

Du juge d'instruction au juge de l'enquête : raisons et contours de la réforme proposée

Marie-Aude BEERNAERT

Professeure ordinaire à l'UCL

Centre de recherche interdisciplinaire sur la déviance et la pénalité

Par arrêté ministériel du 30 octobre 2015, le ministre de la Justice a mis sur pied une Commission de réforme de la procédure pénale chargée, dans un premier temps, d'élaborer une note d'orientation préparatoire à la réforme du Code d'instruction criminelle.

Le colloque organisé par l'ASM, dont les actes sont reproduits dans le présent ouvrage, nous a offert l'occasion de revenir plus en détails sur ce qui est à l'évidence l'un des aspects les plus sensibles de cette note d'orientation : la proposition d'instaurer une enquête préliminaire unique et l'évolution corrélative du rôle du juge d'instruction vers celui d'un juge de l'enquête.

Comme l'intitulé de ce texte le laisse entendre, nous voudrions tout à la fois (re)préciser les raisons (I) et les contours (II) de la réforme ainsi proposée.

I. Raisons

Deux raisons principales ont conduit la Commission de réforme de la procédure pénale à préconiser le basculement vers un modèle d'enquête unique, dirigée par le parquet et contrôlée par un juge de l'enquête : il s'agissait de restaurer l'égalité de traitement entre les justiciables (A) et de mettre fin à une ambiguïté consubstantielle à la figure du juge d'instruction (B).

A. L'égalité de traitement entre les justiciables

En l'état actuel, notre droit de la procédure pénale consacre un système à deux vitesses en matière d'enquête préliminaire.

Dans le cadre de l'information – qui concerne la toute grande majorité des dossiers – l'enquête reste secrète et unilatérale, quasiment dépourvue de droits ouverts au suspect et à la victime. Ceux-ci peuvent, tout au plus, s'adresser informellement au parquet pour solliciter un accès au dossier (article 21*bis* du C.i. cr.)

ou proposer des devoirs complémentaires, mais sans aucun contrôle judiciaire en cas de refus¹.

Dans les dossiers – très minoritaires – mis à l'instruction, par contre, l'inculpé et la partie civile se voient reconnaître un véritable statut, assorti de droits, dont en particulier celui de demander un accès au dossier (article 61^{ter} du C.i. cr.) et l'accomplissement de devoirs complémentaires (article 61^{quinquies} du C.i. cr.) avec chaque fois une possibilité d'appel devant la chambre des mises en accusation en cas de refus.

Toute différence de traitement n'est certes pas constitutive de discrimination. Encore faut-il qu'elle repose sur un critère objectif. Or, à l'heure actuelle, il n'existe plus de critères clairs et univoques qui permettent d'expliquer qu'une enquête fasse l'objet d'une instruction plutôt que d'une information.

Ce choix n'est plus dicté par la nature des infractions visées, puisque la catégorie des crimes non correctionnalisables qui imposait le recours à l'instruction a disparu avec la loi du 5 février 2016 dite « pot-pourri II ». Plus aucune infraction ne justifie donc nécessairement la mise à l'instruction d'un dossier.

L'on ne peut plus non plus considérer que la mise à l'instruction d'un dossier s'impose chaque fois qu'il s'agit de faire accomplir des devoirs attentatoires aux libertés fondamentales.

Il ne reste en effet pas grand-chose de la règle selon laquelle « les actes d'information ne peuvent comporter aucun acte de contrainte ni porter atteinte aux libertés et droits individuels » (article 28^{bis}, paragraphe 3, du C.i. cr.). Les « exceptions prévues par la loi » (évoquées dans la même disposition) se sont en effet multipliées et incluent désormais des actes particulièrement attentatoires à la vie privée, tels que la récolte de données bancaires (article 46^{quater} du C.i. cr.), le contrôle visuel discret dans un lieu privé autre qu'un domicile (article 46^{quinquies} du C.i. cr.), l'observation systématique autre que celle visée à l'article 56^{bis}, alinéa 2 (article 47^{sexies}, du C.i. cr.), l'infiltration (article 47^{octies} du C.i. cr.), etc.

Une majorité d'autres devoirs, réservés au juge d'instruction, peuvent en outre être sollicités par le biais d'une mini-instruction², avec pour conséquence que – sauf si le juge d'instruction fait usage de son droit d'évocation – le dossier reste à l'information, sans ouverture corrélative de droits pour le suspect et la victime.

¹ Ce que la Cour constitutionnelle a récemment jugé contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution, s'agissant de la demande d'accès au dossier d'information formulée par la personne soupçonnée (C.C., 25 janvier 2017, n° 6/2017).

² Aux termes de la nouvelle rédaction de l'article 28^{septies} du C.i. cr., tel que modifié par l'article 63 de la loi du 5 février 2016, sont encore seuls exclus du recours à la mini-instruction : la délivrance d'un mandat d'arrêt, le recueil d'un témoignage sous couvert d'anonymat complet, l'interception de (télé)communications privées, l'observation avec des moyens techniques afin d'avoir une vue dans un domicile, ses dépendances ou dans les locaux professionnels d'un avocat ou d'un médecin, et le contrôle visuel discret dans les mêmes lieux.

B. L'ambiguïté consubstantielle à la mission du juge d'instruction

À en juger par la véhémence de certaines réactions, l'on pourrait avoir l'impression que celui qui remet en question le rôle traditionnellement dévolu au juge d'instruction dans notre procédure pénale commet une forme de sacrilège. La figure du juge d'instruction a quelque chose de sacré et le débat qui l'entoure est souvent teinté de beaucoup d'émotion.

Si pourtant l'on s'astreint à examiner les choses de manière neutre et rationnelle, il faut reconnaître qu'il existe un problème inhérent à la mission du juge d'instruction, qui doit simultanément *conduire* et *contrôler* l'enquête. À la fois « Maigret et Salomon », selon l'expression de Robert Badinter, ou « joueur et arbitre », selon les termes de Renaud Van Ruymbeke, le juge d'instruction ne peut offrir toutes les garanties d'un contrôle juridictionnel impartial et désintéressé sur l'enquête qu'il dirige lui-même.

Cette difficulté est pointée du doigt depuis longtemps. Elle était déjà au cœur d'un colloque que l'ASM consacrait au juge d'instruction il y a plus de 25 ans³. Il y fut question d'ambiguïté⁴, de contradiction⁵ et même de « bicéphalie »⁶ pour caractériser le cumul de fonctions inquisitoriales et juridictionnelles dans le chef du juge d'instruction.

Dans son rapport sur « La mise en état des affaires pénales », la Commission justice pénale et droits de l'homme, présidée par Mireille Delmas-Marty, dénonçait elle aussi le statut hybride du juge d'instruction : « le juge, dans ses fonctions juridictionnelles, doit jouer le rôle d'un arbitre neutre et "paraître tel aux yeux de tous" [...], or la logique même des investigations lui impose de bâtir des hypothèses sur la culpabilité des uns et l'innocence des autres »⁷. « Chargé de l'instruction sous deux aspects – fonctions d'enquête et fonctions juridictionnelles – il peut être tenté de mettre les secondes au service des premières. »⁸

³ « Les désarrois du juge d'instruction », 6^e congrès de l'Association syndicale des magistrats, tenu à Louvain-la-Neuve le 10 mars 1990 (actes publiés dans la *Rev. dr. pén. crim.*, 1990, n^o 8 à 10, pp. 809 à 932).

⁴ « Étant à la fois juge et policier », le juge d'instruction « n'est ni tout à fait l'un, ni tout à fait l'autre » (J.-P. COLLIN, « Les rapports du juge d'instruction avec le ministère public, les corps de police et les experts », *Rev. dr. pén. crim.*, 1990, p. 862).

⁵ « Comment peut-on concilier deux fonctions : celle de la juridiction, celle de l'investigation ? Comment est-il encore possible de vivre avec une telle contradiction logée au cœur de la justice ? Il existe des processus intellectuels dans le travail d'investigation qui contredisent la mécanique mise en œuvre par les juges » (D. SOULEZ LARIVIÈRE, *Justice pour la Justice*, Paris, Seuil, 1990, p. 243, cité par Chr. PANIER, « Vous avez dit "désarrois" ? », *Rev. dr. pén. crim.*, 1990, pp. 815 et 816).

⁶ F. Ringelheim présentait ainsi le juge d'instruction comme « un être à deux têtes qui aurait des migraines dans chacune » (« Le juge d'instruction devant son miroir », *Rev. dr. pén. crim.*, 1990, p. 928).

⁷ *La mise en état des affaires pénales*, rapports de la Commission Justice pénale et Droits de l'homme, présidée par Mireille Delmas-Marty, Paris, La Documentation Française, 1991, p. 122.

⁸ *Ibid.*, p. 141.

L'exercice d'une fonction juridictionnelle suppose un regard tiers et une distance par rapport aux questions à trancher. Ce ne peut être le cas du juge d'instruction, qui se donne à lui-même les autorisations dont il a besoin dans le cadre de sa propre enquête. En charge du respect des libertés fondamentales, il est en réalité partie prenante lorsqu'il s'agit de décider d'y porter atteinte. Quel que soit son souci d'objectivité, il est difficile de lui demander de jeter le doute sur ses propres hypothèses de travail.

II. Contours

Pour rencontrer les deux difficultés pointées ci-avant, la Commission de réforme de la procédure pénale propose de passer d'un système dans lequel le juge *dirige* un *nombre limité* d'instructions, à un modèle où il exerce un *contrôle* sur *toutes* les enquêtes pour lesquelles son intervention est demandée par un des intéressés (ministère public, suspect ou victime).

Cela garantirait que les personnes poursuivies pour (ou lésées par) les mêmes infractions bénéficient des mêmes droits. Et permettrait au juge, devenu juge de l'enquête, d'être restauré en position de tiers et d'appréhender les dossiers avec le recul nécessaire à l'exercice de la fonction juridictionnelle.

L'enquête serait désormais unique, dirigée par le parquet (A), mais avec une place importante pour les acteurs privés (suspect et victime) (B), et un contrôle par un juge impartial (C). Le choix d'un tel modèle est tout sauf isolé sur la scène européenne. Il a notamment été adopté en Allemagne (1975), au Portugal (1987), en Italie (1989) ou, plus récemment, en Suisse (2011)⁹ et aux Pays-Bas (2013)¹⁰. Il est également proposé dans le projet de nouveau Code de procédure pénale espagnol¹¹ et se trouve, par ailleurs, à la base du projet de création d'un futur parquet européen¹².

⁹ Entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011, le nouveau Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 a unifié la procédure sur le territoire helvétique, supprimé le juge d'instruction là où il existait, et confié la direction de l'enquête au procureur (article 61) sous le contrôle d'un « tribunal des mesures de contrainte » (article 18) et d'une « autorité de recours » (article 20).

¹⁰ Entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2013, la loi du 1^{er} décembre 2011 « tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering, het Wetboek van Strafrecht en enige andere wetten tot versterking van de positie van de rechter-commissaris » a fait du juge d'instruction néerlandais (rechter-commissaris) un juge qui supervise le bon fonctionnement et la légalité de l'enquête dirigée par le ministère public.

¹¹ Propuesta de Código Procesal Penal (texto elaborado por la Comisión Institucional creada por Acuerdo de Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012, para la elaboración de propuesta de texto articulado de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, presentada al Ministerio de Justicia el 25 de febrero de 2013).

¹² Proposition de règlement du Conseil du 17 juillet 2013 portant création du parquet européen (COM(2013)534 final).

A. Une enquête unique, dirigée par le ministère public

L'enquête serait donc conduite par le parquet dans tous les cas de figure. La loi lui ferait injonction d'enquêter à charge et à décharge, à l'instar de ce que l'article 56 du Code d'instruction criminelle impose à l'heure actuelle aux juges d'instruction¹³.

Certains objecteront que le parquet étant partie poursuivante¹⁴, il lui sera difficile de se conformer à cette exigence, laissant entendre, à demi-mots, que «le ministère public souffrirait, par sa fonction, d'une hémiplegie intellectuelle l'amenant à n'avoir à l'esprit que les seuls intérêts de la répression»¹⁵.

En réalité, à l'heure actuelle déjà, «la mission impartie au ministère public ne se réduit pas à celle d'un accusateur». Selon les termes de la Cour de cassation, il «intervient aussi au procès pour proposer au juge une solution de justice» et «n'est pas partie au procès pénal au même titre que l'inculpé ou la partie civile» puisqu'il a l'obligation de verser au dossier répressif tous les éléments recueillis «et plus particulièrement les éléments à décharge»¹⁶. Et s'il devait conduire l'enquête exclusivement à charge, il s'exposerait à voir déclarer les poursuites irrecevables¹⁷.

Par ailleurs, l'attribution du monopole d'investigation au ministère public s'accompagnerait aussi de nouvelles prérogatives pour le suspect et la victime et de pouvoirs de contrôle importants pour le juge de l'enquête. L'enquête nouvelle mouture serait donc tout sauf une généralisation de l'information telle qu'on la pratique à l'heure actuelle, mais elle serait caractérisée par des contre-pouvoirs garants d'équilibres nouveaux.

B. Une enquête transparente et participative

Il n'y a pas de justice sans contradiction, et au plus tôt le débat contradictoire peut s'instaurer, au plus la recherche de la vérité a des chances d'être objective. La Commission de réforme de la procédure pénale a dès lors proposé de limiter le caractère secret de l'information et de renforcer significativement les droits de la défense.

¹³ Ou de ce que l'article 6.2 du Code de procédure pénale suisse impose aux autorités pénales (police et ministère public) qui doivent instruire «avec un soin égal les circonstances qui peuvent être à la charge et à la décharge du prévenu».

¹⁴ Techniquement, en réalité, il ne l'est pas encore lors de l'enquête, puisque l'action publique n'est pas encore engagée à ce stade.

¹⁵ J.-P. COLLIN, «Les rapports du juge d'instruction avec le ministère public, les corps de police et les experts», *Rev. dr. pén. crim.*, 1990, p. 860.

¹⁶ Cass., 19 décembre 2012, RG P.12.1310.F.

¹⁷ Pour un précédent en ce sens, voy. Mons, 26 novembre 2014, J.T., 2015, p. 467: «Une enquête pénale menée au départ de l'hypothèse que les prévenus sont coupables des faits reprochés et limitant dès lors les investigations aux seuls éléments susceptibles d'étayer cette thèse méconnaît non seulement la présomption d'innocence mais également le devoir de loyauté qui s'impose tant au parquet qu'au juge d'instruction dans la collecte des preuves [...] et viole le droit à un procès équitable dans son ensemble».

Si l'on peut admettre que, pour des raisons d'efficacité, le stade initial de l'enquête se déroule de manière secrète et sans interférences extérieures, l'équité de la procédure requiert par contre que les personnes concernées par l'enquête puissent connaître et contester le contenu des investigations menées après un délai minimal.

Sauf pour certaines infractions moins graves (encore à déterminer au regard de la nouvelle échelle de peines définie dans le cadre de la réforme du Code pénal), il est dès lors proposé que la victime et le suspect¹⁸ reçoivent automatiquement accès au dossier après un délai de six mois à partir du premier devoir d'enquête. Si le parquet souhaite obtenir une prolongation du caractère secret de l'enquête ou si une personne prétend avoir qualité de victime ou de suspect que le parquet lui conteste, un recours serait ouvert auprès du juge de l'enquête. Un délai de carence devrait par ailleurs être respecté avant de pouvoir renouveler la demande.

Suspects et victimes auraient également le droit de demander des devoirs complémentaires après ce même délai. Si le parquet refuse, un recours serait ouvert auprès du juge de l'enquête, avec, ici aussi, un délai de carence à respecter avant de pouvoir renouveler la demande.

C. Une enquête sous contrôle d'un juge

Le juge qui perd la direction de l'enquête (qu'il assumait dans une minorité de dossiers) voit par contre ses fonctions juridictionnelles renforcées (dans tous les dossiers). Il interviendra comme juge des mesures de contrainte (pour autoriser les mesures d'enquête attentatoires aux droits et libertés¹⁹), mais sera aussi et plus largement en charge d'apprécier l'équilibre, l'exhaustivité et la célérité des enquêtes.

Son contrôle sur celles-ci ne sera certes pas permanent, mais bien répété puisque le (même) juge pourra intervenir à pas moins de sept titres différents :

- 1° sur demande du parquet qui sollicite l'autorisation d'accomplir des mesures privatives ou restrictives de liberté ;
- 2° sur demande du parquet qui sollicite une prolongation du caractère secret de l'information au-delà du délai légalement prévu ;
- 3° sur demande du suspect ou de la victime qui sollicitent des devoirs complémentaires refusés par le parquet (au cours de l'information ou à la clôture de celle-ci) ;

¹⁸ Défini par rapport aux mêmes critères que ceux qui caractérisent la qualité d'accusé en matière pénale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme : une personne sera dès lors considérée comme suspecte dès qu'elle est dans l'obligation de se défendre, c'est-à-dire non seulement si elle est entendue en qualité de suspect (article 47bis, paragraphe 2, du C.i. cr.) mais aussi lorsqu'une mesure de contrainte prévue par la loi, impliquant que des soupçons pèsent sur elle, est prise contre sa personne, sa demeure ou ses biens.

¹⁹ Après avoir vérifié non seulement la légalité mais aussi la nécessité et la proportionnalité des mesures sollicitées.

- 4° sur demande du suspect ou de la victime qui contestent la décision du parquet de leur refuser l'accès au dossier au motif qu'ils n'auraient pas la qualité requise;
- 5° sur demande de toute personne lésée par un acte d'information relatif à ses biens qui en a demandé en vain la levée au parquet;
- 6° sur demande du suspect ou du ministère public de faire constater l'extinction de l'action publique par prescription ou dépassement du délai raisonnable;
- 7° sur recours de la victime qui conteste une décision de ne pas poursuivre prise par le parquet.

Conformément à ce qu'exige sa fonction juridictionnelle, le juge restera dans un rôle de tiers et ne posera pas lui-même d'actes d'enquête, mais il pourra, par contre, ordonner au parquet d'accomplir ceux qui sont sollicités par la victime ou le suspect²⁰.

Reste l'objection – couramment opposée à l'instauration d'un juge de l'enquête – selon laquelle un juge qui n'assure pas activement la direction de l'enquête ne pourrait être qu'une simple « boîte aux lettres », un « alibi » ou une « garantie de façade », faute d'avoir le temps ou l'envie de prendre une connaissance suffisante du dossier.

Plusieurs garde-fous nous paraissent garantir au contraire un contrôle effectif par le juge de l'enquête :

- 1° comme il a déjà été souligné ci-avant, il aura, dans bien des cas, à connaître d'un même dossier à plusieurs reprises;
- 2° lorsqu'il s'agira de statuer sur des mesures attentatoires aux libertés, le juge devra le faire sur la base de demandes motivées du parquet, mettant en lumière tous les éléments dont il ressort que la mesure est nécessaire et proportionnée; une éventuelle déloyauté du parquet qui ferait à cette occasion une présentation tronquée ou partielle du dossier l'exposerait à la sanction de l'irrecevabilité de la preuve ou des poursuites;
- 3° les ordonnances du juge de l'enquête devront elles aussi être motivées, sans que cette motivation ne puisse se limiter à reprendre comme telles les réquisitions du ministère public.

²⁰ La question de savoir si cette possibilité est conforme à l'article 151, paragraphe 1^{er}, de la Constitution (aux termes duquel le ministère public « est indépendant dans l'exercice des recherches et poursuites individuelles ») ou si elle supposerait au contraire une révision de la Constitution a été soumise pour avis à des constitutionnalistes. Les réponses reçues à ce jour appuient la première thèse, notamment au regard de l'article 40, alinéa 2, de la Constitution, qui confie au Roi l'exécution des arrêts et jugements et paraît donc obliger le ministère public à donner loyalement exécution aux ordonnances du juge de l'enquête.

Conclusion

Les craintes et résistances exprimées en 2017 ne sont guère différentes de celles qui l'étaient en 1990. À l'époque déjà, Foulek Ringelheim soulignait que la suppression du juge d'instruction « fait peur à certains par son audace et sa radicalité » et qu'on « ne renonce pas facilement aux vieilles évidences qui, comme des dogmes, fondent notre quiétude intellectuelle ».

Nous avons voulu questionner l'évidence et le dogme. Le projet qui en est résulté est assurément perfectible à bien des égards et il est sain qu'il soit soumis à critique.

Il reste toutefois une accusation que nous ne pouvons tolérer : celle qui, en termes explicites ou à peine voilés, laisse entendre que la Commission de réforme de la procédure pénale aurait proposé la suppression du juge d'instruction pour « satisfaire le ministre de la Justice ou le gouvernement ».

Nous avons travaillé en parfaite indépendance, sans recevoir la moindre instruction et sans qu'aucune option n'ait été préemptée ou taboue. Et c'est au terme d'un travail critique dicté par la seule honnêteté intellectuelle que nous sommes arrivés à la conviction que l'institution du juge d'instruction devait évoluer pour laisser place à un juge de l'enquête qui, parce qu'il ne sera plus enquêteur, pourra redevenir pleinement juge.