



HAL
open science

Le juge pénal et les affaires politiquement sensibles

Guillaume Tusseau

► **To cite this version:**

Guillaume Tusseau. Le juge pénal et les affaires politiquement sensibles. Conférence, May 2015, Paris, France. hal-03618466

HAL Id: hal-03618466

<https://sciencespo.hal.science/hal-03618466v1>

Submitted on 24 Mar 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - ShareAlike 4.0 International License

Le juge pénal et les affaires politiquement sensibles

Guillaume Tusseau
Professeur à l'Ecole de droit Sciences Po
guillaume.tusseau@sciencespo.fr

CAVEAT

Les pages qui suivent se limitent à mettre en forme les notes utilisées lors la conférence prononcée le 11 mai 2015. Celle-ci était destinée à un public étranger, *a priori* peu familier du droit pénal français et des rebondissements de la chronique judiciaire hexagonale. Recourant à dessein à certaines simplifications au détriment d'une approche plus subtile et plus nuancée, les réflexions qui y sont exprimées visaient avant tout à susciter une discussion interactive. Elles demeurent purement descriptives et n'impliquent aucun jugement de valeur ni aucune opinion d'ordre politique.

INTRODUCTION

Je me propose d'organiser mon intervention de la manière suivante, chacune de ces étapes devant être l'occasion de discussions. Avant d'aborder le cœur du sujet, il me semble nécessaire de présenter, à titre liminaire et en vue de cadrer la réflexion qui va suivre, certains éléments fondamentaux de l'organisation juridictionnelle (1) et de la procédure pénale françaises (2). Ce contexte esquissé, je tenterai de proposer une délimitation générale de la notion d'affaire politiquement sensible (3). Celle-ci sera ensuite concrétisée à partir de quelques études de cas français (4). Ces exemples offriront une matière première en vue de la mise en évidence de dilemmes auxquels se trouve soumis un système juridique lorsqu'il entend organiser le traitement juridictionnel des affaires politiquement sensibles (5).

1. LES JURIDICTIONS PENALES FRANÇAISES

Le système juridictionnel français repose sur une organisation particulière, dont les principaux éléments peuvent être présentés de la manière suivante. Si l'on écarte le Conseil constitutionnel, qui peut être appréhendé à certains égards comme *sui generis*, deux ordres de juridictions, administratif et judiciaire, coexistent en France. De manière relativement approximative au regard de la complexité de la question de l'identification d'un critère pertinent de leur champ de compétence exact, il est possible de considérer que les juridictions administratives sont en charge de contentieux mettant en cause les administrations ou leurs démembrements et les particuliers. Pour leur part, et de manière tout aussi approximative, les juridictions de l'ordre judiciaire sont compétentes pour résoudre les litiges qui opposent les particuliers entre eux, ainsi que pour assurer la sanction des auteurs d'infractions pénales.

Deux principaux types de juridictions judiciaires peuvent être distingués. Les juridictions civiles de droit commun (tribunal d'instance et tribunal de grande instance au premier degré ; cour d'appel en appel ; cinq des six chambres de la Cour de cassation en cassation) connaissent des litiges qui ont trait, par exemple, aux loyers, aux divorces, au droit de la consommation, au droit des assurances, etc. Il existe par ailleurs des juridictions spécialisées telles que les conseils de prud'hommes, en matière de droit du travail, les tribunaux de commerce, les tribunaux des affaires de sécurité sociale, etc. Les juridictions pénales ont pour mission de juger les personnes soupçonnées d'avoir commis une infraction pénale (violation du code de la route, détournement de fonds, vol, assassinat, etc.). Selon la gravité de l'infraction et donc l'importance de la peine encourue, différentes juridictions pénales sont compétentes. En premier ressort, la cour d'assises est compétente pour les infractions les plus graves appelées "crimes", passibles de peines allant de 15 ans d'emprisonnement jusqu'à la réclusion criminelle à perpétuité. L'homicide, le viol ou l'émission de fausse monnaie sont des exemples de crimes. Le tribunal correctionnel est en charge des "délits", tels que le vol, le port d'arme, l'agression sexuelle, etc. Les délits sont passibles de peines allant de 3750 euros d'amende jusqu'à dix ans d'emprisonnement. Le tribunal correctionnel peut également prononcer des amendes. Le tribunal de police est pour sa part compétent pour les contraventions de cinquième classe, passibles d'amendes mais non d'emprisonnement. La juridiction de proximité, enfin, est compétente pour les quatre premières classes de contraventions, les moins graves. Le montant d'une amende s'élève de 38 euros à 1500 euros. L'appel en matière pénale s'exerce devant la Cour d'appel, les pourvois en cassation étant de la compétence de la chambre criminelle de la Cour de cassation. Cette dernière est réputée ne juger qu'en droit, afin d'assurer l'uniformisation de l'interprétation de la loi.

En général, et en ignorant certaines exceptions, les juridictions comportent deux types de magistrats. Les magistrats du siège disent le droit en rendant des décisions de justice (jugements et arrêts). Ils sont inamovibles et leur indépendance est renforcée. Les magistrats du parquet requièrent l'application de la loi. Soumis au principe hiérarchique, ils appliquent une politique pénale et ne sont pas inamovibles. Leur indépendance apparaît donc plus réduite. Cette distinction présente une importance certaine dans l'analyse des affaires sensibles. Dès à présent, il est possible de noter que sur un plan organique et fonctionnel, les seconds apparaissent davantage reliés au pouvoir politique que les premiers.

2. LA PROCEDURE PENALE FRANÇAISE

Une affaire pénale, portée devant l'une des juridictions pénales mentionnées *supra*, est jugée selon les dispositions du Code pénal et du Code de procédure pénale. Afin d'étudier les affaires politiquement sensibles qui peuvent relever de leur compétence, il n'est nécessaire que d'en offrir une présentation assez rudimentaire.

La justice pénale vise à réprimer les atteintes à ce que le sociologue Emile Durkheim appelait les "états forts de la conscience collective". Il s'agit de remédier à des violations de valeurs sociales considérées essentielles. C'est à ce titre que le ministère public, c'est-à-dire les magistrats du parquet, ont pour fonction de solliciter, au nom de la société, la sanction de ces manquements aux exigences sociales. Les victimes d'une infraction ont également la possibilité d'en solliciter la réparation en se portant partie civile.

Il convient donc de dissocier deux types de déclenchement des poursuites. En premier lieu, il est possible que le ministère public en soit à l'origine. Saisi d'une plainte ou d'une dénonciation, ou avisé par les autorités de police de crimes ou délits dont elles ont connaissance, le parquet peut prendre l'une de deux décisions. Par la première, il classe l'affaire sans suite, et refuse donc d'exercer l'action publique et de poursuivre l'auteur de l'infraction alléguée. Cette décision doit être motivée, en droit et/ou en fait. Par la seconde, il entreprend de poursuivre. Deux procédés peuvent alors être employés. Par le réquisitoire introductif d'instance ou à fins d'informer, il requiert qu'un juge d'instruction, c'est-à-dire un magistrat du siège, se charge de l'affaire. Par la citation directe, il saisit directement la juridiction de jugement. Dans l'hypothèse d'une information judiciaire, le juge d'instruction se livre à tous les actes nécessaires à la manifestation de la vérité (expertises, perquisitions, saisies, auditions, écoutes téléphoniques, confrontations, etc.). Il instruit à charge (en vue d'identifier des éléments de culpabilité) et à décharge (en vue d'identifier des éléments d'innocence) afin de mettre la formation de jugement en mesure de se prononcer en étant pleinement informée. Une instruction est automatiquement ouverte en matière de crime. Elle n'est que facultative en matière de délits, et peut être sollicitée par le procureur ou par la victime (v. *infra*). Elle se rapporte en pratique aux affaires les plus complexes. Au terme de l'instruction, le juge d'instruction ne tranche pas l'affaire. S'il estime les charges suffisantes, il renvoie l'affaire devant le tribunal correctionnel ou la cour d'assises. Si tel n'est pas sa conviction, si les faits ne lui semblent pas constitutifs d'une infraction ou si l'auteur ne peut être identifié, il rend une ordonnance de non-lieu. La procédure s'arrête alors.

En second lieu, il est possible à la victime de l'infraction d'agir afin d'obtenir réparation du dommage qu'elle estime en être résulté pour elle. Cette « action civile » est exercée contre l'auteur des faits. La constitution de partie civile, opérée à travers une plainte, peut faire suite à l'engagement de l'action publique par le ministère public ou se faire indépendamment de celle-ci, devant le juge d'instruction. Tel est par exemple le cas lorsque le parquet a décidé de ne pas engager de poursuites. Enfin, la victime peut également saisir directement la juridiction pénale compétente par citation directe, lorsque l'affaire ne nécessite pas d'instruction et que l'auteur est connu.

Le régime de la prescription pour saisir le juge pénal obéit à la gradation suivante : 1 an pour les contraventions ; 3 ans pour les délits ; 10 pour les crimes.

Les recherches entreprises afin que la vérité se manifeste peuvent conduire à ce que différents statuts soient mis en œuvre. Ainsi, des témoins peuvent être entendus. Selon l'article 113-2 du code de procédure pénale, « Toute personne mise en cause par un témoin ou contre laquelle il existe des indices rendant vraisemblable qu'elle ait pu participer, comme auteur ou complice, à la commission des infractions dont le juge d'instruction est saisi peut être entendue comme témoin assisté. » Lorsqu'il existe aux yeux du juge des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elles aient pu participer, comme auteur ou comme complice, à la commission des infractions, les personnes mises en cause peuvent faire l'objet d'une mise en examen. Le juge peut, dès ce stade de la procédure, estimer qu'il est nécessaire de s'assurer des personnes mises en cause. A ce titre, il peut par exemple ordonner un contrôle judiciaire, qui consiste en un ensemble d'obligations nécessaires pour éviter la fuite et la récidive et/ou protéger la victime. La détention provisoire tient à une incarcération avant le jugement de la personne mise en examen. Demandée au juge des libertés et de la détention (magistrat du siège), par le juge d'instruction ou le procureur, elle vise par exemple à conserver des preuves,

protéger la personne mise en examen, prévenir le renouvellement de l'infraction ou préserver l'ordre public.

3. LES « AFFAIRES POLITIQUEMENT SENSIBLES » : ESSAI DE DELIMITATION

Je dois d'emblée insister sur le fait qu'il est impossible de donner une définition très assurée de la notion d'affaire politiquement sensible. Je renonce assez immédiatement à l'illusion d'une définition réelle, objective et sûre, cherchant à identifier la nature ultime et l'essence de cette "chose". Afin de la circonscrire de manière utile pour les fins qui sont les nôtres, il me semble nécessaire de rester relativement impressionniste.

En première approximation, il est possible de convenir qu'une affaire politiquement sensible met en cause, devant un juge pénal (v. *supra*), un homme ou une femme politique, c'est-à-dire, *grosso modo*, ce personne chargée d'un mandat ou d'une fonction politique, élective ou non, ou aspirant à un tel mandat ou une telle fonction (Président de la République, Premier ministre, Ministre, parlementaire, élu local, membre d'un parti politique, etc., sans que la liste soit exhaustive).

Il est possible à ce titre de remarquer que certaines infractions pénales sont propres aux hommes politiques. Tel est, par exemple, le cas du délit de favoritisme en matière de marchés publics. Selon l'article 432-14 du Code pénal :

"Est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende le fait par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public ou exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locales ou par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public."

Pour le reste, il est possible de supposer que toute affaire pénale concernant l'une de ces personnes ne serait pas nécessairement et spontanément considérée comme « politiquement sensible ». Par exemple, une infraction au Code de la route, le fait d'avoir fumé dans un lieu public, le fait d'avoir omis de payer la facture de son médecin, le fait de ne pas avoir sorti ses poubelles le bon jour, etc., ne sont pas des affaires politiquement sensibles. Au contraire, le fait d'avoir vendu un secret d'Etat à une puissance étrangère, le fait d'avoir assassiné un autre parlementaire au sein de l'hémicycle, le fait de se faire élire à force de corruption, d'achat de votes et de financement illégal de sa campagne, etc. sont volontiers considérés comme des affaires politiquement sensibles.

Mais entre les deux extrémités de ce spectre, il existe toute une zone grise d'infractions susceptibles de donner lieu à des affaires politiquement sensibles. A vrai dire, il faut percevoir que l'essentiel tient moins à l'infraction et aux suites proprement pénales qui peuvent en résulter, qu'aux suites politiques qui peuvent être les siennes. Tout dépend donc en définitive d'une relecture, non pas pénale, mais politique de l'affaire. Aussi, serait-il possible qu'une affaire très anodine, comme le fait d'avoir omis de payer une facture d'un montant modeste afférente à une dépense privée ou le fait de ne pas sortir ses poubelles le bon jour en méconnaissance d'un

règlement municipal, aient des conséquences politiques considérables. Ainsi peut-on estimer que cette dernière hypothèse est politiquement problématique pour le ministre de l'écologie et du développement durable.

On doit par ailleurs remarquer que l'importance des conséquences politiques peut être relativement déconnectée de la gravité de l'infraction pénale. Dès lors, le caractère « politiquement sensible » tient avant tout aux conséquences que peut avoir l'affaire, non pas forcément dans sa conclusion juridictionnelle ultime, c'est-à-dire le jugement dont elle finira ou non par faire l'objet, mais dans son déclenchement et son existence mêmes, sur la « carrière » ou, si l'on préfère, sur les fonctions politiques de la personne concernée. Il peut s'agir des fonctions actuellement occupées ou des fonctions visées, ou des deux.

Aussi peut-on tenter la définition suivante, certainement très imparfaite mais que l'on peut espérer utile pour la présente discussion :

Une affaire politiquement sensible est une instance portée devant un juge pénal susceptible, quelle que soit l'issue de la procédure (condamnation, non-lieu, acquittement, classement sans suite, etc.), d'avoir, immédiatement ou à l'avenir, une influence, de fait ou de droit, sur la facilité avec laquelle une personne peut accéder à des fonctions politiques (électives, nominatives, au sein d'un parti, etc.), les conserver ou les exercer.

Quelques commentaires méritent d'être ajoutés. L'enjeu et la "sensibilité" de l'affaire tiennent à la possible déconnexion des conséquences. C'est pourquoi, il est parfaitement possible que n'importe quel autre sujet de droit puisse avoir fait la même chose sans que la moindre conséquence politique s'ensuive, alors même qu'elle peut être dramatique pour un homme ou une femme politique beaucoup plus exposés médiatiquement. De plus, les sanctions pénales qui conduisent à entraver l'exercice par un individu de ses droits politiques sont relativement rares. Il peut s'agir, par exemple de la privation des droits civiques. A ce titre, l'article 131-26 Code pénal énonce que :

"L'interdiction des droits civiques, civils et de famille porte sur :

1° Le droit de vote ;

2° L'éligibilité ;

3° Le droit d'exercer une fonction juridictionnelle ou d'être expert devant une juridiction, de représenter ou d'assister une partie devant la justice ;

4° Le droit de témoigner en justice autrement que pour y faire de simples déclarations ;

5° Le droit d'être tuteur ou curateur ; cette interdiction n'exclut pas le droit, après avis conforme du juge des tutelles, le conseil de famille entendu, d'être tuteur ou curateur de ses propres enfants.

L'interdiction des droits civiques, civils et de famille ne peut excéder une durée de dix ans en cas de condamnation pour crime et une durée de cinq ans en cas de condamnation pour délit.

La juridiction peut prononcer l'interdiction de tout ou partie de ces droits.

L'interdiction du droit de vote ou l'inéligibilité prononcées en application du présent article emportent interdiction ou incapacité d'exercer une fonction publique."

Or il est parfaitement possible que, sinon *de jure*, du moins *de facto*, une personnalité publique mise hors de cause se voie privée de ses fonctions politiques ou de la possibilité d'y prétendre.

En sens inverse, il est possible qu'une personne mise en cause pénalement et condamnée soit en mesure de faire produire des effets politiquement utiles à cette condamnation, fondée, en se présentant comme un simple bouc émissaire qui, par

fidélité politique, a payé pour les autres et peut, aujourd'hui, se prévaloir de cette forme de probité et de constance dans l'engagement.

De ce fait, il ne faut pas ignorer que la question des affaires politiquement sensibles n'est pas purement juridique. Elle met en jeu, tout à la fois, le droit et les juges, notamment pénaux pour ce qui nous occupe, mais aussi et peut-être surtout l'opinion publique des citoyens et ceux qui contribuent à la façonner, au premier rang desquels les media (journaux, revues, tv, radio, blogs, sites internet, etc.). De fait, à travers cette importance de ce qui n'est autre, au-delà des considérations tenant à la rigueur des analyses juridiques, que le ressenti, la perception, le sentiment public, on mesure que l'essentiel tient moins à la qualification pénale exacte des faits en cause et à l'état d'avancement réel de la procédure juridictionnelle, qu'à ce qu'ils mettent en cause des individus devant l'opinion publique tout autant que devant des juges.

Ce qui est en jeu en définitive, tient à l'impact de la mise en cause pénale, qu'elle soit fondée ou non, sur la perception de la déontologie publique, des mœurs politiques. De même, du point de vue de la perception du rôle des juges du siège et du parquet, une dimension essentielle de l'analyse tient à l'absence d'information ou à la mésinformation, par exemple quant à la qualification pénale impliquée ou à l'étape de la procédure en jeu. Eu égard au pouvoir et à l'indépendance des juges, la perception que peut en avoir le grand public est également dépendante de simplifications ou de représentations plus ou moins approximatives voire franchement inexactes. Par exemple, depuis une formule de Balzac, juge d'instruction est fréquemment présenté comme « l'homme le plus puissant de France », tandis que le parquet est parfois présenté comme étant aux ordres de l'Exécutif. De ce fait, puisque la perception est importante, il est impossible d'exclure des manipulations. A la limite, une procédure pénale montée de toute pièce, de manière totalement artificielle, pourrait suffire, si elle est convenablement exploitée sur un plan médiatique, à faire obstacle à certaines personnes politiques, au bénéfice d'autres. Dès lors, une stratégie de connivence entre justiciables, juges, medias, hommes politiques rivaux, etc. représente l'hypothèse extrême qui illustre toute la difficulté et... la sensibilité de la question.

4. LES « AFFAIRES POLITIQUEMENT SENSIBLES » EN FRANCE : PROPOSITION D'IDENTIFICATION

De nombreux exemples peuvent être mentionnés d'affaires actuelles, pendantes ou récentes, qui sont susceptibles de recevoir la qualification d'affaires politiquement sensibles. Je vais en mentionner quelques-unes, sans souci d'exhaustivité et en me gardant de faire montre de partialité, en les prenant presque au hasard. Tout en souhaitant illustrer certains des éléments de la procédure pénale française présentés *supra*, je les mentionne dans un esprit qui est non pas tant d'être parfaitement exact sur le plan de l'analyse juridique, pour les raisons que j'ai dites *supra*, que de faire état, sur un plan purement descriptif, de l'incidence de ces affaires en termes de conséquences sur une carrière politique et de perception d'une partie de l'opinion publique. En outre, la présentation des affaires mentionnées *infra* est relativement simplifiée, de sorte que je fais l'économie de nombreux détails factuels, voire de facettes entières des affaires en cause.

4.1. L'affaire des "mariages chinois" mettant en cause Jean Germain

L'une des plus tragiques est récente. Il s'agit de l'affaire concernant le sénateur socialiste Jean Germain, alors qu'il était maire de Tours. Les charges retenues contre lui tenaient à une complicité de prise illégale d'intérêts et un détournement de fonds publics. Elles avaient trait à l'organisation, en grand nombre, de mariages pour touristes venant de Chine. Ayant protesté de son innocence et ne supportant pas d'être ainsi soupçonné après avoir consacré de nombreuses années de sa vie au service de ses administrés, il s'est suicidé alors que le procès s'ouvrait.

Cette affaire est particulièrement significative des problèmes que posent les affaires politiquement sensibles. La tragédie qui en est résulté en l'espèce ne trouve pas son origine dans une condamnation, mais dans la seule mise en cause de ce qu'un responsable politique considérait comme son honneur et sa dignité. Elle conduit à s'interroger sur le pouvoir des juges et les conséquences de leurs actions sur les hommes politiques, qui peuvent être dramatiques (v. *infra*). C'est ainsi que, dans l'une des lettres d'adieux qu'il a laissées, Jean Germain a dénoncé "la chasse systématique aux politiques", tandis que son avocat déclarait : "la presse, le parquet, vous êtes aujourd'hui les responsables de la mort de Jean Germain."

4.2. L'affaire du "Carlton de Lille" mettant en cause Dominique Strauss Khan

Cette affaire met en jeu l'infraction de proxénétisme aggravé devant le tribunal correctionnel. Alors directeur du Fonds monétaire international, Dominique Strauss Kahn aurait contribué à organiser des soirées d'ébats sexuels collectifs au cours desquelles des prostituées auraient été présentes et auraient, par ailleurs, subi des relations sexuelles violentes avec lui. DSK a été entendu puis mis en examen pour proxénétisme aggravé en bande organisée, pour avoir contribué à l'organisation d'un système destiné à satisfaire ses besoins sexuels. Le parquet a par la suite ouvert une enquête préliminaire en raison de faits encourageant la qualification de viol en réunion. Cette dernière procédure a été classée sans suite. L'instruction achevée, le procureur a requis un non-lieu en faveur de DSK. Mais les magistrats instructeurs n'ont pas suivi ces réquisitions et ont décidé de renvoyer DSK en correctionnelle pour proxénétisme aggravé et viol en réunion.

Les différentes étapes de la procédure pénale permettent de faire état des divergences d'appréciation que suscitent les faits. Entre soupçons de manipulation de connivence, de volonté de nuire etc., les débats publics autour des décisions des juges ont été riches dans la société, témoignant de la sensibilité de l'affaire. Ceci est d'autant plus vrai que lors du procès, après qu'ont été détaillés avec force minutie les moindres aspects des appétits et des pratiques sexuels d'un ancien ministre, l'instruction a pu paraître démesurée. Finalement, deux des trois parties civiles abandonnent en effet leurs demandes tandis que le procureur requiert la relaxe et que, finalement le 12 juin 2015, DSK est relaxé. Après trois ans de scandale, il est donc blanchi. Mais les conséquences sur sa situation politique sont considérables. De plus, l'issue de la procédure a pu conduire certains commentateurs à mettre en cause le caractère intrusif voire le voyeurisme malsain de l'instruction, qui aurait été trop loin, notamment en raison de la personnalité mise en cause.

4.3. L'affaire "Bygmalion"

Cette affaire porte le nom d'une société créée par des proches de Jean-François Copé, qui occupait la tête de l'Union pour un mouvement populaire. Cette société est soupçonnée d'avoir surfacturé certaines de ses prestations à l'UMP. Elle aurait émis

pour plusieurs millions d'euros de fausses factures à la demande de l'UMP, afin que ces dépenses n'apparaissent pas sur les comptes de campagne de Nicolas Sarkozy, candidat de l'UMP à l'élection présidentielle de 2012. En effet, le montant maximal de dépenses autorisé par la législation sur le financement public des campagnes présidentielles aurait rapidement été dépassé. L'UMP aurait alors imposé à Bygmalion de facturer ces prestations au parti, alors même qu'elles avaient bénéficié au candidat. Le parquet sollicite l'ouverture d'une information judiciaire pour faux et usage de faux, abus de confiance, tentative d'escroquerie et complicité et recel de ces délits. Les conséquences politiques de la procédure pénale sont de divers ordres. La première tient à la démission de Jean-François Copé de la direction de l'UMP. Simultanément, les tensions sont vives au sein de l'UMP afin de déterminer qui a organisé la manœuvre et qui la connaissait. La question cruciale est celle du degré d'information de Nicolas Sarkozy lui-même. Selon les suites données à l'affaire, il serait possible que, de droit ou de fait, le nouveau président du parti, rebaptisé "Les Républicains", ne puisse envisager de se présenter à l'élection présidentielle de 2017. Les décisions des juges dans cette affaire particulièrement sensible seront à n'en pas douter scrutées de près.

4.4. L'affaire des assistants parlementaires du Front national au Parlement européen

Le parquet de Paris a ouvert, le 24 mars 2015, une enquête préliminaire visant le Front national, pour abus de confiance. C'est le Parlement européen lui-même qui a saisi le parquet de ses soupçons quant au statut d'assistants parlementaires du FN. Selon ses services financiers, il est possible que des personnes rémunérées par le parlement travaillent exclusivement pour ce parti sur le territoire français. Ils ne peuvent donc être considérés comme offrant une assistance nécessaire et directement liée à l'exercice du mandat parlementaire européen.

Quelle que soit l'issue de l'affaire, son déclenchement même a suscité de vives réactions politiques, la direction du FN accusant notamment le premier ministre de téléguidage le tout afin de nuire à un parti dont l'influence s'accroît. Les conséquences de la procédure sur le plan politique peuvent tout aussi bien être défavorables à ce parti, si l'opinion dominante considère que malgré sa dénonciation des manœuvres des autres formations politiques, celui-ci s'y livre tout autant, de sorte qu'il ne peut offrir la rupture qu'il ambitionne vis-à-vis des partis traditionnels regroupés sous l'étiquette "UMPS". Mais elles peuvent tout aussi bien lui être favorables si, par le recours à une forme de théorie du complot, le FN est en mesure de soutenir l'idée que la justice se trouve, dans cette affaire, instrumentalisée afin d'entraver la dynamique du parti politique d'extrême-droite. Quelle que soit alors l'issue de la procédure pénale, elle pourra donc laisser apparaître une déconnexion totale de la réponse pénale et de la réaction politique, qui est caractéristique des affaires sensibles (v. *supra*).

4.5. L'affaire Georges Tron

Alors qu'il était secrétaire d'Etat à la fonction publique et maire de Draveil, Georges Tron a fait l'objet de deux plaintes pour harcèlement sexuel de la part d'anciennes collaboratrices en mai 2011. Le parquet a ouvert une enquête préliminaire, tandis que Georges Tron accusait le Front national d'être à l'origine d'une véritable machination. Dans les jours qui suivent, il démissionne du gouvernement. Placé en garde à vue, il est mis en examen le 22 juin 2011 pour viols

en réunion et viols et agressions sexuelles par personne ayant autorité. Redevenu député à la suite de son départ du gouvernement, son immunité parlementaire est levée par le bureau de l'Assemblée nationale le 30 juin. Par la suite, l'enquête conduit à ce que se fassent jours certains doutes quant à la parole des deux plaignantes, et à ce que l'hypothèse d'un règlement de comptes politique prenne corps. Lors des législatives de 2012, Georges Tron est battu et perd son siège. Conformément aux réquisitions du parquet, il bénéficie finalement d'un non-lieu de la part des juges d'instruction en décembre 2013. Il est alors réélu maire de Draveil. Mais en décembre 2014, la cour d'appel de Paris annule le non-lieu et le renvoie devant les assises de l'Essonne. Le 3 avril 2015, la Cour de cassation rejette son pourvoi, ouvrant la voie à un procès.

Politiquement sensible en ce qu'elle a conduit à l'abandon de fonctions ministérielles et à la perte d'un mandat de député, cette affaire l'est également par le contexte de rivalité politique entre l'UMP et le FN à Draveil dans lequel elle s'inscrit. Du point de vue de son traitement pénal, elle est remarquable par les divergences et les convergences d'analyses relativement chaotiques qu'elle a suscitées entre magistrats du siège et magistrats du parquet. Elle témoigne à ce titre de la difficulté du traitement de ce type de contentieux.

4.6. L'affaire Nicolas Sarkozy

Le nom de l'ancien président de la République apparaît dans un nombre important d'affaires qui, toutes, s'avèrent de ce fait particulièrement sensibles, notamment alors qu'approche la perspective de l'élection présidentielle de 2017 (p. ex. : affaire Tapie, affaire des sondages de l'Elysée sur laquelle v. *infra*, affaire Bettencourt, affaire Kadhafi, affaire Bygmalion sur laquelle v. *supra*). En effet, si les procédures semblent prendre trop de temps, une certaine complaisance risque d'être dénoncée. Si au contraire elles suivent leur cours rapidement et privent Nicolas Sarkozy, de droit ou de fait, de la possibilité de se présenter, l'accusation d'une manipulation de la justice, d'une politisation des juges et d'une volonté d'obstruction à son retour sera à coup sûr avancée.

Je ne m'intéresserai qu'à un événement très spécifique de l'ensemble des procédures visant ou pouvant à terme viser l'ancien président. Mis en cause dans l'affaire Bettencourt, des écoutes téléphoniques ont révélé que Nicolas Sarkozy aurait cherché à obtenir des renseignements sur les procédures qui le visaient auprès d'un magistrat de la Cour de cassation. La contrepartie de ces informations aurait consisté dans l'appui de M. Sarkozy à la candidature de ce magistrat à un poste à Monaco. Placé en garde à vue pendant 15 heures pour ces faits, l'ancien président a été mis en examen pour corruption active, trafic d'influence et recel de violation du secret professionnel. Un tel traitement et de telles charges sont particulièrement infamantes et stigmatisantes pour un ancien chef d'Etat. C'est pourquoi le soir même, Il est intervenu au journal télévisé afin de nier tous les faits qui lui étaient reprochés. Surtout, il a gravement mis en cause l'impartialité des juges chargées de l'affaire, et leurs motivations politiques à son encontre. Il a relevé à cet égard que l'une d'elles, Claire Thépaut, était membre du Syndicat de la magistrature, plutôt classé à gauche (v. *infra*). Le soupçon des mobiles plus ou moins insidieux de certains magistrats dans les affaires sensibles est l'un des éléments importants de ce débat.

5. LES ENJEUX ET DILEMMES SUCCESSIFS DES « AFFAIRES POLITIQUEMENT SENSIBLES »

Du point de vue du *design* institutionnel, la question essentielle est la suivante : que faire afin qu'un système juridictionnel soit en mesure de faire face aux affaires politiquement sensibles ? Une série de dilemmes conduisant à des antinomies normatives et politiques du point de vue des institutions dont un Etat se dote se fait alors jour. La difficulté s'accroît, en raison de ce que chaque argument apparait aisément réversible. Il s'ensuit que, voulant éviter un écueil, le risque est important de tomber dans un autre problème tout aussi grave. Je me propose d'illustrer cette difficulté à travers trois exemples.

5.1. Principe d'égalité v. spécificité de la fonction politique

Un premier dilemme oppose le principe d'égalité et le principe de spécificité de la fonction politique.

Selon le principe d'égalité, les hommes et femmes politiques doivent être traités en droit pénal de la même manière que tous les autres citoyens, qu'ils entendent représenter ou au nom desquels ils entendent agir. Ce principe constitutionnel est essentiel, et proclamé à l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen :

"La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents."

Au contraire, selon le principe de spécificité des fonctions politiques, il est nécessaire d'assurer aux hommes et femmes qui occupent de tels postes une certaine protection, afin d'éviter que la procédure pénale puisse être instrumentalisée à leur rencontre, de manière totalement infondée, abusive et malveillante, uniquement afin de leur nuire ou d'entraver leur capacité d'agir au nom de l'intérêt général, de la France ou de leurs électeurs, en se reposant sur l'impact d'une mise en cause pénale sur l'opinion publique (v. *supra*).

Le principe de spécificité des fonctions politiques tend à prévaloir pour les plus hautes fonctions de l'Etat (v. l'intervention de Dominique Rousseau).

Concernant les parlementaires, la Constitution prévoit par exemple que :

"ARTICLE 26.

Aucun membre du Parlement ne peut être poursuivi, recherché, arrêté, détenu ou jugé à l'occasion des opinions ou votes émis par lui dans l'exercice de ses fonctions. Aucun membre du Parlement ne peut faire l'objet, en matière criminelle ou correctionnelle, d'une arrestation ou de toute autre mesure privative ou restrictive de liberté qu'avec l'autorisation du bureau de l'assemblée dont il fait partie. Cette autorisation n'est pas requise en cas de crime ou délit flagrant ou de condamnation définitive.

La détention, les mesures privatives ou restrictives de liberté ou la poursuite d'un membre du Parlement sont suspendues pour la durée de la session si l'assemblée dont il fait partie le requiert.

L'assemblée intéressée est réunie de plein droit pour des séances supplémentaires pour permettre, le cas échéant, l'application de l'alinéa ci-dessus."

C'est ainsi que dans l'affaire concernant Georges Tron, une levée de son immunité parlementaire a été nécessaire. De même, le 21 octobre 2014, Patrick

Balkany a été mis en examen pour « blanchiment de fraude fiscale », « corruption » et « blanchiment de corruption ». Les juges d'instruction en charge du dossier ont sollicité la levée de son immunité parlementaire. Celle-ci a eu lieu le 18 mars 2015.

Concernant les ministres, la Constitution prévoit également un système particulier de mise en jeu de la responsabilité pénale. Celui-ci vise à garantir les plus hauts personnages de l'Etat contre des attaques abusives.

"Titre X - DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DES MEMBRES DU GOUVERNEMENT

ARTICLE 68-1.

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.

La Cour de justice de la République est liée par la définition des crimes et délits ainsi que par la détermination des peines telles qu'elles résultent de la loi.

ARTICLE 68-2.

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. Toute personne qui se prétend lésée par un crime ou un délit commis par un membre du Gouvernement dans l'exercice de ses fonctions peut porter plainte auprès d'une commission des requêtes.

Cette commission ordonne soit le classement de la procédure, soit sa transmission au procureur général près la Cour de cassation aux fins de saisine de la Cour de justice de la République.

Le procureur général près la Cour de cassation peut aussi saisir d'office la Cour de justice de la République sur avis conforme de la commission des requêtes.

Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article.

ARTICLE 68-3.

Les dispositions du présent titre sont applicables aux faits commis avant son entrée en vigueur."

Seuls les actes liés fonctionnellement ou matériellement aux fonctions ministérielles sont justiciables de cette juridiction spéciale (Cass. crim. 26 juin 1995 refusant le bénéfice du privilège de juridiction de la CJR à Alain Carignon pour des comportements concernant la vie privée ou les mandats locaux ; Cass. crim. 13 décembre 2000). Les actes temporellement concomitants mais fonctionnellement déconnectés des activités ministérielles n'y sont pas soumis. Ainsi, Brice Hortefeux a été jugé par les juridictions pénales ordinaires, et condamné à 750 euros d'amende, pour injure raciale en juin 2010, alors qu'il était ministre de l'intérieur. Ceci traduit l'idée qu'indépendamment des individus qui les occupent, le fondement de tels dispositifs repose avant tout sur la protection de la dignité de la fonction publique en cause.

Telle qu'elle est actuellement organisée, la CJR fait l'objet de nombreuses critiques. Celles-ci tiennent notamment à sa composition, partiellement politique et donc potentiellement suspecte, soit de connivence, soit de partialité. En outre, certaines infractions peuvent être commises par des ministres associés à des coauteurs ou des complices. Or seuls les premiers étant justiciables de la CJR, la procédure se trouve démembrée entre différentes juridictions, susceptibles de rendre des décisions conflictuelles. A cet égard, la Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique présidée par Lionel Jospin avait préconisé en 2012 une compétence des juridictions de droit commun. Une commission aurait assuré le

filtrage des procédures afin de s'assurer de leur caractère sérieux et non purement politique. Sur le plan territorial, une compétence exclusive du Tribunal de grande instance de Paris, avec instruction préparatoire collégiale obligatoire, aurait été imposée. Une meilleure combinaison ou conciliation du principe d'égalité et du principe de spécificité des fonctions politiques serait ainsi assurée selon ce rapport, dont la proposition suppose une révision de la constitution.

Concernant le Président de la République, la constitution prévoit le dispositif suivant :

"Titre IX - LA HAUTE COUR

ARTICLE 67.

Le Président de la République n'est pas responsable des actes accomplis en cette qualité, sous réserve des dispositions des articles 53-2 et 68.

Il ne peut, durant son mandat et devant aucune juridiction ou autorité administrative française, être requis de témoigner non plus que faire l'objet d'une action, d'un acte d'information, d'instruction ou de poursuite. Tout délai de prescription ou de forclusion est suspendu.

Les instances et procédures auxquelles il est ainsi fait obstacle peuvent être reprises ou engagées contre lui à l'expiration d'un délai d'un mois suivant la cessation des fonctions.

ARTICLE 68.

Le Président de la République ne peut être destitué qu'en cas de manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat. La destitution est prononcée par le Parlement constitué en Haute Cour.

La proposition de réunion de la Haute Cour adoptée par une des assemblées du Parlement est aussitôt transmise à l'autre qui se prononce dans les quinze jours.

La Haute Cour est présidée par le président de l'Assemblée nationale. Elle statue dans un délai d'un mois, à bulletins secrets, sur la destitution. Sa décision est d'effet immédiat.

Les décisions prises en application du présent article le sont à la majorité des deux tiers des membres composant l'assemblée concernée ou la Haute Cour. Toute délégation de vote est interdite. Seuls sont recensés les votes favorables à la proposition de réunion de la Haute Cour ou à la destitution.

Une loi organique fixe les conditions d'application du présent article."

En vertu des dispositions antérieurement en vigueur, le Président de la République, Jacques Chirac, n'avait pas pu être mis en examen, ni se voir appliqué le statut de témoin assisté pour des affaires touchant à sa gestion de la mairie de Paris. Il en était préservé pendant toute la durée de son mandat (Conseil constitutionnel, Décision n° 99-408 DC du 22 janvier 1999 ; Cass. crim. 10 octobre 2001). Mais la prescription était interrompue pendant le mandat, de sorte que les procédures ont pu reprendre leur cours par la suite. Elles ont abouti à la condamnation de l'ancien président de la République par le Tribunal correctionnel de Paris le 15 décembre 2011 à deux ans de prison avec sursis pour abus de détournement de fonds publics et prise illégale d'intérêts.

Dans cette hypothèse, et ainsi que l'exprime également la nouvelle rédaction des articles constitutionnels concernés, on estime que l'on préserve la fonction du chef de l'Etat en protégeant son titulaire contre toute action civile ou pénale. Si d'aventure un comportement grave lui est reproché (que ce comportement soit ou non lié aux fonctions, ait ou non eu lieu avant la prise de fonctions ou après, etc.), la procédure de la Haute Cour, juridiction spécialisée, est ouverte. La dérogation au principe d'égalité que représente cette inviolabilité se justifie précisément par le fait que le président n'est pas un citoyen placé dans la même situation que les autres.

Chargé directement par le peuple de veiller au "fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi [qu'à] la continuité de l'Etat" (article 5 de la Constitution), il mérite une protection particulière destinée à le soustraire aux manipulations, intimidations, pressions et mesures juridictionnelles susceptibles d'être instrumentalisées à des fins politiciennes pour nuire à son action.

Une interprétation discutable a par ailleurs été donnée de ce texte, en étendant la portée aux collaborateurs du Président à raison d'actes accomplis sur son ordre. C'est ainsi que le 25 octobre 2010, à la suite de dix mois d'enquête préliminaire, le parquet de Paris a rendu un avis de classement sans suite dans l'affaire concernant le contrat portant sur la réalisation de sondages entre la directrice de cabinet du président de la République et la société Publifact, appartenant à Patrick Buisson, conseiller du Président. Cette prise de position, fondée sur l'extension de la situation pénale réservée au président de la République aux membres de son entourage politique, qui avaient signé ladite convention, a suscité des critiques contre un parquet qui apparaissait soumis aux impératifs politiques. La plainte contre X pour favoritisme est classée sans suite par le parquet le 2 novembre. Une seconde plainte avec constitution de partie civile est alors déposée pour remédier à ce refus. Un juge d'instruction est désigné. A la demande du parquet, la Cour d'appel de Paris infirme l'ordonnance du juge d'instruction qui estime nécessaire d'informer sur les faits dénoncés, au motif que l'immunité n'est pas strictement limitée à la personne du chef de l'Etat, mais s'étend à la fonction présidentielle, et par voie de conséquence à ses proches collaborateurs.

Par la suite, la Cour de cassation (crim., 19 décembre 2012, n° de pourvoi 12-81043) a repoussé cette interprétation extensive, estimant :

"qu'en se déterminant ainsi, en l'absence de tout acte d'instruction, par des motifs hypothétiques et inopérants, alors que, d'une part, aucune disposition constitutionnelle, légale ou conventionnelle ne prévoit l'immunité ou l'irresponsabilité pénale des membres du cabinet du Président de la République, d'autre part, le juge d'instruction a l'obligation d'informer sur tous les faits résultant de la plainte et des pièces y analysées, sous toutes leurs qualifications possibles, sans s'en tenir à celle proposée par la partie civile, la chambre de l'instruction n'a pas justifié sa décision ; D'où il suit que la cassation est encourue ; qu'elle aura lieu sans renvoi, la Cour de cassation étant en mesure d'appliquer directement la règle de droit et de mettre fin au litige, ainsi que le permet l'article L. 411-3 du code de l'organisation judiciaire ;

Par ces motifs :

CASSE et ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt susvisé de la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris, en date du 7 novembre 2011 ;

DIT n'y avoir lieu à renvoi ;

ORDONNE le retour du dossier au juge d'instruction du tribunal de grande instance de Paris, afin d'informer".

Pour sa part, le rapport Jospin estimait opportun de procéder à un rééquilibrage de la relation entre principe d'égalité et principe de spécificité des fonctions politiques en faveur du premier. Elle proposait à ce titre de supprimer l'immunité en matière pénale pour tous les actes du Chef de l'Etat qui n'ont pas été accomplis en cette qualité. Il pourrait être poursuivi et jugé au cours de son mandat, sans attendre. Cependant, à l'instar de ce que cette Commission proposait concernant les ministres, un filtrage afin d'éviter les plaintes et procédures abusives, manifestement infondées ou visant des actes relevant de la fonction présidentielle est nécessaire. Ce filtrage serait confié à une commission supérieure d'examen préalable, composée de magistrats et de membres des juridictions administratives et des juridictions financières. Les juridictions de droit commun seraient compétentes, à

ceci près que le Tribunal de grande instance de Paris bénéficierait d'une compétence territoriale exclusive. L'instruction devrait, de plus, être systématiquement collégiale.

A l'inverse de ce qui peut être constaté concernant les autorités politiques les plus importantes, le principe d'égalité tend à prévaloir à l'encontre des autres acteurs politiques qui n'occupent pas ces fonctions : maires, conseillers départementaux, conseillers municipaux, conseillers régionaux, membres de partis, etc.

5.2. Présomption d'innocence v. protection de la fonction politique

Selon l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen,

"Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi."

Lorsqu'elles se trouvent mises en cause au cours d'une affaire pénale, les autorités politiques bénéficient de la présomption d'innocence. Néanmoins, un autre impératif est de nature à lui porter atteinte. En effet, la protection de la dignité de la fonction et de la sérénité de son exercice, qui apparaissait précédemment comme justifiant une certaine forme de protection des autorités politiques, peut à présent justifier que les exigences pesant sur elles soient plus contraignantes que celles qui concernent les citoyens ordinaires. Certains des arguments cruciaux du débat concernant les affaires politiquement sensibles devant la justice pénale s'avèrent ainsi réversibles. En l'occurrence, la protection de la fonction conduit parfois à exiger que, malgré la présomption d'innocence, un responsable politique doive quitter ses fonctions lorsqu'il est mis en cause dans une affaire pénale. L'argument de la dignité et de la spécificité des fonctions politiques justifie ainsi tout autant une protection accrue contre les attaques malveillantes qu'une exigence d'exemplarité renforcée pour ceux et celles qui les exercent.

A titre d'exemple, plusieurs ministres ont fait le choix, après l'ouverture d'une information judiciaire à leur encontre ou après leur mise en examen, c'est-à-dire indépendamment de toute condamnation et tout en étant toujours présumés innocents, de démissionner. Il s'agit tout à la fois pour eux de pouvoir préparer pleinement et sereinement leur défense, de ne pas gêner le travail de l'équipe gouvernementale et enfin de ne pas porter ombrage à leur fonction même. Tel a été la pratique de Bernard Tapie, Alain Carignon, Gérard Longuet, Dominique Strauss-Kahn, Georges Tron ou Jérôme Cahuzac. A l'inverse, Brice Hortefeux n'a pas estimé devoir quitter ses fonctions lorsque certains de ses propos l'ont conduit à être mis en cause puis condamné (v. *supra*).

Ce qui a parfois été présenté comme une "obligation" de démissionner relève en réalité de la déontologie ou de la moralité politiques, et non du domaine strictement juridique ou pénal. Il en va finalement aussi de l'honneur de l'homme ou de la femme politique de ne pas s'"accrocher" si cela peut nuire à l'image générale des institutions.

5.3. Indépendance des juges v. dépendance des juges

Le troisième et dernier dilemme que je souhaiterais mentionner a trait à l'indépendance des juges. D'un côté, l'indépendance a pour vertu essentielle de préserver les juges de la crainte ou de l'apparence d'être aux ordres de l'Exécutif,

c'est-à-dire d'une autorité politique qui tenterait de « monter », « entretenir » ou « accélérer » des affaires politiquement sensibles contre ses opposants tout en les « étouffant » ou les « ralentissant » lorsqu'elles concernent ses amis politiques. Elle évite une forme de politisation des juges dont l'origine se situe hors de la magistrature, que l'on peut dénommer « politisation hétéronome ».

A ce titre, avant la prise de fonctions de l'actuelle Garde des Sceaux, deux types d'instructions pouvaient être transmises au parquet. Si les instructions générales dites « de politique pénale » peuvent apparaître légitimes, dans la mesure où elles permettent une uniformisation des poursuites sur tout le territoire de la République, la possibilité pour le ministre de donner des instructions individuelles de poursuites dans des dossiers particuliers (instructions qui doivent figurer par écrit au dossier) implique un contrôle hiérarchique des dossiers signalés et fait peser un soupçon de partialité sur la plupart des décisions prises dans les affaires sensibles.

A la suite de la loi du 25 juillet 2013, l'article 30 du Code de procédure pénale, qui s'inscrit dans un Chapitre Ier bis relatif aux "attributions du garde des sceaux, ministre de la justice", dispose :

"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. A cette fin, il adresse aux magistrats du ministère public des instructions générales. Il ne peut leur adresser aucune instruction dans des affaires individuelles. Chaque année, il publie un rapport sur l'application de la politique pénale déterminée par le Gouvernement, précisant les conditions de mise en œuvre de cette politique et des instructions générales adressées en application du deuxième alinéa. Ce rapport est transmis au Parlement. Il peut donner lieu à un débat à l'Assemblée nationale et au Sénat."

Il reste que certains dossiers sont dits « signalés » et font l'objet d'une information particulière du Garde des Sceaux. Ce signalement de la part des parquets généraux vise à informer le ministre de la justice afin que celui-ci soit en mesure de mener la politique pénale du gouvernement, qui vise une action efficace du parquet contre la délinquance ainsi qu'une réponse pénale cohérente sur l'ensemble du territoire, et de rendre compte de son action devant les élus du peuple, présents au Parlement. Ainsi que l'indique la circulaire du 31 janvier 2014 :

"le garde des sceaux [...] doit être renseigné sur les procédures présentant une problématique d'ordre sociétal, un enjeu d'ordre public, ayant un retentissement médiatique national ou bien encore qui sont susceptibles de révéler une difficulté juridique ou d'application de la loi pénale".

Ce texte fournit une liste de critères de signalement :

"Les procédures devant être signalées [par les parquets aux parquets généraux] répondent aux critères suivants qui peuvent être cumulatifs :

- la gravité intrinsèque des faits ;
- le trouble manifestement grave à l'ordre public ;
- la personnalité de l'auteur ou de la victime (faits impliquant les représentants des corps constitués de l'Etat, notamment ceux relevant du ministère de la justice, les élus, les personnes chargées d'une mission de service public dans l'exercice de leurs fonctions, ou les personnalités de la société civile) ;
- le nombre élevé de victimes (accidents collectifs) ;
- les infractions concernant des faits ciblés comme relevant d'une priorité de politique pénale, ou nécessitant une action coordonnée des pouvoirs publics ;
- les infractions représentant de nouvelles formes de criminalité ou relevant d'une criminalité organisée ;

- toute difficulté juridique ou institutionnelle posant une question dépassant le cadre d'un seul ressort ;
- la dimension internationale de l'affaire ;
- la médiatisation possible ou effective de la procédure."

Ces éléments sont de nature à s'appliquer de manière relativement naturelle aux affaires politiquement sensibles.

Concernant les affaires que les parquets généraux doivent signaler à la Direction des affaires criminelles et des grâces, la circulaire ajoute que :

"Les procédures devant être signalées répondront aux critères suivants qui pourront être cumulatifs : gravité des faits (préjudice humain, financier, atteinte aux intérêts fondamentaux de la Nation ou au pacte républicain) de nature à nécessiter une action coordonnée des pouvoirs publics ou à leur donner un retentissement médiatique au niveau national, insertion dans un champ de politique pénale prioritaire, qualité des mis en cause ou des victimes, et dimension internationale de la procédure."

Mais ainsi que l'a mis en évidence Shimon Shetreet, l'indépendance peut être comprise d'une multiplicité de manières. A ce titre, une autre lecture de l'indépendance des juges peut conduire à l'apparition d'un dilemme. En effet, l'indépendance peut aussi avoir pour corollaire le fait que les juges eux-mêmes s'érigent en censeurs publics des hommes politiques qu'ils n'apprécient pas et suivent une forme d'auto-politisation ou de « politisation autonome ». Nicolas Sarkozy met ainsi assez directement en cause la politisation des juges qui l'ont mis en garde à vue, ce qui a été une première dans l'histoire constitutionnelle et pénale française.

Selon certains observateurs, l'affaire dite du « mur des cons » est par exemple de nature à faire craindre une telle évolution. Cet épisode est relatif à la découverte, dans les locaux du Syndicat de la magistrature, d'un panneau sur lequel figuraient les images de nombreuses personnalités. Parmi elles, se trouvaient des personnalités politiques, telles que Nicolas Sarkozy, Eric Woerth, Luc Chatel, Patrick Balkany, Nadine Morano ou Brice Hortefeux, mais également le magistrat Philippe Courroye, le criminologue Alain Bauer, les intellectuels Alain Minc ou Jacques Attali, des personnalités du monde des médias, etc. De manière générale, ce syndicat, réputé à gauche, s'en prenait plutôt à des personnalités classées à droite. Ces photos étaient parfois agrémentées de commentaires plus ou moins désobligeants. Cette affaire suscite la polémique en ce qu'elle peut laisser suggérer que certains juges sont de parti pris lorsqu'ils viennent à connaître des procédures qui visent certaines personnalités, notamment dans le cadre des affaires politiquement sensibles.

Dans deux des affaires mentionnées *supra*, on s'est interrogé sur le caractère excessif de certaines décisions des juges, et donc soit sur leurs arrière-pensées politiques, soit sur leurs conséquences politiques malencontreuses si elles n'étaient pas sciemment recherchées. Ainsi les dossiers d'instruction volumineux des affaires Bettencourt et du Carlton ont-ils débouché sur des réquisitoires de relaxe, respectivement pour Eric Woerth et Dominique Strauss-Kahn. Aux yeux de certaines analyses, les juges d'instruction ont largement vu s'effondrer les dossiers qu'ils avaient réunis. C'est ainsi que le rôle, la place et même l'existence du juge d'instruction sont périodiquement débattus. La crainte est au fond que, fort de son indépendance, un juge abuse des pouvoirs qui lui sont conférés, soit directement dans un but partisan sur le plan politique, soit en raison de la tentation de se faire justicier, soit encore afin d'affirmer la puissance des juges face aux autorités politiques, soit enfin par voyeurisme malsain. En 2009, le Rapport Léger a envisagé la suppression des fonctions d'enquête du juge d'instruction et leur transfert au parquet. Le parquet aurait dû obtenir d'un nouveau "juge de l'enquête et des

libertés", chargé de missions purement juridictionnelles, la plupart des mesures coercitives (écoutes, perquisitions, mandats d'arrêt, prolongations de garde à vue, contrôles judiciaires, détentions provisoires, etc.). Les objections qu'a rencontrées cette proposition ont tenu notamment au fait qu'en pratique l'enquête se trouverait déléguée aux forces de l'ordre et non plus à un magistrat. Par ailleurs, la persistance d'une relation de dépendance du parquet vis-à-vis de l'autorité politique, qui conduit la Cour européenne des droits de l'homme à considérer qu'au regard des critères d'indépendance et d'impartialité ses magistrats ne sont pas une « autorité judiciaire » au sens de l'article 5 de la Convention (CEDH 23 novembre 2010 ; 27 juin 2013), gêne et obère toute tentative d'accroître leurs pouvoirs.

Il s'ensuit que la légitimité d'une telle altération de la fonction du juge d'instruction supposerait que soit instaurée l'indépendance des magistrats du parquet, tout comme elle existe pour les magistrats du siège, notamment eu égard aux modalités de leur désignation. Il s'agirait d'une modification considérable de notre système de justice pénale. C'est dire si la question qui nous a occupés aujourd'hui est riche d'implications qui la dépassent largement. En outre, quand bien même la réforme serait adoptée, elle n'exclut pas le risque de politisation ou d'influence politique non plus hétéronome, venant de l'Exécutif, mais autonome, résultant de la disposition propre de magistrats individuellement et collectivement totalement indépendants, ainsi que nous l'avons vu *supra*.

Afin de s'en préserver, il est probable qu'une modification du rôle du Conseil supérieur de la magistrature en tant qu'institution de gouvernance de l'autorité judiciaire soit simultanément nécessaire. Mais je risque de sortir des limites qui ont été assignées à ce propos par les organisateurs de cette rencontre, et d'entrer dans une autre forme de discussion politiquement sensible.