

Strasbourg, le 29 avril 2003

CPGE (2003) 03

Adresse directe du site web de la Conférence : www.coe.int/prosecutors

Conférence des Procureurs Généraux d'Europe
4^{ème} Session

organisée par le
Conseil de l'Europe
en coopération avec le
Procureur Général de la République Slovaque

Bratislava, 01 – 03 juin 2003

* * * *

Ministère public et politique

RAPPORT
par
M. Alessandro Pizzorusso
Professeur à l'Université de Pise
(Italie)

1.- Le thème des rapports entre « justice » et « politique » est, depuis longtemps, au centre de l'attention des auteurs et des praticiens du droit et la définition du rôle du juriste, du juge et des autres opérateurs juridiques – et notamment de celui du ministère public – constitue, sans doute, le problème qui, de ce point de vue, pose le plus d'interrogations. Toutefois, après des décennies de débats entre les juristes du monde entier, il semble désormais possible de constater un rapprochement entre les positions qui semblaient s'être éloignées au cours des deux siècles derniers, justement à cause des divisions nées sur ce point.

Sous la poussée de la philosophie des lumières, au cours du XIX siècle et dans la première partie du XX, l'idée selon laquelle la loi est l'expression de la « volonté générale » avait pris le dessus, non seulement dans les pays de l'Europe continentale et dans les pays extra-européens qui avaient subi leur influence, mais également dans les pays de *common law* dans lesquels les précédents judiciaires continuaient à être officiellement reconnus comme une source du droit. Toutefois, l'idée selon laquelle le droit constitue un produit de la culture juridique, et pas seulement un produit de la volonté politique, n'a jamais complètement perdu sa force persuasive et, au cours du XX siècle, l'idée de l'existence de principes juridiques intouchables même par l'autorité politique et la conception selon laquelle l'ordre juridique constitue un système rationnel de concepts élaborés par des juges et par des professeurs de droit a retrouvé un rôle important, à travers la diffusion du contrôle de constitutionnalité des lois et par le biais du développement de l'étude scientifique du droit¹.

Au début du troisième millénaire, il ne fait désormais aucun doute que l'activité d'interprétation du droit, qui est universellement reconnue comme étant spécifiquement propre au juriste et au juge, peut, elle aussi, être considérée, sous certains aspects, comme une forme d'activité normative, même si ceci ne doit pas conduire à réfuter le principe selon lequel l'activité judiciaire est toujours soumise aux règles qui, sur la base des normes sur la production juridique, sont en vigueur dans l'ordonnement juridique dans lequel cette activité est exercée. Même l'opposition entre les systèmes juridiques de *civil law* et ceux de *common law*, qui, comme le soulignent les études comparatives, constituait sur ce point la distinction principale, notamment depuis le XIX siècle, s'est atténuée en large mesure par l'effet du net élargissement des matières couvertes par la *statute law* dans les ordres juridiques anglo-saxons et de la profonde pénétration du droit jurisprudentiel dans les pays les plus sensibles aux idées inspiratrices de la codification moderne². Ceci paraît donner raison à ceux qui pensent que la sphère du droit est en train d'aller, elle aussi, vers une forme de mondialisation dans le cadre de laquelle le droit « législatif », de formation essentiellement politique, et le droit « jurisprudentiel », de formation doctrinale, judiciaire ou coutumière, retrouvent un plus grand équilibre selon des orientations par ailleurs bien connues dans l'expérience historique antérieure au XVIII siècle³.

¹ Voir M.CAPPELLETTI, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford, Clarendon Press, 1989.

² Voir R.DAVID, C.JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris, Dalloz, XI éd., 2002 ; P.STEIN, *Legal Institutions. The Development of Dispute Settlement*, London, Butterworth, 1984 ; R.SACCO, *Trattato di diritto comparato*, Torino, Utet, 1992 ss. (5 volumes) ; A.PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati*, Milano, Giuffrè, II éd., 1998 ; R.C.VAN CAENEGEM, *European Law in the Past and the Future*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000 ; M.G.LOSANO, *I grandi sistemi giuridici*, Roma, Laterza, 2000.

³ Voir notamment, J.P.DAWSON, *The Oracles of the Law*, Westport, Greenwood Press, 1968.

Cependant, en ce qui concerne l'institution du « ministère public », le problème du rapport entre justice et politique se pose de manière particulière puisqu'il s'agit d'une institution à laquelle reviennent des attributions qui, sous certains aspects, sont analogues à celles du juge (et qui, de toute façon, sont fonctionnellement liées à celles du juge), mais qui, dans certains pays, sont néanmoins considérées comme appartenant au pouvoir politique, et, plus précisément, au pouvoir exécutif, ou bien à un pouvoir autonome vis-à-vis des trois pouvoirs traditionnels et donc distinct du pouvoir judiciaire, même si, sous certains aspects, très proche de celui-ci⁴.

Les fonctions les plus représentatives de l'institution du ministère public sont celles qui résultent du pouvoir d'exercer l'action pénale, souvent dans un système de monopôle, afin de demander au juge l'application de sanctions spécifiques – dénommées justement « sanctions pénales » – que le législateur a prévues comme conséquence de la réalisation d'un délit, dont l'hypothèse est, elle aussi, prédéterminée par la loi. À l'exercice de l'action pénale est lié tout un ensemble de pouvoirs procéduraux, qui normalement incluent le pouvoir d'évaluer l'opportunité d'attaquer, selon les formes prévues par la loi, les décisions du juge qui apparaissent juridiquement censurables et qui souvent s'élargissent également à la direction des enquêtes visant à la vérification des délits et à l'exécution des sentences pénales condamnatoires. En revanche, l'attribution au ministère public de compétences en matière civile ou administrative, qui est aussi prévue par le droit de certains pays, est moins représentative de l'institution.

Par ailleurs, le fait que le ministère public revête dans le procès le rôle de « partie » et s'oppose, ainsi, au juge, à l'accusé et aux autres parties est assez significatif. Tout aussi significatif est le fait qu'il se différencie des autres parties parce qu'il se présente comme une « partie publique » (ou, comme on dit souvent, comme une « partie impartiale »), distincte des « parties privées » à cause de l'obligation de chercher de toute façon la vérité, même si cela se traduit en un avantage pour celui qui dans le procès – et uniquement dans le procès – représente son adversaire naturel, c'est-à-dire l'accusé.

Le « caractère politique » des fonctions du ministère public se manifeste surtout par rapport à deux types de problèmes. Le premier d'entre eux découle de la possibilité de configurer l'activité de ce sujet comme faisant partie d'une « politique criminelle » qu'il faut encadrer dans l'activité plus générale d'orientation politique qui revient fondamentalement aux organes constitutionnels « politiques », à savoir au législatif et à l'exécutif, avec des modalités variables selon les particularités propres à la forme de gouvernement appliquée dans le pays concerné. Le second problème dérive de l'éventualité que l'activité du ministère public (et celle du juge qui donne suite à celle-ci) aille toucher les titulaires de fonctions publiques, encadrées dans d'autres pouvoirs de l'État, en provoquant ainsi des interférences dans le fonctionnement du pouvoir de l'État dans le cadre duquel ces personnes agissent.

Ce second type de problème est celui qui, surtout dans ces dernières années, a le plus souvent donné lieu, dans différents pays, à des critiques, que ce soit de la part de ceux qui ont vu dans les comportements du ministère public des formes d'interférence illégitime à l'égard de l'activité des organes constitutionnels politiques ou de la part de ceux qui, à l'opposé, ont trouvé des motifs de critique dans des cas dans lesquels l'action pénale n'a pas été exercée à l'égard de sujets de ce même genre (ou à l'égard de leurs protégés) ou à l'égard d'autres sujets dont la persécution pénale aurait pu mettre en difficulté la gestion politique des affaires

⁴ Voir C.GUARNIERI, P.PEDERZOLI, *La democrazia giudiziaria*, Bologna, Il Mulino, 1997.

publiques (comme dans le cas où l'on poursuit des étrangers dont l'incrimination peut donner lieu à une controverse à caractère international).

2.- En commençant notre analyse par les problèmes de ce dernier type, nous observerons que ceux-ci trouvent généralement leur solution dans un ensemble de règles, souvent très précises et normalement contenues dans la Constitution ou dans des lois d'application de normes constitutionnelles (ou ayant un caractère matériellement constitutionnel), qui prévoient des cas d'« immunités » ou de « privilèges de juridiction », inspirés par le principe de la « raison d'État », et qui dérogent à d'autres principes constitutionnels, à commencer par celui qui impose la parité de traitement pour tous⁵. Il est notoire que les cas d'immunité se distinguent notamment en deux types, selon qu'ils désignent des situations d'« irresponsabilité » (pénale, ou même civile et administrative), ou bien des cas d'« inviolabilité ».

L'irresponsabilité⁶ conduit à ce qu'un comportement qui peut être dans l'abstrait pénalement poursuivi – et qui généralement doit avoir été réalisé « dans l'exercice des fonctions publiques » relevant du sujet en question – ne constitue pas un délit, même s'il le constituerait s'il n'existait pas cette circonstance spécifique, ceci impliquant normalement l'exclusion de tout autre responsabilité d'ordre civil ou disciplinaire, puisque le fait ne peut être considéré comme un délit.

Un exemple typique d'irresponsabilité est celui de l'irresponsabilité reconnue aux chefs d'États monarchiques (parfois définis comme « sacrés et inviolables »), tandis que dans le cas des États républicains l'irresponsabilité est exclue pour des délits particulièrement graves, tels la trahison ou l'attentat à la Constitution⁷. À l'égard des parlementaires (et parfois même à l'égard des conseillers régionaux, des juges constitutionnels et de quelques autres catégories de personnes), l'irresponsabilité est généralement limitée aux voix données et aux opinions exprimées dans l'exercice de leurs fonctions, sur les traces de l'article 9 du *Bill of Rights* anglais de 1689, qui codifia une règle suivie déjà auparavant par le Parlement britannique, ainsi que du décret du 23 juin 1789 adopté par l'Assemblée révolutionnaire française sur proposition de Mirabeau. Le problème qui se pose dans ces cas-là concerne notamment la détermination de l'expression « dans l'exercice des fonctions » qui conduit à l'irresponsabilité, certains ayant essayé d'élargir la notion bien au-delà de la portée qui semble propre à cette expression. Les ordonnancements allemand et grec excluent, toutefois, de la sphère de l'irresponsabilité l'énonciation d'expressions diffamatoires.

L'invocabilité⁸ consiste, en revanche, dans la soumission du pouvoir du ministère public d'exercer l'action pénale à l'obtention d'une levée d'immunité de la chambre à laquelle appartient l'accusé potentiel (et ce tant qu'il en fait partie). L'invocabilité trouve ses premières formulations dans la Constitution française de 1791 (titre III, chapitre I, section V, article 8) et, par la suite, dans celle de 1795 (article 113), pour se répandre ensuite dans un grand nombre de pays. Dans certains ordres juridiques, il faut une autorisation spécifique

⁵ Ce dernier principe est exprimé par la formule « la loi est égale pour tous ». Cette formule, énoncée dans des documents particulièrement solennels, est écrite dans les salles de justice de beaucoup de pays et représente un avertissement dont l'ensemble de l'activité judiciaire doit s'inspirer.

⁶ Le terme français « irresponsabilité » correspond au terme anglais *privilege*, au terme espagnol *inviolabilidad* et au terme italien *insindacabilità* ou *irresponsabilità*.

⁷ Voir le rapport de la Commission présidée par le professeur Avril sur la responsabilité du Président de la République française.

⁸ Le terme français « inviolabilité » correspond au terme espagnol *immunidad* et au terme italien *inviolabilità*.

pour pouvoir accomplir des actes de procédure individuels (telle l'arrestation de l'accusé) à l'égard de parlementaires, tandis que, lorsque l'autorisation a un caractère général, des hypothèses dans lesquelles elle ne doit pas être demandée sont prévues (tel est le cas, par exemple, du flagrant délit). Bien évidemment, la fin du mandat parlementaire ou la non réélection font disparaître l'inviolabilité et, dans le cas de réélection, la demande de levée d'immunité doit être renouvelée. Dans certains pays, par ailleurs, l'inviolabilité ne se réfère pas à la législature mais à la session parlementaire.

La réglementation de cette cause d'inviolabilité a, elle aussi, donné lieu à de nombreux débats relatifs à sa réelle portée. Certains auteurs ont essayé de réduire les motivations possibles aux cas d'accusations ayant un caractère « politique », même si cela n'a pas toujours simplifié la question, tandis que dans d'autres cas on a estimé que l'organe qui procède à l'accusation doit prouver l'existence d'un *fumus persecutionis*, ce qui semble encore plus difficile à démontrer. Rappelons, même si cela n'est pas suffisant pour résoudre le problème, que l'inviolabilité est établie comme garantie de la fonctionnalité du Parlement et non pas des intérêts personnels du parlementaire, comme souvent a été affirmé.

L'autorisation « générale » à procéder a été supprimée, en Italie, en 1993 et, en France, en 1995, seules certaines formes d'autorisation pour des actes de procédure individuels ayant été conservées. En Italie ceci a eu pour conséquence singulière de faire naître l'interprétation selon laquelle la Chambre d'appartenance doit être interpellée afin d'établir si le comportement attribué à l'un de ses membres ne constitue pas un motif (non plus d'inviolabilité, mais) d'irresponsabilité, avec un effet contraignant pour le juge du procès pénal⁹ mais aussi de développer une pratique parlementaire (contrastée par ailleurs par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle) tendant à élargir de plus en plus la notion d'« exercice des fonctions » propres au parlementaire.

En outre, il y a parfois eu des discussions relatives à l'obligation du parlementaire de participer à l'audience en qualité d'accusé ou de témoin ou de défenseur et à la demande de repousser l'audience en raisons d'occupations parlementaires.

C'est, en revanche, l'idée de la protection de la « raison d'État » qui a inspiré la prévision de l'autorisation des poursuites provenant d'une branche du Parlement pour les délits accomplis par les membres du Gouvernement dans l'exercice de leurs fonctions, prévision d'autorisation établie par le droit italien afin d'évaluer si ces délits ont été accomplis « pour la garantie d'un intérêt étatique constitutionnellement important ou bien pour la poursuite d'un intérêt public prioritaire dans l'exercice de la fonction de Gouvernement » (auquel cas ces membres ne seront pas poursuivis)¹⁰.

Parmi les cas de privilèges de juridiction il faut compter ceux dans lesquels la fonction de juger certaines catégories de délits est réservée à la chambre à laquelle appartiennent les parlementaires qui en sont accusés (à travers un « jugement des pairs »), même si les hypothèses de ce genre ont désormais été supprimées presque partout¹¹. En revanche, certains pays prévoient de simples « tribunaux spéciaux » pour les délits dont on accuse le Président de la République¹² et parfois pour les délits « ministériels »¹³, ou bien pour les membres du

⁹ Corte cost., 29 décembre 1988, n. 1150, in *Foro italiano*, 1989, I, 326 et s.

¹⁰ Article 96 de la Constitution de 1948 et article 9, alinéa 3, de la loi constitutionnelle n. 1 du 16 janvier 1989.

¹¹ Pour les membres de la *House of Lords* anglaise, ce privilège a été supprimé par une loi de 1948.

¹² Telle la *Haute Cour de Justice*, prévue par les articles 67 et 68 de la Constitution française de 1958.

Parlement ou du Gouvernement (qui sont jugés, en Espagne, par la section pénale du *Tribunal Supremo*¹⁴), ou encore pour les parlementaires accusés de diffamation (qui sont jugés, en Grèce, par la Cour d'appel¹⁵), tandis que dans d'autres cas, pour des procès de ce type, sont uniquement prévues des variations aux normes de procédure normalement appliquées¹⁶.

Le fondement des immunités et des privilèges de juridiction est à rechercher dans un balancement, accompli par le constituant, entre l'intérêt général à poursuivre les délits, qui implique bien évidemment la parité de traitement pour tous ceux qui les ont commis, quel que soit leur éventuel rôle institutionnel, et l'intérêt public à ce que les titulaires des plus hautes fonctions de l'État puissent agir librement, sans être conditionnés par la crainte d'encourir des responsabilités. Il s'agit d'un balancement très délicat, mais, dans l'ensemble, justifié¹⁷.

3.- En ce qui concerne les problèmes du second type, il convient de remarquer que l'expression « politique criminelle » désigne, dans son ensemble, l'activité exercée par l'État afin de réglementer législativement et de réaliser concrètement l'activité de prévention et de répression des délits. Plus précisément, la réglementation de la matière pénale revient au pouvoir législatif, comme celle de toute autre matière, tandis que l'activité préventive constitue une branche de l'activité administrative, appartenant au pouvoir exécutif, et l'activité répressive est, elle, l'œuvre du pouvoir judiciaire, qui applique les sanctions prévues par la loi et déterminées par les juges, sur initiative du ministère public ou de la personne qui a subi la lésion constituante le délit.

Dans la plupart des cas, le pouvoir d'exercer l'action pénale est réservé à l'État par le biais du ministère public. Ce n'est, en revanche, que dans des cas limités que ce pouvoir est conditionné par la présentation d'une « plainte » par la partie lésée ou par d'autres conditions de procédure dont l'accomplissement est confié à des sujets étrangers au pouvoir judiciaire. Une action pénale privée, configurée comme une véritable action populaire, est prévue par le droit espagnol (art. 125 de la Constitution de 1978), tandis qu'en Angleterre il existe un pouvoir de ce type qui se présente surtout comme une forme d'exercice privé de fonctions publiques et dont le rôle a été réduit – mais pas supprimé – par la loi de 1985 qui a institué le *Crown Prosecution Service*¹⁸.

¹³ Telle la *Cour de Justice de la République*, prévue par les articles 68-1, 68-2 et 68-3, introduits dans la Constitution française de 1958 par la loi constitutionnelle n. 93-952 du 27 juillet 1993.

¹⁴ Articles 71, alinéa 3, et 102, 1^{er} alinéa, de la Constitution espagnole de 1978.

¹⁵ Article 61, alinéa 2, de la Constitution grecque de 1975, modifiée en 1986.

¹⁶ Comme c'est le cas en Italie, pour les délits ministériels, sur le fondement de l'article 96 de la Constitution de 1947, modifié par la loi constitutionnelle n.1 du 16 janvier 1989 qui a supprimé le compétence spéciale de la Cour constitutionnelle, originellement prévue pour ces délits (cette juridiction spéciale a été maintenue, en revanche, pour les délits dont on peut être accusé le Président de la République).

¹⁷ Sur cette question, voir L.M.DIEZ-PICAZO, *La criminalidad de los gobernantes*, Barcelona, Crítica, 1996. Pour une critique très vive du système des immunités parlementaires, voir H.KELSEN, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Tübingen, J.C.B.Mohr (P.Siebeck), 1929, traduction italienne dans *Democrazia e cultura*, Bologna, Il Mulino, 1955, pp. 3 et s. ; C.MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, IX ed., Padova, CEDAM, 1975, vol.I, pp. 494-495.

¹⁸ L.M.DIEZ-PICAZO, *El poder de acusar. Ministerio Fiscal y Constitucionalismo*, Barcelona, Ariel, 2000, pp. 35 et s., 151 et s. ; J.R.SPENCER, *Jackson's Machinery of Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, pp. 228-229. Bien évidemment, ne constitue pas un exercice de l'action pénale l'exercice du pouvoir de « dénonciation » des délits (auprès de la police, du ministère public ou de n'importe quelle autre autorité ayant l'obligation de la transmettre) qui revient à n'importe quelle personne et ne donne lieu qu'à une *notitia criminis* qualifiée.

Bien que la répression des délits soit normalement réalisée sur la base d'évaluations d'ordre essentiellement moral largement partagées dans la société que l'État organise juridiquement, il est généralement admis que l'incrimination de certains comportements puisse constituer un instrument utilisable dans le cadre d'un programme politique visant à combattre certaines conduites qui, dans un contexte particulier, sont considérées comme socialement nocives, même si elles ne le sont pas dans l'absolu, ce qui revient ainsi à réunir les *mala in se* (comme disaient les pénalistes des siècles passés) et les *mala quia prohibita*. Et même en ce qui concerne les délits dont la poursuite est réalisée sur le fondement d'un consensus général, il ne fait aucun doute qu'il puisse y avoir des raisons plus ou moins contingentes capables de conduire les autorités à intensifier ou atténuer la répression de certains d'entre eux.

Toutefois, il est à noter que la détermination des hypothèses délictueuses, comme des sanctions applicables à celles-ci, relève de la compétence du législateur, l'incrimination d'un certain comportement ne pouvant résulter d'un acte du pouvoir exécutif¹⁹, ou d'un acte du pouvoir judiciaire²⁰ (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). Cette « matière » est, en effet, généralement couverte par une véritable « réserve de loi » au sens technique²¹.

Il ne fait par conséquent aucun doute que, dans les limites éventuellement posées par des normes constitutionnelles, le législateur puisse développer, par des actes législatifs, sa propre politique criminelle visant à décourager, par la menace de l'application de sanctions pénales, certains comportements. De même, il ne fait aucun doute que le gouvernement et, en particulier, le ministre de la justice, puissent promouvoir ces mesures, en utilisant les pouvoirs d'initiative législative qui leur appartiennent. En revanche, eu égard à la réserve de loi ci-dessus rappelée, il est moins simple de déterminer dans quelle mesure il est possible de parler de politique criminelle par rapport à des activités administratives ou juridictionnelles.

En ce qui concerne l'activité administrative, il convient en fait de retenir qu'elle doit en tous cas se développer sur l'orientation édictée par la loi et que les actes administratifs ne peuvent qu'essayer d'appliquer – ou, à la limite, interpréter, sous le contrôle du juge – ce que le législateur a préventivement établi. En outre, dans les ordonnancements qui admettent la délégation du pouvoir législatif, il est évident que le terme loi désigne également, même à cette fin, l'activité normative du pouvoir exécutif fondée sur cette délégation.

Pour ce qui concerne les actes du pouvoir judiciaire, il est évident que jouera la subordination à la loi établie à leur égard de manière générale et qui se résout dans le strict respect des normes pénales et de procédure pénale. Dans les cas, par ailleurs limités, dans lesquels la loi prévoit certaines formes de pouvoir discrétionnaire du juge (par exemple, en ce qui concerne la détermination de la peine entre un maximum et un minimum), le juge devra s'inspirer dans

¹⁹ Voir, toutefois, les débats relatifs à l'admissibilité des dites « normes pénales en blanc » par le biais desquelles la loi prescrit des sanctions pénales pour la violation de normes établies par des actes non législatifs (même futurs) auxquels la loi renvoie pour la réalisation de l'hypothèse pénale.

²⁰ Il faut rappeler, à ce propos, la règle selon laquelle les lois pénales doivent être « interprétées de manière stricte », ce qui revient à exclure l'interprétation par analogie (voir, par exemple, l'article 14 des dispositions préliminaires du code civil italien). Cette règle, qui implique l'existence d'une « réserve de loi » en matière pénale, souvent établie par des normes constitutionnelles (tel l'article 25 de la Constitution italienne), est également affirmée dans les ordonnancements de *common law* qui ne disposent pas d'un « code pénal ».

²¹ En effet, dans les systèmes de *common law*, par exemple, le juge applique le droit qui résulte des précédents judiciaires, mais également des *statutes*. Pour la matière pénale, cependant, il existe, tant dans les systèmes de *civil law* que dans ceux de *common law*, une dérogation résultant du principe sus-rappelé *nullum crimen, nulla poena sine lege*, qui exclue la possibilité de formuler une norme pénale provenant de sources subordonnées à la loi formelle ou à travers le recours aux précédents judiciaires.

ses propres décisions des principes indiqués de manière explicite par la loi ou des règles (même extra-juridiques) auxquelles la loi renvoie.

Mais, le principe de séparation des pouvoirs et la garantie de l'indépendance du pouvoir judiciaire imposent que les mesures législatives et administratives à travers lesquelles est exercée la politique criminelle n'empiètent pas dans le domaine de compétence du pouvoir judiciaire, qui comprend la vérification des faits dont dépend l'application des sanctions pénales ainsi que la détermination des normes à appliquer à ces faits-là.

Ainsi, toute influence du pouvoir législatif ou du pouvoir exécutif sur les activités du juge doit être considérée comme prohibée s'il ne s'agit pas de mesures générales et abstraites (et dirigées vers le futur) ou s'il s'agit de mesures capables, de toute façon, d'avoir une incidence sur des décisions judiciaires individuelles (excepté dans les cas constitutionnellement permis, telle la prévision d'un pouvoir de grâce). Ce type d'influences est interdit que ce soit lorsqu'elles tendent à avoir une incidence directe sur une décision judiciaire ou lorsqu'elles peuvent avoir un effet indirect dans ce sens²².

Dans les ordonnancements constitutionnels qui garantissent l'indépendance des juges en conférant les fonctions instrumentales à l'exercice de la juridiction à un organe *ad hoc*²³, tels les « conseils supérieurs de la magistrature » prévus par nombre de Constitutions récentes, il faut estimer que ce type de garanties concerne également l'ensemble des fonctions relevant de cet organe. Par contre, il est évident qu'une politique criminelle pourra être développée par le gouvernement ou par le ministre de la justice, même par le biais d'actes non législatifs, par rapport aux fonctions qui n'ont d'incidence ni sur des matières réservées à la loi, ni sur d'autres garanties de l'indépendance du pouvoir judiciaire directement ou indirectement assurées par la Constitution. Tandis qu'en ce qui concerne les organes tels les conseils supérieurs de la magistrature, bien qu'ils ne participent en aucun cas au pouvoir d'orientation politique en matière de politique criminelle, il est clair qu'ils devront tenir compte, dans l'exercice de leurs fonctions, des indications dérivant des actes adoptés par le Parlement et par le Gouvernement n'excédant pas leur compétence respective.

Quant aux organes du ministère public, la question qui se pose principalement est celle de savoir si, pour ce qui concerne les garanties d'indépendance, ils doivent être assimilés ou pas aux organes judiciaires. En faveur d'une réponse positive à cette question, on peut relever que puisqu'il est normalement interdit au juge de procéder d'office, si l'indépendance du ministère public n'est pas garantie de manière analogue à l'indépendance du juge, cette dernière garantie ne suffira pas à empêcher que la répression des délits ne subisse d'éventuelles influences du pouvoir politique. En effet, si l'indépendance du juge pénal peut permettre d'éviter que ne soient condamnés des accusés injustement incriminés à la suite d'influences de cette sorte, elle ne peut aucunement assurer la condamnation de ceux qui n'ont pas été poursuivis du fait de ces influences, alors qu'ils auraient dû l'être sur la base du principe selon lequel « la loi est égale pour tous ».

²² Une garantie typique de ce genre est celle établie par l'article III, section I, de la Constitution des États-Unis, qui interdit de réduire le traitement économique des juges fédéraux pendant leur mandat. Et c'est justement pour éviter ce genre d'influences indirectes que, dans les ordonnancements dans lesquels les juges et les ministères publics sont des fonctionnaires de l'État, on a souvent soustrait au pouvoir exécutif la gestion de ce personnel, en transférant ces fonctions (bien qu'il s'agisse de fonctions matériellement administratives) à des organes du pouvoir judiciaire tels les conseils supérieurs de la magistrature.

²³ Sur ce type de mesures, voir A. PIZZORUSSO, *L'organizzazione della giustizia in Italia*, Torino, Einaudi, 1990, pp. 97 et s.

Les réglementations que l'on retrouve concrètement dans les Constitutions modernes présentent toutefois des solutions diversifiées, parmi lesquelles certaines semblent présupposer une orientation de ce type, tandis que d'autres s'en éloignent plus ou moins profondément.

4.- Le rôle que le ministère public joue dans le système constitutionnel de l'État dans lequel il opère dépend principalement de la façon dont cette institution est organisée, des normes de procédure qui règlent son activité et du fait que l'exercice de l'action pénale ait ou non un caractère obligatoire et se présente ou pas comme l'objet d'un monopôle public²⁴, même s'il est éventuellement conditionné par une manifestation de volonté du sujet privé qui a subi la lésion constitutive du délit.

En ce qui concerne l'organisation, les alternatives sont représentées par l'existence ou non de liens entre les organes du ministère public et certains organes politiques, et par la coordination plus ou moins étroite des bureaux du ministère public qui opèrent auprès des juridictions, à travers leur insertion dans une organisation hiérarchique (centralisée au niveau national ou dans le cadre d'un État membre d'une fédération) ou bien dans une pluralité d'organisations hiérarchiques opérant de manière plus ou moins indépendante par rapport aux circonscriptions territoriales. Du premier point de vue, les organes du ministère public peuvent être encadrés dans l'organisation du pouvoir judiciaire, ou bien dans celle du pouvoir exécutif, ou même constituer un système d'organes indépendant de tout autre pouvoir (et donc un pouvoir autonome), même s'il est relié de différentes façons aux pouvoirs traditionnels ou à certains d'entre eux. L'organisation du ministère public peut également être unique, même si elle s'articule autour de plusieurs bureaux qui peuvent être décentralisés ou constituée de bureaux individuels, simplement raccordés entre eux de quelque façon que ce soit, institués auprès des bureaux judiciaires (qui possèdent normalement un caractère « diffus » sur le territoire). Les caractéristiques de l'organisation interne prévues pour les bureaux du ministère public sont également très importantes, notamment en ce qui concerne les rapports entre le dirigeant de chacun d'entre eux et les autres magistrats qui collaborent avec lui.

Quant aux normes de procédure, une distinction essentielle doit être faite selon que le ministère public est configuré comme une « partie impartiale » – jouant un rôle semblable à celui du juge, même s'il est engagé dans la dialectique procédurale qui l'oppose, sur un plan d'égalité substantielle, à la défense de l'accusé (ce qui le distingue du juge-tiers, placé au-dessus des parties) – ou principalement comme un accusateur, à plus forte raison s'il est lié à l'autorité politique. Les réglementations procédurales concrètement en vigueur cherchent souvent à concilier les exigences opposées qui constituent la base des deux hypothèses théoriques extrêmes qui s'opposent dans l'abstrait.

Enfin, en ce qui concerne le caractère obligatoire ou discrétionnaire de l'action pénale²⁵, il faut remarquer qu'il est indéniable que les décisions du ministère public comportent toujours un certain degré de pouvoir discrétionnaire puisque l'exercice de l'action pénale est normalement conditionné par toute une série d'évaluations relatives à l'existence de

²⁴ Le système de monopôle public existe en France, en Allemagne, en Italie ou encore aux États-Unis mais n'existe pas en Espagne et en Angleterre.

²⁵ Le système obligatoire existe en Italie (où il est constitutionnalisé : article 112 de la Constitution), Allemagne et Espagne, tandis qu'il est exclu en France (où on parle d'« opportunité des poursuites »), en Angleterre et aux États-Unis.

fondements factuels et juridiques qui, dans le cas concret, rendent l'action possible et susceptible d'aboutir. Toutefois, lorsque le principe du caractère obligatoire de l'action pénale est adopté, il implique que soient exclues de ce type de pouvoir discrétionnaire les évaluations d'opportunité, telles celles qui caractérisent l'activité administrative, et que ce pouvoir se limite à l'évaluation des éléments de faits importants et à l'interprétation des normes juridiques applicables (selon des techniques semblables à celles employées par le juge, conduisant ainsi à formuler une sorte de pronostic sur la décision que le juge pourra rendre à la fin du procès). De fait, il s'agit d'une forme de pouvoir discrétionnaire technique, même dans les cas dans lesquels le caractère discrétionnaire est plus accentué, comme c'est le cas, par exemple, lorsque l'activité du ministère public consiste dans la proposition d'un recours contre une décision du juge ou dans la demande d'une mesure préventive²⁶.

Ceci vaut également par rapport au problème de l'éventuelle détermination de « critères de priorité » dans l'exercice de l'action pénale, problème qui a donné lieu à de nombreux débats dans certains pays européens. Ce problème naît du constat selon lequel, lorsque la détermination de ces critères n'est pas réglée par la loi, cette détermination reste confiée au magistrat compétent pour exercer l'action pénale, pour fixer les activités procédurales etc., qui déterminera, selon ses propres évaluations, quels sont les procès les plus urgents et ceux qui le sont moins.

Il est ainsi évident que ce pouvoir de choisir doit être soumis à des limitations d'ordre procédural, à travers l'adoption de règles qui favorisent des décisions devant tenir compte – sans, pour autant, être obligées de les suivre, sinon dans les limites dérivant de l'obligation de motiver les choix – de l'avis de tous ceux qui semblent, pour une raison ou pour une autre, représenter les intérêts et les opinions des communautés le plus directement impliquées (et, en premier lieu, de l'avis de tous les membres du bureau judiciaire intéressé par la décision et pas uniquement de celui de son dirigeant ou du seul titulaire du dossier).

Dans cet ordre d'idées, rien n'interdit que soient également consultés des représentants politiques, ce qui ne semble pas pour autant signifier que l'on puisse leur reconnaître un pouvoir de direction relevant de la capacité générale des organes constitutionnels de gérer la politique criminelle. Celle-ci ne peut, en effet, être réalisée que par les organes législatifs, par le biais de lois visant à établir quelles hypothèses doivent être poursuivies en tant que délits et quelles normes de procédure doivent être appliquées à cette fin. En revanche, elle ne peut aucunement être mise en place par le biais de directives gouvernementales ou parlementaires tendant à influencer, même de manière indirecte, la décision de procès concrets. Le principe du « juge naturel », qui a été constitutionnalisé dans plusieurs pays, permet entre autres de garantir cette exigence puisqu'il comporte une réserve de loi en matière de détermination de l'organe devant émettre la décision et impose la prédétermination du juge par rapport au cas qu'il faut juger.

En revanche, les formes de pouvoir discrétionnaire inhérentes à l'organisation des bureaux du ministère public et à l'organisation du travail qu'ils réalisent sont plus similaires à celles propres à l'activité administrative. Cette forme de pouvoir discrétionnaire, même si elle a, dans ce cas, une fonction instrumentale aux poursuites, est, en effet, semblable à celle requise pour n'importe quel type d'activité administrative. Lorsque l'action pénale est obligatoire, ceci conduit nécessairement à ce que ces fonctions soient réglementées (comme c'est d'ailleurs le cas pour les activités administratives instrumentales pour l'exercice de la

²⁶ L.M.DIEZ-PICAZO, *El poder de acusar*, cit., pp. 15 et s.

juridiction) par des normes limitant le plus possible le peu de pouvoir discrétionnaire qui découle inévitablement des activités d'exercice de l'action pénale et réglementant de manière rigoureuse l'exercice de ce pouvoir en imposant notamment l'obligation de motiver les mesures prises individuellement.

Présente, en revanche, moins d'importance le fait que soient attribuées au ministère public des fonctions accessoires, tel le pouvoir d'intervention dans les procès civils qui concernent des questions relatives à des intérêts publics ou telle la gestion de fonctions administratives normales que, pour une raison ou pour une autre, (mais généralement afin de garantir une gestion caractérisée par la plus grande impartialité possible) on préfère ne pas confier aux bureaux administratifs ordinaires.

Les fonctions exercées par les organes du ministère public dans le cadre des ordonnancements étatiques font partie des fonctions imputables à l'État (par exemple, lorsqu'il s'agit d'établir les responsabilités civiles qui peuvent dériver de leur exercice erroné). Cependant, elles doivent être exercées de manière impartiale, même par rapport aux intérêts de l'État lui-même et même lorsque l'exercice de l'action pénale n'est pas qualifié d'obligatoire ou lorsque le ministère public est conçu comme un accusateur : ceci constitue une application directe du principe de la parité de traitement que les organes publics doivent observer à l'égard des citoyens. C'est la raison pour laquelle on affirme souvent que le ministère public – comme, d'ailleurs, le juge – opère dans l'intérêt de l'État-communauté nationale et non dans l'intérêt de l'État-personne juridique (son rôle étant distinct de celui d'autres organes tel l'Avocat du Trésor public que l'on retrouve dans de nombreux pays).

5.- Du point de vue organisationnel, les formes d'organisation du ministère public que l'on retrouve dans les ordonnancements des pays dont les expériences pratiques ont exercé une influence majeure sur les études dédiées à cette institution présentent des caractéristiques très différentes²⁷. Les principales peuvent être classées selon certaines particularités, dont j'essaierai de mettre en lumière les implications pratiques.

Une première distinction peut être réalisée selon que le ministère public gère directement (ou, en tous cas, contrôle) l'ensemble des activités inhérentes à l'exercice de l'action pénale par rapport à chaque délit, ou bien seulement une partie de celles-ci. Ces activités, entendues au sens le plus large, comprennent : 1) la réception des *notitiae criminis* provenant des citoyens et leur éventuelle recherche, même d'office ; 2) la réalisation des enquêtes préliminaires relatives à celles-ci ; 3) l'exercice de l'action pénale ou bien la demande (ou la décision) de non-lieu ; 4) la représentation de la partie publique dans toutes les phases du procès, y compris celles relatives aux recours contre les décisions du juge et celles relatives à l'arrestation éventuelle de l'accusé et à d'autres mesures d'instruction ; 5) l'exécution des peines infligées par le juge.

Les solutions que l'on retrouve dans la pratique des différents pays peuvent comporter l'attribution à un organe pouvant être qualifié de ministère public de la seule activité du point n. 4, comme en Angleterre, ou bien de toutes ces activités, comme en Italie après l'introduction du code de procédure pénale de 1988. Des variantes intermédiaires prévoient l'intervention d'un « juge d'instruction » (disposant des pouvoirs de procéder, au moins dans certaines limites, même d'office), ou admettent une participation du ministère public aux enquêtes préliminaires, même si cette fonction est principalement confiée à des organes de

²⁷ C.GUARNIERI, *Pubblico ministero e sistema politico*, Padova, Cedam, 1984.

police qui ne dépendent pas de lui. Dans cette dernière hypothèse, le rapport qui s'établit entre les organes du ministère public et les organes de la police judiciaire, que ce soit sous l'angle organisationnel ou fonctionnel, revêt une importance fondamentale. Il est en effet évident que lorsque les organes du ministère public peuvent exercer un contrôle effectif sur les enquêtes de la police judiciaire, leur efficacité potentielle et le rôle politique potentiel de leur action sont accrus.

Une deuxième distinction repose sur le fait que les organes du ministère public font, soit partie d'une organisation unitaire pour l'ensemble du pays, soit constituent des unités plus ou moins indépendantes, opérant dans des circonscriptions territoriales limitées correspondant à celles dans lesquelles sont compétents les juges auxquels ils transmettent leurs requêtes. Si les unités locales ne sont, en aucune façon, coordonnées par des organes dotés d'une compétence territoriale plus vaste (ou par un organe central), leur fonctionnalité est clairement très limitée et les fonctions de coordination sont exercées par des organes appartenant à la police ou au gouvernement. Dans les ordonnancements fédéraux ou dans les ordonnancements dans lesquels sont prévues des autonomies locales, il convient donc de prendre en considération la manière dont sont encadrés les organes du ministère public par l'organisation centrale ou par une organisation régionale ou locale.

Un troisième élément de distinction dépend de l'organisation interne des bureaux du ministère public. Il est fonction de la plus ou moins grande indépendance dont bénéficient les sujets particuliers opérant au nom de ces bureaux, de leur plus ou moins grande soumission à la direction du bureau, ou, éventuellement, à celle d'un bureau hiérarchiquement supérieur à celui dont ils font partie (il s'agit de voir si ces sujets jouissent ou pas de l'indépendance dite « interne »).

Un quatrième élément de distinction découle du fait que les fonctions propres au ministère public sont, soit exercées par des juristes embauchés de manière temporaire, soit par des fonctionnaires publics disposant d'un *status* professionnel qui leur garantit une situation de stabilité et d'indépendance vis-à-vis de tous ceux qui voudraient exercer des pressions à leur égard (c'est ce que l'on appelle l'indépendance « externe »). À ce titre, il convient surtout de voir si les organes du ministère public sont insérés au sein du pouvoir judiciaire, du pouvoir exécutif, ou dans une organisation séparée de ces deux pouvoirs (et configurable comme une sorte d'« administration indépendante »).

Le lien avec le pouvoir judiciaire dépend également parfois de l'appartenance de ceux qui exercent les fonctions de ministère public au même corps de fonctionnaires auquel appartiennent les juges, comme c'est le cas en France, en Italie, etc., même si leur régime d'indépendance peut être, même dans ce cas, différent du point de vue fonctionnel. Ce régime permet à un même magistrat d'exercer, dans diverses périodes de sa carrière, des fonctions de l'un ou de l'autre type.

L'insertion du ministère public dans le cadre du pouvoir exécutif peut résulter de l'attribution des fonctions qui lui reviennent à un corps de fonctionnaires qui rentrent, d'un point de vue organisationnel, dans l'Administration publique (et dépend du Ministre de la justice, voire du Ministre de l'intérieur) ou, dans un rapport purement fonctionnel, – parfois différemment limité – de la soumission des organes du ministère public aux directives du gouvernement²⁸.

²⁸ Si en France le ministère public est soumis, dans certaines limites, aux directives du Ministre de la justice, en Italie, ce lien a été supprimé par une réforme législative introduite en 1946. Dans les deux pays, toutefois, et les bureaux judiciaires disposant des fonctions de juger et ceux disposant des fonctions d'enquête, qui sont, bien

L'insertion des organes du ministère public dans le cadre d'une organisation indépendante dotée d'un organe à son sommet, comme en Espagne, rend problématique la position de ce sujet qui semble susceptible de revêtir un rôle politique d'une importance particulière²⁹. La solution portugaise cherche, elle, à concilier les diverses exigences, puisque dans celle-ci les magistrats du ministère public, bien que séparés des magistrats du siège, jouissent de garanties d'indépendance analogues, y compris celle dérivant de l'existence d'un organe d'auto-gouvernement.

Il est évident que chacune de ces variantes donne lieu à des problèmes différents, dont la consistance réelle dépend non seulement de la portée abstraite des normes en vigueur, mais également des traditions et des sensibilités qui, dans les cas particuliers, ont une influence sur les façons d'être des différents modèles de ministère public.

6.- En conclusion, une analyse comparative des différentes solutions accueillies dans les pays de l'Union européenne et dans les autres pays appliquant les idées du constitutionnalisme dans le cadre de la même tradition et s'inspirant des principes essentiels communs aux ordonnancements démocratiques modernes permet d'affirmer que les fonctions représentatives du rôle du ministère public demandent à celui qui doit les exercer un professionnalisme et une capacité d'évaluation des faits et d'interprétation du droit analogues à ceux qui sont demandés pour exercer les fonctions propres au juge ou à l'avocat. Cet élément constitue le principal facteur de distinction de l'action du juriste en tant que tel de l'action du politicien, même lorsque le politicien est également juriste ou lorsque le juriste exerce des fonctions à caractère politique.

Le fait que le rôle principal du ministère public soit celui d'exercer l'action pénale distingue, toutefois, dans une certaine mesure, cette figure professionnelle de celle du juge, notamment en raison de la nécessité, à laquelle le ministère public doit faire face, de prendre l'initiative de toutes les activités, plus ou moins liées à l'exercice de l'action pénale, qui, dans leur ensemble, sont nécessaires pour que soit correctement accomplie la fonction de répression pénale, alors que le juge doit conserver une attitude passive qui lui permet de décider sur les requêtes des parties, sans intervenir pour autant, au moins en règle générale, par des initiatives personnelles. Par ailleurs, le rôle du ministère public se distingue de celui des défenseurs des autres parties en raison du fait qu'il sert un client tout à fait spécial, qui ne peut être assimilé à un sujet privé ni à l'État en sa qualité d'Administration publique : la « société civile », c'est-à-dire l'ensemble des citoyens. Son action n'est donc pas guidée par les instructions d'un « client » mais par l'« intérêt public », qui concerne tout le monde mais personne en particulier.

Ces caractéristiques fondamentales du rôle du ministère public rendent nécessaire qu'il jouisse de garanties d'indépendance – interne et externe – semblables à celles qui reviennent au juge et ce principalement en raison du fait que, si le ministère public n'est pas indépendant, le juge ne le sera pas complètement non plus puisqu'il ne peut se substituer à un ministère public inerte, ne revêtant pas le rôle de propulsion qui lui est propre. Il est également essentiel que le ministère public puisse diriger l'activité de la police judiciaire,

évidemment, séparés, sont composés de magistrats appartenant à un même corps, des transferts d'un bureau d'un type à celui de l'autre type étant toujours possibles.

²⁹ DIEZ-PICAZO, *El poder de acusar*, cit., pp. 141 et s.

c'est-à-dire qu'il puisse au moins exercer sur elle une fonction de contrôle et un pouvoir de direction³⁰.

Ces indications à caractère général³¹ ont d'évidentes répercussions sur les problèmes relatifs à l'organisation des bureaux du ministère public, même si cela ne signifie pas que l'organisation de ces bureaux doit nécessairement être conforme à un modèle unique pour être approprié au rôle dévolu à cette institution. Il faut au contraire estimer que les traditions qui se sont développées dans le cadre des différents pays justifient une variété de solutions dont l'élaboration est le fruit des expériences réalisées dans ces pays et qui dépendent, bien évidemment, de facteurs nombreux et variés.

Que l'on adopte le modèle plus répandu dans les pays anglo-saxons, sur la base duquel les fonctions de ministère public sont principalement exercées par des juristes dont la formation les conduit à revêtir un rôle professionnel semblable à celui des avocats, ou que l'on adopte le modèle européen-continentale dans lequel le ministère public est le plus souvent un fonctionnaire de l'État, bien que très particulier, il semble essentiel que soient reconnues aux titulaires de ces fonctions des garanties d'indépendance, vis-à-vis des titulaires du pouvoir politique mais aussi de n'importe quel autre centre de pouvoir susceptible d'exercer une influence sur eux, garanties en substance analogues à celles reconnues aux juges.

Bien évidemment, dans les deux cas, le travail que les titulaires de ces bureaux doivent effectuer présente des différences qui rendent impossibles une assimilation complète. Ce sont justement les caractéristiques techniques des activités qui conduisent à l'exercice de l'action pénale – ou bien au non-lieu, ou encore à la requête d'acquittement de l'accusé qui, pour le ministère public, constituent une alternative toujours possible – qui imposent une coordination bien plus grande, entre les bureaux et entre les magistrats exerçant ces fonctions, que celle qui peut être requise entre les juges. En outre, de ces caractéristiques découle également la nécessité que les bureaux du ministère public soient dotés d'une organisation très différente de celle des bureaux des juges³². Ceci n'enlève rien au fait que l'insertion des organes du ministère public dans le cadre du pouvoir judiciaire semble en tous cas opportune, même s'il n'est pas exclu que les objectifs qui peuvent ainsi être opportunément poursuivis puissent être atteints même en l'absence d'une organisation unitaire, surtout lorsque les divers types de professionnels opérant dans le champ de la justice ont déjà l'habitude de coopérer dans un climat de loyauté et de responsabilité et se considèrent en tous cas comme faisant partie d'une réalité essentiellement unitaire. En fait, dans ce cas, le recours aux garanties d'ordre strictement juridique peut être substitué de manière efficace par l'acceptation spontanée de règles non écrites qui respectent pleinement les conditions

³⁰ Selon l'article 109 de la Constitution italienne, l'« autorité judiciaire dispose directement de la police judiciaire », cette règle ayant été interprétée dans le sens selon lequel la dépendance peut avoir un caractère purement fonctionnel. Le code de procédure pénale de 1988 a cependant confié aux organes du ministère public des pouvoirs de direction des enquêtes qui ont rendu plus étroite la collaboration des deux institutions. Naturellement, les corps de police exercent également des fonctions administratives qui ne sont pas soumises aux pouvoirs de direction des magistrats.

³¹ Voir, à ce propos, la Recommandation Rec(2000)19, élaborée par le Comité d'experts sur le rôle du ministère public dans le système de la justice pénale sous l'égide du Comité européen pour les problèmes criminels et adoptée par le Conseil des ministres du Conseil de l'Europe le 6 octobre 2000, ainsi que les actes des conférences des procureurs généraux qui ont eu lieu à Strasbourg les 22-24 mai 2000, à Bucarest les 12-16 mai 2001 et à Lubiana les 12-14 mai 2002. Sur les perspectives d'europanisation du Ministère public, voir V. MONETTI, *Il pubblico ministero europeo, Questione Giustizia*, n.1/2003, p.187 ss.

³² Constitue une manifestation de cette diversité l'inapplicabilité, aux bureaux du ministère public, du principe de la prédétermination, qui, en revanche, est parfois constitutionnalisé ou, en tous cas, prévu à l'égard des collèges de juges et aux juges uniques.

nécessaires pour assurer un fonctionnement équilibré des institutions du pouvoir judiciaire. En revanche, si une situation de ce genre ne peut être considérée comme pleinement réalisée, la mise en place de garanties concernant l'organisation ainsi que la procédure peuvent paraître opportunes pour favoriser la poursuite de ces objectifs.

Même dans les cas où la sélection du personnel destiné à exercer les fonctions de ministère public est réalisée par des procédures du type de celles normalement utilisées pour l'attribution de charges politiques ou administratives (comme c'est le cas dans certains pays), il faut estimer que l'activité réalisée à cette fin n'établit, entre la personne ainsi désignée et ses électeurs ou ceux qui la désignent, aucun rapport du type de ceux caractérisant la démocratie représentative, puisque l'activité du ministère public, comme celle du juge, est liée à la réalisation de la loi et qu'il faut exclure toute influence sur celle-ci d'orientations éventuellement manifestées par les électeurs ou d'autres sujets qui interviennent dans la procédure de sélection du personnel du ministère public.

Il faut estimer, en effet, que l'activité du ministère public, comme celle du juge, en tant³³ qu'activité technique d'application du droit, ne trouve pas sa légitimité dans une éventuelle investiture de type démocratique de l'organe qui l'exerce et que son exercice correct dépend essentiellement de la compatibilité des actes accomplis avec les paramètres établis par le droit, à savoir par les normes qui dérivent des diverses sources prévues comme telles par l'ordonnancement que le magistrat doit appliquer dans le cas d'espèce. En effet, le magistrat n'a pas besoin d'une investiture démocratique (qu'elle soit directe ou indirecte), vu que la légitimité de son action découle du lien qui le lie au droit qu'il doit appliquer. C'est ainsi la légitimité de ce droit qui donne un fondement démocratique à son action et il n'a besoin d'aucune autre forme de légitimité.

Par ailleurs, l'action du juge et du ministère public est soumise au principe de légalité, tout comme celle d'autres organes de l'État l'est au principe démocratique, ces principes devant être coordonnés entre eux et non pas superposés. Ceci ne signifie pas que, dans l'accomplissement des actes impliquant l'exercice d'une quelconque forme de pouvoir discrétionnaire, le magistrat du ministère public ne doive pas tenir compte de l'impact que ses actes peuvent avoir sur la réalité sociale dans laquelle il opère. Cependant, il est essentiel que ses décisions soient ancrées à ce qui est établi par l'ordonnancement juridique (à commencer, bien évidemment, par ce qui est établi par les principes constitutionnels), sans que le magistrat se laisse influencer par d'éventuelles manifestations de l'opinion publique, d'autorités ou de personnalités en tout genre, s'il estime que ces influences le conduiraient à s'éloigner de ce qu'il a le devoir d'accomplir en application de normes juridiques précises.

Ces considérations rendent sûrement acceptables les alternatives, que l'analyse comparatiste nous présente, entre les solutions qui emploient, même pour le ministère public, une institution du même genre que les conseils supérieurs de la magistrature (unique ou multiple pour les juges et les ministères publics ; divisé ou pas en sections ou avec d'autres possibles variantes) et les solutions d'autres types. Ce qui compte est la conscience du caractère unitaire des fonctions exercées par les opérateurs du droit ainsi que des objectifs qu'ils poursuivent dans l'ensemble, en dépit de la diversité des professions légales qu'ils exercent.

³³ Le principe de légalité, tel qu'il a été élaboré en France, en Italie et dans la zone ibéro-américaine, correspond en substance au principe du *Rechtstaat*, fruit de la doctrine allemande, ou au principe du *Rule of Law*, utilisé dans les pays anglo-saxons.