

L'agonie du juge d'instruction

28 MARS 2019
MAISON DU BARREAU
— PARIS

Après l'adoption de la loi de programmation de la Justice, quelle procédure pénale ? ou L'agonie du juge d'instruction

JEUDI 28 MARS 2019

Maison du Barreau — auditorium Edmund Pettiti

2 rue Harlay — PARIS 1^{ER}

8 h 45 Accueil café

— 9 h 00 **Propos introductifs** 5

Basile ADER, Vice-bâtonnier du barreau de Paris

— 9 h 30 **TABLE RONDE N°1** **La nature inquisitoire de la procédure pénale française et les apports de la CEDH** 11

Henri LECLERC, avocat
Didier REBUT, Professeur de Droit à l'Université, Paris II Panthéon-Assas

— 11 h 00 **TABLE RONDE N°2** **La loi de programmation de la Justice** 33

Charlotte CAUBEL, conseillère justice auprès d'Edouard Philippe
Laure HEINICH, avocate, membre de l'ADAP
Didier PARIS, magistrat et député
Pascal GASTINEAU, Président AFMI,
Fabrice ARFI, journaliste à Médiapart
Modérateur : Clotilde LEPETIT, avocate, membre du conseil de l'Ordre

12 h 30 Pause déjeuner

14 h 00 Accueil café

— 14 h 30 **TABLE RONDE N°3** **Vers une procédure accusatoire ?** . 73

Vanessa BOUSARDO, avocat, membre du conseil de l'Ordre
Bruno COTTE, ancien président de chambre de première instance à la Cour pénale internationale
Christian VIGOUROUX, président adjoint de la section sociale du Conseil d'Etat
Alexandra BORET, avocate, 1^{er} secrétaire de la Conférence 2019,
Francis TERQUEM, avocat
Dominique INCHAUPE, avocat
Modérateur : Camille POTIER, avocate, membre du conseil de l'Ordre

— 16 h 00 **TABLE RONDE N°4** **La question de la séparation des corps** 107

Christophe AUGER, procureur de la République du TGI de Libourne
Katia DUBREUIL, Présidente du Syndicat de la Magistrature
Jean-Yves LE BORGNE, avocat, ancien Vice-bâtonnier de Paris
Serge PORTELLI, ancien magistrat
Modérateur : Edmund Claude FRET, avocat, membre du conseil de l'Ordre

— 17 h 30 **Conclusion & synthèse des travaux** 133

Robert BADINTER, ancien Garde des Sceaux
Marie-Alix CANU-BERNARD, avocate au barreau de Paris, Responsable de la Commission Pénale du barreau de Paris
Marie-Aimée PEYRON, bâtonnier du barreau de Paris

18 h 00 Cocktail

VANESSA
BOUSARDO



CHRISTIAN VIGOUROUX



ALEXANDRA BORET



FRANCIS
TERQUEM



CAMILLE POTIER
& BRUNO COTTE

DOMINIQUE
INCHAUSPE



4 Table ronde n°3

Vers une procédure accusatoire ?

Vanessa BOUSARDO
avocate, membre
du conseil de l'Ordre

Bruno COTTE
ancien président de chambre
de première instance à la
Cour pénale internationale

Christian VIGOUROUX
président adjoint de la
section sociale du Conseil
d'Etat

Modérateur : Camille POTIER
avocate, membre du conseil de l'Ordre

Alexandra BORET
avocate, première secrétaire
de la Conférence 2019

Francis TERQUEM
avocat

Dominique INCHAUSPE
avocat

Camille POTIER avocate, membre du conseil de l'Ordre

Bienvenue à tous pour cette deuxième partie du colloque, sur cette table ronde intitulée « *Vers une procédure accusatoire ?* », on verra où les débats nous mènerons. Nous avons vu ce matin la nature historiquement inquisitoriale de la procédure pénale française, les apports de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Convention, le déséquilibre des droits de la défense introduit par la nouvelle loi de programmation de la justice. D'où l'interrogation de savoir si on s'oriente, en tout cas sur un plan doctrinal, vers une procédure de nature accusatoire et surtout, peut-être, si nous en avons aujourd'hui les moyens. La suppression, la limitation en tout

cas du nombre d'ouvertures d'informations judiciaires et donc, la limitation du rôle du juge d'instruction implique en l'état de la réforme un transfert de l'enquête et des pouvoirs vers le procureur qui dirige l'accusation et se retrouve dans un face-à-face avec

la personne mise en cause, d'où la question des droits de la défense et de la procédure accusatoire. Pour commencer les débats, je vais donner la parole à notre confrère et membre du conseil de l'Ordre, Vanessa Bousardo, pour un état des lieux et des problématiques concernant l'institution, la juridiction – oserais-je dire – du juge d'instruction aujourd'hui en France.

Vanessa BOUSARDO avocate, membre du conseil de l'Ordre

Merci beaucoup. Effectivement, le thème de cette table ronde, « *Vers une procédure accusatoire ?* », l'interrogation est posée, mais l'interrogation en réalité n'est pas nouvelle. On le sait, c'est un débat récurrent, année après année, réforme de la procédure pénale après réforme de la procédure pénale. En réalité, on a le sentiment que ce questionnement est un questionnement qui reste toujours au stade de la question, mais dans les faits, on a régulièrement, progressivement, de manière quasiment systématique, un constat qui est le même, à savoir un accroissement des pouvoirs du parquet, un accroissement des prérogatives du parquet, un accroissement des pouvoirs d'enquête du parquet et, par un effet de vases communicants, ce constat va de pair et en parallèle avec une déperdition de la présence concrète du juge d'instruction.

Depuis des années, ce lent constat se fait : des

pouvoirs toujours accrus, d'un côté, et de ce juge d'instruction qui diminue et conserve une part presque résiduelle des procédures. De manière très structurelle et organique, oui, si le juge d'instruction est moins présent, si le juge d'instruction a moins de dossiers, si le juge d'instruction a moins d'investigations concrètes sur son bureau, de dossiers à mener, dans les faits et de manière purement organique la procédure tend à se transformer et à nous faire penser à une procédure accusatoire, c'est-à-dire à une procédure où le juge d'instruction n'a plus lieu d'être puisque ce juge enquêteur n'est plus présent.

Au-delà même de cette question « *Vers une procédure accusatoire ?* », la question se pose, en tout cas pour les avocats : que faut-il en penser, et faut-il surtout s'en inquiéter, en réalité ? Faut-il s'inquiéter de ce penchant progressif ou pas, en fonction du point de vue que l'on a de cette situation ? En réalité, pour l'avocat, la question qui se pose, à mon sens – en tout cas pour l'avocat que je suis, je parle en mon nom –, est celle de savoir quelle procédure à ce jour, et la procédure de demain, va permettre tout simplement aux droits de la défense de s'exercer.

Quelle procédure permet, de manière concrète, du contradictoire ? On peut être pour le maintien du juge d'instruction ; on peut au contraire se dire, « *Non, le positionnement du juge d'instruction est double : c'est un juge, c'est un enquêteur.* » On peut avoir des positions assez différentes sur cette question, mais en réalité, pour l'avocat, quelle procédure permet, de manière concrète, de manière effective d'avoir du contradictoire, d'avoir l'exercice des droits de la défense. À mon sens,

le constat est assez simple : à ce jour, le droit des parties s'exprime de manière supérieure dans le cadre d'une information judiciaire versus une enquête préliminaire. C'est quand même l'évidence, dans le cadre d'une information judiciaire – cela a été évoqué ce matin –, les doses de contradictoire existent. Elles sont à relativiser, mais elles existent, c'est-à-dire que vous avez des droits de la défense contraints, très contraints, mais ils ont malgré tout le mérite d'exister, alors que dans l'enquête préliminaire, ces droits de la défense, ce contradictoire est absent pendant tout le temps de l'enquête.

Devant le juge d'instruction, je l'indiquais à l'instant, on a effectivement ces doses de contradictoire. Très schématiquement – nous les avons tous en tête –, ce sont : l'accès au dossier, la copie du dossier et bien évidemment les demandes d'actes, car lorsque l'on indique que cette instruction est à charge et à décharge, en réalité évidemment la décharge est exercée par l'avocat, par les demandes d'actes. Ces doses de contradictoire existent au stade de l'instruction, de la même manière que, s'agissant de manière anecdotique des expertises, l'avocat est présent, l'avocat peut intervenir pour faire compléter une mission d'expertise, l'avocat peut solliciter une contre-expertise, un complément d'expertise. Ces doses de contradictoire, de contradiction, de droit de la défense, de droits des parties existent dans le cadre de l'information judiciaire.

La possibilité de déposer une plainte avec constitution de partie civile – cela a été exposé également ce matin –, c'est un accès de manière concrète, effective, à un juge, versus une plainte



simple qui peut aboutir à un classement sans suite. Ces doses de contradictoire, il faut également les relativiser. C'est la raison pour laquelle, au-delà du fait de savoir s'il faut ou non maintenir le juge d'instruction, si c'est une bonne ou une mauvaise chose, s'il y a une inquiétude à avoir ou pas, la question est de savoir si l'on a une effectivité de ces droits. Ces doses de contradictoire que je listais à l'instant sont malgré tout, il faut tout de même l'admettre, contrebalancées par des droits de la défense, mais des droits de la défense qui sont contraints.

Une instruction judiciaire, c'est avant tout des commissions rogatoires. Les commissions rogatoires, c'est un même corps organique qui va les mener. Les enquêtes sont menées, dans le cadre de cette information judiciaire, par le même corps policier, ce sont les mêmes enquêteurs. Pour relativiser, l'enquête est faite sous le contrôle de ce juge d'instruction, mais par un même corps organique. De la même manière, ces commissions rogatoires rentrent, ou pas, régulièrement au dossier, c'est un point qui paraît important. Le juge d'instruction reste malgré tout le maître de cette chronologie. Il verse les commissions rogatoires, mais au moment qui lui paraît le plus opportun. Il n'est pas rare, dans certaines procédures, de constater, après que de longs mois se sont passés, que la commission rogatoire est versée, mais qu'elle date de plusieurs mois, parce que le juge d'instruction a fait le choix, qui est le sien, de garder par-devers lui un certain nombre d'informations. Ainsi, lorsque la partie est entendue, est interrogée par le magistrat instructeur, il peut avoir un certain nombre d'informations qui n'ont

Aujourd'hui, le nombre d'informations judiciaires se réduit de manière constante et on se retrouve avec des enquêtes préliminaires qui durent parfois un temps extrêmement long.

VANESSA BOUSARDO

pas été communiquées aux parties, auxquelles les avocats n'ont pas eu un accès de manière effective, parce qu'il a cette maîtrise, à tort ou à raison.

Il n'en demeure pas moins que lorsque l'on parle de contradictoire, ce contradictoire existe, mais on voit qu'il est malgré tout à relativiser. Le juge d'instruction est juge, mais il est aussi enquêteur, comme cela a été indiqué ce matin. De la même manière, ces commissions rogatoires qui restent parfois sans être cotées pendant un certain temps, qui ne sont pas versées au dossier, eh bien pour l'avocat elles s'apparentent, en tout cas elles se rapprochent d'une forme de mini enquête préliminaire, car après tout, tant que la commission rogatoire n'est pas au dossier, elle n'est pas accessible, la contradiction n'existe pas sur ces éléments-là et le caractère secret vis-à-vis des parties mêmes existe.

Oui, l'instruction a un avantage majeur, de mon point de vue, par rapport à l'enquête préliminaire pour la défense, puisque ce sont ces doses de contradictoire qui existent ; contradictoire à relativiser malgré tout, parce que ce juge est aussi enquêteur, et c'est toujours la dichotomie de ce caractère assez schizophrénique du juge qui instruit à charge et à décharge. Malgré tout, il a une investigation et une enquête à mener, il décide du moment auquel il verse certains éléments ou pas. De la même manière, on a ces demandes d'actes – je les évoquais à l'instant – doses de contradictoire évidentes. Pour autant, elles peuvent faire l'objet de refus, aboutir devant la chambre de l'instruction. N'oublions pas que le premier président de la chambre d'instruction a cette possibilité d'opposer en réalité un filtre à ces demandes d'actes, voire de s'opposer à ce qu'elles soient examinées par la chambre de l'instruction, et cette décision n'est pas motivée.

Ce sont des constats assez sommaires, vous l'aurez compris, mais pour dire que certes cette information judiciaire nous donne un certain nombre de moyens, oui, de droits, mais des droits qui restent malgré tout contraints structurellement par ce système d'instruction juge enquêteur, enquêteurs et juge.

Face à cette situation, où va-t-on ? Aujourd'hui, le nombre d'informations judiciaires se réduit de manière constante, année après année, et l'on se retrouve avec des enquêtes préliminaires qui durent parfois un temps extrêmement long. C'est toute la problématique qui a été balayée également ce matin, mais l'enquête préliminaire exclut les droits de la défense, par définition.

VANESSA BOUSARDO



Certes, des petites doses de contradictoire ont été introduites. Je pense notamment à la possibilité, au bout d'un an d'enquête préliminaire, d'avoir en théorie accès à l'enquête, de pouvoir en théorie formuler des observations, mais dans les faits, de manière effective, on le voit, ce sont des doses qui restent théoriques. Lorsque dans un dossier un avocat fait cette demande en indiquant, « Ce dossier est en enquête préliminaire depuis plus d'un an, j'aimerais avoir une copie du dossier, très souvent la réponse qui lui est faite est une réponse automatique, traitée par le bureau d'ordre pénal, qui va indiquer, « Réponse à la question : le dossier est en enquête. » L'avocat de répondre, en vertu de l'article 77-2 du Code de procédure pénale, « Je souhaiterais avoir accès à l'enquête pour pouvoir formuler des observations », et de recevoir de nouveau le formulaire coché « enquête en cours ». Certes, peut-être une volonté d'introduire dans cette enquête qui prend de plus en plus de place des doses de contradictoire, mais dans les faits, pour le justiciable de manière concrète, cette enquête est totalement hermétique à la défense.

La défense se retrouve donc reléguée au stade de l'audience de jugement, les magistrats qui récupèrent ce dossier récupèrent en réalité le dossier d'une partie ; c'est une enquête partisane, c'est une enquête de police. Le dossier qui est récupéré à l'issue d'une enquête préliminaire, qui atterrit dans les mains du tribunal correctionnel, c'est le dossier d'une partie, c'est le dossier de l'accusation. On pourrait se dire que l'avocat du coup va pouvoir prendre toute sa place, parce que l'audience devient d'une certaine manière celle de la défense, tout est à faire puisque rien n'a pu être fait au préalable. On pourrait également se dire que les juges qui vont avoir à statuer sont peut-être plus libres, puisqu'il n'y a pas eu ce pré-regard d'un autre magistrat du siège qui a malgré tout estimé qu'il y avait des charges.

Un dossier qui arrive, c'est le dossier de l'accusation. Des magistrats peut-être plus libres d'aller dans un sens ou dans un autre, une défense qui reprend peut-être toute sa place, mais n'est-il pas trop tard ? C'est la théorie, mais dans les faits, recevoir un dossier qui est le dossier de l'accusation, n'est-ce pas trop tard pour récupérer des éléments à décharge, si ces éléments existaient ? On va vous dire : « *On a introduit cette possibilité de doses de contradictoire, notamment avec la possibilité de faire des demandes de supplément d'information au stade de l'audience correctionnelle. Donc, vous voyez, il y a des petites doses qui sont introduites, même lorsqu'en amont, on a eu une enquête préliminaire* », mais de manière structurelle, matérielle.

On voit bien que ces doses vont être insuffisantes. L'enquête ne va pas pouvoir être refaite

devant le tribunal correctionnel. Ces demandes de supplément d'information, les tribunaux correctionnels y font droit, mais il est aussi de nombreuses situations dans lesquelles les juges du fond vont vous dire : « *Non, j'estime que ce dossier est en état et qu'il ne nécessite pas de nouvelles investigations.* » Nous avons des doses de contradictoire qui sont distillées à certains moments de la procédure, dans le cadre de l'enquête préliminaire, mais dans les faits, l'avocat est quand même bien démuni face à cette enquête qui se mène sans lui, et des doses au stade de l'audience de jugement, mais encore une fois, des doses de contradictoire qui sont tardives. Ce supplément d'information, lorsqu'il est accordé, ne peut pas contrebalancer toute une enquête qui a été menée exclusivement à charge.

Au total, cet état des lieux, qui est sommaire et dans les très grandes lignes, donne le sentiment, effectivement, est-ce que l'on va vers une procédure accusatoire. La procédure accusatoire, c'est un cadre processuel équitable dans lequel les parties pourront avoir un certain nombre de moyens et agir avec une égalité des armes. Aujourd'hui on va vers une procédure accusatoire au sens structurel du terme, c'est-à-dire sans juge d'instruction, mais une procédure accusatoire déséquilibrée, sur une jambe, celle de l'accusation. Concrètement, c'est peut-être l'inquiétude que l'on peut exprimer, car au-delà de la question juge d'instruction ou pas juge d'instruction, dans les faits, à ce jour, l'essentiel des procédures sont des enquêtes préliminaires, structurellement dans un système qui tend à l'accusatoire, mais un accusatoire sans le socle de l'accusatoire.

Un accusatoire, encore une fois, c'est un cadre processuel dans lequel les parties ont des armes égales, plus ou moins égales, mais qui agissent, qui ont des pouvoirs d'investigation, d'injonction. On a un avocat qui se retrouve dans une procédure sans juge d'instruction, avec des petites doses de contradictoire distillées à droite à gauche, mais qui ne sont pas effectives. Donc, vers une procédure accusatoire manifestement, mais accusatoire bancal, sur une jambe : l'accusation.

[Camille POTIER]

Donc un accusatoire bancal, unijambiste.

J'ai maintenant envie de demander l'avis et l'opinion d'Alexandra Boret, première secrétaire de la Conférence 2019, qui pourra, je pense, compléter le propos de Vanessa Bousardo et nous apporter son éclairage.

Alexandra BORET
avocate, première secrétaire
de la Conférence 2019

Mon intervention va être assez brève. On m'a demandé d'intervenir en qualité de secrétaire de la Conférence, en qualité de quelqu'un qui arpente les galeries de l'instruction – je pourrais peut-être dire bloquée dans les sas des couloirs de l'instruction en ce moment –, pour une vision peut-être pratique sur cette question.

Je n'ai pas de réponse de thésarde à donner sur la question de savoir quel est le bon système aujourd'hui. Pour nous, il est certain que l'on est dans un système qui est très mixte. Ce que je trouve assez symptomatique et ce que je voudrais relever aujourd'hui, c'est que si l'on se pose cette question, « Est-ce que l'on va vers une procédure accusatoire ? », ce n'est pas parce que l'accusation et la défense auraient toutes les deux grignoté au fur et à mesure, de façon égale des prérogatives et seraient au fur et à mesure toutes deux devenues les maîtresses de la procédure comme cela doit être le cas dans une procédure accusatoire à deux jambes, avec une accusation et une défense qui sont maîtresses de la procédure et qui, à l'audience notamment, font émerger la vérité, en tout cas la justice.

Ce n'est pas du tout pour cela que l'on se pose aujourd'hui la question. C'est uniquement parce que l'accusation grignote, en tout cas rogne le

ALEXANDRA BORET



domaine qui était celui du juge d'instruction, avec des enquêtes préalables qui deviennent de plus en plus importantes, le PNF qui est quand même un rôle très particulier aujourd'hui. On a donc une accusation qui a des prérogatives bien plus importantes.

Si l'on pose cette question aujourd'hui, « Vers une procédure accusatoire ? », factuellement, ce n'est pas parce que l'on s'y oriente, c'est parce qu'en fait, on se dit : l'accusation prend toute la place. Est-ce qu'on ne devrait pas faire semblant de prendre le sujet à bras le corps, et du coup donner des prérogatives similaires à la défense ? Au-delà de tous les obstacles à l'instauration d'une procédure accusatoire et qui sont, je pense, d'ordre organique, organisationnel – on a entendu parler tout à l'heure de consanguinité –, l'accusation et la défense sont très loin aujourd'hui d'être à égalité. Il y aura des obstacles – ils seront, je pense, bien plus développés par les autres intervenants de cette table ronde sur les moyens financiers qui devraient exister –, des problématiques d'ordre structurel, puisque l'avocat de la

défense aujourd'hui est très loin de pouvoir être un enquêteur. Ce sont des obstacles importants à l'avènement d'une procédure accusatoire.

Je pense, et c'est ce dont je peux parler à défaut de tout le reste, qu'il y a un obstacle qui tient à l'esprit général – nous l'avons vu ce matin avec Monsieur le Président du tribunal de grande instance qui a voulu se faire le porte-parole des juges d'instruction et de la règle d'aspiration –, qui voit dans les avocats de la défense des empêcheurs de tourner en rond. Cet esprit général est loin de pouvoir permettre aux avocats des prérogatives qui leur permettraient d'être perçus comme étant à égalité face à une accusation. C'est de cette confrontation, normalement, dans une procédure accusatoire, qu'est censée naître la justice, la vérité. Tant bien que mal, dans un système qui est aujourd'hui décrié – je pense qu'il va l'être à ma droite –, on a grignoté beaucoup de contradictoire avec les apports de la CEDH, dont Monsieur le Professeur Rebut a parlé tout à l'heure. On a grignoté beaucoup de choses.

On a du contradictoire. Je ne dis pas que c'est un système satisfaisant, mais je dis au contraire que si l'on se pose cette question, c'est parce que, finalement, ce que l'on a grignoté risque de ne plus avoir d'importance puisque le champ de l'enquête, pour parler de choses assez simples, prend de plus en plus d'importance, avec une place plus importante à l'accusation qu'à la défense.

C'était ce que je voulais noter.

[Camille POTIER]

Merci Alexandra. Je vois des réactions du côté des juges d'instruction, mais il y aura un petit temps questions-réponses à la fin des interventions.

Je vais maintenant céder la parole à notre confrère Francis Terquem. Il y a déjà eu un débat dans nos rangs avant l'intervention officielle, et je crois qu'il y a une forme de tribune sur ce que l'on pourrait caractériser d'hypocrisie du système actuel et de la réforme. Francis Terquem, c'est à vous.

Au-delà de tous les obstacles à l'instauration d'une procédure accusatoire, l'accusation et la défense sont très loin aujourd'hui d'être à égalité

ALEXANDRA BORET

Francis TERQUEM
avocat

Hypocrisie, je ne sais pas. Je voudrais faire une première observation. Tout à l'heure, nous avons entendu Madame la Représentante du Premier Ministre nous dire que cette réforme était sans doute beaucoup plus modeste que ce que l'on en avait ressenti et qu'elle n'avait que vocation à peigner quelques revendications en fait corporatistes. C'est cette méthode législative qui est en soi contestable, cette espèce d'habitude que nous avons constatée de voir arriver des textes qui sont en fait le reflet de méthodes revendicatives des professionnels de la corporation : des magistrats du parquet qui préféreraient ne pas avoir à cocher telle case, des OPJ qui ne veulent pas, sous prétexte de quitter la profession, une procédure trop complexe.

La chancellerie n'est plus le vecteur d'un projet politique au sens le plus noble du terme d'organisation des pouvoirs publics et d'organisation de ce que nous sommes, de notre rôle à nous et à l'accusation et comment tout cela doit s'organiser, mais le porte-parole d'une des revendications de la base de la corporation, qui trouve un relais par les administrations centrales, lesquelles demandent au garde des Sceaux de venir porter un projet qui porte sur – excusez-moi du peu – le financement, mais pas pour cette année, pour les années futures, la procédure administrative, l'aménagement des peines, la procédure pénale.

On n'y comprend rien. Là-dedans, par ailleurs, on y prend, surtout ne pas avouer de doctrine. Avouer une doctrine, ce serait laquelle ? Ce serait dire : « *Je suis une doctrine accusatoire et donc, je veux l'abandon du juge d'instruction. Donc, je suis d'accord avec Sarkozy.* » Aucun président de la République aujourd'hui ne peut dire, au regard de l'opinion publique, qu'il est d'accord avec Nicolas Sarkozy ; c'est un suicide. Pourtant, je dis cela devant mon ami Jean-Yves Le Borgne qui s'est suicidé il y a deux ans. Pourtant, l'idée était bonne. L'idée était bonne.

La question est posée, et c'est la seule lecture que l'on peut avoir de l'arrêt du Conseil constitutionnel. Il va falloir en effet trancher la question, il faut arrêter de tergiverser. Il faut arrêter de nous plaquer de l'accusatoire, des voies à l'accusatoire sur un vieux navire inquisitoire, parce que tout cela n'avance plus, parce que tout cela devient très compliqué, parce que les gens qui font de l'accusatoire n'osent plus nous le dire. Oui, nous le savons, le combat contre l'inquisitoire a été gagné par l'accusatoire, indiscutablement. L'exception culturelle française... Je vais le dire franchement, je vais le dire devant vous, Monsieur le Président – je salue votre arrivée –, l'exception culturelle française, la prétention culturelle française, à une exception, est obsolète. Elle est obsolète. La culture du contradictoire l'a emporté. La vision démocratique sur la vision maurrassienne a gagné. Personnellement – je le dis à titre personnel, mais c'est pour cela que je faisais allusion à votre arrivée, Monsieur le Président –, je m'en félicite. L'individualisme, car toute la question sur la structuration de nos procédures, « Est-ce que

nous voulons de l'inquisitoire ? » ; mais je vous le rappelle – cela a été rappelé par des intervenants avant nous – on est au cœur de l'emprise catholique sur la procédure pénale, au XIV^e siècle. Le juge d'instruction vient de là, de l'emprise de l'église sur la procédure. L'invitation de Beccaria à nous défier de l'emprise du catholicisme sur la procédure pénale n'a servi à rien. D'un certain point de vue, la Troisième République, d'ailleurs en se voulant morale, presque métaphysique, a chaussé les patins de la vision catholique, et la question qui est posée à travers ce débat est une question simple. Je l'ai entendu ce matin, et j'étais excessivement outré, mais enfin outré quand même, la vérité existerait, il y aurait une vérité, absolue, objective, qu'un grand prêtre appelé « juge d'instruction » serait chargé de révéler au reste de la population. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le juge d'instruction est toujours un peu en hauteur, parce qu'il est plus proche de Dieu. Oui. Quelle autre explication avez-vous ? Sa supériorité personnelle ? Il est juge, et alors ? Le juge américain est le juge de la plus grande démocratie mondiale, de toute l'histoire du monde, de l'univers, il est au même étage.

[Applaudissements]

J'entendais ce matin, je me disais : tout de même, les défenses de la spécificité culturelle française du juge d'instruction. Il y avait trois intervenants. Il y avait celui auquel je dois comme chacun respect, Henri Leclerc, mais Henri Leclerc, plus que tout le monde a connu les dérives de l'instruction, la dérive personnelle, voire paranoïaque, du juge d'instruction, le juge Pascal, la naissance de libé-

ration. Cette connexion de la culture catholique et de la culture maoïste, tout de même, a abouti à l'horreur ; l'horreur de ce notaire jeté à l'opprobre général.

Donc, deux intervenants qui vantent les mérites du juge d'instruction ; juge d'instruction qui est à chaque fois dans une dérive folle.

Quels arguments nous oppose-t-on en face pour nous dire, le juge d'instruction doit survivre et le système accusatoire est abominable. J'entends, Monsieur l'Avocat général Cotte et mon ami Dominique Inchauspé, qui a juré de ma perte après mon intervention pour défendre...

[Dominique INCHAUSPE]

C'est vrai, mais j'attends que tu termines.

[Camille POTIER]

Messieurs, s'il vous plaît, je modère.

[Francis TERQUEM]

Tu remarqueras mon sens de la confraternité, Dominique, j'ai accepté de prendre la parole avant toi, c'est très courtois de ma part, trop, sans doute. L'argument essentiel, ontologiquement maurrassien, est que ce système est anglais. Ce qui est anglo-saxon, pour les Français, c'est inacceptable, pour les Français du gaullisme, maurrassiens ou cagoullards, c'est-à-dire quelques récents présidents de la République française. Le problème là : « Oui, il faut convenir de la supériorité du système anglo-saxon ». Cela ne veut pas dire, Monsieur le Procureur général Cotte ou Dominique, que nous devons ne pas tenir compte des expériences malheureuses, des excès de tel ou tel système accusatoire devant le tribunal pénal

international, qui me semble plus devoir souffrir de la question de saisine, tout de même, de la définition de la saisine, car c'est bien cela dont nous parlons.

Monsieur le Président de la République, François Mitterrand, à l'occasion du dernier Conseil des ministres qu'il devait présider avait déclaré, comme héritage politique, « *Surtout ne donnez pas l'indépendance au parquet.* » Pourquoi disait-il ? C'est que si vous accordez l'indépendance au parquet, vous laissez une liberté totale, incontrôlée, à un corps de définir la saisine, de définir la saisine du juge du siège et, comme ces deux corps sont liés, sont interchangeables, cela veut dire que vous accordez une licence, plus une liberté, une licence totale au juge d'investiguer dans tous les domaines de votre liberté, de votre intimité, de votre vie privée, de votre vie personnelle. L'essentiel, ce qui conditionne la liberté et l'indépendance du juge du siège, c'est le contrôle de la saisine, de celui qui lui donne compétence, et cette saisine dépend du pouvoir politique qui, lui, a la légitimité de l'élection.

Ce système est cohérent. Changez-le, et vous êtes dans l'anarchie. Vous passez de la liberté à la licence, et François Mitterrand ne s'y est pas trompé, n'est-ce pas, Monsieur le Président, il ne se trompait pas souvent.

[Camille POTIER]

Je vous décris à peine l'impassibilité du Président Badinter, au premier rang, qui ne confirme ni ne dément.

[Francis TERQUEM]

Il m'y a habitué depuis 40 ans désormais.

Voilà l'histoire. Nous sommes en effet – Madame la Représentante du garde des Sceaux, je crois, le disait – à un croisement, mais à ce croisement, il faut que nous y allions d'un pied alerte. Nous n'avons qu'une seule question à nous poser – encore une fois, vous allez croire que c'est une obsession, mais, Monsieur le Président, je sais que plus que moi encore vous étiez socialiste, avec une ferveur bien supérieure à la mienne –, nous n'avons qu'un problème à régler, celui de l'accès à la justice.

Tout de suite je veux dire que, quel que soit le système que nous choisissons, celui qui a nos faveurs, accusatoire ou inquisitoire, on est toujours mieux défendu quand on est riche. Cela n'a rien à voir avec le fait que les meilleurs avocats sont plus chers que les moins bons, cela n'a pas de rapport, certainement pas, mais enfin, on est quand même mieux défendu quand on est riche que quand on est pauvre. C'est encore plus vrai dans un système accusatoire, et il s'agira d'aller combattre un pouvoir public, avec des moyens privés. La question de l'accès à la justice est donc la question essentielle.

[Francis TERQUEM]

Le juge d'instruction se heurte, Monsieur, à une vieille parole par laquelle je souhaitais conclure, mais d'ailleurs vous m'invitez à le faire. J'ai bien compris, Monsieur le Président. Le troisième exemple de juge d'instruction qui m'échappait, vous avez bien fait de m'interrompre, je vais vous le donner.

[Francis TERQUEM]

Je vous en prie. Votre prédécesseur à l'Association des magistrats instructeurs me rappelait ce mot de Victor Hugo, dans *Claude Gueux* – encore une fois, on va me dire que j'interprète Monsieur le Président Badinter –, une des plus belles œuvres de Victor-Hugo, qui n'a pas pu vous échapper, Monsieur le Président. Il avait assassiné le directeur de sa prison, c'est ce qui lui a valu d'être condamné à mort et d'être exécuté. Le directeur de la prison était décrit par Victor Hugo comme n'étant pas un mauvais homme, un méchant homme, un peu comme le Président Gentil, votre prédécesseur qui, dans le genre juge d'instruction capable de tout pour son ambition personnelle, était quand même l'archétype. [Sourires]

[Camille POTIER]

Je vous promets, il y aura des questions-réponses, dans cinq minutes.

L'enjeu de la profession d'avocat est d'apporter sa pierre essentielle à la question de l'accès de tous les citoyens égalitaires à la justice.

FRANCIS TERQUEM

[Francis TERQUEM]

Cela fait tout de même trois exemples de juges d'instruction. La question qui nous est posée est celle de l'accès aux droits. Il y a trois systèmes possibles où la marchandisation, ce sont les assurances. Croire que la fédération patronale assurances a abandonné le projet de privatiser la Sécurité sociale est une erreur. La question de l'accès aux droits par l'assurance est posée. On peut imaginer l'Etat, mais comme Spinoza, je pense que l'idée que l'Etat assure l'égalité est une idée folle. Il y a plein de maints exemples.

Le premier de ces exemples est évidemment le stalinisme. L'Etat n'assure pas l'égalité. Il faut donc trouver un système qui permette d'éviter à la fois la marchandisation de l'assurance privée et l'intervention de l'Etat. C'est le système contractuel, celui que la Sécurité sociale de la médecine nous donne. La question qui est posée est la suivante : aujourd'hui, en 2020, la question de l'accès à la justice est-elle moins importante que ne l'était la question de l'accès à la santé en 1945 ? Ce système paritaire de l'accès à la santé en 1945, il survit.

Je dis, je le dis à cet aréopage glorieux, que cet enjeu est essentiel. Je le dis aux représentants les plus honorables et les plus efficaces de notre profession, l'enjeu de la profession d'avocat est d'apporter sa pierre essentielle à la question de l'accès de tous les citoyens égalitaires à la justice, car c'est dans le rapport contractuel, collectif, mais contractuel, que nous trouverons la solution ; elle n'est ni dans la marchandisation ni dans l'étatisation.

Une fois que nous aurons réglé cela, il n'y aura plus aucun obstacle à un système accusatoire,

FRANCIS TERQUEM



c'est-à-dire un système démocratique qui nous permettra d'oublier notre vieux système républicain, obsolète et adémocratique.

[Camille POTIER]

Merci beaucoup pour cette intervention riche, qui permettra tout à l'heure de faire la transition avec la dernière table ronde qui sera consacrée notamment à la séparation des corps et donc, à l'indépendance du parquet et ce que vous évoquiez à l'instant. On s'achemine doucement dans le raisonnement, c'est parfait.

Pour faire écho à ce que disait Monsieur Gastineau ce matin, et à ces miracles qui font que le juge d'instruction finalement survit toujours aux embûches sur son chemin, je vais céder la parole à Christian Vigouroux, qui va nous montrer comment le juge d'instruction n'est pas encore enterré.

Christian VIGOUROUX président adjoint de la section sociale du Conseil d'Etat

Je suis un peu l'erreur de casting, cet après-midi, puisque je ne suis rien de ce qui vous intéresse (magistrat, avocat pompier, garagiste). Je suis simplement conseiller d'Etat et intéressé par la justice, réellement, depuis que je passai le concours de l'Ecole nationale de la magistrature, en 1972. Je voudrais vous donner, en toute liberté, parce que je ne représente personne, l'expérience de quelqu'un qui, dans ses responsabilités administratives, a connu les enquêtes parlementaires, sommé de répondre à une enquête parlementaire, les campagnes de presse, la convocation devant la Cour de discipline budgétaire, les inspections des finances et autres et des convocations devant un juge d'instruction. Je dis que quelqu'un qui, à mon âge, n'a pas connu tout cela est un petit plaisantin.

L'expérience que j'ai me fait penser que, pour moi, pour les miens, je préfère être interrogé par un juge d'instruction que par le parquet, et je préfère être interrogé par le parquet que par un policier. J'ai aussi été directeur de cabinet du ministre de l'Intérieur, j'ai donc une petite idée. J'aurais dû ne pas être là, mais finalement ce qui m'a convaincu de répondre à la gentille invitation du barreau, c'est que c'est le barreau et que je n'aime pas les intentions cachées en procédure pénale. Je le dis et je l'écris, depuis quelques années je vois des

évolutions se faire. Je ne peux pas être contre la métaphore navale de Maître Terquem sur la voile appliquée à un vieux bateau.

On voit des évolutions qui ne sont pas assumées. C'est pour cela que, président de la section de l'intérieur du Conseil d'Etat, lorsque la loi de 2016 est passée entre nos mains, j'ai fait, dans un avis public, un paragraphe sur « *Attention à la conception de la procédure pénale* » c'est-à-dire qu'il faut arrêter les petites touches, il faut réfléchir à la procédure pénale. Vous pouvez regarder cet avis du 28 janvier 2016, il est public, où je disais : « *Attention aux petites touches qui font que l'on évolue vers on ne sait quoi ; un jour, on trouvera un système que l'on ne voulait pas.* » Le Parlement a cité cet avis, mais curieusement il n'a pas cité le paragraphe qui me tenait à cœur : « *Ayez une conception générale* », il a cité des petits à-côtés. Je ne devrais pas être là, mais puisque j'y suis je voudrais vous dire trois choses.

La première, c'est que le juge d'instruction est affreusement énervant, très provocant, capable de paranoïa et de dérives, mais mon expérience de 41 ans d'action administrative et parfois judiciaire au cabinet du Garde me laisse penser que le pourcentage de paranos et de dérivateurs est à peu près constant chez les magistrats judiciaires, les avocats et les conseillers d'Etat, pour ne pas prendre les cosmonautes. Donc, le fait qu'il y ait des dérives chez le juge d'instruction me laisse froid. Il faut les combattre, il faut les encadrer, mais ce n'est pas pour ça que je refuse le juge d'instruction.

Ma première remarque est que le juge d'instruction est quatre fois minoré. Quatre manières de minorer le juge d'instruction.

D'abord le supprimer. Il est passé pas loin de la suppression au Conseil des ministres du 23 février 2010 – vous le rappeliez, Maître – avec le Président Sarkozy, qui avait des arguments. Je crois qu'aucune institution n'est éternelle, pas plus le barreau que le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation, il ne faut pas croire que c'est inscrit dans la forme actuelle pour l'éternité et donc, le juge d'instruction est sur une chaise branlante.

Il y a une autre manière de l'oublier et de le minorer, de le supprimer. Mon ami Jacques Buisson, qui est tout de même un des meilleurs en procédure pénale, rappelle dans son ouvrage que l'article préliminaire du Code de procédure pénale, qui a été rédigé dans la loi du 15 juin 2000, que je connais bien, dit qu'il faut faire la séparation des pouvoirs entre la poursuite et le jugement. Il a oublié l'instruction. Buisson se dit : « Est-ce déjà, dans cet article 2, un premier pas de l'oubli ? » Je crois que c'est de l'imprécision parlementaire. Quand on regarde les travaux parlementaires, la garde des Sceaux, que je connais bien, disait bien « *Poursuivre instruction et jugement* », et la loi a oublié « instruction ».

Le deuxième moyen de minorer le juge d'instruction est de l'asphyxier en ne le saisissant pas ou, plus habile, en le saisissant trop, car noyer quelqu'un, c'est toujours une bonne manière de le tuer.

Troisièmement, le franchouillardiser. Je cite encore Buisson : « *Il ne se passe pas un jour sans que le système judiciaire répressif américain ne soit montré en modèle idéal. J'ai un âge où l'on n'aime pas les modèles idéaux.* » Alors, c'est ringard, c'est franchouillard, je ne crois pas, pas plus

que j'admire un système plus qu'un autre.

Quatrième manière de minorer le juge d'instruction, le concurrencer. Je dois dire que je suis tout de même assez étonné de voir la prolifération de la formule « à charge et à décharge », cela finirait presque par m'énervier. D'abord parce que « à charge et à décharge », il faut bien l'interpréter. À charge, cela veut dire « ne vous laissez pas entraîner par les charges. » À décharge, cela veut dire « ne vous laissez pas séduire par la décharge. » Mais ce qui vaut pour le juge d'instruction et qui a été introduit tardivement par un amendement parlementaire à la loi du 15 juin 2000 – avant le juge d'instruction se portait très bien, sans « à charge et à décharge », c'est assez récent – a été ensuite appliqué au président de cour d'assises, qui s'est lui aussi retrouvé emplumé par « à charge et à décharge », par la loi de 2011. Pire que tout, ceci me met dans une colère qui n'a pas encore été calmée, la loi du 3 juin 2016 et cet article 39-3 du Code de procédure pénale que j'exècre, qui fait une définition du parquet avec un contresens à toutes les lignes, et qui, là, décore le procureur de « à charge et à décharge ». Lorsque j'ai un procureur avec moi, sa grandeur est de représenter la société, de porter l'accusation. Bien sûr, j'attends de lui qu'il soit impartial, mais impartial ne veut pas dire « à charge et à décharge ».

Il y a donc plusieurs manières de minorer le juge d'instruction. C'était ma première remarque.

Ma deuxième remarque, c'est qu'il y a aussi quatre manières de le sauver.

Tout d'abord, dans mes moments de dépression judicario-juridictionnelle, je me shoote à la lecture des travaux préparatoires de la loi Constans du

Lorsque j'ai un procureur avec moi, sa grandeur est de représenter la société, de porter l'accusation. J'attends de lui qu'il soit impartial.

CHRISTIAN VIGOUROUX

9 décembre 1897, parce que c'était Constans, ce personnage absolument extraordinaire qui a vaincu Boulanger. Assez sulfureux, comme doivent l'être les ministres de l'Intérieur, il faisait peur, et c'était sa première vertu, mais c'était un homme de droit et de loi, agrégé de droit, spécialiste des boues publiques et des décharges, c'était son activité industrielle à côté. Toujours est-il que Constans et Trarieux – le grand Ludovic, que vous connaissez mieux que moi – se heurtent, dans la loi de 1897, non pas sur la question de savoir si l'avocat doit entrer chez le juge d'instruction, mais comment. Un duel de titans, Constans et Trarieux, c'est extraordinaire. Toute comparaison avec les débats parlementaires actuels serait purement fortuite.

Le juge d'instruction se voit ouvrir pour la première fois l'avocat par ce duel oratoire à la fois complice et rivale de Constans. C'est superbe. Si vous me le demandez, je vous citerai quelques

exemples de ce débat parlementaire, seulement si vous me le demandez.

La deuxième manière est notre grande loi du 15 juin 2000, qui a libéré le juge d'instruction de l'incarcération, avec le juge des libertés et de la détention. Il est devenu quelque chose que l'on n'avait pas nécessairement prévu, parce qu'on le charge et on le charge pour favoriser la justice parquetière, mais cela a été aussi une deuxième manière, je crois, de sauver le juge d'instruction.

La troisième, c'est oublié, mais je crois que si la loi n'était pas passée, le juge d'instruction aurait peut-être disparu, il s'agit de la loi des dix ans : un juge d'instruction ne peut pas rester plus de dix ans en poste. C'est vrai au Conseil d'Etat, en pratique, les sept ou dix ans. On ne peut pas laisser fût-ce le meilleur des juges d'instruction antiterroriste ou spécialisé plus de dix ans en fonction, parce qu'à un moment donné, il y a quelque chose, une pièce, une bielle qui coule, chez moi comme chez les autres.

Enfin, un quatrième sauvetage : la pluralité. Je parle devant le président Badinter, je sais bien que toutes les lois qui se sont succédé, un pas collégialité, puis on supprime la collégialité, la pluralité des juges, puis la cosaisine. Il m'arrive d'être juge unique au Conseil d'Etat, et je sais que l'on est bien plus intelligent à trois qu'à un. *[Applaudissements]* Non, ce n'est pas de la démagogie. Lorsque je suis juge unique, il m'arrive de parler un peu librement avec quelqu'un, je dis, « Qu'est-ce que tu ferais, là ? », parce que je sais, absolument. Si j'ai une certitude, après toutes ces années, c'est ce que je viens de vous dire.

Ma troisième observation, et j'en aurai fini, c'est

que le juge d'instruction est sauvé, mais je ne suis pas jugeo-d'instruction béat. Je pense qu'il faut l'interroger. Là aussi, quatre remarques.

Premièrement, tout simplement, les affaires sortent-elles ?

Je me souviens, lors d'un de mes passages à la Chancellerie, on m'avait apporté une note sur une convocation de Madame X à la Cour d'appel pour une audience. Il y avait le papier, « Madame, vous êtes convoquée, etc. » Très bien. Il y avait un *flyer* phosphorescent. On était en 2010, ce n'était pas le cas, mais disons 2010, et la dame était convoquée le 8 avril 2018. Il y avait un gros *flyer*, « *Oui, c'est bien la date qui est prévue.* » L'administration avait produit des *flyers* pour ne pas avoir une avalanche de gens qui disent, « Vous êtes complètement fou de me convoquer si loin. » Pour moi, à tout moment, la justice, c'est cela. Je pense que je suis pour une justice sans *flyer*.

Première question : est-ce que les affaires sortent ? J'ai encore un souvenir brûlant du procès Chalabi où, contrairement aux recommandations d'Aguesseau qui, dans une lettre de

1734 conseillait de ne pas faire de méga procès, on avait fait ce procès énorme. Quelquefois, les juges d'instruction peuvent vous pousser à des choses qui ne devraient pas être faites. La filière agricole en Corse, où les agriculteurs sont sortis de la procédure 15 ans après que la vérité judiciaire a été établie. Ceux de Tarnac. Bien sûr qu'il y a des sinistres, sans parler d'Outreau, mais je ne mesure pas le fonctionnement d'une institution à quelques sinistres.

Les affaires sortent-elles ? Elles sortent en tout cas, les affaires sortent cahin-caha, elles pourraient sortir plus vite. C'est quand même la faiblesse.

Deuxième question : la justice est-elle juste ? La question est caricaturale, mais lorsqu'il vous arrive d'être convoqué, vous préférez que la justice soit juste. Cela fait partie de ce vocabulaire dont on dit « cela ne veut rien dire », mais je sais que cela veut dire quelque chose quand je suis convoqué chez le juge. Je le regarde dans les yeux, et il voit que je me demande s'il est juste. Quand je lui fais refaire son procès-verbal sept fois parce qu'il ne dit pas exactement ce que je dis, il commence à trouver que je suis injuste.

Troisième question : le juge participe-t-il à sa propre illustration ? Monsieur le Président de l'association, n'écoutez pas. Il est vrai que le juge d'instruction est poussé, par la concentration de la lumière sur son nom, à poser avec son chat dans *Paris Match*. Et ça, je ne le supporte pas, parce que je n'aime pas les chats !

Enfin, la justice est-elle crédible ? Heureusement, on n'imagine pas une seconde une perquisition chez un parti politique autrement que diligentée



CHRISTIAN VIGOUROUX

par un juge d'instruction. Que dis-je ! Je partage ce qui a été dit ce matin, le juge d'instruction dans les grandes affaires, mais j'ai appris depuis longtemps, dans les fonctions juridictionnelles au Conseil d'Etat, qu'il n'y a pas de grandes affaires. Pour le sujet, le plus petit délit est l'affaire de sa vie et donc, je voudrais des juges d'instruction pas seulement pour les grandes affaires.

Je conclus par une citation de haut niveau, je tiens à le dire, de l'auteur de romans policiers, Hugues Pagan, dans son roman – ce soir, vous allez l'achetez et vous me mettez un cierge – *Dernière station avant l'autoroute*. C'est un flic de choc qui arrive dans un commissariat, et il s'aperçoit qu'il y a des accords passés entre la police et la pègre pour que rien ne bouge et que l'on soit tranquille.

[Un intervenant]

C'est de la science-fiction.

[Francis TERQUEM]

Maître, je ne sais pas tout ça, mais je lis les romans. Ce héros secoue le cocotier, et cela dérange. Son chef le convoque, et voici ce que ça donne. Je cite, je ne parlerai jamais comme ça : « *Vous n'êtes pas un flic, vous faites la honte de la division, vous vous comportez comme un fils de pute. Vous vous prenez pourquoi ? Je vais vous dire, moi, vous vous comporter comme un putain d'avocat. Pire que ça, comme un juge d'instruction.* »

[Applaudissements]

[Camille POTIER]

Merci beaucoup. Je tiens à dire, avant de passer la parole, que nous n'oublions pas que vous nous avez promis un extrait des débats parlementaires Constans/Trarieux. Sur le temps des questions-réponses, je serais très partisane d'avoir un petit extrait, tout à l'heure.

Nous allons maintenant entendre un témoignage sur la réalité de la procédure accusatoire, l'illustration avec l'expérience de Monsieur Bruno Cotte, qui a présidé une chambre à la Cour pénale internationale et qui va nous décrire un peu comment cela se passe. Au-delà de « Se dirige-t-on vers une procédure accusatoire ? Est-ce souhaitable ? », il faut savoir concrètement de quoi on parle et à quoi cela peut ressembler au quotidien.

Bruno COTTE

ancien président de chambre de première instance à la Cour pénale internationale

Je tiens tout d'abord à remercier Francis Terquem qui, en l'espace de deux minutes, m'a fait gravir deux échelons hiérarchiques, dont l'un que je n'ai d'ailleurs jamais exercé, mais ce n'est pas grave. Il y a tout de même un préalable qui est essentiel. J'ai quitté la vie judiciaire active, mes fonctions de procureur de la République de Paris, c'était il y a 23 ans, et j'ai quitté la vie judiciaire hexagonale, il y a 11 ans. Il est important de bien intégrer cela.

Le deuxième préalable, c'est que je ne connais pratiquement pas la loi du 23 mars 2019, dans sa partie instruction, procédure pénale. Je connais bien la partie « sens et efficacité de la peine », pour y avoir contribué, et j'y tiens beaucoup.

Alors, après ces deux préalables, pourquoi suis-je là ? Parce que le titre, « Vers une procédure accusatoire ? », qui s'insère dans le programme de ce colloque, « L'agonie du juge d'instruction », cela m'a – comme on le dit maintenant – interpellé ; interpellé pour deux raisons.

D'abord parce que j'ai été conduit à beaucoup m'intéresser au juge d'instruction, notamment lorsque j'étais directeur des affaires criminelles et des grâces, entre 1984 et 1990 – c'est vieux –, et un peu d'histoire n'est jamais inutile pour se rappeler d'où l'on vient, quand on parle de ces questions. La deuxième raison, c'est parce que j'ai effecti-

vement présidé, durant six ans, la Cour pénale internationale, une chambre de jugement. Le *civil lawyer* que j'étais, qui n'avait aucun *a priori* à l'égard des *common lawyers*, a eu l'occasion de pratiquer la procédure accusatoire. Le statut et le règlement de procédure et de preuve de cette cour, qui sont censés l'un et l'autre procéder à une hybridation de *common law* et de *civil law*, donne en réalité à la *common law* une place tout à fait essentielle. Là encore, il n'est peut-être pas inutile que je vous livre quelques-uns des constats que j'ai alors pu faire et des leçons que l'on peut et surtout, me semble-t-il, que l'on doit tirer d'une telle expérience. Le retour en arrière sera bref.

Vous l'avez compris, je suis un *has-been*, il faut l'accepter, et les *has-been* ont souvent tendance à se raconter, c'est plein de périls.

Fin juillet 1985, dans le contexte de l'affaire du petit Gregory et de celle des anesthésistes de Poitiers, le garde des Sceaux de l'époque, que je salue avec amitié et respect, me fait venir dans son bureau avec un ou deux collaborateurs – c'était, je crois, le 24 juillet 1985 – pour nous dire d'un air pressé et anxieux : il faut prévoir une collégialité de l'instruction. Nous nous sommes dit : 24 juillet, c'est sans doute pour le mois de septembre. Pas du tout. Cela a commencé dès le 25 juillet. Vous vous en souvenez, après quatre mois et demi d'une concertation très dense, qu'il a d'ailleurs mené lui-même avec ses collaborateurs, était votée la loi du 10 décembre 1985, qui prévoyait la collégialité de l'instruction. Bien. Le problème est que les moyens manquaient, qu'il a été prévu qu'elle n'entrerait en application que le 1^{er} mars 1988. Une petite expérimentation avait eu lieu aux

audiences de comparution immédiate – si vous vous en souvenez – de la 23^e chambre de Paris. Là, ce n'était pas pour le juge d'instruction, mais on avait tenté de voir comment pourrait marcher une procédure accusatoire. Tout cela a été balayé avec l'alternance de mars 1986.

Cette alternance a conduit bien évidemment à abroger la loi du 10 décembre 1985 – Christian Vigouroux vient de parler de cette période assez agitée – et une loi du 30 décembre 1987, après avoir abrogé, créé de manière assez ridicule une chambre de l'instruction pour le seul placement en détention provisoire ; le juge d'instruction reprenait la main immédiatement après. N'ayant pas les moyens, cette loi avait été prévue comme date d'application 1^{er} mars 1989.

Une alternance est alors survenue. Le Président Mitterrand a été réélu. Le nouveau garde des Sceaux a fait voter, le 6 juillet 1989, une loi. Que faisait-elle ? Bien entendu, elle abrogeait la loi du 30 décembre 1997 et créait une commission confiée à Mireille Delmas-Marty, à laquelle nous avons été quelques-uns à participer à l'époque. Conclusions qui ont été soigneusement préparées, soigneusement commentées, une fois le rapport déposé, et tout aussi soigneusement classées dans un tiroir où elles dorment toujours, ce qui fait tout de même assez long délai (1990-2019).

Vous vous souvenez que les propositions entendaient quand même déjà confier, à l'époque, un rôle majeur au parquet. On avançait un peu vers l'accusatoire, mais ce parquet était accompagné d'un juge de l'enquête qui intervenait pour toute mesure susceptible de restreindre ou seulement d'affecter la vie privée ou la liberté, bien sûr, de



BRUNO COTTE

la personne qui était à l'époque encore inculpée. Et surtout la commission, c'était sans doute le côté un peu utopique de ces travaux, subordonnait la mise en œuvre de ces propositions à une réforme majeure du statut du parquet. Elle rêvait incontestablement. Je vous incite, si vous retrouvez ce petit livre, qui quoiqu'ayant été rangé figure dans quelques bonnes bibliothèques, à lire l'opinion dissidente – c'est assez rare dans les travaux d'une commission – du Président André Braunschweig qui avait tenu à dire pourquoi il tenait, lui, beaucoup au juge d'instruction et pourquoi l'évolution que proposait la commission Delmas-Marty ne l'emballait pas.

Je m'arrête sur ce rappel historique, Christian Vigouroux vient d'en parler. Les lois de 1993 (mars et août), la grande loi du 10 juin 2000, le juge des libertés et de la détention, puis toute une série de textes qui immanquablement, de manière un peu inexorable, vont, c'est vrai, rogner peu à peu les pouvoirs du juge d'instruction.

La loi du 23 mars 2019, j'ai tout de même pris le temps de regarder la décision du Conseil consti-

tutionnel. Il semble que cette décision amène quand même des éléments de pondération très importants.

Venons-en, puisque c'est le but de ma présence ici, à la procédure accusatoire telle qu'elle est appliquée à la CPI. Là, je ne suis plus *has-been*, cela ne date que de quatre ans, c'était entre 2008 et 2014. Je suis alors rentré dans un monde totalement nouveau, qu'un juge à la Cour d'appel du Québec, par ailleurs universitaire, Monsieur Jean-Louis Baudouin, décrit très bien en quelques lignes, dans la préface qui l'a rédigé à un traité qui s'intitule *La justice pénale dans les droits canadiens et français*, qui a été coécrit, il y a une dizaine d'années, par le Professeur Jean Pradel, de Poitiers, et Pierre Béliveau, de l'Université de Montréal.

Voici ce qu'écrit Monsieur Baudouin, je le cite : « *Il est intéressant de constater combien le rôle du juge est différent dans les deux pays. En France, c'est un juge, le juge d'instruction, qui procède à l'enquête menée au Canada par les services policiers. Au Canada, en appel, le pourvoi se contente de vérifier la légalité du premier procès et juge donc, en réalité, le juge de première instance, alors qu'en France les juges d'appel réentendre l'ensemble du procès* », c'est exactement le cas à la CPI. Monsieur Baudouin poursuit : « *On pourrait presque, dans un certain sens, caricaturer les deux régimes de la manière suivante : le critère d'excellence du système français reste la découverte de la vérité à travers une procédure inquisitoire visant précisément à faire la lumière, toute la lumière, sur l'affaire et à permettre aux magistrats de bien saisir l'individualité du délinquant.*

L'homme est donc au cœur du procès. Le bon procès, au Canada, est au contraire celui au cours duquel les règles de preuve et de procédures ont été scrupuleusement respectées et donc, où leur principal but, soit le respect des droits individuels de l'accusé, a été atteint. » C'est effectivement le constat que j'ai fait en arrivant à La Haye.

J'ai découvert, c'est vrai, avec étonnement, mais tel était le statut et le règlement de procédure, que l'enquête était confiée au seul procureur, qui enquêtait à son rythme, dans une certaine opacité, et c'est dans le statut, Christian, à charge et à décharge. La défense, lorsqu'un suspect a été identifié, arrêté et qu'il s'est vu notifier les charges retenues à ce stade contre lui, va s'efforcer d'obtenir communication des pièces que le procureur, petit à petit, a recueillies. C'est un combat difficile parfois titanesque. Demandez à votre consœur Catherine Mabilille, qui est avocate au barreau de Paris, qui était l'avocate de Thomas Lubanga, première affaire qu'a connue la Cour pénale internationale. C'est un combat difficile. C'est l'occasion de contester le caractère à décharge des actes d'enquête, car les conseils des suspects, puis des accusés considèrent toujours, et ils n'ont pas toujours tort, que la charge l'a largement emporté dans l'esprit d'un procureur sur la décharge. C'est l'occasion de se plaindre du fait que nombre de documents ou de procès-verbaux d'audition sont, dans un souci de protection des personnes entendues, très largement caviardés (crayon-feutre noir). L'absence de dossier pour celui qui est appelé à présider les débats est une surprise totale. S'il est *common lawyer*, il arrivera effectivement en petite foulée

et vierge à l'audience. S'il est *civil lawyer*, il débordera d'anxiété et il fera tout pour tenter de s'informer et pour tenter d'accéder aux auditions que le procureur a pu recueillir au cours de son enquête. Il y parviendra – j'y suis parvenu –, mais en se faisant regarder totalement de travers : quel est cet empêchement de tourner en rond, qui ne veut pas immédiatement s'engager et s'engouffrer dans ce qu'est la procédure de *common law* traditionnelle ? Effectivement, le dossier, qui n'existe pas, va se construire au fil de l'audience, au fil des interrogatoires et des contre-interrogatoires, des témoins cités par les parties, le procureur pour ses propres témoins, les questions des représentants légaux des victimes, qui peuvent citer des témoins, et les avocats de la défense. Chacun va présenter ses éléments de preuve à l'audience, ce seront des extraits de témoins qui viennent de parler, des extraits de témoignages, ce seront des preuves documentaires, souvent assez rares ; ce seront des extraits de rapports des Nations unies ou d'organisations non gouvernementales, et l'acteur, procureur défense, va tenter de faire reconnaître comme éléments de preuve ceux qu'il produit pour que ce soit intégré à ce dossier qui se bâtit à l'audience.

Si en France, la preuve est libre, sauf machination, stratagème, etc., il n'en va pas de même en droit de *common law*, où la preuve est étroitement réglementée. Chaque fois que l'une des parties demande d'intégrer au dossier un élément de preuve pour en faire une preuve à laquelle on pourra se référer par la suite, il faut que la chambre déclare l'admissibilité ou la non-admissibilité de cet élément de preuve. C'est très

long, consommateur de beaucoup de temps, cela suscite des objections de la part des parties. Un juge allemand est arrivé trois ans après moi, un juge de nationalité allemande, plutôt, car il n'y a pas « un » jugement à la Cour, l'Allemagne peut ne pas être représentée, a souhaité renvoyer au stade du délibéré la décision sur l'admissibilité des éléments de preuve, en se disant, « *Il y en a qui ne m'intéresseront pas. Pourquoi statuer sur leur admissibilité avant ? Il y en a d'autres qui m'intéresseront sans doute, je verrai à ce moment-là.* » Cela a commencé d'ailleurs par une opinion dissidente du *common lawyer* qui siégeait au sein de sa chambre. Il y a trois magistrats, trois juges dans chaque chambre.

Tout cela pour dire que c'est long, terriblement long. On a maintenant 14 ans de recul, car les premières affaires qu'a connues la CPI remontent en fait à 2006. Là encore, sans chercher à critiquer, c'est un constat que je fais parce que j'ai pratiqué cela, il s'avère que ce système procédural est extrêmement chronophage, et ce n'est pas un hasard si aux Etats-Unis, peu d'affaires viennent en réalité à l'audience. Il s'avère qu'il n'assure absolument pas un bon équilibre entre les moyens dont disposent respectivement l'accusation et la défense ; les moyens en effectifs ne sont pas les mêmes ; les moyens matériels ne sont pas les mêmes. Or il faut que chacun aille faire ses enquêtes sur place.

En ce qui concernait le dossier dont je m'occupais, au nord-est de la République Démocratique du Congo, à la frontière de l'Ouganda et du Rwanda, dans la région des Grands Lacs, la petite avocate parisienne qu'était Catherine Mabilie, à

Si en France, la preuve est libre, il n'en va pas de même en droit de *common law*, où la preuve est extrêmement réglementée.

BRUNO COTTE

mon sens, a fait preuve de beaucoup de courage. Il s'avère que le procureur est hanté, littéralement hanté par la crainte de ne pas faire triompher « sa » cause, la sienne. Tout ce qui pourrait être la représentation d'une communauté internationale pour un ministère public international, zéro, non ; il faut faire triompher « sa » cause. Pour lui, cela est infiniment plus important que la recherche de la vérité.

Je me suis laissé aller, dès les premières audiences, à m'adresser à un témoin en disant : « *Il faut que vous nous aidiez à nous approcher de la vérité* », j'ai très vite compris que j'avais dit un énorme gros mot, car ce n'était pas le but de la manœuvre. Chacune des parties défend sa propre cause, la recherche de la vérité, c'est éventuellement accessoire. De la même manière, je n'ai pas dit un gros mot, mais j'ai considérablement surpris mes interlocuteurs anglo-saxons avec lesquels je m'entendais superbement bien, lorsque

j'ai dit que pour nous, juges français, la présomption d'innocence était quelque chose d'important. « *Ah, c'est quelque chose d'important pour vous, vous croyez à la présomption d'innocence.* » L'incompréhension qui existe entre les représentants des deux grands systèmes juridiques est absolument ahurissante.

La procédure accusatoire, problème de communication de pièces. Là encore, le procureur a tendance à vouloir sécuriser à tout prix sa cause, et il ne délivre qu'avec un lance-pierre avec un énorme caoutchouc les documents qu'il a collectés au profit de la défense. Il lui arrive parfois, parce qu'il a voulu tellement bien faire qu'il se retrouve face à des montagnes de documents, de communiquer à la défense des montagnes de documents que la défense, parfois à juste titre, considère ne pas avoir le temps de lire, de traduire souvent aussi, d'ingurgiter et d'exploiter utilement.

Cette procédure accusatoire ainsi conçue est susceptible, si le président d'audience ne met pas en œuvre les quelques dispositions statutaires qui lui permettent d'exercer quelques pouvoirs, de le confiner dans un rôle d'arbitre assez passif qui est bien éloigné de ce que peut être la manière de travailler d'un président *civil lawyer*. Je me suis également fait assez mal voir lorsque le procureur, ayant pendant une phase de mise en état transmis un document dans lequel il me disait, « *Il me faut 240 heures d'audience pour mes interrogatoires principaux, je souhaite citer tant de témoins* », n'a pas du tout compris que je lui dise, « *Ecoutez, nous allons en discuter, car j'ai pris le temps, ce qui est inhabituel de lire les*

déclarations que vous avez recueillies, de tous ces témoins. Il me semble que certaines sont redondantes, il me semble qu'il y en a trop qui disent vraiment la même chose. Je vous propose de n'en citer que tant. Je ramène à 120 heures, nous serons toujours à temps d'augmenter le nombre d'heures dont vous disposerez.» D'ailleurs, même démarche avec les équipes de défense, dont l'une était anglaise.

On en arrive à ce stade où, de manière plurinationale – disons –, un certain nombre de personnes, voyant que la Cour pénale internationale décolle difficilement et lentement, en viennent à réfléchir à ce qui pourrait la rendre plus efficace et se demandent s'il ne faudrait pas revenir sur la procédure accusatoire, qui est donc ce qui innerve toute la manière de travailler.

Un groupe de travail – et je m'arrêterai sur ce point, chers amis, promis – composé de gens de générations différentes et de systèmes juridiques différents, parfaitement informel, réfléchit à une juridiction d'instruction. Et ceci mérite surtout d'être cité, en octobre 2017, dans les locaux de l'INM (rue Chanoinesse), se sont réunis les présidents de quatre cours ou juridictions pénales internationales : la présidente argentine de la CPI, le président maltais du TPIY, qui n'avait pas fermé ses portes, la présidente bulgare des chambres détachées du Kosovo et la présidente tchèque du tribunal spécial pour le Liban. Ils ou elles étaient accompagnés de juges de leur juridiction. Toute la journée a été consacrée à tenter de rechercher plus d'efficacité dans la manière de travailler. Lorsque je rapportai les travaux de cette journée, en relevant que toute une série

de points d'évidence faisait consensus et qu'il faudrait peut-être en tirer des conséquences, j'ai eu la surprise d'entendre l'un des juges, qui fut juge au TPIY, dire d'un air extrêmement pénétré, je le cite : « *En réalité et en définitive, nous avons besoin, je crois, dans nos tribunaux pénaux internationaux, d'un juge d'instruction.* » Tenez-vous bien, ce juge plein de sagesse était écossais.

[Camille POTIER]

Merci beaucoup. Nous en arrivons maintenant à la dernière intervention de cette table ronde. J'ai le plaisir d'accueillir Monsieur Dominique Inchauspé, qui va évoquer la vision américaine, peut-être aussi la problématique de la preuve, et l'évolution que l'on peut souhaiter aujourd'hui sur notre procédure pénale.

L'exemple américain

Dominique INCHAUSPE avocat

Je vous remercie, et je vous remercie de m'avoir invité. Je rejoins tout à fait les observations de Monsieur Cotte, elles décrivent assez bien ce qu'est le système accusatoire, en particulier américain. On ne comprend pas, on ne connaît pas, moi le premier, sauf lorsque j'ai commencé à regarder tout cela, à quel point les deux systèmes divergent. Pour rejoindre ce que dit Monsieur Cotte, j'ai été effectivement éberlué de constater la méconnaissance que nos camarades, ne serait-ce qu'Anglais, ont de notre propre système.

Le système anglo-saxon, c'est : on fait à l'audience ce que nous faisons, nous, à l'instruction ou dans une enquête préliminaire, c'est-à-dire que nous faisons, dans une enquête préliminaire ou à l'instruction, une enquête approfondie sur les faits, nous collectons un paquet d'informations qui est recevable en tant que tel directement devant le tribunal correctionnel ou la Cour d'assises. Comme l'a très bien fait remarquer Monsieur Cotte, ce n'est pas du tout le système accusatoire où chacune des parties est, en théorie, en charge de faire une enquête de son côté, sauf que la défense n'a jamais les moyens de l'accusation même quand ils ont des moyens financiers importants, ce qui ne semble pas être le cas aux États-Unis,

puisque les *public defenders*, c'est-à-dire les avocats commis d'office, d'après ce que j'avais pu voir avec des gens avec qui j'avais discuté, ne faisaient aucune contre-enquête, se contentaient d'une audience préliminaire dans laquelle le parquet montrait quelques éléments au juge du procès pour légitimer un renvoi devant le tribunal. Mon camarade me disait : « *Je vais voir le client une fois en détention, et je monte à l'audience de jugement, quand il plaide non coupable, uniquement avec ce que va me dire le procureur.* »

Nous avons donc un problème fondamental : tout ce qui se fait chez nous avant l'audience se fait chez eux à l'audience. Le résultat, comme Monsieur Cotte le fait remarquer, c'est que vous avez, lorsque les gens plaident « non coupable », des audiences qui n'en finissent pas, des semaines et des semaines ou des mois et des mois, etc. Le résultat pratique, c'est que le système s'effondrerait s'il ne poussait pas, en amont, à ce que tout le monde plaide coupable. Aux États-Unis, il y a 3 % d'affaires qui sont jugées comme on le voit dans les séries américaines, c'est-à-dire avec le fameux [*inaudible 1:18:04*], l'affrontement, etc. 3 %, pas plus. Sinon c'est dans le couloir, avant les audiences préliminaires, des discussions informelles avec l'avocat, les avocats de la défense et le représentant du procureur, pour dire : « *Est-ce que vous plaidez coupable ou non coupable ? Je vous poursuis – je prends une caricature – pour meurtre et pour trafic de stupéfiants. Je laisse tomber le meurtre à la condition que vous plaidez coupable sur le trafic de stupéfiants. Si vous faites cela, je propose telle peine au tribunal.* » À ce moment-là, il ne se tient plus qu'une audience

sur la peine, qui est assez courte, qui d'ailleurs n'est pas entourée de toutes les garanties qu'il peut y avoir auparavant par les amendements de la Constitution des Etats-Unis. Autant dire que quand le bonhomme plaide coupable, on sait qu'il est devenu un *bad guy*, et il a un petit peu moins de droits que tous les autres. C'est le fondement, mais si j'ai le temps, j'essaierai de le développer. Je ne sais plus qui a parlé de « philosophie de la procédure pénale », le fondement de la procédure pénale anglo-saxonne n'est pas la recherche de la vérité; c'est l'affrontement de deux thèses, duquel devrait sortir la vérité, mais qui en pratique est déséquilibré par le fait que le parquet et l'accusation ont tous les moyens. Au fond du tréfonds, dans des conditions pareilles, on a des problèmes d'erreurs judiciaires.

Je suis allé trop vite, parce que je vais maintenant attaquer un problème que Monsieur Cotte a évoqué, mais qui est totalement méconnu des juristes continentaux, à savoir que le parquet, l'accusation, dans les systèmes anglo-saxons, américains, canadiens britanniques n'a pas – accrochez-vous bien, car lorsque j'ai découvert cela j'ai eu du mal à m'en convaincre – l'obligation de communiquer à la défense tous les éléments de l'enquête qu'il a réalisée. Je laisse deux secondes pour que l'idée pénètre dans nos têtes, tellement c'est ahurissant. Vous ne pouvez pas les raisonner sur cette idée. J'ai eu des discussions avec un ancien procureur général du Royaume-Uni, heureusement francophile, ce qui facilitait les dialogues. Lorsque je lui ai expliqué que nous communiquions tout ce qu'une enquête avec avait réuni, il ne m'a pas cru. Il m'a regardé et il

m'a dit : « Comment pouvez-vous en être sûr ? » Et là, c'est moi qui l'ai regardé, et je me suis rendu compte que nous vivions une rencontre du troisième type.

Ce serait une anecdote cocasse si la conclusion pratique n'était pas que dans les pays anglo-saxons, les erreurs judiciaires se chiffrent non pas en une dizaine, comme en France depuis 1945 pour les affaires criminelles, mais en centaines, en milliers. Aux Etats-Unis, un rapport de l'Université de Columbia, qui date de l'année 2000, identifie 400 condamnations à la peine capitale prononcées à tort. En Angleterre, au début des années 90 et durant les années 90, il y a les fameux les fameux *high-risk cases*, où l'on s'est rendu compte que les condamnés à des peines très longues dans les affaires irlandaises, mais il y a eu des affaires de droit commun, etc., étaient innocents.

Pourquoi s'est-on rendu compte de cela ? Parce que 10 ans ou 15 ans après, et par pur hasard, on découvre que le parquet avait conservé des preuves à décharge, en le sachant. Et là, je reviens à ce que dit Monsieur Cotte, nous avons un affrontement. La perversion du système qui, sur le papier, nous dit que c'est très bien, un affrontement à armes égales, etc., revient en pratique à ce que le parquet est obsédé par *to make a case*. Ils veulent avoir une condamnation, d'autant plus que la magistrature non fédérale se présente aux élections et que plus vous pouvez afficher de condamnations à mort, plus vous avez de chances d'être élu. Beau pays !

Il y a donc une perversion du système qui se met en place, avec un parquet qui est obsédé par l'idée

d'acquiescer une condamnation, mais cela vaut pour le parquet canadien, j'ai le regret de le dire. Quant au parquet britannique, c'est exactement pareil. Et je ne vous dis pas ce qu'on lit dans les rapports d'enquête de réforme de la justice britannique, où un Lord a écrit qu'un innocent condamné, c'était quand même préférable à une incertitude sur la poursuite des coupables. On en est là. On en est à un système qui se retourne complètement, parce que les fondamentaux sont différents.

Je reviens à la communication de la preuve. Il y a un arrêt de référence, *Brady versus Maryland* (1963) – vous allez vous précipiter à le consulter –, qui organise la communication de la preuve par le parquet à la défense. Pour faire simple, il faut que la défense fasse une requête en *discovery*, c'est-à-dire en découverte de la preuve. La requête s'appelle encore « *Brady motion* », et le parquet... Là, accrochez-vous encore plus, parce que cela défie l'imagination. On rit, mais quand vous voyez le détail des affaires et que vous voyez

Le fondement de la procédure pénale anglo-saxonne n'est pas la recherche de la vérité, c'est l'affrontement de deux thèses.

DOMINIQUE INCHAUSPÉ

qu'elle a terminé par une condamnation à mort, que le bonhomme a été exécuté et que, dix ans plus tard, on se dit, « *Tiens, on s'est trompé* », cela pose un problème, d'autant que la justice américaine ne conserve pas, semble-t-il, les dossiers des affaires terminées.

Dans l'affaire *Brady*, le procureur a l'obligation de communiquer tous les éléments, jusque-là, ça va, mais, premier élément, « à décharge » et, deuxième élément, « pertinents ». Ainsi, celui qui est obsédé par *make a case*, il a son dossier devant lui et, pour communiquer des éléments, il se dit, « *Tiens ça, ça va contre ma thèse* » et par ailleurs, « *Tiens ça, ça va contre ma thèse et c'est pertinent pour le procès*. » Il faut lire les arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis, mais vous lirez aussi ceux du Canada – les arrêts britanniques sont plus difficiles à lire –, c'est ahurissant. Je vous le dis tranquillement.

Dans un tel contexte, on a le mythe de l'avocat, dont je ne sais pas d'où il vient, comme tous les mythes. Enfin si, je sais, cela vient des séries américaines : l'avocat qui fait une contre-enquête brillante et qui trouve les éléments d'innocence de son client. C'est un mythe.

D'abord, la plupart d'entre eux n'ont pas l'argent nécessaire à financer des contre-enquêtes, et surtout, lorsqu'ils l'ont, c'est là que ça devient intéressant et c'est ce que nous a montré l'affaire *Strauss-Kahn* de New York, lorsque notre confrère *Brafman*, qui avait de quoi faire sur le plan financier pour intervenir pour Monsieur *Strauss-Kahn*, a lancé ces enquêteurs privés, le *Sofitel*, dans lequel il voulait envoyer ses enquêteurs privés pour faire des constatations dans la fameuse chambre,

etc. a dit, « *Niet, vous n'entrerez pas.* » Quand il a demandé à la banque donne un fils à tout Diallo les relevés de compte pour voir s'il n'y avait pas des mouvements financiers bizarres. La banque a répondu « non ». Donc, la contre-enquête au pénal, non. Evidemment, il y a dans des romans, je songe à un roman dans lequel l'avocat, qui est un pénaliste brillant, un enquêteur. Avant la première comparution de son client, que fait-il ? L'auteur étant un ancien journaliste judiciaire, il envoie son enquêteur privé dans un commissariat de Los Angeles et il demande au policier : « *Peux-tu me passer, comme ça, en catimini, le rapport d'expertise ?* », et il récupère le rapport d'expertise. On ne vit que d'expédients.

La contre-enquête est un mythe : elle se heurte à des objections d'abord financières, mais surtout légales. L'idée d'un rapport et d'un challenge d'une opposition frontale à égalité à l'audience est une erreur ; le parquet a tous les pouvoirs matériels ; il a tous les pouvoirs légaux, c'est-à-dire d'obtenir par des réquisitions des informations. Et surtout (arrêt Brady versus Maryland), c'est lui qui choisit dans son dossier ce qu'il doit faire, ce qu'il doit communiquer à la défense. Vous avez un arrêt de la chambre de la Cour suprême canadienne, dans lequel le juge écrit qu'il appartient au procureur de la Couronne de séparer le bon grain de l'ivraie dans les éléments collectés dans son enquête pour savoir ce que le procureur va communiquer à la défense, et donc au juge qui juge. On en est là.

On ne connaît pas le système. Je vous le dis, on ne le connaît pas. Lorsque l'on voit cette espèce de dérive progressive vers l'abandon du juge

d'instruction, peu importe, je ne suis pas pour l'exception française, je suis pour l'exception modeste de la vérité. Qui a raison ? Qui cherche la vérité ? Qui évite que l'on massacre trop les innocents ? Qui essaie de tout savoir dans un système avant de juger ? J'ai le regret ou le bonheur de vous dire que c'est nous, mais vous ne raisonnez pas les Anglo-Saxons, ils sont là. Un jour j'ai appelé un magistrat canadien au ministère de la Justice, je lui ai expliqué ça. Il m'a demandé comment cela était possible. Je lui ai dit, « *Monsieur, je ne sais pas, nous faisons une enquête, tout le monde récupère tout, etc.* »

Autre caractéristique, un petit peu plus technique, le droit de la preuve, que vous avez, Monsieur Cotte évoqué. Si un jour vous n'avez rien à faire, un jour où il pleut et où il fait froid à Paris, vous regardez Evidence Law, des Américains par exemple, mais des Canadiens aussi, et vous verrez ce qu'est le droit de la preuve anglo-saxon. Dans un premier temps, comme moi je pense, vous ne comprendrez rien, ils ont des règles ahurissantes. Par exemple, lorsqu'un témoin dépose devant des enquêteurs par écrit et que le témoin



DOMINIQUE INCHAUSPÉ

n'est pas présent à l'audience pour réitérer, on ne peut pas lire le témoignage du témoin à l'audience parce que ne pouvant pas répéter le témoignage, il n'y a donc pas cette immédiateté de la preuve qui caractérise leur système. Le fond de l'affaire, c'est que, dans la mesure où ils estiment que c'est à l'audience que se constitue la preuve et qu'en même temps ils font tout de même des enquêtes avant procès pour mériter une affaire, se pose la question : « Que va-t-on faire de tout le corpus de preuves que l'on a collectées avant l'audience puisque, selon nos principes, on ne peut pas les utiliser à l'audience ? ». Et comme il faut tout de même, à un moment, réaliser où est le bon sens, ils entreprennent de contourner le principe en essayant de remonter à l'audience des preuves qui ne devraient pas y figurer, selon leurs principes.

Ces arguties et ces règles sont extraordinaires. Si vous ne comprenez pas qu'ils essaient de remonter à l'audience des choses auxquelles ils n'ont pas droit, c'est terminé, vous ne comprendrez pas le droit de la preuve. Même les auteurs anglais parlent de « *unseemly dispute* », des expressions. Eux-mêmes se disent que cela devient ahurissant, mais qu'ils ne peuvent pas le gérer. Quand vous leur dites que chez nous, il y a le système de l'intime conviction, ce qui signifie que la preuve est libre, que vous pouvez arriver avec un caddie de preuves et le renverser sur le bureau du juge, que les enquêteurs font la même chose et que tout est recevable, puisque dans un deuxième temps, nous sommes sur une intime conviction, je vous assure, à Londres, ils m'ont regardé. C'était une conférence avec une cinquantaine d'avocats

pénalistes, lorsque j'ai expliqué tout cela dans mon anglais le plus shakespearien, il y a eu un silence ; je crois que l'on ne m'a pas cru. A la fin, un jeune homme est arrivé pour discuter avec moi, lui était français, il avait suivi, il m'a dit, « *Oui, effectivement, ce que vous dites, quand même...* », mais je crois que les 50 avocats britanniques qui étaient là n'ont pas compris ce que je disais. Donc, nous ne nous connaissons pas.

Lorsque l'on commence à envisager une dérive lente vers le parquet, c'est une erreur stratégique. Je vous le dis, ça y est, je vous l'ai dit. En vérité, je vous l'ai dit, c'est fait, je vais rentrer dans mon Béarn et dans mon Pays basque, vous l'aurez entendu : c'est une erreur stratégique.

Dans les systèmes anglo-saxons, l'appel n'existe pas, c'est-à-dire qu'il n'y a pas d'instance d'appel qui revoit les faits et le droit et qui peut dire qu'un coupable est innocent, etc. Vous n'avez pas cela. Ce sont des cassations, parce qu'ils estiment que le jury qui a tranché sur les faits est souverain.

Voilà. Je voudrais voir si je n'ai pas oublié quelque chose. Non, c'est bon. Je dirais simplement que je suis pour le juge d'instruction parce qu'il cherche la vérité. En pratique, que fait-il ? Il ratisse tout ce qu'il y a dans un dossier. Ensuite, nous discutons. Il arrive qu'un juge d'instruction voie le verre aux trois quarts plein, comme celui d'Outreau, alors qu'il était quasiment vide. Il n'en demeure pas moins que nous avons accès à toute l'enquête, laquelle est exhaustive parce que le juge d'instruction cherche tout. Le parquet – Monsieur Cotte, vous ne m'en voudrez pas –, dans les enquêtes terminées et renvoyées devant le tribunal par une seule enquête préliminaire, nous avons tous

ici constaté que les charges retenues contre notre client ne sont pas des inventions, ne sont pas des mensonges, mais que la décharge, la collecte de la preuve à décharge n'est pas faite. Voilà ce que je veux vous dire. Le juge d'instruction, dans un deuxième temps, va voir un verre à trois quarts plein, mais au moins il aura saisi tout ce qui est saisissable. Voilà pourquoi, sans hésiter, je signe des quatre mains le maintien du juge d'instruction.

[Camille POTIER]

Il nous reste trois minutes. J'avais annoncé un extrait des débats parlementaires et, comme cette table ronde est une table à charge et à décharge, j'avais promis aussi une réaction en réponse de Monsieur Gastineau, s'il souhaitait.

Peut-être un extrait des débats parlementaires, 1897, si je ne me trompe pas de date.

[Christian VIGOUROUX]

Par exemple, j'aime bien celui-ci : Constans, ancien avocat, agrégé de droit, industriel, ministre de l'Intérieur, etc., soutient le juge d'instruction, mais, qui aime bien châtie bien, il se moque un peu du juge d'instruction aussi. Il se moque du style uniforme des PV faits par les juges d'instruction, qui rabotent la vie, le vivant, les différences. Ça donne ceci, dans le JO : « *J'ai lu, comme tous ceux qui ont été avocats, les procès-verbaux des juges d'instruction. Ils se ressemblent tous. Tous sont écrits dans un style uniforme, il est impossible de reconnaître s'ils reproduisent les déclarations d'un malheureux ne sachant ni lire ni écrire ou celle d'un membre de l'Institut* », et le JO indique « Rires ». Voilà, ça flambait de tous les côtés. Vous m'avez donné le bonheur de les relire.

[Camille POTIER]

Monsieur le Président des magistrats instructeurs, une réponse, une réaction ?

[Pascal GASTINEAU]

Simplement une question technique. Je crois que c'est Maître Bousardo qui a dit que le juge d'instruction faisait partie du même corps organique que les enquêteurs. Non ? Je n'ai pas bien compris. J'ai trouvé que vous aviez été très sévère sur le fait que, par exemple, tous nos actes ne sont pas dans la cote à disposition des avocats. C'est un peu normal parce que nous avons une contrainte qui est celle de l'efficacité de l'enquête. Si je mets mes interceptions téléphoniques à disposition de l'avocat, je crains que les gens parlent moins. Madame Delaporte, vice-présidente de l'Association française des magistrats instructeurs, me dit que l'on n'a pas l'habitude de garder par derrière nous nos commissions rogatoires. Nous y sommes très attentifs. C'est un procès d'intention.

[Vanessa BOUSARDO]

Clairement, puisque ce n'est pas ce que je pense, je n'ai pas dit que les juges d'instruction appartiennent au même corps que la police, étant précisé que la police, ce n'est pas un gros mot lorsque j'en parle. J'expliquais que l'avantage de l'instruction est qu'il y a un certain nombre de droits, qu'ils ont au moins le mérite d'exister, mais qu'ils sont à relativiser. Dans cette relativité dont je faisais état, j'indiquais notamment que lorsque l'on a effectivement une procédure qui est à l'instruction, *in fine*, l'enquête, les investigations, le terrain est à des agents de police, ce qui en soi n'est pas une accusation, c'est pour relativiser le propos. Lorsque

l'on oppose enquête préliminaire et instruction, ayons en tête le fait que, *in fine*, les commissions rogatoires vont être faites par les mêmes investigateurs. C'était l'idée, pour relativiser.

[Pascal GASTINEAU]

Ce sont des enquêteurs.

[Vanessa BOUSARDO]

Bien sûr, et c'est la raison pour laquelle je ne vous dis pas que c'est anormal, je vous dis que lorsqu'on met en miroir enquête préliminaire et instruction, dans un cas vous avez un certain nombre de droits pour la défense, dans l'autre il n'y en a pas. Cela permettait simplement de dire qu'il y a des droits, c'est déjà ça, mais à relativiser. C'était la première chose. S'agissant des commissions rogatoires, je n'ai pas dit ni insinué qu'elles étaient enterrées. J'ai simplement indiqué que dans certains dossiers, pour l'avoir constaté, comme d'autres confrères vraisemblablement, certaines commissions rogatoires sont versées à l'instant où le juge d'instruction estime qu'il doit les verser et que pendant ce temps-là, qui peut être un temps assez long, ces pièces ne sont pas soumises au regard de l'avocat, c'est comme des mini enquêtes préliminaires.

Oui, l'instruction. Oui, un certain nombre de droits, et c'est tant mieux, versus l'enquête préliminaire. Néanmoins, relativisons, car pendant ce temps où ces pièces ne sont pas versées au dossier, l'avocat est un petit peu dans la même situation que dans le cadre d'une enquête préliminaire, ni plus ni moins. Il n'y avait pas du tout de procès d'intention.

[Camille POTIER]

Nous avons une question.

[Gérard TCHOLAKIAN, Syndicat des avocats de France]

On aborde aujourd'hui la question du juge d'instruction, et l'on n'a pas du tout parlé de la loi du 5 mars 2007. Rappelez-vous, il y a l'affaire Outreau, il y a une commission parlementaire qui va faire un travail remarquable, qui va entendre tous les acteurs de la profession. Il va y avoir un débat à ce moment-là, avec les organisations syndicales et les différents partenaires, pour savoir si on se lance dans une grande réforme de la procédure pénale ou si l'on accepte quelques points de réforme. La loi du 5 mars, si j'ai bonne mémoire, ce doit être une quarantaine d'articles, parmi lesquels des textes qui visent le juge d'instruction et son contrôle.

Je prends l'exemple de l'article 184 sur le fait que le juge d'instruction doit instruire à charge et à décharge et, au moment du règlement, mentionner dans une ordonnance de renvoi – on dénonçait le copier-coller, à l'époque – ce qui est à charge, et ce qui est à décharge. Très rapidement, ce texte a été vidé de sa substance par la chambre criminelle de la Cour de cassation. Aujourd'hui, on voit ce qui s'était passé avant Outreau : des copier-coller d'ordonnances de renvoi, dans la plus grande indifférence. La réaction que l'on peut avoir est de se dire qu'il n'y a pas eu d'étude d'impact de cette loi. On est en train de commenter un projet qui est devenu une loi, et les parlementaires – c'est dommage qu'ils ne soient pas là – ne se sont même pas posé la question de savoir si cette loi avait eu une efficacité.

Je prends l'article 221-3 du Code de procédure pénale, cette possibilité au bout de trois mois de

saisir le président de la chambre de l'instruction pour lui demander de contrôler l'évolution d'une procédure d'instruction. Je demande à ceux qui ont utilisé ce texte et qui ont obtenu satisfaction de lever la main. À ma connaissance, cela n'a jamais prospéré.

Voici deux exemples qui démontrent que lorsque le parlementaire veut quelque chose, c'était une loi de progrès après ce qui s'était passé à Outreau. Malheureusement, la chambre criminelle de la Cour de cassation, souvent, vide de son sens ce qu'a voulu le législateur. Il faudrait peut-être que les parlementaires, sur ces questions-là, avant de voter une nouvelle loi, reprennent ce qu'ils ont voté quelques années auparavant pour voir ce que cela a donné. C'est la véritable difficulté. Prenons la visioconférence, nous l'avons évoquée ce matin. Le Conseil constitutionnel, l'année dernière, s'agissant des étrangers demandeurs d'asile et de la Cour nationale du droit d'asile, dit : la visioconférence, intérêt des deniers publics, c'est validé. Aujourd'hui, quelques mois après, elle dit dans le contentieux pénal le contraire de ce qu'elle a dit. On est donc là dans une évolution de la procédure où le juge de cassation pose un véritable problème démocratique vis-à-vis de ce qu'a été la volonté du parlementaire.

[Camille POTIER]

Y a-t-il une question dans la salle ?

[De la salle]

Je me présente. J'ai fait le barreau de Paris et le barreau de New York. Je trouve que c'est très bien, cette idée de recherche de la vérité et d'un équilibre, car dans un monde qui devient de plus en plus ouvert, international, c'est peut-être l'idée de ne pas être dans une position, une posture de chauvinisme, mais plus d'un équilibre à trouver. Je voudrais souligner qu'il y a eu deux approximations sur le droit américain. Tout d'abord, la présomption d'innocence est très importante. C'est la raison pour laquelle on n'accepte pas de témoignages qui n'ont pas été donnés dans une déposition où l'accusé était présent. Lorsque la déposition a été donnée dans ce cadre-là, elle est admise, même si la personne qui l'a donnée n'est pas présente au procès. En revanche, elle n'est pas admise pour le principe de confrontation de son accusateur.

Une fois que j'ai précisé cela, je souhaiterais vous demander si la solution ne serait pas plutôt de trouver un équilibre entre le système anglo-saxon et le système français, car tous les deux ont des mérites et tous les deux ont aussi des inconvénients. Merci.

[Camille POTIER]

Je crois que Monsieur Cotte souhaite répondre, sur cet équilibre.

[Bruno COTTE]

J'ai évoqué trop rapidement tout à l'heure ce groupe de travail informel qui réunit avocats, juges ayant exercé à la Cour pénale internationale ou ailleurs, et qui essaie également de faire place aux assistants juridiques, *common lawyer* ou *civil lawyer*, qui travaillent dans telle ou telle de ces juridictions, TPIY quand il existait, tribunal pour le Rwanda également, etc. Notre objectif est d'essayer, ceci est sans doute tout à fait utopique, de prendre ce qu'il y a de meilleur dans les deux systèmes juridiques pour essayer de mixer infiniment mieux que cela n'a été fait lors de la Conférence de Rome du mois de juillet 1998.

Cela ne fera pas gagner beaucoup de temps au stade de l'enquête et l'instruction, car nous réintroduisons une forme d'instruction collégiale, mais cela ferait gagner un temps fou pour les débats. Or pour l'avoir vécu, des débats qui durent plus de deux ans deviennent totalement illisibles, inaudibles et invisibles pour ceux qu'ils concernent, c'est-à-dire les victimes, les témoins, la communauté internationale, qui peut s'intéresser à cela. Notre objectif est de parvenir à des débats ne dépassant pas trois mois ; trois mois, cela se supporte, on peut comprendre ce qu'il se passe, et l'on reste sur une durée très limitée. Simplement, le délai se reportera un peu en avant, mais en introduisant, ce qui n'est sans doute pas très aisé, une petite phase où chacune des parties aura son temps d'enquête personnelle.

À partir du moment où l'enquête du procureur est faite, où une chambre de l'instruction aura réuni un certain nombre d'éléments, un délai de trois mois renouvelable une fois serait donné à chacune des parties pour qu'elles remplissent le dossier de ce qu'elles auront estimé devoir chercher et peut-être trouver. Un jour, on publiera cela. Nous en avons parlé lors d'une conférence qui s'est tenue à La Haye, il y a deux ans, à Madrid, il y a un an. Peut-être que dans quelques années, on le fera ici.

[Camille POTIER]

Je pense que nous allons rendre l'estrade.

#1

