elle est continuellement marginalisée, tant dans la procédure ordinaire que dans certaines procédures accélérée telle la CRPC, et ce au détriment de l'impartialité dont elle normalement un soutien.

469. Au-delà de ce double mouvement, la CJR connaît l'existence de principes procéduraux favorables à l'impartialité mais qui sont atténués, annihilés, par la dépendance des juges parlementaires ce qui est néfaste à leur impartialité. Quant au tribunal pour enfants, le principe de la séparation des fonctions d'instruction et de jugement n'a été que très partiellement restauré puisqu'il est limité à la seule décision de renvoi. Ainsi, l'impartialité n'est toujours pas garantie de façon adéquate. Dès lors, ce nouveau dispositif n'est pas à l'abri d'une condamnation par la Cour EDH ou d'une censure par le Conseil constitutionnel.

470. En conséquence, il faut retenir que l'impartialité est dépendante de nombreux principes procéduraux qui concourent à sa sauvegarde. Il convient donc de ne pas les fragiliser excessivement afin de ne pas accroître toujours plus le risque de partialité.

Conclusion Partie 1

471. La Cour EDH a façonné le principe d'impartialité du tribunal qui constitue l'exigence première de l'article 6, §-1 de la Convention EDH. Le tribunal a pour mission de décider « *du bien-fondé de toute accusation en matière pénale* » ce qui correspond notamment au rôle dévolu aux magistrats lors du jugement. Lorsqu'elle donne son appréciation de l'impartialité du tribunal, au sens de cet article, elle le fait en retenant deux appréciations successives différentes.

Tout d'abord, elle retient l'apparence de partialité qui est émise pour la première fois dans l'arrêt Piersack. Ce cas d'espèce était relatif à un cumul des fonctions de poursuite et de jugement par le premier substitut du procureur du Roi à Bruxelles. Aussi, l'application, par la Cour EDH, de la théorie de l'apparence n'est certainement pas étrangère au cas de cumul très grave de l'arrêt Piersack. Cette théorie de l'apparence appliquée à l'impartialité amène la Cour EDH à fonder ses décisions sur une apparence de partialité, c'est-à-dire une présomption-preuve de partialité lorsqu'est en cause l'impartialité fonctionnelle. Au contraire et de manière constante, lorsqu'est en cause l'impartialité personnelle du magistrat, la Cour EDH appliquera une présomption-postulat d'impartialité c'est-à-dire, une apparence d'impartialité personnelle et ce même après son changement d'appréciation en faveur de la réalité. La théorisation de l'apparence, appliquée à l'impartialité permet désormais d'en avoir une définition précise. Malgré les avantages conférés par l'apparence de partialité, que sont notamment la prévisibilité de la jurisprudence, ainsi que la facilité de preuve de la partialité fonctionnelle pour les justiciables, elle sera abandonnée presque totalement.

Ensuite, avec l'arrêt Hauschildt rendu le 24 mai 1989, l'apparence laisse place, en ce qui concerne l'impartialité fonctionnelle, à la partialité réalité, la partialité prouvée. Le simple soupçon fondé sur les apparences devient insuffisant. La Cour EDH s'attache donc à l'ampleur du cumul des fonctions. Cependant, la partialité réalité ne repose pas sur des critères stables, elle est une appréciation imprévisible. En ce sens, au contraire de l'apparence de partialité, le simple cumul des fonctions n'est plus suffisant pour constater la partialité apparente, la Cour EDH fait donc une analyse *in concreto* des éléments du cumul qui pourront être, selon leur ampleur, compatibles ou non avec l'impartialité conventionnelle. Ainsi, des hypothèses de cumuls qui impliqueraient les mêmes fonctions pourront, selon l'ampleur du cumul, être conformes ou contraires au principe d'impartialité tel qu'apprécié par la Cour EDH.

472.L'impartialité fonctionnelle a donc été soumise à deux appréciations distinctes. L'apparence de partialité et la partialité réalité ou l'impartialité réalité. Le droit de la Convention EDH a eu le mérite d'édifier un socle *a minima* relatif au principe d'impartialité et dont les effets salvateurs sont visibles en droit interne. En outre, cette analyse approfondie des deux appréciations conventionnelles était nécessaire car trop longtemps, elles ont été maniées sans en préciser la définition exacte. L'impartialité conventionnelle a contribué à une renaissance de ce principe d'impartialité dans la procédure pénale française en témoigne notamment la réforme du tribunal pour enfants.

473.En outre, en partant de cette obligation conventionnelle, il apparaît que l'impartialité des magistrats lors du jugement dans la procédure pénale interne n'est pas garantie de façon identique selon la juridiction considérée. Certaines juridictions spécialisées, sous l'influence du droit conventionnel, ont été partiellement réformées. Tel est le cas du tribunal pour enfants mais qui, faute d'une réforme aboutie pour restaurer une impartialité fonctionnelle absolue, risque encore d'être désavoué par la Cour EDH.

474.Par ailleurs, la CJR est encore composée de juges dépendants du contexte politique auquel appartiennent les personnes qu'ils ont à juger. La solution la plus salvatrice en termes d'impartialité est qu'une réforme constitutionnelle soit adoptée afin de supprimer la CJR dont la partialité ou le risque de partialité est prégnant.

475.Enfin, la gravité de l'infraction a un impact sur la teneur des principes au soutien l'impartialité puisque ceux-ci sont puissants en matière de criminalité grave ou complexe alors qu'ils sont affaiblis devant les juridictions de droit commun compétentes en matière délictuelle. Dans ce dernier cas l'affaiblissement des principes au soutien de l'impartialité est d'une intensité variable ; la faiblesse est soit modérée, soit prononcée.

476.L'étude de l'impartialité des magistrats lors du jugement, qui représente l'exigence première de l'article 6, §-1, n'épuise pas la question de l'impartialité des magistrats dans la procédure pénale française à l'aune du droit de la Convention EDH. En effet, il convient d'orienter cette étude vers l'impartialité des magistrats avant le jugement ce qui constitue l'extension de l'article 6, §-1.

**PARTIE II : L'IMPARTIALITÉ DES
MAGISTRATS AVANT LE
JUGEMENT, L'EXTENSION DE
L'ARTICLE 6, §-1**

477. L'article 6, §-1 de la Convention EDH vise « l'indépendance et l'impartialité du tribunal ». *A priori*, cette prévision conventionnelle ne concerne qu'une partie des magistrats intervenants dans la procédure pénale. En ce sens, la notion de tribunal renvoie à celle de juridiction ayant pour « mission de juger ». C'est-à-dire une juridiction qui a le pouvoir et le devoir de rendre la justice par l'application du droit⁸⁵⁷. À l'aune de cette acception, il apparaît que l'impartialité conventionnelle ne concerne pas les magistrats qui interviennent avant le jugement, à savoir les magistrats intervenants au cours de l'instruction ainsi que les magistrats du parquet. Aussi convient-il de s'interroger sur l'extension de l'article 6, §-1 aux magistrats qui interviennent dans cette phase préparatoire du jugement.

478. En effet, l'impartialité des magistrats avant le jugement est une question tout aussi importante que celle relative à l'impartialité des juges du jugement. Les magistrats qui interviennent en amont du jugement mettent le dossier en état d'être jugé ainsi leur tâche est cruciale puisqu'elle constitue le socle de l'intervention subséquente des juges du jugement.

479. L'extension de l'article 6, §-1 de la Convention EDH bien que limitée est admise pour les magistrats dans l'instruction (Titre 1) à condition que cette exigence d'impartialité, durant l'instruction, soit formellement reconnue dans le droit interne en cause⁸⁵⁸. Il conviendra donc de s'attacher à ce cas particulier dans lequel le droit national conditionne, par sa reconnaissance préalable de l'impartialité conventionnelle durant l'instruction, l'application par la Cour EDH du principe d'impartialité à l'instruction.

480. Au contraire et de façon attendue, l'extension de l'article 6, §-1 est impossible pour les magistrats du parquet mais elle est surmontée par l'appréciation, donnée par la Cour EDH de l'article 5, §-3 de la Convention EDH. Ainsi, dans ce cas, il convient de parler d'extension difficile de l'exigence conventionnelle d'impartialité (Titre 2). L'article 5, §-3 de la Convention EDH prévoit que « *toute personne arrêtée ou détenue, dans les conditions prévues au paragraphe 1.c) du présent article, doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires [...]* ». Ainsi, lorsque la

⁸⁵⁷ CORNU (G), *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige Dicospoche, PUF, 11^{ème} éd., 2016, « Tribunal » et « Juridiction ».

⁸⁵⁸ CEDH, VERA FERNANDEZ-HUIDOBRO c. Espagne, 6 janvier 2010, requête n° 74181/01. Sur ce point voir *infra* : Titre 1, Chapitre 1, Section 2, §-2.

Cour EDH apprécie la notion de « *magistrats habilité* », elle sera amenée à appréhender notamment la question de l'impartialité du parquet⁸⁵⁹ ce qui intéresse notre étude.

⁸⁵⁹ En effet, lorsqu'elle applique cet article 5, §-3 (restreint au domaine de la liberté) elle a été amenée à connaître de l'impartialité du « juge » d'instruction suisse dépendant du parquet. L'impartialité issue de l'article 5, §-3 sera analysée dans le titre 2 de cette partie. CEDH, H.B c. Suisse, 5 avril 2001, requête n° 26899/95.

Titre 1 : L'impartialité dans l'instruction, les effets limités de l'extension de l'article 6, §-1

481. Le principe d'impartialité appliqué à la procédure pénale de jugement a largement été impulsé par le droit de la Convention EDH qui l'a modelé au gré de ses appréciations plus ou moins exigeantes⁸⁶⁰. Le droit conventionnel, qui est subsidiaire, a le mérite d'édifier un socle commun au-delà duquel les États peuvent légiférer sans jamais pouvoir aller en deçà au risque d'être condamnés par la Cour EDH. Dès lors, même lacunaire une consécration conventionnelle est, d'autant plus en l'absence d'affirmation en droit interne, un premier espoir d'amélioration qui permet ensuite aux États audacieux de dépasser les éventuelles limites recensées. Cependant, il est des cas dans lesquels les modèles internes sont, dès l'origine, plus exigeants que le droit conventionnel ce qui est notamment le cas de l'impartialité dans l'instruction⁸⁶¹.

482. L'impartialité dans la phase d'instruction ne fait pas exception à la consécration conventionnelle. Mais, dans ce cas, elle est conditionnée par la reconnaissance en droit interne du principe l'impartialité dans l'instruction.

Ainsi, la Cour EDH a explicitement confirmé l'application du principe d'impartialité, de l'article 6, §-1, à l'instruction dans son arrêt du 6 janvier 2010⁸⁶² et ce du fait de la reconnaissance formelle du principe d'impartialité lors de l'instruction par le droit de l'État en cause. La solution semblait naturelle et inévitable tant une appréciation restrictive des exigences de la convention ne cadrerait pas avec l'un de ses buts qui est de « *protéger des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs* »⁸⁶³. Néanmoins, elle constitue un cas particulier dans lequel la législation nationale détermine l'application du droit conventionnel.

En outre, l'extension de la notion conventionnelle de tribunal impartial à l'instruction était prévisible. Tout d'abord, compte tenu de l'article 53 de la Convention EDH selon lequel la protection conventionnelle ne doit pas être moindre que celle des États partis. Ensuite, compte

⁸⁶⁰ *Supra* : Partie 1, Titre 1.

⁸⁶¹ *Supra* : Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, §-1.

⁸⁶² CEDH, VERA FERNANDEZ-HUIDOBRO c. Espagne, 6 janvier 2010, requête n°74181/01.

⁸⁶³ CEDH, VERA FERNANDEZ-HUIDOBRO c. Espagne, op.cit., §-109 ; CEDH, AIREY c. Irlande, 9 octobre 1979, requête n° 6289/73, §-32.

tenu du principe de subsidiarité⁸⁶⁴. Cependant, ce qui est plus surprenant, critiquable est l'appréciation conventionnelle *a minima* de l'impartialité dans l'instruction (Chapitre 1) qu'il conviendra de dépasser afin d'analyser le renforcement national de l'exigence conventionnelle de l'impartialité dans l'instruction (Chapitre 2).

⁸⁶⁴ « Au-delà de l'article 6, paragraphe 1, la Cour invoque l'argument de la coordination des droits : la Convention, parce que soumise au principe de subsidiarité « vient renforcer (...) la protection qui en est offerte au niveau national » (§ 112). Or, tant du point de vue des textes juridiques espagnols que pour le Tribunal constitutionnel espagnol, le juge d'instruction doit respecter le principe d'impartialité. Partant, la Cour conclut que l'article 6, paragraphe 1, trouve à s'appliquer au juge central d'instruction. » in, Decaux (Emmanuel), Tavernier (Paul) et Boumghar (Mouloud) et al., Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme (année 2010) », Journal du droit international – Clunet, n° 4, octobre-novembre-décembre 2011, p. 1281 et s.

Chapitre 1 : L'appréciation conventionnelle *a minima* de l'impartialité dans l'instruction

483. L'application de la notion conventionnelle de tribunal impartial à l'instruction ne faisait presque aucun doute du fait de la combinaison du principe de subsidiarité, qui repose sur la « *reconnaissance de l'autonomie nationale* »⁸⁶⁵, avec l'article 53 de la Convention EDH et la position de la Cour EDH⁸⁶⁶ qui interdit que la protection conventionnelle soit moindre que celle qui est proclamée dans le droit national concerné et enfin du fait de la reconnaissance de l'application de l'impartialité lors de « l'instruction » lorsqu'est en cause une décision sur la détention⁸⁶⁷.

484. Dès lors, il est logique d'analyser le système premier⁸⁶⁸ de protection de l'impartialité qu'est, pour le droit interne français, le modèle français de l'instruction. En effet, le droit conventionnel est subsidiaire, secondaire par rapport aux droits nationaux, il vient donc suppléer le droit national qui demeure le premier à s'appliquer.

485. Par ailleurs, la Convention EDH ne consacre pas dans son article 6, §-1 l'impartialité dans la phase d'instruction puisqu'il est seulement fait référence au « tribunal »⁸⁶⁹ mais ce droit étant subsidiaire il n'empêche aucunement les États d'aller au-delà et si tel est le cas la Cour EDH proclamera l'application du principe admis en droit interne puisqu'elle refuse d'être moins protectrice que le droit national et ce conformément à la prescription de l'article 53 de la Convention EDH. Donc, la Cour EDH sera en quelque sorte contrainte par le droit national, qui aura en amont formellement reconnu l'obligation d'impartialité dans l'instruction, de faire application du principe conventionnel d'impartialité dans cette phase du procès.

⁸⁶⁵ SUDRE (F), *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, Classiques, 12^{ème} éd., 2015, §-142

⁸⁶⁶ CEDH, VERA FERNANDEZ-HUIDOBRO c. Espagne, op.cit., §-112 : « À ce propos, la Cour observe que le droit espagnol exige par ailleurs que le juge d'instruction, chargé d'instruire tant à charge qu'à décharge, réponde à des critères d'impartialité. Par son système de garantie collective des droits qu'elle consacre, la Convention vient renforcer, conformément au principe de subsidiarité, la protection qui en est offerte au niveau national (Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie, arrêt du 30 janvier 1998, § 28, Recueil 1998-I), conformément à son article 53. »

⁸⁶⁷ *Infra* : Partie 2, Titre 2, Chapitre 1.

⁸⁶⁸ Premier doit être entendu par opposition à secondaire.

⁸⁶⁹ *Infra* : ce chapitre, section 2, §-1, A- L'interprétation textuelle de la notion de « tribunal », l'exclusion de l'instruction.

486. Il est donc opportun d'analyser l'impartialité comme découlant du modèle français de l'instruction (Section 1) pour ensuite s'attacher à l'impartialité conventionnelle limitée lors de l'instruction (Section 2).

Section 1 : L'impartialité conventionnelle découlant du modèle français de l'instruction

487. La Commission des questions juridiques et des droits de l'Homme⁸⁷⁰ a, dans son rapport du 7 août 2009, décidé qu'il existe « *quatre grandes catégories de systèmes de justice pénale, à savoir les systèmes anglais, français, allemand et russe* »⁸⁷¹. Cette Commission reconnaît que la procédure pénale française fait partie des quatre modèles de justice existants au sein du Conseil de l'Europe auquel se rattache les systèmes procéduraux d'autres États membres parmi lesquels demeurent Andorre, la Belgique, la Grèce, le Luxembourg, les Pays-Bas, Monaco, Saint-Marin, l'Espagne, la Suisse et la Turquie, avec pour chacun d'eux certaines particularités. Donc, le modèle français de l'instruction est, selon cette Commission, représentatif d'un système de justice pénale présent dans un certain nombre d'États membres du Conseil de l'Europe. Ainsi, seul le modèle français sera ici retenu en tant « *qu'exemple* »⁸⁷² d'un des principaux systèmes de justice pénale en Europe.

488. Dans le modèle français de justice pénale, les magistrats qui interviennent durant la phase d'instruction sont des magistrats du siège devant être impartiaux et qui bénéficient à ce titre d'une indépendance statutaire. Dès lors, il sera fait référence d'une part, au statut des magistrats du siège français applicable notamment aux juges intervenants au cours de l'instruction et d'autre part, à la mission de l'instruction dans la procédure française d'autre part. En d'autres termes, divers caractères de l'instruction révèlent l'impartialité des juges qui la mènent. En premier lieu, le statut des juges⁸⁷³ intervenants dans l'instruction est vecteur

⁸⁷⁰ La plupart des rapports examinés par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe en session plénière ou par la Commission permanente sont préparés par une commission telle la Commission des questions juridiques et des droits de l'homme.

Les dits rapport ne sont pas du droit de la Convention EDH mais il est intéressant pour cette analyse de s'appuyer sur les conceptions développées au sein du Conseil de l'Europe.

⁸⁷¹ Rapport de la Commission des questions juridiques et des droits de l'homme, 7 août 2009, Doc. 11993, disponible en ligne :

<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-fr.asp?fileid=12276&lang=fr>.

Cette Commission a eu pour mission de faire un rapport suite à une proposition de résolution de l'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, résolution sur *les allégations d'utilisation abusive du système judiciaire répressif, motivée par des considérations politiques, dans les États membres du Conseil de l'Europe*, adoptée le 30 septembre 2009 à l'unanimité.

Dans son rapport la Commission distingue quatre systèmes de justice pénale de référence que sont la France, le Royaume-Uni, l'Allemagne et la Fédération de Russie. Dès lors, cette classification permet de s'attacher exclusivement au modèle français en tant que modèle de référence au sein du Conseil de l'Europe.

⁸⁷² Rapport de la Commission des questions juridiques et des droits de l'Homme, 7 août 2009, Doc. 11993, op. cit., §-9.

⁸⁷³ L'utilisation du vocable juge est justifié par l'objet de ce titre qui sera dédié à l'impartialité des seuls juges du siège intervenant dans l'instruction. Au contraire le second titre sera dédié à l'impartialité des

d'impartialité (§-1) en second lieu, la mission d'instruction nécessite l'impartialité des juges (§-2).

§-1 : Le statut protecteur des juges vecteur d'impartialité dans l'instruction

489. Les juges en charge de l'instruction⁸⁷⁴ sont des magistrats du siège, ils ont la qualité d'autorité judiciaire et à ce titre bénéficient d'un statut protecteur. En effet, l'article 64 de la Constitution française 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. Une loi organique porte statut des magistrats. Les magistrats du siège sont inamovibles.* » Les juges qui interviennent dans la phase d'instruction ont, comme tous les juges du siège, un statut permettant l'impartialité, ils sont indépendants et inamovibles et en tant que juges spécialisés bénéficient parfois d'une protection accrue. En d'autres termes, « *le caractère de l'instructeur, son indépendance, son intégrité, donnent à l'inculpé, dans ce système, un défenseur naturel, arbitre impartial entre lui et l'accusateur* »⁸⁷⁵.

490. L'indépendance, clé de voûte du statut, est commune à tous les juges du siège⁸⁷⁶ *de facto* elle s'applique au juge dans l'instruction. La présente démonstration consiste à analyser les caractères de l'instruction, au titre desquels demeure l'indépendance qui permet d'accéder à l'impartialité. L'indépendance des juges dans l'instruction est étroitement liée à l'inamovibilité qui est un moyen d'en assurer son effectivité. En effet, l'inamovibilité « *correspond au besoin d'assurer aux magistrats l'indépendance et la dignité dans leur vie et constitue surtout une garantie de bonne justice pour les justiciables* »⁸⁷⁷, elle « *est assurément la pierre angulaire du dispositif pour garantir l'indépendance des juges* »⁸⁷⁸. L'inamovibilité est vectrice d'indépendance elle sera donc analysée dans les développements dédiés à

magistrats du parquet. Sur la distinction juges et magistrats : GUINCHARD (S), MONTAGNIER (G), VARINARD (A), DEBARD (T), *Institutions juridictionnelles*, Dalloz, Précis, 11^{ème} éd., 2011, p. 832, §-767.

⁸⁷⁴ Cette expression doit être entendue *largo sensu* puisqu'il faut comprendre tous les juges dans l'instruction et pas seulement le juge d'instruction, c'est-à-dire qu'il faut intégrer le Juge des libertés et de la détention et les juges de la Chambre de l'instruction.

⁸⁷⁵ GARRAUD (R), *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, Sirey, 1912, Tome Trois, p. 10, §-767.

⁸⁷⁶ Nous verrons que l'indépendance à l'égard de l'exécutif fait défaut pour les magistrats du parquet c'est d'ailleurs cette carence qui permet notamment de leur dénier la qualité d'autorité judiciaire telle qu'elle est conçue en droit conventionnel. *Infra* : Partie 2, titre 2.

⁸⁷⁷ GUINCHARD (S), MONTAGNIER (G), VARINARD (A), DEBARD (T), *Institutions juridictionnelles*, op. cit., p. 166, §-111.

⁸⁷⁸ VACCARO (V), op. cit., p. 313.

l'indépendance statutaire, c'est-à-dire à l'indépendance à l'égard de l'exécutif, indépendance qui est une condition indispensable pour parvenir à l'impartialité⁸⁷⁹. Comment attendre d'un juge dépendant de l'exécutif qu'il soit impartial ? Il lui est impossible, dans une telle situation, d'atteindre l'impartialité puisque dès le départ il est susceptible d'être influencé, d'être l'objet de pression de la part de l'autorité dont il dépend. Il pourrait recevoir des instructions, des ordres, auxquels il lui serait difficile de résister, ce qui est inconciliable avec l'impartialité⁸⁸⁰.

491. Sera exclue de cette analyse l'indépendance à l'égard des parties au procès qui rejoint précisément le principe d'impartialité fonctionnelle ou personnelle analysé précédemment⁸⁸¹ ou le principe de la séparation des fonctions lorsqu'est en cause l'indépendance à l'égard de la partie qui soutient l'accusation⁸⁸².

492. Enfin, il faut préciser que les juges sont des agents du service public de la justice, ils sont des fonctionnaires⁸⁸³, il existe donc une « *dépendance organique* »⁸⁸⁴ des juges à l'égard de l'exécutif. Dès lors, il faut conjuguer la mission de service public avec un statut qui permet l'indépendance à l'égard de l'exécutif. Cette indépendance dite objective⁸⁸⁵ implique notamment « *la suppression du lien de subordination hiérarchique* »⁸⁸⁶.

493. Avant d'analyser l'indépendance statutaire des magistrats du siège applicable au juge dans l'instruction, il convient de rappeler la force juridique dudit principe en recensant les normes qui le contiennent et ce en dépassant le seul droit de la Convention EDH.

Tout d'abord, l'article 6, §-1 de la Convention EDH impose que la justice soit rendue par un « *tribunal*⁸⁸⁷ *indépendant et impartial* ». Dans cette prévision textuelle conventionnelle⁸⁸⁸

⁸⁷⁹ Le Conseil constitutionnel a quant à lui affirmé que le « *principe d'indépendance est indissociable de l'exercice de fonctions judiciaires* », fonction judiciaire qui doit nécessairement être impartiale, DC, 21 février 1992, n° 92-305, §-64.

⁸⁸⁰ En ce sens voir *supra* : Partie 1, Titre 1, chapitre 1 et *infra* section 2 de ce chapitre.

⁸⁸¹ *Supra* : Partie 1.

⁸⁸² *Infra* : Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, §-1 Le renforcement de l'impartialité par la séparation des fonctions de poursuite et d'instruction.

⁸⁸³ Voir notamment : GUINCHARD (S), MONTAGNIER (G), VARINARD (A), DEBARD (T), *Institutions juridictionnelles*, Dalloz, Précis, 11^{ème} éd., 2011, p.162, §-107.

⁸⁸⁴ GUINCHARD (S), MONTAGNIER (G), VARINARD (A), DEBARD (T), *Institutions juridictionnelles*, Dalloz, Précis, 11^{ème} éd., 2011, p. 161, §-107 ; JOSSERAND (S), *L'impartialité du magistrat en procédure pénale*, LGDJ, Bibliothèque des sciences criminelles tome 33, 1998, p. 448.

⁸⁸⁵ VACCARO (V), *Le statut des juges et des magistrats professionnels sous la cinquième république*, Thèse soutenue publiquement le 19 décembre 2012, sous la direction d'Henri COMTE, p. 13

⁸⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁸⁷ *Infra* : ce chapitre, Section 2 : L'impartialité conventionnelle limitée.

le principe d'indépendance devance celui de l'impartialité ce qui est significatif de la nécessité du premier pour espérer satisfaire le second. Sans indépendance⁸⁸⁹ il est impossible d'atteindre l'impartialité, dans un tel cas le magistrat peut ne plus être considéré comme une autorité judiciaire⁸⁹⁰. Cette nécessité de l'indépendance pour rendre la justice a été affirmée à plusieurs reprises par le Conseil de l'Europe⁸⁹¹ et notamment dans sa recommandation adoptée le 17 novembre 2010⁸⁹² qui prévoit que « *l'indépendance, telle que consacrée par l'article 6 de la Convention, vise à garantir à toute personne le droit fondamental de voir son cas jugé équitablement, sur le seul fondement de l'application du droit et en l'absence de toute influence indue* »⁸⁹³ et que « *l'indépendance de chaque juge est protégée par l'indépendance du pouvoir ou de l'autorité judiciaire dans son ensemble et elle constitue, en ce sens, un aspect fondamental de l'État de droit* »⁸⁹⁴. Cette recommandation a été adoptée afin d'actualiser et de remplacer celle du 13 octobre 1994⁸⁹⁵ ce qui est révélateur de l'importance continue qu'attache le Conseil de l'Europe à ce principe d'indépendance de la justice qu'il qualifie d' « *élément inhérent à l'État de droit et indispensable à l'impartialité des juges et au fonctionnement du système judiciaire* »⁸⁹⁶.

Ensuite, l'article 64 de la Constitution française 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. Une loi organique porte statut des magistrats. Les magistrats sont inamovibles* »⁸⁹⁷. Donc l'inamovibilité et l'indépendance des juges du siège, *de facto* des

⁸⁸⁸ « Cette liaison entre indépendance et impartialité est marquée dans la rédaction de l'article 6-1 de la Convention EDH [...] », in GUINCHARD (S), MONTAGNIER (G), VARINARD (A), DEBARD (T), *Institutions juridictionnelles*, Dalloz, Précis, 11^{ème} éd., 2011, p. 161, §-107.

⁸⁸⁹ *Supra* : Partie 1, Titre 2, chapitre 2, Section 1, §-2.

⁸⁹⁰ *Infra* : Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 1 : L'absence d'impartialité fondée sur la dépendance du ministère public à l'égard de l'exécutif.

⁸⁹¹ À ce titre, il sera fait référence, lorsque cela sera nécessaire, justifiée, à certains textes émanant du Conseil de l'Europe. Cependant, il faut bien garder présent à l'esprit que ce droit dépasse le droit de la Convention EDH.

⁸⁹² Recommandation du comité des ministres, Recommandation du 17 novembre 2010, Rec. (2010)12, Recommandation du comité des ministres aux États membres sur les juges : indépendance, efficacité et responsabilité, disponible en ligne :

[https://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/CDCJ%20Recommendations/CMRec\(2010\)12F_%20juges.pdf](https://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/CDCJ%20Recommendations/CMRec(2010)12F_%20juges.pdf)

⁸⁹³ Recommandation (2010)12, op. cit., article 3.

⁸⁹⁴ Recommandation (2010)12, op. cit., article 4.

⁸⁹⁵ Recommandation du Comité des ministres, Recommandation du 13 octobre 1994, Rec.(94)12, *Recommandation du comité des ministres aux États membres sur l'indépendance, l'efficacité et le rôle des juges*, disponible en ligne :

https://apps.americanbar.org/rol/docs/judicial_reform_coe_recommendation_1994_french.pdf

⁸⁹⁶ Recommandation (2010)12, op. cit., p. 5, *in fine*.

⁸⁹⁷ *Infra* : p. 246, §-564 : sur le caractère ambigu de la formulation de l'article 64.

juges dans l’instruction, sont protégées par la Constitution. De plus, c’est une loi organique⁸⁹⁸, soumise au contrôle *a priori* obligatoire du Conseil constitutionnel⁸⁹⁹, qui porte statut de la magistrature. Dès lors, l’indépendance⁹⁰⁰ bénéficie d’une haute « *protection de valeur constitutionnelle* »⁹⁰¹ ce qui est conforme au souhait du Conseil de l’Europe émis à l’article 1.2 de la Charte européenne sur le statut des juges selon lequel « *dans chaque État européen, les principes fondamentaux du statut des juges sont énoncés dans les normes internes du niveau le plus élevé et ses règles dans des normes du niveau au moins législatif* »⁹⁰².

494.L’indépendance, hautement protégée, est indispensable à l’impartialité, lors du recrutement (A) de l’avancement (B) et enfin en matière disciplinaire (C). Ces trois étapes, dans la carrière des juges du siège, peuvent constituer, selon les modalités retenues, un terrain favorable à l’ingérence de l’exécutif et donc à la mise en péril de l’impartialité des juges du siège, *de facto* des juges dans l’instruction, qui pourraient en conséquence ne plus œuvrer librement.

A- L’indépendance indispensable à l’impartialité lors du recrutement

495.Les conditions de recrutement sont déterminantes pour l’indépendance des juges. En effet, la dépendance organique entre le pouvoir exécutif et l’autorité judiciaire ne doit pas se doubler d’une dépendance statutaire auquel cas il serait impossible d’attendre des juges l’impartialité requise pour rendre des jugements ou des décisions juridictionnelles. Il convient donc d’analyser la place dévolue au pouvoir exécutif dans les phases de recrutement des juges afin de déterminer l’ampleur de leur indépendance. L’ambition du modèle théorique plutôt satisfaisant pour l’indépendance des juges du siège et donc des juges dans l’instruction (1) et l’objet d’une remise en cause partielle par la pratique (2).

⁸⁹⁸ Ordonnance n° 58-1270, 22 décembre 1958, ordonnance portant loi organique relative au statut de la magistrature, JO 23 décembre 1958, p. 11551.

⁸⁹⁹ Constitution française du 4 octobre 1958, article 61 alinéa 1 : « *Les lois organiques, avant leur promulgation, les propositions de loi mentionnées à l'article 11 avant qu'elles ne soient soumises au référendum, et les règlements des assemblées parlementaires, avant leur mise en application, doivent être soumis au Conseil constitutionnel qui se prononce sur leur conformité à la Constitution.* ». Le contrôle systématique des lois organiques et donc de celle portant statut de la magistrature oblige le législateur organique à observer le principe d’indépendance des juges du siège contenu dans la Constitution.

⁹⁰⁰ L’*inamovibilité* est également affirmée par la loi organique n° 58-1270, op. cit., article 4 : « *Les magistrats du siège sont inamovibles* ».

⁹⁰¹ GUINCHARD (S), MONTAGNIER (G), VARINARD (A), DEBARD (T), *Institutions juridictionnelles*, Dalloz, Précis, 11^{ème} éd., 2011, p. 166, §-112 et s.

⁹⁰² Charte européenne sur le statut des juges, 10 juillet 1998, Doc. (98)23, article 1.2, disponible en ligne : <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&id=1766477&Site=COE&direct=true>

1- L'ambition du modèle théorique garant d'indépendance lors du recrutement

496. Tout d'abord, le mode recrutement est, selon la modalité retenue, un facteur plus ou moins protecteur de l'indépendance. Le système majoritairement retenu en France est celui du recrutement des auditeurs de justice par la nomination après réussite du concours⁹⁰³. Ce mode de recrutement combine compétence⁹⁰⁴ et indépendance des recrutés à l'égard de l'exécutif. Ce dernier étant étranger au recrutement initial il n'y a pas de risque de servilité *ab initio* des recrutés⁹⁰⁵ vis-à-vis de l'exécutif qui seront pour certains d'entre eux des juges en charge de l'instruction. Tel serait le cas si le gouvernement recrutait directement les auditeurs de justice qui seraient alors potentiellement sous le joug de l'exécutif. Donc, le mode majoritaire de recrutement sur nomination après réussite du concours d'accès à l'École nationale de la magistrature est satisfaisant en ce qu'il préserve les auditeurs de justice de l'influence du gouvernement qui trouverait un éventuel moyen de pression s'il les avait recrutés.

497. Ensuite, à l'issue d'une formation de trente et un mois⁹⁰⁶ un jury procède au classement des auditeurs après les avoir jugés aptes à exercer la fonction judiciaire. Il s'agit du Jury d'aptitude et de classement dont les membres sont nommés par l'exécutif⁹⁰⁷ mais sur

⁹⁰³ Il existe trois types de concours pour le recrutement d'auditeurs de justice visés à l'article 17 de la loi organique n° 58-1270, op. cit. Plus marginal est le nombre d'auditeurs de justice recrutés sur titre, en effet l'article 18-1 de la loi n° 58-1270 prévoit que « *le nombre des auditeurs nommés au titre du présent article ne peut dépasser le tiers du nombre des places offertes aux concours prévus à l'article 17 pour le recrutement des auditeurs de justice de la promotion à laquelle ils seront intégrés.* ». Un autre mode encore plus marginal est le recrutement par intégration directe dans le corps prévu aux articles 22 et s. de la loi organique, pour la période du 1^{er} juillet 2012 au 30 juin 2013, la Commission d'avancement s'est prononcée sur 166 demandes d'intégration directe, elle a donné 48 avis favorables à un stage probatoire avant l'intégration directe, in Rapport d'activité de la commission d'avancement 2012-2013, p.6, disponible en ligne : http://www.metiers.justice.gouv.fr/art_pix/rapport_activite_2012_2013_avec_tableaux.pdf

⁹⁰⁴ Pour certains auteurs ce mode de recrutement par concours ne « *garantit pas la pérennité des compétences actée à un moment donné, parce que la personne recrutée peut ensuite se laisser aller à ne pas actualiser ses connaissances* », in GUINCHARD (S), MONTAGNIER (G), VARINARD (A), DEBARD (T), op. cit., p. 164, §-109. Sur ce point voir *infra* : cette section, §-1, A, 2-La remise en cause partielle par la pratique.

⁹⁰⁵ Sur cette idée de servilité voir notamment, GUINCHARD (S), MONTAGNIER (G), VARINARD (A), DEBARD (T), op. cit., p. 162, §-108.

⁹⁰⁶ Décret n° 72-355, du 4 mai 1972, décret relatif à l'École nationale de la magistrature, article 40.

⁹⁰⁷ Décret n° 72-355, op. cit., article 45 : « *La déclaration d'aptitude et la liste de classement prévues à l'article 21 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 susvisée sont établies par un jury qui est ainsi composé :*

1° *Un magistrat hors hiérarchie à la Cour de cassation, président ;*

2° *Un directeur, chef de service ou sous-directeur au ministère de la justice ou un membre de l'inspection générale des services judiciaires, vice-président ;*

3° *Un maître des requêtes au Conseil d'Etat ou un conseiller référendaire à la Cour des comptes ;*

4° *Trois magistrats de l'ordre judiciaire ;*

5° *Deux professeurs des universités chargés d'un enseignement de droit ;*

6° *Un avocat ou un avocat honoraire.*

proposition du Conseil d'administration de l'École nationale de la magistrature. La place de l'exécutif dans la constitution du Jury d'aptitude et de classement est atténuée par le fait qu'il agit sur proposition du Conseil d'administration composé majoritairement de membres qui ne sont pas nommés par le ministre de la justice⁹⁰⁸.

498. Le jury qui fait le classement peut émettre des réserves sur les fonctions pouvant être exercées par l'auditeur déclaré apte et plus radicalement il peut écarter un auditeur ou lui imposer le redoublement⁹⁰⁹. Le jury permet donc de recenser les auditeurs qui seraient considérés comme inaptes pour l'exercice de certaines fonctions, le traumatisme d'un trop jeune juge intégré comme juge d'instruction est à l'origine⁹¹⁰ de cette possibilité. Le mode de recrutement par concours permet de garantir l'indépendance des juges du siège que sont notamment les juges dans l'instruction ce qui contribue à leur impartialité.

499. Après le recrutement vient la première nomination. Les auditeurs sont nommés par décret du Président de la République sur les propositions du garde des Sceaux⁹¹¹ qui devra au préalable saisir la formation compétente du Conseil supérieur de la magistrature pour avis conforme ce qui induit une nouvelle proposition de nomination en cas d'avis défavorable de la formation⁹¹². La place de l'exécutif est révélatrice de la dépendance organique⁹¹³ entre le

Les membres du jury sont nommés par arrêté du garde des Sceaux, ministre de la justice, sur proposition du conseil d'administration. »

⁹⁰⁸ Décret n° 72-355, op. cit., article 4 : le Conseil d'administration comprend quatre membres de droit, neuf membres nommés par le ministre de la justice, deux membres nommés par arrêté conjoint du garde des Sceaux, ministre de la justice, et du ministre de l'éducation nationale, huit membres élus. Tous ces membres ont voix délibératives.

⁹⁰⁹ Loi organique n° 58-1270, op. cit., article 21 : « Un jury procède au classement des auditeurs de justice qu'il juge aptes, à la sortie de l'école, à exercer les fonctions judiciaires. Le jury assortit la déclaration d'aptitude de chaque auditeur d'une recommandation et, le cas échéant, de réserves sur les fonctions pouvant être exercées par cet auditeur, lors de sa nomination à son premier poste. Lors de la nomination de l'auditeur à son premier poste, cette recommandation, ces réserves et les observations éventuellement formulées par ce dernier sont versées à son dossier de magistrat.

Il peut écarter un auditeur de l'accès à ces fonctions ou lui imposer le renouvellement d'une année d'études.

La liste de classement est portée à la connaissance du garde des Sceaux, ministre de la justice, qui en assure la publication au Journal officiel. »

⁹¹⁰ L'article 21 de la loi organique n° 58-1270 a été modifié par la loi organique du 5 mars 2007, n° 2007-287, loi relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats, JO 6 mars 2007, n° 55, p. 4184. Cette loi a intégré la possibilité pour le Jury d'émettre des réserves.

⁹¹¹ Article 26, loi organique n° 58-1270, op. cit.

⁹¹² Loi organique n° 58-1270, op. cit., Article 26 : « Au vu de ces choix, le garde des Sceaux, ministre de la justice, saisit pour avis la formation compétente du Conseil supérieur.

En cas d'avis défavorable pour la nomination d'un auditeur à un emploi du siège, une nouvelle proposition de nomination est faite après consultation de l'intéressé et soumise pour avis à la formation compétente du Conseil supérieur. »

⁹¹³ JOSSERAND (S), op. cit., p. 448, §-36 et 37.

pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire mais l'intervention du Conseil supérieur de la magistrature permet de préserver efficacement l'indépendance fonctionnelle. Ce modèle théorique permet donc l'indépendance des juges du siège. Cependant, le recrutement des juges d'instruction, qui est soumis à ces règles protectrices pour l'indépendance, connaît une certaine remise en cause partielle par la pratique du recrutement.

2- La remise en cause partielle par la pratique

500. Le mode de recrutement est satisfaisant pour l'indépendance des magistrats du siège et *de facto* pour les juges d'instruction. Néanmoins, il est une carence qui réside dans la jeunesse des juges nommés à la fonction de juge d'instruction. Il semble difficile pour un jeune magistrat d'être nommé juge d'instruction à la sortie de l'école tant cette fonction induit une certaine maturité. Il faut pour l'exercer avoir la culture du doute qui s'acquière avec l'expérience, il serait donc opportun que ces jeunes magistrats occupent le plus souvent leur première fonction en collégialité ce qui permettrait de prolonger un peu plus leur formation.

501. La fonction de juge d'instruction ne devrait pas pouvoir être occupée au titre d'une première nomination dans la magistrature du siège ce qui rejoint l'opinion défendue par Monsieur Guy Canivet selon laquelle il faudrait que les auditeurs qui optent pour le siège soient systématiquement nommés dans des fonctions collégiales. Ainsi *« ils y apprendraient, tout à la fois, la pratique de la décision collégiale, l'appartenance à une institution organisée et collective et l'analyse critique des décisions de première instance. Pour ces jeunes magistrats, il n'y aurait pas de meilleure formation et les magistrats des cours d'appel bénéficieraient, sans aucun doute, de l'apport dynamique de ces jeunes collègues, de leur fraîcheur d'esprit et de leur science récente. Dans une collégialité, il faut le savoir, les rapports intergénérationnels sont indispensables. L'apport des conseillers référendaires à la Cour de cassation en est d'ailleurs une démonstration permanente »*⁹¹⁴. Cette exigence d'une expérience antérieure paraît salvatrice pour exercer la fonction de juge d'instruction mais elle

⁹¹⁴ Propos de Monsieur Guy Canivet lors de l'audition par la commission d'enquête parlementaire sur l'affaire d'Outreau, tirés du Rapport fait au nom de la Commission d'enquête chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l'affaire dite d'Outreau et de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement, 6 juin 2006, texte n° 3125, Présidée par M. ANDRE VALLINI, Rapporteur M. PHILIPPE HOUILLON, p. 357, disponible en ligne :

<http://www.assemblee-nationale.fr/12/pdf/rap-enq/r3125.pdf>

n'est pas suffisante, il faut également que l'avancement permette l'indépendance fonctionnelle nécessaire pour l'impartialité.

B- L'indépendance indispensable à l'impartialité lors de l'avancement

502. En premier lieu, l'avancement⁹¹⁵ qui s'inscrit dans la carrière des juges⁹¹⁶ doit, par ses conditions de mise en œuvre, préserver, garantir, l'indépendance des juges. Le Conseil supérieur de la magistrature est un acteur central dans l'avancement ce qui est salvateur car selon le Conseil constitutionnel il « *concourt à l'indépendance de l'autorité judiciaire* »⁹¹⁷. Il convient donc de démontrer l'impact positif du Conseil supérieur de la magistrature pour l'indépendance des juges.

503. Les conditions d'avancements sont différentes selon qu'il s'agit d'un avancement du second au premier grade ou d'une nomination hors hiérarchie.

Le passage du second au premier grade implique l'inscription préalable du juge souhaitant avancer sur un tableau d'avancement dressé tous les ans⁹¹⁸ par la Commission d'avancement⁹¹⁹ dont la composition est garante d'un choix objectif. En effet, cette Commission est presque exclusivement composée de magistrats dont quatorze sont élus par leurs pairs, deux sont membres « de droit » du fait des fonctions qu'ils occupent, seul un membre n'est pas magistrat, il s'agit de l'inspecteur général des services judiciaires. Cette Commission est donc composée de telle sorte qu'aucun soupçon d'ingérence de l'exécutif n'est permis. Ce n'est qu'à l'issue de cette inscription sur le tableau d'avancement que le juge peut réaliser un avancement et c'est à ce stade que le Conseil supérieur de la magistrature⁹²⁰ intervient, soit qu'il propose, soit qu'il donne un avis conforme à la proposition du garde des Sceaux. Le CSM intervient également pour la nomination des juges hors hiérarchie et ce sans intervention préalable de la Commission d'avancement. Dans quelle mesure l'intervention du

⁹¹⁵ Le régime de l'avancement est prévu par l'ordonnance n° 58-1270 (op. cit.) et par le décret n°93-21 du 7 janvier 1993 pris pour l'application de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 modifiée portant loi organique relative au statut de la magistrature.

⁹¹⁶ GUINCHARD (S), MONTAGNIER (G), VARINARD (A), DEBARD (T), *Institutions juridictionnelles*, op. cit., 865 et s.

⁹¹⁷ DC n° 2010-611, 19 juillet 2010, considérant n° 5.

⁹¹⁸ Loi organique n° 58-1270, op. cit., article 36.

⁹¹⁹ Loi organique n° 58-1270, op. cit., article 12-1. La Commission prendra en considération le dossier du juge qui comprend l'évaluation faite par le chef de juridiction.

⁹²⁰ Désormais CSM.

CSM permet de garantir l'indépendance des juges, vis-à-vis de l'exécutif, dans le déroulement de leur carrière ?

504. Tout d'abord, il faut préciser que le Conseil de l'Europe promeut l'intervention de Conseils supérieurs indépendants dans l'avancement de carrière des magistrats. En effet, ceci est notamment prévu par la Charte Européenne sur le statut des juges qui préconise que « *pour toute décision affectant la sélection, le recrutement, la nomination, le déroulement de la carrière ou la cessation de fonctions d'un juge ou d'une juge, le statut prévoit l'intervention d'une instance indépendante du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif au sein de laquelle siègent au moins pour moitié des juges élus par leurs pairs suivant des modalités garantissant la représentation la plus large de ceux-ci* »⁹²¹. Cette préconisation d'une instance indépendante intervenant dans la carrière des juges est également affirmée dans la recommandation du 17 novembre 2010 en ces termes : « *l'autorité compétente en matière de sélection et de carrière des juges devrait être indépendante des pouvoirs exécutif et législatif. Pour garantir son indépendance, au moins la moitié des membres de l'autorité devraient être des juges choisis par leurs pairs* »⁹²².

505. Le CSM comprend deux formations dont l'une est compétente à l'égard des magistrats du siège⁹²³, *de facto* des juges en charge de l'instruction. L'analyse de ses compétences en matière d'avancement permettra de déterminer si le CSM joue le rôle d'une « *institution chargée précisément de distendre le lien organique entre la magistrature et lui* (nous rajoutons le ministre de la justice) »⁹²⁴. La composition du CSM est l'élément primordial afin de savoir s'il permet l'indépendance et donc l'impartialité des juges du siège que sont les juges en charge de l'instruction.

506. La présence de l'exécutif au sein du CSM est très marginalisée, la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008⁹²⁵ a évincé le président de la République et le garde des Sceaux des postes de président et de vice-président. En effet, il était contradictoire avec la

⁹²¹ Charte Européenne sur le statut des juges, op. cit., article 1.3.

⁹²² Rec. (2010)12, op. cit., article 46.

⁹²³ Article 65 de la Constitution de la cinquième République.

⁹²⁴ VACCARO (V), op. cit., p. 156.

⁹²⁵ Loi constitutionnelle n° 2008-724, loi du 23 juillet 2008, loi de modernisation des institutions de la Vème République, JO 24 juillet 2008, n° 0171, p. 11890.

mission du CSM qu'il soit présidé par le président de la République⁹²⁶. Ce dernier ne siège plus à la formation du CSM compétente à l'égard des magistrats du siège⁹²⁷ mais il a conservé la possibilité de désigner deux personnalités qualifiées. Le CSM semble donc émancipé du pouvoir exécutif même s'il reste la possibilité, critiquable d'un point de vue de l'indépendance, pour le garde des Sceaux de participer aux séances des formations du CSM à l'exclusion de la matière disciplinaire⁹²⁸. Cependant, s'il peut participer au débat il n'a heureusement pas le droit de voter.

507. La formation compétente à l'égard des magistrats du siège et *de facto* des juges en charge de l'instruction est composée en matière d'avancement de quinze membres ; le président qui est le premier président de la Cour de cassation, six magistrats et huit non-magistrats⁹²⁹. Les magistrats sont élus par leurs pairs⁹³⁰ sauf le premier président de la Cour de cassation qui est membre de droit. Les membres non-magistrats sont un conseiller d'État, un avocat et six personnalités qualifiées dont deux sont désignées par le président de la République, deux par le président de l'Assemblée Nationale et deux par le président du Sénat. Tous les membres ont un mandat de quatre ans non renouvelable immédiatement ce qui est un rempart contre les excès du corporatisme tant redouté du monde politique. Cette formation détient des pouvoirs en matière de nomination des juges du siège. Elle fait des propositions pour les nominations des magistrats du siège à la Cour de cassation, pour celles de premier

⁹²⁶ *Infra* : p. 246, §-564 : il reste la formulation « *incongrue* » de l'article 64, qui prévoit que le président est garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire, qu'il conviendrait de reformuler.

⁹²⁷ Ceci est également vrai pour la formation compétente à l'égard des magistrats du parquet, article 65 alinéa 3 de la Constitution : « *la formation compétente à l'égard des magistrats du parquet est présidée par le procureur général près la Cour de cassation* ».

⁹²⁸ Article 65 alinéa 9 de la Constitution française.

⁹²⁹ Article 65 alinéa 2 de la Constitution française : « *la formation compétente à l'égard des magistrats du siège est présidée par le premier président de la Cour de cassation. Elle comprend, en outre, cinq magistrats du siège et un magistrat du parquet, un conseiller d'État désigné par le Conseil d'État, un avocat ainsi que six personnalités qualifiées qui n'appartiennent ni au Parlement, ni à l'ordre judiciaire, ni à l'ordre administratif. Le Président de la République, le Président de l'Assemblée Nationale et le Président du Sénat désignent chacun deux personnalités qualifiées. La procédure prévue au dernier alinéa de l'article 13 est applicable aux nominations des personnalités qualifiées. Les nominations effectuées par le président de chaque assemblée du Parlement sont soumises au seul avis de la commission permanente compétente de l'assemblée intéressée.* »

⁹³⁰ Loi organique n° 94-100, loi du 5 février 1994 sur le Conseil supérieur de la magistrature, Article 1 : « *les magistrats membres de la formation du Conseil supérieur de la magistrature compétente à l'égard des magistrats du siège sont désignés dans les conditions suivantes* :

1° *Un magistrat du siège hors hiérarchie de la Cour de cassation élu par l'assemblée des magistrats du siège hors hiérarchie de ladite cour ;*

2° *Un premier président de cour d'appel élu par l'assemblée des premiers présidents de cour d'appel ;*

3° *Un président de tribunal de grande instance élu par l'assemblée des présidents de tribunal de grande instance, de première instance ou de tribunal supérieur d'appel ;*

4° *Deux magistrats du siège et un magistrat du parquet des cours et tribunaux, élus dans les conditions fixées à l'article 4* »

président de cour d'appel et pour celles de président de tribunal de grande instance. Les autres nominations sont faites sur proposition du garde des Sceaux mais elles requièrent l'avis conforme de la formation du CSM. Le quorum est fixé à huit membres en plus du président⁹³¹ et les avis et propositions sont pris à la majorité des voix.

508. Donc, le CSM est un organe qui garantit l'indépendance des juges du siège, *de facto* des juges dans l'instruction, car il détient en matière de nomination la possibilité soit de proposer soit de donner son avis conforme. Les conditions de nominations des juges du siège sont donc dans l'ensemble garantes de leur indépendance. Néanmoins, il est possible d'émettre une réserve sur la composition de la formation du CSM compétente à l'égard des juges du siège telle qu'elle est issue de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008⁹³². En effet, elle comprend une minorité de juges contrairement aux préconisations du Conseil de l'Europe qui incitent à la mise en place d'instances paritaires⁹³³ qui sont un gage supplémentaire d'indépendance. Dès lors, une révision constitutionnelle⁹³⁴, portant les

⁹³¹ Loi organique n° 94-100, op. cit., article 14 : « pour délibérer valablement lorsqu'elles siègent en matière disciplinaire, la formation compétente à l'égard des magistrats du siège et celle compétente à l'égard des magistrats du parquet comprennent, outre le président de séance, au moins sept de leurs membres. Dans les autres matières, chaque formation du Conseil supérieur délibère valablement si elle comprend, outre le président de séance, au moins huit de ses membres.

Les propositions et avis de chacune des formations du Conseil supérieur sont formulés à la majorité des voix. »

⁹³² En effet, il est important de noter qu'avant la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008, l'article 64 de la Constitution prévoyait que six magistrats se trouvaient face à quatre personnalités nommées par « le pouvoir politique ».

⁹³³ Charte européenne sur le statut des juges, op. cit, article 1.3 : « pour toute décision affectant la sélection, le recrutement, la nomination, le déroulement de la carrière ou la cessation de fonctions d'un juge ou d'une juge, le statut prévoit l'intervention d'une instance indépendante du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif au sein de laquelle siègent au moins pour moitié des juges élus par leurs pairs suivant des modalités garantissant la représentation la plus large de ceux-ci. (Nous soulignons) » ; Recommandation du 17 novembre 2010, op. cit., article 27 : « au moins la moitié des membres de ces conseils devraient être des juges choisis par leurs pairs issus de tous les niveaux du pouvoir judiciaire et dans le plein respect du pluralisme au sein du système judiciaire. » ; résolution sur les allégations d'utilisation abusive du système judiciaire répressif, motivée par des considérations politiques, dans les États membres du Conseil de l'Europe, adoptée par l'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe le 30 septembre 2009 à l'unanimité, résolution n° 1685, article 3.3.2 : « les représentants élus parmi les juges et les procureurs devraient être au moins aussi nombreux que les membres représentant d'autres groupes de la société, nommés par des organes politiques ».

⁹³⁴ Le projet de loi constitutionnelle portant réforme du Conseil supérieur de la magistrature (Texte n° 720, « petite loi », adopté définitivement par l'Assemblée Nationale le 26 avril 2016) prévoyait dans sa version initiale un article 2 qui disposait que « la formation compétente à l'égard des magistrats du siège comprend, outre le président du Conseil supérieur de la magistrature, sept magistrats du siège et un magistrat du parquet, ainsi que les six membres, autres que le président, mentionnés aux 3°, 4° et 5° ». Cet article n'a pas été conservé dans le projet de loi adopté définitivement par l'Assemblée Nationale le 26 avril 2016.

Donner la majorité aux magistrats au sein de la formation du CSM compétente pour les juges du siège ne fait pas l'unanimité. En effet, la préoccupation majeur en droit interne est le risque de corporatisme au contraire de celle du Conseil de l'Europe qui est plus attentive au risque de dépendance à l'égard de l'exécutif. Il y a donc une différence d'appréciation quant au risque de dépendance le plus dangereux.

magistrats sinon majoritaires du moins à parité avec les non-magistrats, serait une bonne chose pour perfectionner encore l'indépendance à l'égard de l'exécutif. Malheureusement, il existe une divergence de point de vue entre la France, plus attentive au risque de corporatisme⁹³⁵ pourtant atténué notamment par le mandat des membres du CSM qui est de quatre ans non renouvelable immédiatement et le Conseil de l'Europe, plus attentif au risque d'immixtion de l'exécutif.

509. Si des améliorations sont encore possibles, les règles organiques et constitutionnelles qui gouvernent l'avancement des juges du siège, que sont notamment les juges en charge de l'instruction, sont une garantie satisfaisante pour l'indépendance des juges⁹³⁶ et un soutien pour l'inamovibilité elle-même gage d'indépendance⁹³⁷. Cette dernière est un préalable indispensable pour l'impartialité des juges du siège et notamment des juges en charge de l'instruction qui sont libérés de toutes influences *ab initio*. En effet, « si l'indépendance n'épuise pas l'exigence d'impartialité, elle en constitue cependant un prérequis indispensable, une juge ne pouvant être considéré comme impartial s'il n'est pas d'abord

Ainsi, le rapport fait au de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi constitutionnelle (N° 815) portant réforme du Conseil supérieur de la magistrature par M. RAIMBOURG (D), le 22 mai 2013, texte n° 1050, p. 31 à 33, disponible en ligne : <http://www.assemblee-nationale.fr/14/pdf/rapports/r1050.pdf>

« [...] Les représentants de l'USM entendus par votre rapporteur ont fait valoir que la composition actuelle du CSM n'était pas conforme aux « standards » européens qui exigent que les magistrats soient majoritaires, ou du moins ne soient pas minoritaires au sein de ce type d'organismes. [...] Votre rapporteur estime qu'une composition réservant une majorité aux magistrats judiciaires va au-delà des préconisations émises par des organes consultatifs du Conseil de l'Europe – qui ne lient d'ailleurs pas notre pays. Si une majorité de non magistrats est contraire à ces préconisations, tel n'est pas le cas d'une parité entre magistrats et personnalités extérieures. [...].

Votre rapporteur a proposé par amendement, adopté par votre Commission au même titre qu'un amendement identique présenté par M. Gilles Bourdouleix, que soit établie une parité entre magistrats et non magistrats afin, pour reprendre l'expression employée par M. Daniel Ludet, conseiller à la Cour de cassation, membre du CSM, de mettre fin – espérons définitivement – à une forme de « guerre de religions » qui se concentre sur le point – relativement secondaire – de la composition du CSM et permettrait de se concentrer à l'avenir sur la question essentielle, celle des compétences dévolues au CSM. Cette proposition est d'ailleurs conforme à une des conclusions de la commission d'enquête parlementaire créée à l'occasion de l'affaire dite « d'Outreau » qui avait formulé en juin 2006 plusieurs propositions afin de restaurer la confiance des Français dans la justice.

Votre Commission a en outre adopté un amendement de M. Sergio Coronado prévoyant que, parmi les six personnalités désignées, le collège devrait choisir autant de femmes que d'hommes. »

⁹³⁵ VACCARO (V), op. cit., p. 316 : « la crainte actuelle du corporatisme judiciaire semble en effet irraisonnée car fondée sur les excès des Parlements d'Ancien Régime par le biais des arrêts de règlements, et non sur des considérations statutaires ».

⁹³⁶ JOSSERAND (S), op. cit., p. 447 et s., l'auteure fait une analyse intéressante de la composition du CSM avant et après la loi constitutionnelle du 27 juillet 1993, loi n° 93-952, loi portant révision de la Constitution du 4 octobre 1958 et modifiant ses titres VIII, IX, X et XVI.

⁹³⁷ GUINCHARD (S), MONTAGNIER (G), VARINARD (A), DEBARD (T), *Institutions juridictionnelles*, op. cit., p. 165, §-111 et p. 864-865, §-799 et s. ; VACCARO (V), op. cit., p. 314 et s. ; JOSSERAND (S), op. cit., p. 447 et s., §-34 et s.

totale­ment indépen­dant »⁹³⁸, ceci paraît évi­dent tant il est impos­si­ble d’at­tendre d’un juge dépen­dant qu’il soit impar­tial, il ne peut pas ac­céder à cette qua­li­té car il est sous le joug d’une au­to­ri­té, il peut donc po­ten­tiel­le­ment être in­fluencé par celle-ci. Un juge indépen­dant bé­né­fi­cie donc des con­di­tions préa­la­bles pour être impar­tial⁹³⁹ au con­traire du ma­gis­trat dépen­dant.

510. En deuxiè­me lieu, l’ina­mo­vi­bi­li­té con­cours à l’in­dépen­dance des juges du siège, *de facto* des juges d’instruction, elle gou­verne leur affecta­tion et vient donc ren­for­cer le prin­cipe d’in­dépen­dance et par la même rendre pos­si­ble l’impar­ti­a­li­té. Le prin­cipe d’ina­mo­vi­bi­li­té contenu dans la Con­sti­tu­tion l’est éga­le­ment dans la loi or­ga­nique portant statut de la ma­gis­tra­ture⁹⁴⁰ qui dispose que « *les ma­gis­trats du siège son inamovibles. En consé­quence, le ma­gis­trat du siège ne peut recevoir, sans son con­se­te­ment, un affecta­tion nou­velle, même en avan­ce­ment* »⁹⁴¹.

511. L’ina­mo­vi­bi­li­té est con­si­dé­rée par le Co­mi­té des mi­nistres du Conseil de l’Europe⁹⁴² comme « *un des éléments clés de l’in­dépen­dance des juges* »⁹⁴³, il affirme qu’« *un juge ne devrait recevoir une nou­velle affecta­tion ou se voir attribuer d’autres fonctions judiciaires sans y avoir con­se­te­ti, sauf en cas de sanctions disciplinaires ou de réforme de l’organisation du système judiciaire* »⁹⁴⁴. Par ailleurs, la Charte européenne sur le statut des juges⁹⁴⁵ dispose que « *le ou la juge en fonction dans un tribunal ne peuvent en principe faire l’objet d’une nou­velle nomination ou d’une nou­velle affecta­tion, même en promotion, sans y avoir librement con­se­te­ti. Il ne peut être fait exception à ce prin­cipe que dans le cas où le dé­pla­ce­ment a été prévu à titre de sanction disciplinaire et a été prononcé, dans celui d’une modification légale de l’organisation judiciaire et dans celui d’une affecta­tion temporaire*

⁹³⁸ KUTY (F), *L’impar­ti­a­li­té du juge en procédure pénale, De la Con­fiance décrétée à la confiance justifiée*, Lar­cier, Col­lec­tion de thèses, 2005, p. 89.

⁹³⁹ « *L’impar­ti­a­li­té du juge suppose son indépen­dance, mais celle-ci ne garantit pas nécessairement son impar­ti­a­li­té* », in KUTY (F), op. cit.

⁹⁴⁰ Loi or­ga­nique n° 58-1270, op. cit.

⁹⁴¹ Loi or­ga­nique n° 58-1270, op.cit., article 4.

⁹⁴² Article 13 du statut du Conseil de l’Europe : « *le Co­mi­té des Ministres est l’organe compétent pour agir au nom du Conseil de l’Europe conformément aux articles 15 et 16* ». Sur le Conseil des ministres voir notamment : DOLLAT (P), *Droit européen et droit de l’Union européenne*, Sirey, Manuel intégral concours, 3^{ème} éd., 2010, p. 420 à 425, §-1024 et s.

⁹⁴³ Rec. (2010)12, op. cit., article 49.

⁹⁴⁴ Rec. (2010)12, op. cit., article 52.

⁹⁴⁵ Charte européenne sur le statut des juges, op. cit. Les dispositions de la Charte ne sont pas impératives mais constituent une feuille de route pour les États membres du Conseil de l’Europe désireux, si nécessaire, de perfectionner le statut des juges à l’aune des objectifs présents dans la Charte.

pour renforcer un tribunal voisin, la durée maximale d'une telle affectation étant strictement limitée par le statut sans préjudice de l'application des dispositions du point 1.4 »⁹⁴⁶.

512. En outre et surtout, la Cour EDH⁹⁴⁷ considère « *l'inamovibilité des juges en cours de mandat comme un corollaire de leur indépendance et, partant, comme l'une des exigences de l'article 6 par. 1 (art. 6-1). Toutefois, l'absence de consécration expresse en droit n'implique pas en soi un défaut d'indépendance du moment qu'il y a reconnaissance de fait et que les autres conditions nécessaires se trouvent réunies* ». Au contraire de l'indépendance, l'inamovibilité n'est pas consacrée expressément dans le texte de la Convention EDH. Toutefois, la Cour EDH a admis qu'elle fait partie de l'article 6, §-1 de la Convention EDH tout en concédant par ailleurs qu'elle puisse faire l'objet d'une reconnaissance de fait. Donc, le principe de l'inamovibilité, est minimisé par la Cour EDH qui se contente d'une reconnaissance de fait. Fort heureusement le Constituant français a consacré ce principe dans la Constitution de la Vème République. L'inamovibilité trouve donc qu'une réelle protection dans la Constitution.

513. L'inamovibilité, se définit traditionnellement comme « *la protection consistant, pour le titulaire d'une fonction publique, en la garantie de n'être ni révoqué, ni destitué, ni déplacé contre son gré en dehors d'une procédure disciplinaire*⁹⁴⁸ diligentée selon les voies légales »⁹⁴⁹. L'inamovibilité est une condition essentielle de l'indépendance fonctionnelle des juges du siège, que sont les juges en charge de l'instruction, qui ne redoutent pas une mutation sanction⁹⁵⁰ émanant de l'exécutif et qui permet donc d'atteindre l'impartialité requise. En effet, un juge qui craint la mutation comme une sanction pourra se décider conformément à l'opinion de l'autorité maîtresse de son affectation ce qui s'oppose au principe d'impartialité. L'inamovibilité est affirmée par le constituant qui n'a pas manqué de renforcer son effectivité

⁹⁴⁶ Charte européenne sur le statut des juges, op. cit., article 3.4.

⁹⁴⁷ CEDH, ENGEL et autres c. Pays-Bas, 8 juin 1976, requête n° 5370-72 ; CEDH, CAMPBELL ET FELL c. Royaume-Uni, 28 juin 1984, requête n° 7819/77, §-80 ; CEDH, MORRIS c. Royaume-Uni, 26 février 2002, requête n° 38784/97, §-68.

⁹⁴⁸ *Infra*, ce paragraphe, B- L'indépendance indispensable à l'impartialité en matière disciplinaire.

⁹⁴⁹ RENOUX (T-S), Définition de l'inamovibilité, in DUHAMEL (O) et MENY (Y), *Dictionnaire Constitutionnel*, PUF, 1992.

⁹⁵⁰ Sur l'amovibilité et les mutations des magistrats du parquet, *infra* : Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 1.

grâce aux modalités d'avancement⁹⁵¹, appréhendées précédemment, qui garantissent un choix préservé de l'hégémonie de l'exécutif.

514. Cependant, l'inamovibilité poussée à son paroxysme a pu servir l'immobilisme⁹⁵² de certains juges ce qui est également un danger pour l'indépendance et l'impartialité. Les juges du siège et notamment les juges d'instruction risquant de perdre la distance nécessaire du fait d'une connivence trop grande avec leur environnement. Dès lors, le législateur organique a prévu une limitation de durée de dix ans pour l'exercice de certaines fonctions dont celles de juge d'instruction ou de juges des libertés et de la détention⁹⁵³. La mobilité est même devenue une condition pour l'avancement⁹⁵⁴. Cela ne porte pas atteinte au principe d'inamovibilité car ces limitations sont prévues dès la prise de fonction et sont identiques pour tous les juges.

515. En troisième et dernier lieu, il convient de distinguer l'avancement de l'affectation à une fonction⁹⁵⁵ qui est ordinairement de la compétence du chef de juridiction afin de souligner qu'en matière d'affectation l'indépendance du juge d'instruction et du juge des libertés et de la détention est grandement protégée.

516. « Chaque année, le premier président de la Cour de cassation, le premier président de la cour d'appel, le président du tribunal de grande instance, et le magistrat chargé de la direction et de l'administration du tribunal d'instance répartissent les juges dans les différents services de la juridiction. »⁹⁵⁶ L'affectation et l'évaluation⁹⁵⁷ des juges sont inhérentes à la mission du chef de juridiction⁹⁵⁸, elles sont nécessaires pour une bonne administration de la justice. L'évaluation périodique des juges par le chef de service qui est certainement le mieux

⁹⁵¹ *Supra* : A- de ce paragraphe : intervention du CSM dont la composition garantit l'indépendance de l'instance, éviction du président de la République et du Premier ministre comme président et vice-président du CSM, Proposition du CSM ou avis conforme.

⁹⁵² GUINCHARD (S), MONTAGNIER (G), VARINARD (A), DEBARD (T), *Institutions juridictionnelles*, op. cit., p. 864, §-801.

⁹⁵³ Loi organique n° 58-1270, op. cit., article : 28-3.

⁹⁵⁴ Loi organique n° 58-1270, op. cit., article 2 : « Nul magistrat ne peut être promu au premier grade dans la juridiction où il est affecté depuis plus de sept années, à l'exception de la Cour de cassation ».

⁹⁵⁵ Il s'agit de faire la distinction entre la fonction et le grade.

⁹⁵⁶ Article L 121-3 Code de l'organisation judiciaire.

⁹⁵⁷ Cette évaluation est contradictoire : loi organique n° 58-1270, op. cit., article 12-1 ; Décret du 7 janvier 1993, décret n° 93-21, décret pris en application de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 modifiée, portant loi organique relative au statut de la magistrature, articles 20, 21.

Entretien avec Monsieur le Procureur de la République de Montluçon, Monsieur Éric Camous, le 8 septembre 2016. Monsieur le Procureur émet une réserve sur la notation des juges du siège par les chefs de juridictions. Il estime qu'il y a un risque d'hégémonie du chef de juridiction sur les juges du siège et donc la naissance d'une crainte, chez ces derniers, de se décider de façon différente que l'organe détenteur de leur notation par peur des éventuels impacts sur leur notation.

⁹⁵⁸ Qui est assisté par l'assemblée des magistrats du siège : article R 212-37 et R 212-37-1 COJ.

placé car le plus proche, certains diront trop proche⁹⁵⁹, du travail de l'agent à évaluer, permet par exemple d'identifier les éventuels besoins de formation d'un juge⁹⁶⁰ mais présente le risque, de toujours vouloir plaire au chef de juridiction ce qui peut atteindre la liberté de jugement⁹⁶¹.

517. Le pouvoir d'affectation, de désignation permet au chef de service d'organiser son service de façon optimale mais il peut également constituer un mode de pression et donc un risque pour l'indépendance⁹⁶² des juges ce qui est gravement nuisible à leur impartialité. Cependant, le juge d'instruction et plus récemment le JLD bénéficient d'une protection supplémentaire que leur procure la qualité de juges spécialisés.

518. En effet, la désignation à des fonctions spécialisées, particulièrement exposées, a conduit le législateur organique⁹⁶³ à prévoir un mode de désignation dérogatoire plus protecteur de l'indépendance. Ce mode de désignation est octroyé aux juges ayant le statut de juge spécialisé ce qui est notamment le cas du juge d'instruction et du JLD⁹⁶⁴. Ces derniers ne sont donc pas, comme les autres juges, désignés par le chef de juridiction mais par décret du président de la République sur proposition du garde des Sceaux après avis conforme de la formation compétente du CSM ce qui implique le respect de ces formes dans le cas d'une affectation nouvelle. Le juge d'instruction et le JLD possèdent donc un régime d'affectation qui les préserve très efficacement de toutes pressions néfastes à l'exercice de leur fonction. Ainsi, l'extension récente de ce régime dérogatoire au JLD était très attendue car « *seule une nomination par décret après avis conforme du Conseil supérieur de la magistrature garantira l'indépendance⁹⁶⁵ et la permanence des fonctions de juge des libertés et de la détention, dont*

⁹⁵⁹ Note n° 934.

⁹⁶⁰ Décret du 7 janvier 1993, décret n° 93-21, op. cit., article 20.

⁹⁶¹ Note n° 934.

⁹⁶² VACCARO (V), op. cit., p. 287 et s.

⁹⁶³ Loi organique du 25 juin 2001, loi n° 2001-539, loi relative au statut des magistrats et au Conseil supérieur de la magistrature (1) ; loi organique 2016-1090, 8 août 2016, loi relative aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature, JO, 11 août 2016, n° 0186, article 18.

⁹⁶⁴ Loi organique n° 58-1270, op. cit., articles 28 et 28-3. Ce mode d'affectation ne s'applique pas uniquement au juge d'instruction et au JLD. D'autres juges spécialisés en bénéficient : le juge des enfants, le juge de l'application des peines (article 28-3 de la loi organique 58-1270, op. cit.).

⁹⁶⁵ Étude d'impact, projet de loi organique relatif à l'indépendance et l'impartialité des magistrats et à l'ouverture de la magistrature sur la société, étude du 29 juillet 2015, p. 56, disponible en ligne : <http://www.senat.fr/leg/etudes-impact/pjl14-660-ei/pjl14-660-ei.pdf>

« Des garanties sont nécessaires afin de préserver sa sérénité dans l'exercice de ses fonctions. Or en l'état actuel du droit, ces garanties apparaissent insuffisantes dans la mesure où un juge des libertés et de la détention est désigné par une décision du président de la juridiction et peut donc se voir déchargé de ces fonctions par cette autorité. En pratique, le président de la juridiction est susceptible de subir des pressions pour

le rôle accru justifie qu'il bénéficie du même statut que celui des autres juges spécialisés »⁹⁶⁶. En conséquence, le statut de juge spécialisé⁹⁶⁷, dévolu tant au juge d'instruction qu'au JLD, permet d'encadrer plus strictement leur affectation au sein d'une même juridiction⁹⁶⁸.

519. Par ailleurs, il faut noter que le président du tribunal, juge indépendant et impartial, est seul compétent, s'il existe plusieurs juges d'instruction au sein de son tribunal, pour désigner pour chaque information le juge qui en aura la charge⁹⁶⁹. Cette désignation peut être préétablie dans un tableau de roulement ce qui est plus satisfaisant car la désignation devance alors la survenance de l'affaire. Ce mode de désignation évince alors tous soupçons d'une désignation en fonction de l'espèce. Le choix subjectif fondé sur des motifs illégitimes, qui est un risque certes marginal, est alors radicalement évincé. Dès lors, elle devrait être elle la seule modalité possible de désignation du juge d'instruction au sein des tribunaux dans lesquels existe plusieurs juges d'instruction.

520. L'indépendance des juges est préservée grâce aux modalités de recrutement et d'avancement et grâce à l'inamovibilité⁹⁷⁰ qui se double, pour le juge d'instruction et le JLD, d'une protection accrue lors de l'affectation au sein d'une même juridiction. Si des améliorations demeurent encore possibles pour l'indépendance des juges, le principe est

retirer ses fonctions au juge des libertés et de la détention, qui intervient dans des domaines toujours plus étendus »

⁹⁶⁶ Étude d'impact, 29 juillet 2015, op. cit., p. 57.

⁹⁶⁷ Les conséquences du statut de juge spécialisé sont les suivantes : « *Tout d'abord, une nomination par décret du Président de la République, pris sur proposition du garde des Sceaux, après avis conforme de la formation du siège du Conseil supérieur de la magistrature [...]. Ensuite, une limitation de l'exercice de cette fonction dans une même juridiction à dix ans est prévue. Enfin, la troisième et dernière conséquence est l'attribution de la prime forfaitaire pour les fonctions spécialisées dans un tribunal de grande instance [...].* » in, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur le projet de loi organique (n° 3200), adopté par le Sénat après engagement de la procédure accélérée, relatif aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature, par Madame la députée Cécile Untermaier, 4 mai 2016, texte n° 3716, p. 87, disponible en ligne : <http://www.assemblee-nationale.fr/14/pdf/rapports/r3716.pdf>

⁹⁶⁸ Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, texte n° 3716, op. cit., p. 18 : « *La procédure de nomination prévue (nomination par décret du Président de la République, pris sur proposition du garde des Sceaux, après avis conforme de la formation du siège du CSM) présente l'avantage, d'une part, de prévenir tout changement d'affectation arbitraire et toute tentative d'intervention et, d'autre part, de transformer cette fonction souvent « subie » en une fonction « choisie », puisque seuls les magistrats ayant postulé pourront se la voir attribuer.* »

⁹⁶⁹ Article 83 CPP : « *Lorsqu'il existe dans un tribunal plusieurs juges d'instruction, le président du tribunal ou, en cas d'empêchement, le magistrat qui le remplace, désigne, pour chaque information, le juge qui en sera chargé. Il peut établir, à cette fin, un tableau de roulement.* »

Les désignations prévues au présent article sont des mesures d'administration judiciaire non susceptibles de recours. »

⁹⁷⁰ Il est possible de parler « *d'inamovibilité temporaire* » car il y a une limitation de durée dans l'exercice de la fonction : GUINCHARD (S), MONTAGNIER (G), VARINARD (A), DEBARD (T), *Institutions juridictionnelles*, op. cit., p. 166, §-111.

appliqué de façon très satisfaisante à l'égard de ceux qui interviennent lors de l'instruction car ils bénéficient du statut de juge spécialisé.

521.L'avancement dont l'inamovibilité encadre le déroulement sont en l'état des sentinelles de l'indépendance des juges indispensables pour leur l'impartialité. De plus, pour que l'indépendance des juges à l'égard de l'exécutif soit complète, il faut également que le pouvoir disciplinaire, exercé à leur encontre, soit préservé des influences de l'exécutif. Le principe d'indépendance en matière disciplinaire est préservé différemment qu'en matière d'avancement, il existe des particularités notamment quant à la composition du CSM.

C - L'indépendance indispensable à l'impartialité en matière disciplinaire

522.L'indépendance des juges dans l'avancement ne veut pas dire qu'ils sont totalement libres de l'institution judiciaire, du service public dont ils dépendent⁹⁷¹. En effet, en tant « qu'agents » du service public de la justice ils doivent respecter l'intérêt de ce service qui implique d'observer les règles de fonctionnement édictées par le chef de service⁹⁷² et le serment qu'ils ont prêté⁹⁷³, et ce sous peine d'une poursuite disciplinaire devant le CSM. Cependant, même « *soumis à l'intérêt du service et aux prescriptions relatives à l'organisation du service, le juge indépendant n'est toutefois pas assujéti à son supérieur hiérarchique, contrairement notamment au magistrat du parquet qui, lui, est soumis à l'autorité hiérarchique de son supérieur et in fine du ministre de la justice* »⁹⁷⁴. Donc le chef de service organise le service mais ne peut en aucun cas orienter l'activité juridictionnelle des juges, il n'est pas leur supérieur hiérarchique⁹⁷⁵. Seule, une faute disciplinaire pourra justifier la poursuite du juge devant le conseil de discipline.

523.La faute disciplinaire est définie comme « *tout manquement par un magistrat aux devoirs de son état, à l'honneur, à la délicatesse ou à la dignité, [...]. Constitue un des*

⁹⁷¹ Sur ce point voir notamment VACCARO (V), op. cit. : Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, §-1 : la sujétion à l'intérêt du service durant l'exercice des fonctions, p. 286 et s.

⁹⁷² CE, 14 mars 1975, sieur Rousseau, RDP, 1975, p. 823. Conclusion DONDOUX (P).

⁹⁷³ Loi organique n° 58-1270, op. cit., article 6 : « *Je jure de bien et fidèlement remplir mes fonctions, de garder le secret des délibérations et de me conduire en tout comme un digne et loyal magistrat* ».

⁹⁷⁴ VACCARO (V), op. cit., p. 289.

⁹⁷⁵ Sur la distinction supérieur hiérarchique et chef de service, VACCARO (V), op. cit., p. 289 ; MASSON (G), *l'indépendance des magistrats vis-à-vis du pouvoir politique de 1870 à nos jours*, Thèse, Paris, 1975, p. 405 à 407 ; RIVERO (J), *les mesures d'ordre intérieur administratives : essai sur les caractères juridiques de la vie intérieure des services publics*, Paris, Sirey, 1934, p. 243.

manquements aux devoirs de son état la violation grave et délibérée par un magistrat d'une règle de procédure constituant une garantie essentielle des droits des parties, constatée par une décision de justice devenue définitive »⁹⁷⁶.

524. La faute disciplinaire⁹⁷⁷ peut être constituée par un manquement aux obligations professionnelles, tel l'irrespect de l'impartialité⁹⁷⁸, de l'égalité des armes, l'inaction fautive d'un juge par manque de diligence, ou par des comportements de la vie privée qui affectent négativement la fonction de juge⁹⁷⁹. La discipline vise donc à sanctionner la méconnaissance fautive des règles déontologiques des juges du siège, *de facto* des juges en charge de

⁹⁷⁶ Ordonnance n° 58-1270, op.cit., article 43.

⁹⁷⁷ Sur cette notion de faute disciplinaire voir notamment : GUINCHARD (S), MONTAGNIER (G), VARINARD (A), DEBARD (T), *Institutions juridictionnelles*, op. cit., p. 876 et s., §-812 et s. ; FRICERO (N), *Les institutions judiciaires 2015*, lextenso, Mémentos LMD, 6^{ème} éd., 2015, p. 185 et s.

⁹⁷⁸ L'impartialité est au cœur des obligations déontologiques des juges, elle est la deuxième obligation déontologique des juges énoncée dans le recueil des obligations déontologiques des magistrats. Le CSM dans sa formation disciplinaire a rendu des décisions relatives à la méconnaissance de l'impartialité. Deux exemples non-exhaustifs : la décision du 12 mars 1997, S096, disponible en ligne : <http://www.conseil-superieur-magistrature.fr/discipline-des-magistrats?m=decision&vid=441>

« Attendu que les faits (nous rajoutons : avantages divers octroyés à un magistrat par un de ses amis en contrepartie de décisions juridictionnelles favorables et de sa désignation en qualité d'expert - Désignation par un magistrat de son conjoint pour réaliser des enquêtes sociales - Défaut de déport dans une affaire concernant un ami du magistrat) ainsi retenus et leur répétition au fil des années ont donné de ce magistrat, et de l'institution judiciaire, une image dégradée, qui ne pouvait qu'affaiblir la confiance des justiciables dans l'impartialité qu'ils sont en droit d'exiger de leurs juges ;

Que de telles fautes sont, de ce fait, contraires à l'honneur, et partant exclues du bénéfice de l'amnistie ; qu'elles imposent de prononcer contre M. X la sanction du retrait des fonctions de vice-président de tribunal de grande instance, assortie du déplacement d'office. »

La décision du 24 mai 2006, S152, disponible en ligne : <http://www.conseil-superieur-magistrature.fr/discipline-des-magistrats?m=decision&vid=505>

Dans cette décision le CSM a décidé « que chacun de ses agissements (nous rajoutons : Absence de diligence dans des dossiers d'instruction - Intervention d'un juge d'instruction dans une affaire en cours dont il n'était pas saisi - Investigations hors de tout cadre juridique dans une affaire concernant l'un de ses amis et communication à un journaliste d'informations sur cette affaire - Gestion par le magistrat du patrimoine d'un gagnant du loto au bénéfice de l'un de ses amis - Conseils juridiques dispensés par un juge d'instruction préalablement au dépôt d'une plainte avec constitution de partie civile instruite dans son cabinet), tous postérieurs au 17 mai 2002, et dès lors non couverts par la loi du 6 août 2002, portant amnistie, constitue un manquement aux devoirs de l'état de magistrat, alors même qu'il n'est ni allégué ni établi que M. X en ait tiré un profit personnel ; qu'en ce qu'ils révèlent une absence de repères déontologiques et une violation des obligations de réserve et d'impartialité, ils portent atteinte à l'institution judiciaire et au crédit de la justice. Que les faits ainsi établis justifient le prononcé d'une sanction disciplinaire de retrait des fonctions de juge d'instruction assortie du déplacement d'office en application des articles 45-3°, 45-2° et 46 de l'ordonnance du 22 décembre 1958. »

⁹⁷⁹ Notamment le cas de l'alcoolisme d'un juge condamné pénalement à plusieurs reprises. Le CSM a décidé « que, malgré de nombreuses hospitalisations, plusieurs cures de désintoxication, un suivi médical régulier dont il est justifié, Mme X, sanctionnée d'un abaissement d'échelon et du déplacement d'office par une précédente décision disciplinaire en date du 30 mars 2006, ne s'est pas départie de son appétence à l'alcool ; qu'il en est résulté, outre une condamnation pénale, des perturbations dans le fonctionnement de son service juridictionnel portant atteinte à l'autorité de la justice ;

Attendu que ce comportement constitue un manquement au devoir de dignité de l'état de magistrat ; qu'il nuit à l'image de l'institution judiciaire et au respect qu'elle doit inspirer aux justiciables ; ».

Le CSM a décidé la mise à la retraite d'office de ce magistrat. Décision disciplinaire du CSM, 20 janvier 2011, document n° S192, disponible en ligne :

<http://www.conseil-superieur-magistrature.fr/discipline-des-magistrats?m=decision&vid=929>

l'instruction. L'inobservation des règles déontologiques entraîne une sanction disciplinaire. Au contraire, l'erreur du juge dans le prononcé du jugement, par une interprétation ou application erronée de la loi, ne peut en aucun cas donner lieu à une poursuite disciplinaire. Ceci relève des voies de recours en appel ou en cassation⁹⁸⁰ qui durant la phase d'instruction se déroule devant la chambre de l'instruction.

525. Dès lors, la procédure disciplinaire, applicable aux fautes disciplinaires, doit préserver l'indépendance des juges et par la même permettre leur impartialité. En effet, il ne faut pas qu'elle constitue un moyen de pression entre les mains de l'exécutif, d'autant que les sanctions peuvent être lourdes⁹⁸¹, ce qui entacherait l'impartialité attendue de tous juges qui se décideraient conformément aux attentes de l'autorité exerçant le pouvoir disciplinaire.

526. La procédure disciplinaire se déroule devant la formation du CSM compétente à l'égard des magistrats du siège⁹⁸² qui peut être saisie sur dénonciation des faits par le garde des Sceaux, par les premiers présidents de cour d'appel ou les présidents de tribunal supérieur d'appel, sur plainte du justiciable⁹⁸³ après qu'elle ait été jugée recevable par la Commission d'admission des requêtes⁹⁸⁴. Le pouvoir de saisine est donc partagé ce qui contraste avec la situation d'avant le 26 juin 2001⁹⁸⁵ dans laquelle seul le garde des Sceaux disposait de cette

⁹⁸⁰ FRICERO (N), op. cit., p. 185 : « le juge doit conserver son pouvoir souverain d'appréciation et son indépendance : la menace d'une poursuite disciplinaire au cas d'erreur paralyserait le juge et pourrait constituer un instrument de pression intolérable du juge ».

⁹⁸¹ Loi organique n° 58-1270, op. cit., article 45 : « les sanctions disciplinaires applicables aux magistrats sont :

1° Le blâme avec inscription au dossier ; 2° Le déplacement d'office ; 3° Le retrait de certaines fonctions ; 3° bis L'interdiction d'être nommé ou désigné dans des fonctions de juge unique pendant une durée maximum de cinq ans ; 4° L'abaissement d'échelon ; 4° bis L'exclusion temporaire de fonctions pour une durée maximum d'un an, avec privation totale ou partielle du traitement ; 5° La rétrogradation ; 6° La mise à la retraite d'office ou l'admission à cesser ses fonctions lorsque le magistrat n'a pas le droit à une pension de retraite ; 7° La révocation. »

⁹⁸² Loi organique n° 58-1270, op. cit., article 48.

⁹⁸³ Loi organique n° 58-1270, op. cit., articles 50-1, 50-2, 50-3.

⁹⁸⁴ Loi organique n° 58-1270, op. cit., article 50-3. Lorsqu'il s'agit d'une saisine sur plainte d'un justiciable la procédure se scinde en deux étapes, une commission d'admission des requêtes examine leur recevabilité et dans la positive elle renvoie au CSM. Cette possibilité offerte aux justiciables de saisir le CSM a été mise en place par la Loi organique n° 2010-830, du 22 juillet 2010, loi relative à l'application de l'article 65 de la Constitution.

Ce mécanisme avait été préconisé dans le « Rapport HOUILLON », op. cit (du nom de son rapporteur), Rapport du 6 juin 2006, Proposition 71, p. 524 : « développer les contrôles externes en permettant à tout justiciable contestant le fonctionnement du service de la justice de déposer des requêtes auprès des délégués du Médiateur de la République, ce dernier saisissant, le cas échéant, le Conseil supérieur de la magistrature, instance disciplinaire. ». Le filtre des requêtes des justiciables avait été préféré à celle de la saisine directe. Cette dernière rendrait sans doute inefficace cette procédure car le CSM serait submergé par les demandes ce qui nuirait à son travail de fond et ne constituerait donc plus un rempart efficace contre les fautes disciplinaires.

⁹⁸⁵ Loi organique n° 2001-539, loi du 26 juin 2001, loi relative au statut des magistrats et au Conseil supérieur de la magistrature, loi dont l'article 17 a créé l'article 50-2 de la loi organique n° 58-1270 qui a permis

possibilité ce qui constituait un risque de politisation. L'élargissement du pouvoir de saisine est un facteur supplémentaire d'indépendance car il n'y a plus de monopole de l'exécutif.

527. Le CSM lorsqu'il statue comme Conseil de discipline⁹⁸⁶ est une juridiction dont les décisions peuvent être soumises au contrôle du Conseil d'État⁹⁸⁷. Dès lors, il se doit de répondre à toutes les exigences du procès équitable⁹⁸⁸, ce qui permet d'évincer le risque de sanctions disciplinaires arbitraires qui entacheraient l'indépendance des juges et *de facto* des juges en charge de l'instruction. En effet, les juges qui n'auraient plus aucune confiance dans l'organe disciplinaire seraient enclins à accepter toutes les influences au mépris de l'impartialité. Cette juridictionnalisation des sanctions disciplinaires favorable à l'indépendance est corroborée par la composition du Conseil de discipline dans lequel les magistrats sont à parité avec les non-magistrats⁹⁸⁹ et le garde des Sceaux ne peut pas participer aux séances⁹⁹⁰. Enfin, les sanctions sont prises à la majorité des voix des membres présents, le quorum étant fixé à huit membres avec le président⁹⁹¹.

528. Donc, l'indépendance des juges du siège est hautement protégée, elle est garantie par le recrutement, l'avancement et par la procédure disciplinaire qui ne rime pas avec irresponsabilité puisque les juges coupables d'une faute disciplinaire peuvent par exemple être déplacés d'office. De plus, l'indépendance des juges dans l'instruction est renforcée car les juges d'instruction et les JLD bénéficient du statut de juges spécialisés avec toutes les conséquences positives que cela entraîne.

529. Enfin, une critique classique peut être émise à l'encontre de la formulation de l'alinéa premier de l'article 64 de la Constitution française qui dispose que « *le Président de la République est garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire.* ». Cet alinéa est qualifié, par

d'élargir la saisine du CSM aux premiers présidents de cour d'appel ou aux présidents de tribunal supérieur d'appel.

⁹⁸⁶ Dans ce cas le CSM agit comme juridiction administrative spécialisée : Conseil d'État assemblée, 12 juillet 1969, L'Étang, n° 72480, Recueil Lebon 388 ; DELVOLLE (P), LONG (M), WEIL (P), BRAIBANT (G), GENEVOIS (B), *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Grands Arrêts, Dalloz, 20^{ème} éd., 2015, p. 350, n° 55-2.

⁹⁸⁷ Sur ce point voir notamment : GUINCHARD (S), MONTAGNIER (G), VARINARD (A), DEBARD (T), *Institutions juridictionnelles*, op. cit., p. 879 et s., §-815 ; VACCARO (V), op. cit., p. 421 et s.

⁹⁸⁸ Loi organique n° 58-1270, op. cit., articles 50-4 à 58.

⁹⁸⁹ Article 65 de la Constitution française : huit magistrats : le premier président de la Cour de cassation, six magistrats du siège et un du parquet et huit non-magistrats : un conseiller d'État, un avocat et six personnalités qualifiées.

⁹⁹⁰ *Ibid.*

⁹⁹¹ Loi organique 94-100, op. cit., article 14, loi organique 58-1270, op. cit., article 57-1.

le regretté Professeur Guy Carcassonne, « *d'incongru* »⁹⁹² car il revient à proclamer « *que le loup est garant de la sécurité de la bergerie* »⁹⁹³. En effet, il convient de se rallier à cette interprétation. Ce premier alinéa qui est de l'ordre du symbole devrait, pour plus de clarté, de vérité, être relayé par un deuxième alinéa mettant en exergue le rôle réellement dévolu au CSM qui n'est plus simplement d'assister le président de la République mais bien de concourir à l'indépendance des juges. Dès lors, le projet de loi constitutionnelle⁹⁹⁴, visant notamment à reformer l'alinéa deux de l'article 64 de la Constitution française, est une solution salubre en ce qu'il prévoit de formuler le deuxième alinéa comme suit : « *le Conseil supérieur de la magistrature concourt à garantir cette indépendance* »⁹⁹⁵. Dès lors, il faut espérer que ce projet soit présenté et adopté par le Parlement réuni en Congrès car il permettrait d'accroître définitivement l'indépendance des juges et la légitimité du CSM. L'indépendance qui s'applique aux juges du siège et donc aux juges intervenants dans l'instruction est satisfaisante, elle leur permet d'atteindre l'impartialité. Cette dernière est nécessitée par la mission d'instruction que les juges ont à accomplir c'est-à-dire par l'objet et le but de l'instruction.

§-2 : L'impartialité nécessitée par la mission d'instruction française

530. L'instruction préparatoire préalable au procès pénal est obligatoire pour les crimes et facultative pour les délits⁹⁹⁶ elle n'est donc systématique que pour les infractions les plus graves. En 2014, le parquet a orienté 1.28%⁹⁹⁷ des affaires poursuivables devant le juge d'instruction contre 1.40% en 2009⁹⁹⁸ et 2.35% en 2004⁹⁹⁹. Il y a donc depuis 2004 une baisse des affaires orientées par le parquet devant le juge d'instruction. De plus, entre 2009 et 2014¹⁰⁰⁰ il y a eu une diminution de 12.7% des affaires nouvelles portées devant le juge

⁹⁹² CARCASSONNE (G) et GUILLAUME (M), *La Constitution*, Edition Du Seuil, Essais, 12^{ème} éd., 2014, p. 315, §-423.

⁹⁹³ *Ibid.*

⁹⁹⁴ Projet de loi constitutionnelle portant réforme du Conseil supérieur de la magistrature, Texte n° 720, « petit loi », adopté définitivement par l'Assemblée Nationale le 26 avril 2016, op. cit.

⁹⁹⁵ *Ibid.*, Article 1^{er} du projet de loi.

⁹⁹⁶ Article 79 CPP.

⁹⁹⁷ Les chiffres clés de la justice 2015, p. 14.

Disponible en ligne : http://www.justice.gouv.fr/publication/chiffres_cles_20151005.pdf

⁹⁹⁸ Les chiffres clés de la justice 2010, p. 14.

Disponible en ligne : http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_stat_chiffrescles10_20101213.pdf

⁹⁹⁹ Les chiffres clés de la justice 2005, p. 16.

Disponible en ligne : http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_chiffrescles05.pdf

¹⁰⁰⁰ Les chiffres clés de la justice de 2010 pour 2009 et de 2015 pour 2014.

d'instruction. Tous ces chiffres révèlent que l'instruction est réservée à un nombre restreint d'infractions les plus graves et les plus complexes ce qui est par ailleurs la garantie d'un travail qualitatif. L'ampleur de l'instruction ne peut pas être déconnectée des propos suivants relatifs à l'objet et au but de cette phase qui nécessitent l'intervention d'un juge impartial.

531.L'instruction a pour objet la recherche impartiale de la vérité grâce à une instruction à charge et à décharge (A) et ce dans le but de rendre des décisions juridictionnelles qui induisent également l'impartialité (B).

A- L'impartialité nécessitée par l'instruction à charge et à décharge

532.L'objet de l'instruction est de parvenir à la manifestation de la vérité, d'édifier un dossier en état d'être jugé grâce à une information à charge et à décharge¹⁰⁰¹. Dès lors, il est évident que l'objet même de la mission d'instruction nécessite l'impartialité¹⁰⁰². En effet, il serait discordant d'attendre une instruction à charge et à décharge si les juges la menant n'étaient pas soumis à l'obligation d'impartialité ou s'ils ne disposaient pas des prérequis indispensables pour parvenir à l'impartialité¹⁰⁰³. Inversement, l'impartialité des juges dans l'instruction implique qu'ils observent l'obligation d'instruire à charge et à décharge.

533.La mission des juges dans l'instruction est de parvenir à la « *manifestation de la vérité* »¹⁰⁰⁴ or, qu'elle serait cette vérité s'ils avaient un parti pris sur la culpabilité, peu importe que le parti pris se fasse *in favorem* ou *in defavorem* à l'égard du mis en cause. Ils agiraient alors dans l'erreur, l'ignorance, la fausseté¹⁰⁰⁵, la partialité. Ils ne répondraient plus aux qualités attendues de toute autorité judiciaire, qui se doit d'être impartiale, mais

¹⁰⁰¹ Article 81 CPP

¹⁰⁰² « *Elle est un aspect du devoir d'impartialité* », in DESPORTES (F) et LAZERGES-COUSQUER (L), op. cit., p. 1236, §- 1848. Mais c'est parce que la procédure pénale exige une instruction à charge et à décharge qu'elle induit l'impartialité ; « *Le juge, impartial, n'ayant aucune passion dans l'affaire, conduisant son instruction tant à charge qu'à décharge* », in GARRAUD (R), Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale, Sirey, 1910, Tome Trois, p. 20, §-771.

¹⁰⁰³ Il est fait allusion à l'indépendance et au souhait de confier l'instruction au parquet dépendant statutairement. *Infra* : Partie 2, Titre 2. Plus précisément de confier l'information dans son volet investigation au parquet, le juge d'instruction ne conservant que des pouvoirs juridictionnels : voir l'analyse des trois rapports, Léger, Delmas-Marty et Donnedieu De Vabres, in LAZERGES (C), Le rapport Léger : analyse des propositions, *AJ Pénal*, 2009, p. 385.

¹⁰⁰⁴ Article 81 CPP.

¹⁰⁰⁵ Tous ces termes sont des antonymes de mot « vérité ».

éventuellement à celles d'une autorité de poursuite dont il est impossible, du fait notamment de son statut actuel, d'attendre d'elle l'impartialité qui est requise des juges du siège¹⁰⁰⁶.

534. Les acteurs de l'instruction au premier rang desquels le juge d'instruction doivent, en tant que juge du siège, construire en toute impartialité le dossier d'instruction qui formera, en cas de renvoi, le socle pour les juges du jugement. Pour que ce socle ne soit pas friable, l'instruction doit être faite à charge et à décharge, avec toute l'objectivité requise, suivant une démarche loyale dans le recueil des éléments de preuve et dans le plus strict respect de la présomption d'innocence¹⁰⁰⁷. Dans le cas contraire, l'instruction est partielle¹⁰⁰⁸ ce qui ne permettrait plus aux juges du jugement de rendre la justice car ils auraient pour base un dossier entaché de partialité.

535. Les juges en charge de l'instruction ont des pouvoirs d'investigation¹⁰⁰⁹ et de contrainte leur permettant, s'ils sont utilisés conformément au principe de l'instruction à charge et à décharge, de mener à bien l'instruction. Les différents actes d'information¹⁰¹⁰ qui peuvent être pris par les juges impliquent qu'ils soient impartiaux¹⁰¹¹. À défaut, un juge qui n'a plus la neutralité, l'impartialité requise pourra « pervertir » les actes d'investigation en les exploitant de telle manière qu'ils lui permettront seulement de servir son parti pris. Tel est le cas du juge qui va commettre un expert, pour procéder à une expertise psychologique, en fonction de sa seule méthode d'évaluation¹⁰¹² dont il sait qu'elle sera favorable à son préjugé,

¹⁰⁰⁶ *Infra* : Partie 2, Titre 2.

¹⁰⁰⁷ En effet, l'instruction à charge et à décharge et le gage du respect de la présomption d'innocence. Ce principe a d'ailleurs été textuellement intégré dans le code de procédure pénale par la loi du 15 juin 2000, loi n° 2000-516, *loi renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes*, article 2, JO, 16 juin 2000, n° 0138, p. 9038.

L'amendement proposé par l'Assemblée Nationale de l'instruction à charge et à décharge fera dire à la Commission des lois du Sénat que « *l'Assemblée Nationale a souhaité compléter cette disposition pour prévoir que le juge d'instruction instruit à charge et à décharge. Il est clair qu'un tel principe va de soi, la mission du juge d'instruction étant de parvenir à la manifestation de la vérité. Toutefois, il n'est pas inutile d'inscrire ce principe dans le code de procédure pénale, afin d'inciter chaque magistrat instructeur à garder à l'esprit l'objectivité qui doit être la sienne dans la conduite d'une information judiciaire.* », in Rapport fait au nom de la Commission des lois du Sénat, Rapport de Monsieur Jolibois Charles, rapport déposé le 10 juin 1999, Rapport n° 419, examen article 1^{er} bis, disponible en ligne : http://www.senat.fr/rap/198-419/198-419_mono.html#toc43

¹⁰⁰⁸ Fort heureusement, il existe la possibilité d'un recours en annulation par un contrôle de légalité externe devant la chambre de l'instruction, sachant que la partialité est une cause de nullité. *Infra* : Chapitre 2 de ce titre.

¹⁰⁰⁹ Ils peuvent notamment interroger les témoins, procéder à des confrontations, des perquisitions. Ils peuvent placer des personnes sous le statut de témoin assisté ou les mettre en examen. Ils peuvent désigner des experts. Décider des placements en détention.

¹⁰¹⁰ PRADEL (J), op. cit., 669, §-712 : « *les actes d'information traduisent uniquement la qualité d'enquêteur du juge* »

¹⁰¹¹ DESPORTES (F) et LAZERGES-COUSQUER (L), op. cit., p 1235-1236.

¹⁰¹² « Rapport HOUILLON », op. cit., p. 160, p. 176, p. 408 et s.

il pourra le cas échéant lui soumettre des questions au contenu équivoque¹⁰¹³. Tel est encore le cas du juge qui fait des confrontations dans le seul objectif d'asseoir une instruction globalement à charge du fait de sa partialité.

536. Dans ces différentes situations le juge dérive et l'instruction est viciée, partielle elle ne se fait plus à charge et à décharge. Cette dernière exigence nécessite l'impartialité des juges, il est même possible de l'apprécier comme une traduction du principe d'impartialité¹⁰¹⁴. Dès lors, les juges du siège indépendants intervenants dans l'instruction incarnent ou doivent incarner, mieux que quiconque, cette obligation¹⁰¹⁵. L'instruction à charge et à décharge par des juges impartiaux est rendue d'autant plus indispensable qu'ils peuvent prendre des décisions juridictionnelles.

B- Les décisions juridictionnelles dans l'instruction induisant l'impartialité des juges

537. La mission du juge d'instruction¹⁰¹⁶ ne se réduit pas seulement à prendre des actes d'information à charge et à décharge. Il est également, tout comme le JLD¹⁰¹⁷, une juridiction et à ce titre il doit prendre des décisions juridictionnelles. Cette double casquette d'enquêteur et de juge est d'ailleurs l'objet de vives critiques¹⁰¹⁸, cela a notamment fait partie des arguments avancés pour lui ôter la faculté de prendre les décisions relatives à la liberté¹⁰¹⁹.

538. Lorsqu'il prend des décisions juridictionnelles¹⁰²⁰ le juge d'instruction agit comme un juge, c'est-à-dire qu'il a le pouvoir de trancher, sur la base du droit, par des décisions judiciaires motivées qui en cas de contestations peuvent être l'objet d'un recours en appel. Dès lors, sans qu'il sans besoin d'une litanie, il est aisé de comprendre que la teneur même de ces décisions judiciaires implique qu'elles soient le fait d'un juge impartial. En d'autres

¹⁰¹³ *Ibid* ; *Infra* : Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 2 : Le renforcement marqué de l'impartialité dans l'instruction.

¹⁰¹⁴ LAZERGES-COUSQUE R (L) et DESPORTES (F), op. cit., p. 1236, §-1848.

¹⁰¹⁵ Mots repris de Marc Robert, in Les propositions du rapport Léger : point de vue d'un « parquetier », *AJ Pénal*, 2009, p. 393.

¹⁰¹⁶ Utilisation du singulier mais l'article 83-1 CPP permet de façon facultative de mettre en œuvre une cosaisine, dans ce cas plusieurs juges connaîtront de l'information.

¹⁰¹⁷ Tout comme le juge des libertés et de détention qui prend notamment des ordonnances de mise en détention (Article 137-3 du CPP), des mandats de dépôt ou d'arrêt.

¹⁰¹⁸ *Infra* : Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.

¹⁰¹⁹ *Infra* : Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.

¹⁰²⁰ Telle l'ordonnance de refus d'actes, l'ordonnance de refus de contre-expertise, l'ordonnance de règlement. Sur les ordonnances voir notamment : PRADEL (J), op. cit., p. 681-683, §-731 à 734.

termes « *la garantie d'impartialité de l'instruction réside donc, précisément, dans son caractère juridictionnel, qui l'oblige, sous le contrôle de la chambre de l'instruction, à motiver en droit et en fait chacune de ses décisions, non dans une infinie distance qu'il faudra prendre avec le dossier* »¹⁰²¹. En ce sens, l'impartialité du juge en charge de l'instruction, qui prend des décisions juridictionnelles, est intrinsèque à la fonction de juger¹⁰²², c'est-à-dire de trancher en se conformant au droit mais, elle peut ne pas être respectée. Or si le juge est partial ou s'il lui est fonctionnellement impossible d'être impartial il ne juge plus mais rend alors une décision arbitraire, non plus une décision juridictionnelle. En effet, une décision juridictionnelle est obligatoirement le fait d'un juge puisqu'il s'agit de trancher une question sur la base du droit, il faut donc pour remplir cette mission l'intervention de juges impartiaux.

539. Au contraire, l'impartialité n'est pas forcément la qualité dévolue à l'acteur qui intervient en tant qu'enquêteur dans la phase d'instruction. S'il s'agit, dans le modèle français de l'instruction, du juge d'instruction, ce qui est parfois critiqué en doctrine, ce rôle d'enquêteur dans l'instruction est dévolu dans d'autres modèles à l'autorité de poursuite qui n'est pas soumise au principe d'impartialité ou à l'entier principe d'impartialité ou qui n'a pas les prérequis indispensables pour y parvenir¹⁰²³. Cette double casquette du juge d'instruction est le reproche le plus fréquent en doctrine¹⁰²⁴ alors même qu'elle est le fait d'un juge du siège.

540. En somme, la prise de décisions juridictionnelles est indissociable de l'impartialité des juges en charge de l'instruction. Cependant, l'exigence conventionnelle de tribunal impartial n'était pas, telle que formulée par l'article 6, §-1 de la Convention EDH, applicable à

¹⁰²¹ SIZAIRE (V), Quel modèle pour l'instruction ? , *AJ Pénal*, 1^{er} octobre 2009, p. 388 et s.

¹⁰²² À relativiser, la section 2 de ce chapitre permettra de démontrer que l'impartialité appliquée par la Cour EDH à cette phase d'instruction n'a pas toujours eu la même acception que celle appliquée au juges du jugement.

¹⁰²³ Les modèles anglo-saxons de type accusatoire ne confient pas cette tâche à un juge d'instruction mais à des enquêteurs sous le contrôle éventuel du procureur. Sur l'impartialité du parquet français, *infra* : Partie 2, Titre 2.

¹⁰²⁴ JOSSERAND (S), op.cit., p. 297 à 315 ; ROETS (D), op. cit., p. 270 ; ROUSSEL (G), *suspicion et procédure pénale équitable*, L'Harmattan, Bibliothèque de droit, 2010, p. 205 ; LAZERGES (C), Le rapport Léger : analyse des propositions, Propos introductifs, *AJ Pénal*, 1^{er} octobre 2009, p. 385 et s. : dans cet article Le Professeur Lazerges dresse un aperçu des rapports Donnedieu De Vabres, Delmas-Marty et Léger et met en relief les critiques adressées au juge d'instruction qui ne sont pas étrangères à la double casquette d'enquêteur et de juge ; Rapport de la Commission « justice pénale et droits de l'homme », Rapport sur La mise en état des affaires pénales, Commission présidée par Madame Delmas-Marty, La documentation française, Paris, 1991, p. 118 et s., disponible en ligne : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/914059500.pdf>

l'instruction, elle a donc fait l'objet d'une extension par la Cour EDH, plus précisément il s'agit d'une extension donnant lieu à une impartialité conventionnelle limitée (Section 2).

Section 2 : L'impartialité conventionnelle limitée

542. Au-delà de l'hypothèse du cumul de l'instruction avec le jugement au fond, l'extension de l'article 6, §-1 de la Convention EDH permet d'appliquer le principe de tribunal impartial à la phase d'instruction¹⁰²⁵ en tant que telle. Pour rappel, la prévision conventionnelle présente à l'article 6, §-1 est formulée en ces termes : « *toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle* » (Nous soulignons) ».

543. Pour que cette prévision soit applicable à l'instruction la Cour EDH a dû procéder à une extension de l'article 6, §-1, plus précisément de la notion de « *tribunal indépendant et impartial* ». Mais dans cette quête elle a été devancée par la Cour de cassation qui très tôt a considéré l'article 6, §-1 applicable à l'instruction (§-1). L'élargissement tardif opéré ensuite par la Cour EDH aura une portée mesurée (§-2) d'autant qu'il est conditionné par la reconnaissance en droit interne de l'obligation d'impartialité lors de l'instruction.

§-1 La Cour EDH devancée par la Cour de cassation dans l'extension de l'article 6, §-1

544. Tout d'abord, il convient de rappeler l'interprétation textuelle de la notion de tribunal (A) pour relever ensuite que la Cour de cassation a consacré, bien avant la Cour EDH qui ne le fera qu'à partir du 6 janvier 2010, l'applicabilité de l'article 6, §-1 à l'instruction. La Cour de cassation a donc fait une application anticipée de l'article 6, §-1 à l'instruction (B).

A- L'interprétation textuelle de la notion de « tribunal », l'exclusion de l'instruction

545. L'article 6, §-1 de la Convention EDH vise le droit à un « *tribunal indépendant et impartial* ». La notion de tribunal est souvent définie par référence à son synonyme qu'est la

¹⁰²⁵ Attention l'impartialité dans la phase d'instruction a été appréhendée par la Cour EDH lorsqu'elle apprécie la notion d'autorité judiciaire au sens de l'article 5, §-3. Nous analyserons cette jurisprudence et la conception de l'impartialité exigée de l'autorité judiciaire visée à l'article 5, §-3 dans la chapitre 1 du prochain titre.

notion de juridiction¹⁰²⁶. À ce titre, les Professeurs Denis Alland et Stéphane Rials renvoient à la notion de juridiction pour la définition de celle de tribunal¹⁰²⁷. Quant aux juridictions, comme précisé précédemment, elles peuvent être d'instruction ou de jugement. Les premières mettent le dossier en état d'être jugé, les secondes connaissent du fond de l'affaire, elles rendent la justice¹⁰²⁸.

546. À l'aune d'une définition organique, le tribunal est conçu comme un corps de magistrats exerçant une juridiction¹⁰²⁹, selon une définition fonctionnelle comme l'organe qui décidera « du bien fondé de toute accusation en matière pénale »¹⁰³⁰, « il évoque la juridiction de jugement appelée à statuer sur la poursuite, qu'elle prononce l'acquittement ou la condamnation, qu'elle statue immédiatement ou, après une première décision, ultérieurement »¹⁰³¹. Le tribunal est la juridiction de jugement définie comme « l'organe de jugement » qui « porte une appréciation définitive sur le dossier à partir des éléments réunis par les autres organes et se prononce sur la culpabilité des mis en cause et si, celle-ci est retenue, sur la peine »¹⁰³². Dans cette acception la juridiction de jugement correspond à la définition de la notion de tribunal édictée par la Cour EDH selon laquelle, le tribunal « se caractérise au sens matériel par son rôle juridictionnel : trancher, sur la base de normes de droit et à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence »¹⁰³³, le tribunal ayant pour la Cour EDH vocation « à se prononcer sur le bien-fondé d'une accusation en matière pénale »¹⁰³⁴.

547. Il est donc possible d'aboutir, assez rapidement, à la conclusion suivant laquelle la prévision textuelle de l'article 6, §-1 est d'après une interprétation textuelle cantonnée aux

¹⁰²⁶ GUINCHARD (S) et DEBARD (T), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 24^{ème} éd., 2016, « Juridiction ».

¹⁰²⁷ ALLAND (D) et RIALS (S), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, Quadrige, 2010, index des matières à « Tribunal ».

¹⁰²⁸ PRADEL (J), op. cit., p. 45, §-20 : « La distinction fondamentale de notre organisation judiciaire pénale est celle des juridictions d'instruction et de jugement. Les premières mettent l'affaire en état d'être jugée et les secondes décident au fond »

¹⁰²⁹ CNRTL, définition B, 2.

¹⁰³⁰ Article 6, §-1, Convention EDH.

¹⁰³¹ PRADEL (J), La notion européenne de tribunal indépendant et impartial selon le droit français, RSC, octobre-décembre 1990, p. 692.

¹⁰³² GUINCHARD (S) et BUISSON (J), op. cit., p. 161, §-140. Cette définition est également présente chez d'autres auteurs : PRADEL (J), op. cit., p. 45, §-20 ; DESPORTES (F) et LAZERGES-COUSQUET (L) et, op. cit., p. 476, §-637.

¹⁰³³ Voir notamment : CEDH, SRAMEK c. Autriche, 22 octobre 1984, requête n° 8790/79, §-36 ; CEDH H. c. Belgique, 30 novembre 1987, requête n° 8950/80, §-50 ; CEDH, VERA FERNANDEZ-HUIDOBRO c. Espagne, op. cit., §- 108.

¹⁰³⁴ Article 6, §-1.

seuls tribunaux c'est-à-dire, aux organes connaissant du fond du dossier afin de trancher la question de la culpabilité du mis en cause. Dès lors, la prévision textuelle ne concerne pas les juridictions d'instruction qui ne sont pas appelées à se prononcer sur le bien-fondé d'une accusation en matière pénale¹⁰³⁵.

548. En conséquence, pour appliquer le principe d'impartialité à la phase d'instruction la Cour EDH a dû adopter une interprétation extensive de l'article 6, §-1. Cependant, l'extension de l'article 6, §-1 opérée par la Cour EDH a été précédée par la Cour de cassation qui a dès le 4 mars 1998 étendu cette prévision conventionnelle d'impartialité à l'instruction.

B- L'application anticipée de l'article 6, §-1 à l'instruction par la Cour de cassation

549. La Cour de cassation a consacré une appréciation extensive de l'article 6, §-1. En effet, elle a décidé, sans attendre la position de la Cour EDH, que l'article 6, §-1 est applicable à l'instruction.

550. Cette jurisprudence a été facilitée, impulsée par le modèle français de l'instruction qui repose sur des juges pouvant et devant être impartiaux, indépendants notamment du pouvoir exécutif. En effet, l'instruction est conduite par des juges qui peuvent être récusés¹⁰³⁶ s'il y a des doutes quant à leur impartialité, qui peuvent voir leurs actes annulés s'il y a vice de partialité¹⁰³⁷ ou qui peuvent faire l'objet d'une procédure disciplinaire devant le CSM. En ce sens, « *dès lors que le législateur a ouvert un recours au juge pour la garantie d'un droit, il a nécessairement voulu que ce juge soit impartial, quel que soit le stade de l'affaire auquel il intervient et quelle que soit la nature du contentieux en cause* »¹⁰³⁸. L'impartialité dans l'instruction s'applique en dehors des prévisions conventionnelles et ce notamment grâce à l'article 16 de la DDHC. Dans ces circonstances, il a été d'autant plus facile pour la Cour de cassation de proclamer, avant la CEDH, l'article 6, §-1 applicable à l'impartialité dans l'instruction.

¹⁰³⁵ PRADEL (J), La notion européenne de tribunal indépendant et impartial selon le droit français, op. cit., p. 692.

¹⁰³⁶ Article 668 CPP.

¹⁰³⁷ *Infra* : Chapitre 2 : Le renforcement national de l'exigence conventionnelle de l'impartialité dans l'instruction.

¹⁰³⁸ DESPORTES (F) et LAZERGES-COUSQUER (L), op. cit., p. 210-211, §-311.

551.Cependant, avant de consacrer cette jurisprudence elle a, dans certains arrêts du 14 juin 1984¹⁰³⁹, du 29 janvier 1985¹⁰⁴⁰ et du 15 mai 1990¹⁰⁴¹, décidé de façon expresse que les termes de l'article 6, §-1 ne concernaient pas les juridictions d'instruction. Sans doute était-elle encore novice et timide dans l'application de ce droit dont le recours individuel devant la Cour EDH était admis que depuis 1981. Ensuite, le 29 avril 1996¹⁰⁴² la Chambre criminelle rejette de façon très critiquable¹⁰⁴³ le grief de partialité d'un des membres de la Chambre d'accusation et rejette le moyen fondé sur l'article 6, §-1 sans dénier expressément l'application de cette disposition conventionnelle à la phase d'instruction comme elle avait pu le faire dans son arrêt de 1985. Cet arrêt peut donc s'analyser comme l'admission de l'application de l'article 6, §-1 à la phase d'instruction mais ceci n'est pas clairement et nettement assumée par la Chambre criminelle qui considère qu'*«aucune règle légale ou conventionnelle ne fait obstacle à ce que la chambre d'accusation apprécie la régularité d'actes d'instruction effectués par un de ses membres, sa décision, qui ne préjuge pas de la culpabilité des personnes poursuivies, relevant du contrôle de la Cour de cassation, par application de l'article 218 du Code de procédure pénale. »*.

552.Il faudra donc attendre l'arrêt du 4 mars 1998¹⁰⁴⁴ pour avoir la confirmation de l'application par la Chambre criminelle de l'article 6, §-1 à la phase d'instruction puisqu'elle décide que *« la circonstance que ce magistrat ait à instruire sur les faits dénoncés par X..., après avoir opposé à celui-ci un refus d'informer injustifié, constitue, au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, un élément objectif de nature à faire naître, dans l'esprit de la partie civile, un doute sur son impartialité »*. Cette jurisprudence sera confirmée à plusieurs reprises.

¹⁰³⁹ Cass. crim., 14 juin 1984, pourvoi n° 84-91863, bull. crim. 1984, n° 219.

¹⁰⁴⁰ Cass. crim., 29 janvier 1985, pourvoi n° 84-95197, bull. crim. 1985, n°46.

¹⁰⁴¹ Cass. crim., 15 mai 1990, pourvoi n° 88-86807, bull. crim. 1990, n° 195, sur cet arrêt voir notamment JOSSERAND (S), op. cit., p. 89.

¹⁰⁴² Cass. crim., 29 avril 1996, pourvoi n° 95-81948, bull. crim. 1996, n° 170 ; GUINCHAR (S) et BUISSON (J), procédure pénale, op. cit., p. 331 et p. 392, les auteurs analysent cet arrêt comme l'admission de l'applicabilité de l'article 6, §-1 à l'instruction. Il est possible de considérer que cette décision n'était pas très nette et qu'il faudra donc attendre 1998 pour que la Chambre criminelle admette sans conteste l'applicabilité de l'article 6, §-1 ; JOSSERAND (S), op. cit., p. 89, l'auteur analyse sur le fond cet arrêt comme un cumul de mission expressément admis par la Chambre criminelle.

¹⁰⁴³ La critique rejoint celle qui a été faite à l'encontre de la possibilité du supplément d'information par l'un des membres du tribunal et par le fait qu'il puisse ensuite juger, *Supra* : Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, §-362.

¹⁰⁴⁴ Cass. crim., 4 mars 1998, pourvoi n° 97-86544, bull. crim., 1998, n° 86, p. 234 ; sur cet arrêt voir, KARSENTY (D), Conseiller référendaire à la Cour de cassation, étude sur le droit à un procès équitable, in Rapport annuel de la Cour de cassation 2001, Les libertés, étude disponible en ligne : http://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2001_117/deuxieme_partie_tudes_documents_120/tudes_theme_libertes_122/equitable_mme_5971.html

553. Tout d'abord dans son arrêt du 16 mai 2000¹⁰⁴⁵ rendu au visa de l'article 6, §-1 dans lequel elle décide que la chambre d'accusation a violé le dit texte en rejetant le grief de la partialité du juge d'instruction qui avait rendu une ordonnance de refus d'informer alors qu'il était précisément visé par la plainte avec constitution de partie civile. Ensuite, la Haute Cour confirmera l'applicabilité de l'article 6, §-1 à l'instruction dans son arrêt du 5 janvier 2005¹⁰⁴⁶ dans lequel elle décide que « *la circonstance que ce magistrat ait à instruire sur les faits dénoncés par les consorts Z... et Mohamed X... Y..., après avoir opposé à ceux-ci un refus d'informer injustifié, constitue, au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, un élément objectif de nature à faire naître, dans l'esprit des parties civiles, un doute sur son impartialité* ».

554. La Cour de cassation a donc dès 1996, c'est-à-dire quatorze ans avant la Cour EDH, décidé d'appliquer l'obligation d'impartialité prévue à l'article 6, §-1 à la phase d'instruction, elle confirmera sa jurisprudence en 1998. Sans doute a-t-elle pris conscience qu'en matière d'impartialité dans l'instruction son droit interne est globalement plus exigeant que le droit de la Convention EDH qui n'est pas naturellement dédié à cette phase sachant que, depuis l'arrêt Hauschildt de 1989, l'exigence d'impartialité est l'objet d'un assouplissement pour les juridictions de jugement car elle est majoritairement fondée sur la partialité réalité à l'exclusion du cas extrême où le cumul concerne la fonction de poursuite qui demeure apprécié à l'aune de l'apparence de partialité¹⁰⁴⁷.

555. Donc en cette matière, la Cour de cassation a précédé la Cour EDH qui étendra tardivement la notion de tribunal impartial à l'instruction en lui conférant sur le fond une portée très mesurée.

§-2 La portée mesurée de l'extension conventionnelle de la notion de « tribunal impartial »

556. L'élargissement tardif par la Cour EDH de la notion de tribunal impartial repose sur l'interprétation téléologique de l'article 6, §-1. Malgré sa tardiveté, cette interprétation

¹⁰⁴⁵ Cass. crim., 16 mai 2000, pourvoi n° 99-85444, bull. crim. 2000, n° 191, p. 564 ; sur cet arrêt voir, KARSENTY (D), Conseiller référendaire à la Cour de cassation, étude sur le droit à un procès équitable, *ibid.*

¹⁰⁴⁶ Cass. crim., 5 janvier 2005, pourvoi n° 04-86947, bull. crim., 2005, n° 10, p. 29.

¹⁰⁴⁷ *Supra* : Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.

téléologique peut être qualifiée d'avancée conventionnelle (A), elle permet à la Cour EDH de dépasser la prévision textuelle pour appliquer le principe de tribunal impartialité à la phase d'instruction en tant que telle. Elle procède donc à une extension de la notion de tribunal impartial qui appréciée textuellement exclut l'instruction. Cependant, cette avancée conventionnelle est l'objet d'une application décevante par la Cour EDH (B).

A- L'avancée conventionnelle, l'interprétation téléologique de la notion de tribunal impartial

557. La distinction entre l'interprétation textuelle et l'interprétation téléologique ou finaliste a précédemment fait l'objet d'une explication¹⁰⁴⁸. L'interprétation téléologique est très souvent retenue par la Cour EDH, elle consiste à interpréter les notions eu égard à l'objet et au but de la Convention EDH¹⁰⁴⁹.

558. Cette interprétation téléologique, finaliste autorise la Cour EDH à aller au-delà des prévisions textuelles de la Convention EDH en préférant la *ratio legis*. Elle lui a notamment permis d'adopter la théorie de l'apparence de partialité¹⁰⁵⁰, elle est également l'interprétation retenue, dans son arrêt du 6 janvier 2010¹⁰⁵¹, pour étendre, même si la Cour EDH refuse l'emploi de ce verbe, l'application de l'article 6, §-1 à l'instruction.

559. En effet, comme l'affirme la Cour EDH « *l'article 6, § 1 de la Convention garantit le droit à un « tribunal indépendant et impartial » et que la notion de tribunal ne s'étend pas au juge d'instruction, qui n'est pas appelé à se prononcer sur le bien-fondé d'une accusation en matière pénale* »¹⁰⁵². Sans surprise, la Cour EDH affirme, à l'aune d'une interprétation textuelle, que l'article 6, §-1 ne s'applique pas à l'instruction, plus précisément en l'espèce au

¹⁰⁴⁸ *Supra* : Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, §-1, B-, 1-, a-Un modèle interprétatif favorable à l'apparence de partialité : « *contrairement à ce qui est préconisé par la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, la Cour EDH va retenir l'interprétation téléologique ou finaliste au détriment de l'interprétation textuelle préconisée par l'article 31-1 de la Convention de Vienne qui dispose « qu'un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but ».* La Cour EDH va adopter une interprétation téléologique afin de réaliser le but de la Convention, c'est donc ce but qui amène la Cour EDH à avoir des larges pouvoirs d'interprétation »

¹⁰⁴⁹ *Ibid.*, il a été expliqué que l'objet de la Convention EDH est également déterminé par la Cour EDH : « *cette méthode d'interprétation téléologique consiste pour la Cour à interpréter les notions au regard du but et de l'objet de la Convention. Ce dernier a été déterminé par la Cour EDH elle-même grâce au préambule de la Convention EDH, il s'agit du modèle européen de la « société démocratique » qui devient le « principe général d'interprétation » de la Cour EDH. Ce dernier étant très large il lui permet de faire preuve d'activisme.* »

¹⁰⁵⁰ *Supra* : Partie 1, Titre 1, Chapitre 1.

¹⁰⁵¹ CEDH, VERA FERNANDEZ-HUIDOBRO c. Espagne, op. cit.

¹⁰⁵² CEDH, VERA FERNANDEZ-HUIDOBRO c. Espagne, op. cit., §-110.

juge d'instruction qui n'est pas un tribunal. Toutefois, elle rappelle par ailleurs que « la Convention EDH a pour but de « *protéger des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concret et effectifs* »¹⁰⁵³ et que « *la jurisprudence de la Cour ne se désintéresse pas des phases qui se déroulent avant la procédure de jugement* »¹⁰⁵⁴. C'est donc le but de la Convention EDH qui implique de ne pas occulter la phase antérieure du procès. Dès lors, l'interprétation téléologique lui permet d'affirmer que « *les exigences du droit à un procès équitable au sens large implique que le juge d'instruction soit impartial* »¹⁰⁵⁵. En d'autres termes, « *l'adoption par le juge d'instruction de certaines mesures provisoires qui affectent les droits fondamentaux de la personne soumise à une instruction pénale requiert que ce juge, comme tout autre juge, soit objectivement et subjectivement impartial* »¹⁰⁵⁶.

560. Avec cet arrêt du 6 janvier 2010¹⁰⁵⁷ la Cour EDH adopte une appréciation extensive¹⁰⁵⁸ de la notion de tribunal impartial rendue possible grâce à une interprétation finaliste qui lui permet d'étendre l'application du principe d'impartialité à la phase d'instruction¹⁰⁵⁹. Néanmoins, il convient de relever que l'interprétation adoptée par la Cour EDH, consistant à dépasser l'interprétation textuelle pour se rallier à une interprétation finaliste, est dans cet arrêt très timide. En ce sens, elle n'utilise pas de façon expresse les révélateurs habituels de l'interprétation téléologique¹⁰⁶⁰. L'interprétation finaliste est nettement moins assumée que dans certains de ses arrêts notamment ceux relatifs à la consécration de la partialité apparente¹⁰⁶¹. Ceci est certainement dû à la circonstance que la Cour EDH n'avait pas d'autre alternative, dans ce cas d'espèce, compte tenu des principes dégagés dans sa jurisprudence, que d'élargir l'application de l'impartialité de l'article 6, § 1 à l'instruction. Il convient donc de déterminer pourquoi la Cour EDH n'avait-elle pas d'autres choix que d'étendre cette prévision textuelle ?

¹⁰⁵³ CEDH, VERA FERNANDEZ-HUIDOBRO c. Espagne, op. cit., §-109.

¹⁰⁵⁴ CEDH, VERA FERNANDEZ-HUIDOBRO c. Espagne, op. cit., §-109.

¹⁰⁵⁵ CEDH, VERA FERNANDEZ-HUIDOBRO c. Espagne, op. cit., §-111.

¹⁰⁵⁶ CEDH, VERA FERNANDEZ-HUIDOBRO c. Espagne, op. cit., §-113.

¹⁰⁵⁷ SUDRE (F), *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, Classiques, 12^{ème} éd., 2015, p. 599, §-397, 3° ; SUDRE (F), Impartialité du juge d'instruction, JCPG, 1 février 2010, n° 5, p. 234.

¹⁰⁵⁸ Extensive car le sens ordinaire, littéral de la notion exclut l'instruction.

¹⁰⁵⁹ CEDH, VERA FERNANDEZ-HUIDOBRO c. Espagne, op. cit., §-114 ; CEDH, Note d'information sur la jurisprudence de la Cour, janvier 2010, n° 126, p. 14 à 16, disponible en ligne : http://www.echr.coe.int/Documents/CLIN_2010_01_126_FRA_868332.pdf

¹⁰⁶⁰ « *Qu'une interprétation restrictive de l'article 6 par. 1 (art. 6, § 1) - notamment quant au respect du principe fondamental de l'impartialité du juge - ne cadrerait pas avec l'objet et le but de cette disposition, vu la place éminente que le droit à un procès équitable occupe dans une société démocratique au sens de la Convention* », in CEDH, 26 octobre 1984, DE CUBBER c. Belgique, op. cit., §30.

¹⁰⁶¹ *Supra* : Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, §-1, B-, 1-, a- Un modèle interprétatif favorable à l'apparence de partialité.

561. En l'espèce le droit espagnol exigeait que le juge d'instruction « *réponde à des critères d'impartialité* »¹⁰⁶² et la Cour EDH a toujours affirmé dans sa jurisprudence que « *la protection offerte par l'article 6 ne doit pas être moindre à Strasbourg qu'elle n'est dans l'ordre interne* (nous soulignons) »¹⁰⁶³ et qu'« *elle déclarera cette disposition applicable si son applicabilité a déjà été formellement reconnue dans le système national* (nous soulignons) »¹⁰⁶⁴. Dès lors, compte tenu de la teneur du droit interne espagnol, qui exigeait l'impartialité dans l'instruction, et de la position jurisprudentielle de la Cour EDH selon laquelle la protection issue du droit conventionnel ne peut être moindre que celle octroyée dans les États membres, il était inévitable pour la Cour EDH de trancher en faveur de l'application de l'article 6, §-1 à la phase d'instruction. Néanmoins, il s'agit d'un cas relativement rare, inhabituel dans lequel le droit national « conditionne » l'application d'un principe conventionnel. En d'autres termes, le droit national, qui a reconnu l'application de l'impartialité conventionnelle dans l'instruction, « contraint » la Cour EDH d'étendre à son tour l'application de l'article 6, §-1 à l'instruction.

562. Donc, lorsqu'un droit conventionnel est reconnu par une législation interne, la Cour EDH l'appliquera car elle s'estime obligée de consacrer une protection des droits conventionnels au moins égale à celle présente dans les législations internes, cette dernière étant d'application première et le droit conventionnel restant subsidiaire. D'ailleurs, la Cour EDH a rappelé que « *par son système de garantie collective des droits qu'elle consacre, la Convention vient renforcer, conformément au principe de subsidiarité, la protection qui est offerte au niveau national* »¹⁰⁶⁵ et ce conformément à l'article 53¹⁰⁶⁶ de la Convention EDH.

¹⁰⁶² CEDH, VERA FERNANDEZ-HUIDOBRO c. Espagne, op. cit., §-112 ; cette indication d'un droit interne exigeant l'impartialité est rappelé au §-114 de l'arrêt : « *eu égard à ce qui précède, compte tenu des spécificités du droit espagnol à cet égard et, notamment, quant à l'exigence de l'impartialité du juge d'instruction, la Cour conclut que l'article 6 § 1 trouve à s'appliquer à la procédure d'instruction menée en l'espèce par le juge central d'instruction no 5 près l'Audiencia nacional.* »

¹⁰⁶³ CEDH, MICALLEF c. Malte, 15 janvier 2008, requête n° 17056/06, §-41. Principe dégagé dans l'arrêt CEDH, Grande Chambre, VILHO ESKELINEN ET AUTRES c. Finlande, 19 avril 2007, requête n° 63235/00.

¹⁰⁶⁴ CEDH, MICALLEF c. Malte, op. cit., §-41.

¹⁰⁶⁵ CEDH, Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie, 30 janvier 1998, requête n° 19392/92, §-28 ; CEDH, MICALLEF c. Malte, op. cit., §-44 ; CEDH, VERA FERNANDEZ-HUIDOBRO c. Espagne, op. cit., §-112.

¹⁰⁶⁶ « *Aucune des dispositions de la présente Convention ne sera interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales qui pourraient être reconnus conformément aux lois de toute Partie contractante ou à toute autre Convention à laquelle cette Partie contractante est partie.* »

563. En conséquence, l'arrêt Vera Fernandez-Huidobro est singulier car la consécration par le droit national de l'impartialité dans l'instruction est le fait générateur de l'élargissement opéré par la Cour EDH. La solution serait-elle transposable à la France ? Cela ne fait aucun doute puisque le droit français applique l'obligation d'impartialité à l'instruction. En effet, cela ressort notamment des articles 49, 668 et 669 du CPP et des arrêts rendus par la Cour de cassation dans lesquels elle reconnaît que l'article 6, §-1 est applicable à l'instruction¹⁰⁶⁷. Ainsi, l'impartialité dans la phase d'instruction française, qui est exigée par le droit interne, implique que la Cour EDH l'applique, si un recours est formé devant elle sur ce point, car le droit conventionnel qui doit offrir une protection au moins équivalente à celle issue du droit national.

564. L'extension, opérée par la Cour EDH le 6 janvier 2010, de l'article 6, §-1 à l'instruction trouve sa cause dans la teneur le droit espagnol qui prévoit l'application de l'impartialité à l'instruction. Ainsi, la Cour EDH, conformément au principe de subsidiarité, n'avait pas d'autres alternatives que celle d'étendre le principe conventionnel d'impartialité à la phase d'instruction. Néanmoins, la Cour EDH donnera à cette extension « imposée » une portée mesurée.

B- L'avancée conventionnelle objet d'une application décevante

565. Dans son arrêt du 6 janvier 2010 la Cour EDH se prononce sur l'impartialité du juge d'instruction. Le requérant met en cause l'impartialité du juge central d'instruction n°5 car il estime que « *des doutes légitimes existaient quant à l'impartialité du juge central d'instruction n° 5 [...] étant donné les mauvaises relations qu'il entretenait avec lui et le rapport qu'avait le juge instructeur avec l'objet de la procédure litigieuse* »¹⁰⁶⁸.

¹⁰⁶⁷ Notamment : Cass. crim., 4 mars 1998, pourvoi n° 97-86544, op. cit. ; Cass. crim., 16 mai 2000, pourvoi n° 99-85444, op. cit. ; Cass. crim., 23 mars 2004, pourvoi n° 03-87854, bull. cuim., n° 76 ; Cass. crim., 5 janvier 2005, pourvoi n° 04-86947, op. cit., dans cet arrêt la Haute Cour décide qu'« *Attendu que la circonstance que ce magistrat ait à instruire sur les faits dénoncés par les consorts Z... et Mohamed X... Y..., après avoir opposé à ceux-ci un refus d'informer injustifié, constitue, au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, un élément objectif de nature à faire naître, dans l'esprit des parties civiles, un doute sur son impartialité ;* »

Sur ces arrêts voir *supra* : cette section, §-1, B- L'application anticipée de l'article 6, §-1 à l'instruction par la Cour de cassation.

¹⁰⁶⁸ CEDH, VERA FERNANDEZ-HUIDOBRO c. Espagne, op. cit., §-94.

566. L'instruction du dossier par le juge central d'instruction n°5, dans lequel était impliqué le requérant, débuta en 1988. En avril 1993 le juge prit un congé pour convenance personnelle pendant lequel il exerça diverses fonctions politiques (député, délégué du gouvernement au plan national contre la drogue, secrétaire d'État au ministère de l'intérieur) qui l'ont amené à être en contact avec certaines personnes impliquées dans le dossier d'instruction qu'il avait précédemment ouvert. Le 13 mai 1994 il démissionna de ses fonctions politiques et réintégra, le 18 mai 1994, son ancien poste de juge d'instruction et reprit précisément l'instruction du dossier pénal¹⁰⁶⁹ ouvert en 1988 avant son congé. Aucun acte d'instruction important n'avait été entrepris avant et pendant son congé. Ainsi, le juge continua activement l'instruction. Différents actes furent adoptés notamment il mit le requérant en examen et il plaça le secrétaire personnel du requérant en détention sans caution. Le requérant, qui avait été secrétaire d'État à la sécurité au ministère de l'intérieur lorsque le juge était secrétaire d'État au ministère de l'intérieur, invoque l'existence de relations conflictuelles entre eux.

567. Ensuite, à compter du 18 d'août 1995 pour des raisons de compétence et à la demande du juge central d'instruction le dossier fut porté devant le tribunal suprême où un juge délégué de la chambre pénale récupéra « *le dossier de l'instruction menée par le juge central d'instruction fut transmis au juge d'instruction délégué* »¹⁰⁷⁰.

568. Les différentes demandes relatives à la remise en cause de l'impartialité du premier juge furent toutes rejetées à savoir deux demandes de récusation d'une part et une exception préliminaire devant le Tribunal suprême pour défaut d'impartialité d'autre part. Le requérant fut reconnu coupable de malversation de fonds publics et de séquestration et fut condamné à dix ans d'emprisonnement, douze ans d'interdiction absolue d'assumer des fonctions publiques. Par suite, il forma un recours devant la Cour EDH dans lequel il contestait l'impartialité du juge d'instruction.

569. La Cour EDH conclut que « *l'impartialité du juge central d'instruction n°5 pouvait sembler sujette à caution* »¹⁰⁷¹ et que « *lorsqu'il a été réintégré à son poste de juge après son congé pour pouvoir se porter candidat aux élections générales de 1993 et a repris le dossier de la présente procédure, le juge central d'instruction n°5 ne répondait pas à l'exigence*

¹⁰⁶⁹ CEDH, VERA FERNANDEZ-HUIDOBRO c. Espagne, op. cit., §-123.

¹⁰⁷⁰ CEDH, VERA FERNANDEZ-HUIDOBRO c. Espagne, op. cit., §-53.

¹⁰⁷¹ CEDH, VERA FERNANDEZ-HUIDOBRO c. Espagne, op. cit., §-125.

d'impartialité imposée par l'article 6 de la Convention »¹⁰⁷². Pour la Cour EDH « c'est le fait que le juge ait exercé une fonction publique et ait été en contact avec certaines personnes dans ce contexte, puis qu'il ait été immédiatement réintégré dans l'exercice de la fonction judiciaire d'instruction du dossier pénal ouvert, entre autres, à l'encontre de ces personnes, qui est à l'origine de l'allégation d'un manque d'impartialité »¹⁰⁷³.

570. En l'espèce, la Cour EDH affirme que l'instruction de ce dossier a été menée par un juge d'instruction considéré comme fonctionnellement partial¹⁰⁷⁴. La Cour EDH fait une application de sa jurisprudence applicable à l'impartialité en distinguant l'impartialité fonctionnelle et personnelle pour ne retenir, comme à son habitude lorsque le choix s'offre à elle, que la seule partialité objective du premier juge d'instruction. Jusqu'ici, la Cour EDH se prononce conformément à sa jurisprudence. Les choses se compliquent lorsqu'elle va se demander si l'intervention d'un second juge d'instruction a pu redresser le vice de partialité. En effet, dans cette espèce, le dossier avait été transmis, pour des raisons de compétence en vertu de l'immunité parlementaire de certaines personnes impliquées, au tribunal suprême qui se déclara compétent le 18 août 1995 et qui confia l'instruction au juge d'instruction délégué de la Chambre pénale du tribunal suprême qui l'a poursuivie en se fondant sur le dossier d'instruction établi par le premier juge d'instruction considéré par la Cour EDH comme objectivement partial. Or, l'instruction faite par le second juge n'a pas anéanti la première, elle n'était pas un recours contre la première, elle était faite dans sa continuité pour des raisons de compétence juridictionnelle du fait de l'immunité parlementaire de certaines personnes. Il ne s'agissait pas de refaire l'instruction du fait de la partialité du premier juge instructeur.

571. Cependant, après avoir conclu à la partialité du premier juge d'instruction, la Cour EDH s'est demandé si l'intervention subséquente du second juge avait pu redresser le défaut de partialité du premier juge. Bien que dans ce cas d'espèce il ne s'agisse pas d'une voie de recours, il convient de rappeler que la Cour EDH avait affirmé antérieurement que même les voies de recours n'étaient pas susceptibles de redresser le défaut de nature organique impactant l'impartialité. En ce sens, elle a décidé dans l'arrêt De Cubber que « le vice

¹⁰⁷² CEDH, VERA FERNANDEZ-HUIDOBRO c. Espagne, op. cit., §-125.

¹⁰⁷³ CEDH, VERA FERNANDEZ-HUIDOBRO c. Espagne, op. cit., §-123.

¹⁰⁷⁴ Ce grief lui permet d'évincer le grief de la partialité personnelle du juge qui est présumée. Ceci confirme l'appréciation précédente selon laquelle lorsque la Cour EDH a l'opportunité de choisir entre l'une des deux partialités, sa préférence se fait pour la partialité objective. *Supra* : Partie 1, Titre 1, Chapitre 1.

*n'affectait pas simplement le déroulement de la procédure de première instance : résultant de la composition même du siège du tribunal d'Audénarde, il revêtait un caractère organique et la cour d'appel ne l'a pas corrigé puisqu'elle n'a pas mis à néant par ce motif l'ensemble du jugement du 29 juin 1979 »*¹⁰⁷⁵. Donc d'après cette jurisprudence, une voie de recours n'est pas susceptible de redresser le vice de partialité à plus forte raison, il était prévisible que soit inopérante, pour anéantir un tel vice, l'intervention d'un second juge en dehors de toutes voies de recours.

572. Toutefois, avec cet arrêt la Cour EDH applique une jurisprudence qu'elle avait refusé d'appliquer aux voies de recours pour les juridictions de type classique¹⁰⁷⁶ pourtant plus protectrices pour opérer un réel contrôle de la partialité des premiers juges et éventuellement le redresser. En effet, de façon très surprenante, la Cour EDH décide que « *l'impartialité du juge d'instruction délégué de la chambre du Tribunal suprême ne peut pas être mise en cause et que ce juge délégué a donc ainsi redressé les défauts de l'instruction initiale* »¹⁰⁷⁷. La Cour EDH considère¹⁰⁷⁸, nous semble-t-il à tort, « *que l'instruction menée par le juge central d'instruction a donc été examinée et soumise au contrôle d'un nouveau juge d'instruction d'un tribunal supérieur* »¹⁰⁷⁹.

573. Pourtant dans cette affaire il ne s'agit pas d'un contrôle¹⁰⁸⁰, jusqu'alors considéré par la Cour EDH comme inopérant pour redresser un vice de partialité initial. Ce contrôle serait par exemple, en France en matière d'instruction, le fait pour la chambre de l'instruction d'annuler les actes du juge partial et d'évoquer le dossier pour défaut d'impartialité. Ce

¹⁰⁷⁵ CEDH, DE CUBBER c. Belgique, 26 octobre 1984, requête n° 9168/80, §-33. Sur cette jurisprudence voir SUDRE (F), Impartialité du juge d'instruction, op. cit. ; SUDRE (F), MARGUENAUD (J-P), ANDRIANTSIMBAZOVINA (J), GOUTTENoire (A), LEVINET (M), GONZALEZ (G), Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme, Thémis droit, PUF, 7^{ème} éd., 2015, p. 307-308 et p. 361. La jurisprudence DE CUBBER est confirmée par la COUR EDH : CEDH, RIEPAN c. Autriche, 14 novembre 2000, requête n° 35115/97.

¹⁰⁷⁶ CEDH, RIEPAN c. Autriche, 14 novembre 2000, requête n° 35115/97, §-40 : « *La présente espèce concerne toutefois une procédure s'étant déroulée devant des juridictions du type classique, qualifiées de « pénales » tant par le droit interne que par le droit de la Convention. Dans le contexte de l'indépendance et de l'impartialité, la Cour a rejeté en pareil cas l'idée selon laquelle un défaut ayant entaché la procédure en première instance pourrait être compensé à un stade ultérieur, considérant que l'accusé avait droit en première instance à un tribunal remplissant lui-même l'intégralité des conditions de l'article 6 § 1.* »

¹⁰⁷⁷ CEDH, VERA FERNANDEZ-HUIDOBRO c. Espagne, op. cit., §-136.

¹⁰⁷⁸ Par quatre voix contre trois.

¹⁰⁷⁹ CEDH, VERA FERNANDEZ-HUIDOBRO c. Espagne, op. cit., §-131.

¹⁰⁸⁰ « *La majorité s'efforce d'effacer les vices du dossier d'enquête, contaminé par le premier juge central d'instruction, à partir d'un prétendu contrôle effectué par le Tribunal suprême. Voilà la question qui se pose en l'espèce et sur laquelle je n'ai pas trouvé de réponse tranchée dans la jurisprudence de la Cour* », in CEDH, VERA FERNANDEZ-HUIDOBRO c. Espagne, op. cit., Opinion dissidente du juge CASADEVALL.

contrôle anéantit l’instruction et met fin au défaut. Rien de tel en l’espèce puisque le second juge a continué et conclu la ligne d’investigation du premier juge partial. Pour reprendre les mots du Professeur Frédéric SUDRE « *ce deuxième juge n’a pas « refait » l’instruction mais s’est contenté de « poursuivre » une instruction contaminée ab initio* »¹⁰⁸¹.

574. De façon très surprenante et critiquable la Cour EDH estime, que l’intervention de ce second juge, impartial personnellement, a redressé le défaut de partialité¹⁰⁸². Ceci est peu convaincant, le vice était présent et le dossier entaché de partialité. Donc à moins d’anéantir totalement la première instruction, il est impossible pour le second juge, même impartial personnellement, de redresser un vice de partialité présent dans le dossier sur lequel il se fonde pour poursuivre l’instruction. Il ne peut que proroger un peu plus la partialité et ce même s’il a pu prendre des nouveaux actes, renouveler certains d’entre eux et faire répéter les dépositions. Ce nouveau juge « *aurait peut-être toujours ignoré l’existence de ces témoins ou la pertinence de telle ou telle preuve s’il n’avait pas disposé des informations que renfermait déjà le dossier – informations qui avaient été recueillies sur les ordres et les instructions d’un juge auquel manquait l’impartialité requise par l’article 6* »¹⁰⁸³. Il convient donc de se rallier à l’opinion dissidente du juge Power qui considère que « *ni la désignation du nouveau juge d’instruction, ni le nouvel interrogatoire des témoins mené par lui, ni le fait qu’il ait ordonné l’administration de preuves supplémentaires n’ont vraiment porté remède au défaut tenant au préjugé objectif du juge d’instruction initial. La transmission ultérieure d’un dossier vicié à un juge impartial n’a pas suffi, à mon avis, pour garantir le droit fondamental du requérant à être jugé par un tribunal impartial* »¹⁰⁸⁴.

575. En conclusion, la conception restrictive de la Cour EDH du grief de partialité dans l’instruction est en adéquation avec son appréciation téléologique tardive et timorée dont elle a fait usage dans cet arrêt.

576. Finalement, la Cour EDH n’avait pas d’autre choix que d’appliquer l’article 6, §-1 à l’instruction et bien qu’elle affirme son applicabilité, comme l’y contraint l’article 53 de la

¹⁰⁸¹ SUDRE (F), Impartialité du juge d’instruction, op. cit.

¹⁰⁸² Le Professeur Frédéric SUDRE n’hésite pas dans son commentaire de l’arrêt Vera Fernandez-Huidobro de décrire cette jurisprudence comme « *un recul fâcheux de la garantie d’impartialité* », in, SUDRE (F), Impartialité et juge d’instruction, op. cit.

¹⁰⁸³ CEDH, VERA FERNANDEZ-HUIDOBRO c. Espagne, op. cit., Opinion dissidente du juge POWER, §-5.

¹⁰⁸⁴ *Ibid.*

Convention EDH, elle adopte par suite une conception restrictive du grief qui réduit presque à néant la possibilité de voir reconnaître le vice de partialité dans l'instruction. Il s'agit donc d'une avancée décevante car la Cour EDH admet que l'intervention d'un second juge, en dehors de toute voie de recours, qui se fonde sur un dossier d'instruction édifié par un premier juge partial est susceptible de redresser le vice partialité initial. Cette jurisprudence laxiste ne constitue pas une protection satisfaisante pour les justiciables contre la partialité dans l'instruction. Ceci explique peut-être qu'il n'y ait pas eu d'autres recours sur ce point devant la Cour EDH depuis cet arrêt.

Conclusion Chapitre 1

577. Le statut des juges du siège applicable aux juges dans l'instruction leur permet d'accéder à l'impartialité et le but et l'objet de l'instruction nécessitent qu'ils le soient. Le modèle français de l'instruction se doit de donc respecter le principe d'impartialité auquel il est soumis. D'ailleurs, la Cour de cassation n'a pas hésité à devancer la Cour EDH en appliquant avant elle l'article 6, §-1 à l'instruction, c'est-à-dire en reconnaissant l'impartialité conventionnelle applicable à la phase d'instruction.

578. En outre, la Cour EDH a confirmé, conformément à l'article 53 de la Convention EDH, que la protection conférée par l'article 6, §-1 ne peut être moindre à Strasbourg qu'elle ne l'est dans les États membres¹⁰⁸⁵. Ainsi, dans son arrêt Vera Fernandez-Huidobro rendu le 6 janvier 2010, elle n'aura d'autre choix que d'étendre l'application de l'impartialité conventionnelle à la phase d'instruction. La Cour EDH est « contrainte » d'opérer à cette extension car, en l'espèce, le droit espagnol reconnaît formellement l'application de l'impartialité conventionnelle à l'instruction. Il s'agit donc d'une situation peu habituelle dans laquelle, le droit national conditionne l'extension, par la Cour EDH, de l'obligation conventionnelle d'impartialité¹⁰⁸⁶ à l'instruction.

579. Néanmoins, la Cour EDH, obligée d'étendre l'article 6, §-1 à l'instruction, adopte une conception restrictive du grief de partialité dans l'instruction. En ce sens, l'avancée conventionnelle est l'objet d'une application décevante. Il est possible de se demander si la solution surprenante, émise par la Cour EDH le 6 janvier 2010, quant au rejet de la partialité, n'est pas la démonstration d'une certaine forme de résistance de la Cour strasbourgeoise face à l'extension de l'exigence d'impartialité conventionnelle commandée, imposée, conditionnée par la teneur du droit interne en cause.

¹⁰⁸⁵ *Supra* : ce chapitre, section 2, §-2, A.

¹⁰⁸⁶ CEDH, VERA FERNANDEZ-HUIDOBRO c. Espagne, op. cit., §-112 à 114 : « À ce propos, la Cour observe que le droit espagnol exige par ailleurs que le juge d'instruction, chargé d'instruire tant à charge qu'à décharge, réponde à des critères d'impartialité. Par son système de garantie collective des droits qu'elle consacre, la Convention vient renforcer, conformément au principe de subsidiarité, la protection qui en est offerte au niveau national (Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie, arrêt du 30 janvier 1998, § 28, Recueil 1998-I), conformément à son article 53. [...] Eu égard à ce qui précède, compte tenu des spécificités du droit espagnol à cet égard et, notamment, quant à l'exigence de l'impartialité du juge d'instruction, la Cour conclut que l'article 6 § 1 trouve à s'appliquer à la procédure d'instruction menée en l'espèce par le juge central d'instruction no 5 près l'Audiencia nacional. »

580. Dans ce contexte, il convient de recenser les différentes modalités procédurales existantes en droit interne protectrices de l'impartialité dans l'instruction. En d'autres termes, il s'agit de démontrer que la conception du droit français de l'impartialité dans l'instruction est plus protectrice que l'appréciation restrictive subsidiaire de la Cour EDH. Il faut donc dépasser la conception conventionnelle limitée de l'impartialité dans l'instruction afin de s'attacher au renforcement national de l'exigence conventionnelle d'impartialité dans l'instruction.

Chapitre 2 : Le renforcement national de l'exigence conventionnelle de l'impartialité dans l'instruction

581. La jurisprudence de la Cour EDH relative à l'impartialité dans l'instruction reste permissive¹⁰⁸⁷. Par conséquent, la protection conventionnelle de l'impartialité pour les justiciables ressortissants d'États membres dont la procédure pénale connaît de la phase de l'instruction est d'autant plus fragile. Dès lors, il est une nécessité de dépasser le droit conventionnel lacunaire mais subsidiaire pour s'attacher à l'impartialité dans la modèle français de l'instruction afin de voir s'il est plus efficace.

582. Il convient de rappeler que cette phase d'instruction est conduite par des juges du siège indépendants et inamovibles et qui bénéficient du statut de juges spécialisés¹⁰⁸⁸. Ce statut protecteur qui est un préalable indispensable à l'impartialité n'est pas suffisant pour évincer le risque de partialité. Dans une telle quête il est possible de proposer une amélioration de certaines modalités procédurales propices à l'impartialité et de ne pas se contenter de la présence de procédures préventives telle la récusation¹⁰⁸⁹ ou la suspicion légitime¹⁰⁹⁰, certes nécessaires, mais qui sur le plan théorique n'ont pas vocation à améliorer en amont l'impartialité dans l'instruction. Elles sont des procédures qui s'appliquent lorsque le risque est ou paraît être présent et, faute de les avoir utilisées, il reste une ultime possibilité, lorsque le grief de la partialité est adressé à des juridictions d'instruction, de le soulever lors d'une requête en nullité devant la Cour de cassation¹⁰⁹¹. Les deux procédures de récusation et de

¹⁰⁸⁷ Exclusion faite du cas extrême et rare du cumul des fonctions de poursuite et d'instruction par l'application de l'article 5, §-3 : CEDH, H. B c. Suisse, 5 avril 2001, requête n° 26899/95. Même s'il est possible de douter de la qualité de juge d'instruction sachant qu'en Suisse il est supervisé par le procureur. Il ne paraît avoir du juge que le nom, *Infra* : Partie 2, Titre 2, Chapitre 1.

¹⁰⁸⁸ *Supra* : Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1 : l'impartialité conventionnelle découlant du modèle français de l'instruction.

¹⁰⁸⁹ Articles 668 et 699 CPP.

¹⁰⁹⁰ Article 662 CPP.

¹⁰⁹¹ Cass. crim., 23 mars 2004, pourvoi n°03-87854, bull. crim. 2004, n° 76, p. 287 :

« Attendu que, pour déclarer irrecevable la requête en annulation présentée par les personnes mises en examen, au motif que le magistrat instructeur n'offrait pas toute garantie objective d'impartialité, l'arrêt attaqué énonce que les dispositions de l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme ne s'appliquent pas au juge d'instruction, lequel ne pouvait faire l'objet que d'une procédure de récusation ou d'une demande de dessaisissement ;

Attendu que, si c'est à tort que les juges ont prononcé ainsi, l'exigence d'impartialité s'imposant aux juridictions d'instruction à l'encontre desquelles un tel grief peut être invoqué indépendamment de la mise en œuvre des procédures de récusation ou de renvoi, la décision n'encourt pas pour autant la censure, dès lors que l'intervention du conjoint du juge d'instruction en qualité d'avocat du commissaire au redressement judiciaire de la société X..., dans une procédure distincte, clôturée à la date de l'ouverture de l'information objet des présents

renvoi pour cause de suspicion légitime bien que bénéfiques, interviennent lorsque le juge ou le tribunal ont déjà emprunté la voie de la partialité. Il est donc important d'agir en amont pour éviter le plus possible de voir la partialité ou le risque de partialité surgir. Il n'est pas satisfaisant pour l'impartialité des juges de voir ces procédures mises en œuvre tant elles sont révélatrices d'un certain dysfonctionnement auquel il convient de remédier.

583. L'objet de cette analyse est de démontrer dans quelle mesure le modèle français de l'instruction permet de renforcer l'impartialité et quelles sont les améliorations possibles pour repousser toujours plus le risque de partialité. En conséquence, la perspective de la suppression du juge d'instruction, souvent proposée pour mettre fin aux maux de la procédure pénale¹⁰⁹² tels qu'envisagés par ceux qui veulent sa suppression, ne sera pas retenue comme une solution louable¹⁰⁹³. Au contraire, il s'agira de s'interroger sur les corrections possibles à apporter à ce modèle de l'instruction pour le rendre exempt de toutes critiques. Il convient de garder à l'esprit que « *l'instruction est une procédure « de luxe », exceptionnelle, devant être réservée à des infractions graves ou complexes par leur mode de commission ou par leur caractère extra-national* »¹⁰⁹⁴. Cette phase d'instruction entre les mains d'un (des) juge(s) du siège apporte une plus-value à la procédure pénale et à son caractère impartial. La procédure pénale française a su préserver ses particularités qui sont admises par le droit conventionnel, il serait un recul fâcheux de vouloir revenir sur ces acquis en supprimant le juge

pourvois, n'est pas de nature à faire naître un doute objectivement justifié sur l'impartialité du magistrat concerné ; »

¹⁰⁹² « *C'est presque une loi sociologique : à l'occasion de chaque naufrage judiciaire, des docteurs accourent au chevet de notre justice malade, chargés de leur science et de remèdes de leur crû. Depuis bien longtemps, de façon récurrente, leur diagnostic désigne un grand responsable des maux de leur patiente : le juge d'instruction, « ce maudit animal, ce pelé, ce galeux d'où venait tout le mal. » Alors, l'abandon du juge d'instruction constitue le médicament de choix dans la pharmacopée de ces thérapeutes « car on doit souhaiter selon toute justice que le plus coupable périsse* », PRADEL (J), Haro sur le juge d'instruction !, D. 2006, p. 244 et s. ;

Rapport du comité de réflexion sur la justice pénale, sous la présidence de Philippe LEGER, 1^{er} septembre 2009, disponible en ligne, p. 11 et s. : http://www.justice.gouv.fr/art_pix/sg_rapport_leger2_20090901.pdf.

Rapport de la Commission « justice pénale et droits de l'homme », Rapport sur La mise en état des affaires pénales, Commission présidée par Madame Delmas-Marty, La documentation française, Paris, 1991, p. 118 et s., disponible en ligne : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/914059500.pdf>

Rapport de la Commission Donnedieu De Vabres (H), Commission qui a travaillé de 1946-1949, Rapport remis en 1949.

¹⁰⁹³ La solution la plus usuelle est de vouloir transférer la « mission d'enquête » dévolue au juge d'instruction, lors d'une instruction, au parquet. Au regard du statut du parquet et de son impartialité édulcorée, elle ne paraît pas être une solution salvatrice. Sur le parquet voir *Infra* : Partie 2, Titre 2.

¹⁰⁹⁴ PRADEL (J), Haro sur le juge d'instruction !, op. cit., p. 244.

d'instruction¹⁰⁹⁵ d'autant que, dans les États qui ont franchi le pas, la solution ne fait pas l'unanimité¹⁰⁹⁶. Donc, l'instruction apporte un bénéfice certain à la procédure pénale française à condition, évidemment, que le principe d'impartialité soit correctement garantie. Néanmoins, dans ce domaine, la Cour EDH fait une application décevante de l'impartialité dans l'instruction. Ainsi, dans quelle mesure le modèle national vient renforcer l'exigence conventionnelle de l'impartialité dans l'instruction. D'une part, il existe un renforcement mesuré de l'impartialité dans l'instruction (section 1) et d'autre part, un renforcement marqué de l'impartialité dans l'instruction (Section 2).

¹⁰⁹⁵ « *Le juge d'instruction fait partie de notre tradition en ce qu'il remonte à une ordonnance de 1670. Il est du juge d'instruction en France comme du jury en Angleterre.* », in, PRADEL (J), Haro sur le juge d'instruction !, op. cit.

¹⁰⁹⁶ PRADEL (J), Haro sur le juge d'instruction !, op. cit. ; GIUDECELLI (C), Le juge d'instruction évoluera ou disparaîtra, *AJ Pénal*, 2009, p. 68 et s. : « *il faut aussi entendre les professionnels judiciaires italiens qui dénoncent la moindre efficacité de leur système depuis la suppression du juge d'instruction* » ; « *Rapport Houillon* », op. cit., p.342-343 : « *le passage brutal d'un système judiciaire à l'autre semble particulièrement hasardeux, voire périlleux et l'exemple de l'Italie devrait inciter les uns et les autres à la prudence* ».

Section 1 : Le renforcement mesuré de l'impartialité dans l'instruction

585. Le renforcement mesuré correspond aux situations dans lesquelles le droit national offre une exigence d'impartialité dans l'instruction équivalente voire légèrement plus intense que celle issue du droit conventionnel sans jamais atteindre des seuils radicalement plus exigeants, ce cas correspond au renforcement marqué de l'impartialité dans l'instruction¹⁰⁹⁷.

586. En droit interne deux principes renforcent de façon mesurée l'exigence conventionnelle d'impartialité dans l'instruction. Mesuré ne veut pas dire que ces deux principes ont un effet mesuré sur l'impartialité mais que le droit national renforce de façon mesurée l'exigence conventionnelle d'impartialité car le droit de la Convention EDH reconnaît également l'existence et l'importance de ces deux principes.

587. Tout d'abord, il existe la séparation classique des fonctions de poursuite et d'instruction (§-1) sans laquelle il est impossible d'espérer l'intervention d'un juge instructeur impartial¹⁰⁹⁸ puisqu'il interviendrait éventuellement sur la base de sa propre décision de poursuite. Ces deux fonctions entre les mains de la même autorité annihileraient l'impartialité dans cette phase. Ensuite, l'expression des droits de la défense durant l'instruction, telle que conçue par le droit national, correspond également à un renforcement mesuré de l'exigence conventionnelle de l'impartialité dans l'instruction (§-2).

§-1- Le renforcement de l'impartialité par la séparation des fonctions de poursuite et d'instruction

588. Cette séparation classique des fonctions est absolument indispensable à l'impartialité dans l'instruction. À ce titre, la Cour EDH conserve, notamment lorsqu'elle fait application de

¹⁰⁹⁷ Section 2 : Le renforcement marqué de l'impartialité dans l'instruction.

¹⁰⁹⁸ DESPORTES (F) et LAZERGES-COUSQUER (L), op. cit., p. 206, §-306, les auteurs expliquent que ce principe séparatiste n'est exigé que lorsque cette phase d'instruction est confiée à un juge d'instruction et précisent qu'en aucun il est une obligation « *d'instituer une telle juridiction pour conduire les investigations* ».

D'autres vont plus loin, le juge Fenech devenu député dans sa proposition de loi (9 novembre 2005, n° 2659, Assemblée Nationale) voit une incompatibilité entre l'investigation et la juridiction confiées au juge d'instruction pour en déduire qu'il faut confier l'investigation au parquet, in PRADEL (J), Haro sur le juge d'instruction !, op.cit. Il conviendra d'analyser dans le titre suivant quels seraient les risques de confier une telle mission à l'autorité de poursuite qui selon certains induirait une « *instruction inexorablement partielle* », in SIZAIRE (V), Quel modèle pour l'instruction ?, *AJ Pénal* 2009, p. 388 et s.

l'article 5, §-3¹⁰⁹⁹, une appréciation plutôt stricte de la séparation des fonctions lorsque l'organe du parquet est en cause¹¹⁰⁰ dans l'hypothèse du cumul¹¹⁰¹ et ce même après 1989¹¹⁰². Partant, cette interprétation s'applique à l'hypothèse du cumul des fonctions de poursuite, exercées par un membre du parquet¹¹⁰³, et d'instruction. En effet, lorsque la Cour EDH applique l'article 5, §-3 de la Convention EDH relatif à la détention, elle est amenée à

¹⁰⁹⁹ Lorsqu'il s'agit d'apprécier l'impartialité de l'autorité judiciaire qui prend une décision sur la liberté c'est l'article 5, §-3 de la Convention EDH qui trouve à s'appliquer. Sur la jurisprudence relative à cet article voir *infra* : Partie 2, Titre 2.

¹¹⁰⁰ CEDH, PIERACK c. Belgique, op. cit., §-30 : « on verserait dans l'excès contraire si l'on entendait écarter du siège les anciens magistrats du parquet dans chaque affaire examinée d'abord par ce dernier, quand bien même ils n'auraient jamais eu à en connaître. Fondée sur une conception rigide et formaliste de l'unité et de l'indivisibilité du ministère public, une solution aussi radicale dresserait une cloison quasi étanche entre le siège et le parquet. Il en résulterait un bouleversement du système judiciaire de plusieurs États contractants où le passage d'une magistrature à l'autre se pratique fréquemment. Surtout, le simple fait qu'un juge ait figuré jadis parmi les membres du parquet ne constitue pas une raison de redouter un manque d'impartialité dans son chef; la Cour marque son accord avec le Gouvernement sur ce point. ». Donc il faut que le magistrat du parquet ait connu de la cause par exemple en ayant eu la possibilité de contrôler les réquisitions, de discuter avec le magistrat titulaire du dossier de l'orientation des poursuites. KUTY (F), op. cit., p. 347.

¹¹⁰¹ « Le cumul des fonctions de poursuite et de jugement demeure néanmoins sanctionné, en tant que tel. », in SUDRE (F), op. cit., p. 443, b).

¹¹⁰² À cette date la Cour EDH rend l'arrêt Hauschildt qui est le point de départ de sa seconde appréciation de l'impartialité fonctionnelle fondée sur une conception souple de la séparation des fonctions et une conception *in concreto* des faits de cumul, il s'agit de la partialité réalité, *supra* : Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.

Cependant, lorsque le cumul concerne la fonction de poursuite (le parquet, qui n'est pas indépendant de l'exécutif, *infra* : Partie 2, Titre 2) d'avec les autres fonctions ce revirement ne s'applique pas. La Cour EDH retient toujours une conception stricte des fonctions, une apparence de partialité dès lors qu'il y a cumul ou cumul éventuel entre la fonction de parquetier et celle de juge. RENUCCI (J-F), *Droit européen des droits de l'Homme, droits et libertés fondamentaux garantis par la CEDH*, LGDJ, Manuel, 6^{ème} éd., 2015, p.349 et s., §-336, p. 419 et s., §-400, ; KUTY (F), op. cit., p. 365 et s. ; SUDRE (F), *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, Classiques, 12^{ème} éd., 2015, p.516, §-346, p. 604, §-400, 2°.

¹¹⁰³ CEDH, Padovani c. Italie, 26 février 1993, requête n° 13396/87, dans cet arrêt la Cour EDH valide implicitement le cumul, par un juge du siège, de la poursuite et de l'instruction. Par déduction, ce qui est condamné par la Cour EDH est le cumul organique de la fonction de poursuite, exercée par un membre du ministère public, avec celle de juge. Le Professeur Frédéric Sudre exprime ses craintes face à cette jurisprudence : « de même, dans l'affaire Padovani, la Cour juge que l'exercice successif par un magistrat des fonctions d'accusation et de jugement dans une procédure de flagrant délit ne porte pas atteinte à l'exigence d'impartialité, compte tenu des actes sommaires accomplis par le magistrat avant la procédure de jugement (§ 28). Avec les arrêts Sainte-Marie du 16 décembre 1992 (cette chronique, préc., n° 13), Fey et Padovani, la jurisprudence « séparatiste » de la Cour, interdisant à un juge ayant connu de l'affaire avant la phase de jugement de juger au fond, paraît progressivement s'effiloche : si cette jurisprudence laxiste est de nature, par sa souplesse, à éviter aux petites juridictions de réelles difficultés d'organisation, elle ne renforce pas, à notre sens, la sécurité juridique. », in SUDRE (F), *Droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, JCPG, 23 février 1994, n° 8, p. 108 et s.

Ce qui est critiquable, surprenant dans l'arrêt Padovani n'est pas tant que la Cour EDH confirme sa vision de l'impartialité fondée sur une conception souple de la séparation des fonctions et une appréciation *in concreto* mais qu'elle admette l'impartialité d'un juge du siège qui a fait un acte de poursuite. Par suite, avec sa décision Didier contre la France du 27 août 2002 (requête n° 58188/00) la Cour EDH semble revenir sur la conception dégagée dans l'arrêt Padovani puisque la Cour EDH conclut à l'impartialité du juge notamment parce qu'il n'a pas été à l'origine de la saisine : sur ce point, voir notamment RENUCCI (J-F), op. cit., p. 420, §-401 *in fine*. Cependant, l'arrêt Kyprianou rendu par la grande chambre le 15 décembre 2005 (requête n° 73797/01) n'a pas permis de trancher clairement cette question du cumul des fonctions de poursuite et d'instruction ou de jugement par un juge du siège. En effet, la Cour EDH n'a pas fait primer cette circonstance pour conclure à la partialité de la cour.

connaître de l'impartialité puisque « *l'exigence d'indépendance à l'égard de la partie poursuivante a fait place à celle d'impartialité fonctionnelle et est fondée sur la notion d'impartialité objective et la théorie de apparences (nous soulignons), issue de l'article 6, §-1 (Huber c/ Suisse, 23 oct. 1990, [...]). L'article 5, § 3 prohibe en conséquence le cumul des fonctions d'instruction et de poursuite : le magistrat qui instruit ne doit pas être susceptible d'intervenir dans la procédure ultérieure à titre de représentant de l'autorité de poursuite* »¹¹⁰⁴.

589.En conséquence de quoi le renforcement national de l'exigence conventionnelle d'impartialité par la séparation des fonctions de poursuite et d'instruction est mesuré. Cette séparation se manifeste par l'interdiction de l'autosaisine (A) et par la motivation des ordonnances de règlement (B).

A- La manifestation de la séparation par l'interdiction de l'autosaisine

590.Ce principe classique de la séparation¹¹⁰⁵ de la fonction de poursuite des autres fonctions a précédemment fait l'objet d'une analyse. Il est en droit interne un principe séparatiste strict¹¹⁰⁶. Cette rigueur du principe de la séparation des fonctions lorsqu'est concernée la fonction de poursuite, exercée par un membre du ministère public, est *a priori* partagée tant par le droit national que par le droit conventionnel. D'ailleurs, en droit interne le principe de la séparation des fonctions de poursuite et d'instruction se manifeste par l'interdiction de l'autosaisine qui est plus ou moins forte selon qu'il s'agit de l'hypothèse de la saisine initiale dans laquelle règne la rigueur du principe (1) ou de l'hypothèse de la saisine en cours d'instruction dans laquelle le principe est assoupli (2).

¹¹⁰⁴ SUDRE (F), op. cit., p. 366, §-226.

¹¹⁰⁵ Sur ce principe de la séparation de la poursuite et de l'instruction voir notamment : DESPORTES (F) et LAZERGES –COUSQUER (L), op. cit., p. 204 à 207, §-303 et s. ; GUINCHARD (S) et. BUISSON (J), *Procédure pénale*, p. 161 et 162, §-140, p.967 à 981 ; JOSSERAND (S), op. cit., p. 221 à 239, §-1 à 67 ; PRADEL (J), op. cit., p. 33 à 37, §-8 et s. ; ROETS (D), p. 45 à 49, §. 48 et s.

¹¹⁰⁶ *Supra* : Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, §-1, B- La séparation légale des fonctions de poursuite et de jugement.

1- La saisine initiale, la rigueur du principe

591. L'impartialité du juge d'instruction est rendue possible notamment car il lui est interdit de mettre lui-même en mouvement l'action publique¹¹⁰⁷ pour ensuite instruire. Ces deux fonctions sont incompatibles. Enfermées dans les mains du même magistrat elles aboutissent à ce qu'il soit juge et partie¹¹⁰⁸ dans la procédure, ce qui est proscrit par la Cour EDH¹¹⁰⁹ et par le droit interne. « *La saisine d'office implique ainsi un risque d'arbitraire* »¹¹¹⁰. Dès lors, « *le concours du ministère public s'avère indispensable à l'impartialité des juridictions de jugement, précisément en ce qu'il permet au juge de conserver leur neutralité* »¹¹¹¹. En d'autres termes, pour reprendre les mots du Professeur Damien Roets lorsqu'il explique la justification de ce principe séparatiste, « *le magistrat instructeur n'a pas de vocation répressive, en ce sens qu'il fait œuvre de justice et se doit d'être impartial. Or s'il était détenteur du pouvoir de poursuivre, il ne pourrait plus répondre à cette exigence, l'acte de poursuivre étant objectivement un parti pris contre, incompatible avec la mission du magistrat instructeur et son statut de juge* »¹¹¹².

592. La manifestation pratique de la séparation entre les fonctions de poursuite et d'instruction réside dans la saisine initiale du juge d'instruction avant toute information. En effet, le juge d'instruction doit être saisi soit par le procureur de la République soit par une plainte avec constitution de partie civile et dans ce dernier cas le juge d'instruction doit avant toute intervention solliciter les réquisitions du procureur de la République sur la dite plainte.

¹¹⁰⁷ « D'où la nécessité de placer auprès du procureur impérial un magistrat qui, n'étant pas la partie adverse du prévenu conserve toute son impartialité. », VOUIN (R), Le projet de réforme du code d'instruction criminelle, D. 1950, in PRADEL (J), op. cit., p. 34, §-9.

¹¹⁰⁸ Et ce même s'il s'agit non pas d'une simple partie mais d'une partie qui agit dans l'intérêt général. *Infra* : Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, B- Le ministère public, une partie au service de l'intérêt général.

¹¹⁰⁹ La Cour EDH condamne le cumul éventuel sur le fondement de l'article 5, §-3, sur ce point voir *infra* : Partie 2, Titre 2. En effet, lorsque le juge d'instruction a la possibilité de cumuler les fonctions d'instruction et de procureur il ne peut plus être considéré comme impartial. CEDH, VAN DER SLUIJS, ZUIDERVELD ET KLAPPE c. Pays-Bas, 22 mai 1984, requête n° 9362/81; 9363/81; 9387/81; CEDH DUINHOF ET DUIJF c. Pays-Bas, 22 mai 1984, requête n° 9626/81; 9736/82; CEDH, PAWELS c. Belgique, 26 mai 1988, requête n° 10208/82; CEDH, HUBER c. Suisse, 23 octobre 1990, requête n° 12794/87; CEDH, BRINCAT c. Italie, 26 novembre 1992, requête n° 13867/88 : « *Selon la jurisprudence de la Cour, un magistrat compétent pour statuer sur la détention peut remplir aussi d'autres fonctions, mais son impartialité risque d'inspirer aux justiciables des doutes légitimes s'il peut agir dans la procédure ultérieure à titre de partie poursuivante* »; CEDH, H.B. c. Suisse, 5 juillet 2001, requête n° 26899/95. A fortiori, la Cour EDH condamne le cumul effectif de la poursuite (par un membre du parquet) et de l'instruction ou du jugement : CEDH, NIEDBALA c. Pologne, 4 juillet 2000, requête n° 27915/95; CEDH, DACEWICZ c. Pologne, 2 juillet 2002, requête n° 34611/97; CEDH, KAWKA c. Pologne, 27 juin 2002, requête n° 33885/96; CEDH, M.B c. Pologne, 27 avril 2004, requête n° 34091/96.

¹¹¹⁰ KUTY (F), op. cit., p. 357.

¹¹¹¹ *Ibid.*

¹¹¹² ROETS (D), op. cit., p. 47, §-51 *in fine*.

593. L'auteur naturel de la saisine du juge d'instruction demeure le procureur de la République mais il n'est pas le seul à détenir cette possibilité. Ceci est salubre tant son statut¹¹¹³ ne permet pas de garantir, de façon absolue, un choix neutre et bien qu'il le soit le plus souvent, ce choix repose sur le principe de l'opportunité des poursuites¹¹¹⁴. Le procureur fait alors un choix d'opportunité de convenance. Donc « *toute infraction poursuivable n'est pas nécessairement poursuivie* »¹¹¹⁵. Dès lors, afin de faire « *contrepoids* »¹¹¹⁶ au procureur il est permis à la partie civile de déclencher l'action publique. Cette possibilité offerte à la partie civile est justifiée par l'existence du principe d'opportunité des poursuites et permet donc à une autre voix de s'exprimer. Bien évidemment, il ne s'agit toujours pas d'une voix impartiale, puisqu'elle est celle de la prétendue victime mais elle permet d'exprimer une autre opinion que celle du ministère public ce qui joue en faveur d'une bonne justice.

594. De plus, le juge d'instruction qui est saisi reste totalement libre et indépendant dans la conduite de ses investigations, il n'a donc pas à subir la pression du ministère public¹¹¹⁷. En effet, il « *procède, conformément à la loi, à tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité* »¹¹¹⁸.

595. Ce prérequis, de la saisine du juge d'instruction avant toute instruction, assure l'effectivité de la séparation des fonctions d'instruction et de poursuite. Il est prévu à l'article 51 du CPP qui dispose que le « *juge d'instruction ne peut informer qu'après avoir été saisi par un réquisitoire du procureur de la République ou par une plainte avec constitution de partie civile* », à l'article 80 alinéa premier qui dispose que « *le juge d'instruction ne peut informer qu'en vertu d'un réquisitoire du procureur de la République* » et enfin à l'article 72 qui prévoit que « *lorsque le procureur de la République et le juge d'instruction sont simultanément sur les lieux, le procureur de la République peut requérir l'ouverture d'une information régulière dont est saisi le juge d'instruction présent* ».

596. Malheureusement, la loi du 15 juin 2000 qui a créé l'article préliminaire du code de procédure pénale n'a pas consacré la séparation entre les fonctions de poursuite et

¹¹¹³ *Infra* : Partie 2, Titre 2, Chapitre 1.

¹¹¹⁴ DESPORTES (F) et LAZERGES-COUSQUER (L), *op.cit.*, p. 1101, §-1643.

¹¹¹⁵ DESPORTES (F) et LAZERGES-COUSQUER (L), *op.cit.*, p. 788, §-1138.

¹¹¹⁶ DESPORTES (F) et LAZERGES-COUSQUER (L), *op.cit.*, p. 1101, §-1643.

¹¹¹⁷ DESPORTES (F) et LAZERGES-COUSQUER (L), *op.cit.*, p. 205, §-304 ; PRADEL (J), *op. cit.*, p. 35-36, §-12.

¹¹¹⁸ Article 81 CPP.

d'instruction¹¹¹⁹. Cependant, bien qu'il soit possible d'interpréter la notion « *d'autorité de jugement* » comme applicable à l'instruction car « *les organes d'instruction sont aussi des organes juridictionnels*¹¹²⁰ » lorsqu'ils prennent des décisions juridictionnelles, l'ajout du principe séparatiste entre les fonctions de poursuite et d'instruction dans l'article préliminaire aurait été le symbole d'un attachement accru à la fonction d'instruction et à son impartialité. Le vœu de la suppression du juge d'instruction planait certainement dans l'esprit du législateur¹¹²¹.

597. Le principe séparatiste, appliqué en France, entre les fonctions d'instruction et de poursuite impose donc que le juge d'instruction soit saisi par le procureur de la République ou la partie civile pour pouvoir instruire. Ainsi, lorsque la mission d'instruction est confiée à un juge elle interdit qu'il puisse s'autosaisir¹¹²² pour déclencher l'action publique. Dans un tel cas il ne serait plus un juge mais une « *partie principale au procès pénal* »¹¹²³ dont on ne peut exiger qu'elle remplisse pleinement l'impartialité¹¹²⁴.

598. Ce principe séparatiste, tel qu'appliqué en France, semble corroboré par le droit conventionnel puisque dans sa décision Didier du 27 août 2002, la Cour EDH a conclu à l'impartialité du juge notamment parce qu'il n'était à l'origine de la saisine¹¹²⁵. Mais, cette appréciation fondée sur l'importance du critère de la saisine d'office est moins marquée dans l'arrêt Dubus du 11 juin 2006. Dans ce dernier, la Cour EDH fonde sa décision de condamnation sur l'absence de distinction claire entre les différentes fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement sans censurer la faculté d'autosaisine¹¹²⁶ de l'autorité administrative indépendante¹¹²⁷ mais en incitant à son encadrement.

¹¹¹⁹ GUINCHARD (S) et BUISSON (J), p. 161 et 162, §-140.

¹¹²⁰ ROETS (D), op. cit., p. 49.

¹¹²¹ GUINCHARD (S) et BUISSON (J), op. cit., p. 162, § 140.

¹¹²² DESPORTES (F) et LAZERGES-COUSQUER (L), op. cit., p. 205, §-304.

¹¹²³ SIZAIRE (V), op. cit.

¹¹²⁴ *Infra* : Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 2 : l'impartialité édulcorée du parquet.

¹¹²⁵ CEDH, Décision d'irrecevabilité, Didier c. France, 27 août 2002, requête n° 58188/00, §-2.

Antérieurement, la jurisprudence Padovani semblait plus permissive puisque la Cour EDH avait éludé la question du cumul de la poursuite d'avec l'instruction et le jugement préférant se focaliser sur la seule ampleur des actes d'instruction et conclure à l'impartialité du juge. Dans l'arrêt Kyprianou, du 15 décembre 2005, la Cour EDH conclut à la partialité du juge qui a cumuler toutes les fonctions mais ne s'attache pas exclusivement à son rôle de procureur ce qui par la même a tendance à minorer l'impact de ce facteur de cumul sur l'impartialité.

¹¹²⁶ CEDH, DUBUS c. France, 11 juin 2009, requête n° 5242/04, §- 60 : « *La Cour s'accorde avec l'analyse du Conseil d'État, qui n'a pas remis en cause la faculté d'autosaisine de la Commission bancaire, mais qui l'a subordonnée au respect du principe d'impartialité (paragraphe 27 ci-dessus), mais elle croit nécessaire d'encadrer plus précisément le pouvoir de se saisir d'office de manière à ce que soit effacée l'impression que la culpabilité de la requérante a été établie dès le stade de l'ouverture de la procédure.* » (nous

599. En procédure pénale le principe de la saisine initiale du juge d'instruction permet la mise en œuvre d'un principe séparatiste strict par l'interdiction absolue en droit interne de l'autosaisine. Au contraire, en cours d'instruction un assouplissement du principe peut être décelé.

2- La saisine en cours d'instruction, l'assouplissement du principe

600. Le juge d'instruction est saisi *in rem*¹¹²⁸, c'est-à-dire de faits précis, dès lors si au cours de l'information il découvre l'existence de faits nouveaux il doit alors en informer le procureur qui choisira la suite à leur donner. Le juge d'instruction ne décide pas lui-même de poursuivre, cette décision étant un premier parti pris incompatible avec l'exigence d'impartialité dans la conduite de l'instruction.

601. Cependant, une entorse indirecte au principe séparatiste est parfois décelée¹¹²⁹ dans cette possibilité de saisir le procureur. En effet, le plus souvent, le procureur donnera une suite favorable à la demande du juge d'instruction, qui aura procéder à certains actes avant toute saisine, en lui délivrant un réquisitoire supplétif. Or, serait-il préférable que le juge d'instruction décide seul d'élargir sa saisine ou bien qu'il soit impuissant devant la découverte de faits nouveaux ? La réponse est négative tant il est salvateur pour l'efficacité de la

soulignons) ; COURET (A), La Commission bancaire à l'épreuve de l'article 6, § 1, de la Convention EDH, *D.* 2009, n° 33, p. 2247, §-11 ; LASSERRE CAPDEVILLE (J), La procédure applicable devant la Commission bancaire méconnaît l'article 6 § 1 de la Conv. EDH, *AJ Pénal*, 1 septembre 2009, n° 9, p. 354 et s. : « *La Cour illustre ses propos avec la phase d'ouverture de la procédure disciplinaire et de la notification des griefs, où la confusion des rôles serait, selon elle, manifeste. Rappelons, pourtant, que le Conseil d'État n'a jamais voulu remettre en cause la faculté d'autosaisine de la Commission bancaire. Cette solution n'est pas partagée par les juges de Strasbourg qui estiment « nécessaire d'encadrer plus précisément le pouvoir de se saisir d'office de manière à ce que soit effacée l'impression que la culpabilité de la requérante a été établie dès le stade de l'ouverture de la procédure* » ».

¹¹²⁷ Il est permis de se demander si ce n'est pas justement le cas d'espèce relatif à l'impartialité d'une autorité administrative indépendante qui amène la Cour EDH à ne pas avoir un avis tranché sur la question de l'autosaisine.

¹¹²⁸ Sur cette saisine *in rem* et l'indétermination de la saisine voir notamment : DESPORTES (F) et LAZERGES-COUSQUER (L), p. 1126 et s, §-1686 et s. ; GUINCHARD (S) et BUISSON (J), op. cit., p. 882 à 884, §-1519 à 1523 ; JOSSERAND (S), op. cit., p. 301 à 304, §-115 et s. ; PRADEL (J), op. cit., p. 651-652, §-687 à 689.

¹¹²⁹ Le professeur Damien ROETS apprécie cette possibilité ainsi : « *Dans la pratique cependant, le juge d'instruction a indirectement le pouvoir de poursuivre. Ainsi, découvrant des faits non visés dans le réquisitoire introductif, le magistrat instructeur en avise le ministère public qui, le plus souvent, prendra un réquisitoire supplétif.* », in ROETS (D), op. cit., p. 47 note de bas de page n° 118.

Cependant, bien que le juge d'instruction puisse saisir le procureur, il n'a pas le droit, même indirectement, de lui enjoindre de poursuivre. Le procureur choisit en toute indépendance les suites à donner aux faits qui lui sont soumis. Il s'agit du respect de l'indépendance du ministère public à l'égard des juridictions d'instruction, in DESPORTES (F) et LAZERGES-COUSQUER (L), op. cit., p. 200, §-300 et p. 203, §-304.

procédure et l'effectivité du droit pénal que le juge d'instruction puisse réagir devant la découverte de faits nouveaux tout en conservant son impartialité. La réponse à donner à ces faits nouveaux revient au procureur de la République qui détient l'opportunité des poursuites¹¹³⁰, il est donc le seul à pouvoir faire un choix quant à l'action publique¹¹³¹.

602.Par ailleurs, le juge qui fait la découverte de nouvelles infractions ne doit pas, au nom du principe séparatiste, demeurer impuissant auquel cas il pourrait être reproché à la justice pénale d'être inefficace et gageons-le, la pratique se chargerait de trouver une parade face à cette situation illogique, ce qui serait bien moins satisfaisant que la prévision législative qui s'applique de façon identique devant toutes les juridictions.

603.Par conséquent, lorsqu'il découvre des faits nouveaux, le juge d'instruction doit « *immédiatement communiquer au procureur de la République les plaintes ou les procès-verbaux qui les constatent. Le procureur de la République peut alors soit requérir du juge d'instruction, par réquisitoire supplétif, qu'il informe sur ces nouveaux faits, soit requérir l'ouverture d'une information distincte, soit saisir la juridiction de jugement, soit ordonner une enquête, soit décider d'un classement sans suite [...]* »¹¹³². Cette possibilité, interprétée parfois comme un droit de poursuite indirecte, permet au juge d'instruction de transmettre au procureur les procès-verbaux ou plaintes qui constatent les nouveaux faits tout en préservant le principe de la séparation des fonctions d'instruction et de poursuite et donc son impartialité puisqu'il ne prend pas la décision de les poursuivre.

604.Toutefois, la possibilité offerte au juge d'instruction, avant la communication des faits nouveaux au procureur, d'intervenir pour faire certains actes est plus critiquable, en ce qu'elle assouplit le principe de l'interdiction de l'autosaisine, *de facto* de la séparation des fonctions. Lorsque le juge d'instruction fait les dits actes, il laisse apparaître une certaine volonté de poursuivre car il agit en dehors de toute saisine, ce qui par ricochet remet en cause le principe d'impartialité. N'est-ce pas dans les faits un cas de cumul des fonctions ? Il est permis de le penser. Cependant, ceci semble avalisé par la Cour EDH qui est très exigeante lorsque le cas de cumul est organique c'est-à-dire, lorsqu'il concerne la fonction de poursuite exercée par un magistrat du parquet. Elle est beaucoup moins stricte lorsque la fonction de poursuite est le

¹¹³⁰ Article 40 CPP : « *Le procureur de la République reçoit les plaintes et les dénonciations et apprécie la suite à leur donner* ».

¹¹³¹ *Infra* : Partie 2, Titre 2, Chapitre 2.

¹¹³² Article 80 alinéa 3 du CPP.

fait d'un juge du siège. Dès lors, si elle était amenée à connaître de cette « saisine de fait » offerte au juge d'instruction français il apparaîtrait, compte tenu de son arrêt Padovani et de sa décision Didier, qu'elle ne condamnerait pas une telle possibilité¹¹³³ à moins, ce qui semble très peu probable, qu'elle ne considère le juge d'instruction de fait à l'origine de sa saisine car il aura accompli des investigations approfondies avant de renvoyer au procureur qui formellement fera l'acte de saisine.

605. En droit interne, la Cour de cassation a clarifié les possibilités offertes au juge d'instruction avant toute saisine. Le 6 février 1996¹¹³⁴ la chambre criminelle a décidé que « lorsque ce magistrat acquiert la connaissance de faits nouveaux, si l'article 80 ne lui interdit pas, avant toute communication au procureur de la République, d'en consigner la substance dans un procès-verbal et, le cas échéant, d'effectuer d'urgence des vérifications sommaires pour en apprécier la vraisemblance, il ne peut, sans excéder ses pouvoirs, procéder à des actes qui, présentant comme en l'espèce un caractère coercitif¹¹³⁵, exigent la mise en mouvement préalable de l'action publique ». En effet, il est souvent nécessaire pour la conservation des preuves que le juge d'instruction ou les officiers de police judiciaire commis par lui puissent agir avant le réquisitoire supplétif. Dès lors, d'après une nuance subtile, lorsque l'urgence le commande, ils peuvent faire des vérifications sommaires sans jamais

¹¹³³ CEDH, PADOVANI c. Italie, op. cit. ; KUTY (F), op. cit., p. 344, « Il est quelque peu surprenant qu'elle n'ait pas abordé plus en profondeur la question du cumul des fonctions de poursuite et de jugement » ; JOSSERAND (S), op. cit., p. 237 et s., §-60 et s.

¹¹³⁴ Cass. crim., 6 février 1996, pourvoi n° 95-84041, bull. crim. 1996, n° 60 ; PRADEL (J), L'étendue du pouvoir du juge d'instruction qui acquiert la connaissance de faits nouveaux : problème de l'autosaisine avant réquisitoire supplétif, D. 1996, p. 262 ; GUINCHARD (S) et BUISSON (J), Procédure pénale, p. 979-980, §1766 ; JOSSERAND (S), op. cit., p. 405 à 407, §-152.

¹¹³⁵ Voici l'ampleur des actes commis par le juge d'instruction sur des faits nouveaux dont il n'avait pas été saisi, Cass. crim., 6 février 1996, op. cit., : « qu'ayant eu connaissance d'autres faits qualifiés d'abus de biens sociaux, [...], le juge d'instruction a, le 13 février 1993, adressé aux sections des recherches de Paris et Angers une commission rogatoire faisant état de ce qu'il était " nécessaire de s'interroger sur les conditions de financement des chantiers réalisés par l'entreprise Heulin et tout particulièrement sur ceux traités par l'antenne de Bourges (chantiers Christian A..., marchés conclus avec la mairie de Romorantin) " ; que cette commission rogatoire avait pour objet de " procéder à une enquête complète, à l'audition de tous témoins, à toutes constatations, perquisitions régulières partout où besoin sera ainsi qu'à toutes saisies qui paraîtront nécessaires à la manifestation de la vérité en vue d'identifier les auteurs ou complices " et précisait les règles à respecter en cas de mise en garde à vue ; qu'ensuite, le 26 février, le magistrat instructeur a délivré commission rogatoire aux fins d'obtenir les relevés des comptes bancaires du maire de Romorantin ; que, le 10 mars 1993, il a prescrit la mise sous écoutes téléphoniques du directeur de l'agence Heulin de Bourges, François J... ; que, le 11 mars, il s'est transporté à la Direction départementale des affaires sanitaires et sociales, à Orléans ;

Attendu que, les officiers de police judiciaire chargés de l'exécution des commissions rogatoires ayant, les 15 et 16 mars 1993, procédé à l'audition de François J... et en ayant informé le juge d'instruction, celui-ci a, le 16 mars 1993, décerné un mandat d'amener à l'égard de l'intéressé ; qu'enfin, le 17 mars 1993, il a communiqué la procédure en vue de réquisitions supplétives concernant ces nouveaux faits ; que, le même jour, le procureur de la République l'a requis d'informer sur ces faits sous la qualification d'abus de biens sociaux " puis, le 8 avril 1993, sous celle de " recel d'abus de biens sociaux " ; »

pouvoir procéder à des actes coercitifs qui constitueraient une entorse au principe séparatiste. Ainsi, il est permis « *au juge d'instruction, ou à l'officier de police judiciaire commis par lui, lorsqu'il acquiert la connaissance de faits nouveaux, d'en consigner la substance dans un procès-verbal et, le cas échéant, d'effectuer d'urgence des vérifications sommaires pour en apprécier la vraisemblance, avant toute communication au procureur de la République* »¹¹³⁶.

606. Les dites vérifications sommaires admises par la Cour de cassation se rapprochent en substance d'actes d'investigation puisqu'elles peuvent consister en des « *actes accomplis sur 3 jours, les 3, 4 et 5 novembre 1997, consistant en auditions de témoins, vérifications auprès de l'administration fiscale et remises volontaires de documents, constituaient la consignation, dans des procès-verbaux, de la substance de faits nouveaux portés à la connaissance du magistrat instructeur ou de l'officier de police judiciaire et, consistant de la part de personnes morales de droit public, à rémunérer des collaborateurs du RPR ; [...] investigations sommaires, effectuées sans aucune mesure coercitive, étaient justifiées par l'urgence* »¹¹³⁷. Sont également considérées comme sommaires les investigations faites par le juge d'instruction qui ordonne des écoutes téléphoniques afin d'établir le délit dont il était initialement saisi et qui les poursuit lorsqu'à l'occasion des dites écoutes il découvre des faits nouveaux et ce afin de vérifier leur vraisemblance avant de communiquer le procès-verbal les constatant au procureur de la République¹¹³⁸.

607. Donc le juge d'instruction dispose de pouvoirs forts lorsqu'il découvre de nouveaux faits. Il peut faire des actes sommaires qui s'apparentent parfois à des actes d'investigations poussés, afin de s'assurer de la « *vraisemblance objective* »¹¹³⁹ des faits avant de transmettre le procès-verbal qui les constate au procureur de la République. Cette modalité procédurale, cantonnée à de véritables actes sommaires, permet d'éviter une paralysie artificielle de la procédure pénale tout en assurant au juge d'instruction de garder indemne son impartialité puisque l'autosaisine est toujours proscrite. Cependant, à l'aune de l'impartialité, le laxisme de la Cour de cassation dans l'interprétation de la notion « *des actes sommaires* » est critiquable puisqu'elle admet finalement que le juge d'instruction puisse en quelque sorte se transformer en partie poursuivante en faisant des actes d'investigation en dehors de toute

¹¹³⁶ Cass. crim., 30 juin 1999, pourvoi n° 99-81426, bull. crim. 1999, n° 176, p. 553 ; PRADEL (J), Quels actes peuvent être accomplis par un juge d'instruction lorsqu'il acquiert la connaissance de faits nouveaux ?, D. 1999, p. 326.

¹¹³⁷ Cass. crim., 30 juin 1999, pourvoi n° 99-81426, bull. crim. 1999, n° 176, p. 553.

¹¹³⁸ Cass. crim., 14 avril 2015, pourvoi n° 14-87914, bull. crim. 2015, n° 87.

¹¹³⁹ GUINCHARD (S) et BUISSON (J), op. cit., p. 980, §-1766.

saisine. Il faudrait une jurisprudence plus stricte afin de limiter ce procédé aux seuls actes sommaires afin d'évincer le risque de partialité dans l'instruction même s'il convient de rappeler qu'un tel dispositif semble conforme au droit de la Convention EDH¹¹⁴⁰.

608.À ce constat négatif s'ajoute le fait que le principe de la saisie *in rem* n'est pas intangible lorsqu'il s'applique à la chambre de l'instruction. En effet, elle peut suivant l'article 202 du CPP « *d'office ou sur réquisition du procureur de général, ordonner qu'il soit informé à l'égard « des personnes mises en examen » ou prévenus renvoyés devant elle sur tous les chefs de crimes, de délits, de contraventions, principaux ou connexes, résultant du dossier de la procédure, qui n'auraient pas été visés par l'ordonnance du juge d'instruction ou qui auraient été distraits par une ordonnance comportant non-lieu partiel, disjonction ou renvoi devant la juridiction correctionnelle ou de police* ». Elle peut statuer sans ordonner une nouvelle information si les chefs de poursuite visés à l'alinéa précédent ont été compris « *dans les faits pour lesquels la personne a été mise en examen par le » juge d'instruction* ».

609.La chambre de l'instruction peut donc étendre sa saisine à d'autres faits et s'affranchir partiellement du principe de la saisine *in rem* et par là même s'autosaisir de certains faits. La seule limite demeure dans le fait que la chambre de l'instruction ne peut pas étendre sa saisine à des faits totalement étrangers au dossier de la procédure¹¹⁴¹. S'il y a bien autosaisine, ce qui est dommageable pour le principe séparatiste et pour l'impartialité, elle est quelque peu limitée par le contenu du dossier de la procédure et justifiée, dans une certaine mesure, par le pouvoir de révision de la chambre de l'instruction et qui lui confère le pouvoir de réexaminer l'information et éventuellement la refaire¹¹⁴².

610.Cependant, cette faculté offerte à la chambre de l'instruction¹¹⁴³, lorsqu'elle exerce son pouvoir de révision, de dépasser le principe de la saisie *in rem* en retenant des faits qui n'ont pas été visés dans l'acte de poursuite¹¹⁴⁴ n'est pas favorable à l'impartialité puisqu'il y a une

¹¹⁴⁰ *Supra* : §-641.

¹¹⁴¹ DESPORTES (F) et LAZERGES-COUSQUER (L), op. cit., p. 1437, §-2157 ; PRADEL (J), Procédure pénale, op. cit., p. 750, §-819 ; GUINCHARD (S) et BUISSON (J), op. cit., p. 1240 et s., §-2356 et s. et p. 1249, §-2370.

¹¹⁴² DESPORTES (F) et LAZERGES-COUSQUER (L), op. cit., p. 1440 et s., §-2163 et s.

¹¹⁴³ « Pouvoir exorbitant du droit commun », in GUINCHARD (S) et BUISSON (J), op. cit., p. 1182, §-2231.

¹¹⁴⁴ Notamment Cass. crim., 12 avril 2005, pourvoi n° 03-83452, bull.crim. 2005, n° 126, p. 437 : « Attendu que la chambre de l'instruction, juridiction du second degré, ne peut, sans recourir à la procédure prévue par les articles (nous rajoutons 202 et 204) susvisés, statuer sur des faits restés en dehors de la saisine du juge d'instruction ».

confusion pratique des fonctions de poursuite et d'instruction, qui du point de vue du délinquant¹¹⁴⁵, est une apparence légitime de partialité. Dès lors, il serait opportun pour l'impartialité dans l'instruction que la chambre de l'instruction qui souhaite étendre l'information à des faits non visés dans le réquisitoire du procureur¹¹⁴⁶ mais contenus dans le dossier ne puisse le faire que sur saisine préalable du parquet. Par ailleurs, cette entorse au principe de la saisine *in rem* semble peu compatible avec le droit conventionnel puisque la chambre de l'instruction est dans ce cas à l'origine de la saisine¹¹⁴⁷, elle a le pouvoir d'élargir le cadre de sa saisine, d'instruire et éventuellement de renvoyer. Il y a là un cumul flagrant des fonctions qui dépasse celui que détient le juge d'instruction en cours d'information qui doit toujours s'en remettre au parquet.

611.Enfin, il n'est pas contrariant du point de vue de l'impartialité que la chambre de l'instruction puisse mettre en examen une personne qui n'a pas été renvoyée devant elle puisque dans ce cas elle exerce simplement un pouvoir d'instruction et pas un pouvoir de poursuite¹¹⁴⁸.

612.La saisine est la traduction pratique du principe de la séparation des fonctions d'instruction et de poursuite. L'interdiction de l'autosaisine est un principe rigoureux dans le cas de la saisine initiale et assouplis en cours d'instruction ce qui correspond à un renforcement mesuré de l'exigence conventionnelle d'impartialité.

613.Lorsqu'est concerné le ministère public dans l'hypothèse du cumul, la Cour EDH et le droit interne ont une conception stricte de la séparation, l'apparence de partialité demeure applicable. Plus précisément en droit conventionnel la poursuite et l'instruction sont radicalement incompatibles¹¹⁴⁹ lorsqu'elles impliquent l'intervention, même éventuelle, de l'organe de poursuite qu'est le parquet, il s'agit d'une incompatibilité organique. Au contraire,

¹¹⁴⁵ ROETS (D), op.cit., p. 85 et s., §-115 et s.

¹¹⁴⁶ Ce pouvoir permet à la Chambre de l'instruction de se saisir de faits dont le parquet n'avait pas par exemple voulu saisir le juge d'instruction et qui ne sont donc pas dans le réquisitoire introductif, Pradel (J), op. cit., p. 750, §-819 ; DESPORTES (F) et LAZERGES-COUSQUER (L), op. cit., p. 1437, §-2157.

Il ne s'agit donc pas de se cantonner à une simple requalification des faits avec ou sans supplément d'information.

¹¹⁴⁷ Mais le Professeur Jean-François RENUCCI appelle à la prudence : « *dans l'affaire Didier, la Cour conclut à l'impartialité du juge, notamment en ce qu'il n'est pas à l'origine de la saisine. Il faut certainement se garder de tirer des conséquences trop hâtives par un raisonnement a contrario, mais il reste que la question est sensible.* », in RENUCCI (J-F), op. cit., p. 420, §-401.

¹¹⁴⁸ ROETS (D), op. cit., p. 87, §-118.

¹¹⁴⁹ RENUCCI (J-F), op. cit., p. 419-420, §-400.

lorsque la poursuite est le fait d'un juge du siège la Cour EDH¹¹⁵⁰ s'est dans un premier temps montrée plutôt clémentine en admettant, malgré ce cumul, l'impartialité du dit juge. Mais dans un second temps, avec sa décision Didier elle constatera l'impartialité du juge notamment parce qu'il n'était pas à l'origine de la saisine¹¹⁵¹. *A contrario*, cela signifie-t-il que la Cour EDH admet désormais que le juge qui a accompli un acte de poursuite ne peut plus connaître de la cause ? Il est permis de le penser mais la prudence reste de mise¹¹⁵².

614.Plus récemment le législateur est venu accroître l'impartialité dans l'instruction en exigeant la motivation des ordonnances de règlement. La motivation par le juge d'instruction, de l'ultime décision d'instruction, est très importante tant elle permet de conforter l'impartialité de l'instruction.

B- La manifestation de la séparation par la motivation des ordonnances de règlement

615.Le législateur s'est montré attentif aux apparences d'impartialité, d'indépendance et donc à l'apparence de séparation des fonctions lorsqu'il a adopté la loi du 5 mars 2007¹¹⁵³ par

¹¹⁵⁰ CEDH PADOVANI c. Italie, op. cit.

¹¹⁵¹ CEDH, décision d'irrecevabilité, Didier c. France, op. cit. : « Or, en l'espèce, la Cour note que le rapporteur, désigné après la saisine du CMF par le président de la Commission des Opérations de Bourse, ne peut être à l'origine de la saisine. En outre, aux termes des articles 2, 3 et 4 du décret du 3 octobre 1996, mentionnés par l'arrêt du Conseil d'Etat, il ne participe pas à la formulation des griefs ; il n'a pas le pouvoir de classer l'affaire ou, au contraire, d'élargir le cadre de la saisine ; enfin son travail consiste à terme, au titre de l'article 4 du décret susmentionné, à « consigner le résultat de ces opérations par écrit ». Il apparaît aux termes de ces éléments que le rapporteur, s'il traite des mêmes questions que celles sur lesquels il statua ensuite au sein du CMF, il le fit sans accomplir d'actes d'accusation et que son intervention se limita à la vérification de la véracité des faits pour ensuite consigner le résultat de ces opérations par écrit. Il en résulte donc que même si le rapporteur participe au délibéré, la circonstance qu'il ait obtenu une connaissance précise de l'affaire du fait d'avoir mené l'instruction ne contrevient en aucune façon au principe d'impartialité (voir, mutatis mutandis, l'arrêt Morel précité, § 45). »

¹¹⁵² CEDH KYPRIANOU c. Chypre, 15 décembre 2012, requête n° 73797/01. « En pareil cas, la confusion des rôles entre plaignant, témoin, procureur et juge peut à l'évidence susciter des craintes objectivement justifiées quant à la conformité de la procédure au principe établi en vertu duquel nul ne peut être juge en sa propre cause et, en conséquence, quant à l'impartialité du tribunal. » La Cour EDH conclut à la partialité de la cour d'assises mais ne fait pas primer le fait qu'il y ait eu cumul entre les fonctions de procureur et de juge par un juge du siège.

¹¹⁵³ Loi 5 mars 2007, loi n° 2007-291, loi tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale, JO, 6 mars 2007, n° 55, p. 4206.

« L'étude du traitement judiciaire de l'affaire dite d'Outreau a permis de révéler « une pratique fâcheuse, celle tendant à la reprise quasi-intégrale du réquisitoire définitif du procureur de la République par le juge d'instruction dans son ordonnance de mise en accusation ». Cette pratique, qui crée la confusion entre le rôle du parquet et celui de juge d'instruction, est sans doute l'effet du caractère insuffisamment contradictoire de la phase qui précède la clôture de l'information. » (Nous soulignons), in Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi n°3393, tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale, par Guy GEOFFROY, 6 décembre

laquelle ont été modifiés l'article 184 du CPP, relatif aux ordonnances de règlement et l'article 175, relatif au caractère contradictoire de la procédure conduisant à l'ordonnance de règlement. Désormais, le juge d'instruction doit motiver¹¹⁵⁴ les dites ordonnances « *au regard des réquisitions du ministère public et des observations des parties qui ont été adressées au juge d'instruction en application de l'article 175 et précisent les éléments à charge et à décharge concernant chacune des personnes mises en examen* »¹¹⁵⁵. La volonté initiale du législateur était de mettre un coup d'arrêt à la pratique du copié-collé¹¹⁵⁶ du réquisitoire du procureur de la République. En conséquence, serait renforcée l'apparence d'impartialité tant la motivation concourt à la sauvegarde de l'impartialité.

616. Il était à espérer, avec la loi du 5 mars 2007, que les ordonnances de règlement « copié-collé » du réquisitoire, bien que rendue par un juge du siège indépendant, seraient proscrites. Selon le rapport d'Outreau, qui a impulsé la réforme, « *cette pratique n'est pas satisfaisante car elle conduit à une confusion des rôles entre le magistrat soutenant l'accusation qu'est le procureur, et le juge d'instruction, magistrat du siège indépendant, instruisant, en théorie, « à charge et à décharge* »¹¹⁵⁷. En effet, une telle ordonnance peut apparaître aux yeux du justiciable comme un parti pris en faveur de l'accusation. Dans l'esprit du mis en cause, une telle ordonnance de règlement revient à ce que le juge qui a instruit son dossier s'allie à la cause de l'accusation ce qui est une apparence de partialité.

617. Avec cette réforme, le législateur a semble-t-il voulu renforcer l'apparence d'impartialité du juge d'instruction. Jusqu'alors la Cour de cassation attachait très peu d'importance aux motifs du juge d'instruction dans son ordonnance de règlement puisqu'elle

2006, p. 183, disponible en ligne : <http://www.assemblee-nationale.fr/12/pdf/rapports/r3505.pdf> ; PRADEL (J), op. cit., p. 660-661, §-701.

¹¹⁵⁴ GUERY (C) et LAVIELLE (B), Copié, collé, jugé ? (sur la motivation des ordonnances de renvoi par le juge d'instruction), *Droit Pénal*, octobre 2010, n° 10, étude 24, p. 6 et s.

¹¹⁵⁵ Article 184 CPP dernier alinéa.

¹¹⁵⁶ Pratique du copié-collé nommée par la Commission d'Outreau de « *symbole de la confusion des genres* ». Il est reproché, par la Commission, à l'encontre l'ordonnance de mise en accusation du juge Lacombe de reprendre, « *très fidèlement, la rédaction du réquisitoire du procureur, aux erreurs typographiques et matérielles près. Sans prétendre être exhaustif, votre rapporteur se permet d'indiquer que, au bas de la page 79 du réquisitoire définitif, il est écrit que l'une des personnes mises en examen manifeste une « volonté de nomination » au lieu, vraisemblablement, d'une « volonté de domination* ». Or, cette « *coquille* » se retrouve telle quelle dans l'ordonnance signée du juge d'instruction, page 73. Il est donc vraisemblable que le juge d'instruction n'a pas relu attentivement le document communiqué par le procureur. », in Rapport HOUILLON, op. cit., p. 145.

Constat également présent dans le « Rapport Mireille Delmas-Marty », Rapport sur la mise en état des affaires pénales, op. cit., p. 55 : « *enfin, il convient de noter que, dans la très grande majorité des cas, le juge d'instruction se contente de motiver son ordonnance, par la référence au réquisitoire écrit du procureur de la République, ce qui pèse d'un poids considérable lors de la phase de jugement* ».

¹¹⁵⁷ « Rapport Houillon », op. cit., p. 377.

considérerait cette modalité comme n'étant pas substantielle¹¹⁵⁸ et donc que « l'obligation de motivation imposée au juge d'instruction par l'article 184 n'est pas indispensable à la validité de l'acte lorsque, comme en l'espèce, le magistrat rend une ordonnance conforme au réquisitoire motivé du Parquet et s'y réfère explicitement »¹¹⁵⁹.

618. Depuis le 5 mars 2007, le juge d'instruction à l'obligation de motiver les ordonnances de règlement mais ceci ne proscrie pas pour autant totalement le copié-collé¹¹⁶⁰. En effet, le législateur a voulu valoriser l'apparence d'impartialité dans l'instruction mais dans la pratique il « existe encore un certain nombre de ces ordonnances « passe-partout » notamment à l'occasion des changements de titulaire des cabinets amenant un magistrat du siège à « faire confiance » à la vision du parquet et à renoncer à s'immerger à son tour dans un dossier achevé dans lequel il n'aura accompli aucun acte...même pas à proprement parler son ordonnance »¹¹⁶¹. De plus, la chambre criminelle a confirmé la validité, avec le nouvel article 174 du CPP¹¹⁶², de la pratique des ordonnances de règlement copié-collé du réquisitoire motivé, à charge et à décharge du procureur de la République. Dès lors qu'elles comportent les éléments à charges et à décharge¹¹⁶³, les ordonnances sont conformes à la prescription législative. En effet, « Aucun terme de la loi n'exige de façon explicite que la motivation retenue par le juge d'instruction soit différente de celle du ministère public, ni que les termes adoptés par l'un soient distincts de ceux choisis par l'autre »¹¹⁶⁴. L'inobservation de cette obligation de motivation¹¹⁶⁵ pourra donner lieu soit à l'annulation de l'ordonnance s'il s'agit d'une ordonnance de mise en accusation dont l'appel est possible devant la chambre de l'instruction¹¹⁶⁶ soit, s'il s'agit d'une ordonnance de renvoi par principe insusceptible d'appel, à un transfert de la procédure par le tribunal correctionnel au ministère public pour qu'il

¹¹⁵⁸ Cass. crim., 4 février 1960, bull. crim. 1960, n° 66.

¹¹⁵⁹ Cass. crim., 11 octobre 1989, bull. crim. 1989, n° 356 ; Cass. crim., 26 janvier 2000, bull. crim. 2000, n° 41 ; Cass. crim. 13 octobre 2004, bull. crim. 2004, n° 18.

¹¹⁶⁰ D'ailleurs la circulaire de la direction des affaires criminelles et des grâces du 22 juin 2007, n° 2007-10, recommande d'éviter « les simples copier-coller » mais ne l'interdit pas.

¹¹⁶¹ GUERY (C) et LAVIELLE (B), op. cit., §-12.

¹¹⁶² Cass. crim., 2 mars 2011, pourvoi n° 09-86940, Inédit ; Cass. crim., 2 mars 2011, pourvoi n° 10-86940, bull. crim. 2011, n° 47.

¹¹⁶³ « Que, d'autre part, l'ordonnance de renvoi devant le tribunal correctionnel dont les juges d'appel ont, sans insuffisance ni contradiction, constaté qu'elle précise les éléments à charge et à décharge concernant chacune des personnes mises en examen, en l'absence d'observations des parties, satisfait aux exigences de l'article 184 précité ; », in Cass. crim., 2 mars 2011, *ibid*.

¹¹⁶⁴ DIVIALLE (M-L), Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation, D. 2011, p. 1849.

¹¹⁶⁵ Qui reprendrait par exemple le réquisitoire motivé exclusivement à charge sans considération aucune pour les éléments à décharge.

¹¹⁶⁶ Articles 184 et 186 CPP.

saisisse à nouveau le juge d'instruction afin qu'il rende une ordonnance de renvoi conforme¹¹⁶⁷.

619. En conclusion, la séparation des fonctions de poursuite et d'instruction est globalement satisfaisante. Ce principe est rigoureux car le juge d'instruction est à l'abri de la confusion des fonctions lors de la saisine initiale mais est assoupli en cours d'instruction. En effet, il est permis au juge de faire des investigations approfondies en dehors de toute saisine or ceci n'est pas satisfaisant, il faudrait dans ce cas s'en tenir à la seule possibilité de vérifications sommaires. Plus critiquable encore est la possibilité pour, la juridiction d'instruction de second degré, de s'autosaisir au détriment de l'impartialité ou de l'apparence d'impartialité. Il serait opportun que le législateur évince cette possibilité qui semble contrarier le droit conventionnel.

620. Enfin, avec la loi du 5 mars 2007 le législateur s'est montré attentif à l'apparence d'impartialité dans l'ordonnance de règlement en imposant des ordonnances motivées dans un cadre contradictoire mais ceci n'empêche pas la pratique critiquable du copié-collé¹¹⁶⁸. Pour éviter que le juge d'instruction rende une ordonnance de règlement en tout point conforme au réquisitoire, à charge et à décharge, du ministère public, il faut que la défense prenne ses responsabilités en exerçant le contradictoire. La défense doit faire des observations écrites au juge d'instruction afin qu'il motive son ordonnance eu égard aux dites observations et non plus exclusivement à l'aune du réquisitoire définitif du ministère public. L'exercice des droits

¹¹⁶⁷ Article 385 CPP.

¹¹⁶⁸ LAVRIC (S), Motivation de l'ordonnance de règlement et devoir d'évocation de la cour d'appel, *Dalloz actualité*, 16 mars 2011 : « en reprenant à son compte le réquisitoire qui, lui-même, examine les éléments à charge et à décharge pour chaque mis en examen, le juge d'instruction a répondu aux exigences tirées de l'article 184. Cette motivation « par ricochet » de l'ordonnance de règlement est conforme à la jurisprudence (estimant que l'énonciation des motifs n'est pas indispensable à la validité de l'acte lorsque le juge rend une ordonnance conforme au réquisitoire motivé du parquet et s'y réfère explicitement, V. déjà, *Crim.* 9 oct. 1989, *Bull. crim.* n° 356 ; 26 janv. 2000, *Bull. crim.* n° 41 ; D. 2000. IR 85 ; 13 oct. 2004, *Bull. crim.* n° 243 ; 6 oct. 2009, *AJ pénal* 2009. 38, obs. Royer ; V. égal. C. Guéry, Copié, collé, jugé ? [sur la motivation des ordonnances de renvoi par le juge d'instruction], *Dr. pénal* 2010. Étude 24 ; par le même auteur, *Rép. pén.*, v° *Instruction préparatoire*, spéc. n° 740 s.). » ; ASCENSI (L), Portée de l'article 184 du code de procédure pénale sur la motivation de l'ordonnance de règlement, *AJ Pénal*, 2011, n° 5, p. 252 et s. : « indiquons simplement qu'il nous semble néanmoins préférable, lorsque le magistrat instructeur entend adopter les motifs du réquisitoire définitif, qu'il y procède expressément en le visant, en mentionnant qu'il en adopte les motifs et en joignant copie de cet acte. En effet, la pratique du « copier-coller » nous paraît devoir être évitée, en ce qu'il est toujours curieux d'apposer sa signature à la suite des mots d'un autre. » ; DANET (J), Une ordonnance de renvoi peut être motivée sans être originale, *RSC*, 2011, n° 2, p. 421 et s. : « certes cette jurisprudence en son ensemble peut paraître ruiner la volonté du législateur de mettre fin à une pratique désolante, celle de la reproduction systématique du réquisitoire définitif. Reste que dans la pratique, les réquisitoires prennent généralement le soin de relever des éléments de personnalité qui s'analysent en éléments à décharge, qu'ils peuvent être très complets et que si la défense ne s'inscrit pas dans la logique du nouvel article 175 du code de procédure pénale, elle sera mal fondée à critiquer l'absence d'originalité des ordonnances de renvoi. »

de la défense permettent alors de renforcer l'impartialité durant l'instruction ou l'apparence d'impartialité.

§-2 Le renforcement de l'impartialité par l'expression des droits de la défense durant l'instruction

621. Le Professeur René Garraud écrivait en 1912 que « *l'innovation capitale de la loi du 8 décembre 1897, a donc été d'introduire, dans le cabinet du juge, un personnage nouveau qui rompt le tête-à-tête antérieur entre le magistrat instructeur et l'inculpé. Désormais un défenseur peut assister aux interrogatoires et confrontations, prendre connaissance du dossier, communiquer avec l'inculpé, même s'il est tenu au secret. [...] S'il ne fait que signaler au magistrat les mesures qui lui paraissent utiles dans l'intérêt de la vérité, il est probable que sa démarche ne se heurtera pas à un refus obstiné et qu'elle sera accueillie avec le désir de tout essayer pour découvrir la vérité* »¹¹⁶⁹. Historiquement, la loi du 8 décembre 1897 dite loi Constant¹¹⁷⁰, consacre l'apparition de la défense dans la phase d'instruction, il s'agit d'une « *innovation capitale* »¹¹⁷¹ dans l'instruction alors inquisitoire¹¹⁷². Le contradictoire dans l'instruction sera favorisé par le code de procédure pénale du 2 mars 1959 et par diverses réformes qui consacreront les droits de la défense. Les principales avancées en faveur du développement du contradictoire dans l'instruction sont issues des lois de 1993¹¹⁷³, de la loi 15 juin 2000¹¹⁷⁴, de la loi du 5 mars 2007¹¹⁷⁵, de la loi du 27 mai 2014 et également du droit de la Convention EDH. « *Le régime actuel français peut donc être considéré comme un régime mixte fondé sur une toile de fond inquisitoriale mais qui*

¹¹⁶⁹ GARRAUD (R), Tome 3, op. cit., p. 10.

¹¹⁷⁰ Loi 8 décembre 1897, loi Constant, loi ayant pour objet de modifier certaines règles de l'instruction préalable en matière de crimes et de délits, JO, 10 décembre 1897, p. 6907.

¹¹⁷¹ Ibid.

¹¹⁷² « *La procédure d'instruction préparatoire, telle qu'elle était organisée par le code d'instruction criminelle de 1808, reproduisait les principes du système inquisitoire, avec la physionomie même que lui avait donné l'ordonnance criminelle de 1670. Elle était écrite, non contradictoire, secrète. La loi du 8 décembre 1897 a-t-elle modifié ces trois caractères ?* », in GARRAUD (R), op. cit., p. 8, §-766.

¹¹⁷³ Loi du 4 janvier 1993, loi n° 93-2, loi portant réforme de la procédure pénale ; Loi du 24 août 1993, JO, 4 janvier 1993, n°0003, p. 215 ; Loi n° 93-1013, loi modifiant la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale, JO, 25 août 1993, n° 0196, p. 11991.

¹¹⁷⁴ Loi du 15 juin 2000, loi n° 2000-516, loi renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, JO, 16 juin 2000, n° 138.

¹¹⁷⁵ Loi du 5 mars 2007, loi n° 2007-291, op.cit. et la loi du 27 mai 2014, loi n° 2014-535 portant transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2012, relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales (1), JO, 28 mai 2014, n°0123, p. 8864.

développe de plus en plus le principe du contradictoire, encore accru par les innovations de la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 et par celle du 14 avril 2011. »¹¹⁷⁶

622. L'expression des droits de la défense durant l'instruction est salubre pour la découverte de la vérité, elle est essentielle pour permettre une instruction de plus en plus contradictoire favorable à l'impartialité. À ce titre, les droits de la défense sont une composante du procès équitable prévu par l'article 6 de la Convention EDH. Bien que la phase de jugement¹¹⁷⁷ soit le terrain de prédilection d'expression des droits de la défense¹¹⁷⁸, la Cour EDH a affirmé que l'article 6 ne se désintéresse pas des phases qui se déroulent en amont¹¹⁷⁹, aussi en va-t-il ainsi des droits de la défense¹¹⁸⁰ durant la phase d'instruction. Cependant, « *s'il reconnaît à tout accusé le droit de "se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur (...)", l'article 6 par. 3 c) (art. 6-3-c) n'en précise pas les conditions d'exercice. Il laisse ainsi aux États contractants le choix des moyens propres à permettre à leur système judiciaire de le garantir; la tâche de la Cour consiste à rechercher si la voie qu'ils ont empruntée cadre avec les exigences d'un procès équitable (arrêt Quaranta précité, p. 16, par. 30). À cet égard, il ne faut pas oublier que la Convention a pour*

¹¹⁷⁶ GUERY (C), Dalloz Encyclopédie, à « Instruction préparatoire », op. cit., §- 15 ; sur un rappel de l'évolution des droits de la défense, PRADEL (J) Procédure pénale, op. cit., p. 692, §-748 ; PRADEL (J), La montée des droits du délinquant au cours de son procès. Essai d'un bilan, in Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Larguier, Presses Universitaires de Grenoble, 1993, p. 223 et s.

¹¹⁷⁷ « Il faut retenir que, si les droits de la défense naissent dès la phase préparatoire du procès, leur mise en œuvre est graduelle, du moins dans notre système procédural : limités pendant l'enquête de police, ils se déploient durant la phase préparatoire judiciaire que constitue l'information et atteignent leur apogée au stade du jugement. », in LAZERGES-COUSQUER (L) et DESPORTES (F), op. cit., p. 355, §-482.

¹¹⁷⁸ Article 6, §-3 Convention EDH : « Tout accusé a droit notamment à :

a) être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui ;
b) disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense ; 10 11
c) se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent ;
d) interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge ;
e) se faire assister gratuitement d'un interprète, s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience. »

¹¹⁷⁹ LAZERGES-COUSQUER (L) et DESPORTES (F), op. cit., p. 355 et s., §-482 et s.

¹¹⁸⁰ CEDH, IMBRIOSCIA c. Suisse, 24 novembre 1993, requête n° 13972/88, §-36 et s. ; CEDH, Gr. Ch., SALDUZ c. Turquie, 27 novembre 2008, requête n° 36391/02, §-50 : « La Cour rappelle que si l'article 6 a pour finalité principale, au pénal, d'assurer un procès équitable devant un « tribunal » compétent pour décider du « bien-fondé de l'accusation », il n'en résulte pas qu'il se désintéresse des phases qui se déroulent avant la procédure de jugement. Ainsi, l'article 6 – spécialement son paragraphe 3 – peut jouer un rôle avant la saisine du juge du fond si, et dans la mesure où, son inobservation initiale risque de compromettre gravement l'équité du procès (Imbrioscia, précité, § 36). Ainsi qu'il est établi dans la jurisprudence de la Cour, le droit énoncé au paragraphe 3 c) de l'article 6 constitue un élément parmi d'autres de la notion de procès équitable en matière pénale contenue au paragraphe 1 (Imbrioscia, précité, § 37, et Brennan, précité, § 45). »

but de "protéger des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs", et que la nomination d'un conseil n'assure pas à elle seule l'effectivité de l'assistance qu'il peut procurer à l'accusé (arrêt *Artico* précité, p. 16, par. 33).

La Cour souligne aussi que les modalités de l'application de l'article 6 paras. 1 et 3 c) (art. 6-1, art. 6-3-c) durant l'instruction dépendent des particularités de la procédure et des circonstances de la cause; pour savoir si le résultat voulu par l'article 6 (art. 6) - un procès équitable - a été atteint, il échet (nous rajoutons : il convient) de prendre en compte l'ensemble des procédures internes dans l'affaire considérée (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt *Granger c. Royaume-Uni* du 28 mars 1990, série A no 174, p. 17, par. 44). »¹¹⁸¹.

623. Tout comme le Conseil constitutionnel¹¹⁸², la Cour EDH reconnaît l'expression des droits de la défense en amont du jugement, elle a d'ailleurs influencé positivement l'accès au dossier durant cette phase¹¹⁸³. En ce sens, le droit de la Convention EDH a impulsé la directive européenne relative à l'information dans la procédure pénale¹¹⁸⁴ qui a été transposée par le législateur français le 27 mai 2014. Cette loi a amélioré l'accès au dossier pendant l'information en permettant notamment à la personne mise en examen ou au témoin assisté de demander directement copie du dossier¹¹⁸⁵.

¹¹⁸¹ CEDH, *IMBRIOSIA c. Suisse*, op. cit., §-38.

¹¹⁸² DC 20 janvier 1994, n° 93-334, *Peine incompressible* ; DC 2 mars 2004, n° 2004-492, *Adaptation de la justice*.

¹¹⁸³ Sur ce point voir notamment : RENUCCI (J-F), op. cit., §-434 et §-435 ; LAZERGES-COUSQUER (L) et DESPORTES (F), op. cit., p. 330, §-448 ; TOUILLIER (M), *Les droits de la défense dans les procédures d'exception : une évolution « vent dessus, dent dedans »*, *AJ Pénal*, 2016, n° 3, p. 119 et s. : « *L'exigence de garanties minimales par la jurisprudence conventionnelle*. »

¹¹⁸⁴ Directive 2012/13/EU, du 22 mai 2012, directive relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, disponible en ligne :

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A32012L0013>

« *Bien que tous les États membres soient parties à la CEDH, l'expérience a montré que cette adhésion, à elle seule, ne permet pas toujours d'assurer un degré de confiance suffisant dans les systèmes de justice pénale des autres États membres. Le renforcement de la confiance mutuelle exige des règles précises en matière de protection des garanties et droits procéduraux découlant de la charte et de la CEDH.* »

La directive « s'appuie sur les droits énoncés dans la charte, et notamment ses articles 6, 47 et 48, en développant les articles 5 et 6 de la CEDH tels qu'ils sont interprétés par la Cour européenne des droits de l'homme. Dans la présente directive, le terme « accusation » est utilisé pour décrire le même concept que le terme « accusation » utilisé à l'article 6, paragraphe 1, de la CEDH. »

¹¹⁸⁵ Article 114 alinéa 5 CPP. Avant la dite réforme de 2014 seul l'avocat pouvait demander copie du dossier même s'il pouvait en délivrer, depuis le 30 juin 1996, une copie à son client. Mais le mis en examen dépourvu d'avocat n'avait pas d'accès au dossier ce qui pouvait sembler contraire à l'arrêt *Foucher* rendu par la Cour EDH contre la France le 18 mars 1997 (requête n° 22209/93) mais, dans cette espèce il s'agissait de la communication du dossier non pas pendant l'instruction mais après que la juridiction de jugement ait été saisie ; RENUCCI (J-F), *Tout prévenu doit avoir accès à son dossier pénal et obtenir communication des pièces y figurant afin d'être en mesure de préparer sa défense*, *D.* 1997, p. 360 et s.

624. Il convient donc de s'interroger sur les bienfaits pour l'impartialité de l'expression des droits de la défense durant l'instruction tels qu'ils sont conçus en droit interne. D'une part, ils permettent à la défense de participer à l'instruction, le juge n'est plus seul avec la partie qui soutient l'accusation ce qui favorise son impartialité (A) et d'autre part, ils permettent un contrôle de l'instruction favorable à l'impartialité (B).

A- Les droits de la défense pour une participation à l'instruction favorable à l'impartialité

625. L'expression des droits de la défense contribue à atténuer la solitude néfaste des juges d'instruction et permet de rompre les liens parfois trop étroits qu'ils entretiennent avec le ministère public. En effet, lorsqu'il a refusé la cosaisine qui lui était proposée, le juge Burgaud précisait qu'il avait des échanges réguliers avec le parquet¹¹⁸⁶ ce qui semble-t-il lui paraissait suffisant.

626. La place du contradictoire¹¹⁸⁷ dans l'instruction a évolué positivement grâce à l'expansion des droits de la défense¹¹⁸⁸. En effet, les parties peuvent participer activement au déroulement de l'instruction ce qui est positif, le risque d'univocité est par la même atténué. Le juge d'instruction n'a plus face à lui la seule partie qui soutient l'accusation mais également la défense. En ce sens, le ministère public ne bénéficie plus d'un tête-à-tête privilégié avec le juge d'instruction. Ainsi, les regards sont croisés et émanent d'acteurs différents¹¹⁸⁹, l'impartialité du juge d'instruction en est alors améliorée, il est pleinement éclairé¹¹⁹⁰ et s'il emprunte un chemin dévoyé la défense peut tenter de l'arrêter en faisant diverses demandes d'actes. L'expression des droits de la défense est donc favorable à l'impartialité du juge d'instruction. Le mis en examen¹¹⁹¹ en tant que partie à des droits durant

¹¹⁸⁶ « Rapport Houillon », op. cit., p. 154.

¹¹⁸⁷ PRADEL (J), op. cit., p. 697-699, §-756-757.

¹¹⁸⁸ Ceci est à relativiser en matière de grande criminalité (principalement terrorisme et délinquance organisée) : TOUILLIER (M), Les droits de la défense dans les procédures d'exception : une évolution « vent dessus, vent dedans », op. cit.

¹¹⁸⁹ Il y a « la partie poursuivie » (le mis en examen) et les « parties poursuivantes » (le ministère public et la partie civile), in PRADEL (J), op. cit. p. 684, §-735.

¹¹⁹⁰ COSTE (J-L), L'instruction : à la recherche des fondamentaux, *AJ Pénal*, 2010, n° 10, p. 422 et s. : « Il n'est pas toujours évident que toutes les bonnes questions viennent spontanément à l'esprit (nous rajoutons du juge d'instruction) au bon moment. C'est pourquoi les parties peuvent faire des demandes d'actes jusqu'au terme de l'information. »

¹¹⁹¹ Il faut donc que la mise en examen soit faite en temps utile et qu'elle ne soit pas retardée injustement ce qui constitue un frein à l'expression des droits de la défense. Article 105 CPP : « les personnes à

l'instruction qui permettent la contradiction et donc l'accès à la vérité. Mais, pour une meilleure effectivité des droits de la défense l'assistance d'un avocat est recommandée voire indispensable à l'exercice de certains droits¹¹⁹². L'avocat est mieux averti pour être un bon contradicteur¹¹⁹³. De plus, il est encore le seul, malgré la loi du 27 mai 2014¹¹⁹⁴, à avoir accès au dossier avant chaque interrogatoire de la personne mise en examen ou chaque audition de la partie civile et le seul, après la première comparution ou la première audition, à avoir à sa disposition le dossier¹¹⁹⁵.

627. Cependant, bien qu'il y ait une reconnaissance progressive des droits de la défense leur effectivité dépend du degré d'ouverture du juge d'instruction, de la volonté du juge d'instruction. Ce dernier mène l'instruction, il la dirige. Il faut donc que ce juge reste toujours ouvert au dialogue et au doute afin de permettre une expression influente, efficace des droits de la défense. Au contraire, un juge absolument fermé à la discussion, menant une instruction à charge peut mettre en échec l'expression efficace des droits de la défense, l'exemple d'Outreau est révélateur de cette dérive.

628. Donc, le droit de participer à l'instruction grâce à la reconnaissance des droits de la défense n'est qu'un droit de « *suggérer, de proposer* »¹¹⁹⁶ mais pas d'imposer. En conséquence, il faut qu'il y ait chez le juge la volonté¹¹⁹⁷ de mener une instruction en laissant

l'encontre desquelles existe des indices graves et concordants d'avoir participé aux faits dont le juge d'instruction est saisi ne peuvent être entendus comme témoins. » ; GUERY (C), Encyclopédie Dalloz, à « *Instruction préparatoire* », op. cit., chapitre 5, section 2, §-1 : droit à la mise en examen ; GUINCHARD (S) et BUISSON (J), op. cit., p. 1028 et s., §-1871 et s. ; LAZERGES-COUSQUER (L) et DESPORTES (F), op. cit., p. 1158 et s., §-1733 et s. ; PRADEL (J), op. cit., p. 682 et s., §-733 et s.

¹¹⁹² Article 80-1, article 80-2, article 114, article 116, article 197 al. 3 du CPP. Il faut noter une amélioration à l'accès au dossier pour les parties (mis en examen et témoin assisté) qui ne seraient pas assistées d'un avocat grâce à la loi du 27 mai 2014, loi n° 2014-535, op. cit. Sur les droits de la défense voir notamment ; DESPORTES (F), LAZERGES-COUSQUER, op. cit., p. 1018, §-1509 ; RENUCCI (J-F), Droit européen des droits de l'homme, D. 2016, p. 225 et s.

¹¹⁹³ RENUCCI (J-F), op. cit., p. 455 et s., §-435.

¹¹⁹⁴ Loi du 27 mai 2014, loi n° 2014-535, op. cit.

¹¹⁹⁵ Article 114 alinéa 3. Sur la communication du dossier avant la loi du 27 mai 2014, loi n° 2014-535, op. cit., voir notamment : RIBEYRE (C), La communication du dossier d'instruction aux parties privées, JCPG, 2006, p. 152 et s.

¹¹⁹⁶ PRADEL (J), procédure pénale, op. cit., p. 697, §-756 ; « *lorsque vous faites une demande d'acte, en demandant qu'une information qui n'est pas dans le dossier ou qui ne peut pas se déduire d'arguments qui sont déjà dans le dossier et bien, si votre demande est motivée correctement, mon expérience me fait dire que le juge d'instruction l'accepte* », Propos de Maître Dominique Inchauspé, in Grand débat national sur la justice, Après Outreau quelle réforme de la justice pénale ?, Actes du colloque du 29 mars 2006 à l'Assemblée Nationale, Les cahiers de la Convention démocrate, L'Harmattan, 2006, p. 48.

¹¹⁹⁷ Il faut mentionner que la volonté peut être mise en échec par le manque de moyens de la justice.

s'exprimer la défense qui, en cas de refus obstiné, pourra déclencher les contrôles de l'instruction¹¹⁹⁸.

629. En ce sens, lors des auditions, confrontations et interrogatoires, s'il est permis aux avocats des parties ainsi qu'au procureur d'intervenir ils ne le peuvent que sur autorisation préalable du juge d'instruction et seulement pour poser des questions et présenter de brèves observations¹¹⁹⁹. Donc, il s'agit d'une possibilité d'expression limitée des droits de la défense. Ici encore tout dépend de la volonté des juges¹²⁰⁰ qui doivent apprendre à exercer leur mission de façon interactive en rompant avec la solitude traditionnellement attachée à la fonction.

630. Ensuite, tout au long de l'information s'il est possible à la défense de faire des demandes d'acte¹²⁰¹ écrites et motivées¹²⁰², c'est au juge d'instruction qu'il revient d'accepter ou non les dites demandes et s'il refuse il doit le faire par ordonnance motivée. À ce titre, depuis la loi du 5 mars 2007, il y a un renforcement du contradictoire en matière d'expertise puisque désormais la décision ordonnant une expertise est transmise au procureur ainsi qu'aux parties qui peuvent dans le délai de dix jours demander au juge d'instruction de modifier ou de compléter les questions posées à l'expert ou d'adjoindre un expert de leur choix¹²⁰³. Mais, ces demandes sont soumises à l'acceptation préalable du juge d'instruction. En outre, la loi du 5 mars 2007 a également modifié les modalités de règlement de la procédure de telle sorte qu'il est possible aux parties de faire des observations avant que l'ordonnance de règlement ne soit rendue. Il est fortement recommandé aux parties de le faire car cela conditionne la teneur de l'ordonnance de règlement. Le contradictoire gagne peu à peu du terrain lors de la clôture de l'information puisque les parties peuvent formuler des observations ou adresser des

¹¹⁹⁸ *Infra*, ce paragraphe, B- Les droits de la défense pour un contrôle de l'instruction favorable à l'impartialité.

¹¹⁹⁹ Article 120 CPP.

¹²⁰⁰ « Dans les relations des parties privées avec le juge d'instruction, il est vrai que l'instruction reste encore largement, en fait sinon en droit, « entre les mains » du juge d'instruction, en ce sens qu'il procède aux investigations qu'il veut, aux temps et lieux dictés par la nécessité des investigations (V. CPP, art. 81 al. 1^{er}), qu'il peut ne pas tenir compte des demandes des parties (sous réserve du droit, pour celles-ci, de faire appel), bref, qu'il est le maître de sa procédure et de son dossier. Mais progressivement, la contradictoire gagne du terrain : [...] », in GUINCHARD (S) et BUISSON (J), op. cit., p. 1004-1005, §-1823.

¹²⁰¹ Article 81 CPP pour une demande d'examen médical ou d'examen psychologique. Article 82-1 CPP pour une demande de confrontation, d'audition de témoins, d'interrogatoire. Mais un ajout important depuis la loi du 15 juin 2000 permet aux parties de demander au juge d'instruction de « procéder à tous autres actes qui leur paraissent nécessaire à la manifestation de la vérité ».

¹²⁰² GUERY (C), Encyclopédie Dalloz, op. cit., §-5 Droit de demander des investigations ; PRADEL (J), op. cit., p. 697 à 699, §-756-757.

¹²⁰³ Article 161-1 CPP.

requêtes au juge d'instruction¹²⁰⁴ mais il faut également que les conseils prennent conscience de l'importance de les mettre en œuvre.

631. En conclusion, la reconnaissance des droits de la défense permet d'améliorer l'impartialité par l'adjonction d'un autre regard porté devant le juge d'instruction. Néanmoins, il faut garder présent à l'esprit que l'apport réelle sur l'instruction de ce regard dépend de la volonté du juge qui la conduit puisqu'il donne son assentiment aux demandes des parties. Tel sera notamment le cas pour une demande de confrontation¹²⁰⁵, d'expertise¹²⁰⁶, de contre-expertise¹²⁰⁷. Il faut donc que le juge soit toujours animé par le doute, la prise de recul, l'ouverture¹²⁰⁸. Si tel est le cas, alors il sera enclin à accepter les demandes de la défense qui pourront par suite l'éclairer. Il faut qu'il y ait une réelle interaction et pas une opposition. Malheureusement, « *la relation du juge d'instruction avec les parties reste une relation d'autorité et d'attitude bien souvent condescendante qui ne favorise pas le dialogue* »¹²⁰⁹.

632. Cependant, le juge d'instruction agit sous le contrôle de la chambre de l'instruction que les parties peuvent éventuellement saisir afin qu'elle opère un contrôle qui peut permettre de sauvegarder l'impartialité dans l'instruction.

B- Les droits de la défense pour un contrôle de l'instruction favorable à l'impartialité

633. Les parties peuvent saisir la chambre de l'instruction pour former appel des décisions juridictionnelles du juge d'instruction ou du JLD, tel l'appel de l'ordonnance rejetant une demande d'acte. Le droit d'appel des parties demeure limité à deux égards. Tout d'abord, tous les actes ne sont pas susceptibles d'appel¹²¹⁰. Ensuite, toutes les demandes ne sont pas transmises directement à la chambre de l'instruction puisque pour l'appel de certaines ordonnances le président opère à un filtre des demandes¹²¹¹.

¹²⁰⁴ Article 175 CPP ; GUERY (C), Encyclopédie Dalloz, op. cit., §-21.

¹²⁰⁵ Article 82-1 CPP.

¹²⁰⁶ Article 156 CPP, article 161-1 CPP.

¹²⁰⁷ Article 167 alinéa 7 CPP.

¹²⁰⁸ « Rapport Houillon », op. cit., p. 2016 : Maître Deguines, ancien bâtonnier déclarait à propos du juge Burgaud : « *Mais très vite, nous nous sommes aperçus que s'il était accessible, il semblait ne pas écouter ni prendre en compte ce que les avocats lui disaient.* ».

¹²⁰⁹ GUINCHARD (S) et BUISSON (J), op.cit., p. 1005, §-1823.

¹²¹⁰ Au contraire du procureur de la République qui a un droit d'appel général (Article 185CPP), les parties ont un droit d'appel limité prévu à l'article 186 du CPP.

¹²¹¹ L'article 186-1 est relatif au droit d'appel soumis au filtre du président.

634.Ceci étant, le droit d'appel demeure une « *garantie structurelle générale d'impartialité* »¹²¹². La possibilité pour les parties de former un appel contre les ordonnances rendues durant l'instruction, permet en cas d'obstination déraisonnable du juge de voir la juridiction d'instruction de second degré statuer sur lesdites demandes. Cette juridiction d'instruction peut soit confirmer la décision du juge d'instruction ou du JLD, soit l'infirmer. Dans ce dernier cas elle peut, soit évoquer le dossier¹²¹³, soit renvoyer au juge d'instruction ou à un autre juge.

635.L'évocation partielle du dossier, qui permet à la chambre de l'instruction de procéder « *qu'à certains actes avant de renvoyer le dossier au juge d'instruction* »¹²¹⁴, est rendue possible depuis la loi du 9 mars 2004¹²¹⁵. Cette modalité permet à la chambre de l'instruction de prescrire elle-même un acte et donc de désavouer le choix du premier juge sans avoir à subir la lourdeur d'une évocation totale du dossier¹²¹⁶ et ce en conformité avec le principe d'indépendance du juge d'instruction que ne peut recevoir d'injonction de la juridiction supérieur. Dès qu'elle aura fait le ou les actes, la chambre de l'instruction renverra le dossier au juge d'instruction avec l'adjonction des actes nouvellement faits. Ces nouveaux actes pourront éventuellement amener le juge d'instruction à changer sa vision sur le dossier et lui donner une autre appréhension des faits et donc permettre de préserver son impartialité pour l'avenir.

636.Le contrôle dans l'instruction permet de protéger l'impartialité, il y a une « *dilution du risque de partialité* »¹²¹⁷. Il ne faut pas qu'elle soit conçue comme un désaveu des premiers juges mais comme un apport bénéfique pour le dossier, pour la conduite impartiale de l'instruction.

637.En outre, l'éventuelle partialité du juge peut également se révéler dans les actes d'instruction qui peuvent faire l'objet d'une requête en annulation. Le système de purges et les délais de forclusion des nullités¹²¹⁸ incitent d'ailleurs les parties à une vigilance plus

¹²¹² ROETS (D), op. cit., p. 174 et s.

¹²¹³ L'évocation est exclue lorsque la chambre de l'instruction statue en matière de détention, article 207 alinéa 1^{er} CPP.

¹²¹⁴ Article 207 alinéa 2.

¹²¹⁵ Loi du 9 mars 2004, loi n° 2004-204, loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, JO, 10 mars 2004, n° 59, p. 4567.

¹²¹⁶ LAZERGES-COUSQUER (L) et DESPORTES (F), op. cit., p. 1441 et s., §-2164 et s.

¹²¹⁷ ROETS (D), op. cit., p. 175, §-265.

¹²¹⁸ Articles 173-1, 174, 175 CPP.

grande. Toutefois, alors qu'il était possible d'interpréter la nullité fondée sur la partialité du juge comme étant d'ordre public¹²¹⁹, la chambre criminelle¹²²⁰, de façon critiquable, en décide autrement dans le cas de la partialité d'un enquêteur. En effet, elle exige la démonstration d'un grief consistant dans une atteinte au caractère équitable et contradictoire de la procédure ou dans une atteinte à l'équilibre des parties. Il semble que cette jurisprudence puisse s'appliquer aux juges dans l'instruction.

638. Enfin, au-delà du contrôle, si l'une des parties a des doutes sur la partialité du juge¹²²¹ il lui est possible de former une requête en récusation dudit juge ou une demande de renvoi pour cause de suspicion légitime¹²²². En effet, « *il convient de rappeler que le juge doit faire preuve d'une parfaite neutralité, traiter de manière égale et sans favoritisme les parties se présentant devant lui, y compris l'État via son représentant. Il doit ainsi veiller par son comportement à l'audience ou dans son cabinet, son aptitude à l'écoute, ses réactions ou la formulation de ses questions, à ne pas susciter chez son interlocuteur un sentiment d'inégalité par rapport à l'adversaire et donner l'impression de préjugement avant même l'examen approfondi du dossier. À défaut, le magistrat encourt la récusation et s'expose à des sanctions disciplinaires pour manquement à ses obligations déontologiques.* »¹²²³.

639. Donc l'expansion des droits de la défense par la participation et le contrôle dans l'instruction est favorable à l'impartialité du juge d'instruction qui accède à d'autres points de vue. Pour ce faire, il faut que le juge soit enclin à l'échange et à l'interaction. Dans la négative, les droits de la défense seront inefficaces sur le terrain de la participation, de la collaboration, il restera alors la possibilité de déclencher les contrôles de l'instruction.

640. Au-delà du renforcement national mesuré de l'exigence conventionnelle d'impartialité dans l'instruction qui repose sur le principe de la séparation des fonctions de poursuite et d'instruction ainsi que sur l'expression des droits de la défense. Il existe un renforcement

¹²¹⁹ Ne nécessitant pas la démonstration d'un grief : sur ce point voir notamment LAZERGES-COUSQUER (L) et DESPORTES (F), op. cit., p. 1351 et s., §-2022 ; PRADEL (J), op. cit., p. 753-756, §-822-823.

¹²²⁰ Cass. crim., 14 mai 2008, pourvoi n° 08-80483, bull. crim. 2008, n° 115 ; GIUDICELLI (A), Le défaut d'impartialité d'un enquêteur comme cause possible de nullité de la procédure, RSC, 2008, n° 3, p. 631 et s. ROUSSEL (G), Le défaut d'impartialité de l'enquête de police soumis à l'exigence d'un grief, AJ Pénal 2008, n° 7-8, p. 328 et s.

¹²²¹ Article 668 CCP, le 9° est d'ordre général est prévoit comme cause de récusation « *toutes manifestations assez graves pour faire suspecter son impartialité* ».

¹²²² La distinction entre les deux est délicate en matière d'instruction puisque le juge d'instruction est une juridiction d'instruction à lui seul.

¹²²³ TAHRI (C), L'impartialité du juge des libertés et de la détention, Dalloz actualité, 15 juin 2011.

marqué de l'exigence conventionnelle d'impartialité dans l'instruction qui correspond aux cas dans lesquels le droit national prévoit ou tente de mettre en place des modalités procédurales favorables à l'impartialité qui dépassent les exigences conventionnelles.

Section 2 : Le renforcement marqué de l'impartialité dans l'instruction

642. La Cour EDH est très exigeante lorsqu'il y a une confusion ou un risque de confusion avec l'organe du ministère public¹²²⁴, elle admet également l'expression des droits de la défense dans l'instruction. Mais, elle ne peut pas imposer aux États partis la façon d'organiser concrètement la phase d'instruction. Dès lors, en allant au-delà du principe séparatiste susvisé, des droits de la défense dans l'instruction, l'exigence conventionnelle d'impartialité fait, *a priori*, l'objet d'un renforcement marqué en droit interne. Ce renforcement peut se concrétiser par la séparation des missions durant l'instruction (§-1) ou par la pluralité de juges lors de l'instruction (§-2).

§-1 Le renforcement par la séparation des missions durant l'instruction

643. À côté de la séparation classique des fonctions de poursuite et d'instruction, il existe un autre type de séparation plus contemporain qu'est la séparation des missions d'instruction qui consiste à séparer la mission d'instruction en accordant à des nouveaux acteurs le pouvoir d'exercer une mission d'instruction spécifique.

644. Cette séparation des missions est ou pourrait être favorable à l'impartialité car elle permet d'accroître le nombre de regards sur le dossier d'instruction, ce qui est normalement facteur d'impartialité. Toutefois, le renforcement marqué par la création du juge des libertés et de la détention¹²²⁵ reste un espoir déçu (A). En outre, il est possible de concevoir une amélioration de l'impartialité dans l'instruction qui consisterait dans la séparation des missions d'instruction et de règlement (B).

¹²²⁴ *Supra*, ce chapitre, section 1, §-1, A.

¹²²⁵ Désormais JLD.

A- L'espoir déçu du renforcement : le juge des libertés et de la détention

645. L'espoir était permis lors de la création du JLD de croire à un renforcement de l'impartialité (1) mais la pratique a fait place à la déception (2).

1- L'espoir : la création du juge des libertés et de la détention

646. Cette séparation des missions a été mise en place afin notamment, selon les vœux de la garde des Sceaux de l'époque¹²²⁶, de protéger l'impartialité du juge d'instruction en lui ôtant une partie des pouvoirs d'instruction relatifs à la détention et permettre ainsi « *le renforcement des droits des citoyens* » qui « *implique que le contentieux de la liberté et de la détention soit réservé à un juge du siège, en position d'arbitre impartial et « paraissant tel aux yeux de tous » selon les termes de la Convention européenne des droits de l'homme* »¹²²⁷.

647. Cette séparation n'est pas une séparation des fonctions mais une séparation des missions dans l'exercice d'une même fonction qu'est l'instruction. En effet, les décisions juridictionnelles sur la détention, qui font partie intégrante des pouvoirs d'instruction, ne sont plus de la compétence du juge d'instruction qui doit s'en remettre à un autre juge du siège, le JLD, il s'agit de l'instauration du double regard pour décider de la détention.

648. Cette séparation entre la mission d'instruction et celle de prendre les décisions sur la détention est d'application assez récente¹²²⁸ puisqu'elle est issue de la réforme du 15 juin 2000¹²²⁹ mais elle rejoint la conception plus large défendue par les détracteurs du juge d'instruction qui souhaitent lui ôter la faculté d'enquêter et de prendre des décisions

¹²²⁶ Élisabeth GUIGUOU, Exposé des motifs sur du Projet de Loi renforçant la protection de la présomption d'innocence et le droit des victimes, Texte n° 1079, déposé le 16 septembre 1998, p. 8 et s., disponible en ligne : <http://www.assemblee-nationale.fr/11/pdf/projets/pl1079.pdf>

¹²²⁷ *Ibid.*, p.8.

¹²²⁸ Cette séparation n'est pas une nouveauté absolue puisqu'elle a auparavant été mise en œuvre par le législateur. Dans le code d'instruction criminelle c'était la chambre du conseil composée de trois juges qui était compétente, ensuite une loi du 10 décembre 1985 jamais entrée en application avait donné compétence à la chambre d'instruction. Enfin, la loi du 4 janvier 1993 abrogée le 24 août 1993 a donné compétence au juge de la détention dont-elle portait création. Sur ce rappel historique voir notamment : DESPORTES (F) et LAZERGES-COUSQUER (L), *op.cit.*, p. 1841 et s., §-2702 ; JOSSERAND (S), *op.cit.*, p.86 et 87, §-160 et s. ; MATSOPOULOU (H), *Le juge des libertés et de la détention : un acteur de premier ou de second rôle en matière de détention provisoire ? D.* 2008, n° 22, p. 1494 et s. ; PRADEL (J), *op. cit.*, p. 712 et s, §-769 à 772 ; ROETS (D), *op.cit.*, p. 98 et s., §-138 et s.

¹²²⁹ Loi 15 juin 2000, Loi n° 2000-516, Loi renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, *op. cit.*

juridictionnelles dont les décisions sur la détention font partie¹²³⁰, deux fonctions qu'ils estiment incompatibles et qu'ils avancent pour justifier la suppression du juge d'instruction. Avec la création du JLD, le législateur soustrait au juge d'instruction une partie de ses compétences juridictionnelles mais ne lui a pas retiré la totalité de ses pouvoirs juridictionnels relatifs à la liberté¹²³¹. En effet, le JLD n'intervient qu'en cas d'atteinte à la liberté, c'est-à-dire dans le cas où la détention est envisagée. Au contraire si le juge d'instruction décide de laisser libre le mis en examen alors il peut statuer seul sous réserve de la saisine directe du JLD par le procureur de la République qui peut réagir face à l'ordonnance motivée du juge d'instruction refusant la mise en détention contrairement à ses réquisitions¹²³². Donc le juge d'instruction conserve des prérogatives dans le contentieux de la détention lorsqu'il statue en faveur de la liberté¹²³³. Les ambitions à la source de la création du JLD laissaient croire à un renforcement « réel » de l'impartialité mais la pratique a fait place à la déception.

2- La déception : la pratique du juge des libertés et de la détention

649. Le JLD a été créé dans le but d'instaurer un tiers impartial. Dès lors, pourquoi admettre que son intervention soit cantonnée à la seule détention c'est-à-dire pourquoi laisser perdurer le cumul entre les missions d'instruction et les décisions favorables à la liberté alors qu'il créerait, dans la logique du raisonnement précité, également un risque de partialité. Dans cette même logique, pourquoi avoir laissé compétence au juge d'instruction en matière de contrôle judiciaire¹²³⁴.

650. Certains soutenaient que le cumul d'instruction et de jugement sur la détention était « un signe de partialité »¹²³⁵. Or, si cela était réellement le cas le législateur aurait dû

¹²³⁰ ROETS (D), op. cit., p. 97 à 102, §-135 à 141, le Professeur Roets fait un rappel des arguments avancés en défaveur du cumul et ceux qui le justifient ; « Rapport Delmas-Marty » et « Rapport Léger », op. cit.

¹²³¹ « Le juge d'instruction reste le juge de la liberté », in DESPORTES (F) et LAZERGES-COUSQUER (L), op.cit., p. 1844-1845, §-2704.

Le juge d'instruction peut décider de la liberté conformément aux articles 137-1 alinéa 4, 137-4, 144-1, 146, 147, 148, 148-1-1 du CPP.

¹²³² Article 137-4 du CPP.

¹²³³ MATSOPOULOU (H), Le juge des libertés et de la détention : un acteur de premier ou de second rôle en matière de détention provisoire ?, op. cit.

¹²³⁴ Article 137-2 CPP. Le JLD, lorsqu'il est saisi, a également la possibilité de placer sous contrôle judiciaire conformément aux articles 137-2 CPP et 138 CPP et 145 alinéa 3 CPP.

¹²³⁵ GUINCHARD (S) et BUISSON (J), op. cit., p. 317 ; Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi n°1079 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, par Madame Christine Lazerges, le 11 mars 1999, Texte n° 1468, p. 35, disponible en ligne :

éradiquer tous les risques de partialité, même *in favorem*, issus des situations de cumul d'instruction et de décision sur la détention et sur la liberté. En ce sens, le raisonnement du législateur repose sur le constat que le JLD permet d'évincer le risque de partialité, il est donc possible d'en conclure que la procédure s'accommode plus aisément du risque de partialité *in favorem*...

651. En effet, l'un des vœux de la garde des Sceaux lorsqu'elle propose la création du JLD était d'accroître l'impartialité et surtout l'apparence d'impartialité dans la prise de décision sur le contentieux de la liberté et de la détention en instaurant un second juge : le JLD. Dès lors, du point de vue de l'impartialité, quelle explication justifie que l'ensemble du contentieux sur la liberté ne soit pas par principe soumis à ce double regard facteur d'impartialité. Le risque de partialité *in favorem* ou *in defavorem* découle d'un processus intellectuel à la source qui est identique ; le juge ne rend plus sa décision en faisant un choix basé sur la neutralité, la rationalité, dans les deux cas le juge emprunte une voie néfaste pour l'œuvre de justice. Donc même si les conséquences aboutissent dans un cas à un excès de clémence et dans l'autre à un excès de sévérité, le cheminement intellectuel est le même, il y aurait dans les deux cas un risque de partialité à évincer.

652. Finalement, la raison de la création du JLD semble tenir dans la volonté, louable, d'accroître la protection de la présomption d'innocence en faisant intervenir un second juge qui est normalement un homme d'expérience¹²³⁶. Le juge d'instruction seul, seul face au mis en examen dont il souhaite la mise en détention provisoire, trouve alors dans ce double regard un soutien idéal, un allègement de sa lourde mission d'instruction qui permet de diluer les responsabilités. Néanmoins, il est excessif de voir dans ce double regard un renforcement de

http://www.assemblee-nationale.fr/11/rapports/r1468.asp#P925_70114

« Cette situation (nous rajoutons de cumul d'instruction et détention), qui prend une acuité particulière du fait de la place qu'occupe la détention provisoire dans la procédure pénale, est très souvent mise à l'index, ses détracteurs soulignant, à juste titre, que la confusion des rôles au profit du juge d'instruction affecte l'impartialité objective de la procédure pénale, que requiert l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. En outre, cette confusion est largement en porte-à-faux par rapport au principe de la séparation des fonctions d'investigations et de jugement, rappelé notamment dans la décision rendue par le Conseil constitutionnel n° 96-377 DC du 16 juillet 1996. »

¹²³⁶ Article 137-1 : par principe « le juge des libertés et de la détention est un magistrat du siège ayant rang de résident, de premier vice-président ou de vice-président ».

DE LAMY (B), Le juge des libertés et de la détention : un trompe l'œil ?, *Droit pénal* n° 9, Septembre 2007, étude n° 13 : « L'apparition du juge des libertés et de la détention (JLD) est, sans doute, l'une des meilleures illustrations des tâtonnements de la procédure pénale et de ses interrogations récurrentes ».

l'impartialité car si elle ne pût plus¹²³⁷ de la présence du JLD, elle n'en n'est pas non plus renforcée. Ce second regard intervient dans des conditions particulières, souvent dans l'urgence¹²³⁸ avec un temps limité d'accès au dossier. De plus, lorsqu'il est saisi par une ordonnance motivée du juge d'instruction ou directement par le procureur de la République il connaît la position du juge d'instruction favorable à la détention. Il y a là une forme de préjugement auquel le JLD va le plus fréquemment se rallier. D'ailleurs, prenant acte de ce préjugement, certains députés avaient proposé un amendement¹²³⁹, qui ne sera pas retenu, tendant à ce que le JLD soit saisi par un réquisitoire du procureur au lieu d'une ordonnance du juge d'instruction par laquelle le JLD connaît nécessairement la position favorable à la détention de ce premier juge du siège.

653. En pratique, très souvent le JLD confirme donc la décision du premier juge¹²⁴⁰ du siège qui a eu le temps nécessaire pour analyser le dossier et les raisons qui justifient la détention. En effet, « *le nouveau système est très lourd et [...] la plupart des juges des libertés et de la détention connaissant mal le dossier au moment où ils sont saisis sont naturellement conduits à suivre la demande du juge d'instruction [...]* »¹²⁴¹. De plus, certains ont vu dans la

¹²³⁷ *Infra*, p. 305 et s. : le cumul des fonctions de JLD et de jugement et la clarification de la situation par la Cour de cassation à partir du 8 décembre 2009.

¹²³⁸ MATSOPOULOU (H), Le juge des libertés et de la détention : un acteur de premier ou de second rôle en matière de détention provisoire ? op. cit.

¹²³⁹ L'existence de ce préjugement avait été admise par certains députés qui avaient proposé un amendement qui ne sera pas retenu : « *la Commission a été saisie de l'amendement n° 20 de M. Patrick Devedjian, ainsi que d'un amendement de M. Philippe Houillon à même finalité, tendant à préciser que le juge de la détention provisoire est saisi, non par une ordonnance motivée du juge d'instruction, mais par un réquisitoire du procureur de la République. M. Philippe Houillon a estimé que si le juge d'instruction transmettait le dossier de la procédure, cela signifiait nécessairement qu'il n'envisageait pas de laisser en liberté la personne mise en examen, ce qui revenait à un préjugement. Le rapporteur et Mme Frédérique Bredin ont jugé cet amendement incompatible avec la logique retenue par le projet de loi, consistant à faire intervenir deux magistrats du siège pour décider de la détention provisoire, alors qu'un seul est suffisant pour le maintien en liberté. M. Robert Pandraud a estimé qu'en pratique, le juge de la détention provisoire ne contredirait pas la décision prise par l'un de ses collègues du siège (nous soulignons). La Commission a rejeté l'amendement n° 20 de M. Patrick Devedjian et l'amendement de M. Philippe Houillon, »*, in Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi n° 1079 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, op. cit., Examen des articles, Article 10.

¹²⁴⁰ « Rapport Houillon », op. cit., p. 349 et s. ; MATSOPOULOU (H), Le juge des libertés et de la détention : un acteur de premier ou de second rôle en matière de détention provisoire ?, op. cit. : « *Il est vrai qu'en pratique, comme la loi impose au magistrat instructeur de prendre « une ordonnance motivée » (art. 137-1, al. 4, c. pr. pén.), vraisemblablement au vu des éléments de l'enquête et des finalités de la détention, cette ordonnance sert de trame à la décision du JLD. Aussi bien, si l'on s'appuie sur les statistiques, le taux de confirmation par les JLD des demandes de placement en détention provisoire présentées par les juges d'instruction reste élevé. En réalité, il n'y a environ que 9 % de cas où le JLD ne suit pas l'avis du magistrat instructeur. Dans ces conditions, l'objectif du législateur, tendant à instaurer « un double regard » en matière de détention provisoire, est loin d'être atteint.* »

¹²⁴¹ PRADEL (J), op. cit., p. 714, §-772.

création du JLD une mise en conformité avec le droit conventionnel. Il s'agit d'une interprétation partisane¹²⁴² des arrêts de la Cour EDH puisque dans les dites affaires le magistrat instructeur bulgare¹²⁴³ n'était pas indépendant et pouvait agir ultérieurement en tant qu'autorité de poursuite. Pour ces raisons la Cour EDH a condamné, sur le fondement de l'article 5, § 3 de la Convention EDH¹²⁴⁴ et conformément à sa jurisprudence antérieure¹²⁴⁵, la double intervention du dit magistrat. En aucun cas la situation française antérieure à la loi du 15 juin 2000 était comparable à celle-ci. Le juge d'instruction français a toujours été indépendant et n'a jamais pu agir comme une autorité de poursuite sauf à considérer les ordonnances de règlement comme des actes de poursuite¹²⁴⁶ ce que nous réfutons¹²⁴⁷.

¹²⁴² GUINCHARD (S) et BUISSON (J), op. cit., p. 317.

¹²⁴³ CEDH, 25 mars 1999, NIKOLOVA c. Bulgarie, requête n° 31195/96, §-26 ; §-28 et 29 :

« Le magistrat instructeur jouit d'une certaine indépendance à l'égard du procureur en ce qui concerne ses méthodes de travail et les mesures d'instruction particulières qu'il prend. Néanmoins, il remplit ses fonctions sous le contrôle du procureur, dont il doit respecter les instructions (articles 48 § 2 et 201 du code de procédure pénale). » Ainsi dans la procédure pénale bulgare la décision de placement en détention se prenait comme suit, « Un prévenu peut être placé en détention provisoire sur décision du magistrat instructeur ou du procureur. Lorsque cette décision est prise par le magistrat instructeur sans l'accord préalable du procureur, celui-ci doit l'approuver dans les vingt-quatre heures. Le procureur prend en général sa décision en se fondant sur le dossier et sans entendre le prévenu (articles 152, 172, 201-203 et 377-378 du code de procédure pénale).

Juridiquement parlant, rien n'empêche un procureur qui a décidé de placer un prévenu en détention provisoire ou qui a approuvé la décision en ce sens du magistrat instructeur de représenter ultérieurement le ministère public au procès de l'intéressé. En pratique, cela se produit souvent. »

CEDH, 8 juillet 2004, Vachev c. Bulgarie, requête n° 42987/98, §- 64 : « Le magistrat instructeur qui l'a assigné à résidence (paragraphe 46 ci-dessus) ne saurait passer pour un magistrat ainsi habilité car il n'était pas suffisamment indépendant et impartial aux fins de l'article 5 § 3 en raison du rôle qu'il a joué en pratique lors des poursuites. La Cour renvoie à cet égard à l'analyse de la législation interne pertinente à laquelle elle s'est livrée dans l'arrêt Nikolova(précité, §§ 50-51). »

¹²⁴⁴ Il s'agit de la détention donc c'est l'article 5, §-3 qui trouve à s'appliquer : « Toute personne arrêtée ou détenue, dans les conditions prévues au paragraphe 1.c) du présent article, doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires [...]. »

¹²⁴⁵ CEDH, 23 octobre 1990, Huber c. Suisse, requête n° 12794/87, §- 43 : « Sans doute la Convention n'exclut-elle pas que le magistrat qui décide de la détention ait aussi d'autres fonctions, mais son impartialité peut paraître sujette à caution (arrêt Pauwels précité, série A no 135, pp. 18-19, par. 38, et, mutatis mutandis, arrêts Piersack du 1er octobre 1982, série A no 53, p. 16, par. 31, De Cubber du 26 octobre 1984, série A no 86, p. 16, par. 30, et Hauschildt du 24 mai 1989, série A no 154, p. 23, par. 52 in fine) s'il peut intervenir dans la procédure pénale ultérieure en qualité de partie poursuivante. » ; CEDH, 26 novembre 1992, Brincat c. Italie, requête n° 13867/88, §-21 : « Celle-ci implique que seules entrent en ligne de compte les apparences objectives existant à la date de la décision sur la détention: s'il s'avère, à ce moment-là, que le "magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires" peut intervenir à un stade subséquent à titre de représentant de l'autorité de poursuite, son impartialité peut inspirer des doutes à considérer comme objectivement justifiés. »

¹²⁴⁶ GUINCHARD (S) et BUISSON (J), procédure pénale, op. cit., p. 317.

¹²⁴⁷ Infra, §-2 : Le juge d'instruction lorsqu'il rend ces ordonnances prend des décisions juridictionnelles qui impliquent un choix objectif, motivé basé sur une instruction à charge et à décharge, ce choix serait, dans l'idéal, mieux opéré s'il était le fait de la collégialité. Dès lors cette décision cruciale de règlement de l'instruction prise par un juge isolé peut faire courir un risque apparent de partialité mais en aucun cas comme elle ne s'apparente à une décision de poursuite. En tout état de cause la collégialité est contraignante, elle est couteuse et peut impacter la célérité.

654. Enfin, le JLD, qui a été créé pour satisfaire des buts légitimes et qui intervient lors de l'instruction pour décider de la mise en détention, de sa prolongation ou pour refuser une mise en liberté n'est pas un juge qui favorise l'impartialité car en pratique, il s'agit d'un juge seul¹²⁴⁸ qui agit de façon secondaire par rapport au juge d'instruction et qui dans la majorité des cas confirmera par manque de temps et de possibilités d'investigations sa position. Ainsi, contrairement à ce qu'il était permis d'espérer lors de la création du JLD, un double regard lors de l'instruction, dans ces conditions n'est pas réellement bénéfique à l'impartialité à tel point qu'à la suite de l'affaire d'*Outreau*, sa suppression avait été proposée¹²⁴⁹ dans le « rapport Houillon » au profit d'une juridiction d'instruction collégiale¹²⁵⁰ qui serait alors la bienvenue pour connaître des questions sur la détention¹²⁵¹.

655. En outre, jusqu'au 8 décembre 2009, il était permis, comme l'avait démontré le Professeur De Lamy, d'émettre des doutes sur l'ampleur de l'interdiction de cumul floue¹²⁵² prescrite à l'article 137-1¹²⁵³ et partant sur l'impartialité du JLD susceptible de cumuler sa fonction avec le jugement. La chambre criminelle a levé le doute en donnant le 8 décembre

¹²⁴⁸ Lors de l'adoption de la loi du 15 juin 2000 la question de l'instauration de la collégialité avait été soulevée mais repoussée : « Comme votre rapporteur a pu le constater au cours des auditions réalisées pour la préparation de ce rapport, beaucoup regrettent l'abandon de la collégialité au profit d'une procédure à juge unique. Nul doute que la formation collégiale peut apparaître intellectuellement plus satisfaisante, mais on sait que la mise en place d'une telle réforme impliquerait des moyens considérables, qui ne peuvent être mobilisés. Il convient de souligner que l'institution du juge de la détention provisoire nécessite, en l'état, selon l'étude d'impact du projet de loi, la création d'environ 170 postes de magistrats, dont 114 au titre des charges nouvelles et 56 pour permettre d'assurer le fonctionnement des formations de jugement du fait des incompatibilités pesant sur le juge de la détention provisoire. », in Rapport fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, par Mme Christine LAZERGES, op. cit., p.35

¹²⁴⁹ « Rapport Houillon », op. cit., p. 351-352 : « L'idée de pallier les carences du JLD actuel, non en le supprimant, mais en créant une collégialité de JLD à temps plein, pourrait sembler séduisante et a, effectivement, retenu un temps l'attention de la commission d'enquête. Elle semble complexe à mettre en œuvre. [...] Par conséquent, à l'instar de ses conclusions relatives au juge d'instruction, la commission est favorable à la suppression du JLD juge seul, exerçant occasionnellement cette fonction, appelé à se prononcer en bout de chaîne, tardivement et confirmant plus de 90 % des demandes qui lui sont adressées. À ce juge, la commission préfère un examen collégial du contentieux de la détention provisoire par un collège de l'instruction dont elle propose la création. »

¹²⁵⁰ *Infra*, §-2 de cette section : Le renforcement par la pluralité de juges lors de l'instruction.

¹²⁵¹ DE LAMY (B), Le juge des libertés et de la détention, un trompe l'œil ?, *Droit pénal* n° 9, étude n° 13, Septembre 2007.

¹²⁵² « Le champ de cette interdiction n'est pas très clair : a-t-elle une portée générale qui commande son application pour toute intervention du JLD dans un dossier, à propos des libertés comme de la détention ? Au soutien de ce point de vue, on peut souligner que l'alinéa 2 de ce texte indique quel type de magistrat se voit confier des fonctions de JLD par le président du tribunal, indication évidemment de portée générale.

Mais, on pourrait également retenir que le premier et le dernier alinéa de ce texte traitent de la seule détention provisoire et que cet article 137-1 du Code de procédure pénale se situe au sein d'une section traitant « du contrôle judiciaire et de la détention provisoire ». L'interdiction de juger ne vaudrait alors que lorsque le JLD a préalablement connu de cette seule question. », in DE LAMY (B), *ibid*.

¹²⁵³ Article 137-1 CPP : « Il (nous rajoutons le JLD) ne peut, à peine de nullité, participer au jugement des affaires pénales dont il a connu ».

2009¹²⁵⁴ une appréciation extensive de l'article 137-1 du CPP. Elle l'a interprété comme étant de portée générale et comme s'appliquant au cas de cumul d'une décision sur la détention et de participation au jugement en comparution immédiate alors même que la disposition précisément applicable à cette procédure est muette sur l'incompatibilité¹²⁵⁵. Dès lors, les interdictions de cumuls sont clarifiées et strictes, il n'y a pas de place, dans ce cas, pour l'appréciation *in concreto* telle qu'elle est pratiquée en droit conventionnel, le droit interne est donc plus exigeant¹²⁵⁶.

656. Cette séparation des missions n'apporte pas à l'impartialité les bénéfices initialement espérés. Toutefois, des améliorations semblent s'amorcer. Les espoirs reposent sur la spécialisation récente du JLD¹²⁵⁷ qui lui permettra de se dégager plus de temps ce qui sera susceptible d'améliorer la qualité de ses décisions, de ses « contrôles ». Une autre séparation des missions dans l'instruction peut être envisagée comme une amélioration possible de l'impartialité, il s'agit de la séparation d'instruction et de règlement.

¹²⁵⁴ Cass. crim., 8 décembre 2009, pourvoi n° 09-85623, bull. crim. 2009, n° 208 ; LAZERGES-COUSQUER (L), LEPRIEUR (A), DEGORCE (E), Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation, D. 2011, n° 2, p. 124 et s. : « Elle a ainsi fait une application stricte des dispositions de l'article 137-1 du code de procédure pénale qui interdisent qu'un magistrat participe au jugement des affaires pénales dont il a connu en qualité de juge des libertés et de la détention, quelle que soit la nature de son intervention en cette qualité. Et l'on sait que le juge des libertés intervient à tous les stades de la procédure. Au cours de l'enquête, il est chargé d'autoriser les actes les plus attentatoires aux droits et libertés fondamentaux ; au cours de l'instruction, il est saisi de la plupart des questions relatives à la détention provisoire ; au stade du jugement, il peut être saisi aux fins d'ordonner le placement sous contrôle judiciaire, sous assignation à résidence avec surveillance électronique ou en détention provisoire d'une personne poursuivie selon la procédure de convocation par procès-verbal, de comparution immédiate ou d'une comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (art. 394, 396, 495-10 et 495-12 c. pr. pén.). Le fait que l'interdiction pour un juge des libertés et de la détention de participer au jugement des affaires pénales dont il a connu figure dans une rubrique du code de procédure pénale consacrée aux juridictions d'instruction n'implique pas que cette interdiction ne s'applique qu'en présence d'actes accomplis par un juge des libertés et de la détention au cours de l'instruction. À cet égard, il est d'ailleurs intéressant de noter que les dispositions de l'article 137-1 du code de procédure pénale prévoyant les modalités de désignation des juges des libertés et de la détention s'appliquent de façon évidente à toutes les phases de la procédure pénale. » ; PRADEL (J), Procédure pénale, D. 2010, n° 34, p. 2254 et s., (C- Le juge des libertés et de la détention (JLD) ne peut faire partie de la juridiction de jugement pour les affaires dont il a connu).

¹²⁵⁵ Article 396 CPP.

¹²⁵⁶ *Supra* : Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.

¹²⁵⁷ Loi organique 2016-1090, 8 août 2016, loi relative aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature, JO, 11 août 2016, n° 0186, article 18.

B- L'amélioration possible de l'impartialité par la séparation de l'instruction du règlement

657. Un autre type de séparation des missions pourrait constituer une amélioration possible, une amélioration *a minima* de l'impartialité il s'agit de la séparation de l'instruction du règlement de l'instruction. De façon prospective, quels seraient les effets bénéfiques sur l'impartialité de la séparation de l'instruction du règlement de l'instruction.

658. Le règlement de l'instruction vient clore l'instruction en orientant définitivement le dossier. Il s'agit pour le juge de prendre une ordonnance de règlement au regard des éléments à charge et décharge¹²⁵⁸, en toute indépendance à l'égard du ministère public et des parties.

659. La séparation des missions de l'instruction du règlement consisterait en une séparation de la phase de règlement de celle de l'instruction qui s'est déroulée en amont. La clôture de l'instruction ne serait plus confiée au seul juge qui a, jusqu'alors, mené l'instruction. Cette séparation des missions de l'instruction serait-elle susceptible d'améliorer la conduite impartiale de l'instruction ? Y'aurait-il un effet positif pour l'impartialité de séparer la mission de l'instruction de celle du règlement de l'instruction et pour ce faire quelles modalités pratiques seraient propices à une réelle amélioration de l'impartialité dans l'instruction ? Cette séparation pourrait trouver sa raison d'être dans l'incompatibilité des missions d'enquête et des missions juridictionnelles. Néanmoins, il apparaît que de telles fonctions exercées par un même juge du siège sont compatibles dès lors qu'il répond aux obligations qui lui sont imposées dans la conduite des investigations¹²⁵⁹, qu'il est indépendant et qu'il a des pouvoirs concurrencés par l'expression des droits de la défense et de l'accusation¹²⁶⁰.

660. La séparation de l'instruction du règlement est donc motivée par l'instauration de la collégialité réduite aux seules décisions de règlement. D'ailleurs, elle n'est pas inconnue de la procédure pénale puisqu'elle a existé en France d'une part, de 1808 à 1856 avec la chambre du conseil¹²⁶¹, qui était une formation collégiale d'instruction, et d'autre part, qu'elle était

¹²⁵⁸ Depuis la loi du 5 mars 2007, loi n° 2007-291, la clôture de l'instruction a gagné en contradictoire : article 175 CPP.

¹²⁵⁹ *Supra* : Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

¹²⁶⁰ *Infra*, ce chapitre, section 2, §-2.

¹²⁶¹ CLERE (J-J), L'instruction préparatoire depuis les réformes du Consulat et de l'Empire jusqu'à la promulgation de Code de procédure pénale (1799-1958), p. 185 et s., spec. p.239, in *Le juge d'instruction*,

prévue par la Loi du 10 décembre 1985¹²⁶² abrogée avant même son entrée en vigueur. La chambre du conseil avait un rôle cantonnée aux décisions juridictionnelles de règlement et aux décisions relatives à la liberté. Toutefois, la lacune principale reprochée à ce système résidait dans la possibilité offerte au juge d'instruction de siéger à la dite chambre du conseil, les juges se retranchant alors le plus souvent derrière lui.

661.C'est donc la solitude néfaste du juge d'instruction¹²⁶³ voire du JLD¹²⁶⁴ qui justifie d'envisager cette séparation. Il s'agirait de donner compétence à une formation collégiale pour les décisions juridictionnelles de règlement qui sont aujourd'hui prises par le juge d'instruction seul¹²⁶⁵, auxquelles pourraient s'ajouter les décisions sur la détention. Dès lors, le juge d'instruction n'aurait plus cette lourde tâche. L'instruction terminée, il renverrait le dossier à une formation collégiale dont il pourrait faire partie et qui trancherait. L'échange de points de vue entre les juges permettrait-il de prendre une meilleure décision de règlement ? Il s'agirait d'une collégialité *a minima*, la mobilisation de la collégialité n'interviendrait pas pour tous les actes d'instruction¹²⁶⁶ mais serait seulement systématique pour prendre la décision de règlement voire les décisions sur la détention. De plus, le juge d'instruction qui travaille sur les dossiers complexes est le seul à les connaître avec précision, il pourrait être dommageable de le soustraire de ce collège, il serait donc opportun qu'il en soit un des membres. En outre, cette collégialité minimale serait moins onéreuse car les juges qui

approche historique, sous la direction de Jean-Jacques Clère et Jean-Claude Farcy, Institutions, Editions Université de Dijon, 2010 ; ROETS (D), op.cit., p. 166, §-251 ; JOSSERAND (S), op.cit., p.81, §-145 à 147.

¹²⁶² Loi du 10 décembre 1985, loi n°85-1303, loi portant réforme de la procédure d'instruction en matière pénale. Loi abrogée avant son entrée en vigueur ; JOSSERAND (S), op.cit., p. 86, §-160 à 165 ; ROETS (D), op. cit., p.167, §-252.

¹²⁶³ *Infra*, ce chapitre, section 2, §-2 Le renforcement par la pluralité de juges lors de l'instruction.

¹²⁶⁴ Il serait possible d'étendre la compétence de ce collège aux contentieux de la détention.

¹²⁶⁵ Article 83-2 CPP : « *En cas de cosaisine, le juge d'instruction chargé de l'information coordonne le déroulement de celle-ci. Il a seul qualité pour saisir le juge des libertés et de la détention, pour ordonner une mise en liberté d'office et pour rendre l'avis de fin d'information prévu par l'article 175 et l'ordonnance de règlement. Toutefois, cet avis et cette ordonnance peuvent être cosignés par le ou les juges d'instruction cosaisins.* »

¹²⁶⁶ L'article 83 du CPP relatif à la collégialité dans l'instruction et qui devait s'appliquer à la procédure pénale à la suite de l'adoption de la loi du 5 mars 2007, n° 2007-291, op. cit. : « *Le président du tribunal ou, en cas d'empêchement, le magistrat qui le remplace, désigne, pour chaque information, une formation collégiale de trois juges d'instruction, dont un magistrat du premier grade exerçant les fonctions de juge coordonnateur. Il peut établir, à cette fin, un tableau de roulement. Ce collège de l'instruction exerce les prérogatives confiées au juge d'instruction par le présent code. Les ordonnances de mise en examen, d'octroi du statut de témoin assisté à une personne mise en examen, de placement sous contrôle judiciaire, de saisine du juge des libertés et de la détention et de mise en liberté d'office, ainsi que les avis de fin d'information, les ordonnances de règlement et de non-lieu doivent être pris de manière collégiale. Les autres actes relevant de la compétence du juge d'instruction peuvent être délégués à l'un des juges d'instruction composant le collège* ». Donc la collégialité était notamment prévue pour les ordonnances de règlement. Mais, le législateur a enterré la collégialité le 18 novembre 2016, loi n° 2016-1547, loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle, JO, n°0269 du 19 novembre 2016. Sur ce point, *infra* : paragraphe suivant.

formeraient le collège ne seraient mobilisés que pour le temps de la clôture de l’instruction, qui pourra être plus ou moins long selon la complexité du dossier, ce qui diffère de la collégialité généralisée un temps envisagée et abandonnée en matière d’instruction¹²⁶⁷.

662. Bien que le renvoi de la décision de règlement à la collégialité puisse avoir un effet négatif sur la durée de l’instruction elle permettrait néanmoins d’échanger avant la décision cruciale de règlement, elle permettrait une prise de recul face aux éléments à charge et à décharge, ce qui semble plus difficile pour le juge d’instruction siégeant seul. Ainsi, ce dernier serait soutenu, il verrait sa mission d’instruction allégée, il serait alors plus serein.

663. Cette solution qui permet d’améliorer la garantie d’impartialité demeure une réponse possible mais très insuffisante notamment pour les dossiers complexes qui appellent une intervention de plusieurs juges, comme c’est le cas aujourd’hui en matière de grande criminalité, bien en amont de la seule décision de règlement. La possibilité d’une instruction par plusieurs juges avec la cosaisine¹²⁶⁸, amoindrit l’intérêt de la collégialité pour les seules décisions de règlement. En effet, c’est bien la solitude du juge, dans la conduite de l’instruction, qui justifie de séparer l’instruction du règlement pour confier cette tâche à un collège de juges. Malheureusement, la collégialité n’est plus une solution privilégiée par le législateur qui l’a supprimée définitivement par la loi du 18 novembre 2016¹²⁶⁹. Pourtant, l’échange par la pluralité de juges lors de l’instruction est vecteur d’impartialité.

§-2 : Le renforcement par la pluralité de juges lors de l’instruction

664. Il s’agit de consolider l’instruction impartiale par le jeu des regards croisés. L’instruction à plusieurs permet d’évincer la solitude néfaste des juges d’instruction et donc le risque de l’instruction univoque, partielle car plusieurs points de vue s’expriment sur les dossiers soumis à l’instruction¹²⁷⁰. Qui n’a jamais été éclairé par la discussion à plusieurs permettant notamment la mise en lumière d’un préjugé souvent inconscient ou d’une

¹²⁶⁷ *Infra* : ce chapitre, §-2.

¹²⁶⁸ *Ibid.*

¹²⁶⁹ Loi du 18 novembre 2016, loi n° 2016-1547, loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle, JO, n°0269 du 19 novembre 2016.

¹²⁷⁰ « La collégialité préserverait des défaillances involontaires ou volontaires. Elle écarterait en outre le risque de subjectivisme, et donc serait une leçon de modestie et de tolérance », in PARISI (C), op. cit., p. 659.

appréhension trop hâtive, simpliste des choses ? Il est donc facile de transposer cette situation commune à l’instruction.

665. Les bénéfices de la collégialité pour l’impartialité ont précédemment été analysés¹²⁷¹ pour les juridictions de jugement, ils restent identiques en matière d’instruction. En effet, la collégialité est un soutien pour l’impartialité¹²⁷² en ce que la discussion permet d’éviter l’erreur, d’éviter de négliger certains éléments du dossier. L’échange et la prise de décision à plusieurs favorisent l’impartialité. Les éventuels préjugés pourront plus facilement être évacués lorsqu’il y a collégialité et les partis pris difficilement concrétisés. La perspective d’une superposition de partialité semble difficile tant la collégialité implique de convaincre les autres membres du collège de se décider conformément à ce parti pris. La partialité est donc plus facilement accessible à un juge unique qui n’a pas la contrainte supplémentaire d’avoir face à lui deux juges qu’il faut convaincre ainsi, la collégialité rend cette démarche plus hasardeuse¹²⁷³ même si l’habileté d’un juge partial peut aboutir à ce qu’il arrive à ses fins en emportant la conviction d’au moins un juge. Le principe qui s’applique à l’instruction du premier degré est celui du juge unique (A) qui est concurrencé par la possibilité d’une instruction à plusieurs juges. À ce titre la collégialité systématisée reste l’espoir déçu du renforcement de l’impartialité (B) alors que la cosaisine et la collégialité ponctuelle, sont l’espoir réaliste du renforcement (C).

A- Le principe du juge unique pour l’instruction de premier degré

666. L’instruction du premier degré est régie par le troisième titre du livre premier du code de procédure pénal dont le premier chapitre est intitulé « *du juge d’instruction : juridiction d’instruction du premier degré* ». Le singulier ne laisse aucun doute. Au premier degré s’applique le principe de l’instruction par un seul juge¹²⁷⁴. En effet, l’article 83 du CPP dispose que « *lorsqu’il existe dans un tribunal plusieurs juges d’instruction, le président du tribunal ou, en cas d’empêchement, le magistrat qui le remplace, désigne, pour chaque information, le juge qui en sera chargé* (nous soulignons) ». Tant en matière criminelle qu’en matière délictuelle le principe demeure celui de l’instruction par un juge unique, le juge d’instruction. L’institution du juge unique qui se développe de façon croissante dans la

¹²⁷¹ *Supra* : Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.

¹²⁷² *Supra* : Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.

¹²⁷³ JOSSERAND (S), op.cit., p. 540 et s., §-111 et s.

¹²⁷⁴ ROETS (D), op. cit., p. 166 et s., §-250 et s.

procédure pénale de jugement¹²⁷⁵ normalement collégiale, demeure le « *principe séculaire* »¹²⁷⁶ qui s'applique à la phase d'instruction de premier degré abstraction faite de quelques exceptions historiques¹²⁷⁷.

667. L'instruction de premier degré est donc de façon traditionnelle le fait d'un juge seul¹²⁷⁸. Or, les risques de la solitude notamment pour l'impartialité et l'indépendance¹²⁷⁹ sont grands¹²⁸⁰. Face à l'isolement néfaste du juge d'instruction, notamment mis en lumière avec la désastreuse affaire d'*Outreau*, un vœu en faveur d'une instruction à plusieurs, voire d'une instruction collégiale s'est développé mais a été abandonné¹²⁸¹.

668. Au contraire de la juridiction d'instruction du premier degré, qui est gouvernée par le principe du juge unique, la chambre de l'instruction, juridiction d'instruction du second degré, est collégiale. Elle est composée de trois juges dont un président et deux conseillers. La chambre de l'instruction connaît des appels contre les actes juridictionnels et des requêtes en nullité contre les actes ou pièces de procédure. Mais même dans cette configuration collégiale favorable à l'impartialité, l'institution du juge unique est présente. En effet, le président de la chambre de l'instruction a des pouvoirs de filtre qu'il exerce seul. Ce type d'organisation à juge unique est favorable à la bonne administration de la justice lorsqu'il consiste en une vérification formelle de la recevabilité des requêtes en nullité¹²⁸² ou en appel¹²⁸³. Dans ce cas, il évite les appels dilatoires et permet de désengorger la chambre de l'instruction qui ne s'attarde pas sur des requêtes manifestement irrecevables. Ainsi, la collégialité, favorable à

¹²⁷⁵ *Supra* : Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, §-2.

¹²⁷⁶ « *Principe séculaire* », in PRADEL (J), op. cit., p. 55, §-33.

¹²⁷⁷ Chambre de conseil, chambre d'instruction. Pour un rappel des tentatives de collégialité dans l'instruction de premier degré, ROETS (D), op. cit., p. 166 et s., §-250 et s.

¹²⁷⁸ CROCQ (P), Le droit à un tribunal impartial, in *Droits et libertés fondamentaux*, sous la direction de CABRILLAC (R), FRISON-ROCHE (M-A), REUET (T), Dalloz, 4^{ème} éd., 1997, p. 369, §-544 ; PARISI (C), op. cit., PRADEL (J), op. cit., p. 55, §-33.

¹²⁷⁹ CROCP (P), *ibid.*, p. 368 et s., §-540 et s.

¹²⁸⁰ COHENDET (M-A), Vers la généralisation du juge unique ? , *AJDA*, 2006, n° 27, p. 1465 et s. ; PARISI (C), L'extension du système de juge unique en Europe, *Revue internationale de droit comparé*, 2007, Vol. 59, n°3, p. 647 ; « *En outre, avoir différents regards sur une même affaire et débattre des mesures que l'on entend ordonner limite le risque d'erreur, de partialité ou d'être influencé par les pressions médiatiques.* », in Rapport n° 3505, fait au nom de la Commission des Lois Constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de Loi n° 3393, tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale (loi du 5 mars 2007, op. cit.), par M. GEOFFROY (G), 6 décembre 2006, p. 205, disponible en ligne : <http://www.assemblee-nationale.fr/12/pdf/rapports/r3505.pdf>

¹²⁸¹ Loi du 18 novembre 2016, loi n°2016-1547, op. cit.

¹²⁸² Article 173 alinéa 5 CPP. Sur le pouvoir de filtrage des requêtes en nullité voir notamment : DESPORTES (F) et LAZERGES-COUSQUER (L), op. cit., p. 1374 et 1375, §-2056-2057 ; GUINCHARD (S) et BUISSON (J), op. cit., p. 1188, §-2251 à 2253.

¹²⁸³ Article 186 alinéa 6 CPP.

l'impartialité, ne se mobilise que pour apprécier les demandes formellement recevables. Une comparaison peut être faite avec l'institution du juge unique¹²⁸⁴ à la Cour EDH qui a capacité pour opérer au filtre des requêtes individuelles et se prononcer sur leur recevabilité formelle et ce pour permettre de désengorger la Cour.

669.Plus critiquable¹²⁸⁵ est l'institution d'un juge unique pour opérer le filtrage en pure opportunité¹²⁸⁶, c'est-à-dire au fond, des requêtes en appel des parties. Dans un tel cas on ne voit pas en quoi la bonne administration de la justice permet de justifier ce filtrage des requêtes qui soustrait de la collégialité les appels des parties. Cette dernière, garante de regards croisés sur le dossier, favorable à l'impartialité ne devrait-elle pas primer ? Si à un instant « t » la collégialité peut ralentir¹²⁸⁷ le cours de la justice, les désastres éventuels subséquents à la solitude des juges et les coûts financiers qu'ils engendrent ne justifient-ils pas de supprimer ce contrôle des appels en opportunité pour ne laisser perdurer que celui relatif à la recevabilité formelle et ce afin que trois juges puissent porter un regard sur les demandes et *de facto* favoriser l'impartialité ? En ce sens, à la suite de l'affaire d'*Outreau*, dans laquelle de nombreuses demandes de contre-expertises avaient été rejetées par les ordonnances du juge d'instruction d'une part et par les ordonnances de non-admission d'appel du président de la chambre de l'instruction d'autre part, le législateur est venu supprimer le

¹²⁸⁴ Article 26 Convention EDH : « 1. Pour l'examen des affaires portées devant elle, la Cour siège en formations de juge unique, en comités de trois juges, en chambres de sept juges et en une Grande Chambre de dix-sept juges. Les chambres de la Cour constituent les comités pour une période déterminée. ». Article modifié par le Protocole n° 14, 1 juin 2010.

Sur ce point voir notamment MARGUENAUD (J-P), *La Cour européenne des droits de l'Homme, Connaissance du droit*, Dalloz, 7^{ème} ed., 2006, p. 30-31.

¹²⁸⁵ « Ainsi que l'a expliqué avec véhémence M^e Frank Berton : « Nous avons sollicité contre-expertise sur contre-expertise après les expertises psychologiques qui ont été menées. Cela n'a jamais été accepté, ni par le juge d'instruction ni par la chambre de l'instruction, en raison du pouvoir de filtre exorbitant que détient le président de celle-ci. Une observation sur ce point : le président de la chambre de l'instruction décide de la saisir ou de ne pas la saisir de nos appels. Quand nous faisons appel de la décision de refus d'une contre-expertise, il dispose, dans notre code de procédure pénale, et c'est une hérésie, d'un pouvoir de filtre. Non, ce n'est pas utile à la manifestation de la vérité, donc je ne dérange même pas la chambre de l'instruction pour qu'elle statue !

Ce filtre exorbitant conduit le juge d'instruction à être renforcé dans sa conviction qu'il mène relativement bien son instruction. De sorte que finalement, seuls deux hommes décident du sort des demandes d'actes que nous présentons. Bien souvent, il n'y a pas eu de collégialité : la chambre de l'instruction n'a même pas eu à connaître de nos demandes. »

Au-delà de ces vigoureuses déclarations, l'analyse objective du dossier de l'affaire d'*Outreau* atteste effectivement d'un recours fréquent du président de la chambre de l'instruction à son pouvoir de « filtrage », in « Rapport Houillon », op. cit. p. 229.

¹²⁸⁶ Article 186-1 alinéa 3 CPP ; DESPORTES (F) et LAZERGES-COUSQUER (L), op. cit., p. 1404 et s., §-2112 et s. ; GUINCHARD (S) et BUISSON (J), op. cit., p. 1188 et s., §-2251 et s.

¹²⁸⁷ Cet argument est souvent avancé. Or trois juges sur un même dossier ne permettent-ils pas de le traiter plus rapidement qu'un juge seul ?

pouvoir de filtrage¹²⁸⁸ du président portant sur l'appel des ordonnances de refus de contre-expertise ou de complément d'expertise¹²⁸⁹ et ce pour accroître le contradictoire dans l'instruction¹²⁹⁰.

670. Comment expliquer que ce pouvoir de filtre en pure opportunité perdue pour l'appel des ordonnances visées à l'alinéa premier de l'article 186-1 du CPP¹²⁹¹ alors qu'il a été supprimé pour l'appel des ordonnances visées à l'article 167 du CPP si ce n'est par le fait que seules ces dernières avaient principalement été l'objet d'appels dans l'affaire d'*Outreau*. Cependant, la proposition trente-trois du « rapport Houillon » était claire puisqu'elle prévoyait de « *supprimer le pouvoir de « filtrage » dont dispose le président de la chambre de l'instruction.* ». Peut-être cette proposition était-elle trop générale ? Aurait-elle dû distinguer entre le filtre de forme¹²⁹² et de fond puisque seul ce dernier nuit¹²⁹³ à l'impartialité et au contradictoire. Malheureusement, le législateur semble s'être laissé submerger par le cas d'espèce à l'origine de la réforme sans considérer le pouvoir de filtrage en opportunité dans son ensemble afin de faire une réforme plus cohérente. Donc, l'instruction de premier degré est le fait d'un juge unique, hypothèse qui n'est pas totalement étrangère à l'instruction de second degré. Un espoir demeurerait dans la collégialité systématisée pour renforcer l'impartialité de l'instruction, il restera un espoir déçu.

B- L'espoir déçu du renforcement : la collégialité systématisée

671. La collégialité systématisée et obligatoire instaurée par la loi du 5 mars 2007¹²⁹⁴ suite au traumatisme de l'affaire d'*Outreau* a été sans cesse repoussée¹²⁹⁵ jusqu'à son abandon

¹²⁸⁸ Loi 5 mars 2007, loi n° 2007-291, op. cit.

¹²⁸⁹ L'appel de l'ordonnance de refus d'expertise (« nouvelle ») du juge d'instruction reste soumis à l'article 186-1 du CPP.

¹²⁹⁰ DARSONVILLE (A), Restriction du droit de filtrage du président de la chambre de l'instruction, Cour de cassation, crim. 4 décembre 2007, *D.* 2008, n° 6, p. 355.

¹²⁹¹ Pour les ordonnances prévues à l'article 82-1 du CPP (Ordonnances motivées de refus d'audition, d'interrogatoire, de confrontation, d'audition d'un témoin, de transport sur les lieux ou tous autres actes nécessaires à la manifestation de la vérité), à l'article 82-3 (Ordonnance motivée refusant la demande de constatation de la prescription, à l'article 156 (ordonnance de refus d'expertise).

¹²⁹² Tel qu'il est actuellement prévu à l'article 186 alinéa 6.

¹²⁹³ Le Professeur Bernard Bouloc a également critiqué le filtrage des appels : « *On peut aussi regretter que le comité (nous rajoutons Léger) n'ait pas cru devoir supprimer le filtre du président de la chambre de l'instruction, instauré en 1972 et développé à de nombreuses reprises. Il est anormal qu'un droit d'appel soit soumis à un filtrage par une seule personne décidant souverainement, quand bien même elle doit motiver son refus* », in Que penser des propositions du « comité Léger » ?, *D.* 2009, n° 33, p. 2264 et s.

¹²⁹⁴ Article 83 CPP issu de l'article 1 de la loi du 5 mars 2007, loi n° 2007-291, op. cit. :

récent par la loi du 18 novembre 2016¹²⁹⁶. Cette collégialité systématisée n'a donc jamais été appliquée bien qu'elle permette de renforcer très nettement l'instruction à plusieurs et donc l'impartialité en imposant pour la majorité des actes d'instruction¹²⁹⁷ une décision collégiale. Néanmoins, elle n'a jamais vu le jour pour des raisons essentiellement financières mais également de célérité de la justice¹²⁹⁸ et enfin parce qu'elle n'apporterait pas une véritable avancée des droits des justiciables, argument plus tendancieux¹²⁹⁹ qu'il convient de rejeter¹³⁰⁰ compte tenu de ses effets positifs¹³⁰¹ notamment sur l'impartialité.

« Le président du tribunal ou, en cas d'empêchement, le magistrat qui le remplace, désigne, pour chaque information, une formation collégiale de trois juges d'instruction, dont un magistrat du premier grade exerçant les fonctions de juge coordonnateur. Il peut établir, à cette fin, un tableau de roulement. »

Ce collège de l'instruction exerce les prérogatives confiées au juge d'instruction par le présent code. Les décisions de mise en examen, d'octroi du statut de témoin assisté à une personne mise en examen, de placement sous contrôle judiciaire, de saisine du juge des libertés et de la détention et de mise en liberté d'office, ainsi que les avis de fin d'information, les ordonnances de règlement et de non-lieu doivent être pris de manière collégiale. Les autres actes relevant de la compétence du juge d'instruction peuvent être délégués à l'un des juges d'instruction composant le collège.

Les désignations prévues au présent article sont des mesures d'administration judiciaire non susceptibles de recours. »

NOTA : Aux termes de l'article 136 de la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009, le chapitre Ier de la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 entre en vigueur le 1er janvier 2011.

Aux termes de l'article 163 de la loi n° 2010-1657 du 29 décembre 2010, le chapitre Ier de la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 entre en vigueur le 1er janvier 2014.

Aux termes de l'article 129 de la loi n° 2013-1278 du 29 décembre 2013, le chapitre Ier de la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 entre en vigueur le 1er janvier 2015.

Aux termes de l'article 98 de la loi n° 2014-1654 du 29 décembre 2014, le chapitre Ier de la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 entre en vigueur le 1er janvier 2017.

¹²⁹⁵ Elle l'a été pour la quatrième et dernière fois, par la loi de finance du 29 décembre 2014 (Loi n° 2014-1654, loi du 29 décembre 2014, loi de finances pour 2015, article 98) au 1^{er} janvier 2017.

¹²⁹⁶ Loi n° 2016-1547, op. cit., l'article 25 de la loi abroge les chapitres I et II de l'article 30 de la loi du 5 mars 2007, loi n° 2007-291 relatifs à la collégialité de l'instruction.

¹²⁹⁷ Projet de Loi relatif à la collégialité, n° 1323, déposé le 24 juillet 2013, étude d'impact, 22 juillet 2013, p. 11, disponible en ligne : <http://www.assemblee-nationale.fr/14/pdf/projets/pl1323-ei.pdf>

« Il résulte de ces dispositions qu'en pratique, à l'exception des auditions, interrogatoires, reconstitutions, délivrances de commissions rogatoires ou expertises, qui pourront être délégués, tous les actes de l'instruction devront être effectués ou décidés de façon collégiale. »

Nouvel article 83 CPP tel qu'issu de la loi du 5 mars 2007, loi n° 2007-291, op. cit.

¹²⁹⁸ CROCQ (P), op.cit. : *« Si les juridictions statuaient toutes à juge unique, les affaires seraient jugées plus rapidement. Là où il faut trois juges pour juger (nous rajoutons instruire) une seule affaire ; les mêmes trois magistrats pourraient juger trois affaires. »* Ceci est transposable aux juridictions d'instruction ; PARISI (C), op. cit., un des arguments avancés en faveur du juge unique est une justice plus rapide.

¹²⁹⁹ *« La loi du 5 mars 2007 renforçant l'équilibre de la procédure pénale a prévu l'institution d'une collégialité de l'instruction, cette réforme, deux fois reportée, par la loi de simplification et de clarification du droit du 12 mai 2009, puis par la loi de finances du 29 décembre 2010, devait entrer en vigueur le 1^{er} janvier 2014. Cette loi prévoit une collégialité obligatoire et systématique de l'instruction, qui se traduirait par des réorganisations lourdes, ainsi que par un coût élevé. Ce caractère systématique, qui n'existe dans aucun autre pays, serait de nature à aboutir à une collégialité de façade qui ne permettrait pas une véritable avancée des droits des justiciables. », Amendement n°II-174 présenté par le gouvernement sur le projet de loi de finance pour 2015 (op.cit.), 24 décembre 2014, disponible en ligne :*

<http://www.assemblee-nationale.fr/14/pdf/amendements/2234C/AN/174.pdf>

¹³⁰⁰ *« Le juge d'instruction connaît une nouvelle jeunesse. La tentation d'une ingérence du pouvoir exécutif dans les enquêtes me semble moins vraie ». - 3 questions à Patrick Ramaël, magistrat, JCPG, 4 mai*

672. Donc, « la difficulté la plus importante qui résulterait de la mise en œuvre de la collégialité issue de la loi de 2007 est celle des moyens nécessaires à son application. Elle nécessiterait la création de plus de 300 juges d'instruction, ce qui n'est pas envisageable, non seulement au regard du délai jusqu'à la date d'entrée en vigueur de la réforme, mais également, quelle que soit cette date d'entrée en vigueur, dans le contexte budgétaire que connaît actuellement notre pays. Les difficultés en matière immobilière peuvent également être soulignées. Il serait, dans la plupart des juridictions, impossible que la mise en examen réalisée par trois juges se fasse dans un cabinet d'instruction. Cela exigerait donc soit l'utilisation des salles d'audience, qui ne seront le plus souvent pas disponibles, soit la création de bureaux dédiés à cette fin. »¹³⁰²

673. En conclusion, le Professeur ROETS écrivait que « le droit positif a tranché en faveur » du juge unique. Ceci était vrai en 1997 et l'est toujours en 2017. Le droit positif a admis les bienfaits, notamment pour l'impartialité, de l'instruction à plusieurs mais a échoué dans l'instauration du principe de la collégialité systématisée qui reste l'espoir déçu du renforcement de l'impartialité. La collégialité systématisée favorable à l'impartialité est trop exigeante financièrement elle pourrait éventuellement laisser place à la collégialité facultative,

2015, n° 18, p. 916 : « Le juge d'instruction connaît même une nouvelle jeunesse. Après l'affaire d'Outreau, le rapport Houillon avait conclu en 2006 (JCPG 2006, act. 256) qu'il fallait garder le juge d'instruction et le renforcer en mettant en place la collégialité de l'instruction (3 personnes). Cela n'a pas encore été fait, c'est dommage. ».

¹³⁰¹ « Rapport Houillon », rapport n° 3125, op. cit., p. 353 : « Si la commission d'enquête s'est accordée à reconnaître la nécessité de mettre l'accent sur l'exercice collégial des fonctions de magistrat, cette structure lui est apparue particulièrement s'imposer pour les magistrats instructeurs. Deux facteurs essentiellement l'en ont convaincue : la jeunesse des magistrats à l'issue de leur scolarité et le caractère souvent très individualiste de leurs méthodes de travail, dénoncé souvent même sans complaisance par ces derniers. »

« Rapport Houillon », rapport n° 3125, op. cit., p. 361-362 : « La collégialité doit être comprise comme la volonté d'instituer le plus en amont possible de la procédure pénale un travail d'équipe, pour faire échec le plus tôt possible à tout risque d'erreur. »

Plusieurs avantages peuvent être prêtés à cette collégialité : la possibilité d'avoir des regards croisés sur les orientations des enquêtes et d'instituer des débats sur l'opportunité des mesures privatives de liberté ; la consécration de l'autorité des équipes à l'égard des services d'enquête et une plus grande facilité à réorienter les investigations ; la dépersonnalisation des dossiers et un accès plus commode au dossier pour la défense en raison de la création de secrétariats communs. »

¹³⁰² Projet de Loi relatif à la collégialité, n° 1323, op. cit., étude d'impact, 22 juillet 2013, op. cit., p. 17. Les mêmes arguments relatifs au manque de moyens ont également été repris pour justifier la suppression définitive de la collégialité opérée par la loi du 18 novembre 2016 : rapport de l'Assemblée nationale, rapport n° 3904, fait au nom de la commission des lois, 30 juin 2016, par M. CLEMENT (J-M) et LE BOUILLONNEC (J-Y) : « Toutefois, l'entrée en vigueur de ces dispositions a été reportée à plusieurs reprises en raison du projet de suppression des juges d'instruction et du manque de moyens humains nécessaires à sa mise en œuvre. Le dernier report a retenu la date du 1er janvier 2017. En effet, le dispositif prévu par la loi du 5 mars 2007 soulève d'importantes difficultés. Le caractère systématique et obligatoire de la collégialité de l'instruction exige la création de plus de trois cents postes de juges d'instruction. »

si le projet relatif à la collégialité de l'instruction¹³⁰³, actuellement en instance en première lecture devant l'Assemblée Nationale, est adopté ce qui semble peu probable. Il faut donc pour l'heure se contenter d'une solution empreinte de réalisme qu'est la cosaisine. Cette dernière reste sur le plan théorique une solution moins satisfaisante que la collégialité pour renforcer l'impartialité mais offre la possibilité d'évincer la solitude néfaste dans l'instruction¹³⁰⁴ tout en étant matériellement réalisable.

C- L'espoir réaliste du renforcement : la cosaisine et la collégialité ponctuelle facultative

674. La loi du 4 janvier 1993¹³⁰⁵ a instauré la possibilité d'une instruction à plusieurs juges en dehors de la collégialité, c'est la création de la cosaisine¹³⁰⁶. Le législateur de 1993 la rend possible *« lorsque la gravité ou la complexité de l'affaire le justifie, le président du tribunal ou, en cas d'empêchement, le magistrat qui le remplace peut adjoindre au juge d'instruction chargé de l'information un ou plusieurs juges d'instruction qu'il désigne, soit dès l'ouverture de l'information, soit sur la demande du juge chargé de l'information, à tout moment de la procédure. Le juge chargé de l'information coordonne le déroulement de celle-ci ; il a seul qualité pour saisir la chambre prévue par l'article 137-1 et pour rendre l'ordonnance de règlement »*. Dès 1993, la cosaisine est donc mise en place pour l'instruction de premier degré mais, elle était limitée à deux égards. Tout d'abord, dans les tribunaux ne comptant qu'un seul juge d'instruction elle était restée purement théorique, la possibilité de cosaisir un juge du ressort de la cour d'appel restant inutilisée¹³⁰⁷. De plus, en cours d'information la cosaisine

¹³⁰³ Projet de loi relatif à la collégialité de l'instruction, n° 1323, déposé le 24 juillet 2013, op. cit.

¹³⁰⁴ Les juges volontaires pourront accéder à la cosaisine ce qui doit être préféré à la solitude : *« Le juge d'instruction peut se servir de tous les leviers de l'enquête et s'entourer d'une équipe. Il peut même demander des co saisines, ce que j'ai fait dans des affaires complexes. À Paris, à l'époque (2003-2013), on était une cinquantaine de juges d'instruction. Je choisisais un juge qui n'avait pas les mêmes positions que moi afin d'enrichir le débat. Cette solution a 2 mérites : permettre d'assurer une continuité si l'un des juges s'en va et amener des points de vue différents. »*, in *« Le juge d'instruction connaît une nouvelle jeunesse. La tentation d'une ingérence du pouvoir exécutif dans les enquêtes me semble moins vraie »*. - 3 questions à Patrick Ramaël, magistrat, op. cit.

¹³⁰⁵ Loi du 4 janvier 2003, loi n° 93-2, loi portant réforme de la procédure pénale, JO, 5 janvier 1993, n° 3, p. 215, titre III : *De la conduite de l'information par plusieurs juges*.

¹³⁰⁶ Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale, sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée Nationale, portant réforme de la procédure pénale, Par M. Jean-Marie GIRAULT, 12 novembre 1992, disponible en ligne : https://www.senat.fr/rap/1992-1993/i1992_1993_0044_01.pdf

Cette commission faisait usage de façon optimiste, voire excessive du vocable « collégialité » jamais de celui de « cosaisine », voir notamment : p. 10, p.13, p.44.

¹³⁰⁷ *« Or, le juge d'instruction est généralement un juge seul. Bien que la Chancellerie ne dispose pas de statistiques précises sur le recours à la cosaisine de plusieurs juges d'instruction, il apparaît que cette*

n'était possible qu'à la demande ou avec le consentement du juge initialement saisi ce qui constituait un frein supplémentaire à sa mise en œuvre¹³⁰⁸. Dans ces conditions et dans le sillage de l'affaire d'Outreau, dans laquelle la solitude dans l'instruction a eu des effets désastreux, le législateur a amélioré le mécanisme de la cosaisine¹³⁰⁹. Tirant les enseignements du rapport Houillon, la loi du 5 mars 2007¹³¹⁰ modifie les modalités de cosaisine afin de faciliter sa mise en œuvre.

675. L'accès à la cosaisine est amélioré grâce à la création des pôles de l'instruction au sein desquels sont présents plusieurs juges d'instruction¹³¹¹. Ces pôles de l'instruction sont

possibilité reste sous-utilisée. Cette situation résulte largement de la carte judiciaire et de l'existence de nombreux tribunaux de grande instance dont le ressort et l'activité sont limités. Ainsi, 66 tribunaux ne comprennent qu'un seul juge d'instruction, lequel cumule parfois ces fonctions avec l'appartenance à une juridiction de jugement. Or, il est difficile de confier une instruction à deux juges relevant de tribunaux différents, pour des raisons matérielles évidentes. », in Rapport n° 3505, 6 décembre 2006, op. cit., p. 10.

¹³⁰⁸ « Rapport HOUILLON », op. cit., p. 153-154, propos concernant la co-saisine et l'obstacle à sa mise en œuvre en cours d'information : « *Semble s'être ajoutée, dans ce dossier, une volonté propre du juge d'instruction de demeurer seul « maître à bord » en n'acceptant pas la cosaisine qui lui aurait été proposée.* »

En effet, le procureur général M. Jean-Amédée Lathoud a indiqué lors de son audition avoir « suggéré par téléphone au procureur de la République, courant 2002, étant donné le nombre de personnes mises en examen, de proposer au président du tribunal de grande instance et au juge d'instruction - que je n'ai évidemment jamais rencontré - une cosaisine, avec un deuxième magistrat. Il m'a été répondu que M. Burgaud ne le souhaitait pas. »

Selon les informations communiquées à votre rapporteur par la Chancellerie, il semblerait effectivement que le président du TGI de Boulogne ait proposé, téléphoniquement, au juge Burgaud une cosaisine au mois de mai 2002, mais que le juge lui aurait répondu que ce n'était pas une demande de sa part et qu'il préférerait voir sa charge de travail allégée par d'autres moyens.

Le président de la chambre de l'instruction aurait également évoqué cette possibilité avec le juge Burgaud au cours du printemps de l'année 2002, en s'appuyant sur l'ampleur prise par le dossier mais aussi sur la nécessité de « regards croisés », le magistrat instructeur ayant alors indiqué qu'il avait des échanges réguliers avec le parquet. Or, compte tenu de la communauté d'analyse de ce dossier entre le procureur de la République et le juge d'instruction, il s'agissait davantage de regards « convergents » que de regards « croisés ». »

Rapport n° 3505, op. cit., p. 166 : « *Une autre explication (nous rajoutons à la sous-utilisation de la co-saisine) tient aux réticences fréquentes des juges d'instruction eux-mêmes, peu habitués à travailler en équipe et souhaitant garder la maîtrise de leur dossier.* »

¹³⁰⁹ La cosaisine étant théoriquement applicable jusqu'à son remplacement programmé par la collégialité. Cette dernière est aujourd'hui abrogée. *Supra*, ce paragraphe, B- L'espoir déçu du renforcement : la collégialité systématisée.

¹³¹⁰ Loi 5 mars 2007, loi n° 2007-291 ; LEBLOIS-HAPPE (J), Continuité et discontinuité dans les nouvelles réformes de la procédure pénale, JCPG 2007, n° 36, p. 20 et s. ; MATSOPOULOU (H), Les innovations dans la conduite de l'information judiciaire : une urgence pour 2010 !. - Commentaire de la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale, *Droit pénal* 2007, n° 4, p. 7 et s. ; MATSOPOULOU (H), Pôles de l'instruction et cosaisine : en attendant la collégialité... À propos du décret no 2008-54 du 16 janvier 2008, JCPG 2008, n° 7, p. 8 et s. ; PRADEL (J), Les suites législatives de l'affaire dite d'Outreau. À propos de la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007, JCPG 2007, n° 14, p. 13 et s.

¹³¹¹ Article 52-1 CPP : « *Dans certains tribunaux de grande instance, les juges d'instruction sont regroupés au sein d'un pôle de l'instruction.* »

Les juges d'instruction composant un pôle de l'instruction sont seuls compétents pour connaître des informations en matière de crime. Ils demeurent compétents en cas de requalification des faits en cours d'information ou lors du règlement de celle-ci.

exclusivement compétents en matière criminelle¹³¹², qu'il y ait ou pas cosaisine, et en matière délictuelle exclusivement lorsqu'il y a cosaisine¹³¹³. Ils permettent de faciliter la réalisation de la cosaisine car il n'y a plus l'obstacle pratique tenant à l'absence de plusieurs juges d'instruction au sein de certains TGI. Par ailleurs, la loi du 5 mars 2007 permet aux parties¹³¹⁴ et au procureur de la République de demander la cosaisine à tout moment de la procédure avec la possibilité de dépasser le désaccord du juge chargé de l'instruction. Dans ce cas, c'est le président de la chambre de l'instruction ou la chambre de l'instruction qui décide ou non de la cosaisine. Ainsi, en cours d'information l'impartialité se voit mieux protéger puisque la cosaisine peut être ordonnée malgré le désaccord du juge d'instruction initialement saisi¹³¹⁵. Cette nouveauté qui permet de faciliter la cosaisine en cours d'information est salvatrice puisque certains dossiers peuvent durant l'instruction se révéler plus complexes que prévu. Il est donc bénéfique pour la conduite de l'information que le président de la chambre de l'instruction puisse porter un regard « neuf » sur le dossier afin de décider s'il est nécessaire ou pas de recourir à la cosaisine. Il peut être difficile pour le juge initialement saisi de prendre cette décision, ce qui a été le cas du juge d'instruction dans l'affaire d'*Outreau*. Le désaccord du juge n'a pas permis d'adjoindre contre sa volonté un ou plusieurs juges d'instruction qui lui auraient certainement permis de mener une instruction plus rationnelle, plus sereine, plus

Ils sont également seuls compétents pour connaître des informations donnant lieu à une cosaisine conformément aux articles 83-1 et 83-2.

La liste des tribunaux dans lesquels existe un pôle de l'instruction et la compétence territoriale des juges d'instruction qui le composent sont déterminées par décret. Cette compétence peut recouvrir le ressort de plusieurs tribunaux de grande instance. Un ou plusieurs juges d'instruction peuvent être chargés, en tenant compte s'il y a lieu des spécialisations prévues par les articles 704, 706-2, 706-17, 706-75-1 et 706-107, de coordonner l'activité des juges d'instruction au sein du pôle, dans des conditions fixées par décret. »

¹³¹² « On peut toutefois souligner que cette compétence exclusive des pôles en matière criminelle a été édictée par le législateur afin de faciliter une décision de cosaisine (dont la probabilité qu'elle apparaisse justifiée en cours de procédure est évidemment plus élevée en raison de la gravité des faits), si l'instruction se révèle plus complexe que prévue, puisqu'une telle décision n'aura pas pour conséquence le dépaysement de l'affaire. », in Circulaire n° CRIM 08-06/E8 du 28 janvier 2008 sur la présentation générale des dispositions loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 renforçant l'équilibre de la procédure pénale et du décret n° 2008-54 du 16 janvier 2008 relatives aux pôles de l'instruction et à la cosaisine.

¹³¹³ Article 52-1 CPP, op. cit.

¹³¹⁴ Article 83-1 CPP alinéa 3 et 4.

¹³¹⁵ Article 83-1 alinéa 4 du CPP : « Lorsqu'elle n'est pas ordonnée selon les modalités prévues par l'alinéa qui précède, en l'absence d'accord du juge chargé de l'information ou, à défaut, de désignation par le président du tribunal de grande instance dans le délai d'un mois, la cosaisine peut être ordonnée par le président de la chambre de l'instruction agissant d'office, à la demande du président du tribunal, sur réquisition du ministère public ou sur requête des parties. Le président statue dans un délai d'un mois à compter de la réception de la demande qui est déposée conformément à l'avant-dernier alinéa de l'article 81 si elle émane d'une partie. Lorsque l'information a été ouverte dans un tribunal où il n'y a pas de pôle de l'instruction, le président de la chambre de l'instruction saisit la chambre de l'instruction aux fins de cosaisine. Dans un délai d'un mois à compter de sa saisine, la chambre décide alors soit, s'il n'y a pas lieu à cosaisine, de renvoyer le dossier au magistrat instructeur, soit, si cette décision est indispensable à la manifestation de la vérité et à la bonne administration de la justice, de procéder au dessaisissement du juge d'instruction et à la désignation, aux fins de poursuite de la procédure, de plusieurs juges d'instruction. »

impartiale. Cependant, malgré l'intervention du législateur pour corriger la cosaisine elle demeure un facteur imparfait mais réaliste d'impartialité.

676. Tout d'abord, elle est facultative quelle que soit la matière criminelle ou délictuelle et reste cantonnée aux affaires graves ou complexes dont les critères de définition demeurent flous¹³¹⁶. Dès lors, si les modalités de mise en œuvre de la cosaisine ont été améliorées¹³¹⁷, elles restent insuffisantes en matière de criminalité grave ou complexe. En effet, il convient de relever que la cosaisine est mise en œuvre de façon quasiment systématique pour l'instruction des dossiers portés devant les JIRS et devant la section antiterroriste du tribunal de grande instance de Paris. Pour ces types de criminalité très complexes ou très graves la cosaisine est largement utilisée, elle est systématisée¹³¹⁸. Donc, l'instruction à plusieurs est pratiquée plus ou moins intensément selon le type de criminalité. La cosaisine fonctionne parfaitement en matière de très grande criminalité, cela permet de mobiliser plusieurs juges d'instruction et

¹³¹⁶ Les critères alternatifs de gravité ou de complexité ne sont pas clairement définis. La circulaire n° CRIM 08-06/E8 du 28 janvier 2008, op. cit., prévoit que « *Les notions de gravité et de complexité de l'affaire relèvent, comme par le passé, de l'appréciation souveraine des magistrats. Il n'est notamment pas nécessaire que le procureur motive spécialement ses réquisitions, autrement que par la référence à la gravité ou la complexité de l'affaire, ni que le président du tribunal motive spécialement son ordonnance de désignation des différents juges cosaisins. En pratique la gravité de l'affaire peut résulter de l'importance de la peine encourue, du préjudice causé par l'infraction ou du trouble à l'ordre public résultant de celle-ci. La complexité de l'affaire peut de même résulter de la nature de la qualification retenue, du nombre élevé de mis en cause ou de victimes, de la multiplicité des faits commis et, d'une manière générale, de la difficulté probable des investigations devant être réalisées, le cas échéant en raison de la nécessité de délivrer des commissions rogatoires à l'étranger.* »

KARSENTY (D), *Réflexions sur la mise en œuvre des pôles de l'instruction au regard de droits fondamentaux*, JCPG, 2008, n°9, p. 17 et s.: « *Aussi, la portée de la réforme est-elle avant tout tributaire des pratiques locales en matière de cosaisine et de l'interprétation qui sera donnée des critères de gravité et de complexité par les différents acteurs judiciaires, aussi bien au niveau du tribunal pôle que de la cour d'appel.* »

¹³¹⁷ Article 83-1 : Il est possible de passer outre le désaccord du juge initial, les parties et le ministère public peuvent faire une demande de co-saisine.

¹³¹⁸ « *Il est toutefois des cas où la cosaisine fonctionne bien comme dans la section antiterroriste du tribunal de grande instance de Paris. Comme le rappelait notre collègue, M. Jean-Patrick Courtois, dans son rapport sur la loi relative à la lutte contre le terrorisme, les dossiers peuvent « être confiés à deux, trois, voire quatre magistrats -en particulier lorsqu'une affaire semble présenter de nombreuses ramifications. Cette organisation permet non seulement de renforcer la cohésion des magistrats, mais aussi, en pratique, d'obtenir de réels gains de productivité dans le traitement des dossiers.* », in Rapport de la Commission des lois relatif au projet de loi tendant à renforcer l'équilibre de la procédure, par M. François Zocchetto, Rapport n° 117, 24 janvier 2007, I-, A- Une cosaisine souvent difficile à mettre en œuvre, disponible en ligne : <http://www.senat.fr/rap/106-177/106-177.html>.

« *Plus intéressante apparaît de la constitution de juridictions spécialisées, dont la compétence territoriale excède le ressort du TGI, pour connaître de certaines matières complexes ou particulièrement graves. On peut citer à cet égard les pôles de juges en matière sanitaire (article 706-2 du code de procédure pénale), de terrorisme (article 706-17 du même code), de pollutions maritimes (article 706-107) ou d'infractions économiques et financières et de criminalité organisée, dénommées juridictions interrégionales spécialisées (article 706-75). Ces juridictions dépendent du ressort d'une cour d'appel spécialisée, qui peut correspondre au ressort de plusieurs cours d'appel. En particulier, les juridictions interrégionales spécialisées (JIRS) ont permis un travail en équipe des magistrats instructeurs qui se traduit par une lutte plus efficace contre les formes complexes de la criminalité, comme le relève l'Inspection générale des services judiciaires. Les magistrats entendus par le rapporteur ont tous souligné la qualité du travail effectué par les JIRS et ont souhaité une généralisation de ce mode de fonctionnement.* », in Rapport n° 3505, op. cit., p. 196.

ainsi éviter le risque de partialité accru face à cette criminalité à forts moyens, détenant des réseaux puissants, ayant la possibilité de recourir à des méthodes d'intimidation. Ainsi, l'adjonction de plusieurs juges contribue à faire échec aux risques que fait encourir cette criminalité pour l'indépendance et l'impartialité. Dès lors, l'instruction à plusieurs, garantie d'impartialité, est mieux préservée en matière de très grande criminalité même s'il demeure les inconvénients de la spécialisation des juges¹³¹⁹ qui sont eux-mêmes atténués par la limite temporelle dans l'exercice des fonctions d'instruction et par le fait que la spécialisation participe à recruter sur ces postes des juges aguerris pouvant faire face à cette criminalité.

677. Ensuite, la cosaisine implique qu'il y ait une réelle volonté chez le « *juge coordinateur* »¹³²⁰, chargé du bon déroulement de l'information¹³²¹, de mener une instruction à plusieurs. En effet, si tel n'est pas le cas, il pourra faire échec à l'esprit du dispositif en ne déléguant que des actes insignifiants et en restant seul maître à bord de l'instruction. Il s'agira alors d'une simple apparence de cosaisine, d'une cosaisine virtuelle pouvant au mieux rassurer les justiciables mais qui n'aura aucun effet bénéfique sur l'instruction pour espérer une meilleure garantie d'impartialité. De plus, le juge coordinateur chargé de l'information a des pouvoirs exclusifs¹³²², il peut seul saisir le JLD, ordonner une mise en liberté d'office, rendre l'ordonnance de fin d'information et l'ordonnance de règlement. Cependant, la loi du 5 mars 2007 incite à la cosignature des ordonnances de règlement et des avis de fin d'information. Sans la rendre obligatoire l'article 83-2 du CPP prévoit que les dits avis et dites ordonnances peuvent être cosignés par le ou les juges adjoints et l'article 186-3 du CPP prévoit qu'en cas d'absence de signature par le ou les juges cosaisis ces actes peuvent faire l'objet d'un appel et ce même s'il s'agit d'une ordonnance de renvoi par principe insusceptible d'appel. La cosignature est donc fortement conseillée. Cette disposition est une bonne chose car les juges sont incités à mettre en place une cosaisine réelle, avec une vraie collaboration, faite de regards croisés, afin de préserver au mieux leur impartialité de la

¹³¹⁹ Sur la spécialisation, *Supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2.

¹³²⁰ BELFANTI (L), Juge d'instruction, *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, §-706 et §-707 ; GUINCHARD (S) et BUISSON (J), op. cit., p. 971, §-1740 ; LAZERGES-COUSQUER (L) et DESPORTES (F), op. cit., p. 1116 et s., §-1664 et s.

¹³²¹ Article 83-2 CPP : « *En cas de cosaisine, le juge d'instruction chargé de l'information coordonne le déroulement de celle-ci. Il a seul qualité pour saisir le juge des libertés et de la détention, pour ordonner une mise en liberté d'office et pour rendre l'avis de fin d'information prévu par l'article 175 et l'ordonnance de règlement. Toutefois, cet avis et cette ordonnance peuvent être cosignés par le ou les juges d'instruction cosaisis.* »

¹³²² Au contraire de la cosaisine, la collégialité systématisée permet « un système fonctionnant à la majorité et qui ne repose plus sur la suprématie mal définie d'un « juge chargé de l'information », in GUERY (C), *Instruction préparatoire*, Dalloz encyclopédie, Juin 2013, actualisation janvier 2016, §- 56.

pression intense découlant notamment des affaires graves et très graves ou complexes et très complexes. En outre, pour renforcer encore l'instruction à plusieurs, tous les actes autres que ceux visés à l'article 83-2 du CPP, peuvent être délégués par le juge chargé de l'information aux juges adjoints¹³²³.

678. Malgré les efforts du législateur pour améliorer la cosaisine. Les effets restent en deçà de ceux de la collégialité qui implique par exemple la prise de certaines décisions systématiquement à plusieurs, à la majorité¹³²⁴.

679. Enfin, l'imperfection de ce système est confirmée par son caractère initialement provisoire. Le législateur avait voulu faire de la cosaisine une phase transitoire permettant un glissement en douceur vers la collégialité¹³²⁵ ce qui semble être l'aveu du caractère insuffisant, imparfait de la cosaisine. Néanmoins, une amélioration de l'instruction à plusieurs pourrait être opérée par l'adjonction, aux côtés de la cosaisine, de la collégialité ponctuelle facultative telle qu'elle était conçue dans le projet de loi relatif à la collégialité de l'instruction déposé le 24 juillet 2013¹³²⁶. Cette collégialité ponctuelle¹³²⁷ interviendrait de plein droit à la demande des parties, du procureur ou à l'initiative du juge d'instruction initial et ce pour l'adoption des actes d'instruction les plus importants¹³²⁸. Donc, certaines instructions

¹³²³ L'ordonnance de mise en examen peut être rendue par le juge adjoint : Cass. crim., 19 août 2009, n° 09-83942, bull. crim. 2009, n° 144.

¹³²⁴ Loi 5 mars 2007, loi n° 2007-291, op. cit., Article 1^{er} : « Le premier alinéa de l'article 83 du code de procédure pénale est remplacé par deux alinéas ainsi rédigés :

« Le président du tribunal ou, en cas d'empêchement, le magistrat qui le remplace, désigne, pour chaque information, une formation collégiale de trois juges d'instruction, dont un magistrat du premier grade exerçant les fonctions de juge coordonnateur. Il peut établir, à cette fin, un tableau de roulement.

« Ce collège de l'instruction exerce les prérogatives confiées au juge d'instruction par le présent code. Les décisions de mise en examen, d'octroi du statut de témoin assisté à une personne mise en examen, de placement sous contrôle judiciaire, de saisine du juge des libertés et de la détention et de mise en liberté d'office, ainsi que les avis de fin d'information, les ordonnances de règlement et de non-lieu doivent être pris de manière collégiale. Les autres actes relevant de la compétence du juge d'instruction peuvent être délégués à l'un des juges d'instruction composant le collège. »

¹³²⁵ Projet de Loi relatif à la collégialité, étude d'impact, 22 juillet 2013, op. cit., p. 9 : « Les dispositions toujours en vigueur aujourd'hui sur les pôles et la co-saisine ne furent ainsi acceptées par le Parlement que comme un dispositif provisoire, une étape préalable à la collégialité de l'instruction. ».

¹³²⁶ Projet de loi relatif à la collégialité de l'instruction, n° 1323, déposé le 24 juillet 2013.

¹³²⁷ Ibid. p. 24 : « Cette option consiste, tout en maintenant la règle selon laquelle un seul juge d'instruction, juge directeur, effectue les actes de l'information, à prévoir que la collégialité interviendra en tant que de besoin comme une instance de délibération qui décide des orientations de la procédure ou qui valide de façon périodique les options prises ou à prendre. Cette solution permet de renforcer les garanties des droits de la défense, sans pour autant bouleverser de façon systématique la procédure. »

¹³²⁸ Projet de loi relatif à la collégialité de l'instruction, n° 1323, op. cit., article 2 : « Art. 52-4. – Lorsqu'il est saisi dans les conditions prévues à l'article 52-2, le collège de l'instruction est compétent pour prendre une des ordonnances suivantes :

« 1° Ordonnance statuant sur la demande d'une personne mise en examen tendant à devenir témoin assisté en application de l'article 80-1-1 ;

pourraient être faites en cosaisine, d'autres pourraient impliquer plus ou moins de collégialité ou enfin mêler cosaisine et collégialité. Dans une telle perspective, la phase d'instruction mêlerait réalisme, flexibilité, renforcement marqué de l'impartialité et confiance dans les magistrats du siège menant l'instruction.

« 2° Ordonnance statuant sur une demande d'acte déposée en application des articles 81, 82-1, 82-2 et 167 ;
« 3° Ordonnance statuant sur les demandes relatives au respect du calendrier prévisionnel de l'information, en application de l'article 175-1 ;
« 4° Ordonnance statuant sur les demandes des parties déposées après l'avis de fin d'information en application du quatrième alinéa de l'article 175 ;
« 5° Ordonnance procédant au règlement de l'information en application des articles 176 à 183 ; la demande tendant à la saisine du collège doit alors intervenir dans le délai mentionné au quatrième alinéa de l'article 175. »

Conclusion Chapitre 2

680. Compte tenu de l'appréciation conventionnelle décevante de l'impartialité dans l'instruction, il a fallu la dépasser pour analyser le renforcement national de cette exigence d'impartialité. Mais, pour ce faire, le droit conventionnel n'est pas resté étranger à notre démonstration.

681. Le droit national vient renforcer l'exigence conventionnelle d'impartialité de façon mesurée, lorsque les renforts sont également reconnus par la Cour EDH ou de façon marquée, lorsque le droit interne valorise des renforts qui ne sont pas imposés par le droit conventionnel. En ce sens, le renforcement national de l'exigence conventionnelle d'impartialité est mesuré lorsqu'il s'opère par la séparation des fonctions de poursuite et d'instruction et par les droits de la défense. Au contraire, il est marqué, malgré une pratique décevante, lorsque le droit interne exige une séparation des missions dans l'instruction ou encore lorsqu'il permet l'instruction par une pluralité du juge. Néanmoins, la collégialité pour le renforcement de l'impartialité reste un espoir déçu. À la suite de l'affaire d'Outreau, elle était conçue comme la solution salvatrice et nécessaire pour évincer le risque d'errements dans l'instruction et la solitude néfaste du juge d'instruction. Ainsi, le législateur l'adopta par la loi du 5 mars 2007¹³²⁹, mais son entrée en vigueur a toujours été repoussée et ce jusqu'à son abandon définitif, essentiellement pour des raisons budgétaires, par la loi du 18 novembre 2016¹³³⁰. Dès lors, actuellement seule la cosaisine, solution, *a minima*, pour le renforcement de l'impartialité par une instruction à plusieurs, permet de faire échec à la solitude néfaste du juge d'instruction. Cette cosaisine pourrait être conjuguée à la collégialité facultative et ponctuelle telle qu'elle avait été conçue dans le projet de loi déposé le 24 juillet 2013¹³³¹. La combinaison de ces deux mécanismes constituerait alors un compromis empreint de réalisme afin de favoriser la décision à plusieurs qui est vectrice d'impartialité dans l'instruction. Il reste donc à espérer une intervention du législateur en ce sens afin que les enseignements tirés de l'affaire dite d'Outreau ne restent pas lettre morte.

¹³²⁹ Loi 5 mars 2007, loi n° 2007-291, op. cit.

¹³³⁰ Loi 18 novembre 2016, loi n° 2016-1547, op. cit.

¹³³¹ Projet de loi relatif à la collégialité de l'instruction, n° 1323, op. cit.

Conclusion Titre 1

682. La Cour EDH fait preuve d'une attention continue à l'égard de l'impartialité. Dans son arrêt rendu le 6 janvier 2010 elle étend l'exigence d'impartialité prévue à l'article 6, §-1 au juge d'instruction car elle « *observe que le droit espagnol exige par ailleurs que le juge d'instruction, chargé d'instruire tant à charge qu'à décharge, réponde à des critères d'impartialité. Par son système de garantie collective des droits qu'elle consacre, la Convention vient renforcer, conformément au principe de subsidiarité, la protection qui en est offerte au niveau national (Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie, arrêt du 30 janvier 1998, § 28, Recueil 1998-I), conformément à son article 53* »¹³³². Ainsi, la Cour EDH dépasse la lettre du texte grâce à une interprétation téléologique afin d'étendre l'application du principe d'impartialité au juge d'instruction. Néanmoins, cette extension trouve sa cause dans la teneur du droit de l'État espagnol, État contre lequel le recours était formé. Cette situation dans laquelle le droit national commande l'interprétation extensive de la Cour EDH est assez atypique pour être soulevée. Donc ladite extension est conditionnée par la reconnaissance en droit interne de l'impartialité des juges dans l'instruction¹³³³. Dès lors, au regard du modèle français de l'instruction et de l'exigence d'impartialité nationale des juges dans l'instruction, l'impartialité conventionnelle en matière d'instruction devrait, le cas échéant, s'appliquer à l'instruction française.

683. Cependant, cette extension conventionnelle fait l'objet d'une application décevante. En ce sens, dans son arrêt Vera Fernandez-Huidobro¹³³⁴ la Cour EDH admet que l'intervention d'un second juge d'instruction impartial pour poursuivre l'instruction faite par un premier juge partial a pu redresser le vice de partialité. Ceci est en contradiction avec sa jurisprudence relative à la voie d'appel qu'elle considère inopérante pour redresser le vice de caractère organique, telle la partialité ou la dépendance, présent en première instance. L'extension de l'article 6, §-1 a donc des effets limités ce qui peut s'analyser comme une forme de résistance de la Cour EDH lorsqu'elle n'a pas d'autres alternatives que d'étendre, du fait de la teneur du

¹³³² CEDH, VERA FERNANDEZ-HUIDOBRO c. Espagne, op. cit., §-112.

¹³³³ « Compte tenu des spécificités du droit espagnol à cet égard et, notamment, quant à l'exigence de l'impartialité du juge d'instruction, la Cour conclut que l'article 6 § 1 trouve à s'appliquer à la procédure d'instruction menée en l'espèce par le juge central d'instruction no 5 près l'Audiencia nacional », *ibid.*, §-114.

¹³³⁴ CEDH, VERA FERNANDEZ-HUIDOBRO c. Espagne, op. cit.

droit interne de l'État mis en cause, une exigence conventionnelle. Il faut donc s'en remettre au renforcement national de l'exigence conventionnelle de l'impartialité dans l'instruction.

684. Le renforcement national de l'exigence conventionnelle de l'impartialité dans l'instruction est qualifié de mesuré lorsque les principes qui favorisent l'impartialité sont également reconnus par le droit de la Convention EDH. Aussi ce ne sont pas les principes qui renforcent de façon mesurée l'impartialité mais le droit national qui renforce lesdits principes de manière mesurée car ils sont également reconnus par la Cour strasbourgeoise. Tel est le cas du renforcement de l'impartialité par la séparation des fonctions de poursuite et d'instruction et du renforcement par les droits de la défense.

685. Au contraire le renforcement national de l'exigence conventionnelle de l'impartialité dans l'instruction sera marqué lorsque le droit national dépasse les exigences conventionnelles. Tel est le cas lorsqu'il s'opère par la séparation des missions dans l'instruction ou par la pluralité de juges dans l'instruction avec l'espoir réaliste qui réside aujourd'hui dans la cosaisine qui pourrait demain se conjuguer avec la collégialité ponctuelle facultative.

686. Désormais, il convient d'envisager l'impartialité du parquet par l'analyse de la difficile extension de l'exigence conventionnelle d'impartialité.

Titre 2 : l'impartialité du parquet, l'extension difficile de l'exigence conventionnelle d'impartialité

687. La question relative à « l'impartialité » des magistrats du parquet a été abordée par la Cour EDH d'une part, sous l'angle de l'article 6, §-1, d'autre part, à l'aune l'article 5, §-3. Donc l'exigence conventionnelle d'impartialité dont il est question n'est pas seulement celle visée à l'article 6, §-1 mais également celle issue de l'article 5, §-3 qui est relatif au droit à liberté.

688. L'extension de l'impartialité conventionnelle aux magistrats intervenants avant le jugement concerne les juges dans l'instruction et les magistrats du parquet. D'ailleurs, ces derniers interviennent quantitativement plus fréquemment que les juges d'instruction¹³³⁵ pour diriger l'enquête qui se déroule en amont du jugement et pour donner une réponse pénale. Aussi convient-il de déterminer les raisons pour lesquelles l'extension de l'exigence conventionnelle d'impartialité aux magistrats du parquet français paraît difficile voire impossible. Pour ce faire, il convient tout d'abord de déterminer et d'explicitier les critères retenus par la Cour EDH pour constater l'absence d'impartialité conventionnelle des magistrats du parquet (Chapitre 1) pour ensuite, dépasser cette appréciation conventionnelle et s'attacher à celle opposée du droit interne qui réside dans l'affirmation de l'impartialité des magistrats du parquet (Chapitre 2).

689. A priori, il semble qu'il y ait une opposition flagrante entre ces deux conceptions de l'impartialité des magistrats du parquet mais est-ce réellement le cas ? Il conviendra de le déterminer dans les développements suivants.

¹³³⁵ L'instruction concerne très peu de dossier. À titre d'exemple en 2010, sur 639 317 affaires poursuivies, 19 640 ont été transmises au juge d'instruction. *In*, annuaire statistique de la justice, Edition 2011-2012, p. 109, disponible en ligne : http://www.justice.gouv.fr/art_pix/stat_annuaire_2011-2012.pdf.

Chapitre 1 : L'absence d'impartialité conventionnelle pour les magistrats du parquet

690. La Cour EDH a connu de la question de l'impartialité et de l'indépendance du parquet lorsqu'elle fait application de l'article 6, §-1 et de l'article 5, §-3 qui disposent que « *toute personne arrêtée ou détenue, dans les conditions prévues au paragraphe 1.c) du présent article, doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires et a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable, ou libérée pendant la procédure. [...]* ». Ce dernier a donc un champ d'application limité au domaine de la liberté.

691. L'impartialité conventionnelle est majoritairement appréhendée par la Cour EDH sous l'angle de l'article 6, §-1 qui prévoit le droit à « *un tribunal indépendant et impartial* ». L'analyse relative à l'impartialité des juridictions d'instruction a permis de mettre en exergue l'extension de la notion de tribunal indépendant et impartial par la Cour EDH à des organes qui ne sont pas des tribunaux, c'est-à-dire qui ne tranchent pas du bien-fondé d'une accusation en matière pénale, à savoir aux juridictions d'instruction¹³³⁶. La Cour EDH ne se désintéresse donc pas, lorsqu'elle fait application de l'article 6, §-1, des phases qui se déroulent en amont du jugement. De ce fait, il est permis de s'interroger sur l'application de la qualité de tribunal indépendant et impartial aux magistrats du parquet. En d'autres termes, est-il possible d'étendre l'article 6, §-1 aux magistrats du parquet ? Le doute est très vite levé, la Cour EDH a affirmé à l'unanimité que l'appellation de tribunal, au sens de l'article 6, §-1, n'est pas applicable aux magistrats du parquet notamment car ils ne sont pas indépendants de l'exécutif¹³³⁷, condition indispensable à l'impartialité¹³³⁸. En ce sens, il convient de rappeler

¹³³⁶ *Supra* : Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

¹³³⁷ CEDH, VASILESCU c. Roumanie, 22 mai 1998, requête n° 23053/95, §-40 et 41 :

« 40. La Cour note que le ministère public, qui, par l'effet de la loi n° 92 du 4 août 1992, a remplacé l'ancienne procuratura, est constitué de magistrats qui exercent tous leurs fonctions sous l'autorité du procureur général. Le ministre de la Justice exerce son contrôle sur tous les membres du ministère public, y compris le procureur général.

Même lorsqu'il exerce, comme en l'espèce, une attribution de nature contentieuse, un procureur de département agit en qualité de magistrat du ministère public, subordonné d'abord au procureur général, puis au ministre de la Justice.

41. La Cour rappelle que seul mérite l'appellation de « tribunal » au sens de l'article 6 § 1 un organe jouissant de la plénitude de juridiction et répondant à une série d'exigences telles que l'indépendance à l'égard de l'exécutif comme des parties en cause (voir, parmi d'autres, l'arrêt Beaumartin c. France du 24 novembre 1994, série A n° 296-B, p. 63, § 38). Tel n'est pas le cas du procureur du département d'Argeş ni du procureur général. Il y a donc eu méconnaissance de l'article 6 § 1. »

les contours du critère de l'indépendance du tribunal qui a été précisé par la Cour EDH. Statutairement l'indépendance¹³³⁹ s'apprécie au regard du mode de désignation, de la durée du mandat, de l'inamovibilité¹³⁴⁰ et des apparences¹³⁴¹. D'ailleurs, pour la Cour EDH le seul fait que l'exécutif désigne un magistrat ou un membre du tribunal (au sens conventionnel) n'est pas en soi constitutif d'un manque d'indépendance¹³⁴² à moins par exemple qu'elle se double de l'amovibilité¹³⁴³ ou de la possibilité de leur donner des instructions ce qui est le cas des magistrats du parquet. Dès lors, la dépendance statutaire actuelle des magistrats du parquet français empêche de leur appliquer l'exigence d'impartialité visée à l'article 6, §-1. Donc l'extension de l'article 6, §-1 aux magistrats du parquet est impossible.

692.Néanmoins, la Cour EDH s'est également prononcée sur l'indépendance et l'impartialité¹³⁴⁴ (ou plutôt sur l'absence d'indépendance et sur la partialité) des magistrats du parquet lorsqu'elle fait application de l'article 5, §-3 de la Convention EDH, plus précisément lorsqu'elle donne son interprétation de la notion de « *magistrat habilité par la loi*

¹³³⁸ *Supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1.

¹³³⁹ SUDRE (F), op. cit., p. 435, §-265 : « *L'indépendance statutaire est la garantie de l'indépendance fonctionnelle du juge* ».

¹³⁴⁰ CEDH, CAMPBELL ET FELL c. Royaume-Uni, 28 juin 1984, requête n° 7819/77. Sur la notion d'indépendance dans la jurisprudence de la Cour EDH voir notamment, SUDRE (F), *Droit européen et international des droits de l'homme*, Classiques, Puf, 10^{ème} éd., 2011, p.435, §-265 ; SUDRE (F), MARGUENAUD (J-P), ANDRIANTSIMBAZOVINA (J), GOUTTENOIRE (A), LEVINET (M), GONZALEZ (G), *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Thémis droit, PUF, 7^{ème} éd., 2015, p. 363 ; RENUCCI (J-F), *Droit européen des droits de l'homme, droits et libertés fondamentaux garantis par la CEDH*, Manuel, LGDJ, 6^{ème} éd., 2015, p. 409, §-390 ; SUDRE (F), *ibid.*

¹³⁴¹ CEDH, FINDLAY c. Royaume-Uni, 25 février 1997, §-73 : « *La Cour rappelle que, pour établir si un tribunal peut passer pour "indépendant", il faut prendre en compte, notamment, le mode de désignation et la durée du mandat de ses membres, l'existence d'une protection contre les pressions extérieures et le point de savoir s'il y a ou non apparence d'indépendance (arrêt Bryan c. Royaume-Uni du 22 novembre 1995, série A no 335-A, p. 15, par. 37).* ». En ce sens voir également CEDH, BRYAN c. Royaume-Uni, 22 novembre 1995, requête n° 19178/94, §-37 et 38 ;

¹³⁴² CEDH, Campbell et FELL c. Royaume-Uni, op. cit., §-79 : « *Les membres de ceux-ci sont nommés par le ministre de l'Intérieur, responsable en personne de l'administration des prisons d'Angleterre et du pays de Galles (paragraphe 26 et 32 ci-dessus).*

Aux yeux de la Cour, il n'en résulte pas qu'ils dépendent de l'exécutif: à ce compte, il faudrait en dire autant des juges désignés par décision ou sur l'avis d'un ministre doté de compétence en matière d'administration des juridictions. »

¹³⁴³ *Ibid.*, §-80 : « *D'une manière générale, on doit assurément considérer l'inamovibilité des juges en cours de mandat comme un corollaire de leur indépendance et, partant, comme l'une des exigences de l'article 6 par. 1 (art. 6-1). Toutefois, l'absence de consécration expresse en droit n'implique pas en soi un défaut d'indépendance du moment qu'il y a reconnaissance de fait et que les autres conditions nécessaires se trouvent réunies.* » ; CEDH, SMAREK c. Autriche, 22 octobre 1984, requête n° 8790/79, §-38 : « *Si la nomination des membres - sauf le magistrat - incombe au gouvernement du Land, cela ne suffit pas non plus pour jeter un doute sur leur indépendance et leur impartialité: ils sont désignés pour siéger à titre individuel et la loi interdit aux pouvoirs publics de leur donner des instructions (paragraphe 26 ci-dessus).* ».

¹³⁴⁴ Voir notamment TULKENS (F), L'apport de la Convention européenne des droits de l'Homme, in *Quel avenir pour le ministère public*, op. cit., p. 96.

à exercer des fonctions judiciaires»¹³⁴⁵ qui est seul compétent, au-delà d'un certain délai, pour prendre des décisions relatives à la liberté.

693. En effet, c'est à l'occasion de l'appréciation de la notion de « magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires » que la Cour EDH a rendu les arrêts les plus marquants à l'encontre du ministère public français¹³⁴⁶ qui ont permis une réelle prise de conscience de la teneur de la jurisprudence stable et prévisible de la Cour EDH relative à l'interprétation de l'article 5, §-3.

694. Donc au-delà de l'extension impossible de l'article 6, §-1, la question de l'impartialité des magistrats du parquet a été examinée par la Cour EDH lorsqu'elle applique l'article 5, §-3, relatif au droit à la liberté. Elle constatera alors une absence d'impartialité conventionnelle des magistrats du parquet.

695. La jurisprudence de la Cour EDH relative à l'absence d'impartialité des magistrats du parquet français au sens de l'article 5, §-3 est fondée d'une part sur sa dépendance à l'égard de l'exécutif (Section 1) et d'autre part sur sa dépendance à l'égard des parties (section 2). Cette dernière est une notion dégagée par la Cour EDH pour signifier que le magistrat du parquet qui agit comme partie poursuivante ne peut plus être considéré comme indépendant des parties¹³⁴⁷ puisqu'il est l'une d'elles. En conséquence, c'est dans cette acception conventionnelle qu'il faut comprendre la dépendance du parquet à l'égard des parties.

¹³⁴⁵ Il est important de relever que cet article est cantonné à la qualité d'autorité judiciaire dans le cadre restreint mais capitale de la liberté.

CEDH, SCHIESSER c. Suisse, 4 décembre 1979, requête n° 7710/76, §-31 ;

¹³⁴⁶ *Infra* : ce chapitre, section 1 et 2, sur l'analyse des arrêts de la Cour EDH rendus à l'encontre du parquet français.

¹³⁴⁷ Sur la jurisprudence relative à l'indépendance à l'égard des parties voir *infra*, ce chapitre, section 2. La Cour EDH a par exemple décidé que : « le magistrat doit présenter les garanties requises d'indépendance à l'égard de l'exécutif et des parties, ce qui exclut notamment qu'il puisse agir par la suite contre le requérant dans la procédure pénale, à l'instar du ministère public », in CEDH, Grande Chambre, Medvedyev et autres c. France, 29 mars 2010, requête n° 3394/03, §-124.

Section 1 : L'absence d'impartialité fondée sur la dépendance du ministère public à l'égard de l'exécutif

697. La critique la plus souvent émise à l'encontre du ministère public est son manque d'indépendance à l'égard de l'exécutif. La situation du parquet français vis-à-vis de l'exécutif jette le doute, quel est ce magistrat qui est sous la coupe du ministre de la justice ?

698. En effet, le critère de l'indépendance est central dans le droit conventionnel notamment pour attribuer ou dénier la qualité de tribunal¹³⁴⁸ ou d'autorité judiciaire à un organe intervenant dans la procédure pénale.

699. Pour avoir la qualité d'autorité judiciaire au sens de l'article 5, §-3, il faut que l'impartialité soit présente ce qui induit le préalable nécessaire à savoir l'indépendance et si tel n'est pas le cas il y aura négation de l'impartialité.

700. Le défaut d'indépendance à l'égard de l'exécutif du parquet français est retenu par la Cour EDH pour lui dénier la qualité d'autorité judiciaire¹³⁴⁹ (au sens de l'article 5, §-3). En effet, selon la Cour EDH ce critère de l'indépendance « *compte au même titre que l'impartialité* »¹³⁵⁰. Il convient donc de déterminer la teneur de la dépendance du parquet à l'égard de l'exécutif (§-1) pour ensuite analyser l'évolution souhaitable du statut du parquet vers l'indépendance à l'égard de l'exécutif (§-2).

§-1 : La teneur de la dépendance du parquet à l'égard de l'exécutif

701. L'indépendance est un préalable indispensable pour espérer satisfaire l'impartialité. D'ailleurs, pour rappel la rédaction de l'article 6, §-1 en est révélatrice puisqu'elle place l'indépendance avant l'impartialité ce qui est significatif de la nécessité de la première pour espérer atteindre l'impartialité¹³⁵¹.

¹³⁴⁸ L'extension de l'article 6, §-1 aux juridictions d'instruction (qui ne sont donc pas des tribunaux) est permis car elles sont indépendantes. *Supra* : Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

¹³⁴⁹ Il n'est pas le seul critère à être retenu par la Cour EDH pour refuser au parquet la qualité d'autorité judiciaire, elle se fonde sur un second critère qui est la dépendance à l'égard des parties : *infra*, ce chapitre, Section 2.

¹³⁵⁰ CEDH, MOULIN c. France, 23 novembre 2010, requête n° 37104/06, §-57.

¹³⁵¹ *Supra* : Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

702. Dès lors, dans quelle mesure les magistrats du parquet demeurent-ils dépendants de l'exécutif ? Il existe une dépendance forte du parquet français à l'égard de l'exécutif (A) qui est incompatible avec la qualité conventionnelle de magistrat impartial (B).

703. Avant d'analyser l'ampleur de la dépendance statutaire, il convient, pour éviter toute confusion, de la distinguer de la subordination hiérarchique du ministère public¹³⁵². En effet, « 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. À l'audience, leur parole est libre. »¹³⁵³. La liberté de parole¹³⁵⁴ permet une certaine « désobéissance » et implique de pouvoir de garder le silence, c'est-à-dire de s'abstenir volontairement de défendre les réquisitions écrites, prises par exemple en exécution d'un ordre du chef hiérarchique¹³⁵⁵.

704. Le parquet est organisé conformément au principe de la subordination hiérarchique¹³⁵⁶ dont le but est l'application d'une politique pénale¹³⁵⁷ harmonisée sur l'ensemble du

¹³⁵² *Infra*, §-2 de cette section.

¹³⁵³ Article 5 de l'ordonnance n° 58-1270, op. cit. De plus, d'après l'article 43 de cette ordonnance, la faute disciplinaire s'apprécie en outre compte tenu des obligations attachées à cette subordination : « Tout manquement par un magistrat aux devoirs de son état, à l'honneur, à la délicatesse ou à la dignité, constitue une faute disciplinaire. »

Constitue un des manquements aux devoirs de son état la violation grave et délibérée par un magistrat d'une règle de procédure constituant une garantie essentielle des droits des parties, constatée par une décision de justice devenue définitive.

La faute s'apprécie pour un membre du parquet ou un magistrat du cadre de l'administration centrale du ministère de la justice compte tenu des obligations qui découlent de sa subordination hiérarchique. »

¹³⁵⁴ Article 33 CPP : « Il est tenu de prendre des réquisitions conformes aux instructions qui lui sont données dans les conditions prévues aux articles 36, 37 et 44. Il développe librement les observations orales qu'il croit convenables au bien de la justice » ; DESPORTES (F) et LAZERGES-COUSQUER (L), op. cit., p. 598, §-846 ; PRADEL (J), op. cit. p. 133, §-161 ; RASSAT (M-L), *Le ministère public entre son passé et son avenir*, Thèse, LGDJ, 1967, p.119 à 135.

¹³⁵⁵ Les pouvoirs propres des procureurs leur permettent de ne pas exécuter les dits ordres mais ils encourent alors des poursuites disciplinaires. Sur les pouvoirs propres du procureur de la République au sein de son parquet voir notamment : DESPORTES (F) et LAZERGES-COUSQUER (L), op. cit. , p. 598, §-845.

Entretien avec Monsieur Eric Camous, Procureur de la République de Montluçon, le 8 septembre 2016. Monsieur le Procureur explique que le risque de poursuite disciplinaire en cas de désobéissance aux ordres du supérieur implique de poursuivre lorsque cela est demandé mais à l'audience il sera alors fait usage de la liberté de parole.

¹³⁵⁶ GUINCHARD (S) et BUISSON (J), op. cit., p. 482-483 ; GUINCHARD (S), MONTAGNIER (G), VARINARD (A), DEBARD (T), op. cit. , p. 890 et s., §-826 et s. : « Dans les faits, cette indépendance est largement tempérée par la principe hiérarchique » ; DESPORTES (F) et LAZERGES-COUSQUER (L), op. cit. , p. 593, §-834 et s.

¹³⁵⁷ Article 30 du CPP : « Le ministre de la justice conduit la politique pénale déterminée par le Gouvernement. Il veille à la cohérence de son application sur le territoire de la République. » . Loi du 25 juillet 2013, loi n° 2013-669, loi relative aux attributions du garde des Sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et de mise en œuvre de l'action publique a modifié cet article, elle a remplacé la notion de politique d'action publique par celle de politique pénale.

La « nouvelle rédaction de l'article 30 du Code de procédure pénale entend ainsi définir une nouvelle architecture des relations entre le garde des Sceaux et les magistrats du ministère public, en restituant au premier la responsabilité d'animer la politique pénale, conformément à l'article 20 de la Constitution, et en

territoire¹³⁵⁸ ce qui contribue au respect de l'égalité entre les citoyens. L'exécutif détermine la politique pénale car elle fait partie de ses prérogatives constitutionnelles, l'article 20 de la Constitution prévoit que « *le gouvernement détermine et conduit la politique de la nation* », à ce titre il est responsable de sa bonne application. Cette subordination hiérarchique est donc nécessaire pour appliquer une politique pénale homogène, cohérente et égalitaire¹³⁵⁹. Néanmoins, en aucun cas elle n'impose la dépendance statutaire des magistrats du parquet à l'égard de l'exécutif. En effet, la subordination hiérarchique n'implique pas que ce soit le pouvoir exécutif qui ait compétence en matière de nomination et de discipline à l'égard des magistrats du parquet, celle-ci pourrait être dévolue au CSM et ce tout en conservant une organisation hiérarchisée. Il est tout à fait envisageable de voir la subordination hiérarchique coexister aux côtés de l'indépendance statutaire¹³⁶⁰. Mais actuellement les magistrats du parquet demeurent statutairement dépendants de l'exécutif.

A- La dépendance forte du parquet français à l'égard de l'exécutif

705. Les magistrats du parquet font constitutionnellement partie de l'autorité judiciaire¹³⁶¹ et devraient donc en théorie bénéficier d'une indépendance statutaire¹³⁶² au même titre que les magistrats du siège¹³⁶³.

confiant au second le plein exercice de l'action publique. », in Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, rapport sur le projet de loi relatif aux attributions du garde des Sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et d'action publique, Rapport n° 1047, LE BOUILLONNEC (J-Y), 21 mai 2013, p. 49, disponible en ligne : <http://www.assemblee-nationale.fr/14/rapports/r1047.asp>.

¹³⁵⁸ À ce titre cette subordination hiérarchique qui permet l'application d'une politique pénale homogène sur l'ensemble du territoire n'est pas une embûche à l'indépendance du parquet. En effet, sur ce point nous rejoignons le Professeur ROUSSEAU qui défend l'idée d'un « *découplage entre carrière et responsabilité d'un côté en hiérarchie de l'autre* », in *Le statut constitutionnel du parquet*, sous la direction de MATHIEU (B), et VERPEAUX (M), Thèmes et commentaires, Dalloz, 2012, p. 153.

¹³⁵⁹ NALLET (H), Quel ministère public dans la République ? Réflexion sur les rapports entre le parquet et le pouvoir politique, in *Quel avenir pour le ministère public ?*, Sous l'égide de la Cour de cassation, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2008, p. 71 ; RENOUX (T, S), L'apport constitutionnel à la réflexion sur l'évolution du ministère public, in *Quel avenir pour le ministère public ?*, op. cit., p. 38 ; PRADEL (J), op. cit., p. 128 : « *Car les nécessités pratiques et l'égalité entre les citoyens imposent une unité à la politique menée par les parquets* » ; GUINCHARD (S), MONTAGNIER (G), VARINARD (A), DEBARD (T), op. cit., p. 892, §-829 ; ROUSSEL (G), *Suspicion et procédure pénale équitable*, Bibliothèques de droit, l'Harmattan, 2010, p. 214.

¹³⁶⁰ *Infra* : §-2, B- de cette section.

¹³⁶¹ Article 64 de la Constitution française : « *Le président de la République est garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire* ». Article 66 de la Constitution française : « *Nul ne peut être arbitrairement retenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi* ». Il s'agit du principe de l'unité du corps judiciaire. Le Conseil

706. Cependant, il est permis d'émettre des doutes sur la teneur de cette indépendance précisément parce que les magistrats du parquet sont statutairement dépendants du pouvoir exécutif¹³⁶⁴ tant en matière de nomination, d'avancement que de discipline. Leur statut est fait de tels particularismes¹³⁶⁵ qu'il paraît *a priori* peu protecteur¹³⁶⁶ de leur indépendance, préalable indispensable à leur impartialité¹³⁶⁷. Quelle est l'ampleur de cette dépendance à l'égard de l'exécutif ?

707. Tout d'abord, l'inamovibilité, condition de l'effectivité de l'indépendance¹³⁶⁸, prévue à l'article 64 de la Constitution¹³⁶⁹ ne s'applique pas aux magistrats du parquet qui sont amovibles. En conséquence, ils peuvent être mutés d'office sans leur consentement et en

constitutionnel l'a affirmé à plusieurs reprises dans sa jurisprudence, voir notamment : DC, 11 août 1993, n° 93-326, considérant n° 5 ; DC, 22 avril 1997, DC n° 97-389, considérant n° 61 ; DC, 29 août 2002, n° 2002-461, considérant n° 74 ; DC, 2 mars 2004, n° 2004-492, considérant n° 98 ; QPC, 30 juillet 2010, n° 2010-14/22, Considérant n° 26 ; QPC, 17 décembre 2010, n° 2010-80, considérant n° 11.

¹³⁶² En effet, l'article 64 de la Constitution dispose qu'une loi organique porte statut des magistrats sans distinguer entre ceux du siège et du parquet, sur ce point, voir notamment, HOURQUEBIE (F), *L'institution du parquet au sein du pouvoir judiciaire*, p. 18-19, in *Le statut constitutionnel du parquet*, op. cit.

¹³⁶³ HOURQUEBIE (F), *L'institution du parquet au sein du pouvoir judiciaire*, op. cit., p. 21 : « Ainsi, les garanties d'indépendance dont bénéficient les magistrats du parquet tiennent nécessairement compte de la situation spécifique dans laquelle ils se trouvent (notamment lien hiérarchique). Le constituant et le Conseil constitutionnel ont certes définie les garanties s'appliquant à l'ensemble du corps judiciaire ; mais ils se sont attachés, au regard du principe d'indépendance de l'autorité judiciaire dans son ensemble, à différencier celles qui relèvent du statut même des magistrats, de celles, renforcées, applicables aux fonctions de jugement, et de celles, atténuées, applicables au ministère public. »

¹³⁶⁴ ROUSSEL (G), op. cit., p. 211 ; Rapport « refonder le ministère public », fait par la Commission de modernisation de l'action publique, sous la présidence de Monsieur NADAL, Novembre 2013, disponible en ligne : http://www.justice.gouv.fr/publication/rapport_JLNadal_refonder_ministere_public.pdf

La première proposition émise dans ledit rapport est intitulée « Garantir l'indépendance statutaire du ministère public », p. 7 et s., ce qui ne laisse aucun doute quant à la non-indépendance actuelle des magistrats du parquet, cette proposition est d'ailleurs qualifiée d'impérieuse.

¹³⁶⁵ GUINCHARD (S), MONTAGNIER (G), VARINARD (A), DEBARD (T), op. cit., p. 895, §-833.

¹³⁶⁶ GUINCHARD (S) et BUISSON (J), op. cit., p. 379, §-427 ; ROUSSEAU (D), in *Le statut constitutionnel du parquet*, op. cit., p. 151-153 ; JEAN (J-P), *Le ministère public entre modèle jacobin et modèle européen*, RSC, 2005, n° 3, p. 670 et s. ; MASTRO (W), *Cycle de justice pénale, L'indépendance de l'autorité des poursuites en France et aux États-Unis*, JCPG, n°19-20, 11 Mai 2005, p. 570 : « En France, nous sommes dans un entre-deux que toutes les réformes successives n'ont jamais réussi à régler. Nous sommes partagés entre la volonté d'affirmer l'indépendance de la justice, donc de toute la justice, y compris celle du parquet, et celle de maintenir un lien entre ledit parquet et le ministre de la justice. »

¹³⁶⁷ ROETS (D), op. cit., p. 313, §-534 : « La question de l'impartialité doit en l'occurrence être envisagée dans les mêmes termes que pour les juridictions de jugement : « il ne s'agit pas de rechercher, si, en fait, il y a eu un manque d'impartialité, mais si le système autorise la suspicion ». Or précisément, « le lien institutionnel entre le garde des Sceaux et les membres du parquet, quelle que soit dans la pratique leur indépendance, fait peser sur eux une présomption de mainmise du pouvoir politique sur l'exercice de l'action publique dont il est quasiment impossible de se dégager ». D'où le défaut subséquent d'impartialité objective du procureur de la République classant une affaire politiquement « sensible ».

¹³⁶⁸ Sur l'inamovibilité : *Supra* : Partie 2, Titre 1, chapitre 1, Section 1, §-1. Cette garantie a été largement étudiée lors de l'analyse de l'indépendance des juges dans l'instruction.

¹³⁶⁹ Article 64 de la Constitution de la Vème République : « les magistrats du sièges sont inamovibles », Article 4 de l'ordonnance portant loi organique relative au statut de la magistrature, Loi n° 58-1270, du 22 décembre 1958, article 4 : « Les magistrats du siège sont inamovibles. En conséquence, le magistrat du siège ne peut recevoir, sans son consentement, une affectation nouvelle, même en avancement. »

dehors de toute procédure disciplinaire mais s'il y a excès de pouvoir, l'annulation de la décision individuelle portant nomination peut être demandée en formant un recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'État¹³⁷⁰. Cette amovibilité des magistrats du parquet est le premier reflet d'une dépendance forte des magistrats du parquet¹³⁷¹ d'autant que les mutations d'office, conséquences de l'amovibilité, ne sont pas des hypothèses d'école. La mutation, par un décret du 23 juin 2009, du procureur Général de la Cour d'appel de Riom¹³⁷² de l'époque avait résonné comme une mutation non-justifiée. En effet, elle consistait à le muter au parquet général de la Cour de cassation alors en surnombre¹³⁷³ ce qui rendait la cause de la mutation, à savoir l'intérêt du service de la justice, fort douteuse. Le Conseil d'État retiendra l'excès de pouvoir pour annuler¹³⁷⁴ le décret portant nomination du magistrat car la ministre de la Justice avait proposé au président de la République la nomination du magistrat au parquet général de la Cour de cassation alors que le CSM n'avait pas été consulté pour donner son avis simple¹³⁷⁵.

708. Ce type de mutation, conséquence de la dépendance statutaire¹³⁷⁶ des magistrats du parquet, en dehors de toute démonstration d'une faute disciplinaire, a de quoi susciter des

¹³⁷⁰ La mutation de Marc Robert aux fonctions d'avocat général près la Cour de cassation peut constituer un exemple de la place imminente de l'exécutif. Tout d'abord, le projet de mutation n'avait pas été soumis à l'avis du CSM. Ensuite, la mutation dans l'intérêt du service public était discutable puisqu'il s'agissait de muter le Procureur Général au parquet général de la Cour de cassation alors en surnombre.

Marc Robert précise par ailleurs qu'il s'était prononcé contre la suppression du juge d'instruction et contre la suppression du tribunal de Moulins (Allier).

Le procureur général de Riom dénonce sa mutation « arbitraire », *Le monde*, 8 juillet 2009, disponible en ligne :

http://www.lemonde.fr/societe/article/2009/07/07/le-procureur-general-de-riom-denonce-sa-mutation-arbitraire_1216067_3224.html

¹³⁷¹ « *Quant aux mutations, la protection inexistante* » : GUINCHARD (S) et BUISSON (J), op. cit., p. 383, §-427.

¹³⁷² Malgré un premier avis défavorable du CSM du 5 mai 2009 à l'égard du projet de nomination, la ministre de la justice de l'époque avait décidé de soumettre une seconde fois le dit projet. Cependant, la ministre de la justice de l'époque avait alors supprimé de l'ordre du jour l'examen du projet de nomination (car à l'époque, c'est-à-dire avant la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008, mise en œuvre par la loi organique du 22 juillet 2010, le ministre pouvait suppléer le Président de la République et ainsi siéger comme Président du CSM, sur ce point, *supra* : Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, section 1, §-1). Est-ce la démonstration d'un acharnement à l'égard de ce magistrat du parquet pour ainsi passer outre les dispositions de la loi organique ? Il est permis d'en douter...

¹³⁷³ « *Le procureur général de Riom dénonce sa mutation arbitraire* », *Le monde*, 8 juillet 2009, p. 12, op. cit.

¹³⁷⁴ CE, Section du contentieux, 30 décembre 2010, n° 329513.

¹³⁷⁵ Les règles constitutionnelles et organiques *a minima* qui s'appliquent aux magistrats du parquet n'avaient pas été respectées. En effet, la question de la mutation du Procureur général près la Cour d'appel de Riom au parquet général de la Cour de Cassation avait été supprimée de l'ordre du jour de la séance du CSM du 4 juin 2009. Le CSM n'avait donc pas pu émettre son avis simple sur cette mutation.

¹³⁷⁶ GUINCHARD (S), MONTAGNIER (G), VARINARD (A), DEBARD (T), op.cit., p. 895, §-835 : « *La caractéristique essentielle du statut des magistrats du parquet est que, contrairement aux magistrats du siège, ils ne sont pas inamovibles.* »

inquiétudes car elle peut constituer un instrument idéal pour assoir la sujétion des magistrats du parquet ou pour déguiser une sanction en mutation. Cet élément suffirait donc à lui seul pour démontrer l'absence d'indépendance actuelle des magistrats du parquet à l'égard de l'exécutif pourtant indispensable pour satisfaire l'exigence d'impartialité conventionnelle¹³⁷⁷. Malheureusement l'amovibilité n'est pas le seul facteur de dépendance du parquet.

709. Ensuite, la procédure disciplinaire applicable aux parquetiers lorsqu'ils ont commis une faute disciplinaire n'est pas non plus garante de l'indépendance à l'égard de l'exécutif. La faute disciplinaire est définie comme « *tout manquement par un magistrat aux devoirs de son état, à l'honneur, à la délicatesse ou à la dignité [...]. Constitue un des manquements aux devoirs de son état la violation grave et délibérée par un magistrat d'une règle de procédure constituant une garantie essentielle des droits des parties, constatée par une décision de justice devenue définitive. La faute s'apprécie pour un membre du parquet [...] compte tenu des obligations qui découlent de sa subordination hiérarchique* »¹³⁷⁸.

710. À la différence de celle applicable aux magistrats du siège¹³⁷⁹ la procédure disciplinaire applicable aux parquetiers implique seulement l'avis simple de la formation du CSM compétente à l'égard des magistrats du parquet. Le garde des Sceaux avant de sanctionner un membre du parquet doit donc obligatoirement¹³⁸⁰ recueillir l'avis non-contrainant du CSM sur l'existence de la faute et la sanction éventuelle. Si l'avis simple du CSM¹³⁸¹ peut rétablir une certaine confiance des justiciables dans leur justice et dans l'organe de poursuite¹³⁸², en aucun cas cette procédure disciplinaire ne permet l'indépendance des parquetiers. En effet, bien que la composition de la formation CSM compétente en matière disciplinaire soit satisfaisante¹³⁸³, la procédure disciplinaire qui s'exerce à l'encontre des parquetiers n'est pas une procédure juridictionnelle et reste donc dénuée des effets

¹³⁷⁷ MATHIEU (B), Tiers impartial, l'engagement politique est-il compatible avec la fonction de magistrat ?, *JCPG*, n° 39, 21 septembre 2015, p. 1005 et s. : « *l'indépendance n'est en réalité que l'une des conditions de l'impartialité et cette impartialité légitime l'existence d'un pouvoir judiciaire.* »

¹³⁷⁸ Article 43, ordonnance 58-1270.

¹³⁷⁹ *Supra* : Partie 2, Titre 1, chapitre 1, section 1, §-1, C- L'indépendance indispensable à l'impartialité en matière disciplinaire.

¹³⁸⁰ Article 59 de l'ordonnance n° 58-1270, op. cit., « *Aucune sanction contre un magistrat du parquet ne peut être prononcée sans l'avis de la formation compétente du Conseil supérieur de la magistrature.* »

¹³⁸¹ Dont la composition paritaire est salvatrice : Article 65 de la Constitution française, les magistrats sont à parité avec les non-magistrats et le ministre de la justice ne peut pas siéger.

Sur les bienfaits de la parité dans la composition du CSM : *supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, §-1.

¹³⁸² D'autant que l'article 66 de l'ordonnance n° 58-1270, op. cit., prévoit que le ministre de la justice qui voudrait appliquer une sanction plus sévère que celle validée dans l'avis du CSM devra soumettre sa décision motivée au CSM pour avis simple.

¹³⁸³ *Supra* : Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, §-1.

protecteurs qui en découlent. Néanmoins, le magistrat sanctionné peut, s'il conteste la qualification d'un fait en faute disciplinaire, saisir le Conseil d'État afin qu'il fasse un contrôle de légalité de la décision¹³⁸⁴.

711. Enfin, les magistrats du parquet sont nommés par le pouvoir exécutif¹³⁸⁵ qui décide également de leur avancement¹³⁸⁶. Les propositions de nomination étant simplement soumises à l'avis simple « favorable » ou « défavorable » du CSM¹³⁸⁷. Les conditions de nomination ne sont donc pas garantes de l'indépendance des magistrats du parquet vis-à-vis de l'exécutif. En effet, comment être indépendant du pouvoir exécutif alors qu'il détient le pouvoir de nomination ? Comment résister aux pressions éventuelles (aussi marginales soient-elles) de l'exécutif alors qu'il est détenteur du pouvoir de nomination ?

712. Depuis une dizaine d'années¹³⁸⁸ une évolution positive consiste dans l'engagement « moral » des ministres de la justice de ne jamais passer outre l'avis défavorable du CSM. Ceci permet de rétablir une certaine confiance des justiciables envers les magistrats du

¹³⁸⁴ Ceci n'a pas toujours été le cas. Dans son arrêt Dorly (26 juin 1953) le Conseil d'État s'estimait incompétent pour faire un contrôle au fond, il refusait de statuer sur la qualification fautive d'un fait. Le contrôle opéré était peu protecteur. Un revirement est intervenu avec l'arrêt Sieur Rousseau (Décision de section 14 mars 1975) avec lequel le Conseil d'État accepte le contrôle de la qualification de la faute. De plus, le Conseil d'État depuis 1978 (décision de section, 9 juin 1978, Lebon p. 245) fait également un contrôle, sur le terrain de l'erreur manifeste d'appréciation, de l'adéquation de la sanction avec la faute.

Sur la jurisprudence Dorly voir notamment RASSAT (M-L), op. cit., p. 49 à 51, N°63 à 65 ; sur la faute disciplinaire des magistrats voir notamment : DONNAT (F) et CASAS (DIDIER), Le Conseil d'État et les sanctions infligées aux magistrats, *AJDA*, 2003, n° 25, p. 1334 et s.

¹³⁸⁵ Par décret du Président de la République sur proposition du garde des Sceaux, article 26, article 28, article 38 de l'ordonnance n° 58-1270, op. cit. ; Article 65 de la constitution : « *La formation du Conseil supérieur compétente à l'égard des magistrats du parquet donne son avis sur les nominations qui concernent les magistrats du parquet* ».

¹³⁸⁶ L'avancement des magistrats du parquet repose sur l'intervention de la commission d'avancement qui est chargée de dresser un tableau d'avancement pour le passage du premier au second grade (le passage hors-hiérarchie se fait par la nomination à certain poste, article 3 ordonnance 58-1270). Cette commission est la même pour l'ensemble des magistrats : *supra* : Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1.

¹³⁸⁷ Concernant la composition du CSM qui peut être améliorée par la présence au moins paritaire de juges, il convient de se référer aux développements sur ce point du chapitre 1 du titre 1 de la partie 2.

¹³⁸⁸ Rapport annuel d'activité du Conseil supérieur de la magistrature 2008, la documentation française, p. 35, disponible en ligne : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/094000453.pdf> : « *En 2008, la formation du parquet a été saisie de 592 propositions de nominations. Elle a émis 6 avis défavorables, soit 1,01 % de l'ensemble des propositions. À la différence des années précédentes, l'autorité de nomination a suivi l'intégralité des avis émis par la formation.* » ;

Circulaire de la garde des Sceaux, circulaire ayant par objet la transparence des propositions de nomination, du 31 juillet 2012, Nor : JUSB1231686C, disponible en ligne :

http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/JUSB1231686C.pdf

Dans cette circulaire la ministre s'engage à ne jamais passer outre l'avis défavorable du CSM : « *J'ai déjà eu l'occasion d'annoncer publiquement que je ne passerai pas outre aux avis défavorables du Conseil supérieur de la magistrature. Je souhaite que sans attendre les prochaines réformes cette nouvelle pratique des propositions améliore la transparence du processus de nomination et favorise l'égalité de traitement des magistrats* ».

parquet mais elle n'est pas une protection absolue. En effet, la confiance des justiciables est plus grande s'ils peuvent compter sur une nomination des parquetiers conforme à l'avis du CSM. Ce progrès dans les faits est positif mais demeure fragile et insuffisant car il repose exclusivement sur des déclarations d'intention. Aussi longtemps que perdurera la prévision constitutionnelle relative au pouvoir de nomination des magistrats du parquet, qui ne prévoit qu'un avis simple du CSM¹³⁸⁹, le modèle restera lacunaire¹³⁹⁰, défaillant car cette dépendance statutaire est inconciliable avec le principe d'impartialité ; *ab initio* il y a une carence insurmontable pour pouvoir accéder à l'impartialité.

713. En conclusion hormis la phase de recrutement qui est identique à tous les magistrats qui sont tous recrutés par concours, et qui préserve leur indépendance, les magistrats du parquet ne bénéficient pas de l'indépendance statutaire¹³⁹¹ alors qu'elle est indispensable pour espérer l'impartialité. En ce sens, « *la suspicion de partialité qui résulte de telles pratiques (nous rajoutons conditions de nominations et instructions individuelles), laquelle se manifeste le plus souvent à l'occasion de certaines affaires particulièrement médiatisées et qui est de plus en plus insupportable pour la grande majorité des magistrats des parquets et des parquets généraux, nuit profondément à l'action du ministère public, mais aussi à l'image de l'exécutif et, encore plus, si elle s'avère fondée, aux justiciables concernés* »¹³⁹². En effet, la dépendance du parquet à l'égard de l'exécutif en matière de nomination se double d'une dépendance en matière disciplinaire. Dans ce contexte statutaire inconciliable avec l'impartialité, il est impossible pour les magistrats du parquet, contrairement aux juges du siège¹³⁹³, d'être indépendants du pouvoir exécutif. Une évolution positive pour

¹³⁸⁹ BEAUME (J), « *sans au moins l'avis conforme du CSM pour les nominations, nous ne pourrions pas continuer à prétendre, à terme plus ou moins long, rester des magistrats dans le cadre des critères et des normes qui s'appliquent aux démocraties qui nous sont comparables* », in *Le statut constitutionnel du parquet*, op. cit., p. 141 ; « *la nécessité absolue de la réforme constitutionnelle relative au statut du parquet, à défaut de laquelle une part très large de ses observations et de ses propositions deviendrait à court terme dénuée de toute pertinence* », Rapport sur la procédure pénale, Rapport sous la direction de Jacques Beaume, Juillet 2014, p. 89, disponible en ligne : <http://www.justice.gouv.fr/publication/rap-beaume-2014.pdf>.

¹³⁹⁰ Le projet de loi Constitutionnelle portant réforme du Conseil de la magistrature prévoit que les magistrats du parquet sont nommés sur l'avis conforme du CSM. Ce texte a été adopté en deuxième lecture par l'Assemblée Nationale le 26 juin 2016. Ce projet ne sera définitif qu'après avoir été approuvé par référendum ou par le Congrès (article 89 de la Constitution) ce qui semble fort compromis.

¹³⁹¹ Il conviendra d'appréhender dans le paragraphe suivant la dépendance à l'égard des parties qui est bien moins critiquable mais semble plutôt reposer sur une incompréhension pour la Cour EDH de la fonction de ce magistrat.

¹³⁹² ROBERT (M), *L'avenir du ministère public français*, *AJ Pénal*, 2011, n° 3, p. 115 et s.

¹³⁹³ En effet, les juges sont indépendants de l'exécutif : *supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1. Leur situation statutaire est très éloignée de celle des magistrats du parquet. Ils sont des magistrats, et il faut qu'ils le restent, ayant un statut particulier perfectible, en ce sens voir notamment : INGALL-MONTAGNIER (P), *Le*

l'indépendance des magistrats du parquet semble s'amorcer¹³⁹⁴. Elle tient d'une part dans les déclarations d'intention des ministres de la justice de se conformer à l'avis simple du CSM et d'autre part dans le projet de réforme constitutionnelle récent relatif au Conseil supérieur de la magistrature¹³⁹⁵ qui prévoit l'avis conforme du CSM pour la nomination des magistrats du parquet et la compétence de la formation du CSM compétente à l'égard des magistrats du parquet pour statuer comme conseil de discipline. Il reste à espérer son adoption définitive, ce qui semble peu probable sous cette législature, tant cette dépendance est exclusive de la qualité conventionnelle d'organe impartial.

B- La dépendance incompatible avec la qualité conventionnelle de magistrat impartial

714.Comme rappelé précédemment la Cour EDH a décidé que la qualité de tribunal indépendant et impartial n'est pas applicable aux magistrats du parquet notamment car ils sont dépendants de l'exécutif. La question de la dépendance des magistrats du parquet dépasse l'article 6, §-1. En effet, la Cour EDH a également connu de la question de la dépendance des magistrats du parquet français lorsqu'elle applique l'article 5, §-3. Seule la jurisprudence relative à l'appréciation de la qualité d'autorité judiciaire au sens de l'article 5, §-3 sera ici envisagée.

715.Lorsque la Cour EDH interprète la notion de « *magistrat habilité* » contenue dans l'article 5, §-3 de la Convention EDH, elle exige que ce magistrat remplisse trois critères cumulatifs. Le premier est organique, il s'agit de l'indépendance à l'égard de l'exécutif et des parties, le deuxième consiste en ce qu'il entende personnellement le suspect et le troisième qu'il possède le pouvoir de contrôler la légalité de l'arrestation et qu'il puisse ordonner l'élargissement. Seul le premier relatif à l'indépendance intéresse notre propos¹³⁹⁶.

point de vue d'un magistrat du parquet, in *Le statut constitutionnel du parquet*, op. cit., p. 47 ; ROUSSEAU (D), in *Le statut constitutionnel du parquet*, op. cit., p. 151 et s.

¹³⁹⁴ *Infra* : §-2 de cette section.

¹³⁹⁵ Projet de loi constitutionnelle portant réforme du Conseil supérieur de la magistrature, présenté par le gouvernement en mars 2013, Texte n° 720 adoptée en deuxième lecture le 26 avril 2016 par l'Assemblée Nationale.

¹³⁹⁶ *Infra* : section 2 de ce chapitre : L'absence d'impartialité fondée sur la dépendance à l'égard des parties.

716. L'indépendance à l'égard de l'exécutif fait donc partie des critères retenus¹³⁹⁷ par la Cour EDH pour qu'un organe puisse être qualifié de magistrat indépendant et impartial habilité à contrôler la légalité d'une arrestation ou d'une détention¹³⁹⁸ à ce titre « *la garantie d'indépendance de l'exécutif est transposée de l'article 6* »¹³⁹⁹. Le critère de la dépendance à l'égard de l'exécutif est donc l'un des critères retenus par la Cour EDH pour dénier la qualité d'autorité judiciaire au sens de l'article 5, §-3. Le magistrat dépendant n'a pas la qualité préalable nécessaire pour accéder à l'impartialité. Il ne peut prétendre à l'impartialité car précisément il est tributaire du pouvoir exécutif qui peut alors l'influencer dans ses décisions.

717. Compte tenu de ce critère stable dégagé dans la jurisprudence de la Cour EDH il était prévisible que le parquet français, dépendant de l'exécutif, soit condamné par la Cour EDH à ne jamais être reconnu comme une autorité judiciaire¹⁴⁰⁰ ou un magistrat au sens de l'article 5, §-3. Tout d'abord, dans son célèbre arrêt *Medvedyev* la Cour EDH décide que « *le procureur de la République n'est pas une « autorité judiciaire »*¹⁴⁰¹ au sens que la jurisprudence de la Cour donne à cette notion : comme le soulignent les requérants, il lui manque en particulier l'indépendance à l'égard du pouvoir exécutif pour pouvoir être ainsi

¹³⁹⁷ La Cour EDH confirme l'existence de trois critères cumulatifs pour être qualifié d'autorité judiciaire, voir notamment : CEDH, *SCHIESSER c. Suisse*, 4 décembre 1979, requête n° 7710/76, §-31 ; CEDH, *DE JONG, BALJET et VAN DEN BRINK c. Pays-Bas*, 22 mai 1984, requête n° 8805/79 ; 8806/79 ; 9242/81, §-47 ; CEDH, *HUBER c. Suisse*, 23 octobre 1990, requête n° 12794/87, §-40 ; CEDH, *BRINCAT c. Italie*, 26 novembre 1992, requête n° 13867/88 ; CEDH, Grande Chambre, *MEDVEDYEV c. France*, op. cit., §-124 ; CEDH, *MOULIN c. France*, 23 novembre 2010, requête n° 37104/06, §-57 ; GUINCHARD (S) et BUISSON (J), op. cit., p. 496-497 ; ROUSSEL (G), op. cit., p. 211-213 ; RENUCCI (J-F), op. cit., p. 349-350, §-336 ; RENUCCI (J-F), *Le procureur de la République est-il un magistrat au sens européen du terme ?*, *In Libertés, justice, tolérance*, Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan, Bruylant, Volume II, 2004, p. 1344 et s. ; DESPORTES (F), LAZERGES-COUSQUER (L), p. 586-587, §-825 ; SUDRE (F), MARGUENAUD (J-P), ANDRIANTSIMBAZOVINA (J), GOUTTENOIRE (A), LEVINET (M), GONZALEZ (G), op. cit., p. 224 à 226.

¹³⁹⁸ GUINCHARD (S), BUISSON (J), op. cit., p. 396 et s.

¹³⁹⁹ SUDRE (F), op. cit., p. 366, §-226. Sur cette idée de convergence entre l'appréciation des deux articles (6, §-1 et 5, §-3) de la Convention EDH voir également RENUCCI (J-F), op. cit., p. 349, §-336.

¹⁴⁰⁰ Trop souvent une lecture partisane ou hâtive des arrêts de la Cour EDH fausse leur portée réelle. Cela s'était produit avec l'appréciation faite de l'arrêt *Nortier* (CEDH, 24 août 1993, *NORTIER c. Pays-Bas*, requête n° 13924/88) en droit français jusqu'à l'arrêt *Adamkiewicz* (CEDH, 2 mars 2010, *ADAMKIEWICZ c. Pologne*, requête n° 54729/00) qui a permis une prise de conscience quant à la teneur de la jurisprudence conventionnelle, *Supra* : Partie 1.

En outre, certains « *s'obstinent à ne pas vouloir voir que les arrêts rendus par la Cour de Strasbourg contre d'autres États que la France la concernent aussi lorsqu'elle se trouve, sur un point litigieux donné, dans une situation comparable à la leur [...]* », MARGUENAUD (J-P), *Tempête sur le Parquet*, RSC, 2009, n° 1, p. 176 et s. ; MARGUENAUD (J-P), *La Cour européenne des droits de l'Homme*, Dalloz, *Connaissance droit*, 7^{ème} éd., 2016, p. 186, I- L'autorité interprétative des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme.

¹⁴⁰¹ Dans cet arrêt la Cour EDH se décide à l'aune de l'article 5, §-1 qui contient la notion d'autorité judiciaire qui correspond à celle de magistrat de l'article 5, §-3.

qualifié »¹⁴⁰². Bien que différente dans sa formulation, la seconde décision de la Cour rendue en grande chambre aboutit à une fin identique : la négation de la qualité de magistrat, elle affirmera que « *le magistrat doit présenter les garanties requises d'indépendance à l'égard de l'exécutif et des parties*¹⁴⁰³, ce qui exclut notamment qu'il puisse agir par la suite contre le requérant dans la procédure pénale, à l'instar du ministère public »¹⁴⁰⁴. Dans cet arrêt la Cour EDH confirme que les magistrats du parquet français ne remplissent pas la condition d'indépendance à l'égard de l'exécutif et des parties. Ensuite, le 23 novembre 2010, la Cour EDH rend à l'encontre du parquet français l'arrêt Moulin dans lequel elle décide que « *du fait de leur statut ainsi rappelé, les membres du ministère public, en France, ne remplissent pas l'exigence d'indépendance à l'égard de l'exécutif, qui, selon une jurisprudence constante, compte, au même titre que l'impartialité, parmi les garanties inhérentes à la notion autonome de « magistrat » au sens de l'article 5 § 3* »¹⁴⁰⁵. Enfin, la Cour EDH ne s'attardera plus sur la qualité des magistrats du parquet, mais sur la seule condition de promptitude, en rappelant très clairement « *qu'il ne s'agit pas, en l'espèce, de se prononcer sur le point de savoir si les magistrats du ministère public peuvent être qualifiés de « juge ou (...) autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires » au sens autonome des dispositions de l'article 5 § 3 de la Convention, cette question ayant été tranchée dans son arrêt Moulin c. France* »¹⁴⁰⁶.

¹⁴⁰² CEDH, MEDVEDYEV et autres c. France, 10 juillet 2008, requête n° 3394/03, §-61. Sur cet arrêt voir notamment : RENUCCI (J-F), op. cit., p. 349 et s., §-336 et s. ; ROUSSEL (G), op. cit., p. 211 à 213 ; SUDRE (F), MARGUENAUD (J-P), ANDRIANTSIMBAZOVINA (J), GOUTTENOIRE (A), LEVINET (M), GONZALEZ (G), op. cit., p. 226 ; HENNION-JACQUET (P), l'arrêt Medvedyev : un turbulent silence sur les qualités du parquet français, *D.* 2010, n° 22, p. 1390 ; MARGUENAUD (J-P), Tempête sur le Parquet, op. cit. ; MARGUENAUD (J-P), Tempête sur le Parquet : bis sed non repetita, *RSC*, 2010, n° 3, p. 685 ; MATSOPOULOU (H), Plaidoyer pour l'indépendance fonctionnelle des magistrats du parquet, *Gaz. Pal.*, 27 avril 2010, n° 117, p. 15 et s. ; RENUCCI (J-F), Le procureur de la République est-il un magistrat au sens européen du terme ?, op. cit. ; RENUCCI (J-F), L'affaire Medvedyev devant la grande chambre : les dits et les non-dits d'un arrêt important, *D.* 2010, n° 22, p. 1386 et s. ; SPINOSI (P), le ministère public est-il une autorité judiciaire au sens de la Convention EDH ?, *D.* 2010, p. 952 et s.

¹⁴⁰³ Sur l'indépendance à l'égard des parties, *infra*, section 2 de ce chapitre.

¹⁴⁰⁴ CEDH, Grande Chambre, MEDVEDYEV et autres c. France, op. cit., §-124. Dans cet arrêt la Cour EDH glisse sur le terrain de l'impartialité, c'est-à-dire de l'indépendance à l'égard des parties. Ce qui est différent du premier arrêt dans lequel elle statue sur la dépendance à l'égard de l'exécutif.

¹⁴⁰⁵ CEDH, MOULIN c. France, op. cit., §-57 ; BACHELET (O), La France, le parquet et les droits de l'Homme : l'importune opiniâtreté de la Cour européenne, *Gaz. Pal.*, 9 décembre 2010, n° 343, p. 6 et s. ; HASS (M), Le parquet au tapis !, *Droit pénal*, février 2011, n°2, comm.26 ; LAVRIC (S), Affaire Moulin contre France : le parquet n'est pas un magistrat au sens de la Convention EDH, *D.* 2011, n° 5, p. 338 et s. ; MARON (A) et THIERRY (J-B), L'arrêt Medvedyev c/France du 29 mars 2010 : juge d'instruction : 1-Parquet : 0, *Droit pénal*, juin 2010, n° 2, étude 12. ; SUDRE (F), Le glas sur le parquet, *JCPG*, 6 décembre 2010, n° 49, p. 1206 et s.

¹⁴⁰⁶ CEDH, VASSIS c. France, 27 juin 2013, requête n° 62736/09 ; MILANO (L), Nouvelle mise en cause de la procédure pénale française, *JCPG*, 15 juillet 2013, n° 29-34, p. 843. La CEDH rendra un autre arrêt

718. Donc, pour la Cour EDH, l'indépendance envers l'exécutif¹⁴⁰⁷ est une condition indispensable pour être un magistrat au sens de l'article 5, §-3 de la Convention EDH ce qui l'amène à dénier cette qualité notamment aux magistrats du parquet français.

719. Par ailleurs, il faut apporter des précisions quant à la portée de la jurisprudence de la Cour EDH relative à la qualité d'autorité judiciaire telle qu'elle est issue de l'appréciation de l'article 5, §-3.

720. La Cour EDH ne condamne pas l'institution du parquet en tant que telle mais lui dénie la qualité d'autorité judiciaire ou de magistrat habilité à se prononcer sur la légalité d'une privation de liberté au-delà d'un certain délai¹⁴⁰⁸. En ce sens, n'étant pas une autorité judiciaire, il ne peut valablement se prononcer sur la légalité de la privation de liberté au-delà d'un certain délai jugé incompatible avec le droit conventionnel¹⁴⁰⁹ ce qui lui permet d'intervenir en conformité avec le droit conventionnel pendant les trois premiers jours de privation de liberté¹⁴¹⁰. La Cour EDH tout en déniait la qualité d'autorité judiciaire au sens de

concernant la France : CEDH, ALI SAMATAR et autres c. France, 4 décembre 2014, requête n°17110/1, n°17301/10, §-44 : « *Cela étant, la Cour note que, si la garde à vue des requérants était sous le contrôle du procureur de la République, celui-ci ne peut passer pour un « juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires » au sens de l'article 5 § 3 de la Convention (Moulin c. France, no 37104/06, § 55-59, 23 novembre 2010).* ». PRADEL (J), Une lecture préoccupante de l'article 5, §-3 de la Convention EDH, JCPG 2015, n° 5, p. 134 et s.

¹⁴⁰⁷ D'après la Cour EDH l'indépendance à l'égard des parties est également absente chez les magistrats du parquet. Sur ce point, Infra : section 2 du présent chapitre.

¹⁴⁰⁸ RENUCCI (J-F), op. cit., p. 356, §-339 *in fine* : « *Mais la Cour européenne ne condamne pas pour autant le parquet et suggère encore moins une réforme de son statut. En réalité, si le parquetier n'est pas cet « autre magistrat » au sens de l'article 5 de la Convention, son intervention reste possible pendant la garde à vue, y compris pour la contrôler : toutefois, cette intervention n'est possible que dans les trois jours car au-delà l'intervention d'un juge du siège s'impose pour être conforme aux exigences européennes* » ; REBUT (D), L'arrêt Medvedyev et la réforme de la procédure pénale, D. 2010, n° 16, p. 970 et s.

¹⁴⁰⁹ Le Cour EDH a dû se prononcer sur la teneur de l'adverbe « *aussitôt* » contenu à l'article 5, §-3, pour ce faire elle a distingué selon que l'affaire est exceptionnelle (CEDH, Grande Chambre, Medvedyev et autres c. France, op. cit., la Cour EDH ne voit pas de violation de l'obligation de promptitude dans le cas d'une détention de treize jours à bord du bateau le temps de l'acheminement vers Brest et d'une garde à vue de deux ou trois jours selon) ou qu'elle ne l'est pas. Dans ce dernier cas, il semble se dégager de la jurisprudence de la Cour EDH que le délai de trois jours avant d'être traduit devant une autorité judiciaire soit le délai compatible avec l'article 5, §-3, sur ce point voir notamment : CEDH, MOULIN c. France, 23 novembre 2010, requête n° 37104/06, §-60, un délai de plus de cinq jours est incompatible avec l'article 5, §-3 de la Convention EDH ; CEDH, VARGA c. Roumanie, 1^{er} avril 2008, requête n° 73957/01, un délai de de trois jours entre l'arrestation et la présentation à une autorité judiciaire est compatible avec le Convention EDH ; CEDH, BROGAN et autres c. Royaume-Uni, 29 novembre 1988, requête n° 11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85, §-55 et s., un délai de quatre jours et six heures est incompatible avec la Convention EDH.

¹⁴¹⁰ Le CPP prévoit à l'article 63 du CPP que le procureur de la République peut prononcer une garde à vue de 48h maximum ce qui est un délai compatible avec l'article 5, §-3 de la Convention EDH à condition que le début de la garde à vue coïncide avec le point de départ de la privation de liberté. Si tel n'est pas le cas la Cour EDH sera amenée à adopter une appréciation plus stricte de l'exigence de promptitude de l'article 5, §-3. La Cour EDH a adopté ce raisonnement qui a valu une condamnation de la France dans l'arrêt VASSIS c. France, 27 juin 2003, requête n° 62736/09 : après dix-huit jours de privation de liberté le temps de l'acheminement du

l'article 5, §-3 aux magistrats du parquet français fait preuve de tolérance quant aux missions qu'ils peuvent exercer en matière de liberté puisqu'elle admet qu'ils puissent décider de la privation de liberté durant les trois premiers jours de « détention ». Ainsi, cette solution valide le droit interne pertinent en la matière. Donc, « [...] *s'il ne serait pas convenable de minimiser les risques européens par rapport à la situation du parquet, il ne faudrait pas pour autant les exagérer : si, comme on peut le penser, les magistrats du parquet de certains pays comme la France ne remplissent pas vraiment les conditions pour être cet « autre magistrat » de l'article 5, cela concerne uniquement les privations de liberté et ne remet pas nécessairement en cause les autres prérogatives (actuelles ou à venir) du parquet. En réalité, la question centrale qui est clairement posée par la grande chambre n'est pas vraiment celle du statut du parquet, mais davantage celle de ses missions : celles-ci ne sauraient se confondre avec celles des juges et plus particulièrement avec la plus emblématique d'entre elles, à savoir le contrôle de la privation de liberté. Le magistrat du parquet peut difficilement être le « juge de la détention (nous soulignons)* »¹⁴¹¹.

721. En conclusion à l'aune du droit de la Convention EDH les magistrats du parquet français ne sont pas des autorités judiciaires ou des magistrats indépendants et impartiaux habilités par la loi à exercer des fonctions judiciaires ceci notamment car ils sont dépendants de l'exécutif. D'ailleurs, la Cour de cassation, qui décidait en 1992 que « *toute personne arrêtée ou détenue doit être aussitôt conduite, sinon devant un juge, en tout cas devant un autre magistrat habilité à exercer des fonctions judiciaires, que tel est le cas du procureur de la République, magistrat de l'ordre judiciaire qui a pour mission de veiller à l'application de la loi* »¹⁴¹², opère par suite un revirement de jurisprudence. Prenant acte de l'appréciation conventionnelle précitée, la Chambre criminelle va appliquer l'article 5, §-3 conformément à l'appréciation développée par la Cour EDH. Le 15 décembre 2010¹⁴¹³ elle décide que « si

bateau vers la France, les requérants ont été placés en garde à vue pendant 48h sous le contrôle du ministère. Ce n'est qu'à l'issue de ce délai qu'ils ont comparu devant un juge habilité au sens de l'article 5, §-3. La Cour EDH a jugé que ce délai était excessif.

La France sera également condamnée pour violation de l'article 5, §-3 « *du fait qu'à leur arrivée en France, les requérants, déjà privés de liberté depuis quatre jours et une vingtaine d'heures, ont été placés en garde à vue plutôt que traduits « sans délai » devant un « juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires* » : CEDH, ALI SAMATRA et autres c. France, op. cit., §-59.

¹⁴¹¹ RENUCCI (J-F), L'affaire Medvedyev devant la grande chambre : les dits et les non-dits d'un arrêt important, op. cit.

¹⁴¹² Cass. crim., 10 mars 1992, n° 91-86944, 92-80389, bull. crim. n° 105, p. 272.

¹⁴¹³ Cass. Crim., 15 décembre 2010, n° 10-83674, bull. crim. n° 207. LAVRIC (S), Contrôle du parquet sur la garde à vue : la chambre criminelle se prononce, D. 2011, n° 5, p. 338 et s. ; PRADEL (J), Quel(s)

c'est à tort que la chambre de l'instruction a retenu que le ministère public est une autorité judiciaire au sens de l'article 5, §-3 de la Convention européenne des droits de l'homme, alors qu'il ne présente pas les garanties d'indépendance et d'impartialité requises par ce texte et qu'il est partie poursuivante, l'arrêt n'encourt pas pour autant la censure, dès lors que le demandeur a été libéré à l'issue d'une privation de liberté d'une durée compatible avec l'exigence de brièveté imposée par le dit texte ». Dans cet arrêt, la Cour de cassation fait un contrôle de conventionnalité et, en se fondant sur l'appréciation conventionnelle de l'article 5, §-3, elle rejette la qualité d'autorité judiciaire des magistrats du parquet car ils ne sont ni indépendants, ni impartiaux et qu'ils sont partie poursuivante. Elle réitère cette jurisprudence notamment en 2011¹⁴¹⁴ et en 2013¹⁴¹⁵.

722.Cependant, lorsque la Cour de cassation contrôle la recevabilité des questions prioritaires de constitutionnalité elle se fonde, non plus sur le droit conventionnel mais sur la qualification retenue en droit constitutionnel des magistrats du parquet¹⁴¹⁶, elle décide donc qu'« *il résulte de la jurisprudence du Conseil constitutionnel que l'autorité judiciaire comprend à la fois les magistrats du siège et du parquet, [...] »*¹⁴¹⁷. Il existe une dichotomie, entre le droit constitutionnel et le droit conventionnel, relative à la reconnaissance de la qualité d'autorité judiciaire au profit des magistrats du parquet. Cependant, les conséquences pratiques entre les deux appréciations sont très proches. Le Conseil constitutionnel considère que les magistrats du parquet font partie de l'autorité judiciaire mais ne manque pas d'imposer l'intervention d'un juge du siège à partir de quarante-huit heures de garde à vue¹⁴¹⁸. Cette position rejoint celle de la Cour EDH qui tout

magistrat(s) pour contrôler et prolonger la garde à vue ? Vers une convergence entre la Cour de Strasbourg et la chambre criminelle de la Cour de cassation, *D.* 2011, n° 5, p. 338 et s.

¹⁴¹⁴ Cass. crim., 18 janvier 2011, pourvoi n° 10-84980, bull. crim n° 8. ASCENSI (L), Le ministère public est-il une autorité judiciaire ? *AJ Pénal* 2011, n° 4, p. 198 et s.

¹⁴¹⁵ Cass. crim., 20 mars 2013, pourvoi n° 12-82112, inédit : « *Attendu que, si le ministère public, partie poursuivante, n'est pas une autorité judiciaire au sens de l'article 5, §-3 de la Convention européenne des droits de l'homme, cela ne lui interdit pas de contrôler le déroulement des mesures de garde à vue et de les prolonger, dès lors que la personne concernée a été mise en liberté dans un délai compatible avec l'exigence de brièveté de texte conventionnel.* »

¹⁴¹⁶ Pour rappel le Conseil constitutionnel décide que l'autorité judiciaire comprend les magistrats du siège et du parquet, voir notamment : DC, 11 août 1993, n° 93-326, considérant n° 5 ; DC, 22 avril 1997, n° 97-389, considérant n° 61 ; DC, 29 août 2002, n° 2002-461, considérant n° 74 ; DC, 2 mars 2004, n° 2004-492, considérant n° 98 ; QPC, 30 juillet 2010, n° 2010-14/22, considérant n° 26 ; QPC, 17 décembre 2010, n° 2010-80, considérant n° 11.

¹⁴¹⁷ Cass. crim., 7 juin 2011, pourvoi n°11-90034, disponible en ligne : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechExpJuriJudi&idTexte=JURITEXT000024201190&fastReqId=425660543&fastPos=1>

¹⁴¹⁸ QPC, 30 juillet 2010, n° 2010-14/22, Considérant n° 26 : « *Considérant que l'autorité judiciaire comprend à la fois les magistrats du siège et du parquet ; que l'intervention d'un magistrat du siège est requise*

en déniait la qualité de magistrat impartial au ministère public français lui permet de prendre des décisions relatives à la liberté durant un certain délai jugé compatible avec le droit conventionnel qui est en principe trois jours.

723. Enfin, bien que cantonnée aux décisions sur la liberté, la stigmatisation conventionnelle du parquet appelle un progrès en faveur de son indépendance à l'égard de l'exécutif. En effet, la dépendance du parquet vis-à-vis de l'exécutif est corrigible, l'espoir repose sur une évolution qui paraît déjà amorcée.

§-2 L'évolution souhaitable du statut du parquet

724. Le progrès a été amorcé notamment sous l'impulsion du droit conventionnel relayé par la Cour de cassation. En effet, il semble difficile pour la France de conserver un parquet dépendant statutairement du pouvoir exécutif. L'évolution, vers l'indépendance du parquet, a débuté en 1993¹⁴¹⁹ mais est restée très insuffisante malgré des tentatives de réformes audacieuses avortées¹⁴²⁰.

725. L'évolution vers l'indépendance statutaire des magistrats du parquet condition de leur impartialité (A) semble possible, elle réside dans l'adoption de la révision constitutionnelle du CSM. Cette évolution vers l'indépendance jouerait en faveur de la hiérarchie du parquet (B).

pour la prolongation de la garde à vue au-delà de quarante-huit heures ; qu'avant la fin de cette période, le déroulement de la garde à vue est placé sous le contrôle du procureur de la République qui peut décider, le cas échéant, de sa prolongation de vingt-quatre heures ; qu'il résulte des articles 63 et 77 du code de procédure pénale que le procureur de la République est informé dès le début de la garde à vue ; qu'il peut ordonner à tout moment que la personne gardée à vue soit présentée devant lui ou remise en liberté ; qu'il lui appartient d'apprécier si le maintien de la personne en garde à vue et, le cas échéant, la prolongation de cette mesure sont nécessaires à l'enquête et proportionnés à la gravité des faits que la personne est suspectée d'avoir commis ; que, par suite, le grief tiré de la méconnaissance de l'article 66 de la Constitution doit être écarté ; »

¹⁴¹⁹ Loi constitutionnelle n° 93-952, 27 juillet 1993, loi portant révision de la Constitution du 4 octobre 1958 et modifiant ses titres VIII, IX, X et XVI : révision constitutionnelle qui a créé une formation du CSM compétente à l'égard des magistrats du parquet et qui a introduit l'avis simple du CSM pour la nomination des magistrats du parquet (sauf pour les procureurs généraux, cette exception est maintenue jusqu'en 2008 : Loi constitutionnelle, loi n° 2008-724, 23 juillet 2008, loi de modernisation des institutions de la Ve République, article 31).

¹⁴²⁰ Le projet de loi constitutionnelle relatif au Conseil de la magistrature, déposé à l'assemblée nationale le 15 avril 1998, adopté en deuxième lecture par la Sénat le 18 novembre 1998. Ce projet était ambitieux, il prévoyait l'avis conforme du CSM pour la nomination des magistrats du parquet et prévoyait que la formation du CSM compétente à l'égard des magistrats du parquet aurait statué comme conseil de discipline. Mais le projet, adopté par les deux chambres, n'a jamais été présenté au congrès.

A- L'évolution vers l'indépendance statutaire condition de l'impartialité

726. Le vœu d'un parquet indépendant de l'exécutif, sans qu'il ne fasse l'unanimité¹⁴²¹, est partagé par une très grande partie de la doctrine¹⁴²² ainsi que par un certain nombre d'avocats, de magistrats et d'hommes politiques¹⁴²³. D'ailleurs, la Commission de modernisation de l'action publique, composée majoritairement de magistrats, qui a travaillé sous la direction du procureur général honoraire Jean-Louis Nadal, place l'indépendance statutaire du ministère public au premier rang de ses propositions¹⁴²⁴. En effet, pour la Commission « *l'évolution du*

¹⁴²¹ Rapport du comité de réflexion sur la justice pénale, sous la présidence de Philippe LEGER, 1^{er} septembre 2009, disponible en ligne, p. 11 et s. :

http://www.justice.gouv.fr/art_pix/sg_rapport_leger2_20090901.pdf.

Ce rapport préconise la suppression de l'instruction (faut-il le rappeler conduite par un juge indépendant et impartial) pour lui substituer un cadre unique d'enquête sous la direction du ministère public sans faire de la réforme du statut du parquet une priorité. En effet, il est indiqué que « *l'ensemble des membres se prononcent contre une rupture du lien existant entre le parquet et le pouvoir exécutif. Il n'est en effet pas envisageable que le pouvoir exécutif, qui tire sa légitimité du processus démocratique, ne puisse pas définir la politique pénale et la faire appliquer harmonieusement sur l'ensemble du territoire de la République. La majorité du comité souhaite maintenir le statut actuel des magistrats du parquet. [...]. En revanche une minorité de membres estime que la réforme proposée justifie un accroissement des garanties accordées aux magistrats du parquet à travers un alignement de leurs conditions de nomination sur celles du siège. Toute nomination d'un magistrat du parquet devrait être subordonnée à l'avis conforme du Conseil supérieur de la magistrature* ». La volonté de ne pas réformer le statut des magistrats du parquet est fondée sur l'organisation hiérarchisée du parquet alors que nous verrons dans le développement suivant que l'indépendance statutaire n'empêche pas la hiérarchie.

Sur un commentaire de ce rapport voir notamment LAZERGES (C), Le rapport Léger : analyse des propositions, *AJ Pénal*, 2009, n° 10, p. 385 et s.

¹⁴²² Notamment : DESPORTES (F) et LAZERGES-COUSQUER (L), op. cit., p. 601-602, §-853 ; GUINCHARD (S) et BUISSON (J), op. cit., p. 382 à 385 ; RASSAT (M-L), op.cit., p. 48 et s., §-60 à 65, p. 253 et s., §-341 ; ROETS (D), op. cit., p. 215 à 217 ; HENNION-JACQUET (P), L'arrêt Medvedyev : un turbulent silence sur les qualités du parquet français, op. cit. ; JEAN (J-P), Le ministère public entre modèle jacobin et modèle européen, op.cit. ; MATSOPOULOU (H), Plaidoyer pour l'indépendance fonctionnelle des magistrats du parquet, op. cit. ; PRADEL (J), Quel(s) magistrat(s) pour contrôler et prolonger la garde à vue ? Vers une convergence entre la Cour de Strasbourg et la chambre criminelle de la Cour de cassation, op. cit. ; ROUSSEAU (D), in *Le statut constitutionnel du parquet*, op. cit.

¹⁴²³ BEAUME (J), in *Le Statut constitutionnel du parquet*, op. cit., p. 139 et s. ; BADINTER (R), Conclusions et perspectives d'avenir, in *Quel avenir pour le ministère public*, p. 172 et s. ; DETRAZ (S), refonder le ministère public, *JCPG*, n° 51, 16 décembre 2013, p. 1326 et s., HOURQUEBIE (F), L'institution du parquet au sein du pouvoir judiciaire, in *Le statut constitutionnel du parquet*, op. cit., p. 15 et s. ; JEAN (J-P), Le ministère public français au regard des justices pénales d'Europe, *AJ Pénal*, 2011, n° 3, p. 106 et s. ; LYON – CAEN (P), Vers un parquet indépendant ?, *D.* 2013, n° 20, p. 1359 et s. ; ROBERT (M), l'avenir du ministère public français, op. cit.

¹⁴²⁴ Rapport de la Commission de modernisation de l'action publique, rapport intitulé refonder le ministère public, sous la présidence de Jean-Louis Nadal, Novembre 2013, rapport disponible en ligne :

http://www.justice.gouv.fr/publication/rapport_JLNadal_refonder_ministere_public.pdf

Le « Rapport Nadal » rejoint sur de nombreux points les propositions émises dans le Rapport de la commission de réflexion sur la justice, sous la présidence de Monsieur Pierre Truche, Juillet 1997, disponible en ligne :

<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/974072100.pdf>

La réforme statutaire du parquet (discipline et encadrement des mutations) était également préconisée dans le rapport de la Commission justice pénale et droit de l'Homme, la mise en état des affaires pénales, Commission présidée par Madame Mireille Delmas-Marty, La documentation française, Paris, p. 133, disponible en ligne :

<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/914059500.pdf>. Le but recherché, dans ce rapport est la suppression du juge d'instruction, pourant indépendant et impartial, pour confier toutes les enquêtes aux magistrats du parquet. Cette solution critiquable implique inévitablement la réforme du statut du parquet.

*statut du ministère public est la première proposition, sans conteste la plus impérieuse, que la Commission entend formuler. Pour elle, il n'est en effet de véritable modernisation de l'action publique qui ne passe par une modification des règles de nomination et de discipline applicables aux magistrats du parquet. [...]. Mais plus essentiellement, cette réforme constitue une protection accordée à tous les citoyens contre l'injustice en même temps que l'assurance d'un fonctionnement judiciaire impartial, apaisé et définitivement préservé du soupçon »*¹⁴²⁵. En ce sens, l'indépendance statutaire permettrait de rétablir la confiance des justiciables dans leur justice. Ceux-ci seraient rassurés par l'octroi d'un statut protecteur aux magistrats du parquet. En conséquence la croyance, souvent exagérée, de magistrats du parquet exclusivement aux ordres du pouvoir exécutif alors maître de leur avancement et de la discipline sera dissipée, marginalisée.

727. En outre, cette Commission, dont nous partageons l'opinion relative à la nécessité de l'indépendance du parquet, présente six moyens pour parvenir à l'indépendance statutaire des magistrats du parquet. Elle propose d'inscrire dans la Constitution le principe de l'unité du corps judiciaire¹⁴²⁶, de donner au CSM le pouvoir de proposer la nomination des procureurs de la République, des procureurs Généraux et des membres du parquet Général de la Cour de cassation, de soumettre la nomination des autres magistrats du parquet à l'avis conforme du CSM, de transférer au CSM le pouvoir de statuer en matière disciplinaire à l'égard des magistrats du parquet, de soumettre la décision de mutation d'office d'un magistrat du parquet dans l'intérêt du service à l'avis conforme du CSM et enfin de retirer les procureurs généraux de la liste des emplois auxquels il est pourvu en conseil des ministres. Ces propositions sont des plus pertinentes pour l'indépendance des magistrats du parquet à l'égard de l'exécutif et donc pour leur permettre d'exercer leur mission de façon impartiale.

¹⁴²⁵ Rapport Nadal, op. cit., p. 7.

¹⁴²⁶ L'unité du corps des magistrats est incontournable lorsqu'est recherchée l'indépendance statutaire des magistrats du parquet. Cette unité permet aux magistrats du parquet d'appartenir constitutionnellement à la « catégorie » des magistrats. Mais cette unité doit être revue dans le sens d'une certaine uniformisation du statut des magistrats. Sur la défense de l'unité du corps des magistrats : PRADEL (J), *procédure pénale*, op. cit., p. 124, §-150 ; ROUSSEAU (D), op. cit. ; INGALL-MONTAGNIER (P), Le point de vue d'un magistrat du parquet, in *Le statut constitutionnel du parquet*, op. cit., p. 43 et s. ; RENOUX (T), Regard de la doctrine, in *Le statut constitutionnel du parquet*, op. cit., p. 71 et s.

728. En outre, les propositions de la Commission Nadal sont partagées par le groupe de réflexion, présidé par Monsieur le Procureur Beaume, qui fait état, dans son rapport, de la nécessité de réformer le statut des magistrats du parquet¹⁴²⁷.

729. L'indépendance statutaire des magistrats est donc absolument nécessaire pour permettre de restaurer la confiance dans le ministère public qui est censé remplir sa fonction de façon impartiale¹⁴²⁸. D'ailleurs, la Chancellerie avait fait de l'indépendance des magistrats du parquet une de ses priorités. À ce titre, la réforme constitutionnelle relative au CSM¹⁴²⁹ avait été adoptée définitivement le 26 avril 2016 par l'Assemblée nationale mais malheureusement la réunion du Congrès¹⁴³⁰ n'a jamais eu lieu. Pourtant, la teneur de cette réforme constitutionnelle aurait été dans l'ensemble satisfaisante en ce qu'elle prévoyait la nomination sur avis conforme des magistrats du parquet et la compétence du CSM pour statuer en matière disciplinaire comme conseil de discipline. Cependant, elle restait décevante

¹⁴²⁷ Rapport sur la procédure pénale, sous la présidence de Jacques Beaume, Juillet 2014, disponible en ligne : <http://www.justice.gouv.fr/publication/rap-beaume-2014.pdf>

p. 5 : « Mais le groupe de réflexion a clairement fait connaître à Mme la garde des Sceaux, que cette réflexion sur la répartition des pouvoirs de contrôle de l'enquête entre parquet et juge du siège ne pouvait utilement s'ouvrir, à la suite des récentes décisions européennes, qu'à l'unique condition préalable que la réforme, y compris constitutionnelle, du statut du parquet soit menée à son terme. À défaut, le parquet, victime du « péché originel » de son mode de nomination, n'aura(it) plus aucun argument à faire valoir au profit de son rôle de « premier protecteur » de la liberté individuelle dans l'enquête pénale : seul le juge du siège pourrait désormais y prétendre. Encore, ce progrès nécessaire réalisé, faudra-t-il argumenter sur son rôle d'exercice de l'action publique et son « indépendance à l'égard des parties » ».

p. 27 : « La mission rappelle à nouveau qu'elle considère comme « acquise » la réforme constitutionnelle du statut du parquet, et renvoie par ailleurs à la préconisation n° 1 de la Commission Nadal : « Inscrire dans la Constitution le principe de l'unité du corps judiciaire ».

Enfin en propos conclusifs la mission rappelle, p. 89 « la nécessité absolue de la réforme constitutionnelle relative au statut du parquet, à défaut de laquelle une part très large de ses observations et de ses propositions deviendrait à court terme dénuée de toute pertinence ».

¹⁴²⁸ Article 31 CPP : « Le ministère public exerce l'action publique et requiert l'application de la loi dans le respect du principe d'impartialité auquel il est tenu ». *Infra* : Chapitre 2 de ce titre : L'affirmation nationale de l'impartialité des magistrats du parquet en contraste avec le droit conventionnel.

¹⁴²⁹ Projet de loi constitutionnelle portant réforme du Conseil supérieur de la magistrature, n° 815, déposé le 14 mars 2013 ; TIBERGHIEN (F) Quelles perspectives pour la future réforme du CSM ?, JCPG, n° 30-35, 28 juillet 2014, p. 1466 et s.

¹⁴³⁰ Article 89 de la Constitution française : « L'initiative de la révision de la Constitution appartient concurremment au Président de la République sur proposition du Premier ministre et aux membres du Parlement.

Le projet ou la proposition de révision doit être examiné dans les conditions de délai fixées au troisième alinéa de l'article 42 et voté par les deux assemblées en termes identiques. La révision est définitive après avoir été approuvée par référendum.

Toutefois, le projet de révision n'est pas présenté au référendum lorsque le Président de la République décide de le soumettre au Parlement convoqué en Congrès ; dans ce cas, le projet de révision n'est approuvé que s'il réunit la majorité des trois cinquièmes des suffrages exprimés. Le bureau du Congrès est celui de l'Assemblée Nationale.

Aucune procédure de révision ne peut être engagée ou poursuivie lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire.

La forme républicaine du Gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision. »

car elle n'étendait pas l'inamovibilité aux magistrats du parquet ou tout au moins, une inamovibilité *a minima* qui résidait dans l'instauration de l'avis conforme du CSM pour les mutations d'office¹⁴³¹ et qu'elle n'octroyait au CSM aucun pouvoir de proposition de nomination des magistrats du parquet. En conclusion, bien que perfectible l'adoption de cette réforme constitutionnelle aurait constitué une réelle avancée pour l'indépendance et l'impartialité des magistrats du parquet.

730. Enfin, pour éviter tout risque de confusion, il faut préciser que cette indépendance statutaire ne fait aucunement échec à l'organisation hiérarchisée du parquet au contraire, elle pourrait jouer en sa faveur.

B- L'évolution vers l'indépendance statutaire en faveur de la hiérarchie du parquet

731. L'espoir dans l'indépendance du parquet résidait dans la présentation puis l'adoption par le Congrès du projet de réforme constitutionnel précédemment évoqué. Cependant, bien que cette adoption n'ait pas eu lieu, elle n'empêche pas d'analyser les effets bénéfiques de l'indépendance pour la hiérarchie du parquet.

732. Le statut du parquet n'est pas intangible et il serait une erreur de déduire de l'organisation hiérarchisée du parquet, indispensable à l'exercice de la fonction du ministère public, une impossibilité de réformer la dépendance statutaire qui s'exerce aujourd'hui à l'encontre des magistrats du parquet¹⁴³². En droit constitutionnel, ils sont des magistrats¹⁴³³ gardiens de la liberté individuelle, il est donc urgent de parvenir à ce qu'ils soient

¹⁴³¹ Cette solution est notamment préconisée dans le Rapport Nadal, op. cit., p. 12 : « en revanche, elle juge que l'objectif consistant à garantir au ministère public une plus grande indépendance implique que toute décision de mutation intervenant en dehors d'une procédure disciplinaire et contre le gré de l'intéressé soit prise sur avis conforme de la formation du Conseil supérieur de la magistrature compétente à l'égard des magistrats du parquet ».

¹⁴³² BADINTER (R), Conclusions et perspectives d'avenir, in *Quel avenir pour le ministère public*, op. cit., p. 177, Monsieur Robert Badinter explique « qu'il n'est pas admissible que les magistrats du parquet ne soient pas nommés et promus dans les mêmes conditions et avec les mêmes garanties que les magistrats du siège. Rien ne le justifie. Ce n'est pas le fait d'avoir une subordination hiérarchique à l'intérieur du corps qui justifie que les uns soient nommés sur avis simple, d'ailleurs ignoré une fois sur deux au cours des cinq dernières années par le garde des Sceaux. Il faut l'avis conforme, car c'est la même chose : je ne fais pas la distinction entre le chef du parquet et le Premier président. »

¹⁴³³ Article 66 de la Constitution française : « L'autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle [...] »

statutairement indépendants. Cette indépendance ne doit pas se confondre¹⁴³⁴ avec la subordination hiérarchique que demeure nécessaire et justifiée¹⁴³⁵.

733. La subordination hiérarchique du parquet et l'organisation pyramidale de la fonction du ministère public avec à sa tête le garde des Sceaux n'est pas problématique pour l'impartialité, lorsqu'il y a indépendance statutaire. En effet, la subordination hiérarchique est limitée par les pouvoirs propres des chefs de parquet et par la symbolique liberté de parole qui peut s'exercer à l'audience¹⁴³⁶. Au contraire, ces deux limites à la subordination hiérarchique peuvent être amoindries, anéanties par la dépendance statutaire qui pèse sur les magistrats du parquet et qui peut constituer un moyen de pression illicite qui dénature l'organisation hiérarchisée du parquet.

734. En outre, la politique pénale, qui est une politique publique¹⁴³⁷, appelle une organisation hiérarchisée du parquet notamment pour que sa mise en œuvre soit harmonisée, neutre et égalitaire¹⁴³⁸. Il serait problématique que chaque parquet organise librement sa propre politique pénale, l'équité entre les justiciables serait atteinte¹⁴³⁹. De plus, l'article 30 du CPP a connu une nette amélioration suite à l'adoption de la loi du 25 juillet 2013¹⁴⁴⁰ puisqu'il prévoit désormais que « *le ministre de la justice conduit la politique pénale déterminée par le gouvernement. Il veille à la cohérence de son application sur le territoire de la République.*

À cette fin, il adresse aux magistrats du ministère public des instructions générales.

Il ne peut leur adresser aucune instruction dans des affaires individuelles ».

¹⁴³⁴ Il est possible de relever cette confusion entre indépendance statutaire et organisation hiérarchisée : SAINT-PAU (J-C), Le ministère public concurrence-t-il le juge du siège ? *Droit pénal*, 2007, n° 9, étude 14.

¹⁴³⁵ Sur ce point voir notamment : BONIS-GARCON (E) et DECIMA (O), Le parquet et les sirènes de l'indépendance, *JCPG*, n° 17, 22 avril 2013, p. 460 et s. ; DESPORTES (F) et LAZERGUES-COUSQUER (L), op. cit., p. 593-594, §-835 ; HOURQUEBOIE (F), op. cit. ; MATSOPOULOU (H), Plaidoyer pour l'indépendance fonctionnelle des magistrats du parquet, op. cit., *in fine* ; MOLINS (F), Ministère public, Dalloz, *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, §-8 ; PRADEL (J), op.cit., p. 128 et s., §-155 et s. ; RAYSSEGUIER (C), *in Le statut constitutionnel du parquet*, op. cit., p. 121 et s. ; ROBERT (M), L'avenir du ministère public français, op. cit. ; VERGES (E), Politique pénale et action publique : la difficile conciliation du modèle français de ministère public et des standards européens, *RSC*, 2013, n° 3, p. 605 et s.

¹⁴³⁶ PRADEL (J), op. cit., p. 132-133, §-161 ; RASSAT (M-L) op. cit., p. 119 à 135, §-155 à 179.

¹⁴³⁷ Article 20 de la Constitution : « *Le Gouvernement détermine et conduit la politique de la Nation. Il dispose de l'administration et de la force armée. Il est responsable devant le Parlement dans les conditions et suivant les procédures prévues aux articles 49 et 50.* »

¹⁴³⁸ RENOUX (T, S), L'apport constitutionnel à la réflexion sur l'évolution du ministère public, *in Quel avenir pour le ministère public*, op. cit., p. 37 et s.

¹⁴³⁹ INGALL-MONTAGNIER (P), op. cit., p. 48 et s.

¹⁴⁴⁰ Loi du 23 juillet 2013, loi n° 2013-669, loi relative aux attributions du garde des Sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et de mise en œuvre de l'action publique, JO, n°0172, 26 juillet 2013, p. 12441.

735. Donc, le pouvoir hiérarchique du Ministre de la justice est dépouillé de la possibilité, tant critiquée¹⁴⁴¹, de donner des instructions dans les affaires individuelles ce qui lève une partie des soupçons de l'intervention¹⁴⁴² de l'exécutif dans les affaires individuelles. En somme, il s'agit d'une avancée pour l'impartialité espérée des magistrats du parquet mais qui reste imparfaite faute d'indépendance.

736. La politique pénale, est donc déterminée par le pouvoir exécutif¹⁴⁴³ grâce aux seules instructions générales. Cette détermination de la politique pénale par le garde des Sceaux est inévitable et doit nécessairement se doubler de l'organisation hiérarchisée du parquet afin de mettre en œuvre de façon cohérente et uniforme la politique pénale¹⁴⁴⁴.

737. En conclusion, l'indépendance statutaire est un préalable indispensable à l'impartialité qui elle-même participe à accroître la confiance dans l'organe de poursuite. Il est essentiel de parvenir à la réalisation de cette indépendance par l'adoption d'un nouveau statut des magistrats du parquet sans pour autant remettre en cause l'organisation hiérarchisée du parquet¹⁴⁴⁵ essentielle pour la conduite d'une politique pénale neutre et égalitaire sur l'ensemble du territoire. En effet, la hiérarchie s'exercerait toujours mais l'organe détenteur du pouvoir hiérarchique n'aurait plus le pouvoir de décider « seul » de l'avancement, de la discipline ou de la mutation d'office des magistrats des parquets. Cependant, il resterait seul compétent pour déterminer la politique pénale.

738. En outre, cette indépendance, qui découlerait de l'adoption d'une réforme du statut du parquet, serait salvatrice pour accroître, restaurer la confiance des justiciables dans leur justice, le parquet qui détient des missions de plus en plus larges qui impliquent cette confiance¹⁴⁴⁶.

739. Cependant, le droit conventionnel ne se satisfait pas de ce seul critère, dont l'évolution souhaitable semble possible, de l'indépendance à l'égard de l'exécutif pour octroyer aux

¹⁴⁴¹ Pour un très bon commentaire de la loi précitée voir notamment : VERGES (E), op. cit.

¹⁴⁴² Il demeure néanmoins le risque de l'instruction orale. Instruction illégale mais qui peut être exécutée par le magistrat par crainte des éventuelles conséquences sur sa carrière.

¹⁴⁴³ Circulaire de politique pénale de Monsieur le garde des Sceaux, 2 juin 2016, CRIM-2016-06/E1/.

¹⁴⁴⁴ MATHIEU (B), Parquet. Une institution à la croisée des chemins, *JCPG*, 2012, n° 4, p. 170 et s.

¹⁴⁴⁵ Ceci rejoint une des propositions émises dans le Rapport Truche, op. cit., p. 23, I-3 Propositions pour une évolution : « *maintien du lien entre le parquet et l'exécutif, mais dans la concertation et sous condition d'un renforcement de l'indépendance statutaire du parquet assorti d'un Conseil supérieur de la magistrature renoué, d'une maîtrise accrue du parquet sur la police judiciaire et d'une interdiction des instructions du garde des Sceaux dans les affaires individuelles* ».

¹⁴⁴⁶ *Infra* : Chapitre 2 du présent titre.

magistrats du parquet la qualité de magistrat au sens de l'article 5, §-3. La négation de cette qualité conventionnelle est également fondée sur l'absence d'indépendance à l'égard des parties¹⁴⁴⁷.

¹⁴⁴⁷ ROETS (D), Le manque d'indépendance du ministère public français à l'égard de l'exécutif et des parties : un obstacle à l'exercice de certaines fonctions, *RSC*, 2011, n° 1, p. 208 et s.

Section 2 : L'absence d'impartialité fondée sur la « dépendance à l'égard des parties »

741. Le magistrat au sens de l'article 5, §-3 doit également satisfaire l'exigence conventionnelle de l'indépendance à l'égard des parties. Pour la Cour EDH le magistrat du parquet qui déclenche les poursuites agit comme une partie, il est lui-même une partie, elle le considère donc comme dépendant des parties¹⁴⁴⁸. En conséquence, c'est dans cette acception qu'il faut comprendre la dépendance à l'égard des parties.

742. Toutefois, cette notion conventionnelle de la « dépendance à l'égard des parties » doit être analysée plus précisément (§-1) car elle a été soumise à deux appréciations conventionnelles différentes : la réalité et l'apparence. Cette dernière est celle actuellement retenue par la Cour EDH qui fait revivre l'apparence de partialité en l'appliquant au parquet ce qui paraît être une appréciation contestable (§-2).

§-1 La notion conventionnelle de la dépendance à l'égard des parties

743. Les interprétations fondées sur la réalité et l'apparence¹⁴⁴⁹, relatives à l'impartialité, ont également été retenues par la Cour EDH pour apprécier le principe d'indépendance à l'égard des parties appliqué aux magistrats visés par l'article 5, §-3. Dès lors, lorsque la Cour EDH est saisie afin de décider si le procureur ou l'organe qui s'est prononcé sur la liberté est une autorité judiciaire ou un magistrat habilité à exercer des fonctions judiciaires au sens de l'article 5, §-3, elle sera attentive à ce qu'il remplisse la condition d'indépendance à l'égard des parties, c'est-à-dire, selon l'appréciation qu'elle fait de ce critère, qu'il n'agisse pas lui-même comme une partie, qu'il ne soit donc pas partial. Mais ce critère ne sera pas apprécié de façon linéaire par la Cour EDH, à la conception réaliste initiale de l'indépendance à l'égard des parties, *de facto* de l'impartialité est venue se substituer une conception fondée sur les apparences. En effet, « le magistrat », au sens de l'article 5, §-3, doit répondre à trois

¹⁴⁴⁸ Sur l'appréciation de ce critère par la Cour EDH : *infra*, §-1 de cette section.

¹⁴⁴⁹ L'appréciation de la notion d'impartialité, au sens de l'article 6, §-1, a été fondée sur l'apparence puis sur la réalité : *Supra* : Partie 1, Titre 1.

critères¹⁴⁵⁰ dont l'un d'eux est l'indépendance à l'égard des parties qui correspond précisément à l'impartialité.

744. Ainsi, la conception conventionnelle de la dépendance à l'égard des parties sera tout d'abord fondée sur une appréciation réaliste de l'impartialité (A) pour être substituée ensuite à l'apparence de partialité (B). Cette appréciation n'est-elle pas révélatrice d'une défiance forte ou d'une incompréhension de la part de la Cour EDH à l'égard des procureurs, tels les magistrats du parquet français ?

A- La dépendance à l'égard des parties, l'appréciation initiale réaliste

745. La première décision de la Cour EDH relative à la qualité de magistrat habilité au sens de l'article 5, §-3¹⁴⁵¹ a été rendue le 4 décembre 1979¹⁴⁵². Dans cet arrêt la Cour EDH donne son appréciation initiale de la condition d'indépendance à l'égard des parties¹⁴⁵³ du magistrat habilité à exercer des fonctions judiciaires.

746. Dans cette affaire se pose la question de savoir si le procureur de district peut être considéré comme une autorité judiciaire impartiale pouvant statuer sur la détention du mis en cause c'est-à-dire, ayant compétence au titre de l'article 5, §-3 pour exercer une fonction judiciaire.

747. Cette espèce concerne un ressortissant Suisse, Monsieur Schiesser qui avant d'être arrêté et conduit devant le procureur de district s'était soustrait aux recherches de la police. Il

¹⁴⁵⁰ *Supra* : Section 1 de ce chapitre.

¹⁴⁵¹ Sur cette notion une précision très intéressante de la Cour EDH selon laquelle : « *Le paragraphe 1 c) (art. 5-1-c) formant un tout avec le paragraphe 3 (art. 5-3), "autorité judiciaire compétente" constitue un synonyme abrégé de "juge ou (...) autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires" (arrêt Lawless du 1er juillet 1961, série A no 3, p. 52; arrêt Irlande contre Royaume-Uni, du 18 janvier 1978, série A no 25, p. 75, par. 199).* », in CEDH SCHIESSER c. Suisse, 4 décembre 1979, requête n° 7710/76, §-29. Définition confirmée notamment dans l'arrêt CEDH, Grande Chambre, MEDVEDYEV et autres c. France, op. cit., §-123.

¹⁴⁵² CEDH SCHIESSER c. Suisse, op. cit. ; DECAUX (E), IMBERT (P-H), *La Convention européenne des droits de l'Homme*, commentaire article par article, Economica, 2^{ème} éd., 1999, p. 215-216 ; SUDRE (F), MARGUENAUD (J-P), ANDRIANTSIMBAZOVINA (J), GOUTTENOIRE (A), LEVINET (M), GONZALEZ (G), op. cit., p. 224 et s. ; KUTY (F), op. cit., p. 371 et s. ; PRADEL (J), Quel(s) magistrat(s) pour contrôler et prolonger la garde à vue ? Vers une convergence entre la Cour de Strasbourg et la chambre criminelle de la Cour de cassation, op. cit. ; RENUCCI (J-F), op. cit., p. 353 et s., §-336 ;

¹⁴⁵³ CEDH, SCHIESSER c. Suisse, op. cit., §-31 : « *En résumé, le "magistrat" ne se confond pas avec le "juge", mais encore faut-il qu'il en possède certaines des qualités, c'est-à-dire remplisse des conditions constituant autant de garanties pour la personne arrêtée. La première d'entre elles réside dans l'indépendance à l'égard de l'exécutif et des parties.* »

se constitua prisonnier le 5 avril 1976 et fut conduit le jour même devant le procureur de district¹⁴⁵⁴ qui rendit une ordonnance de mise en détention provisoire. Monsieur Schiesser exerça deux recours contre cette ordonnance, en vain. Le 20 avril 1976 la détention fut prolongée par le président de la chambre d'accusation. Le détenu fit également des recours contre la prolongation de la détention qui ont tous été rejetés. En outre, la teneur des charges pesant contre Monsieur Schiesser rendait la cour d'appel du canton de Zurich compétente et

¹⁴⁵⁴ Le statut de ce procureur de district et rappelé dans l'arrêt Schiesser aux paragraphes 12 et suivant :
« 12. Le canton de Zurich se divise en onze districts, dotés chacun d'un parquet qui comprend un ou plusieurs procureurs. À l'époque considérée, le statut et les attributions de ces derniers se trouvaient définis dans la loi du 29 janvier 1911 sur l'organisation judiciaire (Gerichtsverfassungsgesetz, en abrégé GVG); elle a été remplacée depuis lors par une loi du 13 juin 1976, entrée en vigueur le 1er janvier 1977 et qui en reprend pour l'essentiel les dispositions.

13. Les procureurs de district ordinaires sont élus au suffrage universel pour une durée que la loi de 1911 fixait à trois ans (article 99 GVG) et que celle de 1976 a élevée à quatre. [...].

14. Subordonné au procureur général qui de son côté dépend de la direction de la justice et du gouvernement (Regierungsrat) zurichois, le procureur de district est l'autorité de poursuite près le juge unique en matière pénale et près les tribunaux de district pour les délits de faible et de moyenne importance, le procureur général jouant le même rôle près les juridictions supérieures cantonales (cour d'appel et cour d'assises - article 93 GVG). Il jouit également du pouvoir d'émettre un mandat de répression (Strafbefehl) si le prévenu reconnaît sa culpabilité et si une amende (Busse) ou une peine d'emprisonnement d'un mois au maximum est jugée suffisante (article 317 StPO); l'intéressé, de même que le procureur général, a toutefois la faculté de former opposition (Einsprache) audit mandat (article 321 StPO).

15. L'instruction d'une affaire pénale ressortit à la compétence du ministère public (article 94 GVG). Le procureur de district la mène sauf dans les cas où la loi la confie au procureur général ou à un juge (article 25 StPO). Il peut décerner un mandat d'arrêt (Verhaftsbefehl - article 55 StPO), qu'il est tenu de motiver; il doit entendre dans les vingt-quatre heures le suspect arrêté (article 64 StPO). Lors de ce premier interrogatoire, auquel d'ordinaire son avocat n'assiste pas, le suspect doit être clairement informé des raisons qui ont motivé les soupçons pesant sur lui (article 65 StPO) et de l'existence d'un droit de recours contre le mandat (circulaire de 1956 du parquet général). La directive no 219 (recueil des circulaires du parquet général aux parquets de district, 1968 - Sammlung der Kreisschreiben der Staatsanwaltschaft an die Bezirksanwaltschaften von 1968) précise qu'il ne faut pas considérer cet interrogatoire comme une pure formalité. Quant à la directive no 58, elle interdit au procureur de district de déléguer son pouvoir d'interroger à des subordonnés.

16. La détention provisoire ordonnée par le procureur de district ne saurait excéder quatorze jours, délai que peut proroger le président du tribunal de district ou, si l'affaire relève de la cour d'assises, celui de la chambre d'accusation de la cour d'appel (article 51 StPO).

17. Pour l'ouverture et la conduite de l'instruction, le procureur de district demeure sous le contrôle du procureur général. Ce dernier est habilité à lui adresser des directives (article 27 StPO) et doit être informé de toute infraction grave (directive no 100). La direction de la justice ou le gouvernement zurichois peuvent demander au procureur général de présenter un rapport sur l'ouverture et la conduite de la procédure pénale (Strafprozess) et lui donner des ordres et instructions particuliers (besondere Aufträge und Weisungen - article 28 StPO). Un rapport au gouvernement est nécessaire en cas d'engagement d'une procédure revêtant une importance politique (article 29 StPO).

En outre, le premier procureur général (erster Staatsanwalt) effectue deux fois l'an des inspections à seule fin d'accélérer les procédures.

En pratique, et depuis plus de trente ans, les procureurs de district ne reçoivent du procureur général ni ordres ni instructions particuliers touchant leur compétence en matière de mise en détention.

Une fois close l'instruction, le procureur de district qui envisage d'élargir un inculpé doit le signaler au procureur général quand la poursuite incombe à ce dernier (directive no 171).

18. En l'absence de non-lieu, le procureur de district, ou le procureur général, devient partie au procès pénal ; en rédigeant l'acte d'accusation, il doit toutefois tenir compte des éléments qui plaident en faveur de l'inculpé, et non se borner à souligner ceux qui militent contre lui (article 178 StPO). »

par là même le parquet général¹⁴⁵⁵ près cette cour pour représenter l'organe de poursuite et dresser l'acte d'accusation et non pas le procureur de district qui s'était prononcé initialement sur la détention.

748. Le requérant fut condamné le 11 mai 1978 par la cour d'appel de Zurich à une peine de dix-sept mois d'emprisonnement, assortie d'un suris de quatre ans, pour vols en bande et par métier¹⁴⁵⁶.

749. Le requérant forma une requête devant la Commission EDH le 15 novembre 1976, il alléguait une violation de l'article 5, §-3 car selon lui le procureur de district ne pouvait être considéré comme un « *magistrat habilité* » au sens de l'article 5, §-3. Le 12 juillet 1977, la commission déclare la requête recevable et renvoie l'affaire devant la Cour EDH. Cette dernière doit statuer sur la qualité du procureur de district, c'est-à-dire déterminer s'il est un magistrat habilité à statuer sur la liberté et donc s'il y a eu ou non violation de l'article 5, §-3. En d'autres termes, le procureur de district qui a rendu l'ordonnance de mise en détention provisoire et qui a instruit l'affaire, alors qu'il était susceptible d'intervenir ultérieurement comme organe de poursuite devant le juge unique ou le tribunal (si l'un d'eux avait été compétent), pouvait-il être considéré comme un magistrat indépendant des parties et être ainsi apte à décider de la détention du requérant.

750. L'article 5, §-3 prévoit qu'une personne qui est arrêtée ou détenue a le droit d'être conduite aussitôt devant un magistrat qui doit notamment être indépendante des parties afin qu'il puisse être considérée comme impartial.

751. Cependant, selon l'appréciation, réaliste ou apparente, retenue de l'indépendance vis-à-vis des parties, c'est-à-dire de l'impartialité, les conséquences en seront plus ou moins strictes. Elles sont plus souples lorsque la Cour EDH se fonde sur une conception réaliste du dit critère. Telle sera l'option retenue dans cette première décision. La Cour EDH décide que le procureur de district a rempli la condition d'indépendance à l'égard des parties, *de facto* la condition d'impartialité, puisqu'il n'a pas effectivement cumulé la fonction « d'instruction », conduisant à prendre la décision sur la détention, avec la fonction de poursuite¹⁴⁵⁷. En l'absence de cumul réel la Cour EDH conclut, par cinq voix contre deux, qu'il n'y a pas eu

¹⁴⁵⁵ Le procureur de district est l'organe de poursuite qui dresse l'acte de mise en accusation seulement lorsqu'est compétent soit le juge unique soit le tribunal de district.

¹⁴⁵⁶ CEDH, SCHIESSER c. Suisse, op. cit., §-11.

¹⁴⁵⁷ CEDH SCHIESSER c. Suisse, op. cit., §-34.

violation de l'article 5, §-3. En effet, selon la Cour EDH, le magistrat a donc préservé son indépendance à l'égard des parties car il n'a pas effectivement agi comme une autorité de poursuite. Le procureur de district n'a pas exercé la fonction de poursuite, aussi selon une conception réaliste il n'a pas effectivement été une partie et *de facto* partial.

752. La Cour EDH aurait pu retenir l'apparence de partialité comme elle le fera à partir de 1982¹⁴⁵⁸ lorsqu'elle appréciera le principe d'impartialité contenu à l'article 6, §-1 de la Convention EDH. Cette théorie appliquée à ce cas d'espèce aurait eu pour conséquence de considérer le procureur dépendant et partial car lorsqu'il a rendu la décision sur la liberté il était susceptible de devenir l'organe de poursuite. À ce titre, les deux opinions dissidentes attachées à cet arrêt sont révélatrices de l'imprégnation de l'apparence dans la jurisprudence de la Cour EDH. Tout d'abord, Selon le juge Evrigenis « *confier le pouvoir de décision en matière de détention à un organe qui a parmi ses fonctions principales celle de la poursuite, serait contraire à la Convention. Il est sans importance que cet organe soit ou non appelé, dans le cas d'espèce, à exercer les deux genres de fonctions. Leur incompatibilité est inhérente au système lui-même et enlève à l'organe en question les qualités juridiques et psychologiques d'indépendance, d'objectivité et d'impartialité que doit posséder celui auquel l'article 5 par. 3 de la Convention confie le sort d'une personne privée de sa liberté* (nous soulignons) »¹⁴⁵⁹. Cela revient à dire qu'il y a apparence de partialité, dépendance, du fait du cumul possible au moment où le procureur rend son ordonnance sur la détention. Quant au juge Ryssdal¹⁴⁶⁰, il ne trouve pas décisif qu'il n'y ait pas eu cumul effectif, la simple possibilité d'exercer la poursuite suffit pour conclure à la violation de l'article 5, §-3.

753. Au contraire, l'appréciation réaliste retenue par la Cour EDH fera dire à certains que, pour la Cour EDH, « *le défaut d'impartialité d'un représentant du parquet qui se prononce sur le maintien en détention d'une personne contre laquelle il est susceptible d'agir ultérieurement comme partie poursuivante n'avait donc pas semblé devoir faire difficulté* »¹⁴⁶¹. Plus justement, il s'agit dans un tel cas d'une présomption, d'une apparence de partialité.

¹⁴⁵⁸ CEDH, 1 octobre 1982, PIER-SACK c. Belgique, requête n° 8692/79. Supra : Partie 1, Titre 1, Chapitre 1.

¹⁴⁵⁹ Opinion dissidente annexée à l'arrêt Schiesser, op. cit.

¹⁴⁶⁰ Opinion dissidente annexée à l'arrêt Schiesser, op. cit.

¹⁴⁶¹ SUDRE (F), MARGUENAUD (J-P), ANDRIANTSIMBAZOVINA (J), GOUTTENOIRE (A), LEVINET (M), GONZALEZ (G), op. cit., p. 224 et s.

754. Donc, avec cette première décision la Cour EDH retient une conception réaliste du critère de l'impartialité, de l'indépendance à l'égard des parties du magistrat visé à l'article 5, §-3. La possibilité, de devenir ultérieurement l'organe de poursuite, est insuffisante pour caractériser l'absence d'indépendance à l'égard des parties et donc la partialité. C'est une appréciation *in concreto* de l'indépendance qui est tout d'abord retenue par la Cour EDH pour qualifier un organe de magistrat habilité et qui sera postérieurement abandonnée au profit de l'apparence.

B- La dépendance à l'égard des parties, l'apparence de partialité

755. L'arrêt Schiesser restera isolé dans la jurisprudence de la Cour EDH relative à l'article 5, §-3 puisqu'à sa suite la Cour strasbourgeoise adoptera une conception fondée sur la théorie de l'apparence de partialité¹⁴⁶². Elle ne s'attachera plus aux fonctions réellement exercées par le magistrat ou l'autorité concerné mais au seul risque de partialité encouru par le cumul éventuel subséquent à la prise de décision sur la liberté, peu importe que ce cumul se soit réalisé¹⁴⁶³.

756. Tout d'abord, le 22 mai 1984¹⁴⁶⁴, l'auditeur de justice¹⁴⁶⁵ néerlandais, autorité de poursuite devant le conseil de guerre, sera l'objet de l'appréciation « nouvelle »¹⁴⁶⁶ de

¹⁴⁶² SAINT-PAU (J-C), op. cit. ; PRADEL (J), Quel(s) magistrat(s) pour contrôler la garde à vue ? Vers une convergence entre la Cour de Strasbourg et la chambre criminelle de la Cour de cassation, op. cit.

¹⁴⁶³ BONIS-GARCON (E) et DECIMA (O), op. cit. ; DECAUX (E) et IMBERT (P-H), op. cit., p. 215. ; MATSOPOULOU (H), Plaidoyer pour l'indépendance fonctionnelle des magistrats du parquet, op. cit. ; PRADEL (J), *ibid.* ; RENUCCI (J-F), Le procureur de la République est-il un magistrat au sens européen du terme ?, op. cit., p. 1345 et s., §-4. ; RENUCCI (J-F), L'affaire Medvedyev devant la grande chambre : les « dits » et les « non-dits » d'un arrêt important, op. cit., §-3 et 4.

¹⁴⁶⁴ CEDH, DE JONG, BALJET et VAN DEN BRINK c. Pays-Bas, 22 mai 1984, Requêtes n° 8805/79 ; 8806/79 ; 9242/81 ; CEDH, DUINHOF et DUIJF c. Pays-Bas, 22 mai 1984, requête n° 9626/81 ; 9736/82 ; SUDRE (F), MARGUENAUD (J-P), ANDRIANTSIMBAZOVINA (J), GOUTTENOIRE (A), LEVINET (M), GONZALEZ (G), op. cit., p. 224 et s. ; KUTY (F), op. cit., p. 371 et s.

¹⁴⁶⁵ CEDH, DE JONG, BALJET et VAN DEN BRINK c. Pays-Bas, op. cit., §-19 : « *L'auditeur militaire constitue l'autorité de poursuite devant le conseil de guerre (article 126, premier alinéa). Aucun membre en activité des forces armées ne peut occuper la fonction d'auditeur militaire ou de substitut (article 126, troisième alinéa). L'auditeur militaire et son substitut sont parfois remplacés par un auditeur militaire en exercice (plaatsvervanger - article 126, deuxième alinéa) qui peut être un officier, mais d'après le Gouvernement cela n'arrive que de manière exceptionnelle. Nommés - et révoqués - par la Couronne sur proposition conjointe des ministres de la Justice et de la Défense, les auditeurs militaires (en titre, suppléants ou en exercice) doivent posséder un diplôme de droit (article 126, quatrième et sixième alinéas). L'article 276, second alinéa, du code les oblige à se conformer aux instructions que le ministre de la Justice leur donne pendant l'accomplissement de leur tâche. Selon le Gouvernement, toutefois, cette clause sert de simple fondement juridique à l'édiction de directives de caractère général en matière de poursuites; au moins ces dernières années, aucun ministre de la Justice ne l'aurait utilisée dans un cas précis.*

l'impartialité, de l'indépendance à l'égard des parties, du magistrat habilité à exercer des fonctions judiciaires au sens de l'article 5, §-3 de la Convention EDH. Dans ces différentes espèces l'auditeur de justice militaire qui statue sur la détention avant le jugement a également la possibilité de devenir la partie poursuivante lors de ce jugement. Aussi compte tenu des différents rôles qu'il peut occuper tout au long de la procédure, est-il possible de le considérer comme indépendant des parties et *de facto* impartial lorsqu'il statue sur la détention ?

757. La Cour EDH amorce¹⁴⁶⁷, avec les arrêts rendus contre les Pays-Bas, son appréciation de l'article 5, §-3 fondée sur les apparences¹⁴⁶⁸. Ainsi, elle décidera que l'auditeur de justice militaire « ne pouvait être « indépendant des parties » à ce stade préliminaire parce que, justement, il avait des chances de devenir l'un d'elles lors de la phase ultérieure »¹⁴⁶⁹. Parce qu'il peut devenir une partie, la Cour EDH en déduit qu'il n'est pas indépendant des parties.

758. Par suite, la Cour EDH affirme son attachement à l'apparence de partialité lorsque le cumul est resté éventuel, c'est-à-dire lorsque le cumul entre la décision sur la liberté et la fonction de poursuite ne s'est pas produit. Au contraire, en cas de cumul avéré le recours à l'apparence est plus discret puisqu'il n'est pas nécessaire à la motivation de la décision. Tel est le cas dans les arrêts Pauwels et Huber.

759. Tout d'abord, la Cour EDH, affirme, dans son arrêt Pauwels, que les garanties d'impartialité sont « inhérentes à la notion de "magistrat habilité par la loi à exercer des

Tenu par son serment d'agir avec honnêteté et impartialité (articles 368 et 370), l'auditeur militaire doit assister aux audiences du conseil de guerre (article 290) mais ne participe pas aux délibérés. Il lui incombe en outre de prêter son concours au conseil de guerre et au général, s'ils le lui demandent, par des rapports, observations et conseils relatifs à la justice militaire (article 278). Dans l'exercice de ses attributions, il n'est pas placé sous le contrôle du conseil de guerre ni de la Haute Cour militaire, laquelle a pourtant le pouvoir de le réprimander s'il ne respecte pas strictement les délais légaux (article 297). »

¹⁴⁶⁶ Cette appréciation fondée sur l'apparence est nouvelle pour apprécier le critère de l'indépendance dégagé de l'article 5, §-3. Mais il était par ailleurs appliqué par la Cour EDH de 1982 jusqu'en 1989 puisqu'elle l'appliqua pour apprécier le principe d'impartialité contenu à l'article 6, §-1. *Supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1.

¹⁴⁶⁷ SUDRE (F), MARGUENAUD (J-P), ANDRIANTSIMBAZOVINA (J), GOUTTENOIRE (A), LEVINET (M), GONZALEZ (G), op. cit., p. 224 et s. ; KUTY (F), op. cit., p. 371 et s. ; RENUCCI (J-F), op. cit., p. 353 et s., §-336.

¹⁴⁶⁸ Comme elle le fait par ailleurs de 1982 à 1989 lorsqu'elle applique et apprécie l'impartialité au sens de l'article 6, §-1.

¹⁴⁶⁹ CEDH, DE JONG, BALJET et VAN DEN BRINK c. Pays-Bas, 22 mai 1984, op. cit., §-49 ; sur ce point voir également CEDH, DUINHOF et DUIJF c. Pays-Bas, 22 mai 1984, op. ci., §-38.

*fonctions judiciaires" »*¹⁴⁷⁰. Dans cette affaire il s'agit d'un cas de cumul avéré des fonctions d'instruction et de poursuite (par le premier substitut) ce qui laisse peu de suspense quant à la teneur de la décision de la Cour EDH qui admet la violation de l'article 5, §-3 dans le cas d'un simple cumul éventuel.

760. En l'espèce, le premier substitut de l'auditeur de justice, M. Van Even, avait au cours de la procédure présidé la commission judiciaire, interrogé le requérant, ordonné son arrestation, inculqué le requérant du chef de détournement au préjudice de l'Etat et confirmé à deux reprises le mandat d'arrêt¹⁴⁷¹. En outre, le premier substitut, M. Van Even, représenta le ministère public devant le conseil de guerre qui avait été saisi deux fois par le requérant pour qu'il examine les demandes de mise en liberté. Ensuite, le premier substitut décerna la première citation à comparaître sans occuper le siège du ministère public, ni formuler le réquisitoire lors de l'audience de jugement. Le prévenu fut condamné le 27 février 1985 par la Cour militaire, statuant en appel, à quatre ans d'emprisonnement et 6000 FD d'amende.

761. Ainsi, la Cour EDH doit déterminer si le premier substitut remplissait la condition d'impartialité inhérente aux magistrats visés par l'article 5, §-3, c'est-à-dire qu'elle apprécie s'il était indépendant des parties. En d'autres termes, l'organe qui a ordonné la privation de liberté du requérant peut-il être considéré comme une autorité judiciaire impartiale dès lors qu'il pouvait et qu'il a été par suite l'autorité de poursuite ? Est-il dans ce cas impartial ?

762. Le premier substitut a pris des décisions sur la liberté et a ensuite dans la même affaire représenté le ministère public devant le conseil de guerre saisi de deux demandes de mise en liberté. Sans surprise, la Cour EDH conclut à l'unanimité et en adéquation avec l'appréciation qu'elle donne depuis 1982 de la notion de « *tribunal impartial* » contenu à l'article 6, §-1¹⁴⁷², que « *M. Van Even a effectivement cumulé dans le cas de M. Pauwels, en vertu du code de procédure pénale militaire, des fonctions d'instruction et de poursuite. Dès lors, son impartialité pouvait paraître sujette à caution* »¹⁴⁷³.

¹⁴⁷⁰ CEDH, PAUWELS c. Belgique, 26 mai 1988, requête n° 10208/82, §-37 ; KUTY (F), op. cit., p. 380 ; SUDRE (F), MARGUENAUD (J-P), ANDRIANTSIMBAZOVINA (J), GOUTTENOIRE (A), LEVINET (M), GONZALEZ (G), op. cit., p. 224 et s.

¹⁴⁷¹ *Ibid*, §-10 et s.

¹⁴⁷² *Supra* : Partie 1, Titre 1, Chapitre 1.

¹⁴⁷³ CEDH, HUBER c. Suisse, 23 octobre 1990, requête n° 12794/87, §-38.

763. Ensuite l'arrêt Huber rendu contre la Suisse¹⁴⁷⁴ a traité, tout comme dans l'arrêt Schiesser, au procureur de district. La Cour EDH doit déterminer si le procureur répond aux conditions dégagées dans sa jurisprudence pour être qualifié de magistrat habilité. Seule l'indépendance et donc l'impartialité du procureur de district est contestée. En ce sens, la requérante, Madame Huber, allègue devant la Cour de Strasbourg le manque d'indépendance du procureur de district. Ce dernier l'a placée en détention le 11 août 1983, a instruit l'affaire puis a rendu l'acte d'accusation le 12 octobre 1984. En outre, il pouvait représenter le ministère public à l'audience mais n'y assista pas car la peine d'emprisonnement était inférieure à dix-huit mois¹⁴⁷⁵. Compte tenu du cumul éventuel de la fonction de poursuite, lors de l'audience, avec la décision sur la détention, le procureur pouvait-il être considéré comme impartial lorsqu'il a rendu cette décision ?

764. Selon la Cour EDH « seule prête à controverse l'impartialité du procureur »¹⁴⁷⁶. Elle décidera que « la Convention n'exclut-elle pas que le magistrat qui décide de la détention ait aussi d'autres fonctions, mais son impartialité peut paraître sujette à caution s'il peut intervenir dans la procédure pénale ultérieure en qualité de partie poursuivante »¹⁴⁷⁷ (nous soulignons). Dans cette décision, il est possible de repérer certains marqueurs de la théorie de l'apparence de partialité. Ils résident dans l'utilisation du vocable « paraître »¹⁴⁷⁸ et dans le fait d'interpréter un cumul éventuel comme un facteur de partialité, plus précisément d'apparence de partialité¹⁴⁷⁹. En effet, la seule intervention possible comme autorité de poursuite emporte défaut d'impartialité¹⁴⁸⁰ ce qui signifie *a contrario* que le cumul n'a plus besoin d'être réel, consommé pour être retenu, la seule potentialité emporte apparence de partialité.

¹⁴⁷⁴ CEDH, HUBER c. Suisse, op. cit. ; KUTY (F), op. cit., p. 380 ; PRADEL (J) Quel(s) magistrat(s) pour contrôler et prolonger la garde à vue ? Vers une convergence entre la Cour de Strasbourg et la chambre criminelle de la Cour de cassation, op.cit. ; RENUCCI (J-F), op. cit. p. 353 et s. ; SUDRE (F), MARGUENAUD (J-P), ANDRIANTSIMBAZOVINA (J), GOUTTENOIRE (A), LEVINET (M), GONZALEZ (G), op. cit., p. 224 et s.

¹⁴⁷⁵ CEDH, HUBER c. Suisse, op. cit., §-27 :
« 27. Devant la juridiction de jugement, le procureur de district a qualité de partie au procès (article 178 par. 1 StPO). Il occupe le siège du ministère public, mais n'est tenu d'assister à l'audience que si la peine demandée excède dix-huit mois d'emprisonnement ou si un complément d'information est ordonné. »

¹⁴⁷⁶ CEDH, HUBER c. Suisse, op. cit., §-40.

¹⁴⁷⁷ CEDH, HUBER c. Suisse, op. cit., §-43.

¹⁴⁷⁸ Sur le vocabulaire de la Cour EDH qui est révélateur de l'utilisation de la théorie de l'apparence de partialité voir *supra* : Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, §-1, A-, 2- L'acception de l'apparence applicable au principe l'impartialité.

¹⁴⁷⁹ RENUCCI (J-F), L'affaire Medvedyev devant la grande chambre : les « dits » et les « non-dits » d'un arrêt important, op. cit. : « Une apparence de défaut [...] d'impartialité peut justifier une condamnation » ;

¹⁴⁸⁰ MATSOPOULOU (H), Plaidoyer pour l'indépendance fonctionnelle des magistrats du parquet, op. cit.

765. Après le procureur Suisse se sera au tour du procureur Italien d'être condamné par la Cour EDH le 26 novembre 1992¹⁴⁸¹. Cet arrêt est la confirmation flagrante de l'attachement de la Cour EDH à l'apparence de partialité puisqu'elle décide qu'« *un magistrat compétent pour statuer sur la détention peut remplir aussi d'autres fonctions, mais que son impartialité risque d'inspirer aux justiciables des doutes légitimes s'il peut agir dans la procédure ultérieure à titre de partie poursuivante* »¹⁴⁸² (nous soulignons). La Cour EDH n'attend donc pas qu'il remplisse la dite fonction, la seule éventualité suffit pour conclure à une apparence de partialité. Elle en déduit qu'il n'y a aucune raison de se détacher de sa jurisprudence antérieure qui « *implique que seules entrent en ligne de compte les apparences objectives existant à la date de la décision sur la détention : s'il s'avère, à ce moment-là, que le « magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires » peut intervenir à un stade subséquent à titre de représentant de l'autorité de poursuite, son impartialité peut inspirer des doutes à considérer comme objectivement justifiés . Or il en allait ainsi, sans conteste, le 7 décembre 1987, quand le substitut du procureur de Lagonegro prit la décision litigieuse confirmant la détention du requérant. Peu importe la découverte ultérieure, le 14 décembre 1987, de son inaptitude à mener les poursuites, faute de compétence territoriale* »¹⁴⁸³. Dans cette espèce le procureur n'a pas cumulé les fonctions puisqu'après avoir statué sur la détention il s'est avéré territorialement incompétent pour exercer les poursuites. Pour la Cour EDH cela n'a aucun impact car au moment où il a rendu la décision sur la détention il était susceptible d'exercer la fonction de poursuite. Ce seul facteur créait une apparence de partialité, une présomption de partialité.

766. Donc avec cet arrêt la Cour EDH confirme son attachement à l'apparence de partialité du magistrat visé à l'article 5, §-3. Le cumul éventuel, qui conduit à une apparence de partialité, suffit pour constater l'absence de la qualité de magistrat au sens de l'article 5, §-3.

¹⁴⁸¹ CEDH, BRINCAT c. Italie, 26 novembre 1992, requête n° 13867/88. SUDRE (F), MARGUENAUD (J-P), ANDRIANTSIMBAZOVINA (J), GOUTTENOIRE (A), LEVINET (M), GONZALEZ (G), op. cit., p. 220 ; RENUCCI (J-F), op. cit., p. 349 et s., §-336 ; MURDOCH (J), L'article 5 de la Convention européenne des droits de l'Homme, Dossier sur les droits de l'homme n° 12, édition du Conseil de l'Europe, 2003, p. 71 et s.

¹⁴⁸² CEDH, BRINCAT c. Italie, op. cit., §-20.

¹⁴⁸³ *Ibid.*, §-21.

767. Cette jurisprudence sera par suite confirmée¹⁴⁸⁴ et précisée puisque la Cour EDH décidera que le fait pour le procureur d'agir comme gardien de l'intérêt public¹⁴⁸⁵ ne peut être susceptible de leur conférer un statut judiciaire¹⁴⁸⁶. Donc le fait que le ministère public soit une partie au service de l'intérêt général, comme c'est le cas en France, n'est pas susceptible de faire vaciller la jurisprudence de la Cour EDH.

768. En conclusion la Cour EDH se fonde sur l'apparence de partialité pour apprécier l'impartialité du magistrat visée par l'article 5, §-3 alors qu'elle rejette, depuis 1989¹⁴⁸⁷, cette même théorie de l'apparence de partialité pour interpréter le principe d'impartialité contenu à l'article 6, §-1. Elle conserve donc l'apparence, qui est une appréciation au résultat plus strict, pour le seul ministère public.

769. La Cour EDH attend du magistrat visé à l'article 5, §-3 qu'il soit indépendant des parties et ce par le non-cumul de certaines fonctions avec la poursuite. Dès lors, il est aisé de comprendre que les magistrats du parquet français qui accéderaient à l'indépendance statutaire aient des difficultés pour atteindre ce critère qui paraît incorrigible. Cependant, il faut rappeler que la portée de cette jurisprudence reste cantonnée au domaine des atteintes à la liberté. Mais, même cloisonnée, cette jurisprudence semble construite sur une vision négative, peut être faussée, de la fonction des magistrats du parquet. Il convient donc de s'interroger sur la qualité du procureur lorsqu'il intervient dans la procédure pénale et notamment dans la phase de jugement. Est-il une simple partie ou une partie qui représente l'intérêt général, la société et ce pour une bonne application de la loi ? La Cour EDH n'adopte-t-elle pas une vision simpliste du rôle du procureur en le considérant comme une simple partie au procès ?

¹⁴⁸⁴ CEDH, ASSENOV et Autres c. Bulgarie, 28 octobre 1998, requête n° 24760/94, §-146 ; CEDH, NIKOLOVA c. Bulgarie, 25 mars 1999, requête n° 31195/96, §- 49 ; CEDH, NIEDBALAH c. Pologne, 4 juillet 2000, requête n° 27915/95, §-49.

¹⁴⁸⁵ CEDH, NIEDBALAH c. Pologne, 4 juillet 2000, requête n° 27915/95, §-53 ; CEDH, DACEWICZ c. Pologne, 2 juillet 2002, requête n° 34611/97, §-21 ; CEDH, JASINSKI c. Pologne, 20 décembre 2005, requête n° 30865/96, §-46.

¹⁴⁸⁶ RENUCCI (J-F), L'affaire Medvedyev devant la grande chambre : les « dits » et les « non-dits » d'un arrêt important, op. cit., §-3.

¹⁴⁸⁷ CEDH, 24 mai 1989, HAUSCHILDT c. Danemark, requête n° 10486/83.

§-2 L'apparence de partialité du ministère public français, appréciation conventionnelle contestable

770.L'application, par la Cour EDH, de l'apparence de partialité aux magistrats visés par l'article 5, §-3 a atteint les magistrats du ministère public français. L'apparence de partialité paraît insurmontable car la Cour EDH considère le ministère public comme une simple partie (A). Cette appréciation conventionnelle est-elle conforme au rôle réellement exercé par le ministère public dans la procédure pénale française ? Ce dernier est une partie mais qui agit au service de l'intérêt général (B). Cela est indifférent pour la Cour EDH, ce qui condamne¹⁴⁸⁸ le parquet français à ne jamais être reconnu comme une autorité judiciaire au sens de l'article 5, §-3.

A- L'apparence de partialité conventionnelle du ministère public simple partie

771.L'appréciation conventionnelle de l'impartialité, dégagée de l'article 5, §-3, conduit à condamner l'organe qui décide de la détention, au-delà d'un certain délai jugé compatible avec le droit conventionnel, s'il peut intervenir par suite comme organe de poursuite. Dans un tel cas la Cour EDH considère qu'il y a une apparence de partialité car il est, selon elle, la partie poursuivante¹⁴⁸⁹. En effet, à ses yeux, l'organe qui décide de la détention et qui intervient ultérieurement comme partie poursuivante ne peut pas selon la Cour EDH être indépendant des parties puisqu'il est l'une d'elle¹⁴⁹⁰.

772.Bien que dans les arrêts rendus contre la France la dépendance à l'égard de l'exécutif a été, à juste titre, le motif prépondérant retenu par la Cour EDH pour motiver ses décisions de condamnation, la dépendance vis-à-vis des parties était également présente. En effet, la Grande Chambre¹⁴⁹¹ a précisé que « *le magistrat doit présenter des garanties requises d'indépendance à l'égard de l'exécutif et des parties, ce qui exclut notamment qu'il puisse*

¹⁴⁸⁸ Il s'agit d'une condamnation à relativiser puisque dans la pratique les pouvoirs du ministère public français en matière de décisions sur la liberté sont conformes à l'appréciation de la Cour EDH. *Supra*, ce chapitre, section 1.

¹⁴⁸⁹ CEDH, BRINCAT c. Italie, op. cit., §-20 ; CEDH, HUBERT c. Suisse, op. cit., §-43 ; JEAN (J-P), Le ministère public français au regard des justices pénales d'Europe, op. cit.

¹⁴⁹⁰ CEDH, DE JONG, BALJET et VAN DEN BRINK c. Pays-Bas, op. cit., §-49.

¹⁴⁹¹ CEDH, Grande Chambre, MEDVEDYEV et Autre c. France, op. cit., §-124 ; CEDH, MOULIN c. France, op. cit., §-58.

agir par la suite contre le requérant dans la procédure pénale, à l'instar du ministère public [...] ».

773. Il est justifié que la dépendance statutaire des magistrats du parquet à l'égard du pouvoir exécutif, qui constitue un obstacle majeur à leur impartialité, conduise à la condamnation par la Cour EDH des magistrats du parquet. Au contraire, l'apparence de partialité conventionnelle retenue contre le ministère public français, considéré comme une partie, repose sur une incompréhension de sa mission. Le rôle premier du ministère public est d'exercer l'action publique afin d'assurer la paix publique et ce conformément à la loi dont il requiert l'application lors de l'audience de jugement. Il est donc difficile voire impossible d'attendre du ministère public qu'il ne soit plus « la partie » qui engage les poursuites au nom de l'intérêt général et qui requière par suite l'application de la loi à l'audience. Dans ces conditions, la négation de la qualité d'autorité judiciaire impartiale paraît insurmontable¹⁴⁹².

774. Enfin, la vision conventionnelle du parquet semble simpliste et réductrice car bien qu'il soit une partie, il est la partie qui agit au nom de la loi et dans l'intérêt général, non pas dans son intérêt personnel comme pourrait le faire une simple partie privée¹⁴⁹³, il n'est pas personnellement impliqué comme peuvent l'être les parties privées ce qui le distingue de ces dernières.

¹⁴⁹² ASCENSI (L), *Le ministère public est-il une autorité judiciaire ?*, op. cit. ; BACHELET (O), op. cit. : « *En effet, pour considérer que le procureur de la République n'est pas un « magistrat habilité [...] à exercer des fonctions judiciaires* », la Cour de Strasbourg se fonde, non seulement sur son absence d'indépendance à l'égard du pouvoir exécutif, mais aussi sur son impartialité déficiente dans la mesure où la possibilité de déclencher les poursuites fait partie de ses prérogatives essentielles. » ; BONIS-GARCON (E) et DECIMA (O), op. cit. ; MARON (A) et HAAS (M), *La parquet au tapis !, Droit pénal*, février 2011, n°2, comm.26 ; MATSOPOULOU (H), *Plaidoyer pour l'indépendance fonctionnelle des magistrats du parquet*, op. cit. ; VERGES (E), *Politique pénale et action publique : la difficile conciliation du modèle français de ministère public et des standards européens*. (À propos de la loi n° 2013-669 du 25 juillet 2013 relative aux attributions de garde des Sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et de mise en œuvre de l'action publique et des réformes connexes), op. cit. : « *Même si le projet de loi constitutionnelle devait être présenté à nouveau devant le parlement et adopté en congrès, les garanties d'indépendance liées à la nomination et à la discipline des magistrats ne permettraient pas de mettre le droit français en conformité avec la Conv. EDH. Le parquet devra toujours mettre en œuvre les instructions générales du ministre de la justice. De plus, il exercera toujours la fonction de partie poursuivante* ».

¹⁴⁹³ MATHIEU (B), *Parquet, une institution à la croisée des chemins*, op. cit.

B- Le ministère public, une partie au service de l'intérêt général

775. Le rôle premier des magistrats du parquet est d'exercer le ministère public¹⁴⁹⁴, c'est-à-dire de décider, à l'issue d'une enquête qu'ils dirigent¹⁴⁹⁵, de déclencher ou pas les poursuites et s'il poursuit de requérir l'application de la loi lors du jugement et faire éventuellement appel contre ce dernier. Cette mission s'effectue en adéquation avec la finalité du procès pénal qui est la recherche de la vérité¹⁴⁹⁶. À ce rôle classique s'ajoute une troisième option possible qui est celle de recourir à l'une des procédures alternatives aux poursuites¹⁴⁹⁷.

776. « Le ministère public est donc en toute matière (civile ou répressive), et à tout moment (origine de l'action ou déroulement du procès), l'organe de la loi, chargé de l'interpréter pour la défendre. Cette considération emporte du point de vue de l'organisation du ministère public un certain nombre de conséquences » parmi lesquelles « l'appartenance du ministère public à la magistrature, car la magistrature est seule compétente pour interpréter la loi. »¹⁴⁹⁸ En d'autres termes, le procureur est « la voix (le défenseur) des valeurs que la société estime indispensables pour assurer une vie commune »¹⁴⁹⁹, il ne doit être « que le défenseur de l'intérêt général »¹⁵⁰⁰ et ce notamment lorsqu'il est demandeur au procès pénal. En effet, les magistrats du parquet exercent l'action publique¹⁵⁰¹ qui se définit comme l'action « exercée au nom de la société, en principe par les soins d'un corps spécial de magistrats qui a pour objet l'application de la loi pénale à l'auteur du fait réputé délictueux, et la réparation du dommage causé à la société »¹⁵⁰². Cette définition fait référence à l'un des objets de l'action publique qui est la réparation du dommage causé à la société et non pas à la victime, ceci est essentiel pour bien délimiter le rôle du ministère public, en aucun cas il n'est le défenseur des

¹⁴⁹⁴ Sur une mise au point sémantique entre qualité et fonction voir RENOUX (T-S), in *Quel avenir pour le ministère public*, op. cit., p. 35.

¹⁴⁹⁵ Sur ce point voir notamment DESPORTES (F), LAZERGES-COUSQUER (L), op. cit., p. 586 et s., §-824 et s. ; PRADEL (J), *Procédure pénale*, op. cit., p. 137, §-167.

¹⁴⁹⁶ JEAN (J-P), *Le ministère public français au regard des justices pénales d'Europe*, op. cit.

¹⁴⁹⁷ Sur le rôle du ministère public dans le choix de la réponse pénale : *infra*, Chapitre 2 de ce titre.

¹⁴⁹⁸ RASSAT (M-L), op. cit., p. 145, n° 193.

¹⁴⁹⁹ BEAUME (J), *Le parquet après trois décennies, la nécessité d'un nouvel équilibre*, in *Quel avenir pour le ministère public*, op. cit., p. 157.

¹⁵⁰⁰ *Ibid.*

¹⁵⁰¹ Article 1 CPP.

¹⁵⁰² CORNU (G), *Vocabulaire juridique*, Capitant, Puf, Quadrige Dicospoche, 2005, voir « action publique ».

victimes¹⁵⁰³, si tel était le cas il serait effectivement une partie au procès et plus le garant de l'intérêt général¹⁵⁰⁴.

777. Pourtant, la Cour EDH se montre sévère à son encontre. S'il est incontestable que son statut est incompatible avec la qualité d'autorité judiciaire impartiale, il semble excessif, à l'aune de ces précisions, de réduire le parquet à la qualité de partie puisqu'il agit au service de l'intérêt général¹⁵⁰⁵, il est le représentant de la République. Il est le magistrat qui veille à la préservation de l'intérêt général, de la tranquillité publique ce qui est un argument inopérant devant la Cour EDH.

778. Le ministère public exerce au nom et pour le compte de la société l'action publique. Mais pour ce faire il n'agit pas de façon arbitraire¹⁵⁰⁶, en toute liberté. Il doit d'une part respecter le serment qu'il a prêté lors de sa nomination¹⁵⁰⁷ et d'autre part, même si son action est régie par le principe de l'opportunité des poursuites¹⁵⁰⁸ qui peut constituer un risque pour l'impartialité surtout en l'état de dépendance statutaire actuel des magistrats du parquet¹⁵⁰⁹, il doit respecter le principe légaliste. Ce dernier impose l'obligation d'un texte pour poursuivre un comportement délictueux, « *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* ». Dès lors, il ne peut pas poursuivre n'importe quel comportement qu'il estimerait dérangeant, il reste le

¹⁵⁰³ BEAUME (J), op. cit., p. 157 : « Enfin, rattaché à la loi, le parquet ne doit être le défenseur que de l'intérêt général. Il est le représentant (« procureur ») de la République. C'est pourquoi, je suis toujours gêné d'entendre un procureur se targuer d'être « le représentant des victimes » ».

¹⁵⁰⁴ Cependant, certains magistrats du parquet confondent les deux intérêts (général et de la victime) ce qui peut poser des difficultés compte tenu de la mission qui leur est conférée. À titre d'exemple, après avoir rappelé que la force du ministère public réside dans : « la recherche de la vérité, la défense de l'intérêt général et l'égalité de tous les citoyens devant la loi », Madame le procureure Générale, Catherine Champrenault, poursuit en disant que « le ministère public est naturellement du côté des victimes », in COIGNAC (A) « Le procureur de la République et même le procureur général sont devenus des magistrats dans la cité. Ils ne sont plus dans la tour d'Ivoire de leur Palais de justice », trois questions à Catherine Champrenault, procureure Générale de la Cour d'appel de Paris, JCPG, n° 46-47, 9 novembre 2015, p. 2130 et s.

¹⁵⁰⁵ MARIN (J-C), in *Le statut constitutionnel du parquet*, op. cit., p. 1 et s.

¹⁵⁰⁶ *Infra* : Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, §-2.

¹⁵⁰⁷ Ordonnance n° 58-1270, op. cit., article 6 : « de bien et fidèlement remplir mes fonctions, de garder religieusement le secret des délibérations et de me conduire en tout comme un digne et loyal magistrat ».

La protection de l'impartialité par le seul serment semble aujourd'hui difficile, certains magistrats le déplorent : « Il existe un vrai malaise jusque dans la justice en ce que le seul fait de prêter serment ne suffit pas à rassurer les justiciables qui doutent aujourd'hui de tout et même de leurs institutions » : entretien avec Monsieur le Procureur de la République, Éric Camous, le 8 septembre 2016.

¹⁵⁰⁸ Article 40 et 40-2 CPP.

Sur le principe de l'opportunité des poursuites voir notamment : DESPORTES (F) et LAZERGES-COURSQUER (F), op. cit., p. 788 et s., §-1138 et s. ; GUINCHARD (S) et BUISSON (J), procédure pénale, op. cit., p. 858 et s., §-1436 et s. ; PRADEL (J), op. cit., p. 572 et s., §-598 et s. ; RASSAT (M-L), op. cit., p. 215 et s. ; ROETS (D), op. cit., p. 304 et s., §-523 et s. ; Rapport de la commission de réflexion sur la justice, présidée par Monsieur Pierre Truche, Juillet 1997, op. cit., p. 19 et s.

¹⁵⁰⁹ ROETS (D), op. cit., p. 313 et s., §-534 et s.

serviteur de la loi qui est nécessairement objective. Ainsi, il convient de partager l'opinion du Professeur Bertrand Mathieu selon laquelle, « *sauver le parquet français c'est faire comprendre à la Cour de Strasbourg que le procureur n'est pas une partie au procès comme une autre. Il ne défend pas un intérêt individuel, il défend, comme il vient d'être dit, le respect du droit et de l'intérêt général* »¹⁵¹⁰. Le conseil constitutionnel l'a d'ailleurs expressément affirmé¹⁵¹¹. Le ministère n'est donc pas une simple partie¹⁵¹², il est donc possible de relever une certaine incompréhension de la fonction de ministère par la Cour EDH lorsqu'elle applique l'article 5, §-3.

¹⁵¹⁰ MATHIEU (B), *Parquet, une institution à la croisée des chemins*, op. cit. ; sur cette incompréhension conventionnelle du rôle du procureur de la République voir également : PRADEL (J), *Une lecture préoccupante de l'article 5, §-3 de la Convention européenne des droits de l'homme par la Cour EDH*, op. cit. : nous ne partageons pas l'affirmation du Professeur Jean Pradel selon laquelle le procureur de la République est indépendant mais nous nous rattachons à son opinion selon laquelle « *le procureur de la République n'est pas une simple partie accusatrice, mais le défenseur en première ligne des libertés individuelles. Les juges de Strasbourg font fi de cette réalité française* ».

¹⁵¹¹ QPC, 13 juillet 2011, n°2011-153 ; QPC, 21 octobre 2011, n° 2011-190 ; RAYSSEGUIER (C), in le statut constitutionnel du parquet, op. cit., p. 120.

¹⁵¹² Sur la compatibilité du rôle du ministère public qui est notamment de donner une réponse pénale au nom de l'intérêt général et le principe d'impartialité, *infra* : Chapitre 2, Section 2, §-2.

Conclusion Chapitre 1

779.L'impossible extension de l'article 6, §-1 aux magistrats du parquet n'a pas empêché la Cour EDH de connaître de la question de « l'impartialité » des magistrats du parquet, elle l'appréhende lorsqu'elle fait application de l'article 5, §-3 de la Convention EDH.

780.L'absence d'impartialité conventionnelle, au sens de l'article 5, §-3, est fondée sur la dépendance statutaire des magistrats du parquet à l'égard de l'exécutif et par la dépendance du parquet à l'égard des parties ; la Cour EDH les considère comme étant eux-mêmes partie dans la procédure. Pour apprécier cette dépendance à l'égard des parties, la Cour EDH n'hésite pas à faire revivre l'apparence de partialité puisque le cumul éventuel, de la décision sur la liberté avec la poursuite, suffit pour conclure à la partialité du ministère public.

781.S'il est incontestable que l'absence d'indépendance statutaire des magistrats du parquet constitue un obstacle majeur pour leur octroyer la qualité d'autorité judiciaire impartiale, la dépendance à l'égard des parties, c'est-à-dire l'apparence de partialité, semble plus discutable. En ce sens, l'apparence de partialité des magistrats du parquet est le signe d'une conception intransigeante et indifférente à la circonstance que ces magistrats ont pour mission la préservation de l'intérêt public, l'intérêt général. De plus, la Cour de Strasbourg tolère en pratique que « cette partie » puisse prendre des décisions sur la liberté durant les premiers jours de la détention ce qui laisse transparaître une certaine incohérence dans sa jurisprudence. Elle pourrait donc considérer les magistrats du parquet comme des autorités judiciaires habilitées durant les premières heures à décider de la « détention » tout en imposant l'intervention d'un juge au-delà de ce premier délai¹⁵¹³.

782.L'absence d'impartialité conventionnelle des magistrats du parquet est en contraste avec la consécration, par le législateur français, de l'impartialité du parquet.

¹⁵¹³ Ceci est d'ailleurs la position constitutionnelle : DC, 3 septembre 1986, n° 86-213 ; DC, 17 décembre 2010, n° 2010-80, considérant n° 11 : « *considérant, en outre, que, si l'autorité judiciaire comprend à la fois les magistrats du siège et du parquet, l'intervention d'un magistrat du siège est requise pour la prolongation de la garde à vue au-delà de quarante-huit heures ; que, par suite, la privation de liberté instituée par l'article 803-3 du code de procédure pénale, à l'issue d'une mesure de garde à vue prolongée par le procureur de la République, méconnaîtrait la protection constitutionnelle de la liberté individuelle si la personne retenue n'était pas effectivement présentée à un magistrat du siège avant l'expiration du délai de vingt heures prévu par cet article.* »

Chapitre 2 : L'affirmation nationale de l'impartialité des magistrats du parquet en contraste avec le droit conventionnel

783. L'absence d'impartialité des magistrats du parquet est issue de l'appréciation de l'article 5, §-3 dont le champ d'application est limité aux décisions sur la liberté. Dès lors, la Cour EDH ne nie pas de façon inconditionnelle la qualité d'autorité judiciaire aux magistrats du parquet mais le fait pour un domaine d'intervention limitée qu'est celui de la décision portant atteinte à la liberté. Cependant, bien que restreinte à un domaine particulier, l'appréciation de la Cour EDH laisse percevoir sa vision négative des magistrats du parquet.

784. À l'opposé de la conception conventionnelle, l'impartialité des magistrats du parquet est explicitement affirmée en droit français, aussi est-il indispensable de s'attacher à cette affirmation nationale qui semble en contraste la jurisprudence de la Cour EDH. Mais est-ce réellement le cas ?

785. Le 25 juillet 2013¹⁵¹⁴, le législateur français a adopté une loi qui consacre le principe d'impartialité du ministère public¹⁵¹⁵ lorsqu'il exerce l'action publique et requiert l'application de la loi. Aussi devrait-on en déduire que les magistrats du parquet qui sont soumis, en droit français, au principe d'impartialité sont dans « une position », notamment statutaire et fonctionnelle, leur permettant d'observer cette exigence. Or, décréter l'impartialité est parfois une solution de facilité, il faut également qu'elle se constate et qu'elle puisse s'exprimer. En ce sens, la consécration textuelle de l'impartialité paraît plus aisée que sa concrétisation. Est-il possible pour les magistrats du parquet d'observer l'exigence d'impartialité tout au long de leurs interventions dans la procédure pénale ? L'impartialité a-t-elle la même acception lorsqu'elle s'applique aux magistrats du parquet que lorsqu'elle s'applique aux magistrats du siège ? Cette consécration textuelle de l'impartialité est un premier pas vers le progrès mais est-elle pleinement satisfaisante et réalisable ? Avant de répondre à ces questions il est nécessaire de rechercher les sources de l'impartialité du

¹⁵¹⁴ Loi n° 2013-669, loi du 25 juillet 2013 relative aux attributions du garde des Sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et de mise en œuvre de l'action publique, JO, 26 juillet 2013, JO n° 0172, p. 12441, article 3 qui complète l'article 31 du CPP en ces termes : « *dans le respect du principe d'impartialité auquel il est tenu* ».

¹⁵¹⁵ Il semble que la consécration du principe d'impartialité soit édulcorée. Sur ce point voir *infra*, Section 2.

parquet (Section 1) pour ensuite s'attacher à l'impartialité édulcorée¹⁵¹⁶ du parquet (Section 2).

¹⁵¹⁶ CNRTL, <http://www.cnrtl.fr/definition/edulcorer> : « *Au fig., souvent péj.* [L'obj. désigne une expression de la pensée ou de la sensibilité] Faire perdre de sa dureté ou de sa vigueur à; donner un caractère plus doux, des formes moins acerbes à. *Édulcorer un blâme, une pensée.* (Quasi-)synon. *affaiblir, affadir, atténuer.* *Cet amour latent, je peux à la rigueur le tuer, tout au moins l'étouffer, l'empêcher de se manifester; je ne peux pas l'edulcorer* (Montherl., *J. filles*, 1936, p. 1051). »

Section 1 : Les sources de l'impartialité du parquet

787. L'affirmation de l'impartialité des magistrats du parquet ne s'est pas faite *ex-nihilo*. Il est possible de déceler les sources supra-législatives de l'impartialité du parquet (§-1) et que cette dernière est commandée par les missions du parquet (§-2). Les sources de l'impartialité des magistrats du parquet sont importantes pour comprendre, au-delà de la jurisprudence de la Cour EDH, la conception actuelle des magistrats du parquet au sein du Conseil de l'Europe. Effectivement il s'agit de dépasser le droit de la Convention EDH pour notamment s'intéresser à la *soft law* du Conseil de l'Europe.

§-1 Les sources supra-législative de l'impartialité du parquet

788. La consécration législative récente de l'impartialité des magistrats du parquet par le législateur français est confortée par le droit constitutionnel français qui reconnaît implicitement l'impartialité du parquet (A) et par la *soft law* du Conseil de l'Europe qui recommande explicitement l'impartialité du parquet (B). Intégrer la *soft law* dépasse l'objet de notre sujet d'étude qui est limité à l'impartialité des magistrats à l'aune du droit de la Convention EDH. Cependant, la question de l'impartialité du ministère public rend indispensable de faire référence à la *soft law* du Conseil de l'Europe qui d'une part développe une vision de l'impartialité du ministère public éloignée de celle de la Cour EDH et qui d'autre part influence parfois les décisions de la Cour EDH. Ces deux droits, le droit constitutionnel et le droit souple du Conseil de l'Europe, semblent avoir été des sources de la consécration récente de l'impartialité des magistrats du parquet par le législateur français.

A- La reconnaissance implicite de l'impartialité du parquet en droit constitutionnel

789. Le 25 juillet 2013¹⁵¹⁷ le législateur a consacré l'impartialité des magistrats du parquet. Il est intervenu dans un domaine précédemment investi par le Conseil constitutionnel qui avait

¹⁵¹⁷ Loi 2013-669, op. cit.

déjà conféré la valeur constitutionnelle au principe d'impartialité en le rattachant à l'article 16 de la DDHC¹⁵¹⁸.

790. La notion d'autorité judiciaire, telle qu'elle se conçoit en droit constitutionnel, doit-êtré rappelée brièvement. Tout d'abord, l'article 64 de la Constitution dispose que « *le Président de la République est garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire* » et l'article 66 prévoit que « *l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi* ». Lorsqu'il interprète ces dispositions, le Conseil constitutionnel décide, depuis 1993, que l'autorité judiciaire comprend à la fois les magistrats du siège et du parquet¹⁵¹⁹. Dès lors, l'autorité judiciaire qui est gardienne de la liberté individuelle semble nécessairement soumise à la condition d'impartialité.

791. Le Conseil constitutionnel dégage de l'article 16 de la DDHC le principe de l'impartialité de la justice¹⁵²⁰, des juridictions (dont les magistrats du siège et du parquet font partie) comme étant une garantie indissociable des fonctions juridictionnelles. Aussi, convient-il de partager l'interprétation, faite par le Professeur Renoux, quant au champ d'application de cette garantie constitutionnelle d'impartialité. Selon lui, « *si le ministère public, au sens strict, ne juge pas*¹⁵²¹ ; *s'il ne saurait, même partie jointe, être considéré, sur un plan constitutionnel, comme une partie au procès ; s'il est susceptible de ce fait, en sa qualité de représentant des intérêts de la société, d'être doté de droits propres, différents de ceux du justiciable, sa participation active au prononcé de la justice, notamment dans la gestion de l'opportunité des poursuites ou le recours aux modes alternatifs de règlement des litiges (médiation, composition pénale, transaction...), dépassant la fonction d'un simple avocat extérieur à la juridiction permet d'expliquer qu'il soit soumis au respect du principe constitutionnel de l'impartialité de la justice* »¹⁵²².

¹⁵¹⁸ Article 16 DDHC : « *Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution.* » Voir notamment : DC 28 décembre 2006, n° 2006-545 considérant n° 24 ; puis voir notamment : QPC 25 mars 2011, n° 2010-110, considérant n° 3 ; QPC 8 juillet 2011, n° 2011-147, considérant n° 8.

¹⁵¹⁹ Sur ce point, *supra* : Chapitre 1 de ce titre.

¹⁵²⁰ RENOUX (T, S), La constitution et le pouvoir judiciaire, de l'article 64 de la Constitution et l'indépendance de l'autorité judiciaire à l'article 16 de la Déclaration des droits et l'indépendance de la justice, in *Cinquantième anniversaire de la Constitution*, Sous la direction de Bertrand Mathieu, Dalloz, Hors collection Dalloz, 2008, p. 293 et s., spec. p. 304 et s.

¹⁵²¹ C'est-à-dire qu'il n'exerce pas une fonction juridictionnelle, au sens de juger.

¹⁵²² RENOUX (T, S), l'apport constitutionnel à la réflexion sur l'évolution du ministère public, op. cit., p. 41.

792. Le principe d'impartialité qui découle de l'article 16 de la DDHC a donc une valeur constitutionnelle. Bien que le Conseil constitutionnel n'ait jamais eu à se prononcer sur l'application du principe constitutionnel d'impartialité aux magistrats du parquet il semble qu'il les concerne¹⁵²³ notamment car ils font constitutionnellement partie de l'autorité judiciaire.

793. La *soft law* du Conseil de l'Europe quant à elle recommande explicitement l'impartialité des magistrats du parquet.

B- La reconnaissance explicite de l'impartialité du parquet par la *soft law* du Conseil de l'Europe

794. La *soft law* ou droit souple du Conseil de l'Europe désigne le droit non-contraignant dégagé par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe. Les textes compris dans la *soft law* représentent des lignes directrices qu'il est conseillé aux États membres du Conseil de l'Europe de suivre sans qu'ils ne soient dans l'obligation de les observer. Si le droit du Conseil de l'Europe est plus vaste que le droit de la Convention EDH, il est apparu opportun d'y faire référence compte de son impact sur les droits nationaux et sur la Cour EDH¹⁵²⁴ d'une part et compte tenu de sa conception de l'impartialité des magistrats du parquet qui est différente de celle de la Cour EDH d'autre part.

795. En matière d'impartialité des procureurs le texte éminent, qu'est la Recommandation 2000(19)¹⁵²⁵, a été adopté le 6 octobre 2000 par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe. Elle est le texte de référence, de l'organisation intergouvernementale, relative au ministère public et sera dotée d'un organe consultatif, le Conseil consultatif des procureurs

¹⁵²³ En effet le Conseil constitutionnel a appliqué le principe d'impartialité aux sanctions non-juridictionnelles, QPC n° 2012-280, 12 octobre 2012, considérant n° 16 : « *qu'en particulier, doivent être respectés le principe de la légalité des délits et des peines ainsi que les droits de la défense, principes applicables à toute sanction ayant le caractère d'une punition, même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non juridictionnelle ; que doivent également être respectés les principes d'indépendance et d'impartialité découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789* » ; sur ce point voir notamment LE BOT (O), Le pouvoir de sanction des autorités administratives soumis aux principes d'indépendance et d'impartialité, *constitutions*, 2013, p. 95 et s.

¹⁵²⁴ Sur un article relatif à l'influence de la *soft law* dans la jurisprudence de la Cour EDH voir notamment : TULKENS (F), VAN DROOGHENBROECK (S), KRENC (F), Le *soft law* et la Cour européenne des droits de l'homme : question de légitimité et de méthode, *RTDH*, 2012, n° 91, p. 433 et s.

¹⁵²⁵ Recommandation sur le rôle du ministère public dans le système de justice pénale, Rec. 2000 (19), adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, le 6 octobre 2000. Texte disponible en ligne : http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccpe/default_FR.asp.

européens¹⁵²⁶, chargé du suivi et de de la promotion de la dite recommandation. Il émet à ce titre des avis. Cette recommandation du Comité des ministres aux États membres a pu influencer le législateur français précisément car il lui est recommandé de s'en inspirer, sans y être obligé¹⁵²⁷.

796. Le ministère public est défini dans la recommandation comme « *l'autorité chargée de veiller, au nom de la société et dans l'intérêt général, à l'application de la loi lorsqu'elle est pénalement sanctionnée, en tenant compte d'une part, des droits des individus et, d'autre part, de la nécessaire efficacité du système de justice pénale* »¹⁵²⁸. Au contraire de l'appréciation de la Cour EDH¹⁵²⁹, cette définition ne réduit pas le ministère public à une simple partie. Cette conception est donc plus conforme au rôle qui lui est dévolu, notamment en France, puisqu'il est l'autorité chargée de veiller à l'application de la loi dans le but de protéger la société des comportements délinquants, néfastes à la paix publique.

797. La recommandation poursuit en développant plusieurs axes relatifs au rôle du ministère public, tels les rapports entre le ministère public et les pouvoirs exécutif et législatif, les rapports entre le ministère public et les juges. Parmi ces différents axes, celui relatif aux devoirs et responsabilités du ministère public vis-à-vis des justiciables¹⁵³⁰ va particulièrement intéresser la présente analyse car il concerne précisément le principe d'impartialité. En effet, la vingt-quatrième recommandation prévoit que « *dans l'exercice de sa mission, le ministère public doit notamment : agir de façon équitable, impartiale et objective* »¹⁵³¹. Cette recommandation est le reflet de la conception favorable du Comité des ministres à l'égard de

¹⁵²⁶ Ce Conseil a remplacé les conférences des procureurs généraux d'Europe qui avaient été initialement créées pour accompagner le suivi de la recommandation 2000 (19). Le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe institutionnalisera ces conférences en créant lors de sa 935^{ème} réunion, le 13 juillet 2005, le Conseil consultatif des procureurs européens (CCPE). Sur ce point voir notamment, DA SILVA MIGUEL (J, M), Le ministère public et l'avenir, la recommandation Rec (2000) 19 et l'exemple portugais, in *Quel avenir pour le ministère public*, op. cit., p. 115 et s., spec., p. 121.

¹⁵²⁷ Rapport sur le projet de loi relatif aux attributions du garde des Sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et d'action publique (projet de loi adopté : loi n° 2013-669, op. cit.), rapport n° 1047, rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, rapport déposé le 21 mai 2013, par M. Jean-Yves LE BOUILLONNEC, p. 23 et s. : « *la réforme proposée par le présent projet de loi s'inscrit pleinement dans le cadre de la recommandation du Conseil de l'Europe, adoptée par le comité des ministres le 6 octobre 2000, sur le rôle du ministère public dans le système de justice pénale.* ». Rapport accessible en ligne : <http://www.assemblee-nationale.fr/14/pdf/rapports/r1047.pdf>

¹⁵²⁸ Recommandation 2000 (19), op. cit., recommandation n° 1.

¹⁵²⁹ Lorsqu'elle applique l'article 5, §-3, la Cour EDH considère le parquet comme une simple partie.
Supra : chapitre 1 de ce titre.

¹⁵³⁰ Cet axe comprend les recommandations vingt-quatre à trente-six.

¹⁵³¹ Recommandation 2000 (19), op. cit., recommandation n° 24.

l'impartialité du ministère public et ce dans le but d'inciter les législations nationales à converger vers l'adoption de ce principe.

798.Par ailleurs, en lien avec cette exigence d'impartialité, la recommandation prévoit que le ministère public doit veiller « à l'égalité de chacun devant la loi » et prendre « en considération tous les éléments de l'affaire susceptibles de présenter un intérêt, que ces éléments jouent en faveur ou au détriment du suspect »¹⁵³². En ce sens, « le fait que le ministère public soit en charge de l'accusation ne doit pas faire oublier qu'il est avant tout, gardien de la loi : il doit ainsi se comporter de manière impartiale [...] »¹⁵³³.

799.De plus, l'organisation hiérarchisée du ministère public est également recommandée¹⁵³⁴ afin notamment « de favoriser l'équité, la cohérence et l'efficacité de l'action du ministère public »¹⁵³⁵. Cette organisation hiérarchisée ne se double pas, dans la Recommandation, de l'indépendance statutaire à l'égard de l'exécutif puisque « l'idée même d'une harmonisation européenne autour d'un concept unique est apparue trop précoce ». Une telle position du Conseil de l'Europe lorsqu'il émet la Recommandation 2000(19) est louable car le but de cette Recommandation est de conquérir l'adhésion des États ce qui nécessitait, à l'époque de l'adoption de la Recommandation, de ne pas édicter des principes trop « brutaux, tranchés », au risque de perdre les bénéfices d'un tel instrument de coopération, mais d'être dans le compromis pour une évolution douce et pérenne des législations nationales.

800.Le Conseil de l'Europe consacre donc l'impartialité du ministère public et recommande aux États membres d'adopter un tel principe dans leur législation. Ainsi, la vision du Conseil de l'Europe à l'égard du ministère public semble plus conforme à la réalité que celle de la Cour EDH précédemment décrite. Il existe au sein du Conseil de l'Europe deux visions distinctes du principe d'impartialité des magistrats du parquet. L'une déniait la qualité de magistrat impartial aux magistrats du parquet (appréciation de la Cour EDH) et l'autre admettant l'impartialité du ministère public (soft law du Conseil de l'Europe).

¹⁵³² Recommandation 2000 (19), op. cit., n° 26.

¹⁵³³ Recommandation 2000(19), Commentaires sur chaque point de la recommandation, op. cit., n° 25.

¹⁵³⁴ Ce qui rejoint la conception développée précédemment fondée sur la distinction entre indépendance statutaire et organisation hiérarchisée. La première est essentielle à l'impartialité et favorable à une hiérarchie « neutre », *Supra*, Chapitre 1 de ce titre.

¹⁵³⁵ Recommandation 2000 (19), op. cit., n° 36.

801. En outre, cette recommandation est dotée du Conseil consultatif des procureurs européens¹⁵³⁶ qui a pour mission d'émettre des avis à l'attention du Comité des ministres et de promouvoir la recommandation 2000(19) en faisant notamment des mises à jour et des synthèses des principes relatifs au rôle du ministère public. Différents avis ont été émis¹⁵³⁷ dont le neuvième constitue une mise à jour de la recommandation 2000(19). Il porte sur les normes et principes européens concernant les procureurs. Par cet avis, approuvé le 17 décembre 2014¹⁵³⁸, le Conseil consultatif des procureurs européens confirme l'attachement au principe d'impartialité du ministère public¹⁵³⁹ qui est toujours nettement affirmé mais qui se double de son indépendance. Cette dernière est visée par le quatrième point de la Charte de Rome qui prévoit que *« l'indépendance et l'autonomie du ministère public constituent un corollaire indispensable à l'indépendance du pouvoir judiciaire. Par conséquent, la tendance générale à renforcer l'indépendance et l'autonomie effective du ministère public devrait être encouragée »*. Il est également explicité que *« l'indépendance du ministère public n'est pas une prérogative ou un privilège octroyé dans l'intérêt de ses membres, mais est une garantie pour une justice équitable, impartiale et efficace et protège les intérêts publics et privés des personnes concernées »*¹⁵⁴⁰ et que *« les procureurs doivent être indépendants non seulement*

¹⁵³⁶ Conseil composé de procureurs des États membres du Conseil de l'Europe. Sur la composition actuelle du comité voir sur le site du Conseil de l'Europe la page dédiée au Conseil : http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccpe/presentation/ccpe_fr.asp

¹⁵³⁷ Dix avis ont été émis entre 2007 et 2010.

¹⁵³⁸ Avis n° 9 (2014), du CCPE au Comité de Ministres du Conseil de l'Europe, le 17 décembre 2014, accessible en ligne sur le site du CCPE : http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccpe/default_FR.asp? Cet avis comporte deux parties : l'une porte sur les principes dégagés dans l'avis, nommée charte de Rome et la seconde explicite la teneur des dits principes, appelée note explicative.

¹⁵³⁹ Avis n° 9 (2014), Charte de Rome, op. cit. : « I- Dans tous les systèmes juridiques, les procureurs contribuent à faire en sorte que l'État de droit soit garanti, en particulier par une administration de la justice équitable, impartiale et efficace, dans tous les cas et à tous les stades de la procédure. », « VI- Les procureurs devraient respecter les normes éthiques et professionnelles les plus élevées, et toujours se comporter avec impartialité et objectivité. Ils devraient donc s'efforcer d'être indépendants et impartiaux et d'être perçus comme tels, ils devraient s'abstenir de toute activité politique incompatible avec le principe d'impartialité, et ne devraient pas agir dans les affaires où ils ont des intérêts personnels, ou dans lesquelles leur relation avec les personnes concernées par l'affaire pourrait compromettre leur totale impartialité. » ; Note explicative de l'avis n° 9 (2014), Article 6 : « Dans tous les cas et à tous les stades de la procédure, les procureurs contribuent à faire en sorte que l'État de droit et l'ordre public soient garantis par une administration équitable, impartiale et efficace de la justice », Article 8 : « Un système dans lequel le procureur et le juge respectent les plus hautes valeurs d'intégrité et d'impartialité assure une protection des droits de l'homme supérieure à celle que garantit un système qui ne repose que sur le juge », Article 15 : « Lorsque le fait de participer à des enquêtes ou à exercer une autorité sur la police ou d'autres autorités d'enquêtes relève de leur compétence, les procureurs font preuve d'objectivité, d'impartialité et de professionnalisme et s'assurent que les services d'enquête respectent les principes juridiques et les droits fondamentaux de la personne », Article 80 : « Les procureurs devraient toujours se conduire de manière professionnelle et s'efforcer d'être indépendants et impartiaux, et d'être perçus comme tels », Article 92 : « Les procureurs devraient faire preuve d'impartialité et d'objectivité dans l'exercice de leurs fonctions. Ils devraient également respecter le droit de chacun à l'égalité devant la loi, sans favoritisme ni discrimination. »

¹⁵⁴⁰ Avis n°(9) 2014, note explicative, op. cit., n° 35.

*vis-à-vis des autorités exécutives et législatives, mais également vis-à-vis d'autres acteurs et institutions, notamment dans les domaines de l'économie, de la finance et des médias »*¹⁵⁴¹.

802. Enfin, le Conseil consultatif des procureurs européens a adopté le 20 novembre 2015¹⁵⁴² un avis sur le rôle des procureurs dans l'enquête pénale dont l'une des recommandations prévoit que « *les enquêtes devraient toujours être menées de manière impartiale et prévoir une obligation pour les enquêteurs de rechercher et préserver les preuves pertinentes tant de la culpabilité que de l'innocence* »¹⁵⁴³. L'impartialité du ministère public est donc affirmée au sein du Conseil de l'Europe et notamment dans la *soft law* ce qui a pu être une source d'influence pour le législateur français. Quant à l'indépendance elle semble peu à peu prendre de l'importance au sein du Conseil de l'Europe¹⁵⁴⁴ ce qui est salvateur tant elle est indispensable à l'impartialité.

803. L'affirmation de l'impartialité en droit interne a donc pu être inspirée tant par le droit constitutionnel que par la *soft law* du Conseil de l'Europe. L'impartialité semble également commandée par les missions du ministère public.

§-2 L'impartialité commandée par les missions du ministère

804. Le ministère public n'a plus seulement pour mission de mettre en mouvement l'action publique avec le choix binaire de poursuivre ou de classer sans suite¹⁵⁴⁵. Il a un rôle plus

¹⁵⁴¹ Avis n°(9) 2014, note explicative, op. cit., n° 38.

¹⁵⁴² Avis n°(10) 2015, du CCPE au Comité de Ministres du Conseil de l'Europe, le 20 novembre 2015, accessible en ligne sur le site du CCPE :

http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccpe/opinions/default_fr.asp

¹⁵⁴³ Avis n° (10), op. cit, recommandation point : d.

¹⁵⁴⁴ À ce titre en 2010 l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe édicte dans sa recommandation 1896 (2010) qu'elle « *encourage le Conseil consultatif de procureurs européens (CCPE) à poursuivre son rôle de gardien de la bonne application de la Recommandation Rec(2000)19 du Comité des Ministres sur le rôle du ministère public dans le système de justice pénale, en ayant notamment à l'esprit l'indépendance des procureurs et au vu des réformes ayant eu lieu dans les États membres depuis l'adoption de la recommandation* (nous soulignons) », In recommandation 1896 (2010), adoptée le 27 janvier 2010, accessible en ligne : <http://www.assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-FR.asp?fileid=17806&lang=FR>.

¹⁵⁴⁵ Sur cette évolution du choix de la réponse pénale voir notamment : COIGNAC (A) « le procureur de la République et même le procureur Général sont devenus des magistrats dans ma cité. Ils ne sont plus dans la tour d'Ivoire de leur palais de justice ». 3 questions à Catherine Champrenault, procureure Générale de la Cour d'appel de Paris, *JCPG*, n° 46-47, 9 novembre 2015, p. 2130 et s. ; SAINT-PAU (J-C), Le ministère public concurrence-t-il le juge du siège ?, *Droit pénal*, 2007, n° 9, étude 14 ; DESPORTES (F) et LAZERGES-COUSQUER (L), op. cit., p. 792, §-1143 ; GUINCHARD (S) et BUISSON (J), op. cit., p. 864 et s., §-1450 et s. ; PRADEL (J), op. cit., p. 545 et s, §-588 et s, spec., p. 548, §-593.

étendu puisqu'il décide de « *l'opportunité de la réponse pénale* »¹⁵⁴⁶. Pour ce faire une large gamme de choix s'offre à lui.

805. Aussi, le but de cette analyse est de démontrer d'une part que la diversification des missions du parquet en matière pénale a pu susciter, provoquer son impartialité (A) et d'autre part que l'encadrement législatif des missions du ministère public légitime l'affirmation de son impartialité (B).

A- L'impartialité suscitée par la diversification des missions du ministère public

806. Il s'agit d'un rappel du rôle du parquet dans la phase qui se déroule avant le jugement mais également de faire référence, de façon plus marginale, à son rôle pendant le jugement¹⁵⁴⁷. L'ampleur de son intervention dans la procédure pénale avant le jugement explique qu'il y a une inclinaison naturelle à vouloir reconnaître, affirmer son impartialité puisqu'il est devenu un « *acteur clé de la justice pénale* »¹⁵⁴⁸. La mission du procureur de la République s'étend de l'enquête à la décision relative à la réponse pénale pour ensuite se prolonger lors du jugement ou lors des alternatives au jugement.

807. Il s'agit donc de démontrer que les différentes missions qui sont aujourd'hui dévolues au ministère public font de lui un acteur central ayant un rôle de « quasi-juge »¹⁵⁴⁹ ce qui impliquerait qu'il observe l'impartialité.

808. Tout d'abord, il dirige l'enquête¹⁵⁵⁰ préalable à la réponse pénale. Cette enquête¹⁵⁵¹, menée par la police judiciaire sous l'autorité du procureur de la République¹⁵⁵², permet de

¹⁵⁴⁶ DESPORTES (F) et LAZERGES-COUSQUER (L), op. cit., p. 788, §-1139.

¹⁵⁴⁷ L'analyse reste cantonnée au rôle du ministère public en amont et pendant la phase du jugement. La question de l'impartialité après la décision de justice et donc pendant la phase de l'exécution a beaucoup moins d'impact pratique puisque cette exécution prend sa source dans le jugement rendu. Il est la décision la plus importante qu'il convient de prémunir du risque de partialité.

¹⁵⁴⁸ SALAS (D) et MILBURN (P), « Les procureurs de la République. De la compétence personnelle à l'identité collective », Archives de politique criminelle 1/2007, n° 29, p. 95 et s., disponible en ligne : www.cairn.info/revue-archives-de-politique-criminelle-2007-1-page-95.htm.

¹⁵⁴⁹ SAINT-PAU (J-C), Le ministère public concurrence-t-il le juge du siège ?, op. cit.

¹⁵⁵⁰ « *L'enquête peut se définir comme l'ensemble des actes effectués par la police judiciaire, sous la direction du procureur de la République, avant toute décision sur la poursuite, aux fins de constater les infractions à la loi pénale, d'en rassembler les preuves et d'en rechercher les auteurs* », in, DESPORTES (F) et LAZERGES-COUSQUER (L), op. cit., p. 1033-1034, §-1526. Sur la mise en état de l'affaire et la distinction entre l'enquête et l'information : DESPORTES (F) et LAZERGES-COUSQUER (L), op. cit., p. 1001-1029.

mettre le dossier en état de recevoir une réponse pénale. En conséquence, le procureur de la République qui est l'autorité judiciaire qui contrôle¹⁵⁵³ cette phase devrait le faire de façon impartiale tant elle est cruciale pour la suite de la procédure.

809. Ensuite, lorsque l'enquête est terminée, le procureur de la République doit donner une réponse pénale, c'est-à-dire qu'il a un panel de choix qui s'offre à lui et qui s'est élargi au fil du temps¹⁵⁵⁴ ce qui recommande d'utiliser la notion d'opportunité de la « réponse pénale »¹⁵⁵⁵.

810. En effet, le procureur peut décider de ne pas déclencher l'action publique tout en donnant une réponse pénale¹⁵⁵⁶ et ce en proposant une mesure alternative aux poursuites qui évite le classement sans suite « sec »¹⁵⁵⁷. S'il fait le choix de ne pas déclencher les poursuites au bénéfice d'une mesure alternative il pourra opter soit pour l'une des mesures de médiation présentes à l'article 41-1 du CPP, soit pour la composition pénale¹⁵⁵⁸, soit enfin pour la transaction pénale¹⁵⁵⁹. Les mesures alternatives sont menées ou permises¹⁵⁶⁰ par une décision

¹⁵⁵¹ Qui peut revêtir deux formes : enquête préliminaire ou enquête de flagrance, sur ces deux notions voir notamment : GUINCHARD (S) et BUISSON (J), op. cit., p. 550 et s. ; DESPORTES (F) et LAZERGES-COUSQUER (L), op. cit., p. 1033 et s.

¹⁵⁵² Article 12 CPP : « La police judiciaire est exercée, sous la direction du procureur de la République, par les officiers, fonctionnaires et agents désignés au présent titre. »

¹⁵⁵³ Cependant, pour certains actes plus contraignants ou intrusifs le procureur est secondé par le juge des libertés et de la détention. Par exemple : Article 706-88 al. 1 et 2 « Pour l'application des articles 63, 77 et 154, si les nécessités de l'enquête ou de l'instruction relatives à l'une des infractions entrant dans le champ d'application de l'article 706-73 l'exigent, la garde à vue d'une personne peut, à titre exceptionnel, faire l'objet de deux prolongations supplémentaires de vingt-quatre heures chacune.

Ces prolongations sont autorisées, par décision écrite et motivée, soit, à la requête du procureur de la République, par le juge des libertés et de la détention, soit par le juge d'instruction. »

¹⁵⁵⁴ En effet, il peut poursuivre ou classer sans suite. À côté de ces réponses traditionnelles, il peut opter pour une procédure alternative aux poursuites. Par ailleurs, s'il poursuit, il peut également choisir une procédure rapide telle la CRPC.

¹⁵⁵⁵ Notion empruntée aux professeurs DESPORTES (F) et LAZERGES-COUSQUER (L), op. cit., p. 788-789, §-1139 : le principe d'opportunité des poursuites « apparaît aujourd'hui un peu dépassé ou, en tout cas, insuffisant. En effet, en raison de l'élargissement constant des prérogatives du procureur de la République, il est nécessaire, sinon de lui substituer, du moins de lui adjoindre le principe de l'opportunité de la « réponse pénale », laquelle ne se réduit plus à l'engagement de poursuites. ». Notion également présente dans le rapport rendu par la Commission présidée Jean-Louis NADAL, Rapport refonder le ministère public, op. cit., p. 44, disponible en ligne :

http://www.justice.gouv.fr/publication/rapport_JLNadal_refonder_ministere_public.pdf.

¹⁵⁵⁶ Le taux de réponse pénale a un impact important puisqu'il est un indice de performance qui influe sur les allocations budgétaires, in rapport Nadal, op. cit., p. 46 à 48.

¹⁵⁵⁷ « Les praticiens parlent de classement sec par opposition aux procédures alternatives ou classement sous condition », in PRADEL (J), Procédure pénale, op. cit., p. 582, §-611.

¹⁵⁵⁸ Article 41-2 CPP.

¹⁵⁵⁹ Article 41-1-1, Transaction pénale créée par l'article 35 de la loi du 15 août 2014, loi n° 2014-896, Loi relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales. PERRIER (J-B), La transaction pénale de l'article 41-1-1 : bonne idée ou outil dangereux ?, D. 2014, n° 38, p. 2182 et s. Sur la constitutionnalité de la transaction voir notamment : QPC, 23 septembre 2016, QPC n° 2016-569 : le Conseil

du procureur de la République. De plus, dans le cas de la transaction et de la composition pénale l'autorité judiciaire de jugement doit intervenir pour homologuer ou valider la proposition. Donc dès lors que le procureur a fait le choix de l'alternative aux poursuites ou de la CRPC, il maîtrise toute la procédure jusqu'à l'homologation ou la validation qui implique l'intervention d'un juge¹⁵⁶¹. En conséquence n'est-il pas nécessaire qu'il soit soumis à l'exigence d'impartialité ?

811. Il peut également décider de poursuivre et dans ce cas, il a également plusieurs possibilités ; s'il s'agit d'un crime il doit obligatoirement saisir le juge d'instruction. Au contraire, s'il s'agit d'un délit l'instruction sera facultative. En effet, en matière délictuelle le ministère public peut choisir de recourir aux modes de poursuite ordinaires ou simplifiés, accélérés. Dans ce dernier cas et notamment dans la procédure de CRPC il détient un rôle prépondérant, il maîtrise toute la procédure jusqu'à son homologation par le juge du jugement qui a alors un rôle très amoindri.

812. Enfin, dans le cas de la poursuite avec procédure de jugement ordinaire il requiert, à l'audience, l'application de la loi. Il représente alors les intérêts de la société qui a édicté des normes pour réprimer les comportements délinquants qui constituent un risque pour la paix, la tranquillité publique.

813. Dès lors, l'ampleur du rôle du ministère public dans la procédure pénale rend, semble-t-il, nécessaire qu'il soit soumis à l'obligation d'impartialité et qu'il soit mis en mesure de respecter le principe d'impartialité ou un principe d'impartialité¹⁵⁶².

constitutionnel censure la délimitation du champ d'application de la transaction, concernant le vol, par le pouvoir réglementaire (article 41-1-1, 4°) mais valide la procédure de transaction par OPJ. Toutefois, à ce jour il est impossible de recourir à la transaction en matière de vol.

¹⁵⁶⁰ En effet le procureur peut proposer la mesure lui-même ou par l'intermédiaire d'un OPJ, d'une personne habilitée, d'un médiateur, il peut également autoriser l'OPJ à transiger directement avec la personne sur la poursuite. Voir articles 41-1, 41-1-1 et 41-2.

¹⁵⁶¹ DC n° 95-360, 2 février 1995 : « 6. *Considérant que certaines mesures susceptibles de faire l'objet d'une injonction pénale peuvent être de nature à porter atteinte à la liberté individuelle ; que dans le cas où elles sont prononcées par un tribunal, elles constituent des sanctions pénales ; que le prononcé et l'exécution de telles mesures, même avec l'accord de la personne susceptible d'être pénalement poursuivie, ne peuvent, s'agissant de la répression de délits de droit commun, intervenir à la seule diligence d'une autorité chargée de l'action publique mais requièrent la décision d'une autorité de jugement conformément aux exigences constitutionnelles ci-dessus rappelées* ». Sur cette décision condamnant l'injonction pénale voir notamment : DESPORTES (F) et LAZERGES-COUSQUER (L), op. cit., p. 813 à 815, §-1178 ; GUINCHARD (S) et BUISSON (J), op. cit., p. 52, §-57 ; PRADEL (J), D'une loi avortée à un projet nouveau sur l'injonction pénale, D. 1995, n° 23, p. 171 et s. ; VOLFF (J), Un coup pour rien !, D. 1995, n° 26, p. 201 et s.

¹⁵⁶² *Infra* : Section 2 de ce chapitre.

814. En plus de la diversification des missions qui appellent l'impartialité des magistrats du parquet, il est des progrès législatifs qui légitiment l'application du principe d'impartialité aux magistrats du parquet.

B- L'impartialité légitimée par l'encadrement législatif des missions du ministère public

815. Tout d'abord, l'enquête pénale dirigée par le procureur de la République a connu de nombreux progrès législatifs¹⁵⁶³ légitimant parfois *a posteriori*¹⁵⁶⁴ le principe d'impartialité¹⁵⁶⁵ consacré par le législateur le 25 juillet 2013.

816. En effet, la loi du 3 juin 2016 renforce, légitime le principe d'impartialité appliqué au procureur lorsqu'il intervient durant l'enquête pénale. Cette loi a créé l'article 39-3 du code de procédure pénale qui dispose que le procureur « *veille à ce que les investigations tendent à la manifestation de la vérité et qu'elles soient accomplies à charge et à décharge, dans le respect des droits de la victime, du plaignant et de la personne suspectée* ». L'enquête se fait donc à charge et à décharge¹⁵⁶⁶ et ce sous le contrôle du procureur de la République qui doit veiller à son respect¹⁵⁶⁷. Ceci démontre que le législateur impose au ministère public qu'il remplisse sa mission de contrôle de l'enquête avec neutralité et objectivité¹⁵⁶⁸. Cette consécration est la traduction, la continuation du principe d'impartialité auquel est tenu le ministère public lorsqu'il dirige l'enquête.

¹⁵⁶³ Pour une excellente analyse des principales réformes intervenues entre 2000 et 2014 voir notamment : PRADEL (J), L'enquête pénale aujourd'hui. Vers une stabilisation dans l'équilibre ?, D. 2014, n° 29, p. 1647 et s.

¹⁵⁶⁴ Circulaire du 17 juin 2016, circulaire de présentation des dispositions générales de procédure pénale immédiatement applicables de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale, BOMJ 30 juin 2016, n°2016-06 : « *Ces dispositions ne modifient pas le droit existant, mais rappellent clairement le rôle du procureur, prolongeant les dispositions de l'article 31 selon lequel le ministère public est tenu au respect du principe d'impartialité.* »

¹⁵⁶⁵ Dont la teneur, la portée sera analysée dans la section 2 de ce chapitre.

¹⁵⁶⁶ Dès lors, l'affirmation selon laquelle « *sa qualité de partie implique donc que durant l'enquête, le représentant du ministère public se livre lui-même ou par l'intermédiaire des officiers de police judiciaire à la recherche des éléments à charge* » est à exclure, in JOSSERAND (S), *L'impartialité du magistrat en procédure pénale*, LGDJ, Bibliothèque des sciences criminelles, tome 33, 1998, p. 318, §-165.

¹⁵⁶⁷ FOURMENT (F), L'instruction à décharge du procureur impartial, *Gaz. Pal.*, 26 avril 2016, n° 16, p. 53 et s.

¹⁵⁶⁸ Cependant, la conception du procureur accusateur semble encore présente au sein de la magistrature du parquet. Aussi est-il inquiétant pour l'impartialité et l'enquête à charge et à décharge de voir la teneur de certains propos : « *le ministère public est naturellement du côté des victimes* », in « le procureur de la République et même le procureur général sont devenus des magistrats dans ma cité. Ils ne sont plus dans la tour d'Ivoire de leur palais de justice ». 3 questions à Catherine Champrenault, procureure Générale de la Cour d'appel de Paris, op. cit.

817. En outre, d'autres progrès législatifs¹⁵⁶⁹ ont renforcé certains principes soutiens de l'impartialité. Une part de contradictoire¹⁵⁷⁰, dont on sait qu'elle est salvatrice pour le principe d'impartialité¹⁵⁷¹, a été apportée à l'enquête, le suspect se voit donc reconnaître certains droits : le droit être assisté, lorsque l'audition s'effectue sous le régime de l'audition libre, par un avocat de son choix¹⁵⁷² tout comme cela est possible depuis 2011 pour le suspect gardé à vue¹⁵⁷³ ; le droit d'accès limité à certaines pièces dossier pour la personne gardée à vue¹⁵⁷⁴ ; le bénéfice d'une contradiction plus forte lorsque l'enquête dure plus d'un an¹⁵⁷⁵ lui permettant notamment de formuler des observations ou des demandes d'actes.

818. Donc l'enquête effectuée par la police judiciaire sous l'autorité du ministère public a connu des progrès procéduraux qui jouent en faveur du principe d'impartialité du ministère. Mais cette phase d'enquête reste néanmoins secrète et écrite¹⁵⁷⁶ avec une once de contradictoire.

¹⁵⁶⁹ Parfois sous l'influence directe du droit de l'Union Européenne par la transposition d'une directive. Sur ce point, voir notamment la loi du 27 mai 2014, loi n° 2014-535, loi portant transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2012, relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, JO, 28 mai 2014, n°0123, p. 8864. Loi du 14 avril 2011, loi n° 2011-392, loi relative à la garde à vue.

¹⁵⁷⁰ Dont il a été démontré précédemment qu'il participe à soutenir le principe d'impartialité. *Supra* : Partie 1, Titre 2, Chapitre 1. PRADEL (J) L'enquête pénale aujourd'hui. Vers une stabilisation dans l'équilibre ?, op. cit. ; DESPORTES F) et LAZERGES-COUSQUER (L), op. cit., p. 1062 et s., §-1581 et s.

¹⁵⁷¹ *Supra* : Partie 1, Titre 2, Chapitre 1 notamment section 1, §-2.

¹⁵⁷² Article 61-1, 5° CPP.

¹⁵⁷³ Loi du 14 avril 2011, loi n° 2011-392, loi relative à la garde à vue, article 6 portant insertion de l'article 63-3-1 du CPP.

¹⁵⁷⁴ Article 63-4-1 du CPP.

¹⁵⁷⁵ Article 77-2, I CPP : « I.-Toute personne contre laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction punie d'une peine privative de liberté et qui a fait l'objet d'un des actes prévus aux articles 61-1 et 62-2 peut, un an après l'accomplissement du premier de ces actes, demander au procureur de la République, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par déclaration au greffe contre récépissé, de consulter le dossier de la procédure afin de formuler ses observations.

Dans le cas où une telle demande lui a été présentée, le procureur de la République doit, lorsque l'enquête lui paraît terminée et s'il envisage de poursuivre la personne par citation directe ou selon la procédure prévue à l'article 390-1, aviser celle-ci, ou son avocat, de la mise à la disposition de son avocat, ou d'elle-même si elle n'est pas assistée par un avocat, d'une copie de la procédure et de la possibilité de formuler des observations ainsi que des demandes d'actes utiles à la manifestation de la vérité dans un délai d'un mois, selon les formes mentionnées au premier alinéa du présent I.

Lorsqu'une victime a porté plainte dans le cadre de cette enquête et qu'une demande de consultation du dossier de la procédure a été formulée par la personne mise en cause, le procureur de la République avise cette victime qu'elle dispose des mêmes droits dans les mêmes conditions.

Pendant ce délai d'un mois, le procureur de la République ne peut prendre aucune décision sur l'action publique, hors l'ouverture d'une information, l'application de l'article 393 ou le recours à la procédure de comparution sur reconnaissance de culpabilité prévue aux articles 495-7 à 495-13. [...] »

¹⁵⁷⁶ Voir notamment : PRADEL (J), op. cit., p. 483 à 499 ; DESPORTES (F) et LAZERGES-COUSQUER (L), op. cit., p. 1017 à 1029.

819. Ensuite, le rôle central du ministère public est de décider ou non de mettre en mouvement l'action publique, c'est le principe de l'opportunité des poursuites. Ce dernier semble, d'un point de vue de l'impartialité, opposé au principe de la légalité des poursuites¹⁵⁷⁷. En effet, l'opportunité des poursuites paraît *a priori* favoriser le risque de partialité¹⁵⁷⁸ puisque précisément elle repose sur un choix d'opportunité, de convenance, de circonstance. Ce choix doit normalement être guidé par l'intérêt général en ayant à l'esprit le vœu de la meilleure décision tant pour la société que pour le délinquant, il permet d'individualiser la réponse pénale mais il peut également être la conséquence de motivations étrangères à la bonne « justice », telle la partialité. Toutefois, le système de l'opportunité des poursuites, qui comporte intrinsèquement plus de risques que celui de la légalité des poursuites dans lequel la poursuite est systématique, permet une gestion plus rationnelle de la réponse pénale. D'ailleurs, le Conseil des ministres du Conseil de l'Europe donne sa préférence, pour des raisons d'efficacité, de célérité¹⁵⁷⁹, au système de l'opportunité.

820. Le principe de l'opportunité des poursuites est aujourd'hui encadré de telle sorte que certains choix du procureur doivent être motivés, justifiés ce qui semble repousser un peu le risque de partialité inhérent à l'opportunité. En ce sens, si le principe de l'opportunité des poursuites est toujours affirmé¹⁵⁸⁰, il semble, *a priori*, avoir perdu en autorité ; la systématisation de la réponse pénale est prégnante et corrélativement le classement sans suite « sec » en nette diminution¹⁵⁸¹. Le choix binaire entre poursuite ou classement est en perte de vitesse d'autant que le classement « sec » doit en théorie être motivé¹⁵⁸² en indiquant les

¹⁵⁷⁷ Sur ces deux notions voir notamment : DESPORTES (F) et LAZERGES-COUSQUER (L), op. cit., p. 789 et s., §-1140 et s. ; GUINCHARD (S) et BUISSON (J), op. cit., p. 858., §-1436 ; PRADEL (J), op. cit., p. 572 et s., §-598 et s.

¹⁵⁷⁸ ROETS (D), op. cit., p.305, §-524.

¹⁵⁷⁹ Recommandation du Comité des ministres aux États membres concernant la simplification de la justice, Rec. (87)18, adoptée le 17 septembre 1987, disponible en ligne : <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804eb948>

¹⁵⁸⁰ Article 40 CPP : « Le procureur de la République reçoit les plaintes et les dénonciations et apprécie la suite à leur donner ».

¹⁵⁸¹ À titre d'exemple le taux de classement sans suite des affaires poursuivables est passé de 22.1% en 2005 à 11.6% en 2010, soit une diminution d'un peu plus de 10% en cinq ans, in annuaire statistique de la justice, Édition 2011-2012, p. 109, disponible en ligne : http://www.justice.gouv.fr/art_pix/stat_annuaire_2011-2012.pdf.

¹⁵⁸² Disposition insérée par la loi n° 2004-204, op. cit., article 68, en vigueur depuis le 31 décembre 2007.

Entretien avec Monsieur Eric Camous, Procureur de la République à Montluçon, le 08/09/2016. Monsieur le procureur de la République explique que la motivation est succincte en ce qu'il s'agit d'une « motivation codée », c'est-à-dire qu'il dispose d'une liste de code et chaque code correspond à une cause de classement.

raisons juridiques ou d'opportunité qui justifient un tel classement¹⁵⁸³. Dès lors, la faculté de ne pas poursuivre implique la motivation d'une telle décision qui devrait en conséquence entraîner plus transparence, *de facto* plus d'impartialité¹⁵⁸⁴. Cependant, il convient de nuancer ce propos car il s'agit d'une motivation *a minima*, d'une motivation codée grâce à une nomenclature préétablie de motifs. Or « *l'usage de cette nomenclature n'a [donc] rien d'évident et la liberté qu'elle autorise la rend perméable à des considérations de nature plus politique* »¹⁵⁸⁵. En théorie, la motivation devrait constituer un frein à la réalisation d'un classement partial. En pratique, elle reste en deçà des résultats escomptés pour l'impartialité. La motivation permettrait d'enjoliver les résultats du parquet¹⁵⁸⁶ tant « *le respect des injonctions ministérielles n'est pas sans conséquence sur les carrières et sur les budgets de fonctionnement des juridictions* »¹⁵⁸⁷. Donc, la dépendance statutaire du parquet interfère sur la motivation des classements sans suite « sec ».

821. En conséquence, le système de l'opportunité des poursuites se perfectionne lentement dans un sens favorable à l'impartialité mais il demeure la lacune du statut des magistrats du parquet¹⁵⁸⁸ que l'interdiction des instructions individuelles ne permet pas d'enrayer¹⁵⁸⁹. En d'autres termes, la dépendance est de nature à ternir les progrès par ailleurs apportés à la procédure pénale en amont du jugement qui réside entre les mains du parquet.

822. En conclusion, les nouvelles possibilités offertes aux magistrats du parquet dans l'exercice de ses missions ont pu motiver le législateur à proclamer l'impartialité. En effet, la diversité des choix qui s'offre au ministère public ne fait plus de lui une simple autorité de poursuite. Quantitativement, la masse de procédures réglées exclusivement ou quasi-exclusivement¹⁵⁹⁰ par le parquet est très élevée¹⁵⁹¹. Aussi semble-t-il justifié, à l'aune de

¹⁵⁸³ Article 40-2 du CPP : « *Lorsqu'il décide de classer sans suite la procédure, il les avise également de sa décision indiquant les raisons juridiques et d'opportunité qui la justifient.* »

¹⁵⁸⁴ *Supra* : Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.

¹⁵⁸⁵ LENOIR (A) et GAUTRON (V), « Les pratiques des parquets face à l'injonction politique de réduire le taux de classement sans suite », *Droit et société* 3/2014, n° 88, p. 591 et s., disponible en ligne, www.cairn.info/revue-droit-et-societe-2014-3-page-591.htm.

¹⁵⁸⁶ En ayant recours en cas de classement « sec » aux motifs présents dans la catégorie : « affaires non-poursuivables » qui sont : absence d'infraction, infraction insuffisamment caractérisée, motif juridique.

¹⁵⁸⁷ *Ibid.*

¹⁵⁸⁸ *Infra* : section 2 de ce chapitre.

¹⁵⁸⁹ Article 30 alinéa 2 du CPP : « Il ne peut adresser aucune instruction dans des affaires individuelles » ; VERGES (E), *op. cit.*

¹⁵⁹⁰ C'est-à-dire lorsque l'alternative aux poursuites ou la procédure de jugement accélérée, simplifiée impose l'homologation ou la validation par un juge. Sachant que les taux d'homologation sont très élevés : pour la CRPC, en 2010, 78% des requêtes en homologation ont été homologuées, *in* *annuaire statistique de la justice*, Edition 2011-2012, p. 109 et p. 129, *op. cit.*

sa place considérable dans la procédure pénale, de proclamer son impartialité qui paraît être une impartialité édulcorée.

¹⁵⁹¹ En 2011, sur 1 402 671 affaires poursuivables, 841 653 ont été réglées par le ministère public intervenant quasi-exclusivement seul (car il y a intervention du juge en fin de chaîne pour l'homologation ou la validation), *in* annuaire statistique de la justice, Edition 2011-2012, p. 109 et p. 129, *op. cit.*

Section 2 : L'impartialité édulcorée du parquet

824. Le but de cette analyse est de mettre en exergue la teneur de l'impartialité qui a été consacrée expressément par le législateur le 25 juillet 2013. Il convient de déterminer pourquoi cette impartialité apparaît édulcorée, adoucie, atténuée. D'une part l'impartialité du parquet est atypique dans sa consécration (§-1), d'autre part elle fait l'objet d'une concrétisation sporadique, c'est-à-dire qu'elle n'est pas réalisable tout au long de l'intervention du ministère public dans la procédure pénale (§-2).

§-1 La consécration atypique de l'impartialité des magistrats du parquet

825. Cette consécration de l'impartialité du parquet est atypique d'une part car elle est prématurée (A), d'autre part car il semble s'agir d'une impartialité adaptée au parquet, d'une impartialité qui n'est pas appliquée au parquet dans son double sens ordinaire (B).

A- La consécration prématurée de l'impartialité des magistrats du parquet

826. Bien que la consécration de l'impartialité soit justifiée compte tenue des missions du ministère public, elle est touchée par une lacune de poids précédemment analysée à savoir la dépendance statutaire du parquet¹⁵⁹² que les avancées législatives introduites par ailleurs par la loi du 25 juillet 2013¹⁵⁹³ n'arrivent pas à endiguer. En ce sens, l'article 31 du CPP, modifié par l'article 3 de la loi du 25 juillet 2013, dispose que « *le ministère public exerce l'action publique et requiert l'application de la loi, dans le respect du principe d'impartialité auquel il est tenu* » et l'article 30 du CPP, également modifié par la dite loi, prévoit que « *le ministre de la justice conduit la politique pénale déterminée par le Gouvernement. Il veille à la cohérence de son application sur le territoire de la République. À cette fin, il adresse aux magistrats du ministère public des instructions générales. Il ne peut leur adresser aucune instruction dans des affaires individuelles* ». Donc, l'impartialité se double d'une délimitation de compétence nette entre la détermination de la politique pénale et la mise en œuvre de l'action publique. Il y a une forme de séparation entre le pouvoir exécutif, qui détermine la politique pénale et la

¹⁵⁹² *Supra* : ce titre, Chapitre 1, section 1, §-1.

¹⁵⁹³ Loi n° 2013-669, op. cit. Sur cette loi voir notamment : GUINCHARD (S) et BUISSON (J), op. cit., p. 380 à 382, §-427, p. 395 à 397, §-432 ; PRADEL (J), op. cit., p. 136, §-153.

mission du parquet¹⁵⁹⁴ qui est d'exercer l'action publique. L'impartialité du parquet semble donc favorisée, il semble plus libre. Mais, les prémices de l'indépendance¹⁵⁹⁵ du ministère public dans l'exercice de l'action publique sont insuffisantes faute d'indépendance statutaire¹⁵⁹⁶.

827. En effet, le législateur qui consacre l'impartialité l'a fait de façon précipitée, prématurée. Il a proclamé l'impartialité du ministère public avant de consacrer son indépendance statutaire¹⁵⁹⁷. Ainsi, cette incohérence chronologique a des effets négatifs sur l'impartialité qui est dénuée du préalable indispensable : l'indépendance¹⁵⁹⁸. En ce sens, la consécration prématurée peut être perçue comme une impartialité atténuée, bâclée, sous-estimée voire comme un simulacre d'impartialité. Les justiciables, dont le soupçon à

¹⁵⁹⁴ Sur une critique du retrait du pouvoir de donner des instructions individuelles au ministre de la justice voir : ROBERT (J-H), Parquet. L'État privé du droit à l'avocat, *JCPG*, 29 avril 2013, n° 18, p. 904.

¹⁵⁹⁵ Exposé des motifs du projet de loi relatif aux attributions du garde des Sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et d'action publique, 27 mars 2013 : « *L'indépendance de la justice constitue une condition essentielle du fonctionnement d'une démocratie respectueuse de la séparation des pouvoirs. En aucun cas des ingérences de l'exécutif ne doivent pouvoir interférer dans le déroulement des procédures judiciaires et notamment des procédures pénales, afin de ne pas laisser la place au soupçon de pressions partisans qui mine la confiance des citoyens dans l'institution judiciaire.* », disponible en ligne : <http://www.assemblee-nationale.fr/14/projets/pl0845.asp>

¹⁵⁹⁶ Commission nationale consultative des droits de l'homme, avis sur l'indépendance de la justice, JO du 31 juillet 2013, n° 176 : « *Seuls une reconnaissance de l'indépendance du ministère public (voir II-1) et un renforcement des pouvoirs du CSM sur l'évolution de la carrière de l'ensemble des magistrats pourraient permettre efficacement de lutter contre de telles instructions.* »

¹⁵⁹⁷ Bien qu'il y ait eu des progrès avec la loi du 25 juillet 2013 (op. cit.) qui a supprimé la possibilité des instructions individuelles émanant du garde des Sceaux. Faute d'indépendance cette loi demeure insuffisante pour clarifier et perfectionner les relations entre ministère public et exécutif. Aussi est-il permis de douter de l'affirmation selon laquelle « *désormais, on ne peut plus douter que les décisions de poursuite qui sont prises dans les dossiers ne relèvent que d'une appréciation technique sur le caractère probant des charges de l'enquête* », in, « le procureur de la République et même le procureur général sont devenus des magistrats dans ma cité. Ils ne sont plus dans la tour d'Ivoire de leur palais de justice ». 3 questions à Catherine Champrenault, procureure générale de la cour d'appel de Paris, op. cit.

¹⁵⁹⁸ SALAS (D), La légitimité démocratique du juge en question, *Histoire de la justice* 2014/1, n° 24, p. 145 et s., spec. p. 151 : « *Dans l'instant présent, la priorité est de reconstruire une légitimité d'impartialité qui a tant fait défaut à la justice ces dernières années. Une authentique réforme de la justice suppose d'y voir non une amputation de pouvoir mais un équilibre entre des pouvoirs. Pour y parvenir, il faut redonner une forme d'indépendance au parquet (formé de magistrats) avec des garanties analogues à celles des juges. La gestion indépendante des nominations et des carrières est seule capable d'en purger les dérives. Trop souvent, suppose-t-on, ces nominations récompensent des services, nourrissent des réseaux et perpétuent l'ère du soupçon. Ces confusions dangereuses discréditent gravement les systèmes politique et judiciaire. La carrière doit rythmer des parcours professionnels, non des « loyautés » douteuses ou les services d'« excellents juristes ». La réforme de la justice – et singulièrement celle du parquet – est celle de l'État impartial.* », disponible en ligne : <http://www.cairn.info/sicd.clermont-universite.fr/revue-histoire-de-la-justice-2014-1-page-145.htm>

l'égard des magistrats est grand¹⁵⁹⁹ pourraient percevoir cette faille comme une tromperie sur l'impartialité, une impartialité pipée simplement proclamée pour les rassurer.

828. Avant d'adopter le principe d'impartialité le législateur aurait dû prendre garde de ne pas intervenir de façon précipitée mais avec le recul que la réflexion, la logique permet et ce afin de déterminer les préalables indispensables à la réalisation de cette vertu qu'est l'impartialité. En l'état, le statut du parquet rend impossible la concrétisation de l'impartialité telle qu'elle est conçue pour les magistrats du siège. Aussi, fallait-il proclamer l'indépendance statutaire des magistrats du parquet avant leur impartialité. Une réforme constitutionnelle en ce sens était envisagée depuis le 14 mars 2013 mais n'a jamais été adoptée. Pourtant, elle est la réforme indispensable puisqu'elle prévoyait la nomination des magistrats du parquet après l'avis conforme du CSM et l'intervention du CSM comme Conseil de discipline à l'égard des magistrats du parquet¹⁶⁰⁰. Le législateur aurait dû adopter la révision constitutionnelle avant de proclamer l'impartialité.

829. Enfin, l'absence d'indépendance est la carence la plus retentissante pour parvenir à l'impartialité du parquet. À cela s'ajoute une consécration non pas du principe d'impartialité mais d'un principe d'impartialité adapté aux magistrats du parquet. Le législateur a semble-t-il eu conscience, par cette réforme législative, de ne pas astreindre les magistrats du parquet à la même impartialité que les magistrats du siège.

¹⁵⁹⁹ Entretien avec Monsieur Eric Camous, Procureur de la République à Montluçon, le 08/09/2016. Monsieur le Procureur déplore la crise de confiance que connaît actuellement la magistrature, le soupçon des justiciables à leur encontre est très fort.

Nous partageons ce point de vue, à ce titre, la crise de confiance pesant sur la magistrature semble avoir été entendue et prise en compte par le législateur organique lorsqu'il a adopté la loi organique du 8 août 2016 dont l'article 26 est relatif aux situations de conflits d'intérêts et qui prévoit l'obligation pour les magistrats de remettre une déclaration d'intérêt et une déclaration patrimoniale. Loi organique du 8 août 2016, loi n° 2016-1090, loi relative aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature, JO, du 11 août 2016, n° 0186, article 26. Par cette loi le législateur ne proroge-t-il pas un peu plus le climat de suspicion qui règne sur les magistrats ? Qu'elle sera la prochaine étape ?

¹⁶⁰⁰ Projet de loi constitutionnelle portant réforme du Conseil supérieur de la magistrature, présenté par le gouvernement en mars 2013, Texte n° 720 adopté en deuxième lecture le 26 avril 2016 par l'Assemblée Nationale. Mais faute d'avoir réuni le Congrès, cette réforme n'a pas été adoptée.

B- La consécration d'une impartialité adaptée aux magistrats parquet

830. Il convient de dépasser, de faire abstraction, le temps de cette analyse¹⁶⁰¹, de la lacune statutaire qu'est la dépendance du parquet afin de déterminer, de façon prospective, la teneur du principe d'impartialité inséré à l'article 31 du CPP.

831. En premier lieu, il faut préciser que le principe d'impartialité personnelle des magistrats du parquet a toujours été conçu comme une obligation déontologique¹⁶⁰². La faute¹⁶⁰³ du parquet peut trouver son fondement dans un comportement subjectivement partial. Le CSM, s'il est saisi¹⁶⁰⁴, est chargé d'émettre un avis sur le caractère fautif ou non du comportement et le cas échéant de proposer la sanction encourue¹⁶⁰⁵. Tel est le cas lorsque le CSM rend l'avis suivant lequel *« en prenant des décisions de poursuite ou de classement dans des procédures mettant en cause des personnes avec lesquelles il était en relation d'affaires, M. X a pu faire légitimement douter de l'impartialité du parquet et qu'il a ainsi, manquant aux devoirs de son état, commis une faute disciplinaire d'une particulière gravité »*¹⁶⁰⁶. Le procureur était subjectivement partial, il prenait donc des décisions non plus dans l'intérêt général mais dans l'intérêt de la seule partie avec laquelle il était en relation d'affaire. Le manquement au principe d'impartialité sera également retenu à l'encontre d'un substitut du procureur car *« les relations personnelles qu'il a entretenues, six mois durant, avec une personne faisant l'objet de poursuites pénales et avec ses proches, n'étaient pas compatibles avec le suivi, par ses soins, du dossier la concernant ; qu'en ne se déportant pas, il a manqué à la délicatesse et à son devoir d'impartialité ; que c'est par un usage abusif de sa qualité et de ses fonctions qu'il est resté en relation avec Mme Y lors de sa détention ; qu'il a ainsi fait*

¹⁶⁰¹ Dès lors les propos qui vont suivre seront détachés de cette dépendance pour pouvoir faire une analyse prospective de la teneur de l'impartialité appliquée au parquet. Mais cette dépendance ne doit pas être totalement oubliée tant elle peut affaiblir le contenu de nos appréciations.

¹⁶⁰² COMMARET (D, N), Une juste distance ou réflexions sur l'impartialité du magistrat, D. 1998, n° 27, p. 262 et s.

¹⁶⁰³ Ordonnance n° 58-1270, Article 43 : *« Tout manquement par un magistrat aux devoirs de son état, à l'honneur, à la délicatesse ou à la dignité, constitue une faute disciplinaire.*

Constitue un des manquements aux devoirs de son état la violation grave et délibérée par un magistrat d'une règle de procédure constituant une garantie essentielle des droits des parties, constatée par une décision de justice devenue définitive.

La faute s'apprécie pour un membre du parquet ou un magistrat du cadre de l'administration centrale du ministère de la justice ainsi que pour un magistrat exerçant les fonctions d'inspecteur général, chef de l'inspection générale de la justice, d'inspecteur général de la justice ou d'inspecteur de la justice compte tenu des obligations qui découlent de sa subordination hiérarchique. »

¹⁶⁰⁴ Ordonnance n° 58-1270, op. cit., article 63.

¹⁶⁰⁵ Ordonnance n° 58-1270, op. cit., article 65-1.

¹⁶⁰⁶ Avis rendu par le CSM, par la formation du Conseil supérieur de la magistrature compétente pour les magistrats du parquet, 21 décembre 1994, P023, disponible en ligne : <http://www.conseil-superieur-magistrature.fr/discipline-des-magistrats?m=decision&vid=560>

*preuve d'un défaut de loyauté »*¹⁶⁰⁷. Dans ce cas le magistrat du parquet a un parti pris subjectif, il connaît personnellement la personne poursuivie avec laquelle il entretient des relations personnelles, cette connivence est de nature à affecter son impartialité personnelle. Dans un autre avis¹⁶⁰⁸ le CSM décide que le procureur « *avait l'obligation morale de se déporter et de s'abstenir de toute intervention dans la procédure, dès lors qu'il entretenait ou avait entretenu des relations avec l'une des parties au litige, il a ainsi manqué au devoir d'impartialité auquel tout magistrat est tenu dans sa démarche et dans son action* ». En effet, le procureur avait « *reconnu que sa situation personnelle l'avait mis dans l'impossibilité de poursuivre l'une ou l'autre des parties* ». Il s'agit donc d'un parti pris, d'une partialité subjective, le procureur perd de vue sa mission pour ne favoriser que la partie qu'il connaît personnellement.

832. Dès lors, l'impartialité consacrée récemment par le législateur est-elle différente de l'impartialité personnelle¹⁶⁰⁹ à laquelle le ministère public était jusqu'alors soumis en matière disciplinaire ? En d'autres termes, le principe d'impartialité des magistrats du parquet a-t-il la même teneur que celui applicable aux juges du siège ?

833. À la lumière des missions exercées par les magistrats du parquet au cours de la procédure pénale et de leur dépendance statutaire, il est difficilement concevable qu'ils puissent être soumis au même principe d'impartialité que celui applicable aux magistrats du siège. En effet, au contraire de l'impartialité personnelle qui est réalisable¹⁶¹⁰, l'impartialité fonctionnelle semble inaccessible aux magistrats du parquet¹⁶¹¹. En ce sens, elle impliquerait de revoir le fonctionnement et l'organisation du parquet pour insérer notamment une part de séparation des missions¹⁶¹² ce qui semble difficilement conciliable avec l'organisation des

¹⁶⁰⁷ Avis rendu par le CSM, par la formation du Conseil supérieur de la magistrature compétente pour les magistrats du parquet, 30 mai 1997, P032, disponible en ligne : <http://www.conseil-superieur-magistrature.fr/discipline-des-magistrats?m=decision&vid=570>

¹⁶⁰⁸ Avis rendu par le CSM, par la formation du Conseil supérieur de la magistrature compétente pour les magistrats du parquet, 21 novembre 2008, P060, disponible en ligne : <http://www.conseil-superieur-magistrature.fr/discipline-des-magistrats?m=decision&vid=603>

¹⁶⁰⁹ Il faut préciser qu'à la différence des magistrats du siège, la prévention de la partialité personnelle par la récusation n'est pas applicable aux magistrats du parquet : article 669 alinéa 2 CPP : « *les magistrats du ministère public ne peuvent être récusés* ». Voir également : RIBEYRE (C), Remarques sur l'absence encombrante des avocats devant la cour d'assises, *JCPG*, 2015, n° 39, p. 1679 et s.

¹⁶¹⁰ Il faut tout de même avoir à l'esprit que la dépendance statutaire peut avoir une influence sur l'impartialité personnelle.

¹⁶¹¹ Elle paraît sporadique, *infra* : §-2 de cette section.

¹⁶¹² Par exemple : le procureur de la République qui déciderait de la réponse pénale ne pourrait pas mettre en œuvre la dite réponse pénale ; l'avocat général ne devrait pas être le même en première instance et en appel.

parquets et le principe d'indivisibilité¹⁶¹³ du ministère public qui a pour conséquence que l'acte accompli par un magistrat du parquet l'est au nom du parquet tout entier.

834.D'ailleurs, la teneur de l'impartialité adaptée au parquet a été mise en exergue lors de la discussion du projet de loi ayant donné lieu à l'insertion de l'impartialité dans le CPP. D'une part, la commission des lois du Sénat a dans son rapport relatif au projet de loi¹⁶¹⁴, dont l'article 1^{er} bis avait pour objet d'insérer l'impartialité à l'article 31 du CCP, abordé la question de la teneur de l'impartialité appliquée aux magistrats du parquet pour en déduire que « *cette notion d'impartialité ne peut revêtir la même signification pour les magistrats du parquet que pour les magistrats du siège, puisqu'ils incarnent l'autorité de poursuite et sont soumis à une autorité hiérarchique supérieure* »¹⁶¹⁵. D'autre part, la commission des lois de l'Assemblée Nationale rappellera quant à elle que l'impartialité s'applique « *sous certaines réserves, aux magistrats du parquet, membres de l'autorité judiciaire au sens de l'article 64 de la Constitution, [...]* »¹⁶¹⁶.

835.Aussi, est-il possible de percevoir l'ambiguïté qui règne autour de la proclamation de ce principe d'impartialité appliqué aux magistrats du parquet. Qu'elle est donc la teneur du principe d'impartialité auquel sont tenus les magistrats du parquet ?

836.L'impartialité fonctionnelle n'est toujours pas applicable au ministère public¹⁶¹⁷. En effet, le même magistrat du parquet peut siéger au premier degré et au second degré. Cette hypothèse de cumul est toujours admise malgré l'entrée en vigueur de la loi du 25 juillet 2013. À cet égard la Chambre criminelle a décidé « *qu'aucun texte légal ou conventionnel n'interdit à un magistrat du ministère public qui soutient l'accusation en matière pénale mais n'en décide pas du bien-fondé, d'avoir animé des actions de prévention d'infractions*

¹⁶¹³ Sur le principe d'indivisibilité voir notamment : DESPORTES F) et LAZERGES-COUSQUER (L), op. cit., p. 599-600, §-850 à 852 ; MOLINS (F), « ministère public », Dalloz, *Répertoire de droit pénal*, article 2 ; PRADEL (J), op. cit., p. 143, §-161.

¹⁶¹⁴ Projet de loi adopté, loi 2013-669, op. cit.

¹⁶¹⁵ Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée Nationale, relatif aux attributions du garde des Sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et de mise en œuvre de l'action publique, rapport n° 675, par Monsieur le Sénateur Jean-Pierre MICHEL, déposé le 19 juin 2013, p. 32, disponible en ligne : <http://www.senat.fr/rap/l12-675/l12-6751.pdf>

¹⁶¹⁶ Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (n° 1227), modifié par le Sénat, relatif aux attributions du garde des Sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et de mise en œuvre de l'action publique, rapport n° 1230, par Monsieur le Député Jean-Yves LE BOUILLONNEC, 9 juillet 2013, p. 9, disponible en ligne : <http://www.assemblee-nationale.fr/14/pdf/rapports/r1230.pdf>

¹⁶¹⁷ Sur ce point voir notamment : GUINCHARD (S) et BUISSON (J), op. cit., p.395-396, §-432.

*spécifiques, fussent-elles de même nature que celle objet de ladite accusation, ni de requérir successivement dans la même affaire devant les cours d'assises statuant en première instance et en appel ; que, dès lors, les moyens sont inopérants »*¹⁶¹⁸, le moyen était fondé sur le cumul de la fonction de poursuite par le même avocat général en première instance et en appel. Donc le cumul de fonctions de mêmes types au cours d'une même procédure est toujours admis ce qui est révélateur de l'absence d'application de l'impartialité fonctionnelle au parquet qui est indivisible. Par ailleurs, la Chambre criminelle admet que les magistrats du parquet puissent intervenir dans la procédure en ayant occupé auparavant, dans la même affaire, la fonction de juge. Très vraisemblablement ce cumul de la fonction de juge puis de celle de parquetier continuera d'être admis¹⁶¹⁹.

837. La nouvelle rédaction de l'article 31 du CPP n'a pas remis en cause la jurisprudence antérieure de la Chambre criminelle et n'a pas permis l'application du principe d'impartialité fonctionnelle qui impose une organisation procédurale appropriée inconciliable avec le principe d'indivisibilité.

838. Enfin, les missions contemporaines attribuées au ministère public qui font de lui un « *quasi-juge* »¹⁶²⁰, notamment lorsqu'il conduit la CRPC ou les procédures alternatives aux poursuites, ne sont pas affectées par le principe d'impartialité. Ce « cumul » de fait, de la poursuite et de la décision au fond soumise à validation, paraît *a priori* difficilement compatible avec l'impartialité qui est sauvée par l'intervention d'un juge du jugement en bout de chaîne. En effet, il ne faut pas perdre de vue que l'un des buts poursuivis par ces procédures est de donner une réponse rapide afin de désengorger les tribunaux ce qui se

¹⁶¹⁸ Cass. crim., 9 septembre 2015, n° 14-84481, non-publié.

¹⁶¹⁹ Sur ce point voir notamment : GUINCHARD (S) et BUISSON (J), op. cit., p. 396-397, §-432 ; DESPORTES (F) et LAZERGES-COUSQUER (L), op. cit., p. 201, §-298.

Cass. crim., 10 décembre 1986, n° 96-91567, bull. crim. n° 370, p. 966 ; Cass. crim., 19 mars 1998, n° 96-86312, bull. crim., n° 106, p. 277 ; Cass. crim., 21 mai 2003, n° 02-87150, bull. crim., n° 103, p. 410. Cette jurisprudence portant négation de l'impartialité fonctionnelle des magistrats du parquet lorsqu'il exerce la fonction de poursuite est donc prorogée malgré la nouvelle rédaction de l'article 31 du CPP. Il s'agit de l'hypothèse du cumul de la fonction de juge puis de celle de parquetier. Dans ce cas il y a un cumul des fonctions dont la Chambre criminelle a toujours admis la validité, ce qui peut porter à controverse notamment dans le cas où la chambre d'accusation qui a rendu l'arrêt attaqué a jugé l'affaire en présence d'un substitut du procureur général, magistrat qui, en tant que premier juge d'instruction près le tribunal de grande instance avait précédemment diligenté la procédure dont la régularité au regard des dispositions des articles 679 et suivants du Code de procédure pénale était en cause devant ladite chambre d'accusation : Cass. crim., 3 novembre 1992, n° 92-84052, non publié au bulletin.

En revanche l'hypothèse de cumul inverse est absolument proscrite : le cumul de la fonction de poursuite avec la fonction de jugement fait l'objet d'une séparation stricte, *supra* : Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, §-1.

¹⁶²⁰ SAINT-PAU (J-C), Le ministère public concurrence-t-il le juge du siège ?, op. cit.

conjuguerait mal avec notamment une séparation accrue des missions, pour une meilleure garantie d'impartialité. .

839. Toutefois, dans ces différents types de réponse pénale le ministère public propose soit une alternative aux poursuites, soit dans le cas de la CRPC une peine « négociée » avec délinquant qui reconnaît sa culpabilité. Ainsi, il a un rôle qui est très proche de celui de juge même s'il ne décide pas lui-même puisque la proposition doit être homologuée par un juge du siège après que le ministère public ait fait tout le travail en amont qui est normalement dévolu, dans la procédure ordinaire, au juge du siège.

840. Le principe d'impartialité est donc adapté au parquet ; seule l'impartialité personnelle lui est applicable et sa concrétisation semble sporadique. En ce sens, l'impartialité paraît réalisable jusqu'au moment où le parquetier décide de la réponse pénale.

§-2 La concrétisation sporadique de l'impartialité personnelle des magistrats du parquet

841. L'impartialité du parquet peut se réaliser pleinement avant toute réponse pénale (A) mais dès que le ministère public a donné la réponse pénale cette impartialité se transforme en loyauté (B).

A- L'impartialité antérieure à la réponse pénale

842. Avant les consécutions législatives, améliorant la phase d'enquête et par ricochet la décision quant à la réponse pénale, était développée l'idée selon laquelle l'exigence d'impartialité ne visait pas les magistrats du parquet, certains soutenaient alors que « *dans les phases d'enquête et d'instruction, le parquetier recherche les éléments à charge* »¹⁶²¹ et donc que « *la partialité sollicitée des magistrats résulte ainsi de la démarche intellectuelle d'addition d'éléments à charge* »¹⁶²². Au contraire, aujourd'hui, l'impartialité personnelle du parquet paraît pouvoir se concrétiser jusqu'à la réponse pénale.

¹⁶²¹ JOSSERAND (S), op. cit., p. 324, §-181.

¹⁶²² JOSSERAND (S), op. cit., p. 337, §-210.

843. En effet, jusqu'à la réponse pénale, le magistrat du parquet n'a encore fait preuve d'aucun parti pris légal. Il dirige l'enquête en toute objectivité et réunit les éléments tant à charge qu'à décharge¹⁶²³ et ce pour une recherche de la vérité qui se fait en préservant un équilibre dans le respect des droits¹⁶²⁴. Cette obligation d'une enquête à charge et à décharge est révélatrice d'une évolution dans la façon qu'a le ministère public actuel de remplir sa mission d'enquête ; il n'est plus cet accusateur à tout prix mais bien le magistrat chargé de rechercher la vérité au nom de l'intérêt de la société et donc en faisant une enquête impartiale, sans favoriser ou défavoriser aucune thèse par avance. Dès lors, il semble qu'au stade de la procédure antérieure à la réponse pénale et jusqu'à celle-ci, il puisse pleinement remplir l'obligation d'impartialité personnelle qui déploie tous ses effets en tout cas, il y est contraint.

844. De plus, il y a eu une nette évolution dans la façon d'exercer la mission d'enquête préalable à la réponse pénale. Durant cette première phase d'intervention, le magistrat du parquet est appelé à faire un travail objectif de recherche de la vérité, il lui est donc possible d'observer l'impartialité car, *ab initio*, il doit être neutre, il recherche les éléments qui lui permettront de donner sa réponse pénale. Donc, contrairement à ce qui a pu être affirmé dans le passé, durant sa première intervention dans la procédure, qui s'étend de l'enquête jusqu'à la réponse pénale, le ministère public se doit d'être impartial.

845. Par conséquent, la prévision de l'article 31 pourrait déployer ses pleins effets lors de la phase d'enquête dirigée par le ministère qui lui permettrait ensuite de donner une réponse pénale impartiale¹⁶²⁵. La violation de cette obligation d'impartialité pourrait-elle donner lieu à sanction ? Il semble que la nullité de la procédure puisse être encourue¹⁶²⁶ du fait de la partialité du magistrat du parquet. Nullité qui devrait être d'ordre public mais de façon critiquable¹⁶²⁷ la Chambre criminelle exige la démonstration d'un grief notamment dans le cas d'une demande de nullité fondée sur la partialité de l'enquêteur¹⁶²⁸. Il faut espérer que l'action en nullité sera également possible dans le cas du grief de partialité du magistrat du parquet.

¹⁶²³ Article 39-3 CPP.

¹⁶²⁴ *Ibid.* Il est impossible de préserver un équilibre entre les droits en présence s'il y a partialité.

¹⁶²⁵ Il ne faut pas oublier que nous avons, pour cette analyse, fait abstraction de la dépendance statutaire laquelle vient relativiser la teneur de ces propos.

¹⁶²⁶ Article 802 CPP.

¹⁶²⁷ ROUSSEL (G), Le défaut d'impartialité de l'enquête de police soumis à l'exigence d'un grief, *AJ Pénal* 2008, p. 328 et s.

¹⁶²⁸ Cass. crim., 14 mai 2008, n° 08-80483, bull. crim., n° 115. ; GIUDICELLI (A), Le défaut d'impartialité d'un enquêteur comme cause possible de nullité de la procédure, *RSC*, 2008, n°3, p. 631 et s. ; ROUSSEL (G), Le défaut d'impartialité de l'enquête de police soumis à l'exigence d'un grief, *op. cit.*

Néanmoins, le doute est permis tant on constate avec stupéfaction que la Chambre criminelle continue d'affirmer que « *le ministère public ne décidant pas du bien-fondé de l'accusation en matière pénale, le moyen pris de la partialité éventuelle de ce magistrat est inopérant* »¹⁶²⁹. Aussi est-ce révélateur d'une certaine incompréhension de cette nouvelle obligation législative d'impartialité du parquet que nous considérons réalisable jusqu'à la réponse pénale. En revanche, postérieurement à cette réponse pénale, il semble que l'impartialité laisse place à la loyauté du ministère public.

B- La loyauté postérieure à la réponse pénale

846. Le choix de la réponse pénale opéré, il semble difficile d'appliquer ensuite le principe d'impartialité au ministère public.

847. Tout d'abord, le ministère public fait un choix en décidant soit de classer sans suite, soit de poursuivre en utilisant la voie ordinaire ou accélérée, soit d'utiliser une alternative aux poursuites. Ainsi, le ministère public a choisi entre plusieurs possibilités sur la base d'éléments objectifs. Mais, dès cette décision prise il n'est plus tout à fait indifférent et ce même s'il a fait ce choix au nom de la société¹⁶³⁰. À partir de ce moment, la neutralité n'est plus complète. En choisissant telle ou telle réponse pénale le ministère public donne sa première vision du dossier ce qui entraîne une position difficilement conciliable avec l'impartialité qui demande une neutralité absolue, une absence de parti pris. L'impartialité paraît alors se changer en loyauté¹⁶³¹.

848. Est loyal celui qui « *obéit aux lois de l'honneur et de la probité* »¹⁶³². D'ailleurs, à la différence de l'impartialité, la loyauté peut, doit s'exercer entre adversaires, dans un combat ou un procès, qui respectent alors les règles du jeu¹⁶³³, les règles de droit.

849. Donc lorsqu'il met en œuvre la réponse pénale, pour laquelle il a opté, le ministère public devra faire preuve de droiture, il devra respecter les règles de droit. Certes, le

¹⁶²⁹ Cass. crim., 13 janvier 2016, pourvoi n° 15-81596, non-publié ; Cass. crim., 6 janvier 1998, n° 91-81466.

¹⁶³⁰ Il n'est pas une simple partie, il exerce sa mission non pas dans un intérêt privé mais au nom de la République, dans l'intérêt de la société.

¹⁶³¹ JOSSERAND (S), op. cit., p. 333 à 336, § -204 à 208.

¹⁶³² Le Robert illustré, 2013, *Loyal*, p. 1131.

¹⁶³³ CORNU (G), Vocabulaire juridique, Quadrige dicospoche, 7^{ème} ed, 2005, « loyal ».

représentant de la société, dont il doit préserver les intérêts¹⁶³⁴, ne peut plus être impartial car il est déjà intervenu pour donner la réponse pénale ce qui est une sorte de parti pris légal. Mais, dans la mise en œuvre de la réponse pénale, il est toujours le représentant de la société ce qui implique qu'il ait un comportement honnête dans le respect du droit. Il doit donc impérativement être loyal et ce pour la grandeur de la justice et le respect des décisions rendues.

850. Donc ce n'est pas, comme l'affirme la Cour EDH, le fait qu'il soit ou qu'il puisse être demandeur, partie poursuivante, au procès pénal qui constitue selon nous un obstacle à l'impartialité du ministère public mais le fait qu'il ait opéré le choix de la réponse pénale.

851. En outre, postérieurement à la réponse pénale, il ne peut plus remplir pleinement le principe d'impartialité personnelle car il a fait un premier choix qui le rend inapte à observer le dit principe. Toutefois, par la suite, le ministère public a toujours pour mission de servir la recherche la vérité et de préserver les intérêts de la société ce qui implique notamment de proposer une peine adéquate qui repose sur un dossier érigé de façon loyal¹⁶³⁵. En d'autres termes, le parquet ne doit pas exercer les missions postérieures à la réponse pénale en ayant une vision déformée de la réalité, en se conformant uniquement à son ressenti et en anticipant sur l'issue de sa mission¹⁶³⁶ ou enfin en modifiant la teneur du dossier.

852. Néanmoins, le ministère public pourra par exemple dans ses réquisitions donner une description des faits, une vision des circonstances de l'infraction. À ce titre, devant la juridiction de jugement les réquisitions orales du ministère public peuvent contenir des expressions, des qualifications, des positions qui ne sont plus d'une neutralité absolues¹⁶³⁷, il va tenter de convaincre les juges ce qui implique un argumentaire parfois tranché. Mais, le ministère public se doit d'être loyal, ce qui lui interdit de dépasser une certaine limite inadmissible en s'exprimant en des termes démontrant non plus une partialité légale mais un acharnement personnel reposant sur des considérations extérieures à la bonne justice¹⁶³⁸.

¹⁶³⁴ JOSSERAND (S), op. cit., p. 327 et s., §-190 et s.

¹⁶³⁵ Le ministère public ne peut pas sélectionner les éléments probants pour simplement corroborer son ressenti.

¹⁶³⁶ BOURSIER (M-E), *Le principe de loyauté en droit processuel*, Nouvelle bibliothèque de thèse, Dalloz, 2003, p. 272-273, §-497 à 499.

¹⁶³⁷ Mais qui ne doivent pas dépasser une certaine limite. En effet, il peut donner son appréciation de façon loyale sans faire appel à des arguments tendancieux.

¹⁶³⁸ Exemple : un réquisitoire prenant sa source dans une opinion raciste ou homophobe.

853. En conclusion, postérieurement à la réponse pénale, il est plus approprié de parler de loyauté du ministère public car l'impartialité ne peut plus être totalement garantie¹⁶³⁹. En effet, le ministère est une partie au service de l'intérêt de la société donc il n'est plus tout à fait neutre. Or, il serait dommageable pour l'impartialité personnelle d'admettre qu'elle puisse avoir un contenu différent lorsqu'elle s'applique au parquet postérieurement à la réponse pénale. Il est donc plus cohérent, pour la grandeur du principe d'impartialité, d'utiliser la notion de loyauté ce qui lève toute ambiguïté. Cependant, le législateur semble avoir occulté la complexité de la notion d'impartialité et malheureusement il n'est pas certain que le justiciable comprenne le sens de l'article 31 du CPP qui prévoit que « *le ministère public exerce l'action publique et requiert l'application de la loi, dans le respect du principe d'impartialité auquel il est tenu* ». Ainsi, pour plus de cohérence, l'article 31 du CCP devrait être reformulé en ces termes : « le ministère public exerce l'action publique et requiert l'application de la loi. L'impartialité des magistrats du parquet s'impose jusqu'à la réponse pénale, ensuite ils sont soumis à la loyauté. »

¹⁶³⁹ Certains utilisent les termes de loyauté et d'impartialité comme des synonymes ce que nous réfutons : JOSSERAND (S), op. cit., p. 333 et s., §- 204 et s.

Conclusion Chapitre 2

854. Le législateur a consacré le 25 juillet 2013 le principe d'impartialité du ministère public lorsqu'il exerce l'action publique et requiert l'application de la loi. Cette consécration a pu trouver sa source dans le droit constitutionnel et dans la *soft law* du Conseil de l'Europe et a pu être commandée par le rôle toujours plus étendu dévolu au ministère public dans la procédure pénale française avant et pendant le jugement.

855. Cependant, une carence retentissante manque à cette exigence d'impartialité, il s'agit de l'indépendance statutaire des magistrats du parquet¹⁶⁴⁰. En ce sens, proclamer le principe d'impartialité de façon prématurée ne joue pas en sa faveur. L'incohérence législative a des effets négatifs sur le principe d'impartialité et *de facto* sur la confiance des justiciables dans leur justice.

856. En outre, même si l'indépendance statutaire du parquet était un jour adoptée, il s'agirait toujours d'une impartialité adaptée au parquet. Tout d'abord, l'impartialité fonctionnelle n'est pas applicable au ministère public et l'impartialité personnelle est sporadique. Cette dernière ne semble possible que jusqu'à la réponse pénale pour se transformer ensuite en loyauté. En ce sens, le ministère public, après avoir fait un premier choix traduisant une certaine prise de position « légale », ne peut plus représenter les intérêts de la société avec une neutralité absolue. Dès lors, s'il lui est interdit de faire preuve d'un parti pris arbitraire, anormal, il peut, dans le respect du principe de loyauté, laisser transparaître certaines positions sur le dossier. Ainsi, pour éviter tout amalgame et pour préserver la grandeur du principe d'impartialité il faudrait modifier les textes afin d'intégrer cette transformation du principe d'impartialité en principe de loyauté. L'article 31 du CPP pourrait être reformulé ainsi : « *le ministère public exerce l'action publique et requiert l'application de la loi. L'impartialité des magistrats du parquet s'impose jusqu'à la réponse pénale, ensuite ils sont soumis à la loyauté* ».

¹⁶⁴⁰ Projet de loi constitutionnelle portant réforme du Conseil supérieur de la magistrature, présenté par le gouvernement en mars 2013, Texte n° 720 adopté en deuxième lecture le 26 avril 2016 par l'Assemblée Nationale

Conclusion Titre 2

857. Deux positions opposées quant à « l'impartialité » des magistrats du parquet sont visibles. Tout d'abord, celle du droit de la Convention EDH fondée sur l'absence d'impartialité du parquet, sur l'apparence de partialité du parquet. Ensuite, celle du droit français qui consacre l'impartialité du parquet. Néanmoins, ces deux conceptions se rejoignent sur un point, elles permettent au parquet, durant un délai limité, de prendre certaines décisions relatives à la liberté.

858. Aussi, conçoit-on qu'il y ait une certaine incompréhension légitime, notamment des justiciables, face à l'impartialité du parquet qui est l'objet de deux positions contradictoires.

859. Par son intervention, le législateur français n'a pas clarifié les choses. Au contraire, la consécration de l'impartialité des magistrats du parquet n'est pas salvatrice pour rétablir la confiance des justiciables dans leur justice. D'une part, elle est dénuée de l'indépendance statutaire qui est un préalable indispensable à l'impartialité. D'autre part, même consacrée, l'indépendance statutaire ne permettrait pas d'atteindre complètement le principe d'impartialité car il s'agit d'une impartialité adaptée au parquet. En effet, il semble, malgré les progrès visibles de la mission du parquet, que l'impartialité personnelle du parquet soit seulement possible jusqu'à la réponse pénale pour ensuite se changer en loyauté.

860. Or, l'impartialité est ou n'est pas ! L'intervention législative doit donc se perfectionner, notamment par une modification de l'article 31 du CPP, au risque d'atteindre les grands principes qui gouvernent la procédure pénale et dont souffre actuellement l'impartialité.

Conclusion Partie 2

861.L'impartialité des magistrats avant le jugement, c'est-à-dire dans la procédure pénale française, des magistrats du siège intervenant durant l'instruction et des magistrats du parquet, correspond à une extension de l'article 6, §-1 de la Convention EDH.

862.Tout d'abord, l'extension de l'application de l'article 6, §-1 à l'instruction a des effets limités du fait de l'application décevante par la Cour EDH du principe l'impartialité au juge d'instruction. Ceci est certainement dû au fait que cette extension conventionnelle est conditionnée, imposée, compte tenu du principe de subsidiarité, par le droit national qui aura formellement reconnu l'impartialité dans l'instruction. Ceci était le cas du droit espagnol dans l'arrêt Vera Fernandez-Huidobro¹⁶⁴¹ dont la solution est transposable pour la France. L'impartialité des juges de l'instruction est l'objet d'une application décevante, surprenante de la part de Cour EDH. En ce sens, elle admet, dans l'arrêt Vera Fernandez-Huidobro, que l'exigence d'impartialité est respectée lorsqu'une instruction partielle est poursuivie, pour des raisons de compétence juridictionnelle, par un second juge impartial. On peut douter de la présence de l'impartialité car le second juge se fonde inéluctablement sur un dossier entaché de partialité. Donc, au regard de l'appréciation conventionnelle de l'impartialité des juges intervenants dans l'instruction il est possible de voir dans le droit national un renforcement de l'exigence conventionnelle. Droit national qui conditionnera, en cas de recours sur point devant la Cour EDH, l'extension de l'impartialité à l'instruction.

863.Ensuite, l'extension de l'article 6, §-1 est impossible aux magistrats du parquet. Pour ces derniers le principe conventionnel d'impartialité sera appréhendé grâce l'application de l'article 5, §-3 plus précisément par l'appréciation de la notion conventionnelle « *de magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaire* ». Cette disposition, qui est restreinte au domaine de la liberté, permet de déceler une jurisprudence conventionnelle stricte relative à l'impartialité des magistrats du parquet voire une conception négative des magistrats du parquet. En effet, la Cour EDH n'hésite pas à faire revivre la théorie de l'apparence pour conclure à l'apparence de partialité du parquet ; le cumul, même éventuel, d'une décision sur la liberté avec la fonction de poursuite permet de conclure à la partialité apparente du parquet.

¹⁶⁴¹ CEDH, 6 janvier 2010, VERA FERNANDEZ-HUIDOBRO c. Espagne, op. cit.

Cette conception conventionnelle est opposée à celle du droit national qui proclame l'impartialité du parquet. Une telle discordance, entre ces deux droits applicables en France, sur un principe d'impartialité pourtant inhérent à la justice n'est pas propice à favoriser son autorité.

864.L'impartialité en amont du jugement est donc plus satisfaisante lorsqu'elle concerne l'instruction que le parquet. Dans le premier cas il n'y a pas de contrariétés de principe entre le droit conventionnel et le droit national qui vient simplement renforcer l'impartialité conventionnelle. Au contraire dans le second cas il y a une opposition sur la reconnaissance de l'impartialité du parquet ce qui est dangereux pour la force du principe.

CONCLUSION GENERALE

865. Tout d'abord, l'impartialité des magistrats lors du jugement est l'exigence première de l'article 6, §-1. Cette disposition prévoit l'exigence d'un « *tribunal indépendant et impartial* », c'est-à-dire l'impartialité de l'organe qui est appelé à connaître du bien-fondé d'une accusation en matière pénale. Mais cette appréciation de l'impartialité n'a pas été linéaire. Dans un premier temps, l'impartialité fonctionnelle était fondée sur la théorie de l'apparence, aux conséquences globalement strictes et, dans un second temps, une conception plus réaliste du principe a été retenue par la Cour EDH, c'est-à-dire une conception concrète des cas de cumul, donc plus restrictive quant à l'admission du grief de partialité. Néanmoins, il ne faut pas pour autant conclure à l'abandon total de la théorie de l'apparence en matière d'impartialité conventionnelle. Elle est l'appréciation inchangée de l'impartialité personnelle des juges qui est toujours présumée. Donc il y a une apparence d'impartialité personnelle des juges, une présomption-postulat d'impartialité personnelle. De plus, la Cour EDH, veillant à sauvegarder l'image d'une jurisprudence constante, fait toujours un usage purement symbolique de l'apparence dans les arrêts relatifs à l'impartialité fonctionnelle du tribunal fondée sur la réalité. En outre et surtout, elle n'hésite pas à faire revivre la théorie de l'apparence de partialité lorsqu'elle applique l'article 5, §-3 ; elle affirme notamment à l'encontre du ministère public français, son apparence de partialité. À l'opposé de cette appréciation conventionnelle demeure la proclamation de l'impartialité du parquet par le législateur français. Il existe donc actuellement deux visions opposées relatives à l'impartialité du parquet qui en pratique ont des conséquences sensiblement identiques quant à la possibilité pour ces magistrats de prendre une décision sur la liberté. Mais, comment le justiciable français peut-il comprendre cette opposition ? Le législateur français n'a-t-il pas amoindri un peu plus la confiance des justiciables à l'égard de leur justice en proclamant l'impartialité des magistrats du parquet avant leur indépendance statutaire ? Nous le pensons et proposons de reformuler l'article 31 du CPP afin de rétablir une certaine cohérence dans la conception de « l'impartialité » des magistrats du parquet. Néanmoins pour ce faire, il est nécessaire de consacrer l'indépendance statutaire des magistrats du parquet qui est indispensable à l'effectivité de l'article 31 ainsi reformulé : « le ministère public exerce l'action publique et requiert l'application de la loi. L'impartialité des magistrats du parquet s'impose jusqu'à la réponse pénale, ensuite ils sont soumis à la loyauté »¹⁶⁴².

¹⁶⁴² *Supra* : Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 2.

866. Le droit conventionnel a donc permis une sorte de renaissance du principe d'impartialité des magistrats du jugement dans la procédure pénale française. Par ailleurs, dans cette dernière, l'impartialité est soutenue par diverses garanties institutionnelles et procédurales. Toutefois, l'impartialité n'est pas étayée de façon identique devant l'ensemble des juridictions de jugement. Les juridictions de droit commun en matière criminelle et les juridictions spécialisées *ratione materiae* bénéficient en principe de soutiens forts. Ainsi, plus la criminalité est grave ou complexe et mieux le principe d'impartialité est garanti, sauvegardé. Au contraire, la CJR demeure une juridiction majoritairement composée de juges parlementaires dépendants du contexte politique ce qui rend leur impartialité difficile voire impossible à réaliser lorsqu'ils doivent juger les membres du gouvernement. Quant au tribunal pour enfants, le législateur, en adoptant une interprétation erronée des décisions du Conseil constitutionnel¹⁶⁴³, n'a restauré que partiellement le principe d'impartialité puisqu'il a limité l'interdiction de cumul des fonctions d'instruction et de jugement, pour le juge des enfants, à la seule décision de renvoi. Dans ce contexte, le tribunal pour enfants n'est toujours pas à l'abri d'une condamnation par la Cour EDH et d'une nouvelle censure par le Conseil constitutionnel.

867. Ensuite, l'impartialité des magistrats avant le jugement correspond à l'extension de l'article 6, §-1 de la Convention EDH. Cette extension est admise pour les juges intervenants dans l'instruction mais elle est impossible pour les magistrats du parquet qui sont dépendants notamment de l'exécutif. L'impartialité des juges intervenant dans l'instruction est reconnue en droit interne. En outre, le juge d'instruction et le JLD bénéficient d'un statut doublement protecteur. Comme tous les juges du siège, ils sont indépendants statutairement ce qui est un prérequis indispensable pour accéder à l'impartialité et en plus, en tant que juges spécialisés, ils bénéficient d'un mode de désignation au sein des juridictions plus protecteur de leur indépendance ; ils sont désignés par décret du président de la République sur proposition du garde des Sceaux après avis conforme du CSM. Ainsi, le droit national renforce efficacement le droit conventionnel relatif à l'impartialité de l'instruction qui reste, en la matière, décevant. Par ailleurs et surtout, si un recours contre la France devant la Cour EDH était fondé sur la violation de l'impartialité dans l'instruction, c'est le droit français, parce qu'il reconnaît l'impartialité dans l'instruction, qui « imposerait » à la Cour EDH d'appliquer l'exigence

¹⁶⁴³ QPC n° 2011-147, 8 juillet 2011 ; DC n° 2011-633, 4 août 2011.

conventionnelle d'impartialité à l'instruction. En effet, la Cour EDH a décidé, dans son arrêt Vera Fernandez-Huidobro¹⁶⁴⁴, qu'elle déclarera l'article 6, §-1 applicable à l'instruction seulement si l'impartialité est formellement reconnue par le droit interne de l'État mis en cause. En d'autres termes, il s'agit d'un cas atypique dans lequel la Cour EDH peut être « contrainte », par le droit national, d'étendre l'application de l'article 6, §-1 à l'instruction car elle s'estime obligée, conformément au principe de subsidiarité, de consacrer une protection conventionnelle au moins égale à celle présente dans la législation interne. Donc, dans ce contexte, le législateur français impose une garantie d'impartialité supérieure à celle initialement prévue par le droit conventionnel.

868. Par ailleurs, de cette étude, il est également possible de déduire une certaine fragilité du principe d'impartialité dans la procédure pénale française car sa réalisation dépend de la rigueur de certains autres principes procéduraux. À ce titre, la collégialité, qui permet d'évincer la partialité par la discussion à plusieurs et les regards croisés sur le dossier, est malheureusement marginalisée pour le jugement des délits et a été abandonnée en matière d'instruction principalement pour des raisons financières. Pourtant, à la suite de l'affaire d'Outreau, elle était reconnue comme la solution à privilégier notamment pour évincer la solitude néfaste du juge d'instruction. Néanmoins, après avoir été continuellement repoussée, la collégialité systématisée a été définitivement abandonnée le 18 novembre 2016. Il reste donc à espérer que le législateur complétera la cosaisine, qui demeure une solution insuffisante pour préserver efficacement l'impartialité, par une collégialité empreinte de réalisme à savoir la collégialité facultative et ponctuelle. Il faut donc que le législateur veille continuellement à asseoir l'impartialité dans la procédure pénale notamment en préservant les principes qui concourent à sa sauvegarde.

869. Cependant, en matière d'impartialité, le législateur et le pouvoir réglementaire empruntent parfois des chemins dévoyés. En premier lieu, au-delà de notre sujet d'étude, il faut noter la création d'un juge délégué aux victimes (Judevi) dont rien que le nom a de quoi susciter des doutes quant à son impartialité. Ce juge intervient principalement dans la phase post-sentencielle de la procédure pénale mais il peut également, chose plus critiquable d'un point de vue de l'impartialité, être désigné pour présider les audiences du tribunal correctionnel statuant après renvoi sur les seuls intérêts civils. Or, dans ce cas le Judevi aura

¹⁶⁴⁴ CEDH, VERA FERNADEZ-HUIDOBRO c. Espagne, 6 janvier 2010, requête n° 74181/01.

pu, avant cette audience, intervenir auprès de la victime ce qui semble difficilement compatible avec le principe d'impartialité. Mais la Cour de cassation a précisé concernant l'impartialité qu'il faudra se prononcer dans chaque cas d'espèce d'après la conception conventionnelle de l'impartialité fondée sur la réalité. Pourquoi instituer un juge qui ne « paraît pas très utile » et qui crée un risque supplémentaire d'impartialité ? Quels effets pour la procédure pénale hormis la fragilisation de l'impartialité ? En second lieu, instituer la déclaration de patrimoine des magistrats avant leur entrée en fonction est un prolongement, par le législateur, de l'état de suspicion qui règne à leur encontre. Ce droit de regard sur la vie privée des magistrats, afin de parvenir notamment à la démonstration, à la preuve d'une impartialité personnelle préservée de toutes pressions financières, nous paraît dangereux ; quelle sera la prochaine étape ? En outre, bien que la partialité personnelle des magistrats soit un danger réel pour la justice, il s'agit d'une dérive de l'être humain à laquelle il est impossible de remédier totalement et qui est protégée *ab initio* par le serment initial que prêtent les magistrats : « *je jure de bien et fidèlement remplir ma fonction, de garder le secret des délibérations et de me conduire en tout comme un digne et loyal magistrat* ». Au contraire, en matière d'impartialité fonctionnelle le législateur peut intervenir (ou s'en abstenir) pour fortifier les principes procéduraux qui permettent de la soutenir. Néanmoins, cette action salvatrice pour l'impartialité ne repose pas exclusivement sur un travail législatif plus qualitatif, il faut également des moyens budgétaires adéquats ; l'adoption puis la suppression de la collégialité systématisée en matière d'instruction en est un exemple parfait.

INDEX

Le présent index renvoie aux numéros de paragraphes.

A

Affectation, 510 et s.

Absence du prévenu, 342 et s., 371 et s.

Appel, 273, 324, 325, 327, 346, 538, 618, 633 et s., 668 et s., 683, 775, 836

Avocat, 297 et s., 341 et s., 350 et s., 378, 437, 626, 629, 817

C

Collégialité :

- **De la CJR**, 429 et s., 439

- **Des juridictions spécialisées**, 454 et s., 460

- **Lors du jugement en matière criminelle**, 268 et s.

- **Lors du jugement en matière délictuelle**, 356 et s., 379

- **Lors de l'instruction :**

- **Collégialité**, 660 et s.

- **Collégialité systématisée**, 671 et s.

- **Collégialité facultative et ponctuelle**, 678, 681

Comparution immédiate, 349 et s., 353, 360, 366, 379, 655

Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, 323 et s., 349 et s., 361, 366, 378, 468, 810, 811, 838, 839

Confiance des justiciables, 14, 15, 292, 307, 710, 712, 713, 726, 738, 855, 859, 865

Conseil supérieur de la magistrature : 15, 503 et s., 518, 522, 524, 526 et s., 529, 550, 704, 707, 710 et s., 727 et s., 828, 831 et s., 867

Contradictoire :

- **En matière criminelle**, 295 et s.

- **En matière délictuelle**, 339 et s., 350 et s., 368, 378

- **Devant la CJR**, 437

- **Lors de l'enquête**, 817, 818

- **Lors de l'instruction**, 615, 620 et s., 658

Cosaisine, 625, 663, 674 et s., 681, 685, 868

Cour de justice de la République, 416 et s.

D

Décision de renvoi (du juge des enfants), 409 et s., 462, 469, 866

Défaut :

- **En matière criminelle**, 296

- **En matière délictuelle**, 346 et s., 371 et s.

Dépendance des juges parlementaires à l'égard du contexte politique, 419 et s., 439

Désignation du juge d'instruction et du JLD, 517 et s., 867

Droits de la défense, 134, 370, 620 et s., 659, 681, 684

E

Enquête "à charge et à décharge", 816 et s., 843.

Évaluation des magistrats, 503, 516

H

Homologation, 322 et s., 352, 377, 810 et s., 822

Huis clos, 288, 293 et s., 336, 436

I

Impartialité-Partialité:

- **Apparence d'impartialité**, 54, 63 et s., 74, 76, 89 et s., 91, 94 et s., 112, 159 et s., 164, 198, 247, 272, 281, 292, 338, 346, 354, 425, 436, 471, 615 et s., 651, 865

- **Théorie de l'apparence de partialité**, 37, 66, 68 et s., 113 et s., 129, 132, 139, 143, 148, 157, 162 et s., 201, 225, 229, 236, 240, 245, 407, 558, 755, 764, 768, 865

- **Impartialité fonctionnelle**, 30, 55 et s., 62, 76 et s., 109 et s., 160, 163, 169 et s., 177, 179 et s., 198 et s., 245 et s., 392, 401 et s., 471 et s., 570, 833 et s., 856, 865, 869

- **Impartialité personnelle**, 3, 60 et s., 94 et s., 159 et s., 196, 198, 247, 471, 831 et s., 840 et s., 856, 859, 865, 869

- **Partialité réalité**, 162, 164 et s., 391 et s., 471 et s., 554

Instruction :

-**À charge et à décharge**, 277, 532 et s., 615 et s.

-**Autosaisine interdiction et assouplissements**, 590 et s., 600 et s.

-**Extension de l'article 6, §-1**, 477 et s., 542 et s., 861, 862

-**Filtre du président de la chambre de l'instruction**, 633 et s., 668 et s.

-**Séparation des missions**, 643 et s., 681, 685

Inamovibilité, 490 et s., 509 et s., 707, 729

Indépendance statutaire :

- **Des juges**, 255 et s., 374, 488 et s.

- **Des magistrats du parquet**, (v. Infra magistrats du parquet)

J

JIRS, 443 et s.

JLD, 128 et s., 517 et s., 537, 634, 645 et s., 867

Juge d'instruction, 49, 77, 118, 127 et s., 142 et s., 231, 268 et s., 331 et s., 393 et s., 498, 500 et s., 811, 862, 867, 868

Juge des enfants, 148, 149, 151 et s., 390 et s., 404 et s.

Juge spécialisé (statut de), 489, 517 et s., 528, 582, 867

Juge unique, 261 et s., 269 et s., 357 et s., 454, 455, 666 et s.

M

Magistrats du parquet :

- **Amovibilité**,

- **Dépendance statutaire**, 692, 703 et s., 826 et s., 833, 855 et s., 869

- **"Dépendance à l'égard des parties"**, 741 et s., 780 et s.

- **"Impartialité" (consécration législative)**, 825 et s., 857 et s., 865
 - **Indépendance statutaire (évolution souhaitable vers l'indépendance)**, 726 et s., 769, 781, 799, 826 et s., 855 et s., 865
 - **Loyauté**, 831, 846 et s., 856 et s., 859, 865
 - **Partialité conventionnelle (apparence et réalité)**, 745 et s., 770 et s., 857, 864, 865
 - **Subordination hiérarchique**, 703 et s., 709, 732 et s.
- Motivation des décisions juridictionnelles :**
- **En matière criminelle**, 304 et s., 437 et s.
 - **En matière délictuelle**, 320 et s., 372 et s., 437 et s.
 - **Lors de l'instruction**, 614 et s.
 - **Motivation "codée" des classements sans suite**, 819 et s.

O

Opportunité des poursuites, 593, 601, 778, 791, 819 et s.
Oralité des débats, 295 et s., 347 et s., 350 et s., 437

P

Présomption-postulat, 62, 88, 89, 90, 95, 99, 159, 196, 471, 865
Présomption-preuve, 49, 50, 55, 62, 86, 159, 165, 184, 241, 471
Procédures accélérées, 317, 322, 361
Procédures alternatives aux poursuites, 314, 775, 838
Procédure d'ordonnance pénale, 262, 322, 366 et s., 380 et s.
Publicité des débats, 288 et s., 336 et s., 374

R

Récusation, 3, 18, 252, 393, 423, 568, 582, 638
Renvoi pour cause de suspicion légitime, 18, 582, 638
Réponse pénale, 688, 804, 806, 808 et s., 819 et s., 839 et s., 859, 865

S

Séparation des fonctions :

- **Conception conventionnelle stricte**, 74 et s., 123, 124
- **Conception conventionnelle souple**, 173 et s., 200, 246
- **De poursuite et de jugement**, 133 et s., 228 et s.
- **De poursuite et d'instruction**, 588 et s., 595 et s., 612, 619, 640, 681
- **D'instruction et de jugement**, 127 et s., 276 et s., 330 et s., 377, 388 et s., 469

Serment des magistrats, 15, 522, 778, 869

T

Tribunal pour enfants, 152, 383, 388 et s., 440, 462, 469, 472 et s., 866

LISTE DES ABRÉVIATIONS

AJDA : actualité juridique, droit administratif

AJPénal : Actualité juridique, droit pénal

al. : *alius*, (*autres*)

BOMJ : Bulletin officiel du ministère de la Justice

Bull. crim. : Bulletin des arrêts de la Chambre criminelle de la Cour de cassation

c/: contre

CA : cour d'appel

Cass. Ass. plén. : Assemblée plénière de la Cour de cassation

Cass. crim. : Chambre criminelle de la Cour de cassation

CCPE : Conseil consultatif de procureurs européens

CE : Conseil d'État

chron. : chronique

CJR : Cour de justice de la République

CNRTL : Centre national de ressources textuelles et lexicographiques

coll. : collection

Commission EDH : Commission européenne des Droits de l'Homme

Convention EDH : Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales

Cour EDH : Cour européenne des Droits de l'Homme

COJ : Code de l'organisation judiciaire

CPP : Code de procédure pénale

CSM : Conseil supérieur de la magistrature

CRPC : Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité

D. : Recueil Dalloz

DC : Décision du Conseil constitutionnel, Contrôle de constitutionnalité des lois ordinaires, lois organiques, des traités, des règlements des Assemblées

DDHC : Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen

QPC : Question prioritaire de constitutionnalité

dir. : sous la direction de

Droit Pénal : Revue de droit pénal

éd. : édition

Gaz. Pal. : La Gazette du Palais

Grde Ch. : Grande Chambre

ibid. : *ibidem* (au même endroit)

infra : ci-dessous

JCPG : La semaine juridique (Juris-classeur périodique), édition générale

JIRS : Juridictions interrégionales spécialisées

JLD : Juge des libertés et de la détention

JO : Journal officiel de la République française

n° : numéro

obs. : observations

op. cit. : *opere citato*, oeuvre déjà citée

p. : page

préc. : précité

RIDC : Revue internationale de droit comparé

RSC : Revue de science criminelle et de droit pénal comparé

RTDH : Revue trimestrielle des droits de l'homme

spéc. : spécialement

s. : et suivant(e)s

supra : ci-dessus

T. : tome

TGI : Tribunal de grande instance

Vol. : Volume

BIBLIOGRAPHIE

I- Ouvrages généraux, cours, dictionnaire, manuels, traités

ALLAND (D) et RIALS (S) (dir.)

Dictionnaire de la culture juridique

LAMY-PUF, Quadrige, 2010

BOULOC (B)

Procédure pénale

Dalloz, coll. Précis, 25^{ème} éd, 2016

CARBONNIER (J)

Droit civil introduction

Puf, Thémis droit privé, 27^{ième} édition, 2002

CARCASSONNE (G) et GUILLAUME (M)

La Constitution

Edition Du Seuil, Essais, 12^{ème} éd., 2014

CORNU (G)

Droit civil : introduction au droit

Paris, Montchrestien, 13^{ème} éd., 2007

CORNU (G)

Vocabulaire juridique

PUF, Quadrige, 11^{ème} éd., 2016

DECAUX (E), IMBERT (P-H)

La Convention européenne des droits de l'Homme, commentaire article par article

Economica, 2^{ème} éd., 1999

DESPORTES (F) et LAZERGES-COUSQUER (L)

Traité de procédure pénale

Economica, Corpus droit privé, 4^{ème} éd., 2016

DOLLAT (P)

Droit européen et droit de l'Union européenne

Manuel intégral concours, 3^{ème} éd., 2010

DUHAMEL (O) et MENY (Y)

Dictionnaire constitutionnel

PUF, 1992

FRICERO (N)

Les institutions judiciaires 2015

Lextenso, Mémentos LMD, 6^{ème} éd., 2015

GARRAUD (R)

Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale

Sirey, 1907-1912, trois volumes

GUINCHARD (S) et BUISSON (J)

Procédure pénale

LexisNexis, 10^{ème} édition, 2014

GUINCHARD (S), CHANAIS (C), DELICOSTOPOULOS (C), DELICOSTOPOULOS (L),
DOUCHY-LOUDOT (M), FERRAND (F), LAGARDE (X), MAGNIER (V), RUIZ-FABRI
(H), SINOPOLI (L), SOREL (J-M)

Droit processuel droits fondamentaux du procès

Dalloz, Précis, 8^{ème} éd., 2015

GUINCHARD (S) et DEBARD (T)

Lexique des termes juridiques

Dalloz, 24^{ème} éd., 2016

GUINCHARD (S), MONTAGNIER (G), VARINARD (A), DEBARD (T)

Institutions juridictionnelles

Dalloz, Précis, 13^{ème} éd., 2015

MARGUENAUD (J-P)

La Cour européenne des droits de l'homme

Dalloz, Connaissance du droit, 7^{ème} Éd, 2016

POUMARÉDE (M)

Droit des obligations

Montchrestien, Lextenso édition, collection cours, 2^{ème} édition, 2012

PRADEL (J)

Procédure pénale

Cujas, coll. Référence, 18^{ème} éd., 2015

RENUCCI (J-F)

Droit européen des droits de l'homme, droits et libertés fondamentaux garantis par la CÉDH

L.G.D.J, Manuel, 6^{ème} éd., 2015

ROLAND (H) et BOYER (L)

Adages du droit français

Litec, 4^{ème} éd., 1999

SUDRE (F), MARGUENAUD (J-P), ANDRIANTSIMBAZOVINA (J), GOUTTENOIRE (A), LEVINET (M), GONZALEZ (G)

Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme

PUF, Thémis droit, 7^{ème} éd., 2015

SUDRE (F)

La Convention européenne des droits de l'homme

PUF, Que sais-je ?, 10^{ème} éd., 2015

SUDRE (F)

Droit européen et international des droits de l'homme

PUF, Classiques, 12^{ème} éd., 2015

VELU (J) et ERGEC (R)

La convention européenne des droits de l'Homme

Bruylant, Bruxelles, 1990

II-Ouvrages spéciaux, thèses

BOURSIER (M-E)

Le principe de loyauté en droit processuel

Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèse ? 2003

CABRILLAC (R), FRISON –ROCHE (M-A), REVET (T)

Droits et libertés fondamentaux

Dalloz, Paris, 4^{ème} éd., 1997

CAIRE (A-B)

Relecture du droit des présomptions à la lumière du droit européen des droits de l'Homme

[en ligne], Thèse de doctorat : droit privé. Limoges : Université de Limoges, 2010

Disponible sur <<http://epublications.unilim.fr/theses/2010/caire-anne-blandine/caire-anne-blandine.pdf>> (19/10/2016)

CHEVALLIER (J-J)

Histoire de la pensée politique

Payot, 1993

CORNU (G)

L'art du droit en quête de sagesse

PUF, Doctrine juridique, 1998

DANIS-FANTOME (A)

Apparence et contrat

L.G.D.J, Bibliothèque de droit privé, tome 414, 2004

DELZANGLES (B)

Activisme et autolimitation de la Cour européenne des droits de l'homme

Fondation Varenne, collection des thèses, 2009

DENYS (S)

L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales

Paris, PEDONE, 1981

JONESCO (B)

Les effets juridiques de l'apparence en droit privé

Thèse Strasbourg, imprimerie SOSTRALIB, 1927

JOSSERAND (S)

L'impartialité du magistrat en procédure pénale

L.G.D.J, Bibliothèque des sciences criminelles, tome 33, 1998

KOJEVE (A)

Esquisse d'une phénoménologie du droit

Gallimard, Bibliothèques des idées, 1981

KUTY (F)

L'impartialité du juge en procédure pénale. De la confiance décrétée à la confiance justifiée Larcier, Collection de thèses, 2005

MASSON (G)

L'indépendance des magistrats vis-à-vis du pouvoir politique de 1870 à nos jours

Thèse, Paris, 1975

MATHIEU (B)

Cinquantième anniversaire de la Constitution

Dalloz, Hors collection Dalloz, 2008

Ouvrage collectif

Justices et droit du procès, du légalisme procédural à l'humanisme processuel

Mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD, Dalloz, 2010

RASSAT (M-L)

Le ministère public entre son passé et son avenir

L.G.D.J, Thèse, 1967

RABAGNY (A)

Théorie générale de l'apparence en droit privé

Atelier national de reproduction de thèses, 2001

RIVERO (J)

Les mesures d'ordre intérieur administratives : essai sur les caractères juridiques de la vie intérieure des services publics

Paris, Sirey, 1934

ROETS (D)

Impartialité et justice pénale

Cujas, Travaux de l'institut de sciences criminelles de Poitiers, 1997-18

ROUSSEL (G)

Suspicion et procédure pénale équitable

L'Harmattan, bibliothèques de droit, 2010

VACCARO (C)

Le statut des juges et des magistrats professionnels sous la cinquième république

Thèse soutenue publiquement le 19 décembre 2012, sous la direction d'Henri COMTE

VAN COMPEROLLE (J) et TARZIA (G)

L'impartialité du juge et de l'arbitre

Bruylant, Bruxelles, 2006

VIENNOT (C),

Le procès pénal accéléré, étude des transformations du jugement pénal

Dalloz, Nouvelles bibliothèques de thèses, volume 120, 2012

III- Articles

ASCENSI (L)

Le ministère public est-il une autorité judiciaire ?

AJ Pénal 2011, n° 4, p. 198 et s.

BACHELET (O)

La France, le parquet et les droits de l'Homme : l'importune opiniâtreté de la Cour européenne

Gaz. Pal., 9 décembre 2010, n° 343, p. 6 et s.

BADINTER (R)

Conclusions et perspectives d'avenir,

in Quel avenir pour le ministère public, Sous l'égide de la Cour de cassation, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2008, p. 172 et s.

BECQUERELLE (S)

La composition de la juridiction compétente en matière d'enfance délinquante : dérogation à la règle de procédure interne selon laquelle un même magistrat ne peut exercer successivement dans une même affaire les fonctions d'instruction et de jugement

D. 1994, n° 4, p. 37 et s.

BEAUME (J)

in Le statut constitutionnel du parquet, sous la direction de MATHIEU (B), et VERPEAUX (M), Dalloz, Thèmes et commentaires, 2012, p. 139 et s.

BONFILS (P)

L'impartialité du tribunal pour enfant et la Convention européenne des droits de l'homme *D.* 2010, n° 21, p. 1324 et s.

BONFILS (P)

La réforme du droit pénal des mineurs par la loi du 10 août 2011

D. 2011, n° 33, p.2286 et s.

BONFILS (P)

Le sauvetage du tribunal pour enfants et du tribunal correctionnel des mineurs

Droit de la famille, 2012, n° 3, p. 45 et s.

BONIS-GARCON (E) et DECIMA (O)

Le parquet et les sirènes de l'indépendance

JCPG, n° 17, 22 avril 2013, p. 460 et s.

BOULOC (B)

Que penser des propositions du « comité Léger » ?

D. 2009, n° 33, p. 2264 et s.

CAPASHEN (G)

Petites histoires à propos de la juste distance pour juger...

D. 2004, n° 41, p. 2939 et s.

CHABANOL (D)

Théorie de l'apparence ou apparence de théorie ?

AJDA, 2002, n° 1, p.9 et s.

CLERE (J-J)

L’instruction préparatoire depuis les réformes du Consulat et de l’Empire jusqu’à la promulgation de Code de procédure pénale (1799-1958)

in Le juge d’instruction, approche historique, sous la direction de Jean-Jacques Clère et Jean-Claude Farcy, Institutions, Éditions Université de Dijon, 2010, p. 185 et s.

CLEVERIE-ROUSSET (C)

L’impartialité de la justice pénale des mineurs

Droit pénal, 2012, n° 3, p. 13 et s.

COHENDET (M-A)

Vers la généralisation du juge unique ?

AJDA, 2006, n° 27, p. 1465 et s.

COHEN-JONATHAN (G)

La reconnaissance par la France du droit de recours individuel devant la Commission européenne des droits de l’homme

AFDI, 1981, volume 27, p.269 et s.

COIGNAC (A)

« Le procureur de la République et même le procureur général sont devenus des magistrats dans la cité. Ils ne sont plus dans la tour d’Ivoire de leur Palais de justice »,

trois questions à Catherine Champrenault, procureure Générale de la Cour d’appel de Paris,

JCPG, n° 46-47, 9 novembre 2015, p. 2130 et s.

COMMARET (D, N)

Une juste distance ou réflexions sur l’impartialité du magistrat

D. 1998, n° 27, p. 262 et s.

COSTE (J-L)

L’instruction : à la recherche des fondamentaux

AJ Pénal, 2010, n° 10, p. 422 et s.

COURET (A)

La Commission bancaire à l'épreuve de l'article 6, § 1, de la Convention EDH

D. 2009, n° 33, p. 2247.

COUSSIRAT-COUSTERE (V)

La jurisprudence de la CEDH en 1984

AFDI, 1984, p. 407 et s.

CROCQ (P)

Le droit à un tribunal impartial

in *Droits et libertés fondamentaux*, sous la direction de CABRILLAC (R), FRISON-ROCHE (M-A), REVET (T), Dalloz, 1997, 4^{ème} éd., p. 359 et s.

DANET (J)

Une ordonnance de renvoi peut être motivée sans être originale

RSC, 2011, n° 2, p. 421 et s.

DARSONVILLE (A)

Restriction du droit de filtrage du président de la chambre de l'instruction, arrêt Cour de cassation, crim. 4 décembre 2007,

D., 2008, n° 6, p. 355.

DA SILVA MIGUEL (J, M)

Le ministère public et l'avenir, la recommandation Rec (2000) 19 et l'exemple portugais,

in *Quel avenir pour le ministère public ? Sous l'égide de la Cour de cassation*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2008 p. 115 et s.

DECAUX (E), Tavernier (P) et BOUMGHAR (M) et al.

Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme (année 2010)

Journal du droit international, *Clunet*, n° 4, octobre-novembre-décembre 2011, p. 1281 et s.

DE GOUTTES (R)

L'impartialité du juge. Connaitre, traiter et juger : quelle compatibilité

RSC, 2003, n° 1, p.63 et s.

DE LAMY (B)

Le juge des libertés et de la détention : un trompe l'œil ?

Revue droit pénal, 2007, n° 9, étude 13

DETRAZ (S)

Refonder le ministère public

JCPG, n° 51, 16 décembre 2013, p. 1326 et s.

DIVIALLE (M-L), ROTH (C), LEPRIEUR (A)

Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation

D. 2011, n° 27, p. 1849 et s.

DONNAT (F) et CASAS (D)

Le Conseil d'État et les sanctions infligées aux magistrats

AJDA, 2003, n° 25, p. 1334 et s.

FOURMENT (F)

L'instruction à décharge du procureur impartial

Gaz. Pal., 26 avril 2016, n° 16, p. 53 et s.

FRISON-ROCHE (M-A)

L'impartialité du juge

D. 1999, n° 7, p. 53 et s.

GERARDIN-SELLIER (N)

La composition des juridictions à l'épreuve de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme

RTDH, 2001, n° 48, p.961 et s.

GOYET (C)

Remarques sur l'impartialité du tribunal

D. 2001, p.328 et s.

GIACOPELLI (M)

La pénétration des règles du procès pénal devant les juridictions de l'application des peines : état des lieux

RSC, 2015, n° 4, p. 799 et s.

GIUDICELLI (A)

Le défaut d'impartialité d'un enquêteur comme cause possible de nullité de la procédure

RSC, 2008, n° 3, p. 631 et s.

GIUDICELLI (C)

Le juge d'instruction évoluera ou disparaîtra

AJ Pénal, 2009, n° 2, p. 68 et s.

GIUDICELLI (A)

Le Judevi ou l'oubli de la symbolique de l'impartialité

RSC, 2008, n° 3, p. 633 et s.

GUERY (C) et LAVIELLE (B)

Copié, collé, jugé ? (sur la motivation des ordonnances de renvoi par le juge d'instruction) *Droit Pénal*, octobre 2010, n° 10, étude 24, p. 6 et s.

HENNION-JACQUET (P)

L'arrêt Medvedyev : un turbulent silence sur les qualités du parquet français

D. 2010, n° 22, p. 1390

HERZOG-EVANS (M)

Pas de QPC pour les violations du procès équitable dans l'exécution des peines

AJ Pénal, 2014, n° 9, p. 484 et s.

HOURQUEBIE (F)

L'institution du parquet au sein du pouvoir judiciaire

in Le statut constitutionnel du parquet, sous la direction de MATHIEU (B), et VERPEAUX (M), Dalloz, Thèmes et commentaires, 2012, p. 15 et s.

HUYETTE (M)

Commentaire de l'arrêt Chambre criminelle du 7 avril 1993, Procureur général près la cour d'appel de Reims

RSC, 1994, n° 1, p. 67 et s.

INGALL-MONTAGNIER (P)

Le point de vue d'un magistrat du parquet

in Le statut constitutionnel du parquet, sous la direction de MATHIEU (B), et VERPEAUX (M), Dalloz, Thèmes et commentaires 2012, p. 15 et s.

INSCHAUSPE (D)

Propos de Maître Dominique Inchauspé

in Grand débat national sur la justice, Après Outreau quelle réforme de la justice pénale ?, Actes du colloque du 29 mars 2006 à l'Assemblée Nationale, Les cahiers de la Convention démocrate, L'Harmattan, 2006, p. 48.

JEAN (J-P)

Le ministère public français au regard des justices pénales d'Europe

AJ Pénal, 2011, n° 3, p. 106 et s.

JEAN (J-P)

Le ministère public entre modèle jacobin et modèle européen

RSC, 2005, n° 3, p. 670 et s.

KARSENTY (D)

Étude sur le droit à un procès équitable

in Rapport annuel de la Cour de cassation 2001, Les libertés, disponible en ligne :

http://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2001_117/deuxieme_partie_tudes_documents_120/tudes_theme_libertes_122/equitable_mme_5971.html

KARSENTY (D)

Réflexions sur la mise en œuvre des pôles de l'instruction au regard de droits fondamentaux

JCPG, 2008, n°9, p. 17 et s.

KOERING-JOULIN (R)

La notion européenne de Tribunal indépendant et impartial au sens de l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme

RSC, 1990, n° 4, p.765 et s.

KOERING-JOULIN (R)

Droit de l'homme : une année de jurisprudence

RSC 1994, n° 2, p. 362 et s.

KOERING-JOULIN (R)

Impartialité du tribunal. Principe du contradictoire. Instruction et jugement. Égalité des armes

RSC, 1997, n° 2, p. 473 et s.

KOERING-JOULIN (R)

Le juge impartial

Justice n° 10, avril/juin 1998, p.2 et s.

LACROIX (C)

AZF : le défaut d'impartialité - un procès qui explose

Constitutions, 2015, n° 1, p. 70 et s.

LAMBERT (P)

Vers un assouplissement de la notion d'impartialité objective ?

Journal des tribunaux, 1993, p. 390.

LASSERRE CAPDEVILLE (J)

La procédure applicable devant la Commission bancaire méconnaît l'article 6 § 1 de la Conv. EDH

AJ Pénal, 1 septembre 2009, n° 9, p. 354 et s.

LAVRIC (S)

Affaire Moulin contre France : le parquet n'est pas un magistrat au sens de la Convention EDH

D. 2011, n° 5, p. 338 et s.

LAVRIC (S)

Contrôle du parquet sur la garde à vue : la chambre criminelle se prononce

D. 2011, n° 5, p. 338 et s.

LAVRIC (S)

Motivation de l'ordonnance de règlement et devoir d'évocation de la cour d'appel

Dalloz actualité, 16 mars 2011.

LAVRIC (S)

Droit à un tribunal impartial : nouvelle condamnation de la France

D. 2010, n° 20, p. 1215 et s.

LAZERGES (C)

Le rapport Léger : analyse des propositions

AJ Pénal, 2009, n° 10, p. 385 et s.

LAZERGES (C)

La séparation des fonctions de justice à propos de l'arrêt de la Chambre criminelle du 7 avril 1993

RSC, 1994, n° 1, p. 75 et s.

LAZERGES-COUSQUER (L), LEPRIEUR (A), DEGORCE (E)

Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation

D. 2011, n° 2, p. 124 et s.

LEBLOIS-HAPPE (J)

Continuité et discontinuité dans les nouvelles réformes de la procédure pénale

JCPG, 2007, n° 36, p. 20 et s.

LE BOT (O)

Le pouvoir de sanction des autorités administratives soumis aux principes d'indépendance et d'impartialité

Constitutions, 2013, p. 95 et s.

LENOIR (A) et GAUTRON (V)

Les pratiques des parquets face à l'injonction politique de réduire le taux de classement sans suite

Droit et société 3/2014, n° 88, p. 591 et s., disponible en ligne : www.cairn.info/revue-droit-et-societe-2014-3-page-591.htm.

MAGNIER (V)

La notion de justice impartiale

JCPG, 2000, n°36, p.1595 et s.

ROBERT (M)

Les propositions du rapport Léger : point de vue d'un « parquetier »

AJ Pénal, 2009, n° 10, p. 393 et s.

MARGUENAUD (J-P)

Médiatisation du procès pénal et impartialité du juge répressif

D. 2001, n° 21, p. 1646 et s.

MARGUENAUD (J-P)

Tempête sur le Parquet

RSC, 2009, n° 1, p. 176 et s.

MARGUENAUD (J-P)

Tempête sur le Parquet : bis sed non repetita

RSC, 2010, n° 3, p. 685 et s.

MARON (A) et HASS (M)

Le parquet au tapis !

Droit pénal, février 2011, n° 2, comm.26.

MARON (A) et THIERRY (J-B)

L'arrêt Medvedyev c/France du 29 mars 2010 : juge d'instruction : 1-Parquet : 0

Droit pénal, juin 2010, n° 2, étude 12

MARTENS (P)

La tyrannie de l'apparence

RTDH, 1996, n° 28, p.640 et s.

MASTRO (W)

Cycle de justice pénale, L'indépendance de l'autorité des poursuites en France et aux États-Unis

JCPG, n°19-20, 11 Mai 2005, p. 570 et s.

MATHIEU (B)

Tiers impartial, l'engagement politique est-il compatible avec la fonction de magistrat ?

JCPG, n° 39, 21 septembre 2015, p. 1005 et s.

MATHIEU (B)

Parquet. Une institution à la croisée des chemins

JCPG, 2012, n° 4, p. 170 et s.

MATSOPOULOU (H)

Arrêt AZF : cassation justifiée par l'existence d'un « doute objectif » sur l'impartialité d'un magistrat

JCPG, 2015, n° 8, p. 365 et s

MATSOPOULOU (H)

Plaidoyer pour l'indépendance fonctionnelle des magistrats du parquet

Gaz. Pal., 27 avril 2010, n° 117, p. 15 et s.

MATSOPOULOU (H)

Le juge des libertés et de la détention : un acteur de premier ou de second rôle en matière de détention provisoire ?

D. 2008, n° 22, p. 1494 et s.

MATSOPOULOU (H)

Pôles de l'instruction et cosaisine : en attendant la collégialité... À propos du décret no 2008-54 du 16 janvier 2008

JCPG, 2008, n° 7, p. 8 et s.

MATSOPOULOU (H)

Les innovations dans la conduite de l'information judiciaire : une urgence pour 2010 ! - Commentaire de la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale

Droit pénal, 2007, n° 4, p. 7 et s.

MAYAUD (Y)

L'affaire AZF entre impartialité et légalité !

AJ Pénal, 2015, n° 4, p. 191 et s.

MILANO (L)

Nouvelle mise en cause de la procédure pénale française

JCPG, 15 juillet 2013, n° 29-34, p. 843 et s.

NALLET (H)

Quel ministère public dans la République ? Réflexion sur les rapports entre le parquet et le pouvoir politique

in Quel avenir pour le ministère public ? Sous l'égide de la Cour de cassation, Dalloz, Thèmes et commentaires 2008, p. 67 et s.

NIVOSE (L-M)

La composition du tribunal pour enfant au regard du droit à un tribunal indépendant et impartial

Droit pénal, 1993, n° 6, p. 1 et s.

OST (F)

L'intervention d'un tiers

Esprit, août-septembre 2007, n° 337, p. 147 et s.

OUDOUL (A)

Impartialité de l'autorité de régulation des postes et des communications électroniques

RFDC 2014, n° 97, p. 169.

PARISI (C)

L'extension du système de juge unique en Europe,

Revue internationale de droit comparé, 2007, Vol. 59, n°3, p. 647 et s.

PERRIER (J-B)

La transaction pénale de l'article 41-1-1 : bonne idée ou outil dangereux ?

D. 2014, n° 38, p. 2182 et s.

PERRIER (J-B)

Tribunal pour enfants : constitutionnalité de la composition, inconstitutionnalité de la présidence par le juge ayant instruit l'affaire

AJ Pénal, 2011, n° 12, p. 596.

LYON –CAEN (P)

Vers un parquet indépendant ?

D. 2013, n° 20, p. 1359 et s.

PRADEL (J)

Une lecture préoccupante de l'article 5, §-3 de la Convention EDH

JCPG, 2 février 2015, n° 5, p. 134 et s.

PRADEL (J)

L'enquête pénale aujourd'hui. Vers une stabilisation dans l'équilibre ?

D. 2014, n° 29, p. 1647 et s.

PRADEL (J)

Quel(s) magistrat(s) pour contrôler et prolonger la garde à vue ? Vers une convergence entre la Cour de Strasbourg et la chambre criminelle de la Cour de cassation

D. 2011, n° 5, p. 338 et s.

PRADEL (J)

Procédure pénale

D. 2010, n° 34, p. 2254 et s.

PRADEL (J)

Les suites législatives de l'affaire dite d'Outreau. À propos de la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007

JCPG, 2007, n° 14, p. 13 et s.

PRADEL (J)

Haro sur le juge d'instruction !

D. 2006, n° 4, p. 244 et s.

PRADEL (J)

Quels actes peuvent être accomplis par un juge d'instruction lorsqu'il acquiert la connaissance de faits nouveaux ?

D. 1999, n° 36, p. 326.

PRADEL (J)

Deux magistrats conjoints ne peuvent connaître d'une même cause

D. 1997, n° 18, p. 141.

PRADEL (J)

Le magistrat qui, en qualité de membre de la chambre d'accusation a statué sur une requête en nullité, peut-il faire ensuite partie de la chambre des appels correctionnels ?

D. 1996, n° 29, p. 259.

PRADEL (J)

L'étendue du pouvoir du juge d'instruction qui acquiert la connaissance de faits nouveaux : problème de l'autosaisine avant réquisitoire supplétif

D. 1996, n° 29, p. 262.

PRADEL (J)

D'une loi avortée à un projet nouveau sur l'injonction pénale

D. 1995, n° 23, p. 171 et s.

PRADEL (J)

La montée des droits du délinquant au cours de son procès. Essai d'un bilan

in Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Larguier, Presse Universitaires de Grenoble, 1993, p. 223 et s.

PRADEL (J)

Le magistrat qui a statué sur la détention provisoire peut-il ensuite participer au jugement de l'affaire ?

D. 1993, n° 23, p. 204.

PRADEL (J)

La composition de la juridiction compétente en matière d'enfance délinquante : dérogation à la règle de procédure interne selon laquelle un même magistrat ne peut exercer successivement dans une même affaire les fonctions d'instruction et de jugement

D. 1993, n° 38, p. 553 et s.

PRADEL (J)

La notion européenne de tribunal indépendant et impartial selon le droit français

RSC, 1990, n° 4, p. 692 et s.

REBUT (D)

L'arrêt Medvedyev et la réforme de la procédure pénale

D. 2010, n° 16, p. 970 et s.

RENOUX (T, S)

La constitution et le pouvoir judiciaire, de l'article 64 de la Constitution et l'indépendance de l'autorité judiciaire à l'article 16 de la Déclaration des droits et l'indépendance de la justice

In Cinquantième anniversaire de la Constitution, Sous la direction de Bertrand Mathieu, Dalloz, Hors collection Dalloz, 2008, p. 293 et s.

RENOUX (T-S)

L'apport constitutionnel à la réflexion sur l'évolution du ministère public

In Quel avenir pour le ministère public, sous l'égide de la Cour de cassation, Dalloz, Thèmes et commentaire, Actes, 2008, p. 33 et s.

RENUCCI (J-F)

Droit européen des droits de l'homme

D. 2016, n° 4 p. 225 et s.

RENUCCI (J-F)

Le procureur de la République est-il un magistrat au sens européen du terme ?

In Libertés, justice, tolérance, Mélange en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan, Bruylant, Volume II, 2004, p. 1344 et s.

RENUCCI (J-F)

L'impartialité du tribunal n'est pas mise en cause par le fait que deux de ses membres ont déjà refusé la mise en liberté de l'inculpé

D. 1993, n° 44, p. 384

RENUCCI (J-F)

La composition de la juridiction en matière d'enfance délinquante : juge des enfants intervenant à différents stades de la procédure

D. 1995, n° 12, p. 105.

RENUCCI (J-F)

Tout prévenu doit avoir accès à son dossier pénal et obtenir communication des pièces y figurant afin d'être en mesure de préparer sa défense

D. 1997, n° 43, p. 360 et s.

RENUCCI (J-F)

La justice pénale des mineurs

Justices 1998, n° 2, p.111 et s.

RENUCCI (J-F)

Le juge des enfants et l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme : nouvelle donne avec l'arrêt ADAMKIEWICZ

Revue pénitentiaire et de droit pénal, 2010, n°3, p. 701 et s.

RENUCCI (J-F)

L'affaire Medvedyev devant la grande chambre : les dits et les non-dits d'un arrêt important

D. 2010, n° 22, p. 1386 et s.

RIBEYRE (C)

Remarques sur l'absence encombrante des avocats devant la cour d'assises

JCPG, 2015, n° 39, p. 1679 et s.

RIBEYRE (C)

La communication du dossier d'instruction aux parties privées

JCPG, 2006, n° 26, I, 152

ROBERT (J-H)

Parquet. L'État privé du droit à l'avocat

JCPG, 29 avril 2013, n° 18, p. 904

ROBERT (M)

L'avenir du ministère public français

AJ Pénal, 2011, n° 3, p. 115 et s.

ROETS (D)

Le manque d'indépendance du ministère public français à l'égard de l'exécutif et des parties : un obstacle à l'exercice de certaines fonctions

RSC, 2011, n° 1, p. 208 et s.

ROETS (D)

De l'importance pour les conseillers de la chambre de l'instruction statuant sur la détention provisoire d'une personne mise en examen de ne pas se prononcer sur la culpabilité

RSC, 2010, n° 3, p. 690 et s.

ROETS (D)

Le particularisme éducatif de la justice pénale des mineurs à l'épreuve du droit à un tribunal impartial

RSC, 2010, n° 3, p. 687 et s.

ROLLAND (P) et TAVERNIER (P)

Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

JDI, 1985, p. 211 et s.

ROUSSEAU (D)

In Le statut constitutionnel du parquet, sous la direction de MATHIEU (B), et VERPEAUX (M), Dalloz, Thèmes et commentaires, 2012, p. 151 et s.

ROUSSEL (G)

Le défaut d'impartialité de l'enquête de police soumis à l'exigence d'un grief

AJ Pénal, 2008, n° 7-8, p. 328 et s.

SAINT-PAU (J-C)

Le ministère public concurrence-t-il le juge du siège ?

Droit pénal, 2007, n° 9, étude 14.

SALAS (D)

La légitimité démocratique du juge en question

Histoire de la justice 2014/1, n° 24, p. 145 et s., disponible en ligne :

www.cairn.info/revue-histoire-de-la-justice-2014-1-page-145.htm.

SALAS (D)

« La révolte des magistrats »

Esprit 3/2011 (Mars/avril), p. 243-246, disponible en ligne :

www.cairn.info/revue-esprit-2011-3-page-243.htm.

SALAS (D), MILBURN (P)

Les procureurs de la république. De la compétence personnelle à l'identité collective

Archives de politique criminelle 1/2007, n° 29, p. 95 et s., disponible en ligne :

www.cairn.info/revue-archives-de-politique-criminelle-2007-1-page-95.htm.

SARGOS (P)

Le juge des référés peut-il connaître de l'appel dirigé contre le jugement sur le fond ?

JCPG, 1998, n° 49, II, 10198

SIZAIRE (V)

Quel modèle pour l'instruction ?

AJ Pénal, 2009, n° 10, p. 388 et s.

SPINOSI (P)

Le ministère public est-il une autorité judiciaire au sens de la Convention EDH ?

D. 2010, n° 15, p. 952 et s.

SUDRE (F)

Le glas sur le parquet

JCPG, 6 décembre 2010, n° 49, p. 1206 et s.

SUDRE (F)

Impartialité du juge d'instruction

JCPG, 2010, n° 5, p. 234.

SUDRE (F)

L'interprétation dynamique de la Cour européenne des droits de l'homme

In, L'office du juge, Les colloques du sénat, 2006, disponible en ligne :

https://www.senat.fr/colloques/office_du_juge/office_du_juge.pdf

SUDRE (F)

Droit de la convention européenne des droits de l'homme

JCPG, 1993, n° 8, I 3654

SUDRE (F)

Droit de la Convention européenne des droits de l'homme

JCPG, 1994, n° 8, I 3742

SUDRE (F)

Droit de la Convention européenne des droits de l'homme

JCPG, 1995, n° 6, I 3823

TAHRI (C)

L'impartialité du juge des libertés et de la détention

Dalloz actualité, 15 juin 2011

TIBERGHIEU (F)

Quelles perspectives pour la future réforme du CSM ?

JCPG, n° 30-35, 28 juillet 2014, p. 1466 et s.

TOUILLIER (M)

Les droits de la défense dans les procédures d'exception : une évolution « vent dessus, vent dedans »

AJ Pénal, 2016, n° 3, p. 119 et s.

TULKENS (F), VAN DROOGHENBROECK (S), KRENC (F)

Le soft Law et la Cour européenne des droits de l'homme : questions de légitimité et de méthode

RTDH, 2012, n° 91, p. 433 et s.

TULKENS (F)

L'apport de la Convention européenne des droits de l'homme

In Quel avenir pour le ministère public, Dalloz, Thèmes et commentaires 2008, p. 93 et s.

TULKENS (F) et BOSLY (H.D)

La notion de tribunal indépendant et impartial. La situation en Belgique

RSC, 1990, n° 4, p.677 et s.

VAN COMPERNOLLE (J)

**Évolution et assouplissement de la notion d'impartialité objective, obs. sous l'arrêt
NORTIER**

RTDH, 1994, n° 19, p.429 et s.

VERGES (E)

**Politique pénale et action publique : la difficile conciliation du modèle français de
ministère public et des standards européens**

RSC, 2013, n° 3, p. 605 et s.

VERGES (E)

**Impartialité du juge des enfants et composition des juridictions des mineurs : le
revirement de position**

RSC, 2012, n ° 1, p. 201 et s.

VOLFF (J)

Un coup pour rien !

D. 1995, n° 26, p. 201 et s.

IV-Ouvrages extrajuridiques

KANT (E)

Anthropologie d'un point de vue pragmatique, 1798

In, *Œuvre complètes* III, Traduction Pierre Jalabert, Paris, Gallimard, 1986 (Bibliothèque de la Pléiade).

LE GOFF (J-P)

Malaise dans la démocratie

Stock, 2016

LOCKE (J)

Deux traités du gouvernement

Vrin, Textes philosophiques, Traduction et présentation par Bernard Gilson, 1997

Madame DE LAFAYETTE

La princesse de Clèves

Flammarion, étonnant classique, 2007

RICOEUR (P),

Le juste 1

Esprit, Philosophie, 1995

ROSANVALLON (P)

La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité

Seuil, Les livres du nouveau monde, 2008

VOLTAIRE

Zadig ou la destinée

Hachette, Classiques, Collection n° 10, 7^{ème} éd., 1997, Texte établi d'après l'édition originale de 1747 et celle des deux œuvres complètes de Voltaire de 1775 et, pour les deux chapitres complémentaires, d'après l'édition posthume de 1785, établis par DARCOS (X)

V- Rapports, avis et autres documents

Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur le projet de loi organique (n° 3200), adopté par le Sénat après engagement de la procédure accélérée, relatif aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats ainsi qu'au Conseil supérieur de

la magistrature, texte n° 3716, par Madame la Député Cécile Untermaier, 4 mai 2016, , disponible en ligne :

<http://www.assemblee-nationale.fr/14/pdf/rapports/r3716.pdf> (25/09/2016)

Étude d'impact, projet de loi organique relatif à l'indépendance et l'impartialité des magistrats et à l'ouverture de la magistrature sur la société, étude du 29 juillet 2015, p. 56, disponible en ligne :

<http://www.senat.fr/leg/etudes-impact/pjl14-660-ei/pjl14-660-ei.pdf> (25/09/2016)

Rapport fait au nom de la Commission d'enquête chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l'affaire dite d'Outreau et de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement, texte n° 3125, Présidée par M. ANDRE VALLINI, Rapporteur M. PHILIPPE HOUILLON, 6 juin 2006, disponible en ligne :

<http://www.assemblee-nationale.fr/12/pdf/rap-enq/r3125.pdf>

Rapport d'activité de la commission d'avancement 2012-2013, disponible en ligne :

http://www.metiers.justice.gouv.fr/art_pix/rapport_activite_2012_2013_avec_tableaux.pdf
(25/09/2012)

Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée Nationale, relatif aux attributions du garde des sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et de mise en œuvre de l'action publique, rapport n° 675, par Monsieur le sénateur Jean-Pierre MICHEL, dépose le 19 juin 2013, p. 32, disponible en ligne :

<http://www.senat.fr/rap/l12-675/l12-6751.pdf> (25/09/2016)

Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, rapport sur le projet de loi relatif aux attributions du garde des Sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et d'action publique, Rapport n° 1047, LE BOUILLONNEC (J-Y), 21 mai 2013, disponible en ligne :

<http://www.assemblee-nationale.fr/14/rapports/r1047.asp>. (25/09/2016)

Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (n° 1227), modifié par la sénat, relatif aux attributions du garde des Sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et de mise en œuvre de l'action publique, rapport n° 1230, par Monsieur le député Jean-Yves LE BOUILLONNEC, 9 juillet 2013, disponible en ligne : <http://www.assemblee-nationale.fr/14/pdf/rapports/r1230.pdf> (25/09/2016)

Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi n° 3393, tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale, par Guy GEOFFROY, 6 décembre 2006, disponible en ligne : <http://www.assemblee-nationale.fr/12/pdf/rapports/r3505.pdf> (25/09/2016)

Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi n°1079 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, texte n° 1468, par Madame Christine Lazerges, le 11 mars 1999, disponible en ligne : http://www.assemblee-nationale.fr/11/rapports/r1468.asp#P925_70114 (25/09/2016)

Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale, sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée Nationale, portant réforme de la procédure pénale, Par M. Jean-Marie GIRAULT, 12 novembre 1992, disponible en ligne : https://www.senat.fr/rap/1992-1993/i1992_1993_0044_01.pdf (25/09/2016)

Rapport fait au de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi constitutionnelle (N° 815) portant réforme du Conseil supérieur de la magistrature, texte n° 1050, par M. RAIMBOURG (D), le 22 mai 2013, disponible en ligne : <http://www.assemblee-nationale.fr/14/pdf/rapports/r1050.pdf> (25/09/2016)

Rapport fait au nom de la Commission des lois du Sénat, rapport n° 419, rapport de Monsieur Jolibois Charles, rapport déposé le 10 juin 1999, disponible en ligne : http://www.senat.fr/rap/l98-419/l98-419_mono.html#toc43 (25/09/2016)

Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi, adopté par l'assemblée nationale, portant réforme de la procédure criminelle, rapport n° 275, par M. Jean-Marie GIRAULT, 20 mars 1997.

<https://www.senat.fr/rap/l96-275/l96-275.html> (25/09/2016)

Rapport « refonder le ministère public », fait par la Commission de modernisation de l'action publique, sous la présidence de Monsieur NADAL, Novembre 2013, disponible en ligne : http://www.justice.gouv.fr/publication/rapport_JLNadal_refonder_ministere_public.pdf (25/09/2016)

Rapport du comité de réflexion sur la justice pénale, sous la présidence de Philippe LEGER, 1^{er} septembre 2009, disponible en ligne : http://www.justice.gouv.fr/art_pix/sg_rapport_leger2_20090901.pdf. (25/09/2016)

Rapport de la Commission « justice pénale et droits de l'homme », Rapport sur La mise en état des affaires pénales, Commission présidée par Madame Delmas-Marty, La documentation française, Paris, 1991, disponible en ligne : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/914059500.pdf> (25/09/2016)

Les chiffres clés de la justice 2015, disponible en ligne : http://www.justice.gouv.fr/publication/chiffres_cles_20151005.pdf (25/09/2016)

Les chiffres clés de la justice 2014. http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_stat_livret_final_HD.pdf (25/09/2016)

Les chiffres clés de la justice 2010. http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_stat_chiffrescles10_20101213.pdf (25/09/2016)

Les chiffres clés de la justice 2005. http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_chiffrescles05.pdf (25/09/2016)

Annuaire statistique de la justice, Edition 2011-2012, disponible en ligne : http://www.justice.gouv.fr/art_pix/stat_annuaire_2011-2012.pdf (25/09/2016)

Conseil supérieur de la magistrature, *Les Français et leur justice, restaurer la confiance*. La documentation française, 2008

Recommandation sur le rôle du ministère public dans le système de justice pénale, Rec. 2000 (19), adoptée par la Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, adoptée le 6 octobre 2000. Texte disponible en ligne http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccpe/default_FR.asp. (20/07/2016)

Recommandation du comité des ministres aux États membres sur les juges : indépendance, efficacité et responsabilité, Rec. (2010)12, adoptée le 17 novembre 2000, disponible en ligne : [https://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/CDCJ%20Recommendations/CMRec\(2010\)12F_%20juges.pdf](https://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/CDCJ%20Recommendations/CMRec(2010)12F_%20juges.pdf) (15/07/2016)

Recommandation du comité des ministres aux États membres sur l'indépendance, l'efficacité et le rôle des juges, Rec. (94)12, adoptée le 13 octobre 1994 disponible en ligne : https://apps.americanbar.org/rol/docs/judicial_reform_coe_recommendation_1994_french.pdf (15/07/2016)

Recommandation du Comité des ministres aux États membres concernant la simplification de la justice, Rec. (87)18, adoptée le 17 septembre 1987, disponible en ligne : <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804eb948> (13/07/2016)

Avis n° 9 (2014), du CCPE au Comité de Ministres du Conseil de l'Europe, le 17 décembre 2014, accessible en ligne sur le site du CCPE : http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccpe/default_FR.asp (12/07/2016)

Avis n°(10) 2015, du CCPE au Comité de Ministres du Conseil de l'Europe, le 20 novembre 2015, accessible en ligne sur le site du CCPE : http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccpe/opinions/default_fr.asp (12/07/2016)

Rapport de la Commission des questions juridiques et des droits de l'homme, 7 août 2009, Doc. 11993, disponible en ligne : <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-fr.asp?fileid=12276&lang=fr>. (12/07/2016)

VI- Décisions et avis du CSM

Décision du CSM (Conseil de discipline) sur l'impartialité des juges du siège

Décision CSM, du 12 mars 1997, S096, disponible en ligne : <http://www.conseil-superieur-magistrature.fr/discipline-desmagistrats?m=decision&vid=441> (03/09/2016)

Décision CSM, du 24 mai 2006, S152, disponible en ligne : <http://www.conseil-superieur-magistrature.fr/discipline-des-magistrats?m=decision&vid=505> (03/09/2016)

Décision, CSM, 20 janvier 2011, document n° S192, disponible en ligne : <http://www.conseil-superieur-magistrature.fr/discipline-des-magistrats?m=decision&vid=929> (03/09/2016)

Avis du CSM sur l'impartialité des magistrats du parquet

Avis rendu par le CSM, par la formation du Conseil supérieur de la magistrature compétente pour les magistrats du parquet, 21 décembre 1994, P023, disponible en ligne : <http://www.conseil-superieur-magistrature.fr/disciplinedesmagistrats?m=decision&vid=560> (03/09/2016)

Avis rendu par le CSM, par la formation du Conseil supérieur de la magistrature compétente pour les magistrats du parquet, 30 mai 1997, P032, disponible en ligne : <http://www.conseil-superieur-magistrature.fr/disciplinedesmagistrats?m=decision&vid=570> (03/09/2016)

Avis rendu par le CSM, par la formation du Conseil supérieur de la magistrature compétente pour les magistrats du parquet, 21 novembre 2008, P060, disponible en ligne : <http://www.conseil-superieur-magistrature.fr/disciplinedesmagistrats?m=decision&vid=603> (03/09/2016)

VII-Jurisprudence

A- Cour EDH et Commission EDH

1-L'impartialité et l'apparence article 6, §-1

-Arrêts relatifs à l'apparence d'impartialité personnelle ou présomption-postulat d'impartialité

CEDH, 23 juin 1981, LE COMPTE, VAN LEUVEN ET DE MEYERE c. Belgique, requête n° 6878/75

CEDH, 23 avril 1996, REMLI c. France, requête n°16839/90

CEDH, 10 juin 1996, PULLAR c. Royaume-Uni, requête n° 22399/93

CEDH, 16 septembre 1999, BUSCEMI c. Italie, requête n° 29569/95

CEDH, 28 novembre 2002, LAVENTS c. Lettonie, requête n°58442/00

CEDH, 27 janvier 2004, KYPRIANOU c. Chypre, requête n° 73797/01

CEDH Grande Chambre, 15 décembre 2005, KYPRIANOU c. CHYPRE, requête n° 73797/01

-Arrêts relatifs à l'apparence de partialité fonctionnelle

CEDH, 1 octobre 1982, PIERSACK c. Belgique, requête n° 8692/79

CEDH, 26 octobre 1984, DE CUBBER c. Belgique, requête n° 9186/80

-Rapports et décision de la Commission EDH relatifs à l'apparence de partialité fonctionnelle

Comm. Eur. D.H., rapport Piersack c. Belgique, 13 mai 1981, requête n°8692/79

Comm. Eur. D. H., rapport Ben Yaacoub c. Belgique, 7 mai 1985, requête n°9976/82

Comm. Eur. D.H., décision Schmid c. Autriche, 9 décembre 1987, requête n°11831/85

Comm. Eur. D.H., rapport Kristinsson c. Islande, 8 mars 1989, requête n°12170/86

2- L'impartialité et l'apparence article 5, §-3

-La dépendance à l'égard des parties : l'apparence de partialité

CEDH, DE JONG, BALJET et VAN DEN BRINK c. Pays-Bas, 22 mai 1984, Requêtes n° 8805/79 ; 8806/79 ; 9242/81

CEDH, PAUWELS c. Belgique, 26 mai 1988, requête n° 10208/82

CEDH, HUBER c. Suisse, 23 octobre 1990, requête n° 12794/87

CEDH, BRINCAT c. Italie, 26 novembre 1992, requête n° 13867/88

CEDH, ASSENOV et Autres c. Bulgarie, 28 octobre 1998, requête n° 24760/94

CEDH, NIKOLOVA c. Bulgarie, 25 mars 1999, requête n° 31195/96

CEDH, H. B c. Suisse, 5 avril 2001, requête n° 26899/95

CEDH, Grande Chambre, Medvedvey et autres c. France, 29 mars 2010, requête n° 3394/03

CEDH, MOULIN c. France, 23 novembre 2010, requête n° 37104/06

-L'absence de la qualité d'autorité judiciaire du parquet français

CEDH, Grande Chambre, Medvedyev c. France, 29 mars 2010, requête n° 3394/03

CEDH, MOULIN c. France, 23 novembre 2010, requête n° 37104/06, §-57

CEDH, ALI SAMATAR et autres c. France, 4 décembre 2014, requête n°17110/1, n°17301/10

-L'absence de la qualité d'autorité judiciaire compatible avec la décision sur la liberté

CEDH, VARGA c. Roumanie, 1^{er} avril 2008, requête n° 73957/01

CEDH, BROGAN et autres c. Royaume-Uni, 29 novembre 1988, requête n° 11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85

CEDH, Grande Chambre, Medvedyev c. France, 29 mars 2010, requête n° 3394/03

-L'absence de la qualité d'autorité judiciaire incompatible avec la décision sur la liberté

CEDH, MOULIN c. France, 23 novembre 2010, requête n° 37104/06

CEDH, VASSIS c. France, 27 juin 2003, requête n° 62736/09

CEDH, BROGAN et autres c. Royaume-Uni, 29 novembre 1988, requête n° 11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85

CEDH, ALI SAMATAR et autres c. France, 4 décembre 2014, requête n°17110/1, n°17301/10

-L'indifférence pour la qualité de partie au service de l'intérêt public :

CEDH, NIEDBALAH c. Pologne, 4 juillet 2000, requête n° 27915/95

CEDH, DACEWICZ c. Pologne, 2 juillet 2002, requête n° 34611/97

CEDH, JASINSKI c. Pologne, 20 décembre 2005, requête n° 30865/96

3- L'impartialité et la réalité article 6, §-1

-Arrêts retenant la partialité réalité

CEDH, 25 février 1997, FINDLAY c. Royaume-Uni, requête n° 22107/93

Cumul jugement et instruction

CEDH, 2 mars 2010, ADAMKIEWICZ c. Pologne, requête n° 54729/00

CEDH, 25 juillet 2002, PEROTE PELLON c. Espagne, requête n° 45238/99

Cumul du jugement et d'une décision sur la liberté

« Revirement » : CEDH, 24 mai 1989, HAUSCHILDT c. Danemark, requête n° 10486/83

CEDH, 22 avril 2010, CHESNE c. France, requête n° 29808/06

CEDH, 26 octobre 2010, CARDONA SERRAT c. Espagne, requête n° 38715/06

Cumul fonctionnel de la poursuite avec l'instruction et/ou le jugement

CEDH, 27 janvier 2004, KYPRIANOU c. Chypre, requête n° 73797/01

Composition quasi-identique de la Cour de cassation après second renvoi

CEDH, 24 juin 2010, MANCEL et BRANQUART c. France, requête n° 22349/06

-Arrêts rejetant la partialité réalité

CEDH, 6 juin 2000, MOREL c. France, requête n° 34130/96

Cumul du jugement et d'une décision sur la liberté

CEDH, 16 décembre 1992, SAINTE-MARIE c. France, requête n° 12981/87

CEDH, 24 août 1993, NORTIER c. Pays-Bas, requête n° 13924/88

Cumul jugement et instruction

CEDH, 24 février 1993, FEY c. Autriche, requête n° 14396/88

CEDH, 26 février 1993, PADOVANI c. Italie, requête n° 13396/87

CEDH, 22 avril 1994, SARAIVA DE CARVALHO c. Portugal, requête n° 15651/89

CEDH, 22 février 1996, BULUT c. Autriche, requête n° 17358/90

4- La partialité réalité, article 5, §-3

CEDH, SCHIESSER c. Suisse, 4 décembre 1979, requête n° 7710/76

5-Jurisprudence relative aux principes procéduraux soutiens de l'impartialité

-Sur l'appellation de tribunal et de juge

CEDH, 27 juin 1968, NEUMEISTER c. Autriche, requête n° 1936/63

CEDH, 16 juillet 1971, RINGEISEN c. Autriche, requête n° 2614/65

CEDH, 23 juin 1981, LE COMPTE, VAN LEUVEN et DE MAYER c. Belgique, requête n° 6878/75

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

CEDH, 23 novembre 2010, MOULIN c. France, requête n°37104/06

-Sur la motivation des arrêts de la cour d'assises

Sur l'approbation de l'instauration de la motivation en France

CEDH, 10 janvier 2013, VOICA c. France, requête n° 60995/09

CEDH, 10 janvier 2013, LEGILLON c. France, requête n° 53406/10, §-68

Sur l'étendue de l'obligation de motivation

CEDH, Grande chambre, 29 novembre 2016, LHERMITTE c. Belgique, requête n° 34328/09

CEDH, 10 janvier 2013, OULAHCENE c. France, requête n° 44446/10

CEDH, 10 janvier 2013, AGNELET c. France, requête n° 61198/08

CEDH, Grande chambre, 16 novembre 2010, TAXQUET c. Belgique, requête n° 926/05

CEDH, 13 janvier 2009, TAXQUET c. Belgique, requête n° 926/05

CEDH, 24 juillet 2002, PAPON c. France, requête n°54210/00

-Sur l'admission des procédures dérogatoires pour les infractions légères

CEDH, 21 février 1984, OZTURK c. Allemagne, requête n° 8544/79

-Sur le caractère fondamental de la publicité de l'audience

Commission EDH, Rapport EKBATANI c. Suède, 7 octobre 1986, requête n° 10563/83

CEDH, 26 septembre 1995, DIENNET c. France, requête n° 18160/91

CEDH, 15 juillet 2003, ERNST et autres c. Belgique, requête n° 33400/96

CEDH, 24 novembre 1997, WERNER c. Autriche, requête n° 21835/93

-Sur la condamnation de l'ancienne procédure de contumace

CEDH, 21 février 2001, KROMBACH c. France, n° 29731/96

-Sur la reconnaissance des droits de la défense en amont du jugement

CEDH, IMBRIOSCIA c. Suisse, 24 novembre 1993, requête n° 13972/88

CEDH, Gr. Ch., SALDUZ c. Turquie, 27 novembre 2008, requête n° 36391/02

5- Sur l'extension en amont du jugement de l'article 6, §-1

- La définition de « tribunal » au sens matériel

CEDH, SRAMEK c. Autriche, 22 octobre 1984, requête n° 8790/79

CEDH H. c. Belgique, 30 novembre 1987, requête n° 8950/80

- L'extension de l'article 6, §-1 à l'instruction

CEDH, VERA FERNANDEZ-HUIDOBRO c. Espagne, 6 janvier 2010, requête n°74181/01

- L'extension impossible de l'article 6, §-1 au parquet

CEDH, VASILESCU c. Roumanie, 22 mai 1998, requête n° 23053/95

6- L'inamovibilité corollaire de l'indépendance

CEDH, ENGEL et autres c. Pays-Bas, 8 juin 1976, requête n° 5370-72

CEDH, CAMPBELL ET FELL c. Royaume-Uni, 28 juin 1984, requête n° 7819/77

CEDH, MORRIS c. Royaume-Uni, 26 février 2002, requête n° 38784/97

7- Autres

L'appel insuffisant pour redresser le vice de partialité présent en première instance

CEDH, DE CUBBER c. Belgique, 26 octobre 1984, requête n° 9168/80

CEDH, RIEPAN c. Autriche, 14 novembre 2000, requête n° 35115/97

La protection conférée par l'article 6, §-1 au moins égale à celle du droit national

CEDH, Grande Chambre, VILHO ESKELINEN ET AUTRES C. Finlande, 19 avril 2007, requête n° 63235/00

CEDH, MICALLEF c. Malte, 15 janvier 2008, requête n° 17056/06

CEDH, Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie, 30 janvier 1998, requête n° 19392/92

L'autosaisine

CEDH, Décision d'irrecevabilité, Didier c. France, 27 août 2002, requête n° 58188/00

CEDH, DUBUS c. France, 11 juin 2009, requête n° 5242/04

B- Jurisprudence française

1-Jurisprudence judiciaire

-Séparation absolue et stable des fonctions

Cass. crim. 13 septembre 1827, bull. crim., n° 237

Cass. crim. 22 mars 1844, bull. crim., n° 111

Cass. crim. 5 février 1959, bull. crim., n° 86

Cass. crim. 15 mars 1960, bull. crim., n° 148

Cass. crim. 18 mai 1976, bull. crim., n° 168

Cass. crim. 19 mai 1978, bull. crim., n° 159

Cass. crim. 29 octobre 1979, bull. crim., n° 296

Cass. crim. 29 juin 1983, bull. crim., n° 204

Cass. crim. 29 janvier 1986, bull. crim., n° 38

Cass. crim. 30 avril 1986, bull. crim., n° 151

Cass. crim. 26 avril 1990, bull. crim., n° 162

Cass. crim. 29 février 1996, bull. crim., n° 99

Cass. crim. 5 décembre 2001, bull. crim., n° 253

Cass. crim., 24 mai 2005, bull. crim., n° 152

-Arrêts empreints de réalité concluant à la partialité

Cass. crim., 11 mars 1986, bull. crim., n° 100

Cass. crim., 6 novembre 1986, bull. crim., n° 328

Cass. crim., 1^{er} décembre 1987, bull. crim., n° 439

Cass. crim., 15 septembre 2004, bull. crim., n° 210

-Arrêts empreints de réalité excluant la partialité

Cass. crim., 28 mai 1968, bull. crim., n° 175. (Revirement, Cass. crim., 12 octobre 1983, bull. crim., n° 253.)

Cass. crim., 20 décembre 1984, bull. crim., n° 412

- Arrêts de rejetant l'application de l'article 6, §-1 à l'instruction

Cass. crim., 14 juin 1984, pourvoi n° 84-91863, bull. crim. 1984, n° 219

Cass. crim., 29 janvier 1985, pourvoi n° 84-95197, bull. crim. 1985, n°46

Cass. crim., 15 mai 1990, pourvoi n° 88-86807, bull. crim. 1990, n° 195

-Arrêts admettant l'application de l'article 6, §-1 à l'instruction

Cass. crim., 29 avril 1996, pourvoi n° 95-81948, bull. crim. 1996, n° 170

Cass. crim., 4 mars 1998, pourvoi n° 97-86544, bull. crim., 1998, n° 86

Cass. crim., 16 mai 2000, pourvoi n° 99-85444, bull. crim. 2000, n° 191

Cass. crim., 5 janvier 2005, pourvoi n° 04-86947, bull. crim., 2005, n° 10

-L'assouplissement en cours d'instruction de l'interdiction de l'autosaisine : l'admission « des actes sommaires » et l'autosaisine de la chambre de l'instruction

Cass. crim., 6 février 1996, pourvoi n° 95-84041, bull. crim. 1996, n° 60

Cass. crim., 30 juin 1999, pourvoi n° 99-81426, bull. crim. 1999, n° 176

Cass. crim., 12 avril 2005, pourvoi n° 03-83452, bull.crim. 2005, n° 126

Cass. crim., 14 avril 2015, pourvoi n° 14-87914, bull. crim. 2015, n° 87

-L'admission des ordonnances de règlement copié-collé du réquisitoire motivé à charge et à décharge

Cass. crim., 2 mars 2011, pourvoi n° 09-86687, Inédit .

Cass. crim., 2 mars 2011, pourvoi n° 10-86940, bull. crim. 2011, n° 47.

-Le rejet de la qualité d'autorité judiciaire des magistrats du parquet

Cass. Crim., 15 décembre 2010, n° 10-83674, bull. crim. n° 207 (revirement Cass. crim., 10 mars 1992, n° 91-86944, 92-80389, bull. crim. n° 105)

Cass. crim., 18 janvier 2011, pourvoi n° 10-84980, bull. crim n° 8

Cass. crim., 20 mars 2013, pourvoi n° 12-82112, Inédit.

-Les cumuls possibles par les magistrats du parquet, inapplicabilité de l'impartialité fonctionnelle

Cass. crim., 3 novembre 1992, n° 92-84052, non-publié

Cass. crim., 10 décembre 1986, n° 96-91567, bull. crim. n° 370

Cass. crim., 19 mars 1998, n° 96-86312, bull. crim., n° 106

Cass. crim., 21 mai 2003, n° 02-87150, bull. crim., n° 103

Cass. crim., 9 septembre 2015, n° 14-84481, non-publié.

-Reconnaissance de l'autorité interprétative des arrêts de la Cour EDH

Cass. ass. plén., 15 avril 2011, pourvoi n° 10-17049, bull. crim. 2011, ass. plén., 2011, n° 1

Cass. ass. plén., 15 avril 2011, pourvoi n° 10-30316, bull. crim. 2011, ass. plén., n° 4

Cass. ass. plén., 15 avril 2011, pourvoi n° 10-30313, bull. crim. 2011, ass. plén., n° 3

-Partialité personnelle : « l'affaire AZF »

Cass. crim., 13 janvier 2015, pourvoi n° 12-87059, bull. crim. n° 15

-Autres

Cass. crim., 8 décembre 2009, pourvoi n° 09-85623, bull. crim. 2009, n° 208

Cass. crim., 23 mars 2004, pourvoi n°03-87854, bull. crim. 2004, n° 76

Cass. crim., 14 mai 2008, pourvoi n° 08-80483, bull. crim. 2008, n° 115

2-Décisions et QPC Conseil constitutionnel

-Décisions-QPC favorables à un principe séparatiste strict

DC n° 95-360, 2 février 1995.

QPC, décision n° 2011-147, 8 juillet 2011.

DC, n°2011-633, 4 août 2011.

QPC, décision n° 2013-331, 5 juillet 2013.

-Décisions relatives au principe d'indépendance

DC, n° 92-305, 21 février 1992,

DC, n° 2010-611, 19 juillet 2010,

-L'autorité judiciaire comprend les magistrats du siège et du parquet

DC, n° 93-326, 11 août 1993

DC, n° 97-389, 22 avril 1997

DC, n° 2002-461, 29 août 2002

DC, n° 2004-492, 2 mars 2004

QPC, n° 2010-14/22, 30 juillet 2010

QPC, n° 2010-80, 17 décembre 2010

-Valeur constitutionnelle du principe d'impartialité

DC, n° 2006-545, 28 décembre 2006

QPC, n° 2010-110, 25 mars 2011

QPC, n° 2011-147, 8 juillet 2011

3- Jurisprudence administrative

CE section, 14 mars 1975, Rousseau, Recueil Lebon 194

CE assemblée, 12 juillet 1969, L'Étang, n° 72480, Recueil Lebon 388

TABLE DES MATIÈRES

SOMMAIRE	5
INTRODUCTION.....	9
PARTIE I : L'IMPARTIALITÉ DES MAGISTRATS LORS DU JUGEMENT, L'EXIGENCE PREMIÈRE DE L'ARTICLE 6, § 1	29
Titre 1 : L'impartialité des magistrats entre apparence et réalité.....	33
Chapitre 1 : L'apparence modèle interprétatif du principe d'impartialité	37
Section 1 : L'apparence modèle originel d'appréciation de l'impartialité de la Cour EDH	38
§ 1. La théorisation de l'apparence relative à l'impartialité.....	38
A- La distinction entre l'apparence d'impartialité et l'apparence de partialité.....	38
1- Les définitions de l'apparence	39
2- L'acceptation de l'apparence applicable au principe d'impartialité	43
B- La notion d'apparence de partialité	48
1 – La teneur de la théorie de l'apparence de partialité.....	49
a- Un modèle interprétatif propice à l'apparence de partialité	49
b- La consécration d'un principe séparatiste strict	51
2- Les effets utiles de la théorie de l'apparence de partialité	54
a- Les effets utiles de la théorie de l'apparence de partialité pour la Cour EDH et les États	54
b – Les effets utiles de la théorie de l'apparence de partialité pour les justiciables	56
§ 2. La protection découlant de l'apparence relative à l'impartialité	58
A- La protection des magistrats grâce à l'apparence d'impartialité personnelle	59
B- La protection des justiciables grâce à l'apparence de partialité fonctionnelle	65
Section 2 : La théorie de l'apparence dans le droit interne relatif à la matière pénale	71
§-1 Les dispositions légales source du principe séparatiste strict	71
A- La séparation légale des fonctions d'instruction et de jugement.....	72
B- La séparation légale des fonctions de poursuite et de jugement	74

§-2 La théorie de l'apparence sous-jacente au sein de la jurisprudence	77
A- Dans les décisions des juridictions pénales	77
B- Dans les décisions récentes du Conseil constitutionnel	81
Conclusion Chapitre 1.....	85
Chapitre 2 : De l'apparence à la réalité, l'appréciation renouvelée de l'impartialité	87
Section 1 : L'émergence de la partialité réalité	90
§-1 : La consécration de la partialité réalité par la Cour EDH, l'arrêt Hauschildt	90
A- La compatibilité du cumul des fonctions et de l'impartialité	92
B- L'appréciation objective et l'appréciation concrète.....	94
1-L'appréciation objective de la partialité fonctionnelle	94
2- L'appréciation in concreto des éléments de fait	95
§-2 Les conséquences de la partialité réalité	98
A- Les effets singuliers de la partialité réalité	98
1- Les effets positifs de la partialité réalité	98
2- Les effets négatifs de la partialité réalité	99
B- L'apparence réduite au strict minimum	101
Section 2 : L'appréhension de la partialité réalité	104
§-1 Les critères conventionnels variables de la partialité réalité	104
A- Les critères applicables à la situation de cumul du jugement et d'une décision sur la liberté	106
B- Les critères applicables à la situation de cumul du jugement et des fonctions d'instruction	108
C- Les critères applicables à la situation de cumul de la poursuite et du jugement	110
§-2 La partialité réalité en droit interne.	113
A- Le cloisonnement de la fonction de poursuite exclusif de la partialité réalité.....	113
B- La similitude de raisonnement entre la partialité réalité et la jurisprudence interne	114
Conclusion Chapitre 2.....	119
Conclusion Titre 1	121

Titre 2 : Les principes procéduraux au soutien de l'impartialité 123

Chapitre 1 : Les principes procéduraux au soutien de l'impartialité devant les juridictions de droit commun	125
Section 1 : Le soutien puissant de l'impartialité en matière criminelle	131
§-1 : La puissance des garanties institutionnelles	131
A- La garantie institutionnelle de la collégialité	131
B- La garantie institutionnelle de la séparation d'instruction et de jugement	135
§-2 : La puissance des garanties procédurales	139
A- Les garanties procédurales d'audience	140
1- La garantie procédurale de la publicité des débats	140
2- Les garanties procédurales du contradictoire et de l'oralité des débats	143
B- La garantie procédurale post-audience : la motivation	146
Section 2 : Le soutien affaibli de l'impartialité en matière délictuelle	150
§-1 La faiblesse tempérée des principes procéduraux au soutien de l'impartialité	150
A- L'affaiblissement modéré des principes de motivation et de séparations des fonctions d'instruction et de jugement	151
1- L'affaiblissement modéré de la motivation	151
2- L'affaiblissement modéré du principe de séparation des fonctions d'instruction et de jugement	155
B- L'affaiblissement accentué des garanties procédurales d'audience	157
1- L'affaiblissement accentué dans la procédure ordinaire	159
2- L'affaiblissement accentué dans les procédures rapides de comparution	163
§-2 La faiblesse prononcée des principes procéduraux au soutien de l'impartialité	166
A- L'affaiblissement intense de la collégialité	166
B- L'absence de garanties procédurales d'audience dans l'ordonnance pénale	169
Conclusion Chapitre 1	173

Chapitre 2 : Les principes procéduraux au soutien de l'impartialité devant les juridictions spécialisées	175
Section 1 : L'ajustement des principes procéduraux aux juridictions spécialisées <i>ratione personae</i> ..	176
§- 1 L'ajustement de la séparation des fonctions d'instruction et de jugement au tribunal pour enfants	176
A- Le cumul toléré par la Cour EDH aux dépens de l'impartialité	178
B- La séparation partiellement restaurée au profit de l'impartialité	184
§-2 : L'ajustement des principes procéduraux à la Cour de justice de la République	188
A- L'ajustement du principe d'indépendance aux dépens de l'impartialité	190
B- L'ajustement des principes procéduraux au profit de l'impartialité.....	194
1-L'ajustement de la collégialité	194
2-L'ajustement des garanties procédurales d'audience et de la motivation	195
Section 2 : L'ajustement des principes procéduraux aux juridictions spécialisées <i>ratione materiae</i> ..	199
§-1 Les effets de l'ajustement de la spécialisation des juges sur l'impartialité.....	200
A- La justification pratique de la spécialisation des juges du jugement	200
B- Les risques pour l'impartialité de la spécialisation des juges	203
§-2 L'ajustement de la composition des juridictions spécialisées en faveur de l'impartialité	204
A- La collégialité systématisée en faveur de l'impartialité	205
B- L'éviction des jurés pour préserver l'impartialité de la juridiction	206
Conclusion Chapitre 2.....	209
Conclusion Titre 2	211
Conclusion Partie 1	213
PARTIE II : L'IMPARTIALITÉ DES MAGISTRATS AVANT LE JUGEMENT, L'EXTENSION DE L'ARTICLE 6, §-1.....	215
Titre 1 : L'impartialité dans l'instruction, les effets limités de l'extension de l'article 6, §-1	219
Chapitre 1 : L'appréciation conventionnelle <i>a minima</i> de l'impartialité dans l'instruction	221
Section 1 : L'impartialité conventionnelle découlant du modèle français de l'instruction	223
§-1 : Le statut protecteur des juges vecteur d'impartialité dans l'instruction	224
A- L'indépendance indispensable à l'impartialité lors du recrutement	227

1- L'ambition du modèle théorique garant d'indépendance lors du recrutement	228
2- La remise en cause partielle par la pratique.....	230
B- L'indépendance indispensable à l'impartialité lors de l'avancement	231
C - L'indépendance indispensable à l'impartialité en matière disciplinaire	241
§-2 : L'impartialité nécessitée par la mission d'instruction française	245
A- L'impartialité nécessitée par l'instruction à charge et à décharge	246
B- Les décisions juridictionnelles dans l'instruction induisant l'impartialité des juges.....	248
Section 2 : L'impartialité conventionnelle limitée	251
§-1 La Cour EDH devancée par la Cour de cassation dans l'extension de l'article 6, §-1.....	251
A- L'interprétation textuelle de la notion de « tribunal », l'exclusion de l'instruction	251
B- L'application anticipée de l'article 6, §-1 à l'instruction par la Cour de cassation.....	253
§-2 La portée mesurée de l'extension conventionnelle de la notion de « tribunal impartial »	255
A- L'avancée conventionnelle, l'interprétation téléologique de la notion de tribunal impartial.....	256
B- L'avancée conventionnelle objet d'une application décevante	259
Conclusion Chapitre 1.....	265
Chapitre 2 : Le renforcement national de l'exigence conventionnelle de l'impartialité dans l'instruction	267
Section 1 : Le renforcement mesuré de l'impartialité dans l'instruction	270
§-1- Le renforcement de l'impartialité par la séparation des fonctions de poursuite et d'instruction	270
A- La manifestation de la séparation par l'interdiction de l'autosaisine	272
1- La saisine initiale, la rigueur du principe	273
2- La saisine en cours d'instruction, l'assouplissement du principe	276
B- La manifestation de la séparation par la motivation des ordonnances de règlement	282
§-2 Le renforcement de l'impartialité par l'expression des droits de la défense durant l'instruction	286
A- Les droits de la défense pour une participation à l'instruction favorable à l'impartialité	289
B- Les droits de la défense pour un contrôle de l'instruction favorable à l'impartialité	292

Section 2 : Le renforcement marqué de l'impartialité dans l'instruction	296
§-1 Le renforcement par la séparation des missions durant l'instruction	296
A- L'espoir déçu du renforcement : le juge des libertés et de la détention	297
1- L'espoir : la création du juge des libertés et de la détention	297
2- La déception : la pratique du juge des libertés et de la détention	298
B- L'amélioration possible de l'impartialité par la séparation de l'instruction du règlement	304
§-2 : Le renforcement par la pluralité de juges lors de l'instruction.....	306
A- Le principe du juge unique pour l'instruction de premier degré	307
B- L'espoir déçu du renforcement : la collégialité systématisée.....	310
C- L'espoir réaliste du renforcement : la cosaisine et la collégialité ponctuelle facultative	313
Conclusion Chapitre 2.....	321
Conclusion Titre 1	323
Titre 2 : l'impartialité du parquet, l'extension difficile de l'exigence conventionnelle d'impartialité	325
Chapitre 1 : L'absence d'impartialité conventionnelle pour les magistrats du parquet	327
Section 1 : L'absence d'impartialité fondée sur la dépendance du ministère public à l'égard de l'exécutif	330
§-1 : La teneur de la dépendance du parquet à l'égard de l'exécutif	330
A- La dépendance forte du parquet français à l'égard de l'exécutif	332
B- La dépendance incompatible avec la qualité conventionnelle de magistrat impartial	338
§-2 L'évolution souhaitable du statut du parquet	344
A- L'évolution vers l'indépendance statutaire condition de l'impartialité	345
B- L'évolution vers l'indépendance statutaire en faveur de la hiérarchie du parquet	348
Section 2 : L'absence d'impartialité fondée sur la « dépendance à l'égard des parties »	352
§-1 La notion conventionnelle de la dépendance à l'égard des parties.....	352
A- La dépendance à l'égard des parties, l'appréciation initiale réaliste	353
B- La dépendance à l'égard des parties, l'apparence de partialité	357

§-2 L'apparence de partialité du ministère public français, appréciation conventionnelle contestable.....	363
A- L'apparence de partialité conventionnelle du ministère public simple partie	363
B- Le ministère public, une partie au service de l'intérêt général.....	365
Conclusion Chapitre 1.....	369
Chapitre 2 : L'affirmation nationale de l'impartialité des magistrats du parquet en contraste avec le droit conventionnel	371
Section 1 : Les sources de l'impartialité du parquet.....	373
§-1 Les sources supra-législative de l'impartialité du parquet	373
A- La reconnaissance implicite de l'impartialité du parquet en droit constitutionnel.....	373
B- La reconnaissance explicite de l'impartialité du parquet par la <i>soft law</i> du Conseil de l'Europe	375
§-2 L'impartialité commandée par les missions du ministère	379
A- L'impartialité suscitée par la diversification des missions du ministère public	380
B- L'impartialité légitimée par l'encadrement législatif des missions du ministère public	383
Section 2 : L'impartialité édulcorée du parquet	388
§-1 La consécration atypique de l'impartialité des magistrats du parquet.....	388
A- La consécration prématurée de l'impartialité des magistrats du parquet.....	388
B- La consécration d'une impartialité adaptée aux magistrats parquet	391
§-2 La concrétisation sporadique de l'impartialité personnelle des magistrats du parquet	395
A- L'impartialité antérieure à la réponse pénale.....	395
B- La loyauté postérieure à la réponse pénale	397
Conclusion Chapitre 2.....	401
Conclusion Titre 2	403
Conclusion Partie 2	405
CONCLUSION GENERALE.....	407
INDEX.....	413
LISTE DES ABRÉVIATIONS	419

BIBLIOGRAPHIE	425
I- Ouvrages généraux, cours, dictionnaire, manuels, traités	427
II-Ouvrages spéciaux, thèses.....	430
III- Articles.....	433
IV-Ouvrages extrajuridiques	453
V- Rapports, avis et autres documents	454
VI- Décisions et avis du CSM	459
VII-Jurisprudence	460
A- Cour EDH et Commission EDH.....	460
B- Jurisprudence française	465
TABLE DES MATIÈRES.....	469