

NOVEMBRE-DECEMBRE 2009 - N°8

Touchez pas à ma Justice !

Dossier spécial sur la réforme de la procédure pénale

Cette affaire de la réforme de la procédure pénale prend une tournure inattendue, sous la forme d'un de ces faits de société, chers à PRES@JE. Bien malin qui sait si la suppression du juge d'instruction est provoquée par l'action des juges qui poursuivent ou si leur réaction est provoquée par le projet de réforme. En tout cas les escarmouches sont viriles.

Le juge, qu'il instruit ou qu'il juge, fait tomber le maillet de son imperium sur la tête des puissants, mêlés aux scandales d'Etat, qui ajoutent leurs propres règlements de comptes aux sanctions pénales qui les accablent. Tout est prétexte à des affrontements sur le thème de la séparation des pouvoirs, sur l'indépendance du Parquet, les aléas de l'instruction ou les droits de la défense et des victimes.

Pres@je.Com consacre l'intégralité de ce numéro au sujet controversé qu'est la réforme de la procédure pénale. Un panel de magistrats, d'avocats, de professeurs de droit, de hauts fonctionnaires et d'experts s'expriment en toute liberté. Les divergences d'opinion sont souvent radicales mais la volonté de dialogue laisse peut-être espérer un changement de climat au moment où le ministre de la Justice, Madame Alliot-Marie, prépare un avant-projet de loi bientôt transmis au Parlement.

Le juge, son idéal et l'école de la vie

par Michel Rouger, président de l'institut PRES@JE

Michel ROUGER a été président du tribunal de commerce de Paris de 1992 à 1995, pendant la crise immobilière et bancaire de l'époque, qui l'a conduit à se voir confier la défaillance du Crédit lyonnais de 1995 à 1998.

La procédure pénale est familière aux présidents des tribunaux de commerce qui traitent des affaires dans lesquelles l'économique et le politique s'entremêlent. Par les textes qui font que le parquet et ses substituts, présents dans leurs tribunaux, y requièrent comme dans toutes les autres juridictions. Par le contexte propre aux années 1980-1990, qui ont vu les super juges

d'instruction manier l'abus de bien sociaux, comme le super policier le Magnum 357.

Quel regard peut ainsi porter un juge qui a servi dans l'ordre judiciaire, à l'instar des magistrats professionnels, sans connaître les servitudes de leur appartenance au corps judiciaire, spécialement celles qui affectent leur liberté d'expression ? Un regard limité aux deux sujets qui font débat : l'indépendance et les conditions d'exercice des poursuites.

L'indépendance.

L'indépendance de l'homme et de la femme qui s'engagent à exercer l'office du juge ne peut dépendre que de leur caractère. Certes, l'école peut leur apprendre à exercer cet office dans la meilleure pratique des techniques juridiques et procédurales. Elle peut leur inculquer la vigilance, voire la méfiance. Elle ne leur forgera jamais le caractère que seule l'école de la vie apporte aux humains. Les juges débutants, férus de leur savoir, qui partent à la conquête d'une Justice idéalisée, sont admirables... en attendant, pour les plus imprudents d'entre eux, de connaître le destin des Saint-Cyriens en casar de 1914. L'indépendance est innée, c'est une disposition qui vaut aussi cher qu'elle coûte : elle peut s'acquérir, pas être donnée.

En France, l'indépendance de l'institution judiciaire souffre d'un handicap. Elle a été rétrogradée de pouvoir à simple autorité par le fondateur de l'actuelle République qui lui a fait payer l'allégeance générale des juges du corps judiciaire à L'Etat Pétainiste. Ce qu'aucun de ses successeurs s'est bien gardé de modifier. A l'inverse de celle des juges, qui peut être innée, voire acquise, l'indépendance de la Justice ne peut que lui être octroyée : chacun aura constaté qu'aucun politique n'a jamais proposé de commission d'étude sur ce sujet.

Les poursuites pénales.

Avec la conduite des poursuites, on entre dans le concret, voire le spectaculaire. L'actualité nous a confirmé que le pouvoir exécutif craignait toujours autant que l'enquêteur, et sa justice idéalisée, viennent jeter le trouble dans le très instable ordre républicain dont l'élu a la charge, en le confrontant avec l'ordre public, dont le juge a mission de faire cesser le trouble qui lui est causé par le présumé innocent. A quand le débat sur la concurrence entre l'ordre républicain et l'ordre public ?

Au delà de ces commentaires institutionnels, il faut en revenir à l'humain quand on parle de poursuites. Aucune autorité, judiciaire, policière, fiscale ou autre, à laquelle une poursuite est confiée, ne pourra jamais se dégager de l'inconscient qui reproduit les gestes du rusé Nemrod ou de la belle Diane. Spécialement lorsque la procédure a armé plusieurs pisteurs pour traquer le présumé innocent, trop tôt considéré comme présumé délinquant.

Les poursuites du juge de l'enquête, quel que soit son nom, comme les jugements ultérieurs de ses collègues, sont le fait d'être humains, auxquels on a tort de mettre dans la tête qu'ils accomplissent une mission quasi divine. Il suffirait qu'on leur apprenne qu'à trop vouloir apparaître indispensables au fonctionnement de la démocratie, ils s'éloignent d'un office qui exige l'humilité, tout en proscrivant la servilité. A ce prix, ils mériteront l'indépendance que réclament, à juste titre, les jeunes auxquels on n'a pas assez expliqué qu'ils l'avaient perdue du fait de la servilité de leurs aînés.

Si on se réfère à ce qui s'est dit et entendu à ROYAN, dans les débats sur la réforme de la procédure pénale, Alphonse Allais, qui affirmait que la caractéristique des problèmes de fond est qu'ils ne remontent jamais à la surface, a été largement contredit.

Le juge d'instruction face aux tribulations du Tribunal pénal international

par Thomas Cassuto, vice-président du TGI de Nanterre, en charge de l'instruction

En 1993, la communauté internationale, par la voie du Conseil de sécurité des Nations-Unies, a décidé la création d'un tribunal international pour juger les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité commis au cours du conflit de l'ex-Yougoslavie.

Partant du précédent des tribunaux de Nuremberg et de Tokyo, cette juridiction devait constituer une référence judiciaire et historique dans le traitement de ces crimes. Pour la communauté internationale, elle a pu contribuer également à l'instauration d'un climat de réconciliation entre des communautés revendiquant des particularismes, y compris linguistiques et religieux. L'objectif était de permettre la reconstruction politique d'une région tourmentée, notamment en jugeant pour des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, des membres des différentes communautés serbes, croates et bosniaques¹. A cette fin, des moyens considérables ont été octroyés pour lui permettre de fonctionner sur la base de ce qui devait être considéré comme les standards les plus élevés de la justice. C'est ainsi que le règlement de procédure et de preuve inspiré de la tradition anglo-saxonne a instauré une procédure accusatoire garantissant l'absolue égalité des armes (actuellement, sa 42ème version issue de la révision du 28 février 2008 est en vigueur). Mais si l'on s'intéresse au cours de cette justice internationale telle qu'elle apparaît de manière exhaustive sur le site www.icty.org/ incluant une retransmission intégrale des audiences et le contenu in extenso des décisions, on constate que le bât blesse².

Plusieurs anomalies graves peuvent être relevées. Citons les principales. L'interminable temps de la procédure qui délaye et dénature le contenu des débats, les imperfections flagrantes de la « *cross examination* » qui valorisent plus le talent de celui qui interroge que le contenu des dépositions et le fond des déclarations, les limites de la procédure orale qui peine à exposer des données et des analyses complexes, l'exclusion de la victime et l'illusion de l'égalité des armes. Face à ces insuffisances et ces impasses, la passivité d'un juge arbitre consacré comme principe procédural semble être une source d'importants dysfonctionnements. Reprenons les.

La phase préliminaire étant confiée à des enquêteurs qui n'ont pas d'obligation de conduire leur investigations à décharge, les éléments de preuve recueillis durant cette phase n'ont de valeur que dans leur restitution à l'oral. Ainsi, chaque partie, à commencer par le procureur, est libre de présenter les seules preuves qu'il souhaite exploiter à l'exclusion de celles qu'il estimerait inutiles sinon contraires à sa thèse. Cette conception heurte l'équité.

La « *cross examination* », c'est-à-dire finalement l'examen contradictoire des moyens de preuve présentés par les parties respecte des règles particulières. Il s'agit d'une technique qui conduit inévitablement à écarter le contenu du témoignage au profit des techniques d'interrogatoire propres à en mettre en valeur certains aspects. Cette technique repose sur le

talent de l'interrogateur et introduit une inégalité subjective dans le débat. Ce n'est seulement plus le contenu des preuves qui compte mais la manière de les présenter.

La procédure orale présente des limites notoires que les juges britanniques connaissent bien lorsqu'ils décident de renvoyer de toute poursuite une affaire aux motifs qu'elle serait trop complexe. Or ce sont bien les affaires les plus graves et les plus complexes qui *appellent* des investigations approfondies nécessitant des analyses et des interprétations qui se satisfont bien plus d'une *argumentation* écrite relayée par une présentation orale synthétique. L'affaire Milosevic est symptomatique d'un système qui engendre des années d'audience pour finir clôturée par le décès de l'accusé. Incontestablement, la procédure accusatoire risque d'épargner sensiblement les plus retors et d'accabler les plus faibles.

L'égalité des armes exclut la victime du procès pénal. En effet, face à la partie défenderesse, il ne peut y avoir qu'un accusateur, sauf à rompre l'équilibre des armes. Dans ce système, la victime est réduite à l'état de témoin pouvant se prévaloir de la décision pénale pour saisir une juridiction civile d'une demande en réparation. L'absence des victimes représentées devant le TPIY n'est pas criante, elle est assourdissante.

Enfin, l'égalité des armes qui interdit en théorie au juge d'intervenir sur le fond, c'est-à-dire d'explorer les éléments et les arguments qui sont susceptibles de déterminer sa décision, tend à désinvestir et à déresponsabiliser le juge, à en faire l'otage des parties et le détourner du chemin de la vérité. La justice s'en trouve irrémédiablement viciée.

Le bilan de la justice internationale présente de nombreux aspects positifs. Outre le mérite d'exister, une majorité d'affaires s'est conclue par des condamnations à l'encontre notamment de personnages de premier plan. Pour son retour sur l'avant scène de l'Histoire depuis la fin de Seconde guerre mondiale, elle a su être dotée de moyens humains et matériels considérables permettant d'écarter certaines critiques redoutées et d'accéder à la reconnaissance de son efficacité. Ce bilan contribue à l'assise et à la légitimité des juridictions répressives internationales qui viendront à oeuvrer dans le futur. Pour autant, la tradition procédurale d'inspiration anglo-saxonne qui les organise connaît des vicissitudes que notre propre tradition permet de comprendre et pourrait permettre de corriger.

Résumons. La justice n'est pas parfaite et le juge d'instruction pose des questions, mais nous n'avons pas été obligés de détenir des personnes poursuivies pour des actes de terrorisme sur une base militaire à l'étranger ni de constituer des commissions militaires pour tenter de les juger. Qui mieux que celui appelé à juger peut déterminer ce qui est pertinent pour motiver sa décision? Le juge d'instruction n'est pas un enquêteur, mais une institution logique et rationnelle permettant, *sans jamais préjuger du fond*, de réunir les éléments utiles à la tenue ou non d'une audience de jugement. La procédure inquisitoire permet de limiter les conséquences graves d'une justice strictement accusatoire qui s'expose, qui s'enlise et qui, se perdant dans les affaires les plus graves et les plus complexes, ignore les victimes, spolie les plus faibles et peut porter atteinte aux principes mêmes de la justice³.

¹Sur 120 personnes mises en accusation, 60 ont été condamnées, 13 ont été renvoyées devant une juridiction nationale et 22 sont décédées. En outre 41 personnes sont toujours soumises à une procédure en cours, dont 4 en phase préliminaire. Deux mandats internationaux émis à l'encontre de Ratko Mladić et de Goran Hadžić n'ont pas encore été ramenés à exécution.

²Le TPI-Y, incluant sa chambre d'appel, devrait achever ses travaux vers 2013.

³*C'est sans doute pour toutes ces raisons que les Britanniques réfléchissent sérieusement à l'introduction du juge d'instruction dans leur procédure.*

La suppression du juge d'instruction : un faux débat

par Yvonne Muller, maître de conférences en droit privé à l'université Paris Ouest Nanterre, membre de l'Institut de droit pénal du barreau de Paris.

Il y a plus important que la question de la suppression ou du maintien du juge d'instruction. Il faut élargir le débat au rôle de la phase préparatoire dans la procédure pénale. En amont du procès, sorte de pré-jugement, elle est devenue le centre de gravité de la procédure pénale.

Dès la remise de son « *rapport d'étape sur la phase préparatoire du procès pénal* », le 9 mars 2009, le Comité de réflexion sur la rénovation du code pénal et du code de procédure pénale, dit « Comité Léger » a placé le juge d'instruction au cœur des débats. Les douze propositions de réforme issues du rapport définitif, intitulé « *Rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale* » et remis au Président de la République le 1er septembre 2009, ont sans doute permis d'élargir le champ des critiques et observations. Mais elles ont laissé le juge d'instruction au cœur d'une tourmente qui, au-delà des arguments juridiques, déborde sur le terrain politique et, plus largement, sur celui de l'indépendance de la justice.

En cause, la toute première proposition du rapport visant à « *transformer le juge d'instruction en juge de l'enquête et des libertés investi exclusivement de fonctions juridictionnelles* ». L'ampleur de la réforme a aussitôt été soulignée qui consacre la disparition du juge d'instruction, dont les fonctions d'enquêtes sont alors transférées au Parquet. Le rôle du nouveau juge de l'enquête et des libertés serait ici limité à une fonction de contrôle des mesures attentatoires aux libertés. Nombreux sont ceux – avocats, magistrats, universitaires – qui ont dénoncé un risque de déséquilibre de la procédure pénale au profit d'un Parquet omnipotent, mais aussi et surtout dépendant du pouvoir exécutif. Inacceptable pour certains, la suppression du juge d'instruction deviendrait acceptable pour d'autres à la condition d'être accompagnée de mesures assurant l'indépendance du Parquet.

Or, il est à craindre que le débat ne s'autoalimente sans permettre une réflexion en profondeur de la réforme de l'ensemble de la procédure pénale. Ainsi, le principe même d'une indépendance institutionnelle du Parquet se heurte au souci légitime d'appliquer une même politique pénale sur tout le territoire. Surtout, la dépendance du Parquet au pouvoir exécutif ne serait pas nécessairement incompatible avec une justice équilibrée, dès lors que, clairement affirmée, elle trouverait un contre-pouvoir dans la création d'une sorte de service public de la défense, véritable circuit d'excellence pour les avocats. Quant au contrôle exercé par le juge de l'enquête et des libertés, appelé à remplacer le juge d'instruction, son efficacité dépendra des hommes, selon qu'ils seront forts ou faibles, qu'ils auront ou non la maîtrise des dossiers sur lesquels ils se prononceront.

De là l'idée que la question de la suppression ou du maintien du juge d'instruction est dépassée et qu'il convient, en réalité, de recentrer les débats sur le rôle de la phase

préparatoire dans la procédure pénale. Située en amont du procès, elle est, en pratique, devenue le centre de gravité de la procédure pénale et apparaît trop souvent comme une sorte de pré-jugement. L'impression est renforcée par la multiplication des procédures accélérées, simplifiées, qui permettent de régler les affaires sans procès. Elle est encore renforcée par la sanction médiatique qui accompagne la procédure.

Or, le juge d'instruction n'est évidemment que l'une des figures de la phase préparatoire. Celle-ci met encore en scène le Parquet, dont les pouvoirs d'enquête n'ont cessé de s'accroître, l'officier de police judiciaire, dont le rapport hiérarchique avec le Parquet mérite d'être précisé, le juge des libertés et de la détention, dont l'efficacité du contrôle ne convainc pas, enfin l'avocat et la victime, chacun sollicitant une reconnaissance accrue de son rôle.

Avec ou sans juge d'instruction, la phase préparatoire soulève les mêmes interrogations sur les atteintes à la présomption d'innocence, sur l'articulation entre secret de l'instruction et secret professionnel, sur les moyens accordés à la défense, sur la place revendiquée par la victime mais aussi, plus globalement, sur la multiplication des procédures dérogatoires au droit commun et sur la confusion des rôles des différentes figures de la procédure.

Alors, que vive ou meurt le juge d'instruction, la révolution de la procédure pénale, qu'appellent les propositions du rapport Léger, ne doit se faire qu'après concertation et confrontation de tous ceux qui participent à la justice pénale.

Pitié pour la justice

Une voix se fait entendre, qui doit être écoutée par ceux qui débattent de la réforme de la procédure pénale, des poursuites et des sanctions, celle de Xavier de ROUX.

Xavier de Roux, président d'honneur des « Entretiens de Royan », qui fonda ceux de Saintes, avocat et homme politique expérimenté en matière de procédure pénale, la fait entendre dans « Pitié pour la Justice » publié fin octobre*. Avec l'autorité d'un ancien membre de la commission des lois de l'Assemblée nationale, et de la commission d'Outreau qui a tiré les conséquences d'une inadmissible catastrophe judiciaire au travers d'une enquête parlementaire qui a passionné le pays.

De nombreuses et pertinentes idées figurent dans cet ouvrage. Pour donner envie de les découvrir par une lecture complète, extrayons celles qui s'attachent au sujet de l'action pénale, traité dans cette Lettre de Pres@je.Com.

« La peine (la sanction), dans notre société, a bien du mal à trouver ses marques ». « Plus la société devient collectiviste, plus la liberté individuelle veut s'affirmer sans contraintes » « Le pouvoir exécutif a le devoir de poursuivre l'exécution de la Loi devant des tribunaux dont l'indépendance est garantie ». « Les procureurs de la République ne peuvent pas être des magistrats ». « Les citoyens devraient être associés plus intimement à l'acte de juger ». « C'est peut être la dimension philosophique de la réforme qui l'a fait si souvent achopper sur les intérêts corporatifs, ou tout simplement sur les idées reçues ».

Nous sommes bien au cœur du sujet.

* www.editionsbordessoules.fr

La justice en débat : le témoignage de huit acteurs

Les « Entretiens de Royan » ont été l'occasion d'échanges très vifs entre magistrats, avocats, universitaires et experts sur la réforme de la procédure pénale et le fonctionnement de la justice en général.

Voici une sélection de 8 témoignages sur les 35 rassemblés dans les « Actes des Entretiens de Royan » qui seront publiés à la mi-décembre.

1 - Le professeur de droit :

« Un regard sur l'histoire » par Didier Rebut, professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris II)

Le débat ne date pas d'hier. Le thème de la suppression du juge d'instruction revient de façon périodique depuis fort longtemps, que ce soit chez les grands auteurs ou dans les multiples commissions qui, depuis le XIX^{ème} siècle, ont précédé le Comité Léger.

La proposition de supprimer le juge d'instruction se fonde toujours sur un même argument : « *Il n'est pas possible d'être à la fois enquêteur et juge : comment peut-on apprécier à leur juste valeur des charges que l'on a soi-même rassemblées ?* ». La critique apparaît au XIX^e siècle. La confusion entre le rôle d'enquêteur et celui de juge ne date pas de la création du juge d'instruction, qui remonte à l'Ancien Régime. Elle est apparue ultérieurement. Dans le Code d'instruction criminelle de 1808, le juge d'instruction existe, mais il est simplement enquêteur et il est placé sous l'autorité du parquet. C'est une chambre du conseil qui juge, décide de la détention provisoire ou de la mise en liberté, et se prononce sur le renvoi ou non devant la juridiction. La situation change avec la loi de juillet 1856, adoptée sous Napoléon III, qui confie au juge d'instruction les deux fonctions d'enquêteur et de juge. C'est à partir de cette loi que vont apparaître périodiquement des propositions de suppression du juge d'instruction. Elles apparaissent ainsi comme une sorte de volonté de retour aux sources, à un équilibre originel qui aurait été rompu par la loi de 1856.

En réalité, les choses sont plus complexes. Entre 1808 et 1856, le juge d'instruction menait l'enquête, et c'est un collège de trois juges qui prenait les décisions juridictionnelles et décidait de la détention provisoire. L'une des raisons pour lesquelles la loi de 1856 a été adoptée est que l'on s'était rendu compte que la chambre du conseil passait son temps à entériner les décisions du juge d'instruction, qui y siégeait : il ne servait à rien de mobiliser trois juges, si un seul prenait réellement les décisions.

Une fois le cumul des fonctions décidé en 1856, les propositions de suppression du juge d'instruction ont alterné avec des propositions de restauration de la collégialité, et ce à la fois

en doctrine et dans les commissions législatives.

En 1948, la commission Donnedieu de Vabres a proposé de supprimer le juge d'instruction et de confier l'enquête uniquement au parquet, avec, déjà, un juge de l'instruction. Cette proposition n'a pas abouti, suite à une objection qu'on entend à nouveau aujourd'hui : comment confier une enquête à un parquet qui n'est pas indépendant ?

À la fin des années 80, la commission *Justice pénale et droits de l'homme*, présidée par Mme Delmas-Marty, a proposé à nouveau de supprimer le juge d'instruction et de créer un juge de l'enquête. Tirant les leçons de l'échec de 1948, elle a suggéré de revoir le statut du parquet, en interdisant toute intervention individuelle de la hiérarchie dans les dossiers, mais sans aller toutefois jusqu'à une complète indépendance. Ce projet n'a pas non plus abouti.

Une loi, adoptée en 1985, proposait un système totalement collégial ; son application avait été différée en 1988, et elle n'a jamais été mise en œuvre. La commission d'enquête sur l'affaire d'Outreau a également proposé un système collégial. Enfin, est arrivé le comité Léger qui, à la suite du discours du président de la République, revient à l'idée de supprimer le juge d'instruction, en s'appuyant sur le constat que 96 % des affaires sont traitées sans juge d'instruction. Il faut cependant souligner que les 4 % d'affaires confiées au juge d'instruction ne sont en rien comparables aux 96 % restants.

2 - Le spécialiste de procédure pénale :

« Le juge d'instruction entre thérapie et chirurgie », par Jacques Buisson, président de la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Lyon, coauteur d'un ouvrage de procédure pénale

Pour résoudre l'éternel problème de la confusion entre les pouvoirs d'investigation et de juridiction, la France a longtemps hésité entre deux solutions : la thérapie – la séparation entre les deux pouvoirs – et la chirurgie, qui peut prendre la forme de la suppression juridique ou de la suppression matérielle de la fonction de juge d'instruction.

La loi du 17 juillet 1856 a réuni les pouvoirs d'investigation et les pouvoirs de juridiction dans la même personne, le juge d'instruction. Mais dès que cette loi a été votée, la question d'une nouvelle réforme s'est à nouveau posée. Le vice fondamental que l'on dénonce chez le juge d'instruction est qu'il est censé faire preuve de deux qualités inconciliables : l'efficacité, qui est le propre de l'enquêteur, et la légalité, qui est le propre du juge. On lui reproche aussi de faire la part belle à la police, dont il ne serait que le suiveur. Selon la formule d'Huguency, « Sous l'omnipotence apparente du juge d'instruction, se cache la prépotence de la police ». Il faut bien admettre cependant que le juge d'instruction est un homme seul qui, par hypothèse, a besoin, pour les éléments matériels de l'investigation, de moyens qu'il ne peut trouver qu'auprès de la police. On peut souligner également que l'attitude de retrait de celui qui délègue, et qui peut ensuite apprécier le résultat des investigations, a l'avantage de lui conférer une position de contrôle et de médiation.

On peut se demander pourquoi l'on a maintenu si longtemps une institution aussi décriée. À l'époque, la doctrine a avancé deux arguments principaux pour cela. D'une part, on estimait que l'instruction et l'administration de la preuve constituaient un cadre important pour la procédure, car elles donnaient le temps et la possibilité de mieux comprendre la personnalité des acteurs, aussi bien victimes que mis en examen (à l'époque, on disait inculpés). D'autre part, on se heurtait à la difficulté de trouver une solution en ce qui concernait le statut du parquet. Face à cette question récurrente, le législateur et la doctrine ont toujours proposé les deux mêmes solutions depuis 150 ans. Pour résoudre la question du vice fondamental de la confusion entre investigation et juridiction, on a procédé tantôt par aménagement au sein même de la fonction de l'instruction, avec, en quelque sorte, un retour à la situation d'avant la loi du 17 juillet 1856, ce que j'appellerais, pour employer une métaphore médicale, la solution de la thérapie, tantôt par éradication du vice fondamental à travers la suppression pure et simple du juge d'instruction, ce que j'appellerais la solution de la chirurgie.

La solution de la thérapie est assez simple : il s'agit de revenir au statu quo ante et de séparer à nouveau le pouvoir d'investigation et le pouvoir de juridiction. Pour cela, on isole tout ce qui est juridictionnel dans l'instruction et on le confie à la collégialité, ou à un autre juge. Certaines lois ont cherché à établir la collégialité de l'instruction, celle du 10 décembre 1985, et plus récemment celle du 5 mars 2007, dont nous avons annoncé à l'avance qu'elle ne s'appliquerait pas, faute de moyens. Nous avons en effet tiré les leçons de la loi du 10 décembre 1985, et le temps est en train de nous donner raison : on prolonge le délai d'application de la loi pour finalement lui en substituer une autre. D'autres lois visaient à établir la collégialité lors de la décision de détention, par exemple la loi Chalandon du 30 décembre 1987, ou la loi du 4 janvier 1993 sur l'échevinage dans la formation collégiale en matière de détention provisoire. Ces deux lois n'ont pas davantage abouti, toujours faute de moyens : les faits sont têtus, et il est inutile de vouloir forcer le destin budgétaire. Si l'on ne dispose pas des moyens de réaliser la collégialité, elle ne se fera pas.

Toujours dans les solutions thérapeutiques, une autre option consistait à confier le pouvoir de détention à un autre juge. C'est ainsi que la loi du 15 juin 2000 a créé le juge des libertés et de la détention, au risque de vider la fonction de juge d'instruction de sa substance. Nous avons toujours supposé que cette loi avait pour objet de mettre en place un pivot qui permettrait, ultérieurement, d'ajouter à ce juge des libertés et de la détention des fonctions nouvelles, et de préparer ainsi une réforme plus importante. L'étape suivante a été la loi du 9 mars 2004, par laquelle on a ajouté aux fonctions du juge des libertés et de la détention la possibilité d'accorder des autorisations de contrainte et de perquisition. Dès lors, un observateur attentif pouvait raisonnablement s'attendre à la réforme qui nous est proposée aujourd'hui.

Celle-ci relève du deuxième type de solution, la chirurgie : pour résoudre le vice fondamental, on supprime l'instruction. Il existe deux options pour cela.

La première, que j'appellerais la suppression matérielle, consiste, dans un premier temps, à ne rien modifier au pouvoir du juge d'instruction, mais à construire en parallèle un cadre qui réduit son champ d'application matérielle.

On peut recourir pour cela à deux méthodes. Dans la première, on accroît les pouvoirs de la police judiciaire : c'est ce qui a été fait dans le code de procédure pénale de 1959, consacrant une évolution déjà ancienne. Aujourd'hui, seulement 4 % des affaires sont traitées par le juge

d'instruction, alors qu'au XIXe siècle, une affaire sur trois allait à l'instruction. À cette époque, le pouvoir de la police judiciaire n'avait rien de comparable à ce qu'il est aujourd'hui. L'histoire de la police judiciaire est celle d'un lent accroissement des pouvoirs de contrainte pour l'administration de la preuve. Logiquement, en donnant davantage de pouvoir à la police judiciaire, et donc davantage de possibilité d'investigation au parquet, on diminue le champ d'application matérielle du juge.

La deuxième méthode, qui s'est traduite par la loi du 9 mars 2004, qui à mon sens est l'aboutissement de celle du 15 juin 2000, est la technique des pouvoirs autorisés. L'article 14 établissait au premier alinéa les pouvoirs propres de la police judiciaire, et au deuxième alinéa les pouvoirs délégués par le juge d'instruction. S'y ajoutent en 2004 les pouvoirs autorisés : dans l'administration de la preuve, le procureur de la République peut obtenir des pouvoirs renforcés d'investigation, mais il doit se tourner pour cela vers un juge au sens de la CEDH, c'est-à-dire vers un magistrat du siège qui lui délivrera ou lui refusera les contraintes demandées, par exemple en matière d'écoute téléphonique. Cette méthode permet de ne rien modifier à l'architecture générale de la procédure pénale, puisque l'on conserve les trois fonctions, tout en se rapprochant énormément du schéma qui nous est proposé aujourd'hui. Le juge des libertés et de la détention ressemble fortement au futur juge de l'enquête et des libertés, et d'après le rapport Léger, c'est le principe des pouvoirs autorisés qui sera appliqué. Les pouvoirs délégués seront supprimés et on aura, d'un côté, les pouvoirs propres de la police judiciaire en matière de flagrance et d'enquête préliminaire, qui ne changent pas ; de l'autre, les pouvoirs autorisés par un juge indépendant.

La deuxième option en matière de solution chirurgicale est la suppression juridique. Plus radicale que la suppression matérielle, elle consiste à supprimer purement et simplement la fonction de juge d'instruction et à répartir ses pouvoirs différemment. Au début du XXe siècle, le doyen Garraud avait d'ores et déjà proposé la dissociation des fonctions d'investigation et de juridiction. La commission de 1938, que tout le monde a oubliée aujourd'hui, avait renouvelé la même proposition. Leur ont succédé la commission Donnedieu de Vabres de 1944, qui a eu le succès que l'on sait, puis la commission Delmas-Marty, en 1990. Ces deux dernières commissions ont au passage soulevé le problème du statut du parquet, qu'elles estimaient devoir poser dans le nouveau cadre créé par la suppression de la fonction d'instruction. Parmi l'ensemble des politiques législatives qui peuvent être envisagées, c'est dans cette voie de la suppression juridique que semble s'être engagée la commission Léger.

3 - « Le procureur de la République » :

« Trois raisons pratiques de supprimer le juge d'instruction », par Michel Desplan, procureur de la République de Versailles

Pour un procureur qui a été juge d'instruction au cours de sa carrière, l'affaire est une sorte de déchirement. « J'ai été durant dix années juge d'instruction, et je ne vais pas renier ce que j'ai fait pendant cette période » confie Michel Desplan. Mais aujourd'hui, il invoque trois arguments qui plaident en faveur de la suppression.

D'abord une mise au point : je ne partage pas l'avis selon lequel le juge d'instruction serait "schizophrène", et incapable d'instruire à charge ou à décharge. Il est dans la nature même du juge, du magistrat du siège, mais également du parquetier, de savoir faire la part des choses et d'enquêter à charge ou à décharge. En tant que président de correctionnelle, et je l'ai été durant trois années, on est également amené à présenter le débat à charge et à décharge, et ce, dans l'intérêt de tous. Lorsqu'un juge d'instruction interroge un mis en examen, même lorsque c'est à charge et de manière serrée, il lui donne aussi l'occasion de faire valoir des éléments pour sa défense. De la même façon, lorsqu'il vérifie des éléments dits à décharge qui pourraient permettre au mis en examen de démontrer son innocence, par exemple un alibi, et que les vérifications révèlent que ce prétendu alibi est faux, cet élément à décharge se transformera en élément à charge, puisqu'il sera avéré que le mis en examen a menti et a voulu tromper le juge.

Il entre dans la nature même d'un magistrat d'instruire à charge et à décharge, de même qu'un président de correctionnelle doit savoir interroger à charge et à décharge. Il en va de même pour un avocat. Il peut lui arriver de défendre à 14 heures une victime en qualité de partie civile d'un vol, et être néanmoins parfaitement en mesure, à 14 heures 30, de défendre l'auteur d'un vol dans une autre affaire.

Pour autant, plusieurs arguments d'ordre pratique militent en faveur de la suppression du juge d'instruction. J'en vois trois au nom de la logique et d'un certain principe de réalisme.

1 - Supprimer le juge d'instruction permettrait, tout d'abord, d'assurer au système judiciaire une meilleure lisibilité.

Lorsqu'on cite le fait que 96 % des affaires sont instruites par le parquet, certains objectent qu'il ne s'agit pas des affaires les plus importantes. C'est faux : tous les parquets enquêtent désormais sur des affaires lourdes, notamment en matière financière. Ce sont parfois les plus sensibles, et sans qu'il soit besoin de citer de cas, nous savons que ces enquêtes sont parfois et même souvent très bien menées. Le parquet n'est pas absent non plus de la procédure pour les 4 % qui restent. Il est même présent au stade le plus important de l'affaire. Lors des gardes à vue de 48 heures, ou de 96 heures en matière de terrorisme ou de trafic de stupéfiants, c'est le parquet qui dirige l'enquête, et c'est lui qui donne les directives à la police judiciaire. Dans cette phase où beaucoup de choses se jouent, c'est le parquet qui choisit les services d'enquête, et c'est parfois seulement après plusieurs semaines ou mois d'enquêtes préliminaires, sous la direction du parquet, que la police judiciaire est amenée à travailler sous les directives d'un juge d'instruction. Ce changement de direction entraîne d'ailleurs des risques de désorientation de l'enquête, car le juge d'instruction peut dessaisir le service qui avait été saisi par le parquet.

Confier au parquet l'ensemble de la procédure et faire en sorte que, du début à la fin, la police judiciaire soit désormais dirigée par le procureur de la République me paraîtrait d'autant plus aller de soi que, parmi les 4 % d'affaires qui donnent lieu à une information judiciaire, on sait que certaines procédures ne sont ouvertes que pour disposer d'un titre de détention ou d'un titre de mesure de contrôle judiciaire, notamment lorsqu'il reste à accomplir quelques actes qui n'ont pas pu être effectués durant l'enquête ou durant la flagrance. C'est le cas, par exemple, lorsqu'un des auteurs est en fuite, ou lorsqu'une victime, compte tenu de son état,

n'a pas pu être entendue. On sait également que, même lorsqu'une information est ouverte, le juge d'instruction n'en effectue pas tous les actes, et qu'un bon nombre d'entre eux sont assurés par la police judiciaire, agissant sur directive du juge d'instruction. Il me semble donc que la réforme qu'on nous propose serait de nature à assurer une meilleure lisibilité à la fois pour le justiciable, pour les services d'enquête, et peut-être même pour les avocats.

2 - Mon deuxième argument concerne la capacité démontrée du parquet à assumer ces tâches.

Au début de ma carrière, quand il n'existait pas de traitement en temps réel, le parquet avait relativement peu de contacts avec la police judiciaire. Celle-ci travaillait quasiment d'elle-même. Les affaires lui étaient transmises par courrier, plusieurs semaines voire plusieurs mois après les faits. Le parquet prenait une décision de poursuite au vu des documents de la procédure qui lui étaient transmis sous forme papier par la police. Les seuls appels téléphoniques que nous recevions concernaient les affaires criminelles, et ils étaient destinés à demander la prolongation des gardes à vue. Le juge d'instruction, lui, entretenait des relations beaucoup plus étroites avec la police judiciaire, dont il dirigeait effectivement l'enquête.

Avec l'instauration, dans les parquets, du traitement en temps réel et le fait que désormais toute affaire résolue, que ce soit avec ou sans garde à vue, en préliminaire ou en flagrance, donne obligation aux officiers de police judiciaire de rendre compte au parquet, les parquetiers ont pris l'habitude de diriger effectivement la police judiciaire. Ils peuvent ordonner des perquisitions en cas de flagrance et, dans certains cas prévus par la loi, saisir des experts. Le parquet a désormais la même capacité et la même compétence que le juge d'instruction pour diriger une enquête de police judiciaire.

J'ajoute que, de leur côté, les compétences des officiers de police judiciaire ont énormément progressé. Je sais que certains d'entre nous critiquent la qualité des enquêtes, mais sur le plan des compétences, les commissaires de police n'ont désormais rien à envier aux magistrats. Je peux en tout cas témoigner que, dans les Yvelines, nous avons affaire à des commissaires de police de très grande qualité, y compris dans la sécurité publique. Il en va de même pour les gendarmes. Incontestablement, le parquet dispose maintenant des compétences et des capacités nécessaires pour mener les enquêtes.

3 - Mon troisième argument est la nécessité de disposer d'une autorité d'enquête et de poursuite dont l'organisation soit de même niveau que celle des services de police avec lesquels elle travaille.

Lorsque j'étais juge d'instruction à Perpignan, les enquêteurs et les avocats auxquels j'avais affaire étaient ceux de Perpignan. Aujourd'hui, le juge d'instruction de Perpignan doit s'adresser au directeur interrégional de la police judiciaire, qui se trouve à Marseille. Face à ces regroupements et à cette réorganisation, nous devons nous organiser, nous aussi, pour "faire le poids" – et je le dis avec tout le respect et toute l'amitié que j'éprouve pour la police judiciaire. J'ajoute que la défense s'est, elle aussi, considérablement réorganisée. Il existe maintenant de puissants cabinets d'avocats, qui viennent parfois de loin pour défendre des mis en examen, et il n'est pas rare de voir plusieurs avocats assurer la défense d'une seule personne. Il est important que ceux qui sont chargés de l'enquête soient, eux aussi, très bien

organisés ; c'est le cas des parquets.

Voilà les arguments qui me paraissent susceptibles de militer en faveur de la suppression du juge d'instruction.

4 - L'avocat :

« Une promiscuité dangereuse entre le juge d'instruction, le parquetier et le policier », par Benoît Ducos-Ader, *avocat au barreau de Bordeaux*

Avocat pénaliste de terrain, Benoît Ducos-Ader fait part de sa longue expérience dans une grande ville où il côtoie une quinzaine de juges d'instruction. Son regret : que le juge d'instruction instruisse plus à charge qu'à décharge et qu'il donne l'impression de travailler main dans la main avec le parquet et avec les policiers.

Personne ne peut souhaiter la disparition du juge d'instruction comme une fin en soi. Il existe de bons et de mauvais juges d'instruction, de même qu'il existe de bons et de mauvais avocats. En revanche, j'ai le sentiment, à tort ou à raison, que les juges d'instruction instruisent beaucoup plus à charge qu'à décharge. Tous les avocats qui font du pénal, que ce soit de façon habituelle ou plus épisodique, vous confirmeront cette impression. Elle vient peut-être d'une promiscuité entre les juges d'instruction, les parquetiers et tous ceux qui contribuent aux enquêtes, promiscuité que nos collègues connaissent peut-être moins à Paris qu'en province. Combien de fois ai-je frappé à la porte d'un magistrat qui, entrouvrant la porte, me répondait : « Je suis avec des enquêteurs ! ». Cette formule laisse entendre qu'il se passe entre le juge d'instruction et les enquêteurs un certain nombre d'actes auxquels nous n'assistons pas, ce qui est tout à fait regrettable.

Ce qui m'intéresse réellement dans le rapport Léger, au-delà de la question de la disparition du juge d'instruction, c'est le renforcement des droits de la défense. Comment les choses se passent-elles, bien souvent, à l'heure actuelle ? Vous êtes en enquête préliminaire, en flagrance, sur une commission rogatoire, et les policiers s'apprêtent à entendre quelqu'un. Si cette personne est en garde à vue, vous lui faites une visite qui s'apparente à celle d'une assistante sociale : à part lui prodiguer quelques bons conseils, vous ne pouvez pas lui dire grand-chose, puisque vous ne savez rien de l'affaire ; vous ne pouvez vérifier aucun élément de procédure et, la plupart du temps, les policiers ne vous apportent aucune aide pour apprécier la situation.

Quand on conduit la personne devant un magistrat instructeur qui, en général, a déjà reçu longuement les policiers, et à qui ces derniers ont expliqué le dossier, il ne vous reste qu'à tenter, avec les moyens du bord et en vous appuyant sur la connaissance très superficielle que vous avez du dossier, d'éviter à cette personne une mise en examen, souvent lourde de conséquences sur le plan moral et sur le plan professionnel, voire de lui éviter une mise en détention. Une fois que la personne a été mise en examen, le juge d'instruction, la plupart du temps, confie une commission rogatoire à ceux qui ont déjà mené l'enquête. Les avocats n'ont alors aucune connaissance de ce qui se passe, sauf de façon très épisodique. Le dossier

revient au juge d'instruction, qui travaille ainsi en symbiose totale avec les policiers.

Ce mode de fonctionnement n'est plus supportable et il faut y mettre un terme : dans de nombreux dossiers, il ne s'agit que d'une parodie d'instruction. Les magistrats instructeurs peuvent naturellement, dans certains cas, conserver une certaine maîtrise sur l'enquête, et nous connaissons tous des exemples contredisant la description que je viens de faire, mais dans la majorité des cas, force est de constater que c'est bien ainsi que les choses se passent.

Ce qui fait l'intérêt du rapport Léger, même si je ne crois pas qu'il faille y souscrire entièrement, c'est qu'il va peut-être enfin permettre aux avocats d'intervenir dans la procédure à un moment où ils pourront se rendre utiles. Nous pourrions alors espérer sortir d'un certain nombre d'hypocrisies judiciaires. Quand on me parle de co-saisine ou de collégialité, cela me fait sourire. La plupart du temps, l'un des magistrats s'occupe du dossier, et quand vous vous adressez à l'autre, il vous répond : « Écoutez, moi je ne suis pas le premier désigné, je ne suis que le second ; donc je laisse faire le premier. »

Il faudrait qu'on en finisse avec ce va-et-vient qui permet à un magistrat d'être juge d'instruction, puis, après un petit séjour dans la juridiction voisine, de revenir en tant que parquetier, avant de changer à nouveau de métier pour des raisons d'avancement et de carrière. Comment admettre qu'un juge d'instruction, à Bordeaux par exemple, se retrouve une fois par semaine, non plus juge d'instruction, mais président d'une chambre du tribunal correctionnel, et soit ainsi conduit à juger des gens qui, certes, ne sont pas mis en examen dans un dossier traité par son cabinet, mais peuvent néanmoins être visés ou connus dans des dossiers dont il s'occupe ?

De toute évidence, il faut mettre un peu d'ordre dans notre système judiciaire, et le rapport Léger offre des pistes pour cela. Bien sûr, il ne s'agit pour l'instant que d'une base de travail et il faudra bien entendu vérifier un certain nombre de bonnes intentions dont les effets pourraient être négatifs, et aussi résoudre un problème colossal, celui de la dépendance du parquet par rapport au pouvoir exécutif. Quant à la suppression du juge d'instruction, elle ne constitue pas pour les avocats une fin en soi : ce qu'ils cherchent avant tout, c'est à améliorer la façon dont sont traités leurs clients.

5 - Le "juge des juges" :

« La Cour européenne des droits de l'homme n'est ni pour ni contre le juge d'instruction », par Vincent Berger, *jurisconsulte à la Cour européenne des droits de l'homme* .

La Cour européenne n'a pas de point de vue sur la querelle franco-française autour du juge d'instruction, explique Vincent Berger, qui invoque le principe de subsidiarité. « Strasbourg ne tuera pas le juge d'instruction, mais Strasbourg ne sauvera pas le juge d'instruction ! ».

La Cour de cassation, les autres Cours suprêmes nationales, ou encore les Cours constitutionnelles, ont parfois le sentiment désagréable d'être jugées, à travers la Cour européenne des droits de l'homme, par des juges supranationaux ou internationaux. Le temps est cependant révolu où la CEDH, certainement par maladresse, se permettait d'épingler nominativement certains juges, par exemple des juges d'instruction français, dont elle avait considéré les délais d'instruction comme déraisonnables.

Aujourd'hui comme hier, deux grands principes inspirent le travail de la Cour européenne. Le premier est le principe de non spécialité : il n'existe pas de contrôle abstrait par la Cour des systèmes nationaux. La Cour peut cependant être amenée à considérer qu'une institution en tant que telle est contraire à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Un exemple très connu est celui des Cours de sûreté de l'État turques : la Turquie a mis de longues années à accepter de supprimer son juge militaire. Le deuxième grand principe est celui de la subsidiarité. Beaucoup de juges nationaux ont l'impression que la Cour européenne se transforme trop facilement en cour d'appel, en juridiction de troisième ou quatrième instance. En réalité, la Cour laisse à chaque État le choix du modèle judiciaire qui peut convenir le mieux à sa culture et à son esprit.

J'en viens à la question qui préoccupe le plus, celle des garanties du procès équitable. Il s'agit des garanties générales prévues à l'article 6.1 de la convention, et des garanties spéciales prévues à l'article 6.3. L'article 6.1 prévoit que *« toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle »*. Depuis une vingtaine d'années, on assiste à une extension de la jurisprudence, à travers un élargissement de ces garanties de l'article 6.1 à l'amont de la procédure, c'est-à-dire à la phase de l'enquête ou de l'instruction.

Cette évolution a commencé avec la Suisse à propos de l'affaire Imbrioscia (arrêt du 24 novembre 1993). Beaucoup de gouvernements, en particulier les gouvernements suisse et britannique, ont réagi en estimant que l'article de la convention sur le procès équitable ne devait couvrir que la phase du jugement. Mais la thèse de la Cour a été réaffirmée récemment dans un arrêt de grande chambre (Salduz contre Turquie, 27 novembre 2008), selon lequel *« si l'article 6 a pour finalité principale, au pénal, d'assurer un procès équitable devant un "tribunal" compétent pour décider du "bien-fondé de l'accusation", il n'en résulte pas qu'il se désintéresse des phases qui se déroulent avant la procédure de jugement. Ainsi, l'article 6 – spécialement son paragraphe 3 – peut jouer un rôle avant la saisine du juge du fond si, et dans la mesure où, son inobservation initiale risque de compromettre gravement l'équité du procès »*. En l'occurrence, cet arrêt prévoit que l'avocat doit être présent dès le premier interrogatoire d'une personne mise en garde à vue. Il s'agit là d'une garantie tout à fait majeure.

En matière pénale, la Cour adopte une approche globale et par conséquent ne se prononce pas, par exemple, sur la nature des rapports entre la police et le parquet, ou entre la police et le juge d'instruction. Elle n'entre pas dans ces subtilités et préfère laisser carte blanche à chaque État. Les juges d'instruction français qui ont été épinglés par la Cour l'ont été avant 2000, à l'époque où ils étaient encore les juges de la détention et où certains d'entre eux avaient laissé

traîner des procédures d'instruction trop longtemps, souvent d'ailleurs pour d'excellentes raisons. Mais la Cour n'estime pas qu'il existe des lacunes structurelles dans l'institution du juge d'instruction, en France en tout cas.

Enfin, la Cour s'est exprimée à plusieurs reprises sur le fait que ce n'est pas parce qu'un État est seul à pratiquer telle ou telle procédure ou à disposer de telle ou telle institution qu'il sera considéré comme étant en infraction par rapport à la convention. Ce n'est donc pas parce que plusieurs États européens ont plus ou moins récemment renoncé à l'institution du juge d'instruction que celui-ci devrait disparaître en France.

En un mot, pour conclure : Strasbourg ne tuera pas le juge d'instruction, mais Strasbourg ne sauvera pas le juge d'instruction.

6 - Le juge de la formation de jugement :

« Déception, nostalgie et inquiétude... », par Jean-Yves Monfort, conseiller à la chambre criminelle de la Cour de cassation

Les réformes successives ont sérieusement affaibli la fonction de juge d'instruction. La réforme proposée par la commission Léger n'est pas de nature à rassurer sur la manière d'instruire les quelque 5% de dossiers les plus sensibles et les plus complexes, soit tout de même plus de 20.000 procédures...

En évoquant les projets de réforme, envisagés à la suite du dépôt du rapport de la commission présidée par Philippe Léger, trois mots me viennent à l'esprit : déception, nostalgie, inquiétude. Déception tout d'abord, quand on prend connaissance des résultats des travaux de cette commission. Il est des rapports qui laissent transparaître une certaine jubilation, un enthousiasme quasi-juvénile, en présence de cette perspective de refaire le monde, qui doit naturellement habiter l'esprit de ces quinze ou vingt personnes que l'on charge, à intervalles réguliers, de réécrire notre législation : je pense, par exemple, aux travaux de la commission Delmas-Marty ou à ceux de la commission Guinchard, ou de la commission présidée par Jean-Marie Coulon.

Ici, rien de tel : la lecture des cinquante pages du bref rapport Leger laisse planer un sentiment d'amertume, de découragement, de résignation. On constate que les avis des membres de la commission sont souvent partagés, que les choix, acquis à une courte majorité, sont peu motivés, qu'il a fallu renoncer à traiter du droit pénal de fond, ou de la phase exécutoire du procès pénal. La conclusion annonce des délais de mise en oeuvre de deux ou trois ans des réformes proposées, alors qu'on sait que les délais de mise en oeuvre sont mortels pour les réformes : voir le sort réservé à la collégialité de l'instruction... Et puis, quand l'auteur de la commande, moins de trois mois après la lettre de mission, annonce solennellement les voies qu'il se propose d'emprunter, comment ne pas ressentir un petit froissement d'amour-propre, et un sentiment profond d'inutilité ?

Nostalgie ensuite : je ne peux pas aborder la question de la suppression du juge d'instruction sans une pointe de nostalgie. C'est, en effet, la fonction que j'ai exercée au début de ma

carrière, pendant huit ans, dans les Alpes-Maritimes, à une époque - circonstance aggravante - où le juge d'instruction « régnait » encore sur la détention provisoire, et n'était pas accablé par les demandes d'actes des parties. Ce qui ne l'empêchait pas, d'ailleurs, d'entretenir les meilleures relations avec les avocats, les procureurs, et même avec ses inculpés...

L'institution avait sa cohérence, et son équilibre. Mais, comme le disait mon procureur général, Georges Beljean : « Vous ne pouvez pas faire reposer un système de procédure pénale sur la qualité des hommes ; un bon système doit fonctionner même avec les plus médiocres ». Finalement, c'était, dit d'une autre façon un peu brutale, la préoccupation de la Convention européenne .../ (Jean-Yves Monfort s'interroge ensuite sur la plus-value apportée par le juge d'instruction dans la recherche de la vérité à travers son expérience. Voir les Actes des Entretiens de Royan)

.....

Il ne s'agit pas de dire que les policiers ou les gendarmes, agissant sous la conduite du procureur de la République seraient dans l'incapacité d'atteindre le même niveau technique qu'avec le juge d'instruction d'aujourd'hui. Mais je crois que cette qualité dans la recherche de la vérité ne peut procéder que d'esprits libres, et c'est là un point qui me paraît essentiel.

D'où mon inquiétude. C'est tout l'enjeu de la réforme proposée par la commission Léger. Ses adversaires disent volontiers qu'il s'agit moins de supprimer les juges d'instruction que les 5% d'affaires qu'ils instruisent : affaires financières, politiques, ou de santé publique - qui sont, évidemment, celles qui « gênent » parfois les pouvoirs en place. Ces 5% correspondent tout de même à plus de vingt mille procédures pour une seule année, qui constituent, par définition, les procédures intéressant les faits les plus graves, ou les plus complexes. Et on peine à comprendre comment, pour ces affaires, fonctionnerait le mécanisme imaginé par la commission Léger : injonctions du juge de l'enquête et des libertés données au parquet, intervention de la victime, etc. N'oublions pas, d'ailleurs, que les grandes affaires de santé publique sont nées de constitutions des parties civiles.

La qualité des magistrats du parquet n'est, évidemment, pas en cause. Mais j'en reviens à l'aphorisme de mon procureur général de l'époque : ne pas bâtir un système sur la qualité des hommes. Le schéma imaginé par la commission Léger place les magistrats du ministère public dans une position intenable, comme l'écrit l'avocat général Gilles Lucazeau : « entre le marteau de la soumission hiérarchique et l'enclume d'une indépendance contre nature ». Et puis n'oublions pas l'arrêt Medvedev, qui dénie aux membres du parquet leur qualité de magistrats.

Le ministère public à la française a une forte originalité, à laquelle la Cour de Strasbourg est à l'évidence peu sensible, qui n'exclut pas une forme d'autonomie, sinon d'indépendance (pouvoir propre, liberté de parole à l'audience). Son statut dépend beaucoup, à une époque donnée, de la conception que s'en fait le garde des Sceaux. Mais c'est précisément au moment où la pratique ministérielle se révèle la plus autoritaire à son égard - la plus « bonapartiste » -, et défigure les acquis historiques, qui en font un « grand métier », que l'on choisit d'en faire le maître d'oeuvre de la procédure pénale... Ce n'est pas raisonnable.

La liste des griefs faits au juge d'instruction est longue, mais il faut bien voir que les réformes

successives ont, lentement mais sûrement, vidé l'institution de sa raison d'être. Ainsi, la loi du 15 juin 2000 a « séparé le juge d'instruction de lui-même » (Francis Casorla) en lui retirant la détention provisoire et en créant le juge des libertés et de la détention. Par ailleurs, l'instruction préparatoire est devenue largement contradictoire (demandes d'actes, intervention des avocats lors des interrogatoires et confrontations), au point de ressembler étrangement à l'instruction « définitive » à l'audience : ce qui conduit à s'interroger sur son utilité. Il faut ajouter les innombrables formalités qui aboutissent à une paperasserie écrasante : notifications en tout genre, délivrance de copies de pièces, etc. Ce n'est plus, bien souvent, ni Maigret, ni Salomon, pour reprendre l'expression de Robert Badinter ; c'est Courteline !

On comprend qu'ainsi malmenée, l'institution du juge d'instruction ait du plomb dans l'aile, et peine à présenter un visage avenant. Alors il ne s'agit pas de regretter le « bon vieux temps », mais seulement de constater que les évolutions récentes n'ont pas permis de redonner des couleurs à l'instruction préparatoire. La principale critique repose sur l'incompatibilité qui existerait entre les fonctions d'enquête et de jugement, l'instruction « à charge et à décharge » étant considérée comme une position intenable, sous peine de schizophrénie...

Il ne serait pas raisonnable de nier les risques inhérents à la fonction : solitude du juge, difficulté à se remettre en cause, tentation de l'« hypothèse unique ». Et parfois : jeunesse, inexpérience - voir commission Outreau. Mais on ne voit pas en quoi le transfert au parquet, et aux services de police, des fonctions d'investigation actuelles du juge d'instruction pourrait constituer une amélioration de notre système pénal, mettant à l'abri des erreurs judiciaires par exemple.

En quoi cette schizophrénie, devenue parquetière, deviendrait-elle vertu ? Car on attend aussi du parquet qu'il instruisse « à charge et à décharge ». Ce n'est plus Maigret et Salomon, c'est Maigret et Colombo ! Et que dire de ce « juge de l'enquête et des libertés » ? Si l'on se réfère à l'expérience du juge des libertés et de la détention, ce sera soit un juge de la forme, soit un juge qui fait confiance, comme l'écrivait Catherine Giudicelli. Isolé, confronté à des dossiers hétérogènes, sollicité dans l'urgence, n'ayant qu'une vision superficielle du dossier, il est réduit à un rôle de juge tampon, qui n'a qu'une fonction très accessoire par rapport au directeur d'enquête (exemple du juge des enquêtes en Allemagne) ; il n'exerce en rien un rôle de contre-pouvoir. Le renforcement des droits de la défense constitue-t-il une solution ? Je crains que les avocats partisans de la réforme ne se fassent beaucoup d'illusions.

Pour terminer mon propos, je voudrais insister sur un point qui échappe à beaucoup : le juge d'instruction est, aux yeux des parties, l'incarnation de la justice pénale. Que l'on soit satisfait (rarement) ou mécontent (souvent) du verdict final, c'est à cet homme ou à cette femme que l'on va rattacher cette période de sa vie. Un exemple, tiré de la littérature : lorsque le Docteur Alavoine, le personnage central du roman de Georges Simenon, « Lettre à mon juge » (1947), éprouve le besoin de soulager sa conscience, c'est à son juge d'instruction Ernest Comélieu, bien connu des Simenoniens, qu'il s'adresse : pas au président de la cour d'assises, pas au procureur de la République, pas au commissaire de police... : « Mon juge, je voudrais qu'un homme, un seul, me comprenne. Et j'aimerais que cet homme soit vous. Nous avons passé de longues heures ensemble, pendant les semaines de l'instruction. Mais il était trop tôt. Vous étiez un juge, vous étiez mon juge, et j'aurais eu l'air d'essayer de me justifier [...] ».

Et plus loin : « Nous avons vécu près de six semaines ensemble, si je puis ainsi m'exprimer.

Je sais bien que pendant ce temps vous aviez d'autres soucis, d'autres clients, et que votre existence personnelle continuait [...]. Vous cherchiez à comprendre, je m'en suis aperçu. Non seulement avec toute votre honnêteté professionnelle, mais en tant qu'homme ». Voyez-vous, Mesdames, Messieurs, il y a des moments où la littérature nous parle bien mieux de la vraie vie que les rapports des commissions d'étude...

7 - Le journaliste :

« Comment demain parviendra-t-on à faire « sortir » les affaires sensibles ? », par Mathieu Delahousse, *journaliste au Figaro*

Chacun se souvient de la formule de Vincent de Moro-Giafferi, comparant l'opinion publique à une catin : « Chassez-là du prétoire, cette intruse, cette prostituée qui tire le juge par la manche ! ». Il reste que les citoyens ont droit à une justice transparente. Quelles seront demain les sources des journalistes ?

Un sondage effectué en mars 2009 a révélé que l'opinion publique était incontestablement très attachée au juge d'instruction : 71 % des Français sont opposés à sa suppression, et pour 55 % d'entre eux, supprimer le juge d'instruction reviendrait à renforcer le contrôle exercé par le pouvoir politique sur les affaires. Au passage, on apprend que pour l'opinion publique, les qualités attendues d'un juge d'instruction sont, dans l'ordre : la compétence, l'indépendance et l'efficacité. Un esprit candide aperçoit cependant une distorsion entre les idéaux exprimés par ces chiffres et les critères très techniques que les professionnels appliquent à la fonction du juge d'instruction et à celles des autres intervenants de la procédure pénale. Pour l'opinion publique, le juge idéal est celui qui connaît parfaitement ses dossiers, qui résiste à toutes les pressions, et dont le travail préparatoire permet d'infliger de justes sanctions aux coupables, ou au contraire de mettre les innocents hors de cause.

Autre différence entre l'opinion publique et les professionnels : le ressenti de l'opinion par rapport à quelques grandes figures médiatiques. Je pense, par exemple, à Renaud van Ruymbeke, à Philippe Courroye, à Eva Joly ou encore à Fabrice Burgaud. Il est probable que la façon dont ces magistrats sont jugés par l'opinion publique, en positif ou en négatif, n'a que peu de rapport avec le point de vue des acteurs de la justice au quotidien.

Le rapport Léger, notamment dans sa version d'étape, souligne l'absence de lisibilité, pour le grand public, entre les fonctions du juge d'instruction et celles du procureur de la République. Et en effet, l'opinion publique ignore, bien souvent, qui enquête, qui juge, qui contrôle qui, et aussi de quelle façon elle peut être informée du contenu des enquêtes.

Ceci m'amène à évoquer mon propre métier. Les journalistes ont la particularité de ne s'intéresser qu'aux « 4 % » des affaires, c'est-à-dire aux affaires criminelles et aux affaires politico-financières, ou mettant en cause des puissants et des célébrités en tous genres. Jusqu'à une date récente, l'ensemble de ces affaires était confié aux juges d'instruction, même si l'on constate aujourd'hui qu'elles sont de plus en plus souvent traitées sous la forme d'enquêtes préliminaires.

Dans leur travail, les journalistes sont jusqu'ici soumis aux règles de l'article 11 sur le secret de l'instruction. Ils doivent en permanence se situer dans une démarche de reconstitution de l'information à partir de différentes sources, et non de communication directe de l'information par les parties. J'ai coutume de dire que nous sommes soumis à trois p : les informations dont nous disposons sont à la fois parcellaires, précipitées et partisans. Parcellaires, parce que nous ne recueillons qu'une toute petite partie du dossier, et qu'il est de toute façon hors de question pour nous, que ce soit à la radio, à la télévision ou dans la presse écrite, d'en restituer l'intégralité. Précipitées, parce que nous intervenons toujours dans une logique médiatique et non selon la logique propre au dossier. Partisans, enfin, parce que la source qui nous fournit les éléments penche, par nature, en faveur d'une des parties.

Le rapport Léger propose la suppression du secret de l'instruction, ce qui constituera pour les journalistes une révolution. Pour autant, nous sera-t-il plus facile de livrer des informations à l'opinion publique ? Tout dépend de la mise en œuvre de cette nouvelle règle : qui aura accès aux dossiers ? Quels seront nos interlocuteurs ? Un exemple nous en a été donné avec l'affaire Julien Dray : le procureur de la République de Paris a décidé, de façon exceptionnelle, d'ouvrir le dossier aux avocats de la défense. Nous-mêmes, journalistes, avons pu, grâce à quelques fuites, disposer d'informations sur l'enquête préliminaire, en particulier sur les conclusions de la brigade financière.

Pour avoir vécu cette situation personnellement, je la qualifierais d'assez inconfortable. Dans le cadre de cette enquête, beaucoup plus longue qu'une enquête préliminaire classique, puisqu'elle dure depuis dix mois maintenant, nos seules sources viennent de la police ou du parquet : nous ne disposons pas de cette dimension contradictoire que le journaliste appelle de ses vœux parce qu'elle lui permet de recouper ses informations et d'essayer de savoir s'il a affaire à une réalité ou à un fantasme.

Trois interrogations en ce qui concerne l'avenir. La première concerne, tout basiquement, la façon dont nous pourrions nous procurer les informations : demain, quelles seront nos sources ? Qui faudra-t-il appeler au téléphone ou aller voir ? L'avocat aura-t-il effectivement accès au dossier, ou sera-t-il laissé à la porte de l'enquête préliminaire ?

La deuxième question porte sur le rôle de la partie civile qui, dans de nombreux dossiers médiatiques, a été décisif. La partie civile nous donnera-t-elle accès à plus d'informations qu'une instruction qui serait restée silencieuse ?

La troisième question est beaucoup plus large : comment, demain, parviendra-t-on à faire "sortir" les affaires les plus sensibles ?

Le journaliste, qui n'est pas un professionnel du droit, arrive souvent au mauvais moment dans la chronologie d'une procédure, et en tout cas à un moment qui n'est pas forcément celui que telle ou telle partie aurait souhaité. Il joue souvent le rôle d'un trouble-fête et d'un acteur contre-nature par rapport à une procédure qui doit se dérouler selon un cadre bien défini. Nous devons cependant faire notre travail et fournir des informations à l'opinion publique, et j'avoue que nous sommes un peu inquiets à cet égard. C'est peut-être la raison pour laquelle, ces derniers temps, les juges d'instruction, qui se sentent menacés, essaient à leur tour de "tirer par la manche" l'opinion publique, pour qu'elle vienne voir comment ils travaillent et

comment il faudrait les protéger...

8 - L'avocat étranger :

« Défense et instruction, la solution italienne », par Giovanni Bana, avocat au barreau de Milan

L'Italie n'a plus de juge d'instruction depuis vingt ans. Mais les droits de la défense ont été considérablement renforcés. La police judiciaire dépend du procureur de la République. Et les parquetiers sont des magistrats sur lesquels le gouvernement n'a aucune prise.

En Europe, chaque pays a des pratiques différentes. L'unique pays où il existe encore un juge d'instruction est l'Espagne. Le Portugal n'en a plus, ni l'Allemagne, et la Suisse n'en aura plus à partir du 1er janvier 2010. Quant au Royaume-Uni, le fonctionnement de la justice est radicalement différent.

Il y a vingt ans, nous avons connu en Italie les mêmes discussions sur le juge d'instruction et les mêmes batailles qu'en France actuellement. Si je demande aujourd'hui à un jeune avocat, comme mon fils, ce qu'est un juge d'instruction, j'ai l'impression de lui parler d'un martien, et moi-même, je ne m'en souviens plus beaucoup, alors que j'ai connu cette institution.

Je pense que cette réforme a été très positive pour les droits de la défense, car l'avocat est maintenant présent dès le premier acte de la procédure. Un mis en cause peut refuser de parler si son avocat n'est pas là. Cela me paraît être le point majeur et le pilier de cette réforme.

Un deuxième point très important est le fait que les parquetiers sont des magistrats, et que le gouvernement ne peut pas leur donner d'instructions. C'est rigoureusement impossible.

Le juge d'instruction a été remplacé par le juge des audiences préliminaires. Les délais dans lesquels le parquet doit avoir terminé son enquête sont fixés de façon précise. L'enquête dure au minimum six mois, et il est possible de demander à deux reprises sa prolongation. Au maximum, elle dure dix-huit mois. Dans la majorité des cas, les actes doivent, en général, être menés à bien au bout de six mois.

Le parquet a toute latitude pour ouvrir une affaire dès qu'il apprend qu'il s'est produit un acte scandaleux, que ce soit par la presse ou autrement. Il peut également être saisi par une victime, et il doit alors immédiatement lancer l'action pénale.

S'il souhaite effectuer des actes irrépétibles, il doit en informer préalablement le mis en cause et lui demander de désigner un avocat dans un délai de cinq jours. À défaut, le parquet nomme un avocat d'office, payé par l'État. Cela commence d'ailleurs à nous poser problème, car cette loi a été promulguée il y a vingt ans, et depuis, le nombre de personnes susceptibles de demander l'aide juridictionnelle de l'État a explosé.

Le parquet mène l'enquête et demande des expertises si nécessaire. Le mis en cause peut

nommer un consultant technique qui réalise des contre-expertises, mais tout doit être terminé dans un délai de six mois. Si nécessaire, il peut demander un renouvellement du délai, mais cela n'est accordé que dans les cas exceptionnels.

Au terme des six mois, tous les actes ont été déposés. L'avocat de la défense ou de la partie civile en prend connaissance. Il a vingt jours pour demander au parquet d'entendre l'inculpé. Le parquet doit répondre dans un délai de trente jours. Il peut demander au juge de l'audience préliminaire de classer l'affaire. Dans ce cas, soit le juge est du même avis, soit il peut imposer au parquet de mener des enquêtes supplémentaires avec un délai maximum de trois mois. Après ces nouvelles enquêtes, le juge peut décider de classer l'affaire, ou au contraire convoquer l'inculpé et son avocat pour une audience préliminaire. Il décide alors, ou non, de renvoyer l'inculpé devant un tribunal qui, selon les cas, peut être composé de trois juges ou d'un seul.

Le point important est que ce juge ou ces trois juges n'ont en main que le motif pour lequel la personne est inculpée. Ils ne connaissent rien d'autre du dossier. La décision est prise uniquement sur la base de ce qui se passe pendant les audiences, afin que cette décision soit claire et transparente pour tout le monde.

Au début, les avocats ont redouté les effets de cette réforme, qui représentait un véritable bouleversement. L'un de ses effets a été de renforcer les cabinets d'avocats : aujourd'hui, un avocat ne peut plus travailler seul, il doit se constituer une équipe. Face à un magistrat, si un jeune avocat ne s'est pas bien préparé et ne connaît pas suffisamment les actes... il perd.

PRES@ JE.COM

Une publication de l'association PRESAJE
(Prospective, Recherche et Etudes Sociétales Appliquées à la Justice et à l'Economie)
Siège social : 2 avenue Hoche 75008 Paris - Courrier : 30 rue Claude Lorrain 75016 Paris
Tél. 01 46 51 12 21 - E-mail : contact@presaje.com - www.presaje.com
Directeur de la publication : Michel Rouger