

## Enterrement du juge d'instruction : révolution ou réforme ?

Christoph WITTEKINDT – Docteur en droit et avocat au barreau de Munich (Allemagne).

### Introduction

Alors que l'Allemagne vient d'entériner le projet de loi de Brigitte Zypries, ministre de la Justice, visant à créer un cadre juridique pour les relations procureur-juge-défenseur (« deals ») dans des affaires de « criminalité en col blanc »<sup>1</sup>, la bataille fait rage en France contre un projet de loi relatif au changement de statut du juge d'instruction, invention française. Dans le même temps, le comité de réflexion sur la procédure pénale, et plus particulièrement sur le statut du juge d'instruction, que constitue la commission Léger créée par le président français Nicolas Sarkozy, vient d'avaliser, dans son rapport d'étape (ci-après appelé pré-rapport Léger)<sup>2</sup>, la suppression du « petit juge », ce « mi-Salomon, mi-Maigret », comme l'observait si justement l'ancien Garde des Sceaux, Robert Badinter. Avant de s'insurger contre cette suppression – d'ailleurs très tardive dans le contexte pénal européen – il peut être utile de s'intéresser à l'expérience de l'Allemagne, qui a supprimé cette fonction en 1974.

### 1. Le rôle du Parquet dans l'enquête

La réforme de 1974<sup>3</sup>, menée par le ministre de la Justice de l'époque, Hans-Jochen Vogel, sous le gouvernement du chancelier Helmut Schmidt, prévoyait tout simplement d'enterrer le juge d'instruction et de concentrer tous les pouvoirs d'enquête (d'enquête et d'accusation) entre les mains du Parquet<sup>4</sup>. Depuis, c'est le Parquet, qui, avec l'aide de la police judiciaire, dirige l'enquête – à charge et à décharge – et qui décide seul, au bout de la procédure, de mettre le dossier en accusation ou non. C'est exactement ce que semble proposer la commission Léger dans la deuxième proposition de son pré-rapport<sup>5</sup>.

Cette concentration de l'ensemble de l'enquête dans les seules mains du Parquet implique, dans la pratique, une importante accélération de la durée de l'enquête et une amélioration de l'efficacité. Le Parquet n'agit pas toutefois dans une zone de non-droit,

<sup>1</sup> Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren, BT-Drs. 16/12310 et 16/13095, entérinée par le Bundestag, le 28 mai 2009. Entrée en vigueur au lendemain de sa promulgation.

<sup>2</sup> Comité de réflexion sur la justice pénale. Rapport d'étape sur la phase préparatoire au procès pénal du 6 mars 2009, 30 p. + 4 annexes, remis à la Garde des Sceaux française, Rachida Dati, le 9 mars 2009. Voir aussi l'entretien avec Philippe Léger, « Le juge d'instruction n'est plus adapté à notre époque », *Le Monde*, 16 mars 2009.

<sup>3</sup> Loi du 9/12/1974, entrée en vigueur le 1/1/1975. En effet, il s'agit d'une réforme plus vaste, portant non seulement sur la procédure pénale, la « Strafprozessordnung (StPO) » (code de procédure pénale) allemand, mais aussi sur le droit matériel, le « Strafgesetzbuch (StGB) » (code pénal) allemand, cf. *Schmidt-Leichner*, *Strafverfahrensrecht 1975 – Fortschritt oder Rückschritt ?* dans : NJW 1975, p. 417 ss.

<sup>4</sup> Art. 160 du code de procédure pénale allemand.

<sup>5</sup> Pré-rapport Léger, suscité, p. 9 ss.

car il est tenu de respecter, dans ses investigations, le principe de légalité (droit de poursuite et d'accusation), émanation du principe d'Etat de droit, inscrit dans la Loi fondamentale. Cela signifie qu'en Allemagne, le Parquet est obligé, en principe, d'intervenir pour tous les délits commis dans la mesure où il existe des « éléments de faits suffisants »<sup>6</sup> qui, le cas échéant, doivent être communiqués et fournis par la police judiciaire. Tout suspect se voit donc faire l'objet de l'ouverture d'une enquête et il n'existe pas de zones de non-droit. Pour le Parquet allemand, ce principe constitue le corollaire de son monopole en matière d'accusation.

Dans la procédure d'enquête, les affaires sont généralement menées par un seul procureur, mais les enquêtes plus importantes et plus complexes, elles peuvent être conduites par plusieurs procureurs sous la direction de leur supérieur, lorsqu'il s'agit d'enquêtes réputées difficiles, dans le domaine de la criminalité économique notamment, ou en cas de multiplicité des auteurs ou des infractions. Dans ces cas-là, des « Schwerpunktstaatsanwaltschaften » (l'équivalent des pôles financiers en France) sont créés afin de centraliser la conduite et la coordination de l'enquête sur l'ensemble du territoire allemand.

La loi prévoit quelques exceptions au principe de légalité comme la clôture de la procédure en cas de faible responsabilité de l'auteur et/ou d'absence d'intérêt public. Ces exceptions relèvent du principe d'opportunité<sup>7</sup>. Pour être applicables, elles doivent obtenir, en fonction de la gravité de l'affaire, l'accord du tribunal compétent pour ce type d'infraction. Là encore, on constate que le Parquet n'agit pas dans une zone de non-droit : dans de nombreux autres cas, il est contrôlé par le tribunal. On peut d'ores et déjà noter que, dans le cadre des procédures relatives aux « Antragsdelikte », c'est-à-dire aux infractions réprimées uniquement en cas d'un dépôt de plainte par une personne, qui est souvent la victime de l'infraction, le requérant a toujours la possibilité de déposer, lors de la clôture de la procédure, un recours sous la forme d'une procédure appelée « Klageerzwingungsverfahren ». Ce point sera développé ultérieurement.

En réalité, nombre de dossiers sont classés sans suite, faute de preuves suffisantes ou par manque d'intérêt public. Force est de constater que le Parquet, souvent débordé par le nombre des dossiers, mais aussi faute d'effectifs, a tendance à classer davantage les dossiers portant sur des infractions contre les biens ou sur la délinquance économique, souvent très complexes, que ceux relatifs aux infractions contre les personnes.

Cette réforme de 1974 visait donc principalement à rendre la procédure pénale plus efficace (à l'époque on essayait depuis 3 ans de juger la bande Baader-Meinhof) et en finir avec la confusion entre le Parquet et les juges.

Pour des raisons d'efficacité, la réforme confiait au Parquet – en réalité, à la police judiciaire –, le droit de convoquer et d'entendre non seulement des témoins et des experts, mais aussi le présumé coupable – sans préjuger des résultats de l'audience principale.

En outre, cette réforme permettait de mettre fin à la confusion du rôle de l'inquisiteur avec la fonction du juge.

## **2. Les limites du pouvoir d'enquête du Parquet**

Pour autant les pouvoirs du Parquet ne sont pas illimités. En même temps, dans le cadre de l'enquête, la réforme de 1974 a soumis toute mesure d'ordre coercitif touchant aux droits fondamentaux d'un suspect (comme par exemple la saisie, la perquisition du domicile ou le mandat d'arrêt) au contrôle préalable d'un juge, dit « de l'instruction » (*Ermittlungsrichter*, à ne pas confondre avec le juge d'instruction d'avant 1974 !), du

---

<sup>6</sup> Art. 152 du code de procédure pénale allemand.

<sup>7</sup> Art. 153 à 154e du code de procédure pénale allemand.

tribunal local compétent<sup>8</sup>. Certains voient en ce juge « de l'instruction » les dernières traces du juge d'instruction, ce qui peut prêter à confusion : ce juge n'enquête ni ne juge, il ne fait que contrôler certains actes du Parquet pour garantir les droits fondamentaux d'un suspect. Il n'y a donc plus de « petit juge », mais un « grand » juge, qui « gouverne » l'enquête. Avec le nouveau « juge de l'enquête et des libertés », proposé par la commission Léger<sup>9</sup>, on en est exactement là.

### 3. Indépendance du Parquet ?

Aujourd'hui encore, on pourrait reprocher aux auteurs de la réforme de 1974 de ne pas avoir coupé le lien étroit entre le Parquet et les divers ministères de la Justice. En effet, le fédéralisme allemand implique l'existence de 16 ministres de la Justice, un dans chaque Land, plus un ministre de la Justice au niveau fédéral, à savoir Mme Zypries. Dans le domaine de la justice, les compétences entre l'État fédéral et les Länder sont bien distinctes et il n'y a généralement pas de querelles entre ces deux niveaux. Toutefois, un certain accord doit toujours être trouvé, notamment entre les ministres de la justice des Länder, en ce qui concerne l'initiative et l'application des lois, ce qui se passe en fait par des conférences régulières entre les ministres de la justice.

C'est dans ce contexte que se pose la question de l'ampleur de l'intervention de chaque chancellerie sur chacun des Parquets, qui sont intégrés aux tribunaux de chacun des Länder<sup>10</sup> et qui reposent sur un fonctionnement hiérarchique ; comme en France, les procureurs sont des agents publics. Cette question se pose tout particulièrement pour des affaires sensibles comme, par exemple, les affaires politiques fiscales qui doivent naturellement être exemplaires pour tous les citoyens.

Or, force est de constater, que même s'il y a intervention de la chancellerie dans un dossier spécifique – ce qui en Allemagne est difficile à détecter, même à l'intérieur de la machine judiciaire – celle-ci n'a pas empêché d'importants dossiers politico-financiers, terroristes ou dits « de société », d'être plaidés et jugés, des membres de la RAF (la Fraction armée rouge, à partir de 1977) au scandale Flick (pots-de-vin versés aux partis politiques par des industriels en 1983) en passant par l'affaire des comptes suisses des chrétiens-démocrates d'Helmut Kohl en 1998 (qui avait entraîné sa chute) ou encore l'affaire des dessous-de-table de Siemens (1,2 milliard € de pots-de-vin versés à travers le monde avec l'accord du directoire pour acquérir des mandats).

On peut se demander si d'autres dossiers n'auraient pas dû être jugés depuis la réforme de 1974, comme cela est fort probable dans le dossier dit de la raffinerie de Leuna<sup>11</sup>. En tout cas, il semble, qu'il n'y ait pas eu de dérapages graves comme on en craint en France. Sans doute le bât blesse-t-il aussi en Allemagne, mais sur d'autres sujets : manque d'effectifs pour le Parquet, dossiers souvent très complexes, sur-pénalisation de la société en général.

### 4. Les droits de la défense...

Les réformes de 1974 – puisqu'en fait il s'agit de plusieurs lois consécutives – auraient été incomplètes, si elles n'avaient pas aussi visé un renforcement des droits de

---

<sup>8</sup> Voir à cet égard l'article de Brüning/Wenske, Der Ermittlungsrichter – ein Hilfsorgan der Staatsanwaltschaft ? in : ZIS 2008, p. 340. Toujours d'actualité : Fezer, « Richterliche Kontrolle der Ermittlungstätigkeit der Staatsanwaltschaft vor Anklageerhebung ? » dans Stree, Lenckner, Cramer, Eser (éd.), *Gedächtnisschrift für Horst Schröder*, Munich, 1978, p. 407 ss.

<sup>9</sup> Pré-rapport Léger, suscité, 3ème proposition, p. 12 ss.

<sup>10</sup> À cet égard, il existe encore un « ministère public fédéral » (Bundesanwaltschaft) qui siège près la Cour fédérale allemande de Karlsruhe. Il constitue la juridiction pénale allemande la plus élevée et instruit les procédures pénales générales, notamment lorsqu'elles impliquent la République fédérale d'Allemagne.

<sup>11</sup> Suite à la réunification allemande, la vente de la raffinerie Leuna au groupe pétrolier français aurait donné lieu à des financements de la CDU et de la CSU par Elf.

la défense et de l'aide juridictionnelle. La présence d'un avocat dès la première heure étant chose acquise, la réforme se concentrait sur la possibilité, pour le mis en cause, de demander, lors de l'enquête, qu'un défenseur lui soit accordé d'office.

Le débat continue à faire rage en Allemagne, – et c'est là peut-être un défaut originel de la réforme – puisque la loi sur la procédure pénale accorde ce droit d'en décider...au Parquet, donc à celui qui mène l'enquête ! Bien sûr, dans des cas énumérés par la loi (les crimes notamment), le Parquet est obligé d'accorder un avocat d'office, dès l'ouverture de l'enquête – et toute décision afférente est évidemment susceptible d'un recours –, mais, selon le législateur, c'est au mis en cause lui-même de choisir le défenseur de son choix, quand bon lui semble et avec les moyens dont il dispose, à ce stade de la procédure et jusqu'à la fin de l'enquête. Pour ces cas-là, il n'y a pas, en Allemagne, d'aide juridictionnelle, alors que cette aide existe et est très efficace – les honoraires des avocats sont toujours alignés sur un barème officiel des avocats, défini par une loi (!) – dans bien d'autres domaines juridiques, comme dans le droit civil. En France, à cet égard, les propositions de la Commission Léger semblent aller plus loin<sup>12</sup>.

L'aide juridictionnelle paraît être un point central méritant le débat, aussi bien en France qu'en Allemagne. Ce débat incite à réfléchir à des alternatives, par exemple sur les moyens permettant de garantir, à ce stade de la procédure, à des mis en cause qui sont en situation financière difficile, une aide juridictionnelle efficace et adaptée, constituerait une sorte de « procès équitable » dès la phase préliminaire de l'enquête. L'une de ces initiatives pourrait reposer sur une assurance « protection juridique » qui ne se limiterait pas aux litiges civils mais qui s'étendrait également aux procès pénaux. N'oublions pas qu'en Allemagne, le système des assurances « protection juridique » est très développé (en 2007, 3,1 milliards € de cotisations en Allemagne contre 600 millions en France) et peut englober le pénal, selon les options choisies.

Il est important ici de rappeler comment sont calculés les honoraires des avocats et les frais de justice en Allemagne. Dans les deux cas, il existe un cadre juridique : la « Rechtsanwaltsgebührenverordnung (RVG) » pour les honoraires d'avocats et la « Gerichtskostengesetz (GKG) » pour les frais de justice. Il s'agit là d'un élément central qui n'est pas suffisamment mentionné dans les comparaisons internationales : la République fédérale d'Allemagne s'offre le luxe, pour toutes sortes de procédures judiciaires, de fixer légalement les montants des honoraires et des frais de justice selon les types de procédure et les instances concernées. Ils sont obligatoires pour toutes les personnes concernées, et cela n'est pas assez souvent souligné auprès des collègues européens ou étrangers. Pourtant, cela marche !

Les avocats ont naturellement la possibilité, par le biais d'un accord particulier sur un taux horaire, d'augmenter ces honoraires ou de décider d'une somme forfaitaire pour cette procédure, comme c'est souvent le cas pour les affaires pénales. Depuis 2008, il est même possible, dans certains cas précis, de convenir d'une rémunération dépendant de l'issue de la procédure (*quota litis*).

Ce tarif-cadre relatif aux honoraires d'avocats mais aussi aux frais de justice, qui lie également le tribunal pour le calcul des honoraires de l'avocat commis d'office dans une procédure pénale et qui est à la base des assurances « protection juridique » pour le remboursement des frais, assure une certaine transparence et facilite le calcul des frais de procédure. Cela évite ainsi que les auteurs d'infractions « pauvres » ne puissent s'offrir que les services de « défenseurs peu onéreux » tandis que les « riches » pourraient s'offrir les « meilleurs défenseurs » dans leur discipline.

Ce principe n'existe pas en France, que ce soit pour les honoraires d'avocats ou les frais de justice, même si le Conseil de l'ordre fait, pour certaines procédures, des propositions en matière d'honoraires d'avocats. Cela conduit donc à d'importantes inégalités dans la procédure pénale : celui qui est en mesure de payer peut s'offrir les services des meilleurs avocats, et ce dès le début.

---

<sup>12</sup> Pré-rapport Léger, suscité, 4ème proposition, point 1., p. 14 ss.

Dans la pratique, les problèmes de la défense, qu'elle soit choisie ou commise d'office, sont ailleurs. La défense rencontre souvent, pendant l'enquête, des difficultés pour accéder intégralement et en temps voulu au dossier, droit qui lui est pourtant accordé par la loi. La période de préparation manque aussi souvent bien qu'elle soit le fondement nécessaire à une bonne défense. Il n'en va pas toujours de même, notamment dans les infractions poursuivies sur plainte mentionnées précédemment, dans lesquelles la défense reçoit les actes sans même avoir à en faire la demande et doit se prononcer sur les diverses décisions des procureurs, comme cela s'est passé récemment.

## 5. ...et ceux des victimes

Depuis la réforme de 1974, lorsqu'à la suite d'une plainte (souvent déposée par la victime), le dossier est classé sans suite, la procédure accorde au plaignant le droit de demander au Parquet de réviser sa décision et, si cela n'aboutit pas, celui de demander à la Cour de cassation la révision de la décision de classement prise par le Parquet.

Tout cela indépendamment du droit de la victime de se constituer partie civile (« Nebenkläger »), dans des conditions précises, une fois le dossier mis en accusation.

À tous les stades de cette procédure, la victime est généralement représentée par un avocat qu'elle doit payer elle-même ; elle bénéficie souvent d'une garantie « protection juridique ». La caricature française traditionnelle, selon laquelle la victime, instable psychologiquement du fait de l'infraction, doit représenter sa « cause » pendant l'intégralité de la procédure, en se retrouvant seule devant l'auteur de l'acte et le juge durant des années, ne correspond aucunement à la pratique allemande.

Enfin, il ne faut pas oublier que les droits des victimes, malgré la loi de 1986 pour la protection des victimes (« Opferschutzgesetz ») et plusieurs fois refondues depuis<sup>13</sup> comme, par exemple, leur droit d'intervention via une association, sont beaucoup plus pris en compte en France qu'en Allemagne, contrairement à ce qu'on peut penser. Là encore, les propositions de la commission Léger vont loin<sup>14</sup>.

Quiconque considérait le système français de protection des victimes dans le cadre de la procédure pénale comme insuffisant devrait certainement prêter attention aux grands procès de ces derniers temps, dans lesquelles les victimes n'étaient pas seulement au cœur de la procédure pénale mais se voyaient dérouler devant elles le tapis rouge : le procès de l'Erika, le procès de l'accident d'un Airbus au Mont St-Odile et le procès AZF à Toulouse. Dans tous ces procès, la justice française n'a pas lésiné sur les efforts et les moyens, par le biais de salles d'audience spécifiquement construites pour l'occasion, de personnels judiciaires spécialement consacrés à ces procès et, parfois même aussi, par un budget propre et par une fin de procès en apothéose qui offre aux victimes et à leurs représentants la scène idéale pour faire valoir leurs droits. En Allemagne, il n'existe pas de telles « mises en valeur » des victimes dans le cadre d'une procédure pénale et cela ne devrait pas être le cas dans un avenir proche.

Nous pouvons donc en venir à un autre point essentiel qui, dans le débat sur l'abolition ou non de la fonction de juge d'instruction, est au moins aussi essentiel que celui cité précédemment : la formation des procureurs et des juges et leur niveau de professionnalisme.

---

<sup>13</sup> À cet égard, il convient de citer la « Täter-Opfer-Ausgleichsgesetz » (Loi sur la médiation) du 20.12.1999 (Bundesgesetzblatt I S. 2491) qui, aux articles 155 a et 155 b du code de procédure pénale, fixe les règles de la médiation pénale et de sa mise en œuvre ainsi que la loi du 24 juin 2004 (Bundesgesetzblatt I p. 1354), portant réforme à la loi de 1986.

<sup>14</sup> Pré-rapport Léger, suscité, 4ème proposition, point 2., p.16 s.

## 6. Un corps unitaire juges-procureurs ?

Dernier point, mais pas des moindres : avocats-défenseurs, juges et procureurs ont suivi, en Allemagne, la même formation juridique avant de décider de leur carrière, soit en choisissant d'exercer une fonction publique (juge, procureur), soit en préférant le métier d'avocat. Ils sont donc tous issus du même moule, du même corps. Et comble du « corporatisme », dans nombre de Länder, les procureurs sont obligés, pendant leur carrière, d'exercer pendant au moins deux ans en tant que juge et vice-versa.

La confusion des rôles entre Parquet et juge semble donc, pour certains, être totale en Allemagne. Or, il n'en est rien : le Parquet enquête, les juges jugent, mais chacun connaît le métier de l'autre. En France, il conviendrait également de réfléchir (et de réformer ?) la formation de base et la formation continue.

Pour finir, comme le disait un professeur de droit allemand lors de la réforme de 1974<sup>15</sup>, si on dépasse le côté émotionnel et historique du sujet, seule reste la question (de l'attribution) des compétences : est-ce le Parquet seul qui doit enquêter ou aussi le juge ? Pour les raisons qui viennent d'être expliquées, l'expérience allemande acquise depuis plus de 34 ans laisse véritablement penser que ce rôle doit exclusivement appartenir au Parquet.

*Traduit de l'allemand par Mathilde Durand, chef de projet à la Fondation Robert Schuman et revu par l'auteur.*

Directeur de la publication : Pascale JOANNIN

La Fondation Robert Schuman, créée en 1991 et reconnue d'utilité publique, est le principal centre de recherches français sur l'Europe. Elle développe des études sur l'Union européenne et ses politiques et en promeut le contenu en France, en Europe et à l'étranger. Elle provoque, enrichit et stimule le débat européen par ses recherches, ses publications et l'organisation de conférences. La Fondation est présidée par M. Jean-Dominique GIULIANI.

---

<sup>15</sup> Selon Hoppe, « Für und wider die Voruntersuchung », dans *Sonderdruck aus dem Hamburgischen Justizverwaltungsblatt Nr. 10* du 31.10.1968.