

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





§ 9 – Des préliminaires de la conclusion

9.1 La loi est toujours pleine de surprises: pour ceux qui l'ignorent, autant que pour ceux pour qui croient la connaître. Aux côtés des secret de sa lettre et de l'esprit du nomothète qui l'a édictée, elle se pare toujours de la qualité de l'âme de ceux qui en font usage: soit qu'ils l'adoptent, soit qu'ils ne n'en tiennent pas compte; soit qu'ils s'en servent pour émettre des opinions, des décisions et des jugements, dont le sort n'est jamais acquis; soit qu'ils prennent, avec la conscience et volonté de leur libre arbitre, le risque de l'enfreindre, allant jusqu'à la violer en toute connaissance de cause, pour des motifs aussi variés que les *quatre causes* (§ 4). Pourtant, on aurait pu penser que le droit avait pondéré de longue date la sentence qui énonce que: «*La loi que les hommes sont tenus d'observer en tant que membre [...] d'une république [...] est un commandement qui oblige tous les sujets sans exception; [...] et que ce n'est que pour les faibles d'esprit, les enfants et les fous, et également que pour les animaux, qu'il n'est pas de loi*»²⁴⁹.

En Suisse, ni le droit constitutionnel, ni le droit pénal matériel et formel, ni le pouvoir judiciaire, n'échappent à la détermination de la volonté et du libre arbitre qui est dans la nature de l'homme. Cet ouvrage en aura démontré quelques facettes: des confusions sémantiques (§ 1) aux contraintes et aux contradictions dans son élaboration (§ 2) et dans les choix idéalisés par le législateur (§ 2, § 3), c'est le *fil d'Ariane* de la loi qui, déroulé par la victime de bonne foi mais en manque d'information (§ 5), l'amène à en constater, parfois avec déception, parfois avec colère, les écueils, l'injustice et les dysfonctionnements (§ 4, § 8).

Car à quoi bon établir des principes et des garanties de libertés à la base de l'Etat qui se prétend être de droit, si ces principes restent ensuite lettre-morte; ou, pire, si d'aucuns peuvent s'en gausser à l'envi (§ 6, § 7, § 8)? Par un magistrat au détriment de la victime?: serait-ce sous le prétexte que la procédure pénale ne doit pas être un outil de justice privée, qu'elle n'a pas pour vocation d'offrir à la victime une fonction cathartique et qu'elle doit rester affaire de rétribution collective? Nous objecterons que ce n'est pas au magistrat ou au ministère public, mais au législateur et aux juges du pouvoir souverain de décider de la fonction de la procédure pénale. Et que c'est aussi ignorer que, dans la mesure où «*la limitation du pouvoir de l'Etat passe par l'exigence de la légalité*», chaque crime (en tant que sujet / objet du *droit pénal* matériel et formel) est comme un coup de pied dans la fourmilière de l'ordre sociétal qui est établi, garanti et légitimé

249 Thomas Hobbes, *Léviathan* (1670), I.26 (1, 49, 50) (phrase reconstituée).



par le droit constitutionnel : que si donc chaque acte criminel a des conséquences sur l'ordre établi, les violations par des agents du pouvoir souverain du principe de la *légalité* écornent assurément, et à chaque fois un peu plus, l'image de la *justice* et la *légitimité* du pouvoir souverain (§ 7, § 8)²⁵⁰.

A cet égard, depuis plus d'une décennie, *la loi et l'ordre* est un sujet de politique intérieure et de géopolitique internationale, devenu brûlant d'actualité dans la déstructuration brusque mais tellement prévisible des constructions normatives de l'après-guerre, dont la chute du Mur de Berlin et la désintégration de l'URSS n'étaient que les prémisses ; de cette désintégration de l'ordre établi, ce sont toujours des assauts répétés à la loi et à la légalité instituée qui en sont responsables, souvent depuis l'intérieur de la machine étatique, qu'ils rongent telle une colonie de termites.

C'est donc bien mal connaître la nature humaine et les coups de la fatalité que de croire, comme l'a fait le législateur du code de procédure pénale suisse, aux propriétés miraculeuses de l'équilibre des vices du libre arbitre humain par la vertu de la loi postulée : ainsi le sait-on parfaitement depuis les philosophies politiques et morales de la Grèce antique, qui n'ont pas suffi à enrayer la désintégration de l'ordre social des cités et, plus tard, des empires hellènes et romains. La pratique du pouvoir souverain, en particulier lorsqu'il s'agit d'un pouvoir autocratique tel que celui conféré par le législateur, probablement trop naïvement, aux représentants du ministère public dans le cadre de la procédure pénale préliminaire, démontre factuellement qu'il n'existe pas de tel « *cadre juridique permettant d'établir, dans le cas d'espèce, un juste équilibre entre les intérêts diamétralement opposés des personnes impliquées dans une procédure pénale* »²⁵¹.

9.2 S'il y aurait encore bien des choses à dire à cet égard, là où le bât blesse véritablement, c'est lorsqu'en cours de procédure pénale, ceux qui, devant la répulsion que le crime inspire, devraient être de naturels amis (ainsi le procureur du ministère public et la victime de crime) deviennent d'artificiels ennemis, dans une évitable confrontation qui dessert à la fois les intérêts de la victime et du magistrat et ceux de la justice et du pouvoir étatique.

Avec la permanence de cette répulsion négatrice de l'humain que peut inspirer le crime et ressentir la victime, il s'agit avant tout de respecter sa dignité humaine. La garantie constitutionnelle qui formalise l'exigence du « *respect et de la protection de la dignité* » étant, comme le dit le législateur constituant : « *En quelque*

250 FF 1997 I 133.

251 FF 2006 1059.



sorte, la dernière ressource du droit au cas où la garantie de tous les autres droits fondamentaux demeurerait inefficace [...]; la garantie fondamentale qui constitue le noyau et le point de départ d'autres droits fondamentaux, en détermine le contenu et constitue une valeur indicative pour les interpréter et les concrétiser»²⁵².

A sa suite, nous affirmerons la nécessité, pour l'Etat et les administrés-justiciables, d'une pondération; mais pas celle souhaitée par le législateur, cet illusoire équilibre entre les vices des parties à la procédure et les vertus de la loi pénale (§ 4.5). Plutôt une autre forme de pondération, celle d'un libre choix, né de l'intelligence et du libre-arbitre: le produit de la réflexion intérieure du magistrat, le jugement de sa bonne volonté, par lequel il lui échoit de connaître et de savoir quand et comment témoigner à la victime un peu de cette humanité qu'autant la loi que son serment exige de lui.

Ainsi va la teneur de son serment: «*Je jure ou je promets solennellement: d'être fidèle à la République et canton de Genève, comme citoyen et comme magistrat du ministère public [ou] comme citoyen et comme juge; [...] de me conformer strictement aux lois; de remplir ma charge avec dignité, rigueur, assiduité, diligence et humanité; de ne point fléchir dans l'exercice de mes fonctions, ni par intérêt, ni par faiblesse, ni par espérance, ni par crainte, ni par faveur, ni par haine pour l'une ou l'autre des parties; de n'écouter, enfin, aucune sollicitation et de ne recevoir, ni directement ni indirectement, aucun présent, aucune faveur, aucune promesse à l'occasion de mes fonctions*»²⁵³.

Placé sur le trône de la justice, l'individu, jusqu'alors simple administré-justiciable, qui à un moment donné de son parcours professionnel est instauré en tant que magistrat du pouvoir judiciaire par la volonté d'un pouvoir souverain agissant sur mandat du peuple, est tel «*Gygès le Lydien*»: un «*berger au service du roi*»; qui devient maître du pouvoir d'invisibilité et se retrouve ainsi dans la situation «*d'être maître de tout et faire comme un dieu parmi les hommes*»; sans que le commun, qui reste aveuglé par le voile de son «*pouvoir d'invisibilité*», ne puisse rien y faire ni rien y redire²⁵⁴.

Si l'on admet avec Platon que «*le chef-d'œuvre de l'injustice, c'est de paraître juste sans l'être*», dans le mythe mille fois repris, l'illégalité, l'illégitimité et l'injustice ne restent pas sans conséquence: poussé par la ruse de la reine qu'il épousera,

252 FF 1997 I 143. Cst. féd. art. 7, CPP al. 3 al. 1.

253 Serment d'intronisation des magistrats pouvoir judiciaire à Genève selon la LOJ Genève 2010, rsGE E 2 05: magistrats du ministère public, art.11 LOJ; juges, art. 12 LOJ (nous soulignons).

254 Platon, *La République*, II 358b-362c; Cicéron, *De Officiis*, I (41), III (9).



le berger devenu invisible tue le roi et prend le pouvoir ; mais sa dynastie, quant à elle, n'échappe pas au châtement annoncé par l'oracle pythique : son descendant, « *le roi Crésus* », perdra dramatiquement le pouvoir et les richesses usurpés, « *puni du crime de son cinquième ancêtre, car il est impossible, même pour un dieu, d'éviter le sort de sa destinée* »²⁵⁵.

9.3 Ainsi, c'est depuis les temps antiques que l'être humain en société se pose toujours les mêmes questions à propos de la légalité, de la légitimité et de la justice. De fait, l'interrogation lancée par ces trois différents visages du droit que sont la *légalité*, la *légitimation* et la *justice* est contenue dans le questionnement éminemment sérieux auxquelles toutes les philosophies politiques et morales se sont évertuées de répondre, depuis le temps des idéaux normatifs et théologico-politiques de Platon ou de Saint Augustin à celui du positivisme politico-juridique et normativiste de Hans Kelsen :

« *Quelle différence y a-t-il entre l'Etat et une bande de voleurs ?* ».

La différence entre *l'Etat* et la *bande de voleurs* n'est en effet pas relative à l'exigence du respect de la règle instituée : ces deux *ordres de contrainte* (la société civile et la collectivité criminelle) l'imposant de la même manière à leurs membres récalcitrants : avec des sanctions et des châtements. Ce qui les distingue plutôt, c'est une exigence morale dans l'édiction et l'application des règles de leur droit respectif, car : « *En tant que la justice est une exigence de la morale, le rapport de la justice et du droit est inclus dans le rapport de la morale et du droit* »²⁵⁶. En fin de compte, en matière de l'exigence de morale faite à la justice, la *convention des droits de l'homme* n'est que le légiféré de quelques principes universellement reconnus à la simple qualité d'être humain. A sa suite, comment donc peut-on encore feindre d'ignorer ces principes universels « *qui n'ont pas besoin d'être édictés* » et que la codification a pris le soin de positivement rattacher à la nature humaine tout en insistant toujours plus sur une corrélation naturelle entre la qualité d'Etat de droit et la nécessité de postuler des garanties fondamentales pour protéger l'individu contre les abus de cet Etat²⁵⁷ ? En effet, de telles garanties règnent désormais suprêmes, tandis qu'issues des amours très platoniciennes entre l'essence idéale de la *Justice* et l'esprit moral du *Bien*, elles ont pris corps dans la brute matérialité de la loi.

FIN DE L'EXTRAIT

²⁵⁵ Citations de Platon, *ditto*, 361a ; Hérodote, *Histoires*, I.91.1.

²⁵⁶ Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1960), § 7 ; pour ce positiviste, la 'justice' d'un ordre social ne doit pas être un critère de distinction entre le droit de l'Etat et la loi d'ordres de contrainte, telle la *bande de voleurs* (§ 6 c).

²⁵⁷ Citation de Thomas Hobbes, *Léviathan* (1670), I.26 (55) ; *Convention de Rome* (1950), RS 0.101 ; Cst. féd. art. 5 al. 1 et 4, 190.