

La victime de crime face au Ministère public

Légalité, légitimité et justice
en procédure pénale suisse

Essai de philosophie politico-juridique

Serge G. Fafalen

Schulthess
ÉDITIONS ROMANDES





§ 4 – Des raisons de la colère

« Mais ici, une difficulté se présente: tout être qui est en acte a, semble-t-il, la puissance, tandis que ce qui a la puissance ne passe pas toujours à l'acte »⁸⁸.

Ainsi en va-t-il, depuis la nuit des temps, du discours *métaphysique* sur la relation entre le pouvoir d'agir et l'action du sujet: il y a des raisons universelles pour lesquelles un individu qui a la capacité d'agir (les Anciens diraient: un agent muni de la puissance) rechigne à mener à bien une tâche, jusqu'à refuser de l'accomplir; tandis que le néant qui s'ouvre sur un tel non-acte se retrouve dans toutes les pratiques et dans tous les pays.

Depuis son premier préambule (de 1874), la constitution de l'Etat de droit suisse a toujours invoqué: « *Au nom de Dieu Tout-Puissant!* »; fondant ainsi la notion archétypique d'une justice idéale et la norme de son incarnation, tout en ignorant volontairement les critiques raisonnées de Kant (1793), le positivisme religieux de Comte (1844) et le nihilisme de Nietzsche (1882):

« Où est allé Dieu? Nous l'avons tué, vous et moi! [...] Qu'avons-nous fait en détachant cette terre de la chaîne de son soleil? [...] Ne tombons-nous pas sans cesse? [...] N'errons-nous pas à travers un néant infini? [...] Dieu est mort! [...] Il faut du temps à la foudre et au tonnerre, [...] il faut du temps aux actions même accomplies, pour être vues et entendues »⁸⁹.

Avec la norme de l'incarnation primordiale, c'est donc sous la houlette d'une adjuration métaphysico-morale notionnelle que le constituant helvétique a postulé l'énoncé le plus fondamental pour sa souveraineté et pour ses trois pouvoirs: « *Le droit est la base et la limite de l'activité de l'Etat* »⁹⁰.

88 Aristote, *Métaphysique*, XII 1071b (24-26). Notons que Thomas Hobbes, à qui référence a été faite, dénonce l'aristotélisme (qu'il nomme philosophie de « l'aristotélité » universitaire) et qu'il juge sa métaphysique « absurde », sa politique « incompatible avec le gouvernement », son éthique « ignorante », sa physique remplie « de mots vides » et sa philosophie naturelle et surnaturelle « vaine »: *Léviathan* (1670), II.46 (8, 15).

89 Première *Constitution fédérale* du 29.05.1874 (RO 1 1), abrogée le 01.01.2000 (RO 1999 2556); RS 101. Immanuel Kant, *La Religion dans les limites de la simple raison* (1793). Auguste Comte, *Discours sur l'esprit positif* (1844). Friedrich Nietzsche, *Le Gai Savoir* § 125 (1882).

90 Cst. féd. art. 5 al. 1.



Ce postulat énonce en effet que la souveraineté étatique répond à un principe de *légalité* et de *légitimité*: mais pour le droit, est-ce là une question *d'être* ou une question *d'essence*?

D'une part, ce postulat concerne *l'essence du droit*: l'axiome du *tout-droit* énoncé par le constituant fédéral en tant que l'un des « *principes de l'activité de l'Etat régi par le droit* » présente toutes les qualités d'un axiome métaphysique, avec une connotation morale questionnant: « *Qu'est-ce que la Justice?* »⁹¹. Et avec les mots « *base* » et « *limite* », la métaphysique d'un tel axiome ne fait rien de moins que de délimiter transcendentalement *l'espace* alloué à la souveraineté dans le *temps* de la loi.

Et d'autre part, ce postulat concerne *l'être du droit*: sa *cathédrale*, sise dans cet espace-temps de souveraineté que le constituant suprême a lui-même découpé. Au sein de l'immanence de cet univers politico-juridique où se rencontrent le *pouvoir* et le *droit*, on peut y constater l'influence réciproque qu'a le *pouvoir* sur *l'action* et *l'action* sur le *pouvoir*, qui est susceptible de générer des anomalies fonctionnelles vers un dysfonctionnement dans la mission de justice et une remise en question de l'ordre institué.

Dans la normativité d'une procédure pénale dans laquelle le législateur a tenu à concentrer les pouvoirs de l'action en mains d'un seul *agent* (dans le cadre de la procédure préliminaire, il s'agit du procureur qui représente le ministère public), toute absence d'action de la part de cet agent de l'Etat, ainsi que toute action de sa part qui n'est pas conforme à la loi, conduisent nécessairement à une illégitimité autant qu'à une iniquité. Qui consistent à nier à la victime la reconnaissance de sa détresse; et à l'une ou l'autre des parties à la procédure, la reconnaissance de ses droits.

Or en raison des sérieuses conséquences sur la souveraineté de l'Etat et sur les parties à la procédure que génèrent l'absence d'action d'un magistrat du pouvoir judiciaire ou la non-conformité de son action par rapport à la loi, il paraît nécessaire de tenter d'en identifier et d'en connaître *les causes*.

A cet effet, nous postulerons: – avec la philosophie de l'aristotélisme d'il y a trois mille ans: qu'il y a « *quatre causes* » à toute anomalie d'un mouvement mécanique; et – avec toutes les philosophies politiques et morales depuis

91 Hans Kelsen, *Was ist Gerechtigkeit?* (1953, 1975) [43]: « *Qu'est-ce que la Justice? [...] Je ne le sais pas: je ne peux pas dire ce qu'est la justice absolue, ce beau rêve de l'humanité [...]; seulement la justice relative, ce qu'elle est pour moi [...]: c'est la justice de la liberté, de la paix, de la démocratie, de la tolérance.* »



l'Antiquité: que, dans l'advenir de ces causes, c'est la *nature humaine* qui a la part belle⁹².

Il se trouve à cet égard que, depuis la théologie du *Livre de Job*, toutes les philosophies politiques et éthiques de l'individu socialisé ont jugé pertinent d'envisager le rôle du *libre arbitre* de l'homme confronté aux assauts de la *fortune* et du destin (de même que le face-à-face des *vertus* face aux *vices*, du *bien* face au *mal*, du *bon* face au *mauvais*)⁹³:

« Notre libre arbitre n'étant pas vain, j'estime qu'il doit être vrai que la fortune soit l'arbitre de la moitié de nos actes, mais qu'elle nous laisse gouverner l'autre moitié, à peu de choses près. [...] La fortune se comporte tel un fleuve impétueux, qui lorsqu'il sort de son lit, inonde les plaines, met à bas les arbres et les maisons, emporte là le champ et le dépose là-bas; tous fuient devant lui, tout cède à sa fureur, rien ne peut y faire obstacle. [...] Elle montre sa puissance aux endroits où il n'y a point de force pour lui résister; et concentre ses assauts là où elle sait bien qu'il n'y a ni digues ni remparts pour la retenir ».

Et si aucun individu ne choisit son sort ou son lot (et de cette vérité métaphysico-morale, toute victime en est le sujet autant que l'objet dans la phénoménologie criminelle toujours unique qu'elle aura expérimentée), personne ne choisit non plus le magistrat qui instruit (ou qui juge) sa cause.

Or il est factuel que, dans les mots et les choses du droit pénal et de sa procédure, le *libre arbitre* du justiciable se heurte parfois, et parfois même de plein fouet, à la *mauvaise fortune* que la fonction magistrale lui impose.

Pour la victime de crime violent, cette vicissitude est comme un torrent déchainé; qui, sorti de son lit, n'est plus maîtrisé que par les garde-fous du droit qui auront été construits par le législateur pour prémunir la survenance d'une telle prépotence, en endiguer la furie et en maîtriser la déraison.

Certes, à n'en pas douter, les anomalies dans le système du droit que représentent les cas de dysfonctionnement de la justice ne sont que des aberrations sta-

92 (Quatre causes) Aristote, *Physique* II.3-7, *Métaphysique* V.2. (Nature humaine) L'anthropologie pragmatique et la psychologie empirique marquent dès Thomas Hobbes l'émancipation de la philosophie raisonnée par rapport à la métaphysique (philosophie naturelle ou scolastique) et la réalisation de la morale dans le juridico-politique, cf. p. ex. Thomas Hobbes, *Léviathan* I (1670), Immanuel Kant, *Anthropologie* (1772-1798), etc.

93 Niccolò Machiavel, *Le Prince*, XXV (1571), dont l'amoralisme politique « étudie l'homme pour savoir si l'homme peut être gouverné par l'homme » (Jean Giono, *Introduction, Machiavel Œuvres Complètes*, La Pléiade 1952).



tistiques, des écarts négligeables par rapport à la norme attendue dans ce qui est la pratique sereine et conforme du droit: le lot journalier d'hommes et de femmes qui se dédient sans compter à une tâche difficile, en faisant montre de qualités et de vertus ressenties et raisonnées dans l'accomplissement d'une tâche qui est indispensable à la société. Ces magistrats consacrent ainsi, avec leur peine quotidienne, le *principe de responsabilité individuelle et sociale* que postule la norme suprême suisse: «*Toute personne est responsable d'elle-même et contribue selon ses forces à l'accomplissement des tâches de l'Etat et de la société*»⁹⁴.

Mais comme toute règle a ses exceptions (et le *principe de la responsabilité individuelle et sociale* n'y échappe pas), il serait absurde que, dans un Etat de droit, l'*omerta* endogène ou des privilèges surannés qui font insulte à la garantie constitutionnelle de «*la liberté d'opinion et d'information*»⁹⁵ ou encore des menaces qui relèvent de distorsions illégitimes que d'aucuns font subir au droit pénal en vue de protéger leurs intérêts personnels, puissent contribuer à ce que la profession de magistrat (dans le modèle «*à magistrat unique*», il s'agit de la fonction, actuelle, de «*procureur*»; et de celle, désormais révolue, de «*juge d'instruction*») puisse se soustraire à la critique d'un examen de sa responsabilité casuistique, qui sera effectué du point de vue de la victime (au sens commun): avec cette prémisse, nous examinerons donc chacune des *quatre causes* de dysfonctionnement de justice que sont: – *l'impuissance*, – *l'incompétence*, – *l'indolence*, – *l'influence*.

4.1 La première de ces causes, *l'impuissance* (qui sera définie comme étant: *le manque de pouvoir pour agir*), concerne l'incapacité matérielle du magistrat à pouvoir traiter ses dossiers comme la loi l'entend: ainsi le cas d'une surcharge de travail anormale, qui ne lui permet pas une allocation du temps adéquate à la complexité du dossier; ou le cas dans lequel les moyens mis à sa disposition sont insuffisants pour accomplir la tâche.

Il a déjà été évoqué (§ 3.3) que ce sont précisément de telles surcharges et de tels manques dont se plaignent de manière récurrente l'ensemble des représentants de la justice et de la police et nombre d'administrations et de services qui s'occupent de cas relevant d'infractions pénales (ainsi les centres LAVI, l'hôpital public ou les services pénitentiaires).

94 Cst. féd. art 6 (responsabilité individuelle et sociale), à mettre en relation avec l'art. 5 al. 1 cité plus haut.

95 Cst. féd. art. 16, Cst. GE art. 26-28, CEDH art. 10.



Il est par ailleurs de notoriété publique (ce qui est confirmé à chaque budget et reddition de comptes) que les administrations publiques ont de plus en plus de peine à formater des budgets qui anticipent adéquatement les événements et les variations des postes qui les composent.

A cet égard, dans le cours de son unification procédurale, le législateur fédéral du code unique, tandis qu'il mettait tout en œuvre pour tenter d'en minimiser les coûts pour les cantons, dû avouer qu'il était « *impossible de prédire avec une certaine fiabilité l'ampleur des incidences qu'aura l'unification de la procédure pénale. Les coûts de la justice dépendent d'une multitude de facteurs. La législation n'est que l'un de ces facteurs et il n'est pas le plus important; d'autres éléments influent aussi sur ces coûts* »⁹⁶.

Le législateur aura donc beau mettre en place la meilleure des lois, si les moyens financiers viennent à faire défaut aux acteurs qu'il aura envisagés, sa loi continuera de manquer de remplir la fonction assignée et d'atteindre le but recherché. La victime de crime, quant à elle (dont la grande souffrance est reconnue par la définition-même que la loi fait de son statut victimaire) n'a en général cure des problèmes matériels et financiers rencontrés par les pouvoirs publics : suivant le crime qui l'a frappée, et en particulier si celui-ci a eu lieu dans un endroit public ou si des services de protection ou de surveillance ont été défaillants, elle serait même plutôt inclinée à les blâmer d'avoir mal alloué ou mal utilisé les contributions publiques.

Dès lors, plutôt que de mettre la tête dans le sable et tenter d'ignorer que toute démonstration d'impuissance de la justice, fût-elle négligeable, peut avoir un effet catastrophique sur l'état psychologique d'une victime déjà fragilisée, il ferait sens d'instituer par simple directive interne, à charge des magistrats et dans chaque cas d'espèce, une *obligation de communiquer* aux parties à la procédure l'existence de problèmes qui obèrent la réalisation de la tâche de justice que tout justiciable est en droit d'attendre.

4.2 Une autre cause de dysfonctionnement de la justice, *l'incompétence* (définie comme étant : *l'inaptitude à accomplir un acte*), n'est pas, quant à elle, la divagation d'un esprit chagrin, car elle ne concerne pas seulement des individus qui n'ont rien à faire dans la profession qui est la leur. A cet égard, et à défaut de statistiques objectives, nous dirons, au sein de la magistrature, les cas *d'incompétence* avérée sont très rares ; et qu'il vaut mieux pour la justice, et la société dans son ensemble, que les cadavres du passé restent enfouis dans les placards de ses palais.

96 FF 2006 1359 (conséquences financières pour la confédération et les cantons).



On notera cependant, à côté des cas rarissimes d'inaptitude véritable dans lesquels la carrière du magistrat incompetent, indubitablement couvée, tolérée et parfois encouragée par la hiérarchie des mandarins, aura été autorisée à suivre son cours dangereux au sein-même du système judiciaire (ce qui est en soi intolérable pour une justice fondée sur le droit; et représente un excellent thème de sociologie du pouvoir pour la recherche académique), il existe une tout autre catégorie d'incompétence: il s'agit là une *incompétence* que nous qualifierons *d'involontaire*: elle découle d'une inadéquation endogène dans la filière de recrutement des magistrats ou encore dans la formation juridique reçue.

Ainsi, par exemple, dans le canton de Genève: le cas de ces individus qui, tout frais brevetés, choisissent d'abord d'exercer le barreau, avant de se décider à rejoindre la magistrature. Car, en raison d'une pratique archaïque dans le recrutement des magistrats du pouvoir judiciaire genevois, tous les titularisés (quelque soient leurs compétences) sont contraints de débiter leur carrière au sein du ministère public en tant que *procureur*, avant de pouvoir espérer être transférés dans une juridiction de première instance, civile ou pénale. Or, au vu des écueils et des astreintes de cette fonction très particulière du pouvoir judiciaire pénal, pour certains d'entre eux, l'idée de se plonger jour après jour dans l'abîme septique que peut être la nature humaine quand elle assume la forme de la criminalité endurcie doit assurément être davantage comparable à un affreux bizutage qu'à une étape d'acquisition de compétences indispensables à la carrière judiciaire.

Il n'est pas non plus difficile de prendre en compte le fait que, les normes du droit étant toujours plus nombreuses et plus complexes, il est impossible d'en talonner toute la production et d'en connaître toute l'évolution. Et donc qu'au cours de leurs années de pratique au barreau, la plupart de ces anciens-avocats-devenus-magistrats se seront spécialisés, de fait et par nécessité, dans des domaines du droit radicalement différents de ceux qui relèvent du droit pénal (ainsi le droit du bail ou des assurances sociales). Et de réaliser conséquemment qu'au début de leur titularisation, certains d'entre eux n'auront plus (ou pas) les connaissances adéquates ou l'intérêt nécessaire à s'occuper des affaires pénales au sein du ministère public.

Archaïsme du recrutement et du parcours, accompagnement hiérarchique insuffisant, surveillance disciplinaire imparfaite des magistrats défaillants: cela importe peu aux victimes de crime; qui n'ont en général ni les capacités juridiques, psychologiques ou financières, ni la volonté pour s'en plaindre.



4.3 Avec la troisième cause de dysfonctionnement, *l'indolence* (définie comme étant : *la disposition à se donner le moins de peine possible et à agir avec lenteur et mollesse*), c'est le *Rubicon* qui est franchi : il ne s'agit plus là d'un comportement *objectif*, tel que dans les deux premières causes, mais bien d'une attitude *subjective* : un dérivé de la psychologie individuelle, observable dans la sphère professionnelle autant que privée de l'indolent.

A l'égard de cette cause dysfonctionnelle, l'on sait que la langue française utilise le mot « *rond-de-cuir* » pour signifier un individu qui *se comporte de manière mécanique et indolente dans l'accomplissement et l'exercice d'une activité administrative*. Mais lorsqu'il s'agit d'un agent du pouvoir judiciaire, *l'indolence* se prête mal aux moqueries : elle n'est rien de moins qu'un véritable fléau. En procédure pénale, il n'y a rien de pire qu'un magistrat indolent du point de vue de la victime de crime : ainsi celui qui ne donne pas suite à ses requêtes probatoires ou à ses réquisitions procédurales ou encore celui qui retarde indûment les actes de sa fonction.

Un magistrat volontairement indolent ne fait pas que nier au justiciable ses droits et sa dignité : il dénie à la justice son principe d'équité. Ainsi, dans un passé maintenant révolu, une juge d'instruction d'un canton où était en vigueur un modèle « *à magistrat unique* » a été souvent accusée de faire obstacle à la bonne marche de la justice et à l'accès des parties à un tribunal « *compétent, indépendant et impartial* »⁹⁷ : en particulier en imposant de manière récurrente à ses procédures d'instruction des lenteurs injustifiées.

Cette magistrate fourvoyée, que le souverain avait laissé officier librement au sein du pouvoir judiciaire avec les pleins-pouvoirs d'instruction et d'incarcération en dépit de sa sévère addiction à l'alcool qui était de notoriété publique (ce qui représente en soi un double dysfonctionnement grossier de la justice : hiérarchique et fonctionnel), ne pouvait ignorer que, dans le cadre d'une procédure pénale gangrenée dont elle avait la pleine responsabilité, sa volontaire indolence amplifierait intolérablement et chaque jour un peu plus les désastreuses conséquences de sa non-action au détriment des individus à qui elle s'en était prise indûment.

Car à la fin de cette procédure marquée par l'indolence (et l'incompétence) du magistrat, c'est sans surprise qu'après « *classement* » de la procédure par le procureur général, les victimes de ses turpitudes ont été blanchies par « *non-lieu* » (équivalent d'un acquittement préalable à une première instance, prononcé par un tribunal indépendant du ministère public).

FIN DE L'EXTRAIT

97 Garanties constitutionnelles de procédure judiciaire (Cst. féd. art. 30 al. 1).