

2008/243



REPUBLIQUE DU SENEGAL

Un Peuple – Un But – Une Foi
MINISTERE DE LA JUSTICE
Centre de Formation Judiciaire



MINISTERE DE LA JUSTICE
Centre de Formation Judiciaire

Section magistrature

Mémoire de fin de formation

Sujet :

**La relation entre le parquet et l'instruction :
L'immixtion de l'exécutif et son influence**

**Présenté par
Philippe TSOULI**

Auditeur de justice

**Sous la direction de Aliou Dao,
Procureur général**

PROMOTION 2008

Remerciement

Mes remerciements s'adressent en premier lieu à mon directeur de mémoire le Procureur Général Aliou Dao, pour la confiance et la liberté qu'il m'a accordées ainsi qu'à Monsieur le Procureur de la République, pour sa disponibilité sans faille et ses suggestions qui ont éclairé mon travail

Je tiens à faire part de toute ma reconnaissance à Monsieur le Directeur du centre de formation judiciaire, Madame BA Directrice adjointe

Mon infinie gratitude va à mes enfants Tony Kendal et Gloire Mirphie et leur mère et toute ma famille et à ma mère ESSALI Suzanne.

19
20
2

Sommaires	1
Remerciements.....	2
Introduction.....	3
Titre I Relation parquet instruction : l’immixtion de l’exécutif.....	4
Chapitre I Rapport parquet instruction : une pratique tendant à relativiser le principe de la séparation de pouvoir.....	5
Chapitre II Obstacle d’une justice démocratique.....	6
Titre II L’influence de l’exécutif et l’indépendance des institutions judiciaires.....	7
Chapitre I La problématique de l’exercice de l’indépendance des institutions judiciaire.....	8
Chapitre II Les conséquences découlant de l’immixtion de l’exécutif.....	9

Introduction

L'infraction caractérisée est génératrice d'un trouble social, elle donne par conséquent au Ministère public¹ ou Parquet le monopole de déclencher l'action publique, au nom de la société². Toutefois, la victime prétendue d'une infraction a le droit de se constituer partie civile par voie d'action. Il faut reconnaître que tous ceci était la volonté du législateur. Cependant, le droit positif n'était pas le seul à le consacrer, mais également la jurisprudence avait toujours illustré cela par un arrêt de la Cour de suprême du Sénégal³.

Il faut dire encore que l'action publique ne dépendait pas du Ministère public seulement, mais aussi de certaines administrations publiques qui peuvent l'exercer directement. Toutefois, il rappelle que le Procureur de la République polyvalent, est à mi chemin entre l'autorité judiciaire et le pouvoir exécutif. A cette qualité, il est gardien des libertés individuelles comme tout Magistrat de l'ordre judiciaire. Sur ce point, il était donc soumis à la hiérarchie. Cependant, lorsqu'il avait à exercer ses fonctions judiciaires, la loi lui consacrait le pouvoir d'apprécier souverainement les plaintes et dénonciation. C'est dans cette optique

¹ Le Ministère public est aussi appelé Parquet, car dans l'ancienne France ses membres se tenaient sur le parquet de la salle d'audience et non sur l'estrade réservée aux juges, ou encore magistratures debout, car ses représentants se lèvent pour présenter leurs réquisitions, à l'inverse de la magistrature assise ou siège composé de juges. Le Ministère public existe à la fois en matière civile et en matière pénale, où il est toujours partie principale comme demandeur à l'action publique, qu'il a le rôle le plus considérable. Cf MICHEL LAURE Kassat puf pp 291

² Le procureur de la république est le gardien de l'ordre public, c'est donc à lui qu'est attribué le pouvoir de déclencher l'action publique. Le procureur de la république est en effet informé de toutes les plaintes et dénonciations faites dans son ressort territorial. De plus, toutes les autorités de police qui, l'exercice de leurs fonctions, acquièrent la connaissance d'un crime ou d'un délit sont tenues d'en donner avis sans délai au procureur de la république, et de lui transmettre tous les renseignements, procès-verbal et actes qui y sont relatifs (articles 40 al 2cpp).

³ Cf CS n° 26 du 24 mai 1987 SISCOMA et MP c : innocentio GOMEZ

que le juge d'instruction ne pourra s'être informé qu'après avoir été saisi par le réquisitoire de ce dernier, puis que seul lui qui a l'imperium de poursuite.

Il faut dire toutefois que, malgré l'indépendance des poursuites, le Juge d'instruction, derrière son cabinet, ne peut recevoir ni du ministère public ni d'aucune autorité extérieure au pouvoir judiciaire, les injonctions dans l'accomplissement de ses actes d'instruction. Là aussi, c'est une forme de son indépendance. Il s'agit bien du juge d'instruction, d'ailleurs, traditionnellement, dans ses actes à caractère inquisitorial, dans la mesure où ce mode de procédure lorsqu'il était entrain d'instruire, il s'appuie sur le caractère secret, non contradictoire de l'instruction, ce qui n'était pas comparable au système américain où la procédure porte par voie d'accusation directe. Alors que le système inquisitorial lorsque l'information était terminée, le juge d'instruction communiquait le dossier de la procédure au parquet pour obtenir ses réquisitoires préalablement à ses décisions qu'on appelle communément des ordonnances.

Cependant, nous avons relevé dans la pratique juridictionnelle que la relation entre le parquet et le juge d'instruction se faisait de façon inégalitaire dans la mesure où le législateur avait plus consacré le pouvoir au parquet dans le processus d'information. Le parquet était seul maître de poursuite certes mais agissant suivant au détriment du pouvoir de juge d'instruction. Autrement dit, dans cette relation, il avait une sorte de tendance qui paraissait plus dubitatif. Certes c'était légal, mais il y avait une physionomie dominante et prépondérante devant ces rapports procéduraux. Il faut dire que le déséquilibre avait été attesté par une défiance qui habite aujourd'hui les justiciables (victimes) : le classement sans suite. L'acquisition des nouvelles procédures en matière de médiation pénale qui absorbe la procédure pénale. A côté de cette défiance, ces rapports ont été attestés aussi par un déséquilibre sur lesquels reposent la cohérence et la légalité de système judiciaire. D'ailleurs, cette question déséquilibre judiciaire était certifiée par le rapport que le parquet entretenait avec l'exécutif d'autant

plus que celui-ci étant puissant, fait l'une de partie « invisible » du parquet⁴ et l'une d'influence de la procédure pénale . Cela pourrait s'expliquer par ses

⁴ Fondé historiquement sur le système inquisitoire, et sur le déclenchement des poursuites au nom d'un intérêt supérieur, le parquet français tel que défini depuis 1958, est à mi-chemin entre l'autorité judiciaire et le pouvoir exécutif. C'est seulement à partir des années 1980, que ce statut hybride semble devenir un problème. Différentes lois modifient le CSM et favorisent la transparence dans les instructions données par l'exécutif. Pourtant les contraintes structurelles comme conjoncturelles (scandales politico-judiciaires) entraînent une période de désengagement de l'exécutif et une volonté de modification constitutionnelle. Ceci est aujourd'hui abandonné pour un retour à l'interventionnisme et aux ambiguïtés.

Le parquet monte en puissance cela ne fait aucun doute, le principe d'opportunité des poursuites multiplie les options, et transfère certains pouvoirs au ministère public au détriment des magistrats du siège surtout pendant la phase préliminaire du procès. De plus, pour les infractions de faible gravité, les alternatives aux poursuites sont de plus en plus fréquentes et c'est le parquet qui en a la maîtrise presque totale (du déclenchement jusqu'à l'extinction pour exécution de la peine). Enfin la tendance actuelle est de doter le parquet de plus en plus de pouvoirs d'enquête performants et efficaces. Donc le parquet est partout, mais cette augmentation de pouvoir a pour corollaire un plus grand contrôle.

Le statut hybride du parquet est porteur de contradictions. Il a un double visage : magistrature (ENM), appartenance à l'autorité judiciaire, garantie des libertés individuelles, et indépendance. Mais il est aussi le représentant de l'Etat, Etat qui contrôle, nomme, révoque... . Il y a donc une subordination verticale incontestable, doublée « d'influences horizontales », c'est dire celle des autorités administratives notamment (préfets, maires...). L'autonomie du parquet est donc ici faible, c'est sans doute une des raisons de sa recherche d'émancipation par rapport à l'institution judiciaire.

Le ministère public français est peu contrôlé par l'autorité judiciaire, notamment en matière d'alternatives aux poursuites, où le juge ne fait qu'homologuer (ou pas) le travail du parquet et ne statue aucunement sur la culpabilité. Cela pose un problème en matière d'impartialité de l'autorité de jugement, normalement séparée de l'autorité de poursuite justement pour cette raison. De plus, proche de l'exécutif par sa place accrue dans les politiques locales de prévention et de sécurité, le parquet s'éloigne d'autant plus du judiciaire. Peut-on toujours parler d'unité du corps judiciaire ? Pour l'auteur il faut nécessairement retrouver un principe d'unicité, le retour à un seul visage du

immixtions croissantes, de manière légale, dans le domaine judiciaire. Sur ce point, le parquet autonome paraît de plus en plus relatif. Au moment où l'exécutif subsiste dans le régime des poursuites, il est opportun que le parquet soit aussi vecteur des affaiblissements. D'ailleurs, il faut reconnaître qu'à l'Etat actuel de la procédure pénale, le ministre de la justice a le pouvoir non seulement de donner des directives d'ordre général mais aussi d'enjoindre, par instruction écrites, au parquet d'engager des poursuites. En France avec l'affaire Woerth-Bettencourt, l'Elysée surveille de près les nominations judiciaires⁵. Mais cette histoire, relationnelle, tout magistrat du parquet vous dira qu'ils ne sont jamais liés à ces instructions alors que dans leurs agissements la transposition des directions se veut transparente.

Mais, la décision jurisprudentielle de la chambre criminelle de la Cour de cassation dans un arrêt du 22 décembre 1827 n'avait pas toléré et décria un tel type de pratique; comme elle rappela : « c'est une erreur manifeste de prétendre que le Ministère de la justice a la suprême direction de l'action publique pour punition des crimes et des délits ». Néanmoins, la doctrine privatiste avait considéré que le parquet ne pouvait s'éloigner inéluctablement de l'application de la politique pénale du gouvernement. Contrairement à la Cour européenne des droits de l'homme qui, dans un arrêt avait affirmé que le parquet ne saurait être considéré comme un pouvoir judiciaire, parce qu'il lui manquait en particulier l'indépendance à l'égard du pouvoir exécutif⁶. Cependant, il faut dire que cette pratique est contraire au système Américain d'autant plus que dans le système judiciaire américain, les procureurs de la république ont au demeurant comme mission exclusive de garantir de l'indépendance de la justice par rapport au pouvoir politique.

parquet que ce soit dans un sens ou l'autre pour redonner du crédit au système français. (Figures du parquet .Christine Lazerges)

⁵ Michel Mercier a officiellement saisi, le Conseil supérieur de la magistrature d'une liste de cinq procureurs généraux sur lesquels il réclame un avis (...) Malheureusement, le ministre s'est vu imposer une candidature, à Bordeaux ;c'est là que sont instruites les affaires Woerth Béthencourt, qui s'intéressent à un possible financement illégal de la campagne de Nicolas Sarkozy en 2007, et le chef de l'Etat entend installer un procureur général qui suivra les dossiers de près et saura prendre les décisions qui s'imposent. Cf le monde du vendredi 21 septembre 2011.

⁶ Cf arrêt de la Cour européenne de droit de l'homme « medvedyer du 10 juillet 2008

Toutefois, il faut relever aussi en outre que le malaise législatif a été source de déséquilibre judiciaire dans la mesure où l'abrogation de la loi et l'amnistie portait un grand impacte sur le déroulement de la procédure pénale notamment dans le cadre des relations parquet instruction puis qu'il y aurait eu des arrêts du parcours normatif de l'information, qu'aujourd'hui cela a rendu inefficace le pouvoir judiciaire encore moins l'instruction ou la poursuite. C'est ce qui fait que les auteurs de la procédure pénale militent contre ces pratiques qui frisent le bon fonctionnement du système judiciaire en parallélisme au principe de la séparation des pouvoirs. Cependant, il faut ajouter qu'il y a d'autres réformes qui sont venues ruiner les cabinets d'instruction comme le cas de la médiation pénale qui a favorisé la dépenalisation, aussi la nomination du juge d'instruction par arrêté ministériel.

La conséquence est que le pouvoir judiciaire semble paraître relatif comme nous l'avons rappelé. On peut dire qu'il y a un exécutif permanent à l'action publique, ce qui pourrait crier de l'animosité dans le rapport parquet d'instruction puis que le caractère excessif de celui-ci peut retreindre l'efficacité du juge d'instruction. D'ailleurs nous l'avons constaté par son droit d'appel général sur les actes de l'instruction, encore que ceux-ci sont faits sous son contrôle. Autrement dit il y a une forme d'implication du caractère contradictoire de l'instruction, Est ce que cela pourrait avoir un caractère subjectif ? Peut-être convenable au regard de la bonne administration de justice ? Sur ce point, il ne peut être sans équivoque dans la mesure où le droit de la qualification ou requalification juridique des infractions ainsi que le droit de la détention provisoire, on a vu, font l'objet de contradiction et d'ailleurs a engorgé la chambre d'accusation. D'ailleurs, l'exemple le plus patent, en application des dispositions de l'article 82 du code de procédure pénale Français que à toute époque de l'information, le procureur peut se faire communiquer la procédure en vu de son règlement définitif. Cette condition a été décriée mais pour nous justifie bien le monopole du parquet sur l'instruction.

Cependant, il faut dire pourtant que depuis la création de l'Etat moderne, l'homme est devenu le sujet de droit. Sur ce point, l'acquisition de la procédure pénale permettait à organiser les poursuites d'une part, c'est-à-dire la matérialité des faits au regard de la culpabilité de l'auteur tandis que, d'autre part, la preuve résulte de l'examen de l'instruction. En effet, la relation recherchée consistait à rapprocher étroitement, dans la capacité de concilier, la matérialité à l'imputabilité des faits délictuels ou criminels. Alors, il faut

reconnaître que la détermination des faits juridiques tergiverse des positions contraire et ce qui fait de la querelle entre ces deux institutions bien attendu qu'il s'agit des techniques faisant appel à l'intelligibilité.

En réalité, personne n'est subordonné à l'autre ; chacun consacre une parcelle de pouvoir dans ce processus; ce qui justifie en notre entendement, le dessein de l'indépendance et de la liberté procédurale. Car se sont les magistrats impartiaux qui respectent la logique, c'est à dire la forme et le fond de la procédure puis que leur dignité va de soi. Mais ,on entend dire que le juge d'instruction fait figure du garant du procès équitable au sens de l'article 6-1 de CESDH.D'ailleurs, cela était vrai dans la mesure où Faustin Helie écrivait déjà que le juge d'instruction avait le droit d'apprécier librement l'opportunité des mesures qui ont été requises avant de les ordonner ; il a la direction de la procédure et par conséquent , il lui appartenait d'employer les moyens qui devaient le conduire le plus directement à son but(..).C'est à lui que le législateur avait fait l'arbitre de la procédure »,de même le professeur Garaud de son côté déclarait que « le juge d'instruction dès qu'il était saisi, dirige librement comme il entend sa procédure ».Toutefois , il, faut dire que comme cela avait pu être soutenu par la doctrine, la jurisprudence attesta également que le juge d'instruction est le seul juge de l'opportunité des mesures sollicitées⁷

Devant telle situation, nous ne pouvons pas rester indifférent en notre qualité d'auditeur de justice dès lors que nous allons assumer les fonctions du Procureur de la république ou de juge d'instruction, il nous appartient aussi fort que jamais d'apporter notre contribution à la question sur laquelle porte cette problématique.

La problématique de ce sujet se demande pourquoi l'exécutif s'immisce dans les rapports parquet-instruction ? Et cela peut-il constituer un risque de déséquilibre structurel de système judiciaire et de l'indépendance trial de la séparation de pouvoir ? Si oui quelle perspective pouvons-nous envisager ?

Pour tenter de répondre à ces assertions, nous allons examiner à prime à bord : L'immixtion de l'exécutif dans les rapports parquet instruction (Titre I) et dans une seconde phase ,les risques émanant de cette immixtion dans le système judiciaire (Titre II).

⁷ Cf.crim ,27 septembre 1900,Bull crim n° 301

Titre I Relation parquet instruction : l'immixtion de l'exécutif

Il ya le principe de la séparation de pouvoir en amont. Ce principe, depuis longtemps, veut que chaque fonction demeure dans son domaine d'action. Mais en pratique, le constat est médiocre dans la mesure où l'exécutif a tendance à s'immiscer dans le domaine du pouvoir judiciaire. Cette immixtion est d'ailleurs démontrée par le fait que le parquet est un instrument de la politique pénale de l'exécutif. A ce propos, il peut fortifier les rapports étroits avec ce dernier et que le rapport procédural qui peut se fait entre les acteurs parquet instruction peut être susceptible d'entériner la suspicion. En effet, la relation parquet-instruction mobilise principalement un objectif.

Sur ce point, il faut dire que le législateur consacre des règles relatives à la recherche des preuves de fait. Cela se fait par le truchement du juge d'instruction. Ce qui signifie qu'il est indépendante, comme nous avons énoncé, et à cette qualité il peut explorer des enquêtes pour l'information comme ce qui fond la police judiciaire, mais à la fin de cette opération, il transmet les pièces de l'enquête au procureur de la république à toute fins utiles. Ce magistrat apprécie alors s'il doit ouvrir l'information par la délivrance d'un réquisitoire introductif d'instance ou d'informer.

Mais il peut être également procédé selon le droit commun, lors que le procureur de la république et le juge d'instruction sont simultanément sur les lieux, le procureur de la république peut ouvrir une information régulière dont est sais le juge d'instruction présent sans qu'il y ait lieu en ce cas à désignation par le président du Tribunal⁸. A se propos, il ne paraît pas douteux qu'il s'agit bien d'une fonction conflictuelle avec l'accusateur par ce que le juge d'instruction est d'abord saisi essentiellement sur une base objective. En plus on a coutume de dire que cette saisine a lieu in rem et non in personam. Ce que veut dire que ce n'est pas de l'infraction qu'il saisira mais plutôt des faits qu'il aura qualité pour instruire sur toutes les circonstances qui peuvent être modifiés ou aggravés le caractère pénale. Mais toutefois, le parquet est celui qui fixe le cadre de la suspicion pendant l'instruction et s'ingère dans la conduite de l'information. D'ailleurs, il faut reconnaître que les ordonnances du juge d'instruction qui fait l'objet d'appel sont exprimées par le mécontentement du parquet du fond ou de la forme de la procédure qu'il juge autrement quant à la

⁸ Art. 72 al5 cpp.

position du juge d'instruction. Pour étayer ce raisonnement nous nous référons par exemple dans l'affaire MP c/x arrêt 06 du 13 janvier 2011, où le ministère public a fait grief à l'ordonnance querellée qui a été basée sur des motifs non étayés. En effet, le parquet reprochait au juge d'avoir refusé d'informer plus amplement en décernant mandat d'amener contre le témoin alors que ce dernier était le seul témoin à charge contre l'inculpé.

Toutefois, il faut relever que la logique d'instrumentalisée une procédure peut dore déjà constituer un frein dans l'information. En réalité, l'exécutif a toujours recherché à réserver la politique pénale comme un domaine spécifique dont il pouvait contrôler sur toute les poursuites et leur déroulent en état d'instruction. Alors qu'en agissant ainsi, il peut remettre en cause non seulement le principe de la séparation de pouvoir (Chapitre I) mais également un frein à une justice démocratique (Chapitre II).D'ailleurs, cela est manifesté en France avec le projet de la suppression du juge d'instruction.

Chapitre I rapport parquet instruction : une pratique tendant à la ruine de la séparation des pouvoirs

Dans le cadre de l'organisation judiciaire, il était institué un environnement judiciaire strict .C'est la séparation de pouvoir de poursuite de l'instruction et de jugement. Ce principe a une connotation démocratique. En effet, le Procureur de la République a le devoir de poursuite, comme il a été consacré par le droit positif, le juge d'instruction ne peut être informé que du réquisitoire du Procureur de la République, d'ailleurs cela comme toutes les juridictions répressives⁹. Cependant, il peut requérir au juge d'instruction de l'informer à toute époque de la procédure. Il ya lieu de s'attelé sur l'information (section I) , puis l'inculpation.(Section II)

Section I Autonomie du pouvoir de procureur de la république en matière de poursuite.

En principe lorsqu'il y a une faute pénale : c'est à l'Etat qui lui revient la charge de poursuites par son représentant. Le Procureur de la République apparait comme lui que loi a chargé des poursuites, c'est-à-dire de mettre donc en œuvre des poursuites (Paragraphe I), il est disposé de toute les facultés nécessaires pour contrôler la pertinence de l'infraction (Paragraphe II).

⁹ Crim 4 décembre 1952 JCP 1953 II 7625 et note note.

Paragraphe I L'action publique

L'Etat moderne a rompu avec une justice primitive ; celle que chacun faisait la loi. Aujourd'hui la modernisation a pu apporter les mécanismes plus rudes quant à l'exercice de la commission de l'infraction. Ceci est attesté par l'apparition du code de La procédure pénale qui est constitué d'un ensemble de règle de mise en mouvement de l'action publique(A) dans laquelle pouvant se dérouler par le respect strict des textes préétablis par le législateur(B)

A/ La mise en mouvement de l'action publique

L'action publique est mise en mouvement par le procureur de la République. D'ailleurs l'article 23 du code de procédure sénégalaise avait consacré cette obligation. C'est une option obligatoire lorsqu'elle ait mise en brol malgré tout désistement de la partie civile, elle ne pourra en aucun cas s'interrompe par leur propre avis. Sauf les causes d'extinction que le législateur aurait expressément énumérée¹⁰. Il faut reconnaître que dans ces conditions, l'action , la culpabilité du délinquant pourra dépendre l'action civile.

Sur ce point, Le problème que l'on doit poser est celui de la protection de l'individu et de leurs biens. Il faut dire que la protection est une garantie que l'Etat avait placé sous son contrôle, ses organes représentatifs qui a la mission d'exercer les fonctions régaliennes. En ce sens, il faut relever que l'Etat avait aussi une mission fondamentale, celle qui a été reconnue par la loi constitutionnelle, parmi tant autre, de veiller, et de sécuriser des personnes et leurs bien être. Eu égard en ce qui précède, plusieurs instruments juridiques ont été développé dans le cadre de la protection de l'individu et ses biens. D'abord, nous évoquerons parmi ses instruments, le code de procédure pénale, le code pénal, qui sont les instructions de la répression et de la défense, structurés de façon plus claire en tenant compte de la démarche et la loi applicable lorsque quiconque sera victime d'une infraction pénale. Au-delà, il ya aussi d'autre instrument juridique à caractère internationaux ou communautaire qui viennent comme renforcer et milite dans le même sens que l'œuvre du législateur national.

¹⁰ Elle constitue un obstacle permanent à l'action publique. Les causes en sont prévues par l'article 6 du code procédure pénale. Il s'agit de la mort du prévenu, de la prescription, de l'amnistie, de l'abrogation de la loi pénale, de la chose jugée, de la transaction lorsque celle-ci est prévue par la loi, de l'exécution d'une composition pénale et du retrait de la plainte lors que celle-ci est condition nécessaire de la poursuite.

En application desdits textes, le Procureur de la République est donc au socle de la société pénale, c'est à lui de veiller à la bonne application de la loi, d'autant plus qu'il avait la mission délicate et pertinente au regard des libertés de l'individu. Ce que veut dire qu'il y a plus de risque qui peut découler de ses fonctions par exemple lorsqu'il juge de conduire une mise en cause devant la barre du Tribunal et qu'il a été jugé la relaxe à ce dernier. Quelle sera son sort ?

Il est vrai que, le procureur de la République, dans ces conditions est couvert par la loi et que s'agissait au nom de la société qu'il avait agi mais assurément avec beaucoup de prudence. Ainsi que le droit positif est clair, et consacre selon les dispositions de l'article 40 du code de procédure pénale Française « *que procureur de la République a le pouvoir de déclencher l'action publique, il reçoit les plaintes et les dénonciations et apprécie la suite à leur donner* ». Il paraît sans doute que cette logique tend à préserver¹¹ effectivement à éviter les risques de procédure fantaisiste ».

Il faut dire que la mise en œuvre de l'action publique n'est pas un désir qui lui habite mais il s'agirait d'un pouvoir de l'opportunité de poursuite. Sur ce point, le procureur de la République peut miser sur trois choix qui lui ont été ouverts : le classement sans suite, le déclenchement de l'action publique, et la mise en œuvre d'une procédure alternative en application des dispositions de l'article 41-1 du code de procédure pénale.

-S'agissant du déclenchement de l'action publique, le procureur de la République peut saisir le tribunal correctionnel en procédure de flagrance. Nous savons tous qu'il pouvait arriver en cas de crime ou délit flagrant à l'égard du juge d'instruction, ce magistrat pourrait se transporter sur les lieux pour accomplir tous les actes de police judiciaire qui ne concernera pas l'information plutôt qu'une procédure de flagrant délit comme cela est énuméré d'ailleurs par dispositions de l'article 63 du code de procédure pénale sénégalaise que: « *Le procureur de la République, après avoir recueilli les déclarations de la personne conduit devant lui et, le cas échéant les déclarations de son avocat, peut la mettre sous mandat de dépôt (...), il saisit alors le tribunal(...)* ».

Mais, a fortiori, le juge d'instruction ne peut être saisi que des réquisitoires introductifs du procureur de la République et il doit en informer ce dernier en

¹¹ Le principe de l'opportunité de poursuite. p124 Corinne Renault- Brahinsky procédure pénale

cas de découverte des faits nouveaux. Ainsi que le rappelle la jurisprudence, « il n'est pas non plus saisi des faits connexes » « les faits connexes étant distincts malgré leur connexité doivent être appréciés comme nouveaux¹² ».

Sur ce point, le problème que pose dans ce contexte est celui de désignation du juge d'instruction par ce que le procureur de la République qui recherche d'être informé de suite d'une procédure d'information ne saurait être que impartial. Mais, il est clair que le procureur de la République qui avait commis en son choix le magistrat instructeur dans la procédure d'information ne pouvait en abuser de droit dans la mesure où le caractère subjectif devait peser sur lui. Cette fonction ne peut dépendre de lui car ceci peut avoir beaucoup de subjectivités sur sa personne si est seulement s'il avait l'opportunité d'en choisir lui-même parmi les cabinets d'instruction. C'est dans cette optique que le rappelle la jurisprudence comme une question d'ordre public, et de nullité lors que la nomination d'un juge d'instruction tombe dans une irrégularité¹³, c'est-à-dire lors que les suspicions sont portées à l'égard du Magistrat de parquet.

Le juge d'instruction est indépendant, il instruit à charge et à décharge les faits dont il est saisi sur le réquisitoire introductif du Procureur de la République. Cette mission lui incarne une véritable puissance, d'ailleurs, il est considéré comme l'un de plus puissants magistrats de France. A cet égard, il détient le fardeau de la défense ainsi que les déclarations de l'accusateur et c'est à lui de faire le tri et de décider sur la culpabilité ou non. Or ce pouvoir est convoité dans la mesure où les convergences parquet instruction ne cessent d'alourdir la chambre d'accusation.

Au Sénégal, la chambre d'accusation sur les 90% des dossiers d'appel sont ceux qui portent sur la détention provisoire. Par exemple dans l'affaire Ministère public contre X arrêt de la chambre d'accusation du 19 mai 2001 n° 84b. Dans cette affaire s'agissait d'une escroquerie où le magistrat instructeur avait accordé la liberté provisoire au motif que l'essentiel des actes de l'instruction avait été accompli et que la représentation en justice de l'inculpé ne pouvait être assurée avec la mesure de contrôle judiciaire. Alors que le Ministère public avait fait grief de cette ordonnance. Partant de l'analyse de cet arrêt, il faut dire que la

¹² Faustin Hélie Tr instr, CRIM IV n° 1622

¹³ Crim 15 juin 1982 Bull crim n° 161 sur remplacement irrégulier ; Crim 24 janvier 1985 Bull Crim n° 290 ; 23 avril 1971 bull crim n° 109

décision de juge d'instruction a pu être conforme dans la mesure où l'essentiel des actes d'instruction ont été accompli et il avait pu concocter les éléments nécessaires, et suffisant sur la culpabilité étant attendu que la liberté est le principe, le juge ne pouvait continuer à garder l'inculpé sur les lieux de la détention, d'ailleurs, son contrôle judiciaire serait peut être le bon droit. Car ceci pourrait attester de la prépondérance du parquet sur l'instruction ou que comme supposait la doctrine sur l'hydratation du parquet,, le projet de loi en France sur la suppression du juge d'instruction, est la concrétisation de ce monopole que le parquet avait sur l'instruction relativement aux rapports procéduraux. D'ailleurs, cela ne pourrait être douteux dans la mesure où le garde sceaux enjoint aux procureurs généraux et aux procureurs de la République d'engager des poursuites, il faut souligner que ces poursuites sont directe et immédiate sans aucune appréciation de Monsieur le Magistrat de parquet dans la procédure.¹⁴ Il est vrai que dans un certain dossier signalé, le procureur de la république n'avait que le choix de l'exécutif.

Alors, pour nous convaincre, la majorité des règles de la procédure sont avantageuses pour le parquet .A ce titre par exemple, lorsque « *le juge d'instruction a connaissance de faits non visés au réquisitoire, il doit en informer le procureur de la République qui peut alors soit requérir du juge d'instruction, par réquisition supplétif, qu'il informe sur ces nouveaux faits , soit ordonner une information distincte, soit saisir la juridiction de jugement, soit ordonner une enquête , soit décider d'un classement sans suite ou procéder à l'une des mesures prévues aux articles 41-1 a 42-3, »*. De même, le parquet lui-même a été désarmé de l'opportunité de poursuite dans le cadre des dossiers à signaler dans la mesure où suivant l'analyse des dispositions de l'article(n), le législateur lui-même avait consacré les normes pouvoirs au Garde Sceaux de cette l'opportunité de poursuite étant étendu qu'il a été consacré au procureur de la république les mêmes pouvoirs; alors que celui-ci est tenu à la subordination hiérarchique et est tenu d'en informer à la hiérarchie.

¹⁴ Cf Rep min 04 sept 1995 JOANQ 1995 p.3802

Mais, il est vrai que le problème de la subordination devait s'analyser dans le cadre des poursuites à une dichotomie par ce que les instructions de Garde Sceaux, le procureur de la république pouvait en opposer en guise de ses fonctions de poursuite, mais en tenant comptes de certain aspects sociologique, le procureur de la république est tenu d'emboîter le pat. D'ailleurs, c'est dans cette optique que si l'on avait la habitude de critique le procureur à les mains liées dans une procédure à signalée, il ne pourrait faire aucun doute. D'ailleurs, il faut dire que malgré le principe selon lequel la parole est libre la plus est serbe ; cependant il faut reconnaître que la relation entre le parquet et l'instruction obier à la plus qui est serbe que la parole.

Il faut dire que ces atouts sont explicatifs mais aussi difficile qui donne fondement d'un dilemme entre les deux acteurs pénaux. D'abord, le procureur de la République à la maîtrise des enquêtes et des poursuites. Cependant le juge d'instruction n'intervient que par exception, mais il dispose de grand pouvoir coercitif, dangereux pour la liberté. Ce qui fait que lors que le parquet, à l'origine de l'information judiciaire, vise les chefs d'inculpation retenues contre la mise en cause, demande au juge d'instruction de décerner mandat dépôt, mais celui-ci ne peut ne pas être lié, excepté certaine infraction dont le législateur a expressément énuméré.

Ainsi, le problème du conflit s'oppose sur la question du fond que du respect des textes procéduraux que nous tenterons d'examiner ci- dessous.

B/ Respect strict des textes procéduraux.

La procédure pénale est assujettie sur les textes. En réalité ce sont les textes procéduraux. C'est ce qui rend l'action publique plus audacieuse. Elle fixe le cadre juridique dans lequel l'enquête, la poursuite et le jugement visant une personne soupçonnée peuvent s'engager. Elle recherche un équilibre entre la protection des libertés individuelle notamment les droit de la défense et l'efficacité de la répression destinée à protéger la société.

En effet, l'action publique en tant que telle est soumise à un enchainement procédural ; celle-ci est fondée sur les textes préétablis par le législateur car c'est ce qui constitue le droit positif. Mais ces règles sont tantôt d'ordre public ; ce qui trait susceptible ment à la remise en cause toute la procédure. Par exemple

lors que le réquisitoire introductif ou supplétif ne porte pas la date ni la signature, est considéré frappé d'une nullité¹⁵.

En matière de la saisine du juge d'instruction, le droit positif est clair. Le juge d'instruction ne peut jamais se saisir lui-même, et ne peut instruire que sur les faits visés au réquisitoire introductif ou supplétif, la loi consacre cette procédure au procureur de la République. Pour ce faire, celui-ci prend un réquisitoire introductif, sous la forme d'un document écrit, daté et signé. Il indique soit le nom des individus poursuivis, soit la lettre X lors que les auteurs de l'infraction sont inconnus. Ces formalités sont de l'exigence procédurale¹⁶. Cependant, il faut rappeler que lorsque le juge d'instruction instruit sur des faits étrangers à l'acte de saisine, la jurisprudence considère comme un acte de nul et de nul effet¹⁷. De la même manière que lors que le procureur de la République qui a requis l'ouverture d'une information, ne peut plus citer directement l'une des personnes impliquées comme inculpées dans cette information devant le tribunal correctionnel¹⁸. Dans le même sens, il ne saurait citer devant le Tribunal correctionnel, pour les mêmes faits, une personne qui aurait antérieurement bénéficié d'une ordonnance de non lieu.¹⁹ ; En suite, le procureur de la République ne peut renoncer à l'action publique régulièrement engagée et réduire la saisine du juge d'instruction²⁰. Cependant, inversement et pour les mêmes motifs, lorsque le ministère public a saisi par voie de citation directe le tribunal correctionnel, il ne peut plus être procédé par voie d'information préalable contre les mêmes personnes²¹.

Paragraphe II Le procureur de la République et le contrôle pertinent de l'infraction

¹⁵ Crim 4 déc 1982 Bull Crim n° 41

¹⁶ Article 71 du cpc « le juge d'instruction ne peut informer qu'en vertu d'un réquisitoire du procureur de la République (...) » ;

¹⁷ Crim 23 janvier 1979 Bull CRIM N° 29 Rouen 15 janvier 1982 D 1983 145 note Chambon.

¹⁸ Crim 7 juin 1821 ; Bull Crim n° 131 S 1931 I 34 . 05 MAI 1933 Bull Crim n°98 s 1933 I 39- ; 10 juillet 1952 Bull Crim n° 179

¹⁹ Crim 22 mars 1856 s-56.i703.D 56 i-231 ; 16 juillet 1932 Bull Crim n° 180

²⁰ Crim 24 mars 1977 , Bull Crim, n° 112

²¹ Crim 3 juillet 1880, Bull CRIM n° 138 S-81.1481-ROUEN 23 JANVIER 1850 s.51-S.370 .I D.52.244

Etant qu'accusateur, le procureur de la République a de la maîtrise des éléments constitutifs de l'infraction(A) ; ce qui lui servira de l'inculpation de la mise en cause qui sera déférer en audience de flagrant délit qu'à condition les faits dont il était déférés ne sont pas qualifiés de crime par ce qu'en cette matière l'information est obligatoire, conformément aux dispositions de l'article 70 du code de procédure pénale. Toutefois, il faut dire que cette disposition est laconique en notre entendement, dans la mesure où il appartiendrait au procureur de la République de décider sur la nature des faits, qu'il pourrait éventuellement disqualifier suivant son pouvoir de l'opportunité de poursuite. Au cas où il peut retenir que serait les faits criminels, le mode de poursuite sera le procédé du réquisitoire introductif d'instance ou d'informer(B).C'est pourtant dire que malgré le caractère obligatoire de l'information en matière criminelle, tout cela dépendra de l'opportunité de poursuite. C'est dans cette optique qu'en droit Congolais, le législateur avait consacré dans le cadre de l'information le caractère facultatif même en matière criminelle. D'ailleurs, cela ne pouvait faire aucun doute dans la mesure où le parquet peut décider de déférer directement les mise en cause devant la cours d'assise pour crime flagrant.

A / Le Procureur de la République et l'infraction

Pendant le règlement des procès verbaux de police ou de la gendarmerie, le procureur de la République a l'obligation de faire la lecture desdits documents, ceux qui lui permettront de les réorienter juridiquement avec une qualification précise des faits, en indiquant l'infraction. Ce travail fait, est admis pour tous les parquetiers en raison du caractère indivisible de leur fonction.

Il faut dire que le grand franc s'était formé autour de cette unicité dont le juge d'instruction n'avait jamais fondé sa conviction à cet égard dans le cadre de leur point de vue procédural, d'ailleurs que la doctrine partageait cette même point de vue en attestant que *« si l'on peut obliger le juge d'instruction à suivre fidèlement la voie tracée par le procureur de la République aboutirait à confier la direction de l'instruction ce qui serait dénaturer les textes »*. Toutefois, la doctrine n'est pas la seule source qui avait illustré cette condition, la jurisprudence dans son ensemble a toujours consacré que *« le juge d'instruction peut refuser de suivre les réquisitions qui lui sont présentées (...) »* par ce qu'il avait le devoir de l'apprécier de façon indépendant et souveraine, les charges ou décharges sur les faits matériels qui paissaient sur culpabilité des auteurs Il faut dire que cette logique, traduisait un près jugement.

Ce qui n'en avait jamais partagé le sentiment de l'exécutif puis qu'elle avait été apparue que cette phase, serait un marée noire pour ce dernier dans la mesure où le parquet ,dans des affaires « signalée » ou affaires qui défraie la chronique ,le rôle du gouvernement a montré très amoindri depuis l'adoption du code de procédure pénale avec l'indépendance du juge d'instruction.

En effet, au regard de tous ce qui précède, le parquet paraît sans doute comme un tout contre un singleton en la personne de juge d'instruction. Ce dernier, a tout l'ensemble du ministère public dans la conduite de l'information, ce qu'il a appris est de chasser la ruse ,les marchandages ,ou les chantages puis de maintenir avant la clôture de l'information, à véritable orthodoxe de la procédure pénale. D'ailleurs , il a été toujours admis , en doctrine et en jurisprudence par exemple que « le juge d'instruction a le pouvoir de mettre en examen toute personne à l'encontre de laquelle il existe des indices laissant présumer qu'elle a participé, comme auteur ou complice , aux faits dont il est saisi ».Il est vrai que le juge d'instruction a trouvé son champs dans l'adage « la saisi in personam » par ce que le juge d'instruction ne pouvait plus être saisi du réquisitoire de Procureur de la république et qu'il pouvait instruire toute les personnes visées expressément dans l'acte qui' il a été saisi , mais également contre n'importe quelle personne contre qui il avait eux à réunir des charge suffisantes dans cette cause.

B/ Réquisitoire introductif

Le réquisitoire introductif est un document écrit, daté et signé par le magistrat du Parquet. Il indique soit le nom des individus poursuivis, soit la lettre x lors que les auteurs de l'infraction sont inconnus²².Il mentionne également la qualification des faits pour lesquels une instruction est demandée d'après les procès-verbaux et dénonciations qui devront être annexées au réquisitoire. Il faut dire que la jurisprudence considère qu'un réquisitoire introductif non daté et signé alors que ces mentions étant obligatoire et substantielle pour la validité de celui-ci²³.

Ce pendant, il faut reconnaître que dans le cadre des infractions en matière de presse, la jurisprudence a rappelé que « *le réquisitoire introductif doit articuler*

²² Cf article 80, al2 c pr pen)

²³ Crim 23 avril 1971 Bull Crim n° 115 ; Crim 11 juillet 1973 Bul crim n° 326

et qualifier les provocations, outrages , diffamation et injure avec indication des textes dont l'application est demandée, à peine de nullité du réquisitoire en vertu de l'article 50 de la loi du 29 juillet 1881 en droit Français. Toutefois ,cet article n'exige pas que l'écrit incriminé soit reproduit littéralement dans le réquisitoire et il suffit que cet écrit y soit désigné avec précision²⁴ ».

Section II l'information

In principe l'information c'est le relais du message entre le parquet et la juridiction d'instruction.

In pratique, le procureur de la république, après avoir fait l'intégralité de la lecture sur les procès verbaux qui lui ont été déférés de la police et/ou de la gendarmerie, le cas échéant, accompagné des mise ne cause, s'il a juge que les faits de poursuite nécessite d'ouvrir une information (paragraphe I),il a le devoir à émettre sur un instrument et transmet par voie administratif au juge d'instruction qui l'aura enrôlé par l'intermédiaire de son Greffier. Le juge d'instruction avant de procéder à l'accomplissement des actes de l'instruction, il doit s'interroger d'abord sur sa compétence rationae materiae, loti ou personae. Ensuite sur les faits s'ils ont radicalement insusceptibles de poursuite. En fin si le réquisitoire a visé nommément une personne (Paragraphe II)

Paragraphe I Le Procureur de la République et la nécessité d'une ouverture d'information

Le procureur de la république a le droit de déféré l'inculpé un délinquant en audience de flagrant lors qu'il a été établi pour ce dernier sa culpabilité de façon constante(A) ; en d'autre terme, le procureur de la république ne pourrait que sursoir ladite procédure lors qu'il aura pu avoir moins de présomption sur la personne du délinquant. (B).

A/ Procédure de flagrant délit

La procédure pénale a de l'économie en matière de procédure de flagrant délit. Il a été vérifié que c'est une procédure rapide, et que le procureur de la République pouvait saisir directement le tribunal correctionnel en flagrant délit.

²⁴ Crim 17 mars 1981 Bull Crim n° 97

S'il peut le faire, dans ce cas, il pourra prendre que ses réquisitions oralement à l'audience de flagrant délit, mais celle-ci ne pourrait lier le tribunal par ce que le juge ne peut fonder sa conviction que la preuve qu'il a rapporté au cours des débats et discuté devant lui à l'audience. (Cf article 414 CPP S).

B / Le Procureur de la République et la présomption d'innocence

En réalité, en la matière, le problème de la culpabilité a subsisté un doute, le procureur de la république n'a pu trouver autre solution que d'ouvrir une information en guise du respect du principe de la présomption d'innocence. Il faut souligner que la qualification juridique dont était retenu par le parquet des faits ne pouvait requalifier autrement par le juge d'instruction. D'ailleurs, il a été rappelé par la jurisprudence que le juge d'instruction (...) est saisi indépendamment de la qualification juridique initiale des faits retenus par le parquet parce qu'il pourrait les modifier²⁵. Dans le même ordre des idées, le parquet et l'instruction sont départagés sur le point de droit. par exemple la contrariété a été prévisible ne matière de détention provisoire, d'ailleurs comme rappelait la doctrine « *la question de la détention provisoire est le plus grave de toute la procédure criminelle. La loi doit protéger la liberté individuel et éviter qu'une personne présumée innocente ne soit victime d'une mesure d'incarcération, aux effets irrémédiables*²⁶ (...) ». Sur ce point, lorsque le juge d'instruction avait estimé le placement d'un d'inculpé sous mandat de dépôt n'a pas lieu, ce pendant le parquet y pensait autrement.

Paragraphe II Le juge d'instruction et l'ouverture de l'information

Le juge d'instruction a de l'inspiration de la procédure pénale. Dans ce cas, lors qu'il peut être saisi d'une information, il peut être aussi prudent en ce qui concerne la question de la vérification la de la question de la procédure entre le temps et l'espace. C'est à dire dans le cadre de spatiaux temporaire, aussi la matérialité des faits (.A) ; avant d'arrêt le sort de la saisine(B).

²⁵ Crim 16 novembre 1987 Bull CRIML n° 45 ; 27 mars 1990 ; bull crim n° 135.19 MARS 1991. BULL CRIM n° 134

²⁶ Cf Faustin Helie op cit IV n° 1948 0 1954- Garaud , op cit, III. N° 884)

A / Condition de l'inculpation

Si le droit pénal avait visé la répression des personnes, en cas de la culpabilité, cependant cette répression a été encadrée par les règles de droit. Il faut dire que c'est de la procédure pénale. Cela a été aussi expliqué par le fait que ces règles ont un lien entre l'infraction et l'imputabilité, mais également ont un lien avec la compétence du juge d'instruction. Il est vrai que la compétence du juge d'instruction est d'ordre public par ce que dans le cadre de l'organisation judiciaire, les juridictions sont placées au regard de leur ressort territorial et que la commission de l'infraction en dépendra pour permettre la bonne administration de la justice. C'est dans cette optique que prendra le juge d'instruction la décision, lors que la commission de l'infraction aura été hors le ressort de sa juridiction, d'incompétence. Il faut dire que cette règle a été assortie d'une dérogation par ce que le législateur Français avait donné l'attribution aux trois juges. Au terme de l'article 63 du code de procédure pénale, « toutes personnes qui se prétendra lésée par un crime ou délit pourra en rendre plainte et de constituer partie civile devant le juge d'instruction, soit du lieu du crime, ou de délit, soit du lieu de la résidence du prévenu, soit du lieu où il pourra être trouvé ». Sur ce point, les juges d'instruction de ces différents lieu pourront être compétente lorsqu'ils auront été saisi légalement d'une information ou d'une plainte avec constitution de la partie civile.

En outre, les cas de compétence, le juge d'instruction est tenu de prendre une ordonnance de refus d'informer lorsqu'il a estimé que les faits dont il avait été saisi sont radicalement insusceptible de poursuite. Il s'agit là d'une création prétorienne,²⁷ dans la mesure où comme ainsi, le rappelle la jurisprudence si le juge ne croit pas devoir procéder aux actes requis, il doit rendre, dans les 5 jours des réquisitions du procureur de la république une ordonnance motivée » mais en tout état de cause, le procureur de la république a un droit d'appel général sur tous les actes pris par ce dernier, excepté les actes tenant aux expertises .

Il faut souligner que dans le cadre d'inculpation, il paraît un contrepois entre le parquet et l'instruction par ce que les conditions d'inculpation ne sont pas

²⁷ Crim ? 27 mai 1875, BC,n° 183 ; 8 juin 1923, D, note G Leloir. J .Goulesque , le refus d'informer, R.S.C, 1970,940.

aussi écartés de vu de la compétence du procureur de la république, raison pour laquelle paraît les objectifs de relation parquet instruction dans leur complémentarité du contrôle des lacunes des uns et des autres. Sur ce point, d'ailleurs, le juge d'instruction cessera d'instruire que si pour des causes qui auront été affecté l'action publique, elle-même ou lors que les faits ne pourront comporter légalement une poursuite ou encore une qualification pénale²⁸.

B/ Exercice d'inculpation

L'information pourra commencer à partir de l'extraction des détenus à la maison d'arrêt puis l'avertissement de la partie civile. Sur ce point, le juge d'instruction doit contrôler l'identité de l'inculpé et l'interroger sur la sa disponibilité d'obtenir un avocat. C'est à partir de cette obligation que déroulera l'exercice de l'inculpation ou l'interrogatoire de première comparution. Sur ce point, l'inculpé est notifié de ses chefs d'inculpation aussi est averti qu'il est libre de ne faire aucune déclaration. Cependant, il s'estime qu'il peut le faire, cela est immédiatement reçu par le juge d'instruction. Il faut reconnaître que comme le rappelle la jurisprudence, *qu'aucun manquement du juge d'instruction ni aucun vice apparent ne peut être relevé lorsque (...) le procès verbal signé par l'inculpé est censé lui avoir été lu (...) et notamment son droit de ne faire aucune déclaration (...)*²⁹

Chapitre II Frein à une justice démocratique

Il faut dire que la justice est le miroir de la démocratie dans un Etat de droit. Il faut comprendre par là de l'intérêt qu'elle a accusé pour la société. Cela peut s'expliquer par la toute indépendance qu'elle a conquise aux autres pouvoirs. L'indépendance d'une telle instance peut être expliquée également par la transparence de la gestion des procédures (Section I) et dans un climat d'impartialité (Section II).

Section I / Parquet et instruction rapport de transparence

²⁸ Cf article 86 al4 du code de procédure pénale Français ;Crim 16 novembre 1999 ; Bull Crim N° 259 ; 4 janvier 2005 ; Bull Crim N° 1 D 2005 IR 523.

²⁹ CA.DakarCh .acc n° 29/93 du 14 septembre 1993 MP C/Clédor Sène,Diakhaté et autres.

Si le procureur de la République sera, en même tant, à l'instruction et à la poursuite, les droits de la défense auront été difficiles à l'instaurer. Etant accusateur et en même tant instructeur, la transparence dans la conduite des procédures serait difficile. Il faut reconnaître cependant que la procédure pénale a servi de lien entre l'infraction à la répression, mais aussi le lien de transparence procédurale parquet et instruction. Etant attendu que toute chose étant l'objet des vicissitudes, il ne pourrait pas être surprenant de constater un déséquilibre procédural du fait de l'homme (Paragraphe I) et qui empêchera le bon train d'une justice royale (Paragraphe II)

Paragraphe I hominisation : parquet et instruction

En dépit de la règle, c'est l'homme qui sera au centre de l'appréciation(A), mais son imperfectibilité pourrait être les enjeux de sa limite (B).

A/ L'homme et l'appréciation de la règle de droit.

La multiplication des règles de droit est un mal pour le magistrat s'il n'en pas apprivoisé. Le Magistrat est la bouche de la loi ;il faut dire qu'elle est l'expression de la volonté générale. Cependant, magistrat a apprécie juridiquement les faits qui lui sont soumis. Toutefois, les textes de droit dont il mijote, ont un caractère interprétatif. Il faut avouer sur ce point, le mythe est apparent, et que la relation procédurale existante entre des acteurs de droit pourrait éponge les erreurs des un et des autres.

B/ Recyclage des Magistrats

Les limite de perfectibilité à l'endroit des magistrats est une question cruciale à l'aune des 21 ans siècle. Cette critique a été dirigée en l'endroit des pouvoirs public par ce que le monde est dans une perspective mouvement, et que la découverte de la nouvelle technologie a emporté aux champs du juge ou du procureur de la république une influence considérable ; ce qui fait que la nécessité des reformes ont été l'objet de l'environnement juridictionnel. Le juge et le procureur de la république n'en sera pas à l'abri puis que la technologie a implanté une nouvelle espace juridique.

Sur ce point, par exemple, l'intégration du droit communautaire qui a la primauté sur le droit national avec applicabilité directe. Il faut dire que le

magistrat doit s'en apprivoiser avec un cours de recyclage professionnel afin d'accomplir avec abnégation et compétence sa mission de justice. C'est dans cette optique, avec le libéralisme économique, et le slogan de la libre circulation des marchandises et des personnes ainsi que les biens et services, le magistrat a plus d'étendu de droit et de la compétence qu'il aurait respecté conformément au procès équitable, consacré aux dispositions de l'article 6 §1 de la convention Européenne de droit de l'homme.

Section II Le climat d'impartialité parquet et instruction

Le Magistrat est tenu aux obligations déontologiques (Paragraphe I), ce qui fait que lorsqu'il cherche à s'en écarter, il paraît comme une atteinte aux institutions judiciaires dont dépend le crédit de la justice (Paragraphe II) ; d'ailleurs il doit se comporter avec délicatesse pour faire attention avec l'image de la justice.

Paragraphe I Obligation déontologique

En principe entre le parquet et instruction, les deux acteurs sont tenus aux exigences déontologiques de la profession du Magistrat (A), car celles-ci sont des lignes de conduite professionnelle à l'endroit du Magistrat (B).

A/ Exigences déontologiques

Lorsque le magistrat du parquet ou de l'instruction ont exercé un droit sur un individu ; ils prenaient toutes les dispositions au sens de leur intégrité et de leur probité morale et de leur loyauté. En effet, le procureur de la république est maître de poursuite, ce que signifie qu'il a la main mise sur la police judiciaire ou la gendarmerie, à cet égard, il pourra décider sur une enquête. D'ailleurs, ainsi que le rappelle la jurisprudence, le procureur de la République a tous les pouvoirs et prérogatives attachés à la qualité d'officier de police judiciaire et notamment ceux que ce dernier tient de l'article 60 du code de procédure pénale français.

En revanche, le juge d'instruction est saisi que du réquisitoire du procureur de la république même lorsqu'il s'agit d'une plainte avec constitution de la partie civile, sauf le cas où la loi l'a énuméré expressément ; comme ce dont le droit français avait consacré. S'il juge ne croit pas devoir procéder aux actes requis par le parquet, il doit rendre, dans les 5 jours des réquisitions du procureur de la

république, une ordonnance motivée³⁰, dans le même sens, le procureur de la république peut, à cette fin, se faire communiquer la procédure à charge de la rendre dans les vingt quatre heures. Ce pendant, le juge d'instruction ne peut sous quelque prétexte que ce soit refuser la communication requise par le parquet ; de la même, le juge d'instruction ne peut interroger la même personne dans les mêmes faits qu'il avait pris une ordonnance de renvoi devant le Tribunal³¹. Cependant, par exemple, le procureur de la République, dans une affaire signalée, ne peut désigner seul un juge d'instruction pour lui confier l'affaire. Alors que les existences seront d'opérer dans la conduite du magistrat sa probité morale et son l'intégrité au sens de protéger l'image de la justice en toute indépendance dans l'exercice de ses fonctions.

B/ Exigences déontologiques : armes des magistrats

La relation entre le parquet et instruction a une raison procédurale. Il s'agissait de la mise en œuvre de l'action publique qui obéira à la procédure pénale. Dans ces conditions, le parquet comme l'instruction ont le devoir de probité et de loyauté. D'ailleurs, il faut souligner que c'est en fonction des éléments de la procédure que le magistrat appliquera les règles de droits, sans céder à la crainte de déplaire ni au désir de plaire au pouvoir exécutif, au parlement.

Paragraphe II Déontologie et institution judiciaire

Le parquet et l'instruction sont les institutions judiciaires, qui sont animés par un certain nombre de magistrat du corps judiciaire, soumis au devoir de loyauté et de légalité (A) ; ce qui fait qu'ils sont responsable de leur manquement qui peuvent anpâtir à leur honneur ou à la crédibilité de la justice (B).

A / Les Magistrats de deux institution quant aux devoirs de loyauté et de légalité

Tout magistrat assume loyalement sa part des charges qui lui sont confiées, des contraintes et des astreintes. Il faut entendre par la que le magistrat ne peut se permettre de s'immiscer dans la compétence de l'autre. D'ailleurs, il est relève que du recueil des obligations déontologique des magistrats que « les magistrats entretiennent entre eux des rapports de loyauté, respectueux de leurs devoirs et

³⁰ Cf article 82 al3 du code de procédure pénale Français.

³¹ Berdeaux Ch Instr 12 juin 2001 D .2002 j 918 note Couronnes Palat.

de leur compétence ; ils n'abdiquent pas les responsabilités que la loi leur confie ».A vrai dire, les parquetiers et le juge d'instruction sont tenu à la légalité, celle-ci peut s'entendre des règles de droit applicable y compris des normes internationales.

B/ Le procureur de la République, le juge d'instruction responsable de l'éthique de la justice

Les charges des la responsabilité de magistrats détermine l'éthique de la justice. Sur ce point, la notion de crédibilité et de la conscience professionnelle de magistrat doivent être révélé ponctuelle. Ce qui signifie que celui-ci est homme emblématique puis que l'identité de sa personnalité revête l'éthique des institutions judiciaires. Toutefois il faut relever que le conseil supérieur de la Magistrature a eu à se décider sur certain comportement des individus qui incarnent la justice .Par exemple , le conseil supérieur de la Magistrature Français a statué comme conseil de discipline des magistrat de sièges et a prononcé à leur égard la sanction de la mise à la retraite d'office.(Voir recueil et avis disciplinaire CSM Française).

Titre II L'influence de l'exécutif et l'indépendance des institutions judiciaires.

La constitution de 1958 consacre l'autorité judiciaire en France ; cependant au Sénégal comme au Congo Brazzaville, la constitution reposa sur le pouvoir judiciaire. C'est ce qu'on appelle l'organisation judiciaire. Toutefois, il faut dire que dans le cadre de l'organisation des institutions judiciaire, on retrouve, en général, d'une part les magistrats du siège et d'autre part, les magistrats du Parquet. Ces derniers sont rattachés à l'exécutif et encrés à la subordination, mais il n'en demeure pas moins que leurs objectifs ne soient pas aussi moindres que ceux dont sont gouvernés au siège. A vrai dire, ils ont comme mission fondamentale de rendre la justice .En effet, l'indépendance que l'on consacre aux institutions judiciaires est le symbole de la balance. C'est un véritable arbitre entre les personnes physiques, les personnes morales de droit privés et celles de droit public. Cette balance n'est que le caractère de la conscience professionnelle que doit le juge à l'impartialité et à la l'égalité. En ce sens, comment peut-on analyser cette indépendance dont l'une des institutions judiciaires est le pilier de l'exécutif, en procédure pénale, cela ne peut pas remettre en cause l'indépendance de la justice ? Il est vrai que le législateur de 1808 Français en consacrant la procédure pénale, a restreint le pouvoir de l'exécutif en la matière, en instituant un territoire indépendant dont l'interdiction est faite à l'exécutif de s'immiscer dans le domaine qui ne lui était pas autorisé.

Chapitre I La problématique de l'indépendance des institutions judiciaire

Les Magistrats du parquet comme ceux de l'instruction sont tout d'abord les membres du corps judiciaire. Sur ce point, ils exercent leur fonction auprès de service public de la justice. Ils sont appart- entière les fonctionnaires régis par un statut de la magistrature. Ils ne sont non pas aussi à l'abri des mutations, autrement dit qu'ils peuvent être mutés. Les magistrats du parquet peuvent devenir les juges du siège comme ceux du siège devenir magistrat du ministère public. Cependant, il faut dire qu'il n'en demeure pas moins qu'ils aient connaissance des dossiers tant à la poursuite qu'à l'instruction. Il est vrai qu'il ya une règle cardinale de justice pénale, visant la garantie de la liberté individuelle. Ce principe est effectivement celui de la séparation des fonctions

de poursuite, de droit d'informer et de droit de juger³². Mais, ce principe est-il vraiment heurté par la règle de la récusation des juges (Section I). Est-ce que ce principe est un mythe ou une réalité ? (Section II)

Section I La récusation du juge d'instruction

Un maux qui touche à l'indépendance du juge d'instruction : c'est sa récusation et son effectuation par arrêté du garde des Sceaux. En effet, un juge peut être récusé exclusivement pour sa connaissance de la cause préalable de l'affaire que lui a été informé. Il est vrai que Cela est consacré par les dispositions de l'article 668 du code de procédure pénale relative à la récusation. Mais, il faut bien dire que la récusation issue du fait de la mutation est légale (Paragraphe I) ; cela à notre avis n'était pas une garantie de l'impartialité du juge. Alors que les textes juridiques y consacrent aussi bien la jurisprudence de la cour européenne de droit de l'homme (Paragraphe II).

Paragraphe I La récusation et la mutation légale

Le procureur de la République qui a été muté comme juge d'instruction dans une même juridiction où il avait exercé des fonctions de poursuite peut – être récusé ou le juge d'instruction qui avait reçu une mutation légale du Garde des Sceaux peut-il conserver son indépendance?

À vrai dire, la garantie de l'impartialité du juge revête un corollaire de son indépendance. Le juge qui a eu connaissance de cause peut-il servir d'un arbitre entre l'accusation et le droit d'informer ? Deux thèses se dégagent :

A/ La violation de la règle d'impartialité par le juge

En principe, le juge doit être neutre. À l'instruction, il ne doit pas prétendre avoir connaissance des faits qu'il instruira à charge et à décharge. C'est au long de ses investigations qu'il peut avoir connaissance exacte des faits dont-il avait été saisi par le Procureur de la République. Car, c'est même à cause de cette neutralité s'il faut le dire que le législateur lui avait consacré le pouvoir de liberté en toute indépendance et lui avait interdit de s'auto saisir.

³² Selon Philippe Conté, pénaliste Français « la séparation de poursuite, d'instruction ne doivent pas être confondues, s'il en est autrement, la liberté individuelle est compromise ». Cite internet : www.lenouveliste.com

En effet, ce qu'on reproche au juge d'instruction c'est de ne pas avoir a priori un vu sur les fait dont il pourra instruire. En effet, ce n'est pas aussi simple que ça parce qu'on sait bien que c'est un individu n'y pense à se récuser à moins que cela est soulevé par un auxiliaire de justice ou un lettré à la procédure. Il faut y souligner que la récusation va de choix en vertu de la probité morale qui abrite à l'image de cet homme de justice. Mais, la mutation est un processus normale et légale. Suivant, on peut croire qu'elle empiète et fragilise la garantie de la neutralité et l'impartialité de juge.

B / La légalité : un processus de non neutralité du juge

Lors qu'un juge est muté, s'il ne se récuse d'un fait dont il avait connaissance antérieurement qu'il a trouvé au lieu de son nouveau poste. On peut estime que la mutation peut comporter un impacte sur l'impartialité du juge d'instruction. Autrement dit, si celui-ci ne se récuse pas, il peut poser des actes de l'instruction sur les faits qu'il avait préalable, connaissance. Dans ces conditions, la pyramide peut être renversée comme aussi peut se poser la question sur son indépendance qui est métamorphosée, et qui se déduite à une partie à l'instruction, à l'instar du procureur de la République qui est nonobstant irrécusable³³, d'autant plus qu'il avait été rappelé par une consécration jurisprudentielle³⁴. D'ailleurs, il faut dire qu'en dépit de la récusation, le législateur Sénégalais consacre la cumule de fonction du procureur et du Président du Tribunal³⁵; ce qui peut constituer là une violation grave au principe de la séparation des pouvoirs. Alors que nul ne peut être juge et partie³⁶. C'est dans cette optique que la cour de cassation avait censuré la décision d'une chambre d'accusation dont l'un des membres avait précédemment rempli les fonctions du Procureur de la République³⁷.

³³ Le M.P peut-il être recusé ? IN GAZ PAL 5 Avril 1980 Doct P. 163

³⁴ Crim 6 janvier 1998, In recueil Dalloz 1999, 19 cahier jurisprudence

³⁵ Article 24 alinéa 2 du code de procédure pénale « En l'absence du délégué du Procureur de la République près le tribunal départemental, les fonctions du Ministère public sont assurées par le Président de cette juridiction »

³⁶ Jean Pradel, revue des sciences criminelles, chronique p 692-1990

³⁷ Crim 15 mars 1960

Paragraphe II La consécration législative et jurisprudentielle de l'impartialité du juge

La loi est claire, le juge d'instruction qui avait eue connaissance d'un dossier de procédure, peut se récuser. Ainsi que le consacrent les dispositions de l'articles 682 et 668 du code de procédure pénale garanti l'impartialité de juge d'instruction (A) ; de même la jurisprudence de la cour européenne de droit de l'homme consacre à ses dispositions de l'article 6 paragraphe 1 l'impartialité du juge d'instruction(B)

A / La consécration législative

La loi dispose bien de la garanti de l'impartialité du juge d'instruction. C'est d'une forme voilée puis que si lui-même le juge ni les parties y soulèvent pas, dommages qu'on puisse savoir le caractère impartial du juge d'instruction. Il est vrai que le principe de séparation des fonctions de poursuite et de l'instruction, cependant, qu'il n'en demeure pas moins que de dire l'impartialité ou la neutralité du juge était une affaire d'homme ; c'est dire qui reposait sur la subjectivité. D'ailleurs, ce qui a été le plus remarquable et que le législateur Sénégalais, par exemple s'est chevauché, le cumul des fonctions du procureur de la République et celle du président du tribunal départemental tant dis que les dispositions de l'article 651 du code de procédure pénale a consacré la garanti de l'impartialité de juge³⁸. Cette imbroglio législative a démontré la fragilité du principe de la séparation de poursuite, d'instruction et du jugement, comme cela avait été énoncé par cour européenne de droit de l'homme.

B/ La consécration jurisprudentielle

Malgré les instruments juridiques, la perméabilité de l'instruction a été ressentie. Il faut dire que le juge était parfois affaibli par des influences extérieures. Par exemple l'effet s'être muté peut constituer pour ce magistrat une incompatibilité fonctionnelle d'autant puis que l'interdiction faite au magistrat d'agir successivement dans une même affaire, au titre de la poursuite puis au

³⁸ Article 651 du code de procédure pénale « L'inculpé, le prévenu, l'accusé et toute partie à l'instance qui récuse un juge d'instruction, un magistrat du tribunal départemental, un ou plusieurs, ou l'ensemble des juges du tribunal correctionnel, des conseillers de la cours d'appel ou de la cour d'assises doit à peine de nullité, présenter une requête au premier président de la cour d'appel.(...) ».

titre de l'instruction pourra remettre en cause le principe de la séparation des fonctions de poursuite et de l'instruction. En effet, Il faut reconnaître que le principe de la séparation de pouvoir est le corollaire de l'impartialité ; celle-ci se définit d'ordinaire par l'absence de préjugé, d'ailleurs, c'est ce que la cour européenne de droit de l'homme avait retenu dans un arrêt célèbre *Prersack C/ Belgique* (1 octobre 1982) ;

De même, il faut relever que sur ce point, l'article 6§1 du CEDH garanti le procès équitable. Selon la cour, le juge d'instruction fait ainsi de magistrat non seulement indépendant mais aussi impartial. Ces deux qualités pouvaient accréditer l'idée selon laquelle il serait le garant d'un procès équitable au sens de cet article.

En réalité, c'est un magistrat qui dépend du siège du Tribunal, il constitue la juridiction d'instruction du 1^{er} degré. Le juge d'instruction est le juge de la mise en état de tout des affaires criminel de certaines affaires correctionnelle et de rares affaires contraventionnelle. Il est Saisi par réquisitoire introductif du parquet ou plainte avec constitution de la partie civile ,il a pour mission essentielle de rechercher la vérité relativement aux faits qui lui ont été soumis et de décider de la suite à donner à la décision de renvoi devant la juridiction de jugement compétente ou d'un non lieu .Il présente ainsi l'originalité de jouer de double rôle de juge et d'enquêteur. Comme tous les acteurs de la procédure pénale contemporaine, le juge d'instruction se trouve effectivement soumis aux exigences du procès équitable.

Section II Principe de séparation de pouvoir : mythe ou réalité

Dans un Etat de droit, le respect de séparation de pouvoir est au cœur d'une justice crédible. D'ailleurs dans chaque système juridique, et plus particulièrement celui de la République du Congo. La séparation de pouvoirs est un principe constitutionnel. On peut faire distinction entre les pouvoirs, en principe, trois type de pouvoirs : l'exécutif, le législatif et le pouvoir judiciaire. Ce dernier, à son tour, consacre la séparation des fonctions de poursuite, de l'instruction et de jugement. Cependant, il apparait que l'exécutif et parquet sont fusionnés (Paragraphe I) , ce qui peut déduire la fusion de l'instruction au profit de l'exécutif ('Paragraphe II).

Paragraphe I La supériorité hiérarchique de l'exécution sur le parquet

Le pouvoir réglementaire appartient à l'exécutif selon le régime parlementaire ou semi parlementaire. Le premier ministre, chef du gouvernement. Le ministère de la justice est dirigé par le garde sceaux ministre de la justice, membre du gouvernement. Le Ministère public étant le représentant de la société et garant de l'ordre public et des libertés individuelles. Cette mission constitue une fonction régaliennne. Au nom de la société, les poursuites et les enquêtes lui sont dévolues. En effet, le procureur de la République a des missions de police ; d'ailleurs il est le chef de la police judiciaire³⁹. A ce titre, il contrôle toutes les activités de la police judiciaire: la garde à vu, par exemple. Cependant c'est un membre appart entière de l'exécutif (A),qui était introduit dans le pouvoir judiciaire(B).

A/ Procureur de la République : un membre de l'exécutif

Le pouvoir public veille à la sécurité des personnes et des biens.il faut dire que c'est une mission fondamentale. Sur ce point, la recherche de moyens appropriés pour garantir une vie meilleurs et paisible aux citoyens dépendra de l'intérêt des pouvoirs public qui auront l'amabilité d'organiser la société. Dans ce conteste peu empote la forme de société, objectifs et que les pouvoirs public campe dans le domaine de la politique criminalité, afin de diminuer la recrudescence criminelle. C'est dans cette optique que Le procureur de la république étant magistrat, est chargé à l'exécution de la dite politique. Ce qui justifie que ce dernier doit se soumettre à la hiérarchie et pourrait recevoir des instructions ou des ordres émanant de l'exécutif⁴⁰ notamment dans le cadre de cette politique.

Sur ce point, le Garde des sceaux peut adresser aux Magistrats du Ministère public des instructions générales dans un bute de s'assurer de l'applicabilité de la loi dans le cadre de la politique criminelle. D'ailleurs, de telles instructions ne vont sans dire que de l'intérêt de la protection de l'ordre public. Mais, également, Il doit répondre sur la responsable de la poursuite de ces objectifs

³⁹ Jean Pradel procédure pénale « Ministère public a la haute main sur la police judiciaire. Cette dernière est en effet, dirigée par le Procureur de la République. Selon l'article 41, al 2CPP, celui-ci « dirige l'activité des officiers et agents de la police judiciaire dans la ressort de son tribunal » ; il peut donc les requérir (article 42 CPP) et leur donner des instructions en vue de recherche et poursuite les infractions (article 41 al 1 CPP). » 10^e édition Cujas septembre 2000 .P 133

⁴⁰ Cf les dispositions de l'article 36 du cpp Français qui permettent au garde des Sceaux d'enjoindre aux procureur Généraux ,et aux procureur de la république d'engager es poursuite (...).

criminel devant le parlement. Dans l'ensemble l'efficacité de cette politique dépendra du concours de la magistrature débous qui sont tenus d'assurer ladite politique par l'organe du parquet.

Par contre, le procureur de la république agit en fonction de la procédure pénale et le droit pénal. Il ne peut exercer les poursuites sans se fixer sur les règles procédurales. Ce formalisme est une contrainte pour lui permettre de préserver l'intérêt au principe de la présomption d'innocence et encore moins à l'arbitraire. Sur ce point, plusieurs instructions juridiques de droit de l'homme compatissent dans l'intérêt de lutte contre la violation de droit de l'homme⁴¹. D'ailleurs, il ressort de ces textes qu'il n'ya ni crime ni délit sans loi. Ce principe justifie que le procureur de la république lors qu'il est en droit exercer ses fonction de poursuite, il les fera indépendamment de sa hiérarchie. Ce que ne l'empêche pas qu'il met en exergue les instructions de ministre⁴² de la justice.

B / Procureur de la république et le pouvoir judiciaire

Le procureur de la République est un magistrat du corps judiciaire. C'est le chef du parquet, par rapport à ses substitues. Il oscille entre l'instruction et le tribunal. Aucune procédure pénale ne pourra passer outre de son ressort, mais en cas de citation directe. Devant le cabinet d'instruction, il peut assister comme partie principal, c'est comme, il peut demander communication du dossier de la procédure en sa qualité d'accusateur à toute époque de la procédure. Le juge d'instruction ne peut passer outre de la procédure sans qu'il demande son avis dans une procédure. C'est d'ailleurs raison pour laquelle en cas d'une découverte d'infraction au cours de l'instruction, le juge d'instruction ne peut tenter absolument de se substituer à ses fonctions de poursuite ou de la mise en mouvement de l'action publique ; qu'ainsi le rappelle la jurisprudence que « la personne mise en examen à l'égard des laquelle le juge d'instruction a dit n'y avoir lieu à suivre ne peut plus être rechercher à l'occasion des même fait, à

⁴¹ La déclaration universelle de droit de l'homme de 1789

⁴² L'article 30 du CPP Français dispose que « le Ministre peut dénoncer au procureur Générale les infractions à la loi pénale dont il a connaissance et lui enjoindre et par instructions écrite et versées au dossier de la procédure d'engager ou de faire engager des poursuite (...) »

moins qu'il ne souvienne nouvelles charge, auquel le ministère public pourrait prendre des réquisitions tendant à la réouverture de l'information⁴³.

Techniquement, le juge d'instruction lui communique le dossier et c'est lui de voir s'il pourrait poursuivre ou de le classer sans suite.

Mais, étant executijudiciaire⁴⁴, il faut se poser la question sur son pouvoir d'opportunité de suite. Cette fonction appelle une analyse dans la mesure où toute plainte ou dénonciation sont à l'appréciation du procureur de la république.

Paragraphe II Fusion de l'exécutif à l'instruction

Le parquet est sous le contrôle de l'exécutif. Cependant, il se détache de celui-ci en raison de son indépendance consacrée par les principes fondamentaux de la république. A vrai dire le parquet relève de l'autorité judiciaire. Toutefois, il pivote entre ces deux pouvoirs, mais il faut dire que la primauté de l'exécutif sur le parquet est sans précédent, d'ailleurs le Ministre de la justice peut enjoindre comme il peut donner les instructions par écrite au procureur Général de faire engager des poursuites. En réalité cet ordre peut répercuter implicitement au juge d'instruction qui a la charge de la recherche des charges. D'ailleurs, il ya les domaines où le juge d'instruction est lié directement au réquisitoire du parquet par ce que cela est une émanation du législateur. Sur ce point, la question que l'on se pose est celle de l'indépendance du juge d'instruction. Il est vrai que cette imperméabilité pourrait être sous une forme dérogatoire à la règle générale, mais est-il vrai qu'elle confirme l'interdépendance qui subsiste et d'ailleurs, il faut reconnaître que selon les dispositions de l'article 142 du code de procédure pénale Sénégalais, le juge d'instruction peut donner délégation judiciaire directement à tout officier de police judiciaire qui pourra exercer ses fonctions sur tout le territoire de la République. Il en est de même en procédure pénale en République du Congo⁴⁵, ainsi que le juge d'instruction

⁴³ Crim 10 novembre 1980 Bull CRIM N° 292 ; JCP 1982 II 19817 ,note Jean Didier.

⁴⁴ Executijudiciaire : signifie la coopération du pouvoir exécutif avec le pouvoir judiciaire

⁴⁵ Cf article 142 alinéa 4 du code de procédure pénale en République du Congo que «Sauf circonstance exceptionnelles rapportées dans la commission rogatoire, le juge d'instruction ne peut donner à un officier de police judiciaire commission de procéder à l'interrogatoire ou à la confrontation de l'inculpé que si celui-ci réside ou est détenu en dehors du lieu ou siège le tribunal » ;Article 143 du même code dispose que « Les magistrat ou officiers de police commis pour l'exécution exercent, dans les limites de la commission rogatoire, tous les pouvoirs du juge d'instruction » Edition Giral voir code d'audience .P.310

peut exercer cumulativement avec ses fonctions celle du ministère public⁴⁶ dans les cas exceptionnels.

Sur ce point, il ressort de l'analyse de cette disposition que la police judiciaire fait partie du pouvoir exécutif, ce que revient à dire qu'elle peut intervenir que dans le cadre de l'exécution de mission de police. Cependant, sa substitution au fonctionnaire de juge d'instruction serait d'intervertir au principe de la séparation de fonction dans la mesure où cette dernière est sous le contrôle de procureur de la République et que les actes qu'elle pourraient élaborer à titre de délégation judiciaire peuvent s'analyser à la violation du secret de l'instruction⁴⁷ et encore moins à la monopolisation de l'exécutif sur l'instruction. Car l'emprise de l'exécutif serait ainsi consacrée au détriment du procès équitable au regard de l'article 6§1 de la Convention Européenne de droit de l'homme.

Il en est même, par exemple lorsque l'exécutif et plus particulièrement le ministre de la justice de procéder à une dénonciation. Le problème que l'on peut se poser est celui de savoir s'il devrait le faire à l'état actuel de droit ? Il faut reconnaître que le Ministère public est sous l'égide de l'exécutif ; c'est à dire sous sa hiérarchie et que son instruction peut paraître à l'encontre de fonction de poursuite puis que, dans ces conditions, il a été rappelé que l'opportunité de poursuite de monsieur le procureur de la République n'avait-t-elle plus d'effet.

L'administration publique agissant en fonction de leur mission. Elle peut déclencher l'action publique. Mais la spécificité est que le ministre de la justice peut donner les instructions au procureur d'engager les poursuites alors qu'il n'en devrait recevoir nullement de dernier par ce que cela devrait compromettre son indépendance compte tenu de l'aspect de la subordination. D'ailleurs, au sens de la jurisprudence de la cour, avait considéré que le procureur de la

⁴⁶ Cf article 33 du code de procédure pénale en République du Congo « En cas d'absence ou d'empêchement du procureur de la République, ou lorsque l'effectif des magistrats d'un tribunal de grande instance est insuffisant, le juge d'instruction exerce cumulativement avec ses fonctions celles du ministère public près cette juridiction ». Code d'audience, édition Giraf .P.298

⁴⁷ L'article 11 du code de procédure pénale prévoit que l'instruction est secrète, c'est-à-dire que les personnes qui y concourent sont tenues au secret professionnel. La loi du 15 juin 2000 avait introduit une première restriction en permettant au procureur de la République la demande de la juridiction d'instruction ou des parties, de rendre publics certains éléments de la procédure, à condition qu'ils ne comportent aucune appréciation sur le bien-fondé des charges retenues contre les personnes mise en cause « afin d'éviter la propagation d'informations parcellaires ou inexacts ou pour mettre fin à un trouble à l'ordre public ».

République lui manquait en particulier l'indépendance à l'égard du pouvoir exécutif pour pouvoir être ainsi qualifié(A)⁴⁸, non seulement cela paraît impossible selon les principes généraux de droit. Mais la loi a laissé une passerelle, ce qui fait que le juge d'instruction, par extension est le corollaire de l'exécutif(B) ;d'ailleurs , il faut dire d'abord que le juge d'instruction est nommé par un arrêté du Garde Sceaux.et sur ce point, son indépendance pourrait s'analyser à la versatilité.

A /Le parquet : une indépendance compromise, conséquence de l'immixtion de l'exécutif à l'instruction.

En général, le parquet est maître de poursuite. Il le fait en toute liberté car seul lui qui juge opportun d'ouvrir une enquête judiciaire. Cette qualité pour lui constitue une indépendance .D'ailleurs les teste internationaux relatifs au droit de l'homme, à savoir l'article 14 -1 de pacte international sur les droit civils et politique et l'article 6-1 de CEDH consacrent la garanti de l'indépendance du parquet à l'égard de l'exécutif.

Mais, il faut dire que le parquet est présentement dans l'instruction. Puis qu'une fois l'instruction est ouverte, il dispose d'un droit de communication constant au dossier et cela au regard de l'article 82 alinéa 1 du code de procédure pénale sans que le juge misse de lui le refuser⁴⁹. De même, il a le droit de requérir à tout moment de l'information, l'accomplissement de tous actes d'instruction lui paraissant utile à la manifestation de la vérité. Toutefois, le parquet est subordonné à l'exécutif. La transparence de la procédure est sujette à contradiction dans la mesure où l'ingérence de celui dans la conduite de l'instruction laisse apparaître l'immixtion de l'exécutif dans l'instruction. D'ailleurs lors que le juge d'instruction donne délégation judiciaire, le parquet peut se substituer à cette mission dès qu'il a le pouvoir de police judiciaire.

B/ Juge d'instruction : un corollaire de l'exécutif

Le parquet est permanemment dans la conduite de l'instruction. Sur ce point, la fonction de juge d'instruction est aussi démembrée sous les coups de l'enquête de la police et sur la mission de délégation judiciaire. Or dans ce condition, le parquet et l'exécutif peut former un trait unique ; c'est-à-dire une

⁴⁸ CEDH 04 décembre 1979 SSchiesserC / Suisse Serrie A n° 34.

⁴⁹ Case crim 5 février 1970 bul crim n° 53

même fonction d’instruction. Cependant, il faut dire que le procureur de la République peut assister aux interrogatoires et confrontation de l’inculpé et partie civile⁵⁰. Ce rôle est non négligeable dans la mesure où il est source de conflit par rapport au juge d’instruction dans la conduite de l’information et la facilité illimité du procureur de la République de requérir.

Chapitre II / Les conséquences découlant de l’immixtion de l’exécutif dans le système judiciaire.

A vrai dire l’indépendance de la justice est quasiment existante. La preuve en est la relation entre le parquet et l’instruction a démontré un étendu de parcelle de pouvoir de ce premier dans la saisine et la conduite de l’instruction. En ce qui concerne la saine, le juge d’instruction ne peut jamais se saisir lui même et ne peut instruire que sur les faits visés au réquisitoire introductif ou supplétif ou dénoncé dans la plainte avec constitution de partie civile. A l’instruction le parquet dispose un champ très étendu dans la conduite de l’information. Alors que celui-ci hiérarchiquement est lié par l’exécutif. Théoriquement, la séparation des pouvoirs de poursuite et de l’instruction existe, mais dans la pratique, celle-ci reste un malaise. D’ailleurs, ce concept a été souvent modifié, voir déformé, au cours du temps pour répondre aux exigences pratique.

Section I / Une notion théorique de la séparation de poursuite et de l’instruction

Le droit positif est clair dans la mesure où la notion de séparation de pouvoir trouve son application dans la codification de la procédure pénale. Celle-ci a été éditée de façon générale, la notion de procédure relative à la matière pénale.

⁵⁰ Cf article 107 du code de procédure pénale « Le procureur de la République peut assister aux interrogatoires et confrontations de l’inculpé et aux auditions de la partie civile. Chaque fois que le procureur de la République a fait connaître au juge d’instruction son intention d’y assister, le greffier du juge instruction doit, sous peine d’une amende civile de 1000 francs prononcée par le président de la chambre d’accusation, l’avertir par simple note, plus tard l’avant-veille de l’interrogatoire.

ne saurait heurter, aucune foi, par l'autre. Cependant lorsqu'il ya problématique sur les questions de droit et de la procédure, la chambre d'accusation joue le rôle de contrôle à cela. En effet, tout est fondamentalement fondé sur le règle de droit et qu'aucune suspicion ne pourrait 'être avéré par ce que se sont que les testes qu'ils exécuteront sur la procédure.

Ainsi par exemple lors que le juge d'instruction estime qu'il ya un nouveau fait en cour de l'instruction, il communique au procureur de la république. A cela, ce dernier selon son opportunité de poursuite pourrait ne pas ouvrir une information ou n en pas donner suite.

B/ Une relation de portée sur la culpabilité et l'imputabilité

La règle est que le parquet peut procéder à la culpabilité du délinquant, cependant la juridiction de jugement recherche la preuve de l'imputabilité et de la culpabilité. Toutefois entre le parquet et la juridiction de jugement, il ya aussi une autre juridiction a part entière d'instruction qui peut prendre des actes juridictionnels après l'instruction ou la clôture de l'instruction.

Il faut dire que ce dernier est fondé sur les charges qui peuvent peser sur les personnes soupçonnées. Dans le cadre de ses fonctions, la loi lui a consacré les prérogatives tenant à la recherche de la vérité. Selon Corinne RENAULT Brahinsky « la mission essentielle du juge d'instruction est d'instruire l'affaire, c'est-à-dire de constituer un dossier permettant de mieux connaître les faits et charges qui pèsent sur une personne » .Il a donc une marge qui lui permet à la réalisation et la découverte de la vérité⁵¹ à travers la perquisition, la commission rogatoire, l'expertise.

Toutefois, s'il estime qu'il ya les charges suffisante sur telle personnes ou telle autre⁵², d'abord il a droit de communiquer le dossier de la procédure au parquet dont ce dernier pourrait prendre ses réquisitoires définitifs dans lesquels le juge

⁵¹ La conduite de l'information nécessite l'accomplissement par le juge d'instruction d'un certain nombre d'acte. Pour mener à bien sa mission, le juge d'instruction procède à différentes opérations appelées actes de l'instruction (Article 92 du cpp).

⁵² L'instruction a pour objectif de déterminer d'une part l'existence de l'infraction et d'autre part si les charges qui posent sur telle ou telle personne nécessitent son jugement par la juridiction compétente .Selon l'article 176 du code de procédure pénale , « Le juge d'instruction examine s'il existe contre la personne mise en examen des charges constitutives d'infraction, dont il détermine la qualification juridique » Corinne RENAULT- Brahinsky.

pourra ne pas être lié dans son ordonnance de renvoi ou quelconque. C'est de la même façon que lors qu'il estime que la culpabilité de l'intéressé étant dore et déjà exclue, il peut ne pas inculper⁵³ et peut rendre une ordonnance de non lieu⁵⁴. C'est dans cette optique que le juge d'instruction selon le professeur Gerrand que le juge d'instruction dès qu'il est saisi, dirige comme il l'entend sa procédure, puis que c'est de cette catégorie où il tire son indépendance.

Paragraphe II L'identité du présumé innocent

La règle de la légalité est appliquée qu'aux faits justificatifs dont les éléments qui constituent l'infraction sont bien en concordance avec la trilogie. Autrement dit l'élément légal, matériel et moral ou intentionnel. Sur ce point, l'identité du présumé innocent ne saurait être établi que lors que ces éléments trilogiques sont réunis(A) , puis que , en réalité les faits matériels ne sont automatiquement imputable (B).

A/ La trilogie des éléments constitutifs de l'infraction

Lors que le parquet a déclenché l'action publique, il se fonde sur la trilogie ou les éléments constitutif d'infraction .En réalité il a apprécié les faits, et qualifie ceux-ci souverainement de la même manière que le juge d'instruction qui constate l'existence de tous les éléments constitutifs de l'infraction. En effet, le parquet ou instruction ne peuvent qualifier un fait qu'à l'expression de la base légale ; c'est-à-dire qu'ils peuvent qualifier les délits ou crime qu'autant qu'ils peuvent constater l'existence des circonstances exigées par la loi pour que ceci soit en conformité à la peine; d'ailleurs c'est dans ce domaine où le principe de légalité des délits et des peines est recherché.⁵⁵

B/ L'imputabilité

En présence d'une infraction, le parquet est tenu de poursuivre les auteurs desdits infraction. S'il estime qu'il peut ouvrir une information, son objectif est de prouver la culpabilité du délinquant. Cependant le juge d'instruction ne recherche que la preuve de cette culpabilité, il ne saurait se déterminer sur

⁵³ Crim 27 décembre 1963 bull n° 228 jcp 964 II 13543 NOTE p chaubon

⁵⁴ Hugue : Etude criminologique 1933 P 391 ;Bastian, Rec Critique 1933 ,p 396 ; Goulesque « le refus d'informer » Rcc 1970 p 940

⁵⁵ Crim 1^{er} mars 1995 ;bull crim n° 90 .RSC 1996.117 OBS Bouloc

l'imputabilité de quiconque si non il serait entrain de juger en se substituant au rôle de la juridiction de jugement plutôt qu'a rassemblé les éléments qui peuvent constituer des charges suffisantes ou non. D'ailleurs, il faut dire que le juge d'instruction doit rechercher aussi bien les faits ceux de nature à inculper le délinquant comme ceux de nature à le disculper. C'est dans cette optique où on dit le juge instruit « à charge ou à décharge » tout en tenant compte de la personnalité du délinquant⁵⁶.

Section I Rapport ouverture et clôture de l'information

Techniquement, le parquet et l'instruction sont soumis à la règle de la procédure pénale. Il est édité dans Celle-ci ,les conditions et les moyens dans lesquelles l'information peut se dérouler(Paragraphe I) comme ce qui peut se passer à clôture ; ce qui signifie que le rapport ne saurait être qu'en fonction des règles préétablis par le code de la procédure pénale (Paragraphe II) et plus particulièrement dans le cadre de l'information et la clôture.

Paragraphe I Condition et moyen de l'information

Lorsque le parquet trouve que dans le procès verbal qu'en lui a déféré par les services judiciaire, telle que la police ou la gendarmerie n'est pas élucidé le caractère réel de soupçon dans lequel pouvant lui servir à déclencher une procédure de flagrant délit, la seule opportunité qui lui a été offert, est celle d'ouvrir une information(A). C'est dans cette optique que la loi lui avait servi les moyens dans lesquels il pourrait agir directement sans aucune indication préalable de la saisine du juge d'instruction(B).

A/ La problématique d'ouverture d'information.

Contrairement à la procédure de flagrant délit, celle de l'information parait complexe. Autrement dit, c'est un près-jugement de l'affaire qui doit se dérouler entre le, parquet et l'instruction. C'est dans cette optique chacun d'eux n'est tenu à s'interférer dans les compétences de l'un ou de l'autre. Si le juge d'instruction croit à une position contraire celle voulu par le parquet, il appartiendra à celui-ci de le contourner par la voie d'appel devant la chambre d'accusation. Sur ce point, nous assisterons à une forme de contradiction voir d'une contrariété d'opinion entre les deux institutions judiciaires sur la

⁵⁶ (...) le juge d'instruction peut recueillie des renseignements sur la personnalité du délinquant (Article 81-1 cpp)

question de droit. D'ailleurs cela est le fondement même de l'objet de la conduite de l'information puis que le parquet a émise une sorte de réserve dans l'appréhension des faits au demeurant ; d'ailleurs dans son réquisitoire introductif, le sens de la présomption d'innocence est toujours retenue. Sur ce point, cette analyse peut s'expliquer par l'importance des fonctions du juge d'instruction qui est un juge de la mise en état des affaires. C'est pour cette raison que le législateur qualifie cette instruction de préparatoire⁵⁷ et appelle parfois « information⁵⁸ ».

Mais, il faut reconnaître que l'instruction préparatoire donne au juge d'instruction des pouvoirs énormes tant sur la conduite de l'information que ses décisions. Il n'est pas lié par les réquisitoires du procureur de la République⁵⁹ et peut décider en toute indépendance sur le règlement de l'information.⁶⁰ Cependant, il est tenu de statuer par ordonnance de règlement sur tous les faits dont il est régulièrement saisi⁶¹

B/ Absence de condition de la saisine de la juridiction d'instruction

L'Etat de droit se respecte si toute personne a droit à un accès libre à la justice. Autrement dit le juge d'instruction peut recevoir de la victime et les services para militaires les plaintes avec constitution de partie civile, à condition que le parquet requiert l'information. En principe cette procédure de la plainte avec constitution de la partie civile mérite d'être analysée sur ce point.

En réalité, le Procureur de la République lorsqu'il a reçu communication d'une plainte avec constitution de la partie civile, il n'est pas tenu d'y déférer par ce

⁵⁷ Article 79 du code de procédure pénale ;

⁵⁸ Article 44,49,81 al 1 code de procédure pénale.

⁵⁹ (...)Le juge n'est jamais lié par le réquisitoire définitif. Il ne le peut pas davantage par les notes ou mémoires que lui auraient remis les conseils des parties privées. Le juge d'instruction est en effet une juridiction et à ce titre, n'est jamais lié par des diverses parties.

L'ordonnance obéit à certaines règles de forme. Sans doute, n'est-elle quasiment pas motivée, l'article 184 du code d'instruction criminelle qui exigeait un exposé sommaire... du fait » ; en pratique, les juges d'instruction se contentent de la formule : « Vu le réquisitoire du procureur de la République en date du...Attendu qu'il résulte ou qu'il ne résulte pas contre... Charge suffisante s'en déduit... » Jean Pradel P. 538

⁶⁰ Crim 25 septembre 1824 Bull Crim n° 126

⁶¹ Crim 24 mars 1987 Bull Crim n° 112

qu'il ya beaucoup de condition susceptible d'aboutir au refus. D'ailleurs l'article 77 de la procédure pénale Sénégalaise dispose que « *Le juge d'instruction ordonne communication de la plaine au procureur de la république ou à son délégué pour que ce magistrat prenne ses réquisitions sauf au cas de saine d'office du président du Tribunal départemental, lorsqu'il n'existe pas de délégué du procureur de la république auprès de cette juridiction.(...)* » « *Le procureur de la république peut saisir le juge d'instruction de réquisitions de non informer que si des causes affectant l'action publique elle-même, les faits ne peuvent légalement comporter une poursuite ou si à supposer ces faits démontrés, ils ne peuvent admettre aucune qualification pénale .Dans ce cas où le juge d'instruction passe outre, il doit statuer par une ordonnance motivée* ».

Mais, il faut dire que le parquet est libre d'ouvrir une information cependant le juge d'instruction ne peut s'autosaisir⁶². C'est dans ce conteste que lors que le juge d'instruction aperçoit une souvenance des charges nouvelles contre la personne qu'il a déclaré libérée, il appartient au ministère public seul de décider s'il y a lieu de requérir la réouverture de l'information sur charges nouvelle⁶³.

Paragraphe II /Un rapport harmonisé parquet instruction

Sur la base de cette harmonisation, c'est le contrôle de la chambre d'accusation⁶⁴ ; ce qui fait que personne ne saurait permettre de mettre des soupçons sur la position de l'un ou de l'autre dans la mesure où la présence d'une juridiction de second degré fortifie l'impartialité des décisions de la juridiction d'instruction(A). C'est dans ce conteste que le parquet peut interjeter appel de toute les ordonnance juridictionnelle de juge d'instruction, à l'exception de l'ordonnance de transmission des pièces au procureur général qui a pour effet de porter l'affaire devant la chambre d'accusation. Mais, il faut souligner que cela ne peut se faire que sur les ordonnances contraires à ses réquisitions(B).

⁶² Crim 4 décembre 1962 JCP 1953 II 7625

⁶³ Article 184 cpps

⁶⁴ (...) le juge d'instruction peut être amené à commettre des erreurs. Les conséquences en sont d'autant plus graves que ses pouvoirs sont considérables, notamment en matière de liberté. C'est pourquoi la loi a prévu des contrôles de l'activité du juge d'instruction (...) Jean Pradel « procédure pénale 10 édition. » p .624

A/ Le Contrôle de la chambre d'accusation

En principe la chambre d'accusation veille au bon fonctionnement de la juridiction d'instruction. Elle a des mains mises sur tous les actes pris par cette juridiction. Par exemple lorsqu'un inculpé est sous le mandat de dépôt, il a droit de formuler une demande de mise en liberté provisoire ; si le parquet estime que cette liberté paraît prématurer, alors que le juge avait pris une ordonnance contraire à son réquisitoire, celui-ci peut saisir la chambre d'instruction par un acte d'appel.⁶⁵ Dans ce cas, le droit peut être reconnu à l'un ou l'autre. En ce sens, W. JEANDIDIER, dans son article sur la juridiction d'instruction de second degré, 1982 n°200 déclare « *que le principe qui traduit la puissance de la chambre d'accusation c'est son pouvoir du contrôle général de la procédure préalable nécessaire à la décision définitive de clôture de l'information* ». Sur ce point, il faut dire que le droit qu'a la chambre d'accusation est de réparer les omissions commises par le juge d'instruction, de redresser les qualifications données aux faits délictueux. D'ailleurs comme disait I. J. Gueyenot dans son article, le pouvoir de révision et le droit d'évocation de la chambre d'accusation R5C 1964.561 « *que la chambre d'accusation apparaît comme un professeur qui corrige l'élève* » ; *c'est pourtant dire qu'elle contrôle de l'opportunité des actes de l'instruction*⁶⁶. Dans cette même optique, le juge d'instruction n'a droit d'annuler un acte qu'il a lui-même pris. D'ailleurs la Chambre d'accusation dans un arrêt considère que le juge

⁶⁵ Appel peut être formé à la fois par le procureur de la république et par le procureur général (...). De même, l'administration des douanes qui exerce l'action pour l'application des sanctions fiscales (Article 343 C. douane) disposant en vérité d'une sorte d'action publique, il en résulte que son délai pour agir est celui du procureur de la république ; Crim 4 Juillet 1973 BC n° 310

⁶⁶ Ce contrôle peut ainsi conduire cette juridiction du second degré à refaire ou à compléter l'instruction (Article 206 du cpp)

autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire. De la même que la loi sur l'amnistie⁷⁹.

⁷⁹ L'amnistie fait perdre aux faits leur caractère délictuel. Ceux-ci ne pourraient ainsi plus être poursuivis. Chaque loi d'amnistie possède ses propres spécificités. ; crim 2 mai 1971, bull crim n° 68 ; 14 novembre 1972 Bull crim n° 340 ; Toulouse 24 avril 1973 D 1973 somm .p94 ; crim 22 mai 1990 Bull Crim n° 209.

Tables des matières

Titre I Relation parquet instruction : l'immixtion de l'exécutif.....	3
Chapitre I Rapport parquet instruction : une pratique tendant à relativiser le principe de la séparation de pouvoir.....	4
Section I <u>Autonomie</u> du pouvoir de procureur de la République en matière de poursuite.....	5
Paragraphe I L'action publique.....	6
A/ La mise en mouvement de l'action publique.....	7
B/ Respect Strict des textes procéduraux.....	8
Paragraphe II Le procureur de la République et le contrôle pertinent de l'infraction.....	9
A/ Le procureur de la République et l'infraction.....	10
B/ Réquisitoire introductif.....	11
Section II d'information.....	12
Paragraphe I Le Procureur de la République et la nécessité d'une ouverture d'information.....	13
A/ Procédure de flagrant délit	
B/ Le Procureur de la République et la présomption d'innocence.....	14
Paragraphe II Le juge d'instruction et l'ouverture de l'information.....	15
A/ Condition de l'inculpation.....	16
B/ Exercice d'inculpation.....	17
Chapitre II Obstacle d'une justice démocratique.....	18
Section I Parquet et instruction : rapport de transparence.....	19

Paragraphe I Hominisation parquet instruction.....	20
A/ L'homme et l'appréciation de la règle de droit.....	21
B/ Recyclage des magistrats.....	22
Section II Le climat d'impartialité parquet instruction.....	23
Paragraphe I Obligation déontologique.....	24
A/ Exigence déontologique	25
B/ Exigences déontologique : armes du Magistrats.....	26
Paragraphe II Déontologie et institution judiciaire.....	27
A/ Les Magistrats de deux institutions quant aux devoirs de loyauté et de légalité.....	28
B/Le Procureur de la République, le juge d'instruction, responsables de l'éthique de la justice.....	29
Titre II L'influence de l'exécutif et l'indépendance des institutions judiciaires.....	30
Chapitre I La problématique de l'indépendance	31
Section I La récusation du juge d'instruction.....	32
Paragraphe I La récusation et la mutation légale.....	33
A/ La violation de la règle d'impartialité	34
B/ La légalité : un processus de non neutralité	35
Paragraphe II La consécration législative et jurisprudentielle de l'impartialité.....	36
A/ La consécration législative.....	37

B/La consécration jurisprudentielle.....	38
Section II Principe de séparation de pouvoir : mythe ou réalité ?.....	39
Paragraphe I La supériorité « hiérarchique » de l'exécutif.....	40
A/Procureur de la République :un membre de l'exécutif.....	41
B/Procureur de la République et le pouvoir judiciaire.....	42
Paragraphe II Fusion de l'exécutif à l'instruction.....	43
A/ Le parquet : une indépendance compromise.....	44
B/ Juge d'instruction : image de l'exécutif.....	45
Chapitre II Les conséquences découlant de l'immixtion de l'exécutif dans le système judiciaire.....	46
Section I Une notion théorique de la séparation de poursuite et de l'instruction.....	47
Paragraphe I Le principe de la légalité pénale.....	48
A/ Détermination de la légalité pénale.....	49
B/ Une relation de portée sur la culpabilité et l'impartialité.....	50
Paragraphe II L'identité du présumé innocent.....	51
A/ La trilogie de l'infraction.....	52
B/ L'imputabilité.....	53
Section II Rapport d'ouverture et clôture de l'information.....	54
Paragraphe I Condition et moyen de l'information.....	55
A/ La problématique d'ouverture d'information.....	56
B/ Absence de condition de la saine de la juridiction d'instruction.....	57

Paragraphe II Un rapport harmonisé	58
A/ Le contrôle de la chambre d'accusation.....	59
B/ Ordonnance du juge d'instruction contraire au réquisitoire de ministère public.....	60
Sous Section II Le malaise de la séparation de pouvoirs.....	61
Paragraphe I Le fondements de l'indépendance judiciaire.....	62
A/ La prévention de l'arbitraire.....	63
B/ Une préalable discussion.....	64
Paragraphe II L'ordonnance du juge d'instruction.....	65
A/ La motivation des ordonnances.....	66
B/ Obstacle des ordonnances.....	67

Bibliographie

Ouvrages

- Georges Brière de l'Isle,... Paul Cogniart,..Procédure pénale . Tome1, Les juridictions et les actions. Paris : A. Colin , 1971.
- Georges Brière de l'Isle,... Paul Cogniart,..Procédure pénale. Tome 2 , Police, instruction, jugement. Paris : A. Colin , 1972.
- Gaston Stefani,... et Georges Levasseur. Droit pénal général et procédure pénale. Tome I , Droit pénal général. Paris : Dalloz , 1973.
- Jean-Claude Soyer,...Droit pénal et procédure pénale. Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence , 1992.
- Gaston Stefani,... et Georges Levasseur. Droit pénal général et procédure pénale. 2. Procédure pénale -- Paris : Dalloz , 1973.
- Gaston Stefani,... Georges Levasseur,... Bernard Bouloc,... Procédure pénale. Paris : Dalloz , 1984.
- Jean Pradel. Procédure pénale. Paris : Éditions Cujas , 1985.
- Wilfrid Jeandidier,... Procédure pénale. Paris : Presses universitaires de France , 1986
- Gaston Stefani,... Georges Levasseur,... Bernard Bouloc,...Procédure pénale. Paris : Dalloz , 1990.
- Michèle-Laure Rassat. Procédure pénale. Paris : Presses universitaires de France , 1990.
- Georges Levasseur, Albert Chavanne, Jean Montreuil. Droit pénal général et procédure pénale : 2e année. Paris : Sirey , 1991.
- Jean Larguier. Procédure pénale. Paris : Dalloz , 1994.
- P. Conte,... P. Maistre du Chambon,...Procédure pénale. Paris : Masson-A. Colin , DL 1995.
- Jean Pradel. Droit pénal . Tome II , Procédure pénale. Paris : Éd. Cujas , 1997.
- Jean-Claude Soyer. Droit pénal et procédure pénale. Paris : LGDJ , 1997.
- Claude Garcin. Procédure pénale. [Lyon] : l'Hermès , 1998.
- Jacques Borricand, Anne-Marie Simon . Droit pénal procédure pénale. Paris : Sirey , 1998.

Sous la dir. de Cherif Bassiouni. Procédure pénale comparée dans les systèmes modernes : rapports de synthèse des colloques de l'ISIS / Jean Pradel. Ramonville-Saint-Agne : Erès , 1998.

- Corinne Renault-Brahinsky. L'essentiel de la procédure pénale /,... -- Paris : Gualino , 1999.

Code de procédure pénale Français

Code de procédure pénale Sénégalaise

Code de procédure pénale Congolaise (Code d'audience) Edition Giraf

Articles

Rep Min 04 septembre 1995 joanq 1995 p 3802

Figure du parquet Christine Lazerges Cite internet

Le monde du 21 septembre 2011

Faustin Hélie Tr instru, crim IV N° 1623

Jurisprudences

Crim 27 Septembre 1900, Bull Crim n° 301

Crim 04 Décembre 1952 JCP 1953 II 7625

Crim 15 juin 1992, Bull Crim N° 161

Crim 15 janvier 1982 Bull crim n° 290

Arrêt de CEDH Medvedyer du 10 juillet 2008

Arrêt de la Cour de cassation Sénégalaise n° 26 du 04 MAI 1987

d'instruction ne peut annuler son propre ordonnance. Ce pouvoir incombe à la chambre d'accusation en vertu de l'article 199 du code de procédure pénale⁶⁷.

Toutefois, en dépit du contrôle des actes d'opportunité, la chambre d'instruction en matière criminelle, peut demander une information complémentaire qu'elle juge utile .prononce d'office la mise en liberté de la personne mise en examen et peut ordonner le placement sous la détention provisoire ou sous le contrôle judiciaire de l'inculpe⁶⁸.

B/ Ordonnance du juge d'instruction contraire au réquisitoire du Ministère public.

Comme nous avons dit plus haut que le parquet poursuit et le juge d'instruction instruit. Dans cette relation, il faut dire que l'instruction termine par le règlement d'une ordonnance émanant du juge d'instruction. C'est un acte juridictionnel susceptible d'appel. Ce pendant, il ya une variété d'ordonnance de juge d'instruction. Cet acte dessaisisse celui-ci de la procédure .Mais il est admis que dans certain cas le juge d'instruction pouvait prendre sur le simple examen des documents qui lui' ont été saisi, et sans ouvrir d'information, rendre une ordonnance de refus d'informer⁶⁹ .On dit le juge d'instruction a clôturé le dossier de l'information. D'ailleurs , c'est dans ce conteste que lors qu'il apparait d'autre charge à l'insu de cette clôture, le juge est tenu de communiquer la procédure au parquet afin que ce dernier puisse décider selon la règle de l'opportunité de poursuite .Ce qui signifie que la clôture de l'information est sanctionnée par une décision. Il est vrai que le recours en droit est fondamental, c'est un droit le plus absolu comparable à d'autre droit relavant de droit de l'homme. D'ailleurs le droit positif est clair là-dessus .La décision de juge d'instruction est comparable l'acte administratif qui a été d'émanation de l'autorité administratif qui ayant porté les griefs à l'égard d'un administré qui a été amené à faire un recours pour excès de pouvoir. Il est vrai

⁶⁷ Ch d'accusation arrêt n° 162/95 du 14 décembre 1995 MP C/MBOW

⁶⁸ Article 201 du cpp)

⁶⁹ Hugueney ; études criminologique 1930 p.391 ; Bastian, Rec crique 1933 p.396 ;Goulesque « le refus d'informer » Rsc 1970 p.940 ; Regime Genim – Maric « réflexion sur le contrôle de la recevabilité de l'action publique » RSC 1980 .p82 ;Bolze » refus d'informer une sanction exceptionnelle en procédure pénale » RSC 1982 .p.311 ; crim 21 Février 1968 D. 1968 ,691 note Pradel.

que cela peut être identique par rapport à la voie de recours qui peut être intenté par le parquet devant la juridiction supérieure.

Section II Le malaise de la séparation de pouvoirs.

Selon Montesquieu « *il n'y a point de liberté, si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice* ». Lors que l'exécutif se mail ou fait de l'ingérence dans le domaine autre que celui qui lui a été réservé, peut constituer une l'immixtion à l'exercice du pouvoir judiciaire. Sur ce point, il faut dire que les fonctions de juger peuvent faire l'objet de doute et de la méfiance. Et dans ces conditions l'équilibre de la balance de justice qui gravite le terme de l'expression de l'égalité comme de tous devant la loi peut paraître comme un mythe. Alors que nul personne ne peut être poursuivie ni condamnée sans que les faits dont elle est poursuivi ne constitue ni crime ni délit ia loi pénale. Il en est de même du principe de la présomption d'innocence qui garantie toute personne arrêtée et ne peut être déclaré coupable que lorsque la juridiction de jugement a eu à le déclarer, d'ailleurs ainsi le rappel la jurisprudence « *qu'aucune peine ne saurait être prononcée à raison d'un fait qui n'est qualifié par la loi ni crime ni délit, ni contreventions*⁷⁰ ».

Il faut reconnaître que l'image de l'indépendance de la justice est la perception de la procédure pénale dans laquelle est organisée tout le droit pénal.(Section I).La description des fonctions judiciaires est fondée sur la séparation des fonctions de poursuite , d'instruction et de jugement .La déclaration de droit de l'homme qui protège tout individu contre l'arbitraire, veille à ce que la loi pénale soit d'interprétation de façon stricte et le juge doit restituer exactement la qualification de l'infraction à la loi pénale afin que les personnes coupables ne tombent pas dans l'arbitraire. Sur ce point, l'exemple le plus patent est tiré de l'article 7 de la convention européenne de droit de l'homme qui consacre le principe de la légalité des délits et des peines (Nullum crimen,nulla poena sine lège) (Section II).

Paragraphe I Le Fondement de l'indépendance judiciaire

⁷⁰ Crim 23 juin 1964 . ;D 1964.578

Le fondement de l'indépendance judiciaire qui a institué la procédure pénale afin d'organiser l'applicabilité des règles de droit pénal en fonction de la qualification d'infraction retenue reste le dilemme de toute la vie judiciaire. En effet, tout le problème est situé sur la transparence de la procédure d'autant plus que la procédure pénale en instituant la relation entre le parquet et l'instruction répondait aux soucis d'éviter les arbitrages afin que soit établi légalement les poursuites et leurs applications à la loi pénale (Paragraphe I). A côté de cette transparence, il faut dire qu'il y a l'indépendance judiciaire.

A / La prévention de l'arbitraire

Depuis la reconnaissance de droit de l'homme, toutes les mesures ont été développées et ont été érigées en garanties procédurales afin d'échapper, dans le cadre du droit pénal, à l'arbitraire. La maîtrise de la procédure a commencé par la semi-division des poursuites et de l'instruction, il paraît deux acteurs pénaux sur une question pénale, l'on pourrait considérer comme un point de renforcement de la sincérité afin que nul ne puisse être puni pour un crime ou pour un délit sans que les éléments constitutifs de l'infraction ne soient pas constitués. Il faut savoir qu'il y a une préalable discussion (A) qui permet donc d'aboutir sur un filtre (B) ; deux conséquences en découlent que nous étudierons.

B/ Une préalable discussion

Une infraction est établie par ses éléments constitutifs de l'infraction, c'est à dire l'élément matériel, légal et intentionnel ou moral, c'est la pierre angulaire du droit pénal, la logique qui permet de déterminer tel type d'infraction pénale ; il faut donc rassembler les faits afin d'identifier les trois éléments constitutifs de l'infraction et de donner la qualification pénale ou juridique appropriée. Ce travail demande la connaissance des outils de droit, il faut que ces derniers puissent s'armer de toute la connaissance juridique de droit et plus particulièrement de la connaissance de droit pénal spécial, ce qui peut résulter d'une étude spéciale, approfondie, de l'infraction. Dans ce domaine, le parquet qui poursuit peut opter pour la qualification juridique des faits, mais il peut y émettre des réserves d'autant plus que l'instruction pourra y avérer autrement. D'ailleurs, il a été relevé par la jurisprudence qu'un même fait ne saurait entraîner une double déclaration de culpabilité⁷¹. Il y a apparemment donc un

⁷¹ Crim 25 février 1921 S 1923 . note JA ; 17 juin 1948 ; BC n° 163 ; 3 mai 1966 ; BC ,n° 79 ; 19 avril 1967 ; BC ,n° 136 ; 16 mai 1976 ; BC n° 181

travail intelligible qui est recherché de la part du magistrat, il est nécessaire de dire que le juge rassemble les éléments à charge ou à décharges suffisant afin que la vérité de la preuve qui peut peser sur telle ou telle personne puisse être établie⁷².

En effet, l'acte de poursuite du parquet est jugé par le juge d'instruction. Il n'y a pas d'autre fait que ce dont il est saisi. On dit par définition, c'est la saisi in rem. Cependant, le juge d'instruction peut inculper toute personne qu'il a réuni les charges suffisantes ou celle qui pèse sur elle par ce qu'il n'est pas saisi in personam.

Le filtre est la position de chacun d'auteur de la procédure à la fin ou la clôture de l'information. L'objectif qui est recherché dans ce conteste, sera de laisser à libre choix, à travers les éléments concoctés de l'enquête ou de l'instruction, au parquet d'en tirer les conséquences de droit, à partir d'un raisonnement juridique convainquant sur la qualification des faits juridiques ou la requalification ou celui de non lieu. Cette pratique qui est attribuée à la liberté de parquet d'abord peut constituer un fondement de son indépendance judiciaire dans la mesure où il décide seul sans aucune influence extérieure quant au renvoi, un non lieu et d'une information supplétif.

Sur ce point, cette caractérisation donnée au Ministère public n'empêche que le juge d'instruction s'en tienne ou s'en va contrairement après le réquisitoire du parquet. La question que l'on doit se poser est celle de savoir pourquoi l'instruction ne statue pas la fin des interrogatoires avant de communiquer la procédure au ministère public ?

Il est vrai que cela ressort des exigeantes de la procédure pénale. Effectivement c'est une condition réservée juste à l'équilibre de la justice pénale et à l'impartialité. Autrement dit la procédure pénale est la source de la transparence et également de l'impartialité puis qu'il ya au demeurant une présomption d'innocence. Ce qui pourrait fonder l'intérêt de l'instruction dans lequel est mis en jeux un individu contre les conséquences coercitives du droit pénal. C'est dans cette optique que l'instruction pourra permettre de découvrir si les fait sont prescrits ou encore la prescription de l'action publique, les obstacles à la

⁷² Article 81 du code de procédure pénale précise que « le juge d'instruction peut procéder ou faire procéder à tous les actes d'information utiles à la manifestation de la vérité »

qualification⁷³, et même si dans la procédure, l'intérêt de l'enfant est mise en jeux dès lors que celui-ci bénéficie d'une certaine protection pénale.⁷⁴

Dans le même sens, l'instruction peut aboutir à la correctionnalisation judiciaire ; c'est-à-dire un fait qui se trouverait être en réalité un crime mais correctionnalisé, tous ceux-ci militent la synthétisation de la procédure dans un bute de mieux connaître le dossier et charge qui pèse sur la personne tout on gardant la solitude de décider juridictionnellement après que le parquet ayant requérir sur le dossier communiqué.

Paragraphe II L'ordonnance du juge d'instruction

Il faut dire qu'outre le pouvoir d'instruction, le juge d'instruction a une vocation d'une juridiction à part entière. Ceci étant, il prend les actes juridictionnels ; c'est-à-dire des actes qui sont dévolus de la même teneur que les décisions de justice, ils sont susceptibles d'appel devant la chambre d'accusation. Autrement dit sont dénommés comme étant les ordonnances du juge d'instruction.

Sur ce point, le juge d'instruction est tenu de motiver sa décision (A), chaque foi qu'il décide de la faire et de façon librement puis en toute liberté et sans préjuger. C'est dans ce conteste que l'on a jugé la puissance de juge d'instruction dans la mesure où il est le leader des libertés dans le cadre de la détention provisoire quant il s'agit des décernements de mandats de dépôt. Il faut reconnaître que celui-ci s'est vu réduire dans le temps ses pouvoirs(B). A se propos, il faut citer par exemple en droit Français, la dévolution du pouvoir de détention au juge des libertés.

A/La motivation des ordonnances du juge d'instruction

Les faits de la saisine du juge d'instruction, lui rend responsable de façon d'emblée. Sur ce point, la sérénité de la prise en charge du dossier de la

⁷³ Les obstacles à la qualification sont des circonstances, le plus souvent prévues de manière expresse par la loi, qui suppriment sous certaines conditions le caractère normalement infractionnel d'un comportement.CF Jean Pradel Droit Pénal Général P.277.

⁷⁴ Article 574 du code de procédure pénale Sénégalaise dispose que « Lorsque l'instruction est achevée, le juge d'instruction spécialisèrent chargé des mineurs rend, suivant les circonstances,(...) soit une ordonnance de non lieu. Dans ce dernier cas, il peut soit admonester le mineur, soit, s'il l'estime utile, le remettre à ses parents (...)

procédure de bout en bout par ce dernier est fondamentale. Il faut dire que cela recherche la grandeur d'esprit de pouvoir maîtriser les faits et leurs présumé auteurs. D'ailleurs, le juge d'instruction doit rechercher aussi bien les faits et preuves de nature à inculper l'intéressé que ceux de nature à disculper. C'est dans cette optique que lors qu'il décide du sort de l'inculpé ou des inculpés, il faudrait que cette position ait été motivée. Toutefois avant de le faire il doit communiquer le dossier de la procédure au parquet. Cette formalité est nécessaire dans la mesure où son inobservation constitue la nullité de l'ordonnance qu'il en chargera à prendre, d'ailleurs, il faut noter que la cours de cassation sénégalaise considère ce motif d'une cassation.⁷⁵

Cependant, il faut souligner que le juge d'instruction ne juge pas, mais il examine s'il existe contre l'inculpé les charges constitutives d'infraction à la loi pénale. D'ailleurs la chambre d'instruction⁷⁶ Française a été tenue de prononcé l'annulation d'une inculpation lorsqu'il avait été procédé à celle-ci en absence d'indices grave ou concordants rendant vraisemblable que la personne mise en cause auteur de complice à la commission de l'infraction dont le juge d'instruction était saisi. A ce propos, par exemple la cours avait considéré que *« légitimement avoir réuni des indices graves ou concordant rendant comme auteur ou complices à des infractions de détournement de fonds publics et faux en écriture publique par des personnes dépositaires de l'autorité publique, la chambre de l'instruction qui énonce qu'il ressort des décruments saisis que les inculpés auraient donné l'ordre de recruter les personnes chargées de missions et signé dans leur activité de fonctionnaire public et par délégation du maire, divers actes de gestion administratifs(notamment les contrats de travail, de ces agent) lesquels constituaient des pièces justificatives qui jointe au mandat de paiement, ont déterminé le comptable public à payer des rémunération ne correspondant à aucun service fait⁷⁷ »*

Sur ce point, il faut aussi rappeler que l'ordonnance du juge d'instruction ne doit pas se pencher sur la preuve ni sur l'imputabilité plutôt que sur les charges suffisantes qui pèse sur l'inculpé. Ce qui signifie en d'autre terme que le

⁷⁵ Cf CS n° 39 du 30 juillet 1986.pgcs contre ABIBOU SALL ordonnance de juge d'instruction non précédée d'une communication au parquet.

⁷⁶ Crim 01 octobre 2003 Bull Crim n° 177.d 2003 IR 2805 D2004 Somm 672 obsq Predel ; JCP 2003 IV 2892

⁷⁷ Crim 26 juin 2007 Bul crim n° 171 D

Tribunal correctionnel ne peut qu'être saisi d'une ordonnance dans laquelle le juge ayant motivé les charges qui pèse sur telle ou telle personne. A contrario, une ordonnance qui pourrait s'inspirer que de la preuve ou de l'imputabilité dans la motivation est incompatible. D'ailleurs la Cours de cassation dans un arrêt⁷⁸ constate l'inexistence de l'ordonnance de renvoi devant la chambre correctionnelle au motif que la saisine du Tribunal correctionnel n'était pas régulière. Toutefois, outre la communication du dossier au parquet de Monsieur le Procureur, le juge d'instruction doit transmettre le dossier de l'instruction y compris son ordonnance au parquet pour que ce dernier soit le renvoi en police correctionnelle, soit devant la Cours d'assise ou d'un classement sans suite, ou d'interjeter appel.

B / Obstacle des ordonnances

Il faut reconnaître que la procédure pénale peut être influencée au cours de la relation entre le parquet et instruction par les circonstances. A vrai dire, l'abrogation d'une loi pénale peut constituer un obstacle pour une procédure encours de l'instruction par ce que le législateur enlève le caractère délictuel ou le comportement infractionnel du délit. Dans ce conteste, il est impossible d'exercer les fonctions de poursuite ni de l'instruction. Sur ce point, la question que l'on se pose est celle de l'intérêt de l'instruction au cours d'une loi pénale abrogée ?

En réalité, dans le cas où la loi pénale est abrogée en cours de l'instruction d'une procédure qui incriminait une infraction pénale, les auteurs ladite infraction sont libres sans qu'il ait établi un acte de l'instruction comme une ordonnance par ce que la loi suffit en elle seule et qu'il n'y pas besoin de quelconque titre que la notification au journal officiel de ladite loi. Il faut reconnaître que la loi est l'expression de la volonté générale. Toutefois, il faut dire que dans le cadre de la politique criminelle le gouvernement a vocation à participer à ladite politique. Ce qui signifie qu'il peut élaborer et présentant au parlement le projet de loi. D'ailleurs l'article 37 de la constitution Française dispose que les matières

⁷⁸ CF N°146 du 12 mars 1986 MP ET GUEYESSE C/GUEYE ET AUTRES.