

Eléments de la cohérence de la procédure pénale allemande

L'équilibre entre les prérogatives du ministère public et celles du juge dans la phase préliminaire du procès

par

Jocelyne Leblois-Happe

Professeur à l'Université Paul-Verlaine de Metz

Dégager les éléments de la cohérence d'un droit donné, *a fortiori* lorsqu'il est étranger, constitue assurément une gageure, et bien audacieux paraît celui – ou celle – qui accepte de s'y risquer. Seule la conviction que le recours au droit comparé est aujourd'hui indispensable peut inciter à tenter l'entreprise.

Force est en effet de constater que l'internationalisation croissante de la délinquance nous interdit tout repli sur nous-mêmes. Une procédure commencée dans un Etat européen est susceptible de se poursuivre ou de s'achever sur le territoire d'un autre Etat ; les délinquants jugés par nos tribunaux ont parfois été arrêtés sur un autre sol, et certains détenus purgent dans nos prisons une condamnation prononcée à l'étranger.

Comment ignorer, dans ces conditions, ce que font nos voisins ?

Comment, en particulier, envisager de réformer notre procédure sans jeter un regard hors de nos frontières ?

L'harmonisation des procédures pénales européennes, que chacun appelle de ses vœux pour lutter plus efficacement contre les formes de criminalité les plus choquantes, requiert elle aussi une connaissance approfondie du droit des autres. Il est nécessaire de mettre au jour les points communs – ils sont parfois plus nombreux qu'on ne le pense – et de dévoiler les différences – elles sont quelquefois moins accusées qu'on ne le croit -.

Le droit d'Outre-Rhin se prête particulièrement bien à un tel exercice. De tradition romano-germanique comme le droit français, il est suffisamment proche de celui-ci pour que la comparaison soit aisée et dénuée d'artifice, et suffisamment éloigné pour qu'elle présente un intérêt et se révèle fructueuse.

Le procès y est divisé en plusieurs phases qui font intervenir des acteurs différents, dans le souci d'assurer un traitement impartial de l'affaire et de limiter les risques d'erreur¹. Plutôt inquisitoire dans ses phases préliminaire et intermédiaire, la procédure répressive devient nettement accusatoire dans sa phase de jugement, la première étant dominée par le ministère public, les deux autres placées sous la haute main du juge.

Les prescriptions qui régissent le déroulement du procès sont encadrées par des principes directeurs issus de la Loi fondamentale du 23 mai 1949 et/ou du droit international : légalité des délits et des peines, présomption d'innocence, respect de la dignité humaine, proportionnalité de la sanction, pour l'essentiel. D'autres préceptes, qui occupent un rang moins élevé dans la hiérarchie des normes, comme le principe de la légalité des poursuites, sont simplement énoncés par le Code de procédure pénale (*die Strafprozessordnung*) du 1^{er} février 1877² ou par le Code de l'organisation judiciaire (*das Gerichtsverfassungsgesetz*) du 27 janvier de la même année³.

Ce sont en effet ces deux textes qui donnent à la procédure pénale germanique sa configuration propre⁴. Les règles qu'elle contient ne gouvernent, rappelons-le, que la réaction sociale aux crimes et aux délits, c'est-à-dire aux comportements interdits sous menace de peine. Le droit allemand a adopté, lors de la réforme du code pénal entrée en vigueur en 1975, une classification bipartite des infractions⁵. Les manquements à l'ordre ou infractions réglementaires – les fameuses *Ordnungswidrigkeiten* – font l'objet d'une répression administrative et non judiciaire⁶.

¹ V. Cl. ROXIN, G. ARZT, Kl. TIEDEMANN, Einführung in das Strafrecht und Strafprozessrecht, C.F. Müller, 4. Aufl. 2003, p. 164.

² Le texte applicable est celui qui est issu de la nouvelle publication du code le 7 avril 1987 (BGBl. (bulletin fédéral des lois) 1987, I, p. 1074). Il est en effet d'usage en Allemagne de republier les grands textes après qu'ils ont fait l'objet d'un certain nombre de modifications.

³ Le texte actuellement en vigueur est celui qui est issu de la nouvelle publication du 9 mai 1975 (BGBl. 1975, I, p. 1077).

⁴ Sur cette dernière, v. : W. BEULKE, Strafprozessrecht, C. F. Müller, 8. Aufl. 2005, spéc. n°79 et s. p. 48 et s., n°309 et s. p. 176 et s. ; Cl. ROXIN, G. ARZT, Kl. TIEDEMANN, *op. cit.*, spéc. p. 136 et s., 155 et s. ; E. SCHLÜCHTER, Procédure pénale allemande, traduit par E. Mathias, EuWi Verlag, Kernwissen, 3^{ème} éd. 2002, spéc. p. 34 et s., 150 et s..

⁵ La distinction s'opère sur la base du minimum de la peine encourue. Les crimes (*Verbrechen*) sont les infractions punies *au minimum* d'une peine privative de liberté d'un an ou plus. Les délits (*Vergehen*) sont des infractions punies *au minimum* d'une peine privative de liberté de durée moindre ou d'une amende (§ 12 du code pénal allemand, *Strafgesetzbuch*, StGB). Ex. : le meurtre simple (*Totschlag*) est puni d'une peine privative de liberté de 5 ans au moins (§ 212 StGB) ; c'est un *crime* ; le vol simple (*Diebstahl*) est puni d'une peine privative de liberté de durée inférieure ou égale à 5 ans ou d'une amende (§ 242 StGB) ; c'est un *délit*.

⁶ Les règles concernant la répression des *Ordnungswidrigkeiten* sont prévues par la loi du 24 mai 1968 relative aux infractions administratives (*Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*). V. sur ce point J. LEBLOIS-HAPPE, Quelles réponses à la petite délinquance ?, Etude du droit répressif français sous l'éclairage comparé du droit répressif allemand, Préf. R. Koering-Joulin, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2002, Tome II, n°1379 et s. p. 503 et s..

Le constat de la commission d'un crime ou d'un délit entraîne l'ouverture de la phase préliminaire de la procédure (*Vorverfahren*) qui correspond à la phase d'enquête. Cette « procédure d'enquête » (*Ermittlungsverfahren*), puisque tel est le nom qu'on lui donne habituellement, est placée sous l'autorité du ministère public qui en est le « maître » ou le « souverain » (*Herrin des Vorverfahrens*¹).

Le procureur procède aux investigations avec l'aide de la police judiciaire et se prononce sur la suite à donner à l'affaire. Si les éléments recueillis ne sont pas suffisants pour permettre l'exercice des poursuites, pour des raisons de droit² ou de fait³, il classe la procédure (*Einstellung des Verfahrens*). Dans le cas contraire, le représentant du ministère public est tenu, sauf exceptions, de déclencher l'action publique devant le tribunal compétent au moyen d'un acte d'accusation (*Anklageschrift*). Le dépôt de cet acte d'accusation fait du mis en cause (*Beschuldigte*) un mis en examen (*Angeschuldigte*).

S'ouvre alors la procédure intermédiaire (*Zwischenverfahren*). Lors de cette deuxième phase, le tribunal compétent pour juger l'affaire au fond exerce un contrôle sur la décision de poursuite. Il ordonne – ou non – l'ouverture de la procédure principale à la suite de la tenue d'une audience non publique au cours de laquelle la personne concernée est admise à faire valoir les arguments de sa défense. Selon le § 203 du code de procédure pénale, le tribunal décide l'ouverture de la procédure principale si « *sur la base des résultats de la phase préliminaire, le mis en examen apparaît suffisamment suspect d'avoir commis une infraction* », c'est-à-dire s'il paraît vraisemblable qu'il sera condamné⁴. Une telle décision fait du mis en examen un accusé (*Angeklagte*) et entraîne la saisine de la juridiction de jugement.

La troisième et dernière phase, appelée procédure principale (*Hauptverfahren*), est

¹ V. : W. BEULKE, *op. cit.*, n°79 p. 48 ; Cl. ROXIN, G. ARZT, Kl. TIEDEMANN, *op. cit.*, p. 138 ; H. SATZGER, Chancen, und Risiken einer Reform des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens, Gutachten C für den 65. Deutschen Juristentag, Verhandlungen des fünfundsechzigsten Deutschen Juristentages, Bonn 2004, Band I, C. H. Beck, 2004, p. 19 ; Th. VOSS, Deutschland in S. Gless, R. Grote, G. Heine (hrsg), *Justitielle Einbindung und Kontrolle von Europol*, edition iuscrim, 2001, p. 86, note 23. Le mot « ministère public » est féminin en allemand (*die Staatsanwaltschaft*).

² par ex. le comportement reproché ne constitue pas une infraction ou les faits sont prescrits.

³ par ex. la culpabilité du suspect n'est pas établie ou celui-ci demeure introuvable.

⁴ Une telle décision est prise dans plus de 99% des cas (Th. VOSS, *op. cit.*, p. 123). La décision d'ouverture de la procédure principale ne coïncide pas nécessairement avec l'acte d'accusation. Le tribunal peut distraire certains chefs d'accusation (§ 207 al 2 1. du code de procédure pénale) ou requalifier les faits, à condition de motiver son choix (Cour féd. just., 22 juil. 1970, BGHSt 23, 304 et s.).

donc la phase de jugement. Durant l'audience, le code de procédure pénale impose notamment l'oralité et la continuité des débats. Ceux-ci ne peuvent en principe être interrompus durant plus de trois semaines ; ils doivent avoir lieu en un seul trait de temps, et le jugement doit être prononcé au plus tard le onzième jour après leur clôture. A défaut, l'audience doit être recommencée¹.

La phase de jugement, comme la phase intermédiaire, soulève assez peu de discussions au sein de la doctrine allemande qui rassemble, cela mérite d'être souligné, universitaires et praticiens du droit². La procédure intermédiaire éveille, certes, la curiosité du juriste étranger qui ne peut s'empêcher de s'interroger sur l'impartialité de la juridiction, puisque c'est le même tribunal qui ordonne l'ouverture de la procédure principale et qui tranche l'affaire au fond. Si une partie de la doctrine germanique s'en offusque³, aucune réforme n'est actuellement en discussion sur ce point. La Cour européenne des droits de l'homme n'a d'ailleurs, à notre connaissance, jamais condamné l'Allemagne pour ce motif. Quant à la procédure de jugement, elle ne fournit matière à débats qu'en ce qui concerne l'administration de la preuve, beaucoup plus développée Outre-Rhin à ce stade de l'instance que dans notre droit.

Aussi la partie la plus intéressante du procès reste-t-elle la phase préliminaire. Son rôle central est fréquemment souligné⁴. Représentants du ministère public et juges y exercent leur office selon des règles inscrites dans la loi et polies par l'usage.

Après la suppression du juge d'instruction en 1974⁵, le législateur a souhaité que s'instaure un équilibre entre les différentes autorités intervenant à ce stade de la procédure. Une première approche permettra de rendre compte des ambitions législatives et des grandes règles qui en résultent (I).

Mais l'on ne saurait rester à la surface des choses. Pour tirer profit de cette observation de la procédure allemande, notamment dans le cadre de la réflexion actuellement menée dans notre pays sur l'avenir du juge d'instruction, un examen plus

¹ § 229 al 1^{er} du code de procédure pénale.

² V. sur ce point *Chronique de droit pénal allemand*, par J. Leblois-Happe, E. Mathias, X. Pin et J. Walther, RIDpén. 2004, 1233, 1234.

³ V. W. BEULKE, *op. cit.*, n°352 p. 205.

⁴ B.-D. MEIER, Die Reform des Ermittlungsverfahrens, Zur notwendigen Stärkung der Rechstellung der Beteiligten, GA 2004, 443 ; H. SATZGER, *op. cit.*, p. 18, 36 ; Braucht der Strafprozess Reformen ?, StraFo 2006, 46 ; Th. VOSS, *op. cit.*, p. 127.

⁵ La première loi de réforme de la procédure pénale du 9 décembre 1974 a supprimé l'information judiciaire. Elle est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1975 (Cl. ROXIN, Einführung, StPO, dtv, 40. Aufl. 2006, p. XIX).

approfondi, mené à la lumière des décisions de la jurisprudence et des apports de la pratique, s'impose (II).

I – PREMIERE APPROCHE

Cette première approche, destinée à procurer une impression d'ensemble de la procédure, conduit à envisager successivement le rôle dévolu aux membres du ministère public (A), puis aux juges (B) par le législateur allemand.

A. Le rôle dévolu aux représentants du ministère public

Le rôle attribué aux membres du parquet est lié à leur statut. Chargés de représenter la société et de mettre en œuvre la politique criminelle définie par le pouvoir exécutif, plural en Allemagne, ils sont dépendants de ce dernier (1). Leur mission consiste à diriger les investigations en vue de l'élucidation de l'affaire (2), puis à déclencher l'action publique devant le tribunal (3).

1. Le statut dépendant du ministère public

L'organisation et le statut du ministère public sont proches de ceux que nous connaissons car le parquet allemand a été créé, au XIX^{ème} siècle, sur le modèle français¹.

Le ministère public est représenté, au niveau le plus élevé de la hiérarchie judiciaire, par le procureur général de la Fédération (*Generalbundesanwalt*) et par les procureurs fédéraux (*Bundesanwälte*) près la Cour fédérale de justice (*Bundesgerichtshof*), qui siège à Karlsruhe. Le parquet de la cour fédérale occupe une place à part dans la hiérarchie : il est subordonné au Ministre fédéral de la Justice mais n'exerce aucune autorité sur les autres membres du ministère public.

Au plan régional, le ministère public est représenté par le procureur général (*Generalstaatsanwalt*) et ses substituts (*Staatsanwälte*) près le tribunal régional supérieur (*Oberlandesgericht*), qui est la juridiction la plus élevée de chaque *Land*. Le

¹ M. FROMONT, A. RIEG, Introduction au droit allemand, II, Droit public – Droit pénal, Cujas, 1984, p. 359.

procureur général est subordonné au Ministre de la Justice de son *Land* et exerce son autorité sur les membres du parquet de son ressort, c'est-à-dire sur les membres du ministère public de son tribunal et des tribunaux régionaux (*Landgerichte*) et cantonaux (*Amtsgerichte*) qui en dépendent.

Comme en France, le ministère public est un corps indépendant des tribunaux, indivisible et hiérarchisé (§§ 144 et suivants du code de l'organisation judiciaire).

Les chefs de parquet disposent d'un « droit d'injonction interne » (*internes Weisungsrecht*) à l'égard des fonctionnaires qui sont placés sous leur autorité. Mais les ordres peuvent aussi provenir du ministre de la justice (fédéral, s'agissant du parquet près la Cour de justice fédérale, régional pour les autres parquets) ; le ministre dispose ainsi d'un « droit d'injonction externe » (*externes Weisungsrecht*) qui se manifeste autant par des circulaires générales que par des instructions particulières¹.

En revanche, contrairement à la règle applicable dans notre pays, les membres du ministère public ne sont pas des magistrats, en ce sens qu'ils n'appartiennent pas au même corps que les juges.

Les conditions de leur formation sont pourtant les mêmes. En effet, selon la loi allemande sur les juges (*Deutsches Richtergesetz*) du 8 septembre 1961², les membres du ministère public doivent être titulaires de l'habilitation à être juges (*die Befähigung zum Richteramt*) ; ils sont soumis à la même interdiction de délivrer des consultations juridiques et relèvent de la même juridiction disciplinaire que ces derniers³.

Néanmoins, ils ne font pas partie du pouvoir judiciaire (*die rechtsprechende Gewalt*) au sens de l'article 92 de la Loi fondamentale.

Ils ne sont pas non plus rattachés au pouvoir exécutif même s'ils en dépendent hiérarchiquement.

Ils forment, selon l'expression en usage, un « organe autonome de l'administration de la justice » (*ein selbstständiges Organ der Rechtspflege*). Cela signifie qu'ils ne sont pas partie au procès pénal mais y exercent une fonction objective. Ainsi peuvent-ils exercer les voies de recours au profit du prévenu (*i. e.* en vue d'obtenir de la juridiction

¹ H. SATZGER, *op. cit.*, p. 130, 132, 133.

² dans la version issue de la nouvelle publication du 19 avril 1972.

³ La sanction disciplinaire est prononcée par cette juridiction et non comme en France par le ministre de la Justice (E. MATHIAS, *Les procureurs du droit, De l'impartialité du ministère public en France et en Allemagne*, CNRS Droit, 1999, p. 192).

supérieure une décision plus favorable à celui-ci ; § 296 al 2 du code de procédure pénale) ou demander la réouverture du procès en vue de la reconnaissance de l'innocence d'un condamné (§ 365 du même code). Ainsi surtout, dans la phase préliminaire, doivent-ils rechercher les preuves de l'infraction à charge et à décharge. Le code de procédure pénale leur attribue en effet la direction des investigations.

2. La direction des investigations

Le ministère public conduit la procédure préliminaire. Le principe de la légalité des poursuites - sur lequel nous reviendrons dans un instant - lui impose d'ouvrir une enquête dès qu'il est informé de la commission d'une infraction¹. Il ne peut s'en dispenser que s'il lui apparaît dès l'abord que des poursuites ne peuvent être envisagées pour des raisons de droit² ou de fait³.

Le procureur assure la direction fonctionnelle de l'enquête qu'il doit mener, on l'a dit, à charge et à décharge (§ 160 al 2 du code de procédure pénale). Il lui appartient donc de rechercher la vérité matérielle. C'est lui qui décide des investigations à accomplir et de l'ordre dans lequel elles doivent être effectuées. Le but est ici non seulement élucider l'affaire mais encore de rassembler tous les éléments nécessaires au prononcé d'une sanction (§ 160 al 3). Le procureur territorialement compétent est généralement celui du tribunal régional dans le ressort duquel l'infraction a été commise⁴.

Cette phase de la procédure présente un caractère inquisitoire marqué. En effet, non seulement elle est écrite et secrète, mais encore la contradiction y est limitée. Le code ne prévoit en effet qu'avec certaines réserves la possibilité, pour le mis en cause, d'être assisté par un avocat ayant accès au dossier.

Le procureur peut soit procéder lui-même aux actes de l'enquête, soit requérir le

¹ Cette obligation d'enquêter (*Ermittlungszwang*) est spécifiquement énoncée par le § 160 alinéa 1^{er} du code de procédure pénale : « Dès que le ministère public est informé, par une plainte ou d'une autre manière, du soupçon de la commission d'une infraction, il doit engager des investigations en vue de décider si l'action publique doit être déclenchée » (« Sobald die Staatsanwaltschaft durch eine Anzeige oder auf anderem Wege von dem Verdacht einer Straftat Kenntnis erhält, hat sie zu ihrer Entschliessung darüber, ob die öffentliche Klage zu erheben ist, den Sachverhalt zu erforschen »).

² délit non constitué, obstacle procédural à la poursuite

³ auteur introuvable, infraction impossible à établir

⁴ W. BEULKE, *op. cit.*, n°81 p. 51 ; H. SATZGER, *op. cit.*, p. 123.

concours de la police (§§ 160 al 2, 161 al 1^{er} du code de procédure pénale), ce qu'il fait généralement car cette dernière dispose de moyens humains et matériels beaucoup plus étendus¹.

Le code de procédure pénale reconnaît explicitement à la police judiciaire un certain pouvoir d'initiative. Aux termes du § 163 alinéa 1^{er}, il appartient à cette dernière « *de prendre toutes les mesures ne supportant aucun retard afin d'éviter une disparition ou déperdition des éléments de preuve (...)* »². Les policiers peuvent donc effectuer les premières recherches – ce sont généralement eux qui sont appelés et arrivent sur les lieux en premier – à condition de transmettre sans délai au parquet le résultat de leurs opérations (§ 163 al 2).

Certains actes sont toutefois du ressort exclusif du représentant du ministère public. Seul le procureur peut ainsi contraindre le mis en cause, les témoins et les experts à comparaître et, pour ces derniers, à déposer. La police ne peut les entendre que s'ils se présentent volontairement et acceptent de lui parler (§§ 161a al 1 et 2, 163a al 3).

A l'issue de l'enquête, le représentant du ministère public déclenche l'action publique.

3. Le déclenchement de l'action publique

Il ressort du principe de la légalité des poursuites, inscrit aux §§ 152 alinéa 2 et 170 alinéa 1^{er} du code de procédure pénale, que le procureur est tenu de mettre en mouvement l'action publique dès lors que les éléments recueillis au cours des investigations fournissent la matière d'un procès. Le législateur allemand n'a pas souhaité permettre au représentant du ministère public d'apprécier l'opportunité de la répression.

Le principe n'a certes jamais eu, pour des raisons évidentes, une valeur absolue.

¹ Cf. ROXIN, *op. cit.*, p. XI ; Th. VOSS, *op. cit.*, p. 101. Les représentants du ministère public travaillent la plupart du temps avec les services de police de leur région. Le recours aux services de police fédéraux est exceptionnel.

² « *Die Behörden und Beamten des Polizeidienstes haben Straftaten zu erforschen und alle keinen Aufschub gestattenden Anordnungen zu treffen, um die Verdunkelung der Sache zu verhüten (...)* ».

D'une part, il résulte des textes précités qu'il est possible de renoncer à l'accusation lorsque les charges sont insuffisantes. D'autre part, le code lui-même autorise le classement de la procédure dans une toute série de circonstances qui ôtent à la répression tout ou partie de son fondement¹.

Néanmoins, nos voisins demeurent attachés au principe de la légalité des poursuites dans lequel ils voient à la fois une garantie de l'égalité des citoyens devant la loi², une assurance de bonne justice, et une limite au caractère hiérarchisé du ministère public³. Ce dernier s'oppose, de ce point de vue, aux juges, auxquels le législateur dévolue un rôle protecteur des libertés.

B. Le rôle dévolu aux juges

Définis pareillement au travers de leur statut, les juges allemands se caractérisent, comme ceux de tous les pays démocratiques, par leur indépendance (1). Cette indépendance justifie le pouvoir de contrôle dont ils sont investis durant la phase préliminaire (2), ainsi que le droit de regard qui leur est alloué sur l'opportunité des poursuites pénales (3).

1. L'indépendance des juges

L'indépendance des juges est garantie par l'article 97 de la Loi fondamentale qui leur octroie le bénéfice de l'inamovibilité. Aux termes du 1^{er} alinéa de ce texte, « *les juges sont indépendants et ne sont soumis qu'à la loi* » (« *Die Richter sind unabhängig und nur dem Gesetze unterworfen* »). Ils ne reçoivent donc d'instructions de quiconque pour l'accomplissement de leur mission. Cette indépendance explique le pouvoir de contrôle qui leur est attribué pendant l'enquête.

¹ V. *infra* II, A, 2.

² Le ministère public jouissant du monopole de l'exercice de l'action publique, cette égalité n'est assurée que s'il poursuit systématiquement les infractions portées à sa connaissance. L'impératif s'impose avec moins de vigueur en droit français car celui-ci a toujours réservé une place à la victime dans l'exercice de la répression (V. : W. BEULKE, *op. cit.*, n°17 p. 20 ; E. MATHIAS, *op. cit.*, p. 92).

³ V. not. : W. BEULKE, n°17 p. 20 ; Cl. ROXIN, G. ARZT, Kl. TIEDEMANN, *op. cit.*, p. 152. Cet attachement s'explique également par des raisons historiques, le régime nazi ayant contribué à donner au système de l'opportunité des poursuites une connotation négative (E. MATHIAS, *op. cit.*, p. 56).

2. Le contrôle des investigations

Le contrôle des investigations est en effet confié, depuis la suppression du juge d'instruction, à un magistrat appelé le « juge de l'enquête » (*Ermittlungsrichter*). Le rôle de ce juge est de garantir la légalité, au sens large, des investigations.

L'idée est ici que plus la mesure envisagée obère les droits de la personne poursuivie, plus l'autorité habilitée à en décider doit être « qualifiée », conformément au principe de l'Etat de droit garanti par l'article 20 de la Loi fondamentale¹. C'est pourquoi le code de procédure pénale réserve au juge de l'enquête l'accomplissement de deux catégories d'actes.

En premier lieu, il lui appartient de décider des actes portant atteinte aux droits fondamentaux de la personne. La nécessité d'un contrôle judiciaire de ces actes est spécialement imposée par l'article 19 alinéa 4 de la Loi fondamentale selon lequel « toute personne qui subit, de la part d'une autorité publique, une atteinte dans l'un de ses droits fondamentaux dispose d'un recours juridictionnel »².

Ainsi le juge de l'enquête est-il compétent pour ordonner

- le placement en détention provisoire (§ 114 al 1^{er} du code de procédure pénale), comme l'internement en hôpital psychiatrique ou en établissement de désintoxication de la personne poursuivie (§ 126a) ;

- l'annulation provisoire du permis de conduire (§ 111a al 1^{er}) et la mise en place d'un barrage routier (§ 111 al 2) ;

- les perquisitions et saisies (§§ 98 al 1^{er}, 100 al 1^{er} et 105 al 1^{er}), ainsi que l'entrée de policiers infiltrés dans un lieu non ouvert au public (§ 110b al 2), l'interception des correspondances émises par la voie des télécommunications (§ 100b al 1^{er}) et la surveillance visuelle et acoustique hors domiciles (§ 100f) ;

- les examens corporels (§§ 81a al 2, 81c al 5) comme les analyses génétiques auxquelles ils peuvent donner lieu (§§ 81e, 81f)³.

En second lieu, le juge de l'enquête doit procéder lui-même aux actes qui sont considérés comme particulièrement graves en raison de leur portée, comme l'audition

¹ E. SCHLÜCHTER, *op. cit.*, p. 44.

² « Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen ».

³ L'intervention d'un juge est imposée par la Loi fondamentale s'agissant des privations de liberté (art. 104 al 2), des perquisitions (art. 13 al 2) et de la surveillance acoustique des domiciles (art. 13 al 3).

sous serment des témoins et experts (§ 161a al 1^{er}). Seules en effet les déclarations reçues par le juge pourront être ultérieurement lues à l'audience, si l'on se trouve dans l'un des cas dans lesquels le code permet de renoncer à l'audition de la personne¹. Pour la même raison - les conséquences de la mesure sur la suite du procès -, le code prévoit que le juge de l'enquête assiste aux autopsies (§ 87 al 1er et 2).

Il convient d'insister sur ce point, le juge apprécie la légalité mais non l'opportunité de la mesure qui lui est demandée². Aussi considère-t-on en matière de perquisitions qu'une fois que le juge a donné son accord, son office est achevé. Le procureur est maître du moment auquel l'opération a lieu³. L'appréciation de la légalité comprend toutefois, selon une jurisprudence constante, l'examen du caractère proportionné de la mesure sollicitée⁴.

Selon le code de l'organisation judiciaire (§ 21e), le juge de l'enquête est un juge du tribunal cantonal qui est désigné par la présidence collégiale de la juridiction pour exercer ces fonctions. Le juge compétent est en principe celui du tribunal dans le ressort duquel l'acte en question doit être effectué. Plusieurs « juges de l'enquête » peuvent ainsi être amenés à intervenir dans une même procédure. Cette pluralité de juges est d'ailleurs la règle lorsqu'il s'agit de contrôler non plus la légalité des investigations mais l'opportunité des poursuites pénales.

3. Le droit de regard sur l'opportunité des poursuites

Contrairement au droit français, le droit d'Outre-Rhin admet le classement de la procédure non seulement *avant* mais aussi *après* la mise en mouvement de l'action publique. Au stade de l'enquête, la renonciation aux poursuites est proposée par le ministère public et reçoit - ou non - l'accord du tribunal compétent pour décider de l'ouverture de la procédure principale. Au stade du jugement, c'est la juridiction saisie

¹ Le code de procédure pénale autorise à renoncer à l'audition d'un témoin, d'un expert ou d'un co-accusé notamment lorsque l'accusé, son avocat et le représentant du ministère public sont d'accord, ou bien lorsque la personne concernée est décédée ou ne peut pour une autre raison se présenter devant le tribunal (§§ 251, 254).

² V. en ce sens : Trib. rég. de Fribourg, 26 oct. 1992, NStZ 1993, 146.

³ Il a toutefois été jugé que l'autorisation du juge n'était plus valable passé un délai de six mois : Cour const. féd., 27 mai 1997, BverfGE 96, 44, 54, NJW 1997, 2165.

⁴ V. : Trib. rég. sup. de Zweibrücken, 3 avril 1980, NJW 1981, 534; Cour const. féd., 27 mai 1997, 2 BvR 1992/92, ainsi que : B. ASBROCK, « Zum Mythos des Richtervorbehalts » als wirksames Kontrollinstrument im Zusammenhang mit besonderen polizeilichen Eingriffsbefugnissen, KritV 1997, p. 259 et les réf. citées.

qui en prend elle-même l'initiative.

Un tel classement est permis par le code de procédure pénale notamment lorsque le délit reproché est de faible gravité (§ 153), qu'une transaction pénale est envisageable (§ 153a), ou encore lorsqu'il y a lieu de s'attendre au prononcé d'une dispense de peine (§ 153b). Il est ou non définitif selon les cas.

Quelle que soit la situation dans laquelle on se place, il est manifeste que le législateur germanique a entendu conférer au juge un certain droit de regard sur l'opportunité des poursuites, cette décision ne pouvant selon lui être prise par le parquet seul.

*

* *

L'équilibre voulu par la loi s'établit ainsi entre

- d'un côté, des représentants du ministère public, littéralement « avocats de l'Etat » (« *Staatsanwälte* »), dont le rôle est d'assurer la meilleure application possible de la loi en organisant la répression des comportements interdits par elle

- et de l'autre, des juges investis d'une mission de contrôle, plus ou moins étendue, de l'activité de ces derniers, dans un souci de protection des droits et libertés.

Cette première approche, qui rend compte de la trame de la procédure pénale allemande dans sa phase préliminaire, se fissure toutefois lorsque l'on procède à un examen plus approfondi. Celui-ci révèle en effet une certaine mutation des fonctions du ministère public et une relative érosion de la mission du juge.

II – EXAMEN APPROFONDI

Cet examen approfondi résulte de la prise en compte de la jurisprudence et de la pratique. Il permet une approche plus fine du rôle du procureur comme de celui du juge dans la phase préliminaire du procès.

La mission du ministère public a connu, comme en France, une mutation au cours des vingt dernières années. Il est devenu, selon l'expression d'un auteur, « un juge avant le juge » (*ein Richter vor dem Richter*)¹ (A). La mission du juge, elle, s'est quelque peu érodée, ses interventions devenant de plus en plus formelles (B).

A. La mutation du rôle du ministère public

L'évolution du rôle du ministère public ressort d'un double constat. Tandis que l'on assiste à un certain effacement du parquet au stade de l'enquête (1), on observe un développement de l'appréciation, par celui-ci, de l'opportunité des poursuites pénales (2).

1. L'effacement du ministère public au stade de l'enquête

L'effacement du parquet au stade de l'enquête est la conséquence du rôle prééminent joué par la police dans la pratique. Il est devenu courant d'évoquer la « policisation » (*die Verpolizeilichung*) de cette phase de la procédure².

Dans le domaine de la petite et moyenne délinquance, la police enquête le plus souvent seule, le ministère public n'étant saisi du dossier qu'une fois les investigations achevées³. Or contrairement au représentant du parquet, la police n'est pas tenue d'agir à charge et à décharge, de sorte que ses investigations tendent le plus souvent à conforter le soupçon initial⁴.

Certes, la loi distingue, au sein des forces de police, les fonctionnaires qui ont la

¹ B.-D. MEIER, *op. cit.*, p. 445.

² V. : B. ASBROCK, *op. cit.*, p. 261 ; H. SATZGER, *op. cit.*, p. 22, 134. V. ég. Cl. ROXIN, G. ARZT, Kl. TIEDEMANN, *op. cit.*, p. 164, 165.

³ W. BEULKE, *op. cit.*, n°106 p. 64 ; M.FROMONT, A.RIEG, *op. cit.* p. 361 ; Ch. GUSY, *Polizeirecht*, Mohr Siebeck, 5. Aufl. 2003, n°148 p. 71 ; H. JUNG, *Le ministère public : portrait d'une institution*, Arch. pol. crim. n°15 (1993), p. 23 ; B.-D. MEIER, *op. cit.*, p. 446 ; Cl.ROXIN, G.ARZT, Kl.TIEDEMANN, *op. cit.*, p. 168, 169 ; E. SCHLÜCHTER, *op. cit.*, p. 42.

⁴ H. SATZGER, *op. cit.*, p. 21.

qualité d'«enquêteurs» (*Ermittlungspersonen*) des autres fonctionnaires¹. Ces enquêteurs sont spécifiquement et directement chargés d'exécuter les ordres du parquet alors que leurs collègues doivent d'abord en référer à leur supérieur². Ils disposent, de ce fait, de compétences plus étendues et peuvent, comme les représentants du ministère public, ordonner en cas d'urgence certaines mesures de contrainte³.

En réalité, la distinction entre les policiers ordinaires et ceux qui ont la qualité d'enquêteurs n'a qu'une portée réduite dans la mesure où seuls les policiers stagiaires et les hauts responsables de la police ne possèdent pas cette qualité⁴. Tout comme, en France, de plus en plus de policiers et de gendarmes ont la qualité d'officier de police judiciaire, de plus en plus de policiers ont, en Allemagne, la qualité d'«enquêteur». La distinction n'offre donc plus de garantie particulière.

D'autant que certaines mesures, qui contreviennent pourtant à l'obligation de loyauté dans la recherche des preuves, peuvent, en cas d'urgence, être ordonnées par n'importe quel policier. Il en va ainsi des infiltrations policières. Si la décision d'y recourir suppose en principe l'accord écrit du ministère public, le code de procédure pénale permet à la police d'en prendre l'initiative, dès lors que la décision est ratifiée par le procureur dans les trois jours (§ 110b al 1^{er}).

L'émancipation de la police s'observe également dans le domaine de la criminalité organisée, excepté en matière économique. Elle résulte ici de la conjonction de trois facteurs.

Le premier est la différence croissante d'accès à l'information criminelle. Tandis que le procureur reste tributaire des renseignements que lui fournissent les forces de l'ordre, ces dernières disposent d'une connaissance de plus en plus pointue de la criminalité, du fait d'une meilleure formation de leurs agents et des outils performants mis à leur service (fichiers, laboratoires de police scientifique notamment)⁵. Or il est difficile de diriger pleinement l'action d'agents détenant des informations que l'on ne possède pas soi-même.

Le deuxième facteur est la pluralité des sources légales de l'action policière. Si la police judiciaire est régie par le code de procédure pénale, la police administrative est

¹ Les personnels concernés sont désignés par décret, au sein de chaque *Land* (§ 152 al 2 du code de l'organisation judiciaire.)

² excepté en cas d'urgence. V. Th. VOSS, *op. cit.*, p. 103.

³ V. *infra*.

⁴ M.FROMONT, A.RIEG, *op. cit.* p. 360 ; Cl.ROXIN, G.ARZT, Kl.TIEDEMANN, *op. cit.*, p. 168, 169.

⁵ H. SATZGER, *op. cit.*, p. 21, 135 ; Th. VOSS, *op. cit.*, p. 101, 102.

gouvernée par les lois de police qui sont, en Allemagne, des lois régionales. Or l'on constate que certaines mesures, pourtant particulièrement attentatoires aux libertés, comme la surveillance visuelle et acoustique des personnes et des locaux, sont prévues à la fois par le code et par les lois des *Länder*¹. La conséquence en est que les services de police peuvent, en pratique, choisir le terrain sur lequel ils situent leur intervention. S'ils choisissent de se placer dans le cadre de la police administrative, leur action échappe logiquement au contrôle du parquet².

Le troisième facteur réside dans le fait que les infractions relevant de la criminalité organisée revêtent généralement un caractère clandestin. Peu dénoncées, elles ne peuvent être poursuivies qu'à condition d'être découvertes. Or lorsqu'elle agit ainsi de manière proactive, la police se soustrait encore à la direction du ministère public puisque l'on se trouve en amont d'une enquête que seule la découverte de certains éléments probants permettra d'ouvrir³.

Cet effacement du ministère public au stade de l'enquête est largement contrebalancé par le développement de l'appréciation de l'opportunité des poursuites.

2. Le développement de l'appréciation par le ministère public de l'opportunité des poursuites

Il est indéniable que le ministère public allemand apprécie aujourd'hui dans bon nombre de cas l'opportunité des poursuites pénales⁴. En moyenne, deux enquêtes sur trois aboutissent à un classement⁵.

Cette appréciation s'effectue d'abord en marge de la loi. Il n'est pas rare que le procureur fasse comme si les éléments recueillis ne permettaient pas le déclenchement de l'action publique pour pouvoir classer la procédure⁶.

¹ V. Ch. GUSY, *op. cit.*, n°165 et s. p. 81 et s..

² H. SATZGER, *op. cit.*, p. 21 ; Th. VOSS, *op. cit.*, p. 104.

³ Th. VOSS, *op. cit.*, p. 92, 93.

⁴ V. E. MATHIAS, *op. cit.*, p. 107 et s..

⁵ H. SATZGER, *op. cit.*, p. 34. V. ég. E. SCHLÜCHTER, *op. cit.*, p. 150.

⁶ J. PRADEL, Droit pénal comparé, Dalloz, 1995, n°383 p. 488, 489 ; La rapidité de l'instance pénale, Aspects de droit comparé, Rev. pénit. 1996, 215. Le code de procédure pénale offre à la victime des faits un recours juridictionnel, la procédure de « contrainte à l'action » (*Klageerzwingungsverfahren*, §§ 172 et s.). Mais cette procédure n'est pratiquement jamais utilisée.

Mais l'appréciation de l'utilité de la répression s'opère aussi dans le cadre de plus en plus large défini par la loi. Les §§ 153 à 154e du code de procédure pénale permettent en effet de renoncer aux poursuites dans toute une série de circonstances¹. Comme l'indique leur numérotation, ces textes ont été insérés dans le code peu à peu, principalement dans le but de désengorger les tribunaux.

Les deux premiers paragraphes méritent une attention particulière car ils sont, de loin, les plus appliqués².

Le § 153 autorise le parquet à classer sans suite les procédures relatives à des délits de gravité minime lorsqu'il n'y a aucun intérêt public à la poursuite. C'est la faible gravité du fait incriminé, qui doit nettement se distinguer des délits comparables, qui justifie ici l'exception au principe. Il appartient toutefois au procureur de s'assurer qu'aucune des fonctions de la peine n'impose l'exercice effectif de la répression. Tel est le cas par exemple lorsqu'un retraité, inconnu de la justice, dérobe, en fin de mois, quelques sachets de soupe dans un supermarché³. La condition n'est parfois satisfaite qu'à l'issue d'une médiation entre les parties⁴.

Le § 153a organise, lui, une forme de transaction proche de notre composition pénale. L'économie de la mesure est la suivante. Dans un premier temps, le représentant du ministère public informe le délinquant qu'il est prêt à renoncer à l'action répressive, moyennant l'acceptation par celui-ci de certaines obligations. Une telle proposition n'est possible que s'il existe un intérêt public à la poursuite que la prescription d'obligations paraît propre à faire disparaître – la mesure s'adresse donc à des délits plus importants que ceux qui font l'objet d'un classement pur et simple - et si la gravité de la faute reprochée est relativement faible. Les obligations susceptibles d'être proposées sont de nature variée : réparer le dommage causé, verser une somme d'argent à une institution ou au Trésor public, accomplir une prestation d'intérêt général, se prêter à une médiation... La liste fixée par le texte n'est pas exhaustive. Une fois que l'intéressé a donné son accord, la procédure est suspendue pendant le délai qui lui a

¹ E. MATHIAS distingue les classements fondés sur des motifs de politique criminelle (§§ 153, 153a, 153b, 153c al 1^{er}, 154, 154a, 154c, 154d) des classements fondés sur des motifs politiques (§§ 153c al 2, 153d, 153e) (*op. cit.* p. 140 et s.). On peut ajouter dans la seconde catégorie le § 153f, introduit par la suite. V. ég. sur ce point Cl. ROXIN, G. ARZT, Kl. TIEDEMANN, *op. cit.*, p. 158 et s..

² E. MATHIAS, *op. cit.*, p. 160.

³ Ex. cité par W. BEULKE, *op. cit.*, n°343 p. 201.

⁴ V. J. LEBLOIS-HAPPE, *op. cit.*, n°1624 et s. p. 681 et s..

été imparti pour exécuter sa ou ses obligations. La renonciation aux poursuites devient définitive dans un second temps. L'accomplissement des prestations requises engendre un obstacle procédural définitif rendant irrecevable toute action ultérieure en matière délictuelle¹.

Le § 153a connaît dans la pratique un succès considérable. Il est notoire Outre-Rhin qu'un vol à l'étalage commis par un délinquant primaire n'entraîne presque jamais de conséquences pénales pour son auteur. Les vols dans les magasins représentent en effet, avec les détournements d'objets de faible valeur, les petites escroqueries et les infractions en matière de circulation routière les délits les plus souvent concernés par la transaction².

Le classement décidé par le procureur n'est donc pas toujours un classement « sec ». Il est plus fréquemment un classement-sanction, ce qui fait du ministère public une autorité sanctionnatrice, à l'instar du juge³. Ce pouvoir est d'autant plus remarquable qu'il s'exerce pratiquement sans aucun contrôle. La victime de l'infraction ne dispose d'aucun recours contre la décision du parquet, et l'action civile, au sens où nous l'entendons, n'existe pas en Allemagne. Quant au droit de regard dont dispose le juge sur la décision du ministère public, il est, comme nous le verrons, largement inefficace⁴. L'absence de recours offert au mis en cause, dans l'hypothèse où le procureur déclenche finalement les poursuites, est pareillement critiquée⁵.

Le renforcement du pouvoir décisionnaire du ministère public est incontestable. Il est d'autant plus frappant qu'il s'accompagne, dans la phase préliminaire, d'une érosion du rôle du juge.

B. L'érosion du rôle du juge

Celle-ci s'est produite, comme toute érosion, de façon progressive. On en trouve les prémices dans la première loi de réforme de la procédure pénale du

¹ V. J. LEBLOIS-HAPPE, *op. cit.*, n°1570 et s. p. 661 et s..

² *Ibid.* n°1600 p. 674. V. ég. sur ce point F. SALIGER, *Grenzen der Opportunität : § 153a StPO und der Fall Kohl*, GA 2005, 155 et s..

³ H. SATZGER, *op. cit.*, p. 34.

⁴ *Infra* B 1) b).

⁵ J. VOGEL, *Chancen und Risiken einer Reform des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens*, JZ 2004, 833.

9 décembre 1974 qui a transféré au procureur le droit de prendre certaines mesures relevant habituellement du juge. De cette époque date le pouvoir reconnu au représentant du ministère public de contraindre par la force publique les personnes récalcitrantes à comparaître (§§ 163a, 161a du code de procédure pénale) et celui de prendre connaissance des documents saisis lors d'une perquisition (§ 110 al 1^{er})¹.

Ce glissement de compétence s'est accentué au cours des dix dernières années, sous l'effet du renforcement de la lutte contre la criminalité organisée. Ainsi par exemple l'intervention de policiers infiltrés ne nécessite-t-elle que l'accord (écrit) du ministère public. Celui du juge n'est exigé que si l'infiltration implique une action contre un mis en cause déterminé ou suppose l'entrée des enquêteurs dans un lieu non ouvert au public (§ 110b al 1 et 2).

Indépendamment de ce mouvement législatif, on constate que les interventions du juge deviennent de plus en plus formelles (1), lorsqu'il n'est pas carrément évincé de ses prérogatives traditionnelles (2).

1. Des interventions de plus en plus formelles

Le rôle joué par le juge devient de plus en plus formel, donc de moins en moins effectif, que ce soit durant les investigations ou au moment de la décision sur la poursuite.

a) Au stade des investigations, la relative ineffectivité du juge tient aux conditions dans lesquelles les juges de l'enquête exercent leur mission. Souvent débordés en raison de leur manque d'expérience – le code de l'organisation judiciaire n'interdit pas de confier ces fonctions à un jeune magistrat – ou des autres charges qu'ils continuent d'assumer², les magistrats concernés ne disposent que d'un temps limité à consacrer à l'enquête³. S'y ajoute le fait qu'ils n'ont du dossier qu'une connaissance très ponctuelle, ce qui jette un doute sur leur capacité à parvenir à découvrir la vérité au moyen des actes (auditions de personnes notamment) dont la loi leur confie pourtant l'accomplissement. Un auteur a comparé le juge de l'enquête au caissier d'un théâtre : il

¹ M. FROMONT, A. RIEG, *op. cit.*, p. 362.

² H. STAZGER, *op. cit.*, p. 120, 121.

³ Kl. GEPPERT, Kontroll- und Förderungspflicht des Ermittlungsrichters, DRiZ 1992, 408, 410

autorise l'entrée de la salle sans connaître le contenu de la représentation¹.

Il semble par ailleurs que la décision du juge, lorsqu'elle est requise, soit souvent recueillie auprès de magistrats de permanence, non spécialisés en matière pénale ou peu expérimentés, et donc d'autant plus enclins à accorder ce que les enquêteurs leur demandent²... Nombre de perquisitions ont ainsi lieu le vendredi après-midi, souvent non travaillé en Allemagne, ou en dehors des heures habituelles de service. Faisant preuve d'un humour grinçant, l'auteur de ces observations en déduit que le juge de l'enquête est un juge muselé, pareil à un chien de garde qui n'aboie ni ne mord jamais³.

Un constat analogue s'impose, s'agissant du droit de regard exercé par le tribunal au stade de l'exercice des poursuites.

b) Le droit de regard reconnu au juge sur l'opportunité des poursuites pénales a été étroitement cantonné par la jurisprudence. Dans un arrêt de principe rendu le 29 janvier 1992, la Cour fédérale de justice a jugé que le tribunal, en donnant son accord au classement de l'affaire, ne rendait aucune décision juridictionnelle mais exerçait simplement un contrôle neutre sur la décision prise par le ministère public. La justification de ce contrôle réside, selon les hauts magistrats, dans l'exception apportée au principe de la légalité des poursuites et dans l'impossibilité pour la victime de faire obstacle à la décision de classement. Ne constituant pas un acte juridictionnel, la décision du juge n'est susceptible d'aucun recours⁴.

La doctrine dominante estime par ailleurs que l'absence d'accord du tribunal n'invalide pas la décision de classement, dès lors que les autres conditions prévues par le code sont satisfaites, et qu'à l'inverse, l'accord du tribunal n'empêche pas le parquet de poursuivre s'il le juge opportun⁵. On ne saurait exprimer plus clairement le caractère purement formel de l'intervention judiciaire. Il est au demeurant rare en pratique que le juge refuse son assentiment⁶.

¹ B. ASBROCK, *op. cit.*, p. 260. Le fait que le juge compétent soit celui du lieu où l'acte demandé doit être réalisé est aussi un facteur de lenteur de la justice car le dossier met un certain temps à lui parvenir, lorsque la demande émane du procureur d'un autre ressort (H. SATZGER, *op. cit.*, p. 123).

² B. ASBROCK, *op. cit.*, p. 260 ; H. STAZGER, *op. cit.*, p. 120.

³ Kl. GEPPERT, *op. Cit.*, p. 410.

⁴ Cour féd. just., 2 janv. 1992, BGHSt. 38, 381 et s.

⁵ Strafprozessordnung, L. Meyer-Gossner, C. H. Beck, 47. Aufl. 2004, § 153 n°10, § 153a n°9 ; StPO, G. Pfeiffer, C. H. Beck, 5. Aufl. 2005, § 153 n°4, § 153a n°6.

⁶ H. SATZGER, *op. cit.*, p. 75. La même évolution – vers une intervention de plus en plus formelle du juge – s'observe dans la mise en oeuvre de la procédure de l'ordonnance pénale (*Strafbefehlverfahren*), non traitée ici. V. H. SATZGER, *op. cit.*, p. 34.

De manière plus inquiétante, on assiste à une véritable éviction du juge dans la phase préliminaire du procès.

2. Une véritable éviction

Celle-ci s'observe nettement au moment de l'exercice des poursuites et, de façon plus insidieuse, durant l'enquête.

a) Au stade de l'exercice des poursuites, l'éviction du juge a été le résultat d'un choix fait par le législateur. La loi du 11 janvier 1993 destinée à décharger l'administration de la justice a supprimé la nécessité de recueillir l'accord du tribunal dans les hypothèses de classement les plus courantes. Ainsi, lorsque le délit « *n'est pas puni d'une peine obligatoirement supérieure au minimum légal général* » - c'est-à-dire obligatoirement supérieure à un mois de privation de liberté ou cinq jours-amende – et que « *les conséquences produites par ce dernier sont minimales* », le parquet classe l'affaire purement et simplement (§ 153 du code de procédure pénale) ou transige avec le délinquant (§ 153a) sans que le juge intervienne¹.

b) Durant la phase d'enquête, l'éviction du juge est le fait de la pratique. Elle résulte d'une utilisation abusive de la clause d'urgence contenue dans de nombreux textes. Plusieurs prescriptions prévoient en effet la possibilité de se dispenser de l'autorisation du juge en cas d'urgence, c'est-à-dire lorsque la mesure doit être réalisée au plus vite, faute de quoi le résultat de l'enquête risque d'être compromis. Il en va ainsi par exemple lorsque les enquêteurs sont informés par un témoin, à 16h15, qu'une certaine quantité d'héroïne vient d'être déposée dans l'appartement du mis en cause et qu'elle en sera retirée à 19h par un complice. La perquisition de l'appartement en vue de la saisie de la drogue constitue assurément une mesure urgente².

En cas d'urgence,

- une infiltration policière impliquant d'agir contre un mis en cause déterminé ou

¹ « *Der Zustimmung des Gerichts bedarf es nicht bei einem Vergehen, das nicht mit einer im Mindestmass erhöhten Strafe bedroht ist und bei dem die durch die Tat verursachten Folgen gering sind*“ (§§ 153 al 1er *in fine*, 153a al 1er *in fine*). V. J. LEBLOIS-HAPPE, *op. cit.*, n°1591 p. 671 et n°1626 p. 682.

² Cour féd. just., 11 août 2005, NStZ 2006, 114.

supposant l'entrée dans un lieu non public peut être ordonnée par le procureur (§ 110b al 2 du code de procédure pénale),

- les perquisitions et saisies, la surveillance visuelle et acoustique d'une personne hors domicile, la mise en place d'un barrage routier, les examens corporels peuvent être décidés par le représentant du ministère public ou ses enquêteurs (§§ 98 al 1^{er}, 105 al 1^{er}, § 100f, § 111 al 2, §§ 81a al 2 et 81c al 5),

- les saisies d'envois postaux et l'interception des correspondances émises par la voie des télécommunications peuvent être ordonnées par le procureur, à condition que cette décision soit confirmée par le juge dans les trois jours (§§ 100 al 1er et 2 et 100b al 1er)¹.

On constate que le nombre des actes susceptibles d'être prescrits de la sorte par le parquet est en augmentation. Jusqu'à l'année dernière, la décision de procéder à des analyses génétiques sur des prélèvements opérés sur le mis en cause ou des traces relevées sur les lieux de l'infraction ou sur des objets saisis était exclusivement du ressort du juge. Depuis une loi du 12 août 2005, cette décision peut être prise, en cas d'urgence par le procureur ou l'un de ses enquêteurs (§§ 81e, 81f du code de procédure pénale).

Dans la pratique, les conditions de l'urgence sont fréquemment remplies ou l'on fait comme si elles l'étaient, de sorte que quantité de décisions relevant en principe du juge sont en réalité prises par le représentant du ministère public, voire par la police². Il a ainsi été observé que dans le *Land* de Brême, 95% des perquisitions étaient *de facto* effectuées sans l'autorisation d'un juge³.

L'éviction du juge est d'autant plus caractérisée que le contrôle exercé *a fortiori* sur l'utilisation de la clause d'urgence reste, de l'avis quasi unanime des auteurs, largement insuffisant. Les tribunaux refusent en effet le plus souvent d'écarter la preuve obtenue (*Beweisverwertungsverbot*), en dépit du recours abusif à la notion d'urgence⁴.

¹ Comme on peut le constater, la réglementation des mesures portant atteinte aux droits fondamentaux n'est pas unifiée : tantôt l'acte peut être ordonné par le procureur ou l'un de ses enquêteurs, tantôt il ne peut l'être que par le procureur ; dans certains cas, le juge doit confirmer la décision dans un certain délai, dans d'autres non. Ces disparités sont vivement critiquées par la doctrine. V. H. SATZGER, *op. cit.*, p. 117 et les réf. citées.

² Kl. GEPPERT, *op. cit.*, p. 410 ; H. JUNG, *op. cit.*, p. 21 ; Cl. ROXIN, G. ARZT, Kl. TIEDEMANN, *op. cit.*, p. 138, 166 ; H. SATZGER, *op. cit.*, p. 115 et s. ; Th. VOSS, *op. cit.*, p. 112.

³ B. ASBROCK, *op. cit.*, p. 258.

⁴ Telle est du moins la position des plus hautes juridictions. V. : B. ASBROCK, *op. cit.*, p. 259 ; H. SATZGER, *op. cit.*, p. 127, et les décisions citées. Les juridictions du fond semblent toutefois plus enclines à admettre que la

Cette mise à l'écart du juge de l'enquête, préoccupante au regard de la préservation des libertés, est, il est vrai, tempérée de deux manières.

D'une part, les actes les plus attentatoires aux libertés font l'objet de dispositions particulières. Certains ne peuvent être autorisés que par un collège de juges, tandis que d'autres ignorent toute référence à l'urgence. Ainsi la sonorisation des lieux d'habitation requiert-elle l'autorisation écrite d'une formation du tribunal régional composée de trois juges¹. Quant aux atteintes à la liberté d'aller et venir et à la liberté de la presse que constituent respectivement la détention provisoire, l'annulation provisoire du permis de conduire et la saisie d'objets et documents dans les locaux d'une entreprise de presse, elles ne peuvent, quelles que soient les circonstances, être ordonnées par quelqu'un d'autre que le juge (§§ 114, 111a al 1^{er}, 98 al 1^{er} du code de procédure pénale).

D'autre part, le juge constitutionnel joue, dans la sauvegarde des libertés, un rôle sans équivalent dans notre droit, conformément à l'idée répandue en Allemagne selon laquelle la procédure pénale est du droit constitutionnel appliqué². La Cour constitutionnelle fédérale intervient dans les procès en cours ou en impose le recommencement, à la faveur de recours intentés par des particuliers³ ou formés par les juridictions répressives elles-mêmes⁴. Elle se prononce d'autant plus facilement sur la mission attribuée au juge pendant l'enquête que celle-ci est explicitement prévu par la Loi fondamentale, ce qui est le cas notamment en matière de perquisitions et de sonorisation des locaux (art. 13 al 2, 4 et 5). Les juges de Karlsruhe s'efforcent alors d'encadrer le plus étroitement possible le recours à la clause d'urgence, comme le montrent deux illustrations tirées de la jurisprudence récente.

Dans un arrêt rendu le 20 février 2001, la Cour constitutionnelle a jugé que la notion d'urgence devait être interprétée strictement, toute atteinte à l'inviolabilité du

preuve obtenue doit être écartée, du moins lorsqu'il est incontestable que la condition d'urgence n'était pas remplie. V. W. BEULKE, *op. cit.*, n°258 p. 150 et les réf. citées.

¹ La mise en œuvre de la mesure doit être autorisée par la chambre pénale spéciale du tribunal régional auquel est rattaché le parquet territorialement compétent. En cas d'urgence, la décision est prise par le président de cette formation ; elle doit alors être confirmée par la chambre dans les trois jours. L'autorisation est délivrée pour un délai d'un mois maximum. Elle peut être renouvelée pour un nouveau délai d'un mois selon la même procédure. Au-delà de six mois, la décision est prise par le tribunal régional supérieur (§ 100d al 1^{er} du code de procédure pénale).

² Cf. ROXIN, G. ARZT, Kl. TIEDEMANN, *op. cit.*, p. 125 ; J. VOGEL, *op. cit.*, p. 831. V. P. RIESS, Zur aktuellen Entwicklung des Strafverfahrensrechts, Zwischenbilanz und Ausblick, StraFo 206, 11.

³ L'article 93 al 1^{er} 4a de la Loi fondamentale ouvre un recours constitutionnel à « quiconque estime avoir été lésé par la puissance publique dans l'un de ses droits fondamentaux ou dans l'un de ses droits garantis par les articles 20 IV, 33, 38, 101, 103 et 104 » de la Loi fondamentale (la traduction est de Monsieur Autexier : Ch. AUTEXIER, Introduction au droit public allemand, PUF, coll. Droit fondamental, 1997, n°74 p. 81).

⁴ Toute juridiction peut saisir la Cour constitutionnelle d'une loi qu'elle estime contraire à la Constitution (contrôle concret des normes, *abstrakte Normenkontrolle*). V. Ch. AUTEXIER, *op. cit.*, n°73 p. 80.

domicile devant en principe être autorisée par un juge. Il appartient par conséquent au procureur d'indiquer précisément dans sa décision en quoi les conditions de l'urgence se trouvent remplies, afin de permettre le contrôle *a posteriori* du bien-fondé de celle-ci, conformément aux exigences constitutionnelles. Les décisions refusant de procéder à un tel contrôle doivent donc être annulées¹.

Dans un arrêt prononcé le 4 février 2005, la Cour a pareillement annulé le jugement d'un tribunal cantonal avalisant le recours à la clause d'urgence, dans une affaire où les enquêteurs n'avaient même pas tenté de joindre le juge compétent et où rien n'indiquait qu'il existait un risque de dépérissement des preuves².

*

* * *

L'équilibre souhaité au départ s'est donc modifié.

D'un côté l'on assiste, comme dans notre droit, à une promotion du rôle du ministère public. Le plus souvent effacé lors des investigations, il n'est plus tant l'autorité qui donne l'impulsion de la répression que celle qui en apprécie la nécessité, voire qui se substitue au juge pour « répondre » aux délits de petite et moyenne gravité.

De l'autre, l'on constate et déplore un recul du rôle du juge, dont la mission de contrôle, pourtant essentielle, devient de plus en plus difficile.

Une telle évolution conduit la doctrine d'Outre-Rhin à souhaiter, dans sa grande majorité un accroissement des droits de la défense, une plus grande indépendance du ministère public par rapport au pouvoir politique et un renforcement des pouvoirs du juge pendant la phase préliminaire³.

Le 65^{ème} Congrès des juristes allemands, qui s'est réuni à Bonn en septembre 2004 sur le thème : « Chances et risques d'une réforme de la procédure pénale

¹ Cour const. féd., 20 fév. 2001, 2 BvR 1444/00, www.bundesverfassungsgericht.de.

² Cour const. féd., 4 fév. 2005, 2 BvR 308/04, www.bundesverfassungsgericht.de.

³ V. : Diskussionsentwurf für eine Reform des Strafverfahrens, StV 2004, 228 ; U. FREYSCHMIDT, A. IGNOR, Mehr Verteidigung im Ermittlungsverfahren ?! – Anmerkungen zum Diskussionsentwurf für eine Reform des Strafverfahrens -, NStZ 2005, 465 et s. ; M. JAHN, Aktuelle probleme der Reform des Strafverfahrens, Neue Justiz 2005, 106 et s. ; B.-D. MEIER, *op. cit.*, p. 448 et s. ; W. WOHLERS, Das partizipatorische Ermittlungsverfahren : kriminalpolitische Forderung oder „unverfügbarer“ Bestandteil eines fairen Strafverfahren ?, GA 2005, 11 et s. V. cep. les réserves formulées par J. VOGEL, *op. cit.*, p. 827 et s..

préliminaire » et dont l'influence sur le législateur est très forte, s'est prononcé en faveur

- d'un renforcement des pouvoirs du juge de l'enquête, qui doit pouvoir contrôler de manière effective les atteintes portées aux droits constitutionnellement garantis, afin de devenir un vrai « juge des libertés » (en français dans le texte) ;

- d'un affaiblissement de l'autorité hiérarchique exercée sur les membres du ministère public, les injonctions externes comme internes devant être écrites et motivées ;

- du maintien de la direction de l'enquête dans les mains du ministère public afin de contrôler les pouvoirs de la police qui ne doit pas disposer du droit de classer elle-même l'affaire¹.

Aussi concentré soit-il, ce bref tableau de la procédure répressive allemande nous livre quelques enseignements et permet de tordre le cou à plusieurs idées reçues. La procédure germanique n'est pas, même dans sa phase préparatoire, une procédure accusatoire ; les rapports entre les représentants du ministère public et les juges se présentent d'une manière analogue à ce que nous connaissons en France, alors que les uns et les autres appartiennent à des corps différents ; le remplacement du juge d'instruction par un juge de l'enquête n'est concevable, sans dommage pour les libertés, qu'à condition que l'on donne à celui-ci les moyens juridiques et matériels de remplir effectivement sa mission.

L'un des mérites, et non le moindre, du droit comparé est d'ouvrir le champ de la réflexion et de renouveler le regard que l'on porte sur ses propres institutions. Puisse cet exposé y avoir contribué. Après tout, disait Picabia, « notre tête est ronde pour permettre à la pensée de changer de direction »².

¹ Die Beschlüsse des 65. Deutschen Juristentages Bonn 2004, www.djt.de.

² F. PICABIA, *La pomme de pin*, fév. 1922.