



COUNCIL OF EUROPE CONSEIL DE L'EUROPE

Strasbourg, le 15 juin 2004

Restreint
CDL (2004) 060
Or. angl.

Avis no. 292/2004

COMMISSION EUROPEENNE POUR LA DEMOCRATIE PAR LE DROIT
(COMMISSION DE VENISE)

**OBSERVATIONS CONCERNANT
LE PROJET DE LOI
DE LA REPUBLIQUE D'UKRAINE
SUR LE MINISTERE PUBLIC**

de
M. James HAMILTON (Membre suppléant, Irlande)

GÉNÉRALITÉS

1. J'ai été chargé de rédiger un avis sur le projet d'amendement à la législation ukrainienne relatif au bureau du Procureur de la République. La législation existante, ainsi que les amendements proposés, mais abandonnés, à l'époque, ont fait l'objet d'avis antérieurs rédigés par moi-même (7 décembre 2001) et par Mme H. Suchocka (11 décembre 2001). Ces avis ont été adoptés par la Commission de Venise.

LÉGISLATION EN VIGUEUR

2. La loi actuelle relative au bureau du Procureur de la République ukrainienne consacre une institution très puissante, sur le modèle de la « prokuratura » de type soviétique. Les fonctions du bureau du Procureur, définies à l'Article 121 de la Constitution adoptée en 1996, sont les suivantes :

- a. engager des poursuites judiciaires pour le compte de l'État ;
- b. représenter les intérêts du citoyen ou de l'État devant les tribunaux, dans les cas prévus par la loi ;
- c. veiller au respect de la loi par les organismes chargés des instructions, au stade de l'instruction et des instructions préliminaires ;
- d. veiller au respect de la loi dans l'exécution des décisions pénales et dans l'application de mesures coercitives restreignant la liberté personnelle des citoyens.

3. La Constitution de 1996 comprend aussi une disposition transitoire, rédigée dans les termes suivants :

« Conformément à la loi en vigueur, le ministère public continue de veiller à l'observation et à l'application de la loi, ainsi qu'aux instructions préliminaires, jusqu'à l'entrée en vigueur des lois réglementant l'activité des organes publics en matière de contrôle de l'observation des lois et jusqu'à ce que le système d'instructions préalables soit créé et que les lois régissant son fonctionnement entrent en application. » (Chapitre XV, alinéa 9)

Lorsqu'elle est entrée en vigueur, la Constitution de 1996 prévoyait donc que les fonctions ordinaires de contrôle de l'observation et de l'application des lois (c'est-à-dire en-dehors des cas prévus à l'Article 121 (c) et (d) de la Constitution), ainsi que la fonction d'instruction préalable, ne relèveraient du ministère public que pendant une courte période. Les procédures portant sur l'arrestation, la garde à vue et la détention de suspects, ainsi que sur les fouilles et les perquisitions ayant été conservées dans les dispositions transitoires, pour une période de cinq ans (Chapitre XV.13), il n'était apparemment pas prévu que le ministère public conserve ces pouvoirs pendant plus de cinq ans.

4. Les principaux avis sur la loi en vigueur, exprimés dans mon rapport du 7 décembre 2001, étaient donc les suivants :

- (i) La loi confère un pouvoir exécutif trop important à une seule institution, voire, compte tenu de l'organisation hiérarchique du bureau du Procureur, à une seule personne, le Procureur général de la République d'Ukraine.
- (ii) La loi enfreint le principe de la séparation des pouvoirs. Ceux du Procureur général sont étroitement liés aux pouvoirs judiciaire, exécutif et législatif.

- (iii) La loi confère au ministère public des pouvoirs qui seraient exercés de façon plus adéquate par le pouvoir judiciaire dans son ensemble, le ministère public étant habilité à révoquer certaines décisions judiciaires.
- (iv) Les relations entre le Procureur général et l'exécutif manquent de transparence, l'indépendance du premier par rapport au second n'étant pas non plus clairement établie.
- (v) Les conditions d'exercice du mandat de procureur n'offrent pas de garanties suffisantes d'indépendance vis-à-vis des organes exécutifs et législatifs.
- (vi) Le pouvoir de représenter les intérêts du citoyen est défini dans un sens trop large.
- (vii) L'Article 7 représente une menace potentielle pour la liberté de la presse.

I. PROJET DE LOI PROPOSÉ

5. Le nouveau projet de loi reste fondé sur l'Article 121 de la Constitution. Toutefois, outre les quatre fonctions énumérées au point 2 (engagement des poursuites, représentation d'un citoyen ou de l'État, surveillance de l'instruction préliminaire, du jugement et des mesures restreignant la liberté), une cinquième fonction est ajoutée :

« veiller au respect des droits et des libertés de l'homme et du citoyen, à l'observation des lois sur ces questions par les organes du pouvoir d'État, les collectivités locales autonomes et les agents de ces administrations. »

(Article 1(5))

6. Cette nouvelle fonction a fait l'objet d'une proposition d'amendement constitutionnel soumise à la Verkhovna Rada en 2003, qui a été rejetée. Malgré le rejet, le projet de loi propose d'octroyer cette fonction au bureau du Procureur. Si elle devait entrer en vigueur, une telle mesure pérenniserait une part considérable des fonctions du procureur alors que ces dernières devaient être exercées à titre provisoire, conformément aux dispositions transitoires de la Constitution. En outre, alors que ces dispositions prévoyaient de ne plus confier au Procureur général l'instruction préliminaire, mais d'en surveiller le déroulement, les nouvelles dispositions prévoient un contrôle de l'instruction préliminaire par le bureau du Procureur, qui dépasse largement la simple surveillance. En effet, aux termes des Articles 37 à 39, il est clair que le Procureur général est en mesure de donner des instructions contraignantes aux organes chargés de l'instruction préliminaire.

7. Par conséquent, le projet de loi laisse de côté le principal problème précédemment évoqué, lié aux fonctions du bureau du Procureur, à savoir une concentration excessive des pouvoirs entre les mains du Procureur général et de son bureau. Outre le pouvoir d'engager des poursuites, de représenter les intérêts des citoyens et de l'État dans certains cas, de veiller au respect de la loi par les organes chargés des instructions et de surveiller l'exécution des décisions de justice et la restriction de la liberté personnelle des citoyens, le bureau du Procureur de la République continue d'exercer un pouvoir de surveillance générale, ainsi qu'un contrôle effectif des instructions préliminaires. Or, aux termes de la Constitution de 1996, ces fonctions devaient relever de sa compétence uniquement jusqu'à ce que les textes relatifs aux organes de l'État chargés de veiller à l'observation des lois entrent en vigueur et que le système des instructions préliminaires soit créé.

8. Par ailleurs, le projet de loi continue à considérer que le bureau du Procureur reste étroitement lié aux pouvoirs exécutif et législatif ; ce dernier exerce donc des prérogatives qu'il serait plus judicieux de réserver au pouvoir judiciaire.

9. Dans son Article 10, le projet de loi continue à prévoir la participation du Procureur général aux réunions des corps législatif, exécutif et judiciaire. En ce qui concerne l'organe législatif, cette participation se fait à l'invitation de la Verkhovna Rada ou de ses commissions ; il serait toutefois souhaitable de fixer par exemple les limites de cette participation à la présentation de rapports ou, le cas échéant, à une séance de questions. Il n'est pas souhaitable qu'un Procureur général ait le pouvoir de proposer une loi ou de participer aux débats parlementaires. De même, la nature de la participation du Procureur général aux sessions plénières des tribunaux devrait établir clairement que ce dernier n'exerce aucune fonction judiciaire, dans l'hypothèse où cette possibilité serait effectivement prévue.

10. La relation entre exécutif et ministère public reste problématique. Le Procureur général est tenu de participer au cabinet ministériel et aux organes des collectivités locales. Si, en principe, il est possible, au sein d'une démocratie, de subordonner le ministère public à l'exécutif, en pratique, il convient de prévoir des clauses de sauvegarde suffisantes pour garantir la transparence de l'exercice des pouvoirs de poursuite par le gouvernement. Le paragraphe 13 de la Recommandation (2000) 19¹ du Comité des ministres du Conseil de l'Europe fixe les conditions d'une telle éventualité. Le paragraphe 14 traite le cas où le ministère public est indépendant du gouvernement. Les conditions décrites dans ces deux paragraphes ne semblent pas, toutefois, être clairement réunies dans le cas de l'Ukraine. En particulier, la participation du Procureur général à des réunions du cabinet ministériel d'Ukraine, associée à son pouvoir de

¹ Les paragraphes 13 et 14 de la Recommandation (2000) 19 sont les suivants :

13. Dans les pays où le ministère public dépend du gouvernement ou se trouve subordonné à celui-ci, l'État prend toutes mesures afin de garantir que :

- a. la nature et l'étendue des pouvoirs du gouvernement vis-à-vis du ministère public soient précisées par la loi ;
- b. le gouvernement exerce ses pouvoirs de manière transparente et conformément aux traités internationaux, au droit interne et aux principes généraux du droit ;
- c. toute instruction à caractère général émanant du gouvernement revête une forme écrite et soit publiée selon des modalités appropriées ;
- d. lorsque le gouvernement est habilité à donner des instructions de poursuite dans une affaire spécifique, celles-ci s'accompagnent de garanties suffisantes de transparence et d'équité, dans les conditions prévues par la loi nationale, le gouvernement étant, par exemple, astreint :
 - à solliciter au préalable l'avis écrit du ministère public compétent ou de l'organe représentatif du corps ;
 - à dûment motiver ses instructions écrites, tout particulièrement lorsqu'elles ne concordent pas avec cet avis et à les acheminer par la voie hiérarchique ;
 - avant l'audience, à verser au dossier de la procédure pénale les instructions et avis, et à les soumettre au débat contradictoire ;
- e. le ministère public conserve le droit de soumettre à la juridiction tout argument juridique, même dans les cas où, lorsqu'il la saisit par écrit, il est dans l'obligation de le faire dans le sens des instructions qu'il a reçues ;
- f. les instructions individuelles de non poursuite soient, en principe, prohibées et que, s'il n'en est pas ainsi, de telles instructions, par ailleurs exceptionnelles, soient assujetties non seulement aux règles énoncées aux paragraphes d. et e. mais également à un contrôle spécifique approprié dans le but notamment de garantir la transparence.

donner des ordres aux procureurs de niveau inférieur, aboutit à une situation qui manque de transparence et dans laquelle l'indépendance du Procureur n'est pas clairement établie, malgré les garanties d'indépendance énoncées à l'Article 4 du projet de loi.

11. Il convient de noter que l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, dans sa Recommandation 1604 (2003) sur le rôle du ministère public dans une société démocratique régie par le principe de la primauté du droit, avait indiqué ce qui suit en matière de responsabilité non pénale des ministères publics :

« quant aux responsabilités non pénales, [l'Assemblée recommande] :

- a. que le rôle des procureurs dans la protection des droits de l'homme ne donne lieu à aucun conflit d'intérêts et n'ait aucun effet dissuasif sur les personnes qui demandent à l'État de protéger leurs droits ;
- b. qu'une véritable séparation des pouvoirs soit respectée dans l'attribution aux procureurs de fonctions additionnelles et que le ministère public jouisse d'une indépendance complète par rapport au gouvernement au niveau des affaires individuelles ; et
- c. que les pouvoirs et les responsabilités des procureurs soient limités à la poursuite des infractions pénales et à un rôle général de défense de l'intérêt public à travers le système de justice pénale, et que des organismes séparés, efficaces et situés dans des lieux appropriés soient établis pour s'acquitter de toutes les autres fonctions ; »

12. Le projet de loi prévoit que le ministère public conserve un nombre considérable de pouvoirs. Or, dans une démocratie moderne, on pourrait s'attendre à ce que ces derniers soient exercés par un tribunal plutôt que par un Procureur ou alors, si cela ne devait pas être possible, que le procureur agisse sous le contrôle d'un tribunal. Les prérogatives suivantes sont concernées :

- (i) Pouvoir de donner des ordres à tous les organes et fonctionnaires de l'État, notamment l'ordre de comparaître devant Procureur général, afin de fournir toutes explications liées à ce dernier dans l'exercice de ses fonctions de supervision ou d'instruction. Celui-ci peut d'ailleurs recourir à la milice pour faire exécuter un tel ordre (Article 5).
- (ii) Pouvoir d'examiner les demandes et les plaintes relatives aux violations des droits de toute personne physique et morale, et pouvoir de prendre une décision (Article 9).
- (iii) Pouvoir de veiller au respect et à l'application des lois. Ces pouvoirs s'appliquent à la conformité de tous les actes des organes, entreprises, institutions, organisations et fonctionnaires, à la Constitution et aux lois d'Ukraine (Articles 45 et 46). L'étendue de ces pouvoirs semble contredire le paragraphe 12 de la Recommandation (2000) 19, selon lequel le ministère public ne doit pas s'ingérer dans les compétences du pouvoir législatif ou du pouvoir exécutif.
- (iv) Lorsqu'il veille au respect et à l'application de la loi, le Procureur général est autorisé à pénétrer dans les locaux de tout organe public, association de citoyens, entreprise, institution ou organisation, quel qu'en soit le propriétaire. Il est aussi autorisé à accéder à tous les documents et équipements, dont des documents bancaires, peut exiger un certain nombre de vérifications et d'inspections aux dirigeants et, enfin, est habilité à convoquer des responsables et de simples citoyens afin d'obtenir des explications, orales ou écrites, concernant des violations de la loi (Article 46).

- (v) Dans sa fonction de surveillance, le Procureur général est aussi habilité à exiger l'annulation d'un acte illégal (Article 47). Aucune intervention d'un tribunal n'est apparemment nécessaire pour une telle décision.
- (vi) Le Procureur général a aussi le pouvoir de veiller au respect des lois en matière d'exécution d'un jugement pénal et d'application de toute autre mesure coercitive prononcée par un tribunal. Il peut notamment étudier les documents ayant donné lieu à une décision de détention, d'arrestation ou d'inculpation, et il est dans l'obligation de faire libérer les personnes détenues illégalement (Article 44). Ces dispositions donnent apparemment une certaine latitude au Procureur pour révoquer une décision prise par une cour pénale.

13. Aux termes des Articles 33 à 35 du projet de loi, le Procureur général est autorisé à représenter les intérêts des citoyens ou de l'État devant les tribunaux. La portée de ces dispositions est très étendue, puisque, outre les mineurs et les personnes frappées d'incapacité, elle s'applique à toutes les personnes qui « pour une raison ou une autre, ne peuvent pas défendre elles-mêmes leurs droits ». Par conséquent, le Procureur général est apparemment autorisé à participer à toute procédure concernant ces intérêts, notamment devant les tribunaux, mais aussi à faire appel de certaines décisions, à convoquer des personnes, à exiger des explications, à saisir des documents et à dresser des actes d'inculpation.

14. Tout système juridique doit bien entendu disposer de mécanismes de protection des intérêts de l'État et de défense de l'intérêt public et des personnes frappées d'incapacité, comme les mineurs ou les personnes handicapées mentales. Toutefois, les Articles 33 à 36 semblent aller plus loin. Comme la Commission de Venise l'avait déjà indiqué dans son avis sur l'avant-projet de Constitution de l'Ukraine, adopté les 17 et 18 mai 1996 :

« Il est recommandé que cette représentation soit limitée aux cas où l'intérêt public est en cause et où il n'y a pas de conflit avec les droits et libertés fondamentaux de l'individu. C'est à l'individu lui-même qu'il revient de décider s'il doit faire appel ou non à l'aide de l'État. »

15. L'Article 7, qui traite de l'indépendance du ministère public, interdit « toute ingérence des [...] médias [...] dans l'activité du ministère public. » Il s'agit, à nos yeux, d'une disposition potentiellement dangereuse. Il faut veiller, en effet, à protéger le droit des médias de critiquer le ministère public ; lorsque de tels actes outrepassent certaines limites légitimes, en nuisant par exemple au bon déroulement d'un procès à venir, ils doivent être sanctionnés par une décision judiciaire uniquement.

16. Malgré des déclarations de principe, les dispositions contenues dans le nouveau projet de loi n'offrent pas les garanties nécessaires à l'indépendance du bureau du Procureur. Selon l'Article 4, ce dernier est uniquement subordonné à la Constitution et à la loi. Le bureau du Procureur est tenu de mener ses activités de façon indépendante des autres organes du pouvoir d'État (alors que des liens étroits, qui font l'objet des paragraphes précédents, existent avec d'autres organes). Le Procureur général ne doit pas intervenir dans la vie politique (Articles 4 et 8).

17. La nomination et la révocation du Procureur général doivent être effectués par le Président, avec l'accord de la Verkhovna Rada. Les motifs de révocation d'un procureur sont désormais énumérés de façon exhaustive dans les Articles 16 et 17. Cette disposition offre de meilleures garanties que la loi existante, qui accorde à la Verkhovna Rada un droit de révocation en toutes circonstances. Toutefois, la procédure de révocation du Procureur général n'a pas encore fait

l'objet d'un examen indépendant et impartial, conformément à la Recommandation (2000) 19 du Conseil de l'Europe. Le mandat de cinq ans renouvelable du bureau du Procureur général risque de saper l'indépendance de ce dernier. Les procureurs de niveau inférieur sont eux aussi nommés pour cinq ans et peuvent être révoqués par le Procureur général (Article 15) pour un certain nombre de raisons énoncées (Article 22), sans que ces dernières ne soient définies de façon exhaustive. Une fois de plus, rien n'est prévu pour un examen en toute indépendance ; or une telle disposition revêt une certaine importance dans les cas suivants : non-accomplissement de la mission, incompétence, faute grave, état de santé ou résultats d'une déclaration sous serment. L'existence d'un système hiérarchique associé à un mandat de courte durée (cinq ans) et au pouvoir de nomination et de révocation, confère un pouvoir très important au Procureur général et ne laisse aucune indépendance individuelle aux procureurs. Les propositions du précédent projet de loi de 2001 en faveur d'un certain degré d'indépendance aux procureurs individuels ont disparu du nouveau projet de loi.

18. Les procureurs ne peuvent voir leur responsabilité pénale engagée, ni être arrêtés sans l'autorisation du Procureur général (Article 7). Bien qu'un certain degré de protection, notamment en matière de procédures arbitraires ou abusives, vis-à-vis d'un autre organe, comme la police, est souhaitable, il serait préférable que toute limitation du pouvoir d'engagement de poursuites pénales fasse l'objet d'un contrôle judiciaire. Les conditions et les circonstances des poursuites pénales à l'encontre du Procureur général ne sont pas claires non plus, le projet de loi n'ayant rien prévu dans cette éventualité.

19. Le projet de loi ne prévoit aucun examen indépendant du fonctionnement ou de la gestion du bureau du Procureur de la République. L'Article 26 prévoit, certes, la mise en place de comités consultatifs, mais leurs membres sont tous issus du bureau du Procureur et leur fonction est apparemment d'examiner les infractions commises par d'autres autorités publiques.

CONCLUSION

20. En résumé, les conclusions suivantes s'appliquent au projet :

- (i) Malgré quelques améliorations marginales par rapport à la législation existante, le projet de loi ne peut être considéré comme une réforme fondamentale du ministère public tel qu'il existe actuellement.
- (ii) Selon la nouvelle loi, le pouvoir exécutif reste encore trop largement entre les mains du ministère public et en particulier du Procureur général ; par ailleurs, la nouvelle loi ne retire pas au ministère public certaines prérogatives dont la portée devait être provisoire au départ.
- (iii) La loi continue d'enfreindre le principe de séparation des pouvoirs. Ceux du Procureur général restent étroitement liés aux pouvoirs judiciaire, exécutif et législatif.
- (iv) La loi semble, à certains égards, conférer au ministère public des pouvoirs qu'il serait plus adéquat de confier au pouvoir judiciaire dans son ensemble.
- (v) Les relations entre le Procureur général et l'exécutif manquent de transparence, l'indépendance du premier par rapport au second n'étant pas non plus clairement établie.
- (vi) Les dispositions de l'Article 7 représentent une menace potentielle à la liberté de la presse.
- (vii) Le pouvoir de représentation des citoyens et de défense de leurs droits est défini dans un sens trop large.

- (viii) Le projet de loi continue de conférer au ministère public des pouvoirs et des responsabilités qui dépassent l'engagement de poursuites pénales et la défense de l'intérêt public dans le cadre du système de justice pénale, et qui ne doivent pas relever de ses compétences.
- (ix) Les garanties d'indépendance du Procureur général sont inadaptées et non conformes à la Recommandation (2000) 19.
- (x) Le fonctionnement et la gestion du bureau du Procureur ne sont pas examinés par un organe indépendant.