

La fin du juge d'instruction en France

Aspects théoriques – Enjeux pratiques

Thomas CASSUTO*

INTRODUCTION

Au cours des 25 dernières années, la question du maintien du juge d'instruction au sein du système judiciaire pénal français a été avancée de manière récurrente. Au gré de quelques affaires, sinon sensibles, à tout le moins fortement médiatisées, cette juridiction a été commentée, souvent critiquée, parfois défendue. A ce jour, les sempiternelles critiques semblent avoir pris le pas moins pour des considérations techniques que sur le fondement d'arguments peu conformes à la réalité.

Au demeurant, malgré les critiques formulées au cours des vingt dernières années et des projets de réformes qui ont encadré les fonctions d'instruction¹, il semble paradoxal que la commission parlementaire relative à l'affaire d'Outreau n'ait pas préconisé sa suppression alors même que les tenants de la suppression du juge d'instruction n'ont de cesse d'y faire référence. Pour reprendre une image que nombre d'experts ou d'observateurs du monde judiciaire pourraient comprendre aisément, c'est un peu comme si un instrument oublié lors d'une opération chirurgicale devait conduire à la fermeture du service, voire de l'hôpital et pourquoi pas à la suppression pure et simple de la spécialité de chirurgien !

La critique virulente dont est le siège la juridiction d'instruction est à ce point caricaturale qu'elle tend à se disqualifier. Elle n'en conserve pas moins une forte résonance. Pour autant, nul système n'est parfait, et la dimension humaine intervient ici comme ailleurs pour incarner une institution et lui donner un sens, une réalité, voire consacrer sa pertinence. L'analyse comparative des systèmes européens – notamment au travers de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Europe qui garantit au niveau international les standards les plus élevés des règles du procès pénal dans ses phases présentencielles, de jugement et d'exécution de la peine – ne permet pas de retenir une prévalence d'un système sur un autre. Nous serions même tenté de penser que les pays ayant abandonné l'institution du juge d'instruction n'ont gagné ni en efficacité de la procédure, ni en célérité, ni en garantie pour les libertés individuelles.

L'intérêt du juge d'instruction doit s'apprécier à la fois sur un plan théorique au regard de considérations générales et particulières et sur un plan plus pratique notamment par la prisme d'un acte essentiel à la manifestation de la vérité qu'est la réalisation d'une reconstitution. Ces considérations permettront peut être d'éclairer les opinions sur les enjeux et les perspectives de sa suppression.

* Docteur en droit.

Vice-Président chargé de l'instruction au tribunal de grande instance de Nanterre.

1. Qu'il faut entendre au sens large, concernant le juge d'instruction et la chambre de l'instruction statuant en appel sous le contrôle de la Cour de Cassation, mais également le juge des libertés et de la détention qui bénéficie de prérogatives toujours plus étendues soit dans le cadre de procédures préliminaires, soit au titre de compétences exclusives dans le cadre de l'instruction préparatoire.

1. ASPECTS THÉORIQUES

La procédure pénale française intègre deux principes fondamentaux qui l'ancrent dans une tradition et une spécificité toute particulière. D'une part, le principe de la liberté de la preuve et d'autre part la judiciarisation de la preuve. Ces deux principes bien connus des praticiens sont aux antipodes d'autres systèmes, notamment anglo-saxons qui néanmoins bénéficient d'un indice d'audience important dans l'opinion publique.

Le principe de la liberté de la preuve postule que tout élément de preuve, tout indice peut être retenu par le juge à l'appui de sa décision à condition qu'il ait été obtenu conformément aux règles légales, loyalement et qu'il ait pu être débattu contradictoirement. Fondamentalement, il n'y a pas de différence majeure avec les systèmes qui connaîtraient un régime de légalité de la preuve. La différence réside plus certainement autour de l'autorité du juge pour en apprécier souverainement la recevabilité et l'intégrer dans le raisonnement décisif. Il faut en effet souligner que nul ne semble mieux à même d'apprécier les éléments pertinents à l'élaboration de la décision de justice que le juge lui-même, singulièrement lorsque les questions pratiques et juridiques sont de plus en plus techniques. A notre sens, le juge simple arbitre des débats et taisant sur la recherche de la preuve concède une place disproportionnée au principe de la loi du plus fort dans le débat oratoire au préjudice de la partie bien-fondée mais démunie. Les prérogatives d'intervention de toute juridiction en droit français² offrent cette opportunité de préserver un équilibre entre les parties et de faire cesser par exemple des pratiques dilatoires.

La judiciarisation de la preuve rappelle que l'exercice des poursuites et le recueil des preuves sont un attribut de la puissance publique et qu'ils s'exercent sous le contrôle permanent de l'autorité judiciaire, le juge ou le procureur de la République. Ce système exclut pas conséquent le régime des enquêtes privées ou à tout le moins partiales c'est-à-dire diligentées à l'instigation d'un service de police indépendant ou sous l'autorité d'un procureur au statut de simple partie au

procès ou encore de l'une des parties privées (défense, victime, association de victimes etc.)

La réalité de l'instruction dans le système français est loin des clichés et au plus proche d'une réalité centrée sur l'efficacité, la centralisation, la spécialisation et l'indépendance. Autrement dit, *le juge d'instruction*, à la différence de toute autre partie partie poursuivante, *ne défend ou ne représente aucun intérêt particulier*. A cet égard, il faut considérer que le procureur de la République, autorité judiciaire soumise à une hiérarchie institutionnelle et gouvernementale, peut être au coeur de conflits d'intérêts (voir infra). Le juge d'instruction, juridiction à part entière a pour mission de mettre en état une procédure, c'est-à-dire de collecter autant que faire se peut, l'ensemble des éléments de preuve et d'éléments utiles à l'appréhension d'une procédure, et de statuer sur l'existence de charges suffisantes à l'encontre d'une ou plusieurs personnes pour les renvoyer ou non devant une juridiction de jugement. C'est donc un juge de la mise en état avec des pouvoirs importants qui lui permettent de donner au dossier une cohérence et de le rendre lisible et utile pour l'ensemble des parties comme pour la juridiction de jugement qui sera appelée à en connaître³.

Les mutations engendrées par la cinquantaine de réformes majeures de notre procédure pénale entrée en vigueur au cours des vingt dernières années⁴, ont modifier substantiellement l'économie générale et les pratiques de l'instruction. Deux tendances s'affirment, une volonté de renforcer le principe du contradictoire et la nécessité de tenir compte des normes internationales qui influencent en profondeur notre système. C'est au regard de ces deux tendances qu'il convient d'aborder les aspects généraux de la place du juge d'instruction dans notre système judiciaire avant de remettre en perspective cette place par rapport à des enjeux constitutionnelles et supra-nationaux.

A. Aspects généraux

Des données statistiques et juridiques permettent de présenter le rôle et la position de la juridiction d'instruction dans l'ordre juridique interne. Ces éléments

2. Le juge civil dispose comme le juge pénal de nombreuses prérogatives même s'il en fait généralement moins usage.

3. Le concept d'instruction à charge et à décharge est ambivalent. Bien qu'il constitue un principe élémentaire des règles de procédure pénale, il se supporte aucune définition rigoureuse. Par exemple, la même question, ou la même expertise peuvent être à charge ou à décharge. En tant que telles, elles ne peuvent caractériser la conduite de la procédure.

4. Dont un certain nombre ont remis en cause les « progrès » apportés par les précédentes.

viennent désamorcer les principales critiques dont il est l'objet.

a. Au plan statistique

Le nombre de procédures confiées à des juges d'instruction en France est de l'ordre de 4 à 5% en recul au cours des dernières années. Ce recul résulte de deux facteurs. D'une part, une volonté de moins saisir les magistrats instructeurs, notamment en matière économique et financière ou en santé publique. Cette première démarche s'appuie à la fois sur l'augmentation croissante des prérogatives des juges des libertés et de la détention permettant au ministère public de conserver à la fois la maîtrise de l'orientation des procédures et l'opportunité des investigations à conduire. Ce phénomène pouvait annoncer la mort du juge d'instruction par défaut d'utilité résiduelle. D'autre part, par un effet mécanique, l'augmentation de la réponse pénale à toutes les formes de délinquance – à commencer par les moins graves – tend à réduire la proportion d'instruction dans les affaires jugées.

A cela, on peut objecter sans difficulté d'une part que les juges d'instruction restent saisis des affaires les plus graves puisque, conformément à la loi, 100% des crimes leurs sont confiés, mais également des affaires les plus complexes nécessitant un investissement important et une cohérence dans la mise en état de la procédure, et pour lesquelles il est difficile de traiter de manière alternative. Ainsi, notamment en matière de terrorisme, le système français bénéficie d'une reconnaissance mondiale, notamment aux Etats-Unis, fruit d'un engagement important et d'une capacité à traiter de manière coordonnée et systématique les différents types de menaces⁵.

b. Le coût d'une telle institution

La question du coût de l'instruction est particulièrement intéressante. Elle peut être relativisée en fonction d'un rapport quantité/qualité. Mais ce ratio est lui-même à prendre en compte au travers du prisme du nombre restreint de procédures traitées et de leur niveau

de gravité et de complexité. Concernant ce type d'affaires qui mettent le plus en péril l'ordre public, il est à la fois nécessaire et possible de maîtriser les coûts de procédures. Dans le même temps, si l'instruction d'une procédure semble peu compatible avec des restrictions d'ordre économique, notons qu'il est possible de rationaliser ces coûts. Il est même possible de projeter l'effet bénéfique de la connaissance acquise à l'occasion d'une affaire afin d'en dénouer d'autres – terrorisme ou criminalité organisée – ou de prévenir la survenance d'une nouvelle catastrophe industrielle, écologique ou sanitaire – tunnel du Mont Blanc, Erika, ou sang contaminé. Nous tenons que sans la judiciarisation de ces affaires, des responsabilités n'auraient pas pu être mises en cause, et des mesures de correction des structures, des mécanismes de gestion ou de contrôle de ce type d'activité n'auraient pas évolué aussi rapidement et efficacement.

Ainsi, la question du coût de l'instruction peut être singulièrement réévaluée si l'on prend en compte la notion d'objectifs qui pour les procédures les plus graves et les plus complexes sont d'autant plus lointains et incertains. Au-delà même de ces objectifs, on peut escompter un apport de connaissance, de renseignement et même une source d'enseignements propres à alimenter des mesures prophylactiques. Or, il semble que cette perspective n'a jamais été explorée en profondeur.

Globalement, la juridiction d'instruction présente des gages de qualité et il serait injuste d'évoquer telle ou telle affaire pour justifier sa disparition. Les pseudo-images psychanalytiques et les formules de rhétorique ne viennent finalement qu'éluder le débat. Les critiques qui sont faites aux juges d'instruction sont trop caricaturales. Mais les motifs profonds de ces critiques sont trop sérieux pour ne pas prendre la menace à la légère. En effet, l'une des qualités fondamentales de la juridiction d'instruction, c'est son indépendance⁶. A tel point que l'on considère depuis fort longtemps que le mécanisme de la plainte avec constitution de partie civile constitue une garantie fondamentale dans un système démocratique pour surmonter l'inertie d'un parquet intégré dans une structure hiérarchisée. C'est donc sur le plan des droits et libertés fondamentaux que l'enjeu théorique est le plus important.

5. Les principes de centralisation et de spécialisation mis en oeuvre depuis 1986 ont permis d'apporter une réponse efficace notamment dans une perspective d'anticipation de la menace.

6. Lorsqu'à mots couverts certains critiquent le juge d'instruction pour son indépendance, l'absence de « contrôle » préalable de ses actes, notons qu'il s'agit là d'une véritable reconnaissance d'une qualité essentielle à la définition du concept de juge ou de tribunal.

B. Les enjeux de la suppression du juge d'instruction au regard des droits et libertés fondamentaux

Le statut du ministère public français pose une vraie question sur le plan constitutionnel au regard de la séparation des pouvoirs. Dans ces conditions, le juge d'instruction apparaît toujours, dans un système de judiciarisation de la preuve, comme une garantie d'accès à un juge impartial et indépendant pour l'administrer de manière dynamique et cohérente. Toutes les procédures ne sont pas conduites par un juge d'instruction, mais cette seule faculté offerte à tout justiciable constitue une garantie fondamentale. Il faut d'ailleurs noter que toutes les grandes démocraties qui ne connaissent pas ou plus le juge d'instruction, l'indépendance du ministère public est garantie constitutionnellement (cf. notamment USA, Angleterre, Allemagne, Pays-Bas, Italie, etc.). Cette question qui ne peut être éludée ni écartée d'un trait de plume comme l'a fait la commission Léger⁷, est devenue la question centrale du débat autour de la suppression du juge d'instruction et ce, alors même que la Cour Européenne des Droits de l'Homme a semble-t-il adopté une position particulièrement rigoureuse à l'encontre de ce pilier de notre système pénal.

a. Le procureur de la République français n'est pas une autorité judiciaire indépendante (arrêts Medveyev CEDH 10 juillet 2008 et 23 mars 2010)

Statuant sur la nature de la rétention subie par des marins arraisonnés dans le cadre d'une opération internationale de lutte contre le trafic de stupéfiants en haute mer, la Cour de Strasbourg a estimé que la détention de ces personnes par des militaires français sous le contrôle du procureur de la République de Brest, puis de leur placement en garde-à-vue par un officier de police judiciaire puis la prolongation de cette mesure par ce même magistrat constituaient une violation de l'article 5 de la Convention prohibant la détention arbitraire.

La cour énonce ainsi [§61 in fine] « Force est cependant de constater que le procureur de la République n'est pas une « autorité judiciaire » au sens que la jurisprudence de la Cour donne à cette notion: comme le

soulignent les requérants, il lui manque **en particulier**⁸ l'indépendance à l'égard du pouvoir exécutif pour pouvoir être ainsi qualifié (voir Schiesser c. Suisse, arrêt du 4 décembre 1979, série A n° 34, §§ 29-30).

La Cour poursuit [§ 62] « En conséquence, et eu égard tout particulièrement à « l'adhésion scrupuleuse à la prééminence du droit » qu'impose l'article 5 de la Convention (voir McKay précité, mêmes références), on ne saurait dire que les requérants ont été privés de leur liberté « selon les voies légales », au sens du paragraphe 1 de cette disposition. ». La Cour conclut logiquement [§63] « Partant, il y a eu violation de l'article 5§1 de la Convention ».

Ces arrêts apparaissent sans équivoque et avec une très grande sévérité comme une sanction ferme du ministère public français et ne peut qu'appeler une réforme permettant, à l'un des pivots de nos institutions judiciaires, de conserver la qualité et les attributs effectifs d'une autorité judiciaire. Il est même possible de considérer que toute non réforme serait une sorte de combat d'arrière garde, nous exposant, comme cela semble de plus en plus le cas à l'heure actuelle, à des décisions qui mettent en péril la pratique quotidienne et la sécurité juridique des décisions prises par les magistrats du parquet.

b. Le procureur de la République soumis à l'autorité du Ministre de la Justice : un risque de conflit d'intérêts

La position prise dans les arrêts Medveyev n'est pas une surprise. Elle est le résultat de la confrontation de deux systèmes de pensée juridique: d'une part celle légaliste et centralisatrice française selon laquelle, la cohérence de l'application de la loi sur l'ensemble du territoire nationale ne peut être maintenue qu'au travers de l'action coordonnée du ministère public dans le cadre notamment d'une politique pénale définie par le gouvernement. Au cours des dernières années, le législateur et les ministres de la Justice qui se sont succédés, ont eu à coeur de limiter leurs interventions dans des affaires individuelles par des instructions écrites d'engager des poursuites et versées à la procédure.

Toutefois, la hiérarchisation du parquet conduit à maintenir un lien effectif et direct avec le ministre de

7. Le rapport de la commission Léger considère qu'il n'y a pas lieu de remettre en cause le statut actuel du parquet.

8. Nous soulignons.

la justice membre de l'exécutif. Cela résulte de la formulation des articles 30 et suivants du Code de procédure pénale :

- ✓ Article 30 : Le ministre de la justice **conduit la politique d'action publique déterminée par le Gouvernement**. Il veille à la cohérence de son application sur le territoire de la République. A cette fin, **il adresse aux magistrats du ministère public des instructions générales** d'action publique. Il **peut dénoncer au procureur général les infractions à la loi pénale** dont il a connaissance et **lui enjoindre**, par instructions écrites et versées au dossier de la procédure, **d'engager ou de faire engager des poursuites** ou de saisir la juridiction compétente de telles réquisitions écrites que le ministre juge opportunes.
- ✓ Article 31 Le ministère public **exerce l'action publique et requiert l'application de la loi**.
- ✓ Article 32 : Il est représenté auprès de **chaque juridiction répressive**. Il **assiste aux débats** des juridictions de jugement ; toutes les décisions sont prononcées en sa présence. Il assure **l'exécution** des décisions de justice.

L'articulation de ces trois articles démontre la prééminence et le rôle central du procureur de la République sur l'ensemble de l'action publique et dans toutes ses phases. Jusqu'aux arrêts Medveyev précités, cette organisation ne posait que ponctuellement des difficultés. Les limites de ce système surgissaient à l'occasion d'affaires sensibles, lorsque l'intervention de l'exécutif dans le fonctionnement de la justice était dénoncé.

Le lien mis en exergue par la Cour de Strasbourg entre le parquet et le gouvernement pour dénier à celui-là le caractère d'autorité judiciaire indépendante apparaît également au travers du fait que le ministère public est en mesure d'engager l'action publique à l'encontre de personnes de droit public ou de leurs représentants. Il existe à tout le moins un risque permanent de conflit d'intérêts.

Exemple: le gouvernement siège au conseil d'administration d'entreprises publiques et peut nommer ses dirigeants. Ces entreprises sont des sujets de droits qui peuvent être impliquées dans des procédures pénales (droit du travail, droit économique et financier, accidents industriels, homicides involontaires etc.). Le pro-

cureur de la République sous l'autorité du ministre de la justice dispose de l'opportunité des poursuites. Il en résulte un risque évident de conflit d'intérêts, la puissance publique et ses démembrements comme toute personne de droit, étant peu enclins à assumer une responsabilité pénale.

Cette situation heurte de plein fouet le principe fondamental de la séparation des pouvoirs, fondement de la démocratie. En effet, dans le prolongement *de l'esprit des lois* de Montesquieu, l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789 énonce « Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée n'a point de constitution ». Cette démonstration simple replace au coeur du débat le rôle du juge d'instruction. En effet, cette juridiction permet à tout justiciable, et pour toute infraction (à l'exception des contraventions), de surmonter l'action du parquet, à commencer par son inertie en ayant accès à un juge impartial et indépendant disposant de prérogatives étendues – et néanmoins encadrées et contrôlées par une mécanisme de recours juridictionnel – pour accéder à la manifestation de la vérité.

L'absence d'analyse de cette problématique par le rapport de la Commission Léger met en lumière les limites d'un système. En effet, outre la nécessité à terme en droit de voir le ministère public français accéder à un statut renforcé d'indépendance, il faut souligner les contraintes du ministère public à l'heure actuelle pour faire face au traitement des affaires les plus graves et les plus complexes. Le ministère public est soumis aux contraintes de l'urgence et des statistiques (LOLF – RGPP) qui affectent, en l'absence de moyens appropriés, ses capacités à investir systématiquement, en profondeur et sur le long terme les affaires les plus graves. L'organisation d'un ministère public de type anglo-saxon trouve des limites constatées au sein de la justice internationale pour juger des affaires les plus graves (i.e.: crimes contre l'humanité)⁹. Ces limites se retrouvent au détour de l'observation du système américain en proie aux difficultés pour traiter certains « suspects » d'actes de terrorisme. Toutes choses égales par ailleurs, la justice n'est pas parfaite et le juge d'instruction pose des questions, mais nous n'avons pas été obligé 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 juger¹⁰.

9. V. Thomas Cassuto « Le juge d'instruction et les tribulations du tribunal pénal international » Lettre Pres@je.com octobre 2009.

10. Thomas Cassuto « Le juge d'instruction et les tribulations de la justice pénale internationale » précité.

2. PERSPECTIVES PRATIQUES¹¹

La suppression du juge d'instruction aurait des conséquences pratiques certaines. Elles s'inscrivent de manière plus discrète dans le prolongement des considérations relatives aux principes fondamentaux du droit et à l'équilibre des pouvoirs au sein d'une démocratie moderne. En contrepoint des considérations statistiques utiles à la compréhension de l'institution judiciaire, l'instruction apporte incontestablement une plus value dans la mise en état des procédures. Pour l'illustrer, il est possible d'analyser un acte clef de la procédure dans le processus de recherche de la vérité: l'opération de reconstitution. Acte clef parce que d'une certaine complexité, d'une grande technicité, et déterminant pour la suite de la procédure, cet acte est un point de focale crucial pour l'établissement des faits. Pourtant rarement, acte de la procédure apparaît aussi peu évoqué dans le code de procédure pénale. Le recours dans la pratique à cette opération complexe est variable. Il fait parfois défaut dans les procédures les plus graves. Sa mise en oeuvre nécessite une minutieuse préparation et une bonne maîtrise de principes généraux. Il apporte toujours une plus-value importante à l'ensemble de la procédure d'instruction et à la juridiction de jugement qui pourrait connaître des faits.

La reconstitution est un acte majeur de l'instruction à la française. Elle est une occasion incomparable de permettre aux acteurs de la procédure et aux parties d'apporter une contribution précise et d'éclairer d'une manière inégalable la juridiction de jugement. En outre, elle peut revêtir des formes variables. Enfin, son contenu gagnerait à être exploité au delà du cadre étroit de la procédure au cours de laquelle elle est réalisée.

A. Fondements juridiques

L'acte de reconstitution n'est pas défini dans le Code de procédure pénale ! L'article 81 du Code de procédure pénal dispose que le juge d'instruction procède conformément à la loi à tous les actes d'information

qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité. L'article 92 de ce code évoque le transport aux fins de constatations utiles. En pratique, il s'agit en réalité d'un acte complexe en ce sens qu'il peut intégrer plusieurs actes dans un seul dont il peut être dressé un ou plusieurs procès-verbaux¹².

C'est donc avant tout un acte de transport qui permet de remettre en situation sur les lieux de l'infraction, ou dans des conditions équivalentes¹³ les acteurs principaux de la procédure, le juge, le procureur de la République, les experts, les parties et les témoins. La typologie des infractions pouvant appeler l'accomplissement d'une reconstitution est vaste, on citera les homicides, les violences, les accidents, les vols aggravés, les incendies ou encore les situations complexes.

Il peut aisément devenir un acte dynamique qui prend toute son efficacité. Le transport conjugue alors aisément un interrogatoire, une audition voire une confrontation entre, le cas échéant, le mis en examen, le témoin assisté, la partie civile, le témoin, et tout autre intervenant tel que le procureur de la République, l'avocat, l'expert, l'interprète, etc. Cette articulation respectera notamment les formes des articles 81, 82-2, 93, 101, 102, 103, 113-1, 113-3, 114 et bien sûr les articles 156 et suivants relatifs à l'expertise.

A cet égard, la maïeutique judiciaire révèle bien souvent des résultats inattendus. La mémoire étant une donnée toujours fragile et les éléments matériels susceptibles de constatations sont évanescents. La remise en situation au plus près de l'événement est de nature à permettre la réminiscence précise des souvenirs dans des conditions favorisant la discussion de leur pertinence ou de leur caractère plausible.

La reconstitution est aussi un élément clef des opérations d'expertise qu'elle peut alimenter ou être l'occasion d'une restitution des travaux par le ou les experts. Les données de la science sont de plus en plus riches et complexes. Elles appellent bien souvent l'agrégation d'une pluralité d'expertises et donc d'experts. Leur participation conjointe à une opération de reconstitution est une occasion d'enrichissement réciproque. Elle peut simplifier la lecture d'une procédure, ou permettre

11. Les développements suivants constituent une adaptation de la chronique suivante : Robert Hazan, Thomas Cassuto, « La reconstitution en procédure pénale. Intérêts et principes généraux » parue dans la Revue Experts n° 86 octobre 2009.

12. Rappelons qu'en droit français, tous les régimes de procédure prévoient la possibilité pour le juge de se transporter pour s'éclairer et de faire sur place les constatations utiles à la solution du litige.

13. Pour le carambolage de l'A 10, une portion d'autoroute avait été reconstituée à l'écart.

de porter un regard critique sur les actes accomplis. Au demeurant, le juge d'instruction ne défendant aucun intérêt particulier peut cheminer sur la voie de la manifestation de la vérité grâce aux avis techniques des experts. Il faut insister sur le fait que la préparation d'un tel acte notamment avec les experts permet de solliciter et d'exploiter au maximum les données les plus récentes et les plus pertinentes de la science.

Si la reconstitution n'a pas vocation à apporter des réponses immédiates, elle peut permettre de clarifier le débat. Elle peut aussi suggérer de nouvelles pistes d'investigations. C'est encore un acte de constatations immédiates ou de support à la formulation ultérieure de constatations pouvant s'enrichir de l'énonciation d'hypothèses, de déductions et de conclusions sur des éléments matériels de la procédure. Il s'agit d'autant d'actes qui sont définis séparément par le Code de procédure pénale et qu'il appartient au juge d'instruction d'agréger.

Une reconstitution ne se réalise pas par procuration. Si le juge d'instruction peut déléguer certains de ses pouvoirs par le biais d'une commission rogatoire à tout officier de police judiciaire en application des articles 151 et suivants du Code de procédure pénale, une telle délégation trouve ses limites pour l'accomplissement d'une reconstitution. En effet, l'interrogatoire des personnes mises en examen ne pouvant de manière absolue être déléguée à un officier de police judiciaire, la demande visant, dans le cadre d'une commission rogatoire à voir un service d'enquête procéder à une reconstitution se trouverait singulièrement limitée du fait de cette obstacle à pouvoir recueillir *in situ* les déclarations ou à faire participer les personnes formellement mises en cause.

Outre la juridiction d'instruction, le tribunal correctionnel peut procéder à une reconstitution ou déléguer l'un de ses membres pour l'accomplir. Il faut rappeler que devant la juridiction, correctionnelle, le principe est la liberté de la preuve (article 427 du Code de procédure pénale). Le tribunal correctionnel n'est pas limité aux actes accomplis pendant la phase préliminaire et l'article 456 du Code de procédure pénale dispose que cette formation peut ordonner tout transport utile à la manifestation de la vérité. De même, il faut observer que si des dispositions similaires ne sont pas expressément prévues pour la cour d'assises des exemples illustrent la possibilité pour cette cour de se transporter en tout lieu. Un tel acte avait été réalisé dans le cadre du jugement en première instance de l'assassinat du préfet Claude Erignac par la Cour d'As-

sises de Paris, marquant à la fois le caractère indispensable d'une telle mesure et en même temps ses contraintes, justifiant un peu plus la nécessité et l'intérêt d'y recourir pendant la phase d'instruction préalable.

La reconstitution apparaît bien comme un acte majeur et incontournable en matière criminelle, pour les homicides, les accidents industriels en lien avec une infraction (établie ou recherchée), les faits pour lesquels l'établissement de la dynamique des actes est de nature à éclairer le tribunal et à établir les responsabilités respectives d'une pluralité d'auteurs.

Il est dès lors permis de s'interroger sur la manière d'organiser une telle mesure dans un système dépourvu de juge d'instruction. Chaque partie peut naturellement faire appel à ses propres ressources pour réaliser une telle opération. Notons en marge des ressources matérielles parfois considérables que cela nécessite, qu'une reconstitution sous la houlette d'un représentant du ministère public porterait le grief de risquer de tendre à démontrer la thèse de l'accusation et inversement pour celle de la défense ou de la victime. Par ailleurs, un juge de l'enquête qui n'aurait pas la maîtrise du dossier serait mal armé pour spontanément réaliser une telle opération ou répondre positivement à une demande en ce sens d'une ou plusieurs des parties. La suppression du juge d'instruction entraînerait certainement la disparition d'une telle ressource.

B. La préparation de la reconstitution

La mise en place d'une opération de reconstitution est un processus complexe. En pratique, elle s'appuie sur la mise à disposition des lieux, dans l'état le plus proche de celui correspondant aux faits instruits. Elle demande une préparation minutieuse et un investissement important dans son organisation afin, par exemple de sécuriser les lieux (interruption de la circulation, mise en sécurité des armes, des machines, définition de périmètres de sécurité, protection physiques des acteurs susceptibles d'être menacés ou placés en situation périlleuse, etc.) de les rendre accessibles, de disposer d'un éclairage, de moyens de levage (de véhicules), d'élévation des personnes et de moyens de communication permettant de transmettre des instructions sur les actes à réaliser (par exemple aux pilotes d'engins).

Elle nécessite également de gérer la présence et la participation des différents acteurs actifs ou passifs et

au besoin de disposer de figurants pouvant tenir la place des protagonistes absents (décédés, en fuite) ou non coopérants, en recherchant le concours de personnes présentant les caractéristiques anthropométriques les plus proches (notamment la taille et le poids). Il peut également être précieux de s'assurer de la présence du médecin légiste ou des agents ayant procédé aux constatations initiales, de même que celle des fonctionnaires d'administration ayant pu être appelés à diligenter une enquête administrative (inspection du travail, inspection des affaires sanitaires et sociales, bureau enquête accident, etc.)¹⁴.

La présence des experts est naturellement indispensable, que ce soit ceux intervenus à la procédure tout comme ceux qui sont désignés en vue d'apporter leur éclairage sur un aspect technique (balistique, automobile, aéronautique, médecin-légiste, etc.). A titre d'exemple, la présence du légiste ayant réalisé l'autopsie permettra de rechercher en regard de ses constatations, le geste exact caractérisant l'infraction et, par exemple, de donner des orientations sur l'intention exacte de l'auteur. Ainsi, un coup de couteau porté la gorge pourrait apparaître n'avoir pu être donné que par l'arrière, remettant en cause la thèse de l'accident ou celle des coups réciproques.

Pour fixer les données collectées, la réalisation de clichés photographiques, de plans à l'échelle, mais également d'un enregistrement vidéo permettra d'illustrer précisément le déroulement des faits et d'illustrer et d'étayer à n'importe quel moment une thèse.

La reconstitution doit normalement associer les experts appelés à donner leur avis, que ce soit ceux déjà intervenus ou ceux dont l'avis sera sollicité en mettant à disposition les données enregistrées lors d'une reconstitution. L'expert pourra ainsi non seulement procéder à ses propres constatations mais également bénéficier des moyens requis par le juge d'instruction pour réaliser tous les actes de la reconstitution. Il pourra également restituer tout ou partie de ses travaux antérieurs sur les lieux mêmes, dans une perspective éminemment concrète. Cette participation de l'expert est

d'autant plus importante lorsqu'il sera appelé à déposer devant la Cour d'assises et qu'il aura été au moins un « témoin » sinon un acteur de cette opération. Il pourra en outre suggérer ponctuellement d'explorer telle ou telle hypothèse, d'approfondir les travaux d'expertise à partir de ses propres constatations¹⁵.

Enfin, et c'est sans doute une des perspectives les plus excitantes, le savoir de l'expert étant en perpétuel questionnement, les données collectées lors des premières constatations comme celles reprises à froid lors d'une reconstitution peuvent permettre d'explorer des pistes de recherches nouvelles. L'innovation technique, le progrès scientifique peuvent permettre de résoudre à quelques mois ou années d'intervalle des questions laissées en suspens au moment de la découverte de l'infraction. Le dialogue entre magistrats et experts est évident et naturel. Mais il gagne toujours à se renforcer afin pour les premiers de connaître le champ du possible et pour les seconds de cerner précisément les besoins utiles à la résolution d'un cas ou à la construction de la décision. Cette situation conforte l'importance du rôle du juge d'instruction et de la très grande difficulté sinon l'impossibilité d'y suppléer efficacement.

C. La pratique et l'exploitation de la reconstitution

Sans rentrer dans des considérations trop matérielles¹⁶, l'expérience démontre qu'une reconstitution est toujours un acte important ou il se passe quelque chose d'imprévu. Il s'agit d'un acte pivot de la procédure qui peut synthétiser précisément et de manière claire l'ensemble d'une instruction et offrir pour les parties les données essentielles de la discussion des faits, comme pour le juge et ou les jurés les éléments concrets utiles à leur compréhension et permettant d'étayer une conviction ou l'argumentation d'une décision. A cet égard, dans la perspective souhaitable de la motivation des décisions des Cours d'Assises, la péda-

14. La reconstitution peut nécessiter de délivrer une commission rogatoire d'assistance pour assurer le bon déroulement de l'opération. Elle peut également inclure la délivrance d'une commission rogatoire à un autre magistrat permettant de répartir dans l'accomplissement de la reconstitution les tâches et les prérogatives.

15. Par exemple l'analyse d'une bouteille en plastique vide retrouvée sur les lieux d'un incendie deux ans après les faits et qui permettra de déterminer que cet emballage de white spirit a contenu un autre hydrocarbure qui correspond en tout point à celui utilisé pour initier et accélérer l'incendie criminel.

16. Nous renvoyons à la chronique Robert Hazan, Thomas Cassuto « La reconstitution en procédure pénale » précitée.

gogie des actes ouvre la voie à la clarté et à l'intelligibilité de la décision.

L'articulation de la procédure, et notamment le choix du moment de la reconstitution doivent être évoqués avec les experts appelés à donner leur analyse technique. En effet, dans certaines circonstances, l'expert pourra souhaiter qu'un premier transport soit réalisé pour une reconnaissance et des vérifications topographiques.

Ainsi, la reconstitution peut trouver une exploitation dans le cours de la procédure et plus particulièrement constituer une pierre angulaire de l'expertise qui pourra s'appuyer dessus. Ainsi, l'hypothèse du suicide pourra être plus sûrement écartée par la tentative infructueuse de parvenir à reproduire un résultat sans l'intervention d'un tiers. De la même manière, la thèse de l'accident de la circulation pourra être écartée par la remise en situation des véhicules dont l'empreinte des chocs permettra de reconstituer la séquence et de déterminer que le premier véhicule freinait tandis que l'autre accélérât et non l'inverse. Ces constatations orales qui préfigurent éventuellement une conclusion définitive peuvent amener une personne impliquée à modifier ses déclarations pour ne pas soutenir le peu plausible devenu improbable ou quasi impossible et restituer la réalité des circonstances du drame caractérisant non plus un accident mais une course poursuite à l'instigation d'un tiers.

De même que l'on a coutume de dire qu'un dessin vaut mieux qu'un long discours, nous pensons qu'une reconstitution vaut beaucoup plus que la simple confrontation à des éléments purement littéraires tels que les déclarations des protagonistes et un rapport d'expertise plus ou moins abstrait. Pour cela, la reconstitution doit s'appuyer sur la rigueur, l'exhaustivité, la transparence et le temps nécessaire à son bon déroulement. Le cliché ci-après permet dans le cadre d'une reconstitution contradictoire d'embrasser, à partir de la remise en place des véhicules au regard des impacts observés, le champ de vision du conducteur au moment de la collision avec le motard. Dans le même temps, il est possible de recueillir les déclarations ou les observations du mis en examen.

L'exploitation de la reconstitution interviendra non seulement dans le déroulement de l'instruction et constituera un acte clef de la mise en état pénale d'une affaire, mais elle se prolongera devant la juridiction de jugement. Elle donnera notamment une réalité concrète, visuel et didactique à la compréhension des événements. Au demeurant, en se reportant utilement à la reconstitu-



Champ de vision du conducteur après remise en position exacte des véhicules au moment de l'impact.

tion lors de l'audience au fond, on peut s'épargner des mises en scènes peu opportunes pour la compréhension des faits et l'évocation d'hypothèses. En effet, il est plus difficile de soutenir une nouvelle thèse alors qu'elle aurait pu être utilement évoquée et analysée dans le contexte expérimental de la reconstitution.

Mais trop souvent l'exploitation d'une reconstitution se limitera à la procédure pénale particulière, c'est à dire à l'instruction et au jugement d'une infraction. Or nous pensons que c'est que trop rarement que le travail accompli dans le cadre de l'instruction d'une affaire pénale engendre un retour d'expérience de nature à prévenir la survenance d'événements indésirables, de presque accidents (near miss), qui sont souvent les précurseurs d'accidents. Des affaires comme le carambolage de l'A10, ou l'incendie du tunnel du Mont Blanc ont pu alimenter des réflexions afin de prévenir le renouvellement de telles catastrophes. Mais il n'est pas certain que tout le matériel, toutes les informations collectées ont été exploitées systématiquement. De la même manière, il n'est pas certain que certains aspects de la conduite d'enquête dont les lacunes ont pu être mises en évidence au moment d'une reconstitution ne sont pas pris en compte. A l'inverse les éléments positifs ou encore l'analyse des protocoles d'investigations pourraient être répétés à l'occasion de tels actes majeurs dans le processus pénal.

S'il est possible de considérer que certains accidents, notamment industriels, pourraient être prévenus par une meilleure connaissance de faits similaires et une diffusion des moyens de les prévenir ou de remédier à temps aux failles de sécurité d'un ensemble. Il faut constater que l'analyse et la diffusion du retour d'expérience que peut susciter l'accomplissement d'une

reconstitution est notoirement insuffisant. La limite que constituerait le secret de l'instruction ne constitue pas un argument suffisant compte tenu de la possibilité d'anonymiser l'identité des personnes impliquées. En outre, le retour d'expérience s'inscrit dans une démarche totalement différente que celle de l'incrimination et de la poursuite. Elle peut s'appuyer sur des éléments strictement objectifs et généraux, sans mettre en cause une personne ou un groupe de personnes.

Si le contexte pénal de la reconstitution peut s'accompagner de comportements non coopératifs ou de dissimulation ou à tout le moins réservés, ces actes d'investigation sont toujours riches d'enseignements et peuvent être exploités par tout un chacun distinctement avec des outils appropriés. Par ailleurs, pour les différents autorités de poursuite comme pour les enquêteurs, les experts, les avocats, la participation à une reconstitution offre l'occasion d'enrichir une expérience et un savoir-faire utiles à l'amélioration des compétences y compris pour la participation ou l'accomplissement d'une reconstitution.

Sans doute particularité de notre procédure la reconstitution permettant de synthétiser les multiples aspects positifs de la procédure de l'instruction préparatoire juridictionnelle confiée au juge d'instruction comme notre système le connaît. Il offre un instrument d'une qualité incomparable et sans doute inégalable pour la juridiction appelée à se prononcer sur le fond.

CONCLUSION

Le juge d'instruction est au coeur d'une tourmente qui prend sa source sans doute plus dans des images d'Epinal et dans des critiques qui par leur caractère mal fondé viennent déposer plus de lauriers qu'elles ne l'en découvrent. La persistance d'un système juri-

dictionnel d'administration de la preuve a fait montre de son efficacité et de sa pertinence dans les affaires les plus complexes.

L'hypothèse de sa suppression venant coiffer les conclusions du rapport de la commission Outreau dont le législateur s'était inspiré pour consacrer la collégialité de l'instruction dans notre code de procédure pénale a permis, dans le cadre d'un débat intense, de constater que la majorité – très écrasante – des professionnels, y compris de la défense, y étaient opposés et au passage de mettre en exergue les nombreuses qualités qui sont le pendant du statut et des attributs de cette institution. Juridiction impartiale et indépendante, il trouve sa pertinence et son efficacité par sa capacité à conserver la maîtrise et la cohérence de la procédure. Dès lors, le juge d'instruction, reste, en tant que tel, une garantie pour la démocratie¹⁷.

Surtout, ce débat a porté sur le premier plan la question fondamentale dans une démocratie moderne de l'indépendance du ministère public et la nécessité d'envisager, à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne de sauvegarde des droits de l'homme, dans notre droit interne une réforme constitutionnelle orientée dans ce sens. Il est possible d'ailleurs qu'à l'issue, la suppression du juge d'instruction ne soit plus en question tant la complémentarité et l'homogénéité globale du système apparaîtront.

La juridiction d'instruction apporte une plus-value qualitative incontestable qu'illustre un des actes phare de la procédure: la reconstitution. Plutôt que de se focaliser sur les inévitables événements indésirables qu'engendrent nécessairement toute institution en action, tentons pour une fois d'une part de favoriser l'analyse systémique et l'amélioration des pratiques et d'autre part de tirer un parti des procédures qui va au-delà du cadre judiciaire et du périmètre des infractions ou des faits examinés. ■

17. Faut-il remarquer que le remplacement du juge d'instruction par un juge de l'instruction qui n'aurait plus la maîtrise de la procédure mais serait néanmoins compétent pour statuer sur la détention provisoire, les expertises, les mesures attentatoires aux libertés, les autorisations de perquisition, les interceptions téléphoniques etc. on instaure un clone du juge d'instruction d'avant 2000 avec une efficacité amoindrie.