



Lille 2, université du droit et de la santé

Ecole doctorale n° 74

Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales

*L'AFFAIBLISSEMENT DES POUVOIRS DU JUGE
D'INSTRUCTION EN MATIERE DE DETENTION
PROVISOIRE*

Mémoire présenté en vue de l'obtention du master droit recherche

présenté par Déborah LAMOURY

Sous la direction de Monsieur Jean-Yves MARECHAL

Année universitaire 2004-2005

SOMMAIRE

Introduction.....	3
PARTIE I – L’AUTORITÉ PARTAGÉE DU JUGE D’INSTRUCTION... 11	
PARTIE II – L’AUTORITÉ CONTESTÉE DU JUGE D’INSTRUCTION... 50	
CONCLUSION.....	76
BIBLIOGRAPHIE.....	78

Introduction

« Quand on parle de la justice pénale, le juge d’instruction est rapidement placé sur la sellette. Quand le juge d’instruction est mentionné, c’est pour détailler ses pouvoirs, tout particulièrement en matière de détention provisoire. Et quand on aborde la détention provisoire, c’est pour la critiquer [...] »¹.

Le juge d’instruction est le magistrat le plus populaire du monde judiciaire. Toutefois, le terme « populaire » n’est pas présentement employé de manière positive. Si l’on entend fréquemment parler du juge d’instruction, c’est uniquement pour le désavouer.

Souvent décrit comme jeune, solitaire et inexpérimenté, le juge d’instruction de notre époque est loin d’être « l’homme le plus puissant de France » dont parlait M. de Balzac². On parle désormais du « petit juge »³. Auteur de quelques erreurs judiciaires importantes, dont la presse se gargarise quotidiennement, il est devenu la cible d’un « complot », dont l’objectif est de l’affaiblir et même de l’anéantir. On dénonce le défaut d’objectivité du magistrat instructeur, et même l’inutilité de cette institution. En dépit de toutes ces critiques, le juge d’instruction demeure, aujourd’hui encore, un acteur capital de la procédure pénale française. Comment expliquer un tel acharnement contre ce personnage ? Pour clarifier les choses, il est nécessaire de revenir sur les détails de cette institution.

¹ CALLÉ (B.), *La détention provisoire*, 1^{re} éd., Paris : PUF, Que sais-je ?, 1992, p. 3.

² BALZAC, *Splendeur et misère des courtisanes*, cité in PRADEL (J.), *Le juge d’instruction*, Paris : Dalloz, connaissance du droit, 1996, p. 1.

³ DELMAS-MARTY (M.), « Les pouvoirs du juge d’instruction », *Rev. sc. morales et politiques*, 1992, p. 409.

Le juge d'instruction est un magistrat qui a pour mission de rechercher et de réunir les preuves, qui permettront ensuite de faire ressurgir la vérité sur les faits dont il est saisi. Il intervient durant la phase que l'on appelle l'instruction préparatoire, qui succède à la phase policière et précède le jugement de l'affaire. Sa fonction ne se confond pas avec celle des magistrats du parquet, ni avec celle des juridictions de jugement, en vertu du principe de séparation des autorités de poursuite, d'instruction et de jugement. Présent dans beaucoup de systèmes étrangers, le juge d'instruction a parfois été abandonné par certains d'entre eux (en Allemagne et en Italie notamment). Néanmoins, ce magistrat continue d'exister et de faire envi là où il n'existe pas.

En France, la fonction du juge d'instruction a été remaniée plusieurs fois. L'ancêtre du juge d'instruction est le lieutenant criminel, institué en 1522 par François 1^{er} et chargé de mener les investigations préalables au procès, selon le modèle inquisitoire. C'est l'ordonnance de Villers-Cotterêts de 1539 qui crée l'institution du juge d'instruction. Jusqu'à la Révolution, le lieutenant criminel subsiste, en cumulant les fonctions de juge d'instruction et de magistrat participant au jugement des crimes⁴. Sous la Révolution, c'est un juge assisté de deux notables qui mènent l'instruction des affaires pénales. Puis, un changement intervient pour confier l'instruction à un juge de paix agissant seul, sous le regard d'un Directeur du jury. Sous le Concordat, les pouvoirs relatifs aux actes de poursuite et aux actes d'instruction reviennent entièrement au Directeur du jury. Le Code d'instruction criminelle de 1808 reprend l'institution du juge d'instruction et la consacre. La loi d'Organisation Judiciaire du 20 avril 1810 remplace le Directeur de Jury par un Procureur impérial chargé de la poursuite. Mais l'instruction de 1808 est affaiblie par sa division entre deux autorités : le juge d'instruction et la chambre du conseil, formation collégiale. Le magistrat instructeur ayant la qualité d'officier de police judiciaire, il est placé sous l'autorité du Parquet. Ce n'est qu'en 1856 que l'instruction préparatoire est réunifiée sous l'autorité du juge d'instruction. Le Code de procédure pénale de 1959 apportera la touche finale à cette institution en lui retirant la qualité d'officier de police judiciaire, le soustrayant ainsi de la « tutelle » du procureur général⁵.

Magistrat du siège, donc indépendant, le juge d'instruction est désormais nommé par le Président de la République, sur proposition du Garde des Sceaux avec l'avis conforme du Conseil supérieur de la Magistrature⁶. Le juge d'instruction intervient obligatoirement en matière de crime, facultativement en matière de délit et exceptionnellement pour les

⁴ DORWLING-CARTER (M.), « Faut-il supprimer le Juge d'instruction ? », *JCP* éd. G 1990, I, 3458, n° 7.

⁵ PRADEL (J.), *Manuel de procédure pénale*, 12^{ème}éd., Paris : Cujas, 2004, p. 30, n° 12.

⁶ VAN RUYMBEKE (R.), *Le Juge d'instruction*, 3^{ème} éd., Paris : PUF, Que sais-je ?, 1996, p.33.

contraventions (art. 79 du C. pr. pén.). Il ne peut toutefois se saisir lui-même. L'ouverture de l'information exige soit un réquisitoire introductif émanant du procureur de la République (art. 80 du C. pr. pén.), soit une plainte de la victime avec constitution de partie civile (art. 85 du C. pr. pén.). Une fois saisi, le juge d'instruction mène son information en toute liberté mais uniquement sur les faits objets de la saisine (on dit qu'il est saisi *in rem*). Il est à lui seul la juridiction d'instruction du premier degré, ce qui ne signifie pas pour autant qu'il n'est pas contrôlé. Il est placé sous le contrôle de la chambre d'instruction et de son Président.

Le juge d'instruction n'a pas pour objectif de trouver un coupable à tout prix. Il mène ses investigations dans tous les sens afin de mettre en relief les éléments de vérité⁷. On dit qu'il instruit à charge et à décharge, afin de rendre un dossier le plus objectif possible, et de respecter son devoir d'impartialité. Il dispose pour effectuer sa mission de plusieurs types de pouvoirs. D'une part, il est investi de pouvoirs d'enquête, qui lui permettent de procéder à des interrogatoires, des auditions de témoins, des confrontations entre le mis en examen et la victime ou les témoins. Ces actes vont lui servir à former sa conviction progressivement. Durant ce stade, son rôle se rapproche de celui du policier⁸. D'autre part, il est habilité à accomplir des actes juridictionnels, qui se traduisent en pratique par des ordonnances. Le magistrat instructeur intervient ici en qualité de juge. Cette dualité des fonctions lui a valu le surnom de « Janus de la Magistrature »⁹ mais a également fait l'objet de nombreuses critiques. Enfin, d'autres pouvoirs du juge d'instruction ne semblent pas pouvoir être classés dans l'une ou l'autre des deux catégories, faute de consensus, alors qu'ils sont d'une importance considérable. Ces pouvoirs sont les pouvoirs coercitifs, au rang desquels figurent la détention provisoire et le contrôle judiciaire. Les pouvoirs du juge d'instruction en matière de détention provisoire ont de tout temps été désapprouvés.

La détention provisoire (jusqu'à la loi du 17 juillet 1970 « détention préventive ») est, selon la formule consacrée par le célèbre Traité de droit criminel, « l'incarcération de la personne mise en examen dans une maison d'arrêt pendant tout ou partie de la période qui va du début de l'instruction préparatoire jusqu'au jugement définitif sur le fond de l'affaire »¹⁰. C'est une mesure de sûreté qui va permettre de garantir le bon déroulement de l'information par le magistrat instructeur, en permettant la préservation des preuves. Elle a une finalité préventive, celle d'éviter la récidive et de protéger le mis en examen de la vindicte publique ou de la

⁷ DORWLING-CARTER (M.), *op. cit.*, n° 4.

⁸ MICHAUD (J.), « Le Janus de la magistrature », *Rev. sc. crim.* 1974, p. 667.

⁹ *Ibid.*, p. 666.

¹⁰ MERLE (R.), VITU (A.), *Traité de droit criminel, tome II, Procédure pénale*, 5^{ème} éd., Paris : Cujas, 2001, p.545, n° 461.

victime. Elle est aussi une nécessité d'ordre public puisqu'elle doit assurer la tranquillité de la société.

La détention provisoire est d'une nature juridique distincte de l'emprisonnement faisant suite au jugement définitif, puisqu'elle est provisoire ; « mais, dans la réalité, les murs qui enferment sont incontestablement de la même dureté que dans le cas d'une condamnation définitive »¹¹. Elle doit être distinguée de la *rétenion passagère*, mesure qui succède à l'arrestation et précède le mandat de dépôt, ou qui a lieu dans le cadre d'une vérification d'identité. La détention provisoire n'est pas non plus la garde à vue, mesure se déroulant sous l'égide de l'officier de police judiciaire, durant la phase policière. La détention provisoire apparaît dans le cadre de l'instruction préparatoire, mais s'étend hors de ce cadre, jusqu'à la condamnation définitive. Le détenu, qui interjette appel après avoir été condamné en première instance ou qui forme un pourvoi en cassation par la suite, reste en détention provisoire. Cette étude se limitera toutefois à la question de la détention provisoire durant l'instruction préparatoire. De la même manière, seules les dispositions concernant les majeurs seront abordées.

La France est le pays d'Europe où le nombre des détentions provisoires est le plus important et où les maisons d'arrêt sont « au bord de l'asphyxie »¹². Si la détention provisoire avait vu son taux diminuer avec l'entrée en vigueur de la loi du 15 juin 2000¹³, loi renforçant la présomption d'innocence, cette tendance s'est inversée après le fait divers marquant de l'affaire Bonnal, survenu en 2001¹⁴. Les détentions provisoires sont en constante augmentation et cette réalité pose problème. Mesure intolérable et scandaleuse pour certains, mal nécessaire pour d'autres, la détention provisoire ne laisse personne indifférent. Plus que cela, c'est une mesure vivement contestée. On considère parfois qu'elle constitue un pré-jugement ou encore une peine anticipée. M. Vérin¹⁵ explique qu'il y a une tendance de la détention provisoire à devenir une véritable peine anticipée, pour pallier à la lenteur des organes juridictionnels. La détention provisoire vient fournir, avec toutes ses imperfections, la sanction immédiate qui est nécessaire en cas de commission d'infractions et que les juridictions de jugement existantes sont incapables de prononcer dans un délai raisonnable. On dénonce encore la propension des juges à utiliser cette mesure comme un moyen de

¹¹ SAMET (C.), *Les aveux d'un juge d'instruction*, Mesnil-sur-l'Estrée : Flammarion, 2001, pp. 104-105.

¹² LAZERGES (CH.), « La dérive de la procédure pénale », *Rev. sc. crim.* 2003, chron., p. 648.

¹³ L. n° 2000-516 du 15 juin 2000, renforçant la présomption d'innocence, *JO* 16 juin 2000, p. 9038 et s.

¹⁴ Jean Claude Bonnal est soupçonné d'avoir participé à deux attaques à main armée qui ont fait six morts, en octobre 2001, après sa sortie de détention provisoire.

¹⁵ VÉRIN (J.), « La détention préventive et la criminologie », *Rev. sc. crim.* 1969, pp. 818-819.

pression sur l'individu, dans le but d'obtenir ses aveux. La critique la plus fréquemment formulée à son encontre est qu'elle porte atteinte au principe selon lequel tout homme est présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable¹⁶. Comment peut-on justifier l'incarcération d'une personne alors même qu'elle n'a été reconnue coupable d'aucun fait fautif ?

Aucun domaine de la procédure pénale n'a connu autant de retouches que celui de la détention provisoire. La détention provisoire n'était pas connue à Rome, le droit romain prévoyant largement la liberté sous caution¹⁷. Sous l'Ancien Régime, l'ordonnance criminelle de 1670 prévoit que le lieutenant criminel peut, après examen des indices, décerner contre l'auteur d'un crime un décret de « prise de corps ». Ce décret entraîne l'arrestation et la détention de l'individu¹⁸. A cette époque, l'appellation « crime » étant fort répandue, la détention est chose courante. La Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 est venue poser le principe de présomption d'innocence comme tel : « Tout citoyen étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi »¹⁹. Elle ajoute que « Nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi, et selon les conditions qu'elle a prescrites »²⁰. La liberté est donc une valeur essentielle, il ne peut y être porté atteinte que par prescription de la loi. En pratique, les lois de mises en œuvre de cette déclaration vont se contenter de prévoir que la détention est la règle s'agissant des crimes punis d'une peine afflictive et infamante, et que la liberté sous caution (ancêtre du contrôle judiciaire) est possible pour les autres crimes et délits. Le Code d'instruction criminelle de 1808 va élargir le champ d'application de la détention préventive : elle est obligatoire pour tous les crimes ainsi que pour les récidivistes et vagabonds. On est déjà bien loin des idées révolutionnaires !

Pire encore, la loi du 14 juillet 1865 va donner la liberté au juge de placer ou de ne pas placer en détention préventive, en matière criminelle et correctionnelle. Toutefois, l'intéressé qui a un domicile, qui encourt une peine inférieure à deux ans d'emprisonnement et qui n'a jamais été condamné à une peine supérieure à un an d'emprisonnement, doit être remis en liberté au plus tard cinq jours après le premier interrogatoire (cela ne devait concerner qu'une minorité

¹⁶ Art. 9 DDHC du 26 août 1789.

¹⁷ LAINGUI (A.) et LEBIGRE (A.), *Histoire du droit pénal, t.II, La procédure criminelle*, Paris : Cujas, 1979, p. 19, cité in GUÉRY (CH.), *Détention provisoire*, Paris : Dalloz, 2001, p. 2.

¹⁸ CALLÉ (B.), *La détention provisoire*, 1^{re} éd., Paris : PUF, Que sais-je ?, 1992, p. 5.

¹⁹ DDHC du 26 août 1789, art. 9.

²⁰ DDHC du 26 août 1789, art. 7.

de cas en pratique). La liberté reprend ses droits avec la loi du 7 février 1933. Celle-ci prévoit que la liberté est de droit quand l'individu a un domicile et qu'il encourt une peine inférieure à deux ans d'emprisonnement. Hors ces cas, la liberté est acquise au bout de cinq jours. Cette loi réinstaura une chambre du conseil (supprimée en 1856) chargée de la prolongation de la détention par période d'un mois. Cette chambre n'a pas eu une longue existence, puisque la loi du 25 mars 1935 l'a abrogée. Le juge peut alors prolonger la détention lui-même, jusqu'à deux mois et demi. La chambre d'accusation, compétente en cas d'appel, peut aussi prolonger la détention. On ne cesse d'augmenter la durée de la détention et on ne constate pas à cette époque une quelconque remise en cause de ces dispositions. En 1939, la chambre d'accusation va perdre cette prérogative de prolongation de la détention. La détention préventive est désormais très fréquente et peut durer longtemps.

Le Code de procédure pénale de 1958 va opérer un changement radical, en affirmant que la détention préventive doit être « exceptionnelle ». L'individu détenu peut désormais demander sa mise en liberté à tout moment, autant de fois qu'il le souhaite, et faire appel d'un refus du juge²¹. La loi du 17 juillet 1970 a une importance considérable en matière de détention provisoire. Le système prend une nouvelle dimension : la détention préventive devient détention provisoire et la liberté provisoire devient liberté pure et simple. De surcroît, pour tenter de limiter le recours à la détention provisoire, une alternative est instaurée : le contrôle judiciaire. Par ce système, l'individu reste en liberté mais est contraint de respecter certaines obligations de faire ou de ne pas faire, afin de pouvoir être surveillé²². C'est un substitut à la détention provisoire, qui ne peut désormais être prononcée que si le contrôle judiciaire est insuffisant ou qu'il n'a pas été respecté. On définit précisément les critères de la détention et la détention doit être spécialement motivée au regard de ces critères. Tout est donc fait, dans les textes, pour que les détentions provisoires chutent et demeurent réservées à des cas exceptionnels. En pratique cela n'a pas été le cas, puisque le contrôle judiciaire n'était prononcé que pour des affaires dans lesquelles le juge n'aurait pas prescrit la détention provisoire. La loi était-elle une pure hypocrisie ou alors a-t-elle été mal comprise par les magistrats ?

La loi du 9 juillet 1984, plus efficace en pratique, va obliger le juge à organiser un débat contradictoire entre la personne mise en examen, son avocat et le ministère public avant de prendre sa décision. La procédure contradictoire s'intègre peu à peu dans la phase

²¹ GUÉRY (CH.), *Détention provisoire*, Paris : Dalloz, 2001, p. 4.

²² CALLÉ (B.), *La détention provisoire*, 1^{re} éd., Paris : PUF, Que sais-je ?, 1992, p. 10.

d'instruction préparatoire, à l'origine purement inquisitoire (secrète, écrite, non contradictoire). Les législations postérieures et projets ou propositions de réforme de la procédure pénale ne vont avoir pour unique objectif que de remettre en cause l'autorité compétente pour statuer sur la détention provisoire. Législateurs, politiques, sous la pression des médias et de l'opinion publique vont être persuadés que le juge d'instruction, autorité chargée de décider de la question, est responsable de la hausse continue des détentions provisoires.

L'acharnement évoqué antérieurement va débiter à cette époque et il n'a toujours pas cessé au jour d'aujourd'hui. Le projet de réforme de l'instruction préparatoire, proposé par le professeur Henri Donnedieu de Vabres en 1949, avait déjà amorcé cette remise en cause. Il marque le début de toute une série de débats sur le juge d'instruction. Ce projet visait à confier les pouvoirs d'enquête du juge d'instruction au procureur de la République. Le projet a toutefois été abandonné. Dans les années 1980, la solitude et la dualité des pouvoirs du juge d'instruction inspirent la réprobation. Trois lois, de 1985, 1987 et 1993 vont tenter d'instaurer une juridiction collégiale d'instruction, afin de limiter les pouvoirs du juge d'instruction en matière de détention provisoire. Un juge délégué fait son apparition en 1993, à titre transitoire. Ces diverses lois vont être abrogées avant d'avoir pu être appliquées et le juge d'instruction va récupérer ses prérogatives. Mais c'est la loi du 15 juin 2000 qui va porter le « coup de grâce » au juge d'instruction, en le dépossédant de ses prérogatives en matière de détention provisoire. La détention provisoire est depuis confiée à un nouveau magistrat : le juge des libertés et de la détention. Les lois postérieures à la loi de 2000 ne vont pas remettre en question l'institution du juge d'instruction mais vont aménager ses pouvoirs.

Au regard de cette évolution mouvementée de la détention provisoire, on prend conscience des problèmes posés par les pouvoirs du juge d'instruction en matière de détention provisoire. M. Desclozeaux en 1836, parlant aux magistrats, affirmait déjà : « Au commencement de l'instruction, quand les preuves ne sont pas encore formulées, il faut décider si l'inculpé sera préventivement privé de sa liberté. Le juge est entre l'humanité qui intercède pour un homme qui n'est que soupçonné, et l'intérêt de la société qui ne lui permet pas de compromettre par faiblesse une instruction toute entière et de laisser le coupable fuir le châtement qu'il a mérité »²³. Un équilibre doit donc être trouvé entre deux objectifs recherchés : la sauvegarde des intérêts de la société et la protection de la liberté individuelle de la personne mise en

²³ DESCLOZEAUX en 1836, cité par CALLÉ (B.), *La détention provisoire*, 1^{re} éd., Paris : PUF, Que sais-je ?, 1992, p. 4.

examen. Il apparaît indispensable de trouver un juste milieu qui permette l'exercice de cette mesure quand la situation la rend nécessaire, dans des conditions garantissant les droits des individus²⁴.

Il semble utile dès lors de s'interroger sur la façon dont le rôle du juge d'instruction a évolué dans la détention provisoire de l'époque où celui-ci avait encore la maîtrise de la détention provisoire jusqu'à l'époque actuelle. D'une part, l'autorité du juge d'instruction sur la détention provisoire n'est plus entière désormais. Elle ne cesse d'être entamée par les prérogatives que se voient confier d'autres acteurs de la procédure pénale. Cette autorité sur la détention provisoire est donc partagée (Partie I). D'autre part, les nombreux projets ou propositions de réforme intervenus en la matière témoignent du caractère contesté de cette autorité (Partie II).

²⁴ ARAGONES (S.), « Les pouvoirs du juge d'instruction au regard des conditions de la détention provisoire des majeurs », mémoire DEA, 1994, p. 15.

PARTIE I – L’AUTORITÉ PARTAGÉE DU JUGE D’INSTRUCTION

Le nombre des détentions provisoires ne cessant d’augmenter en dépit des multiples réformes entreprises par le législateur, une nouvelle tentative visant à limiter le recours à la détention provisoire est lancée depuis ces dernières années : le partage de l’autorité en la matière. L’objectif est de raréfier l’utilisation de la détention provisoire, en faisant intervenir plusieurs acteurs dans le processus au lieu d’un seul. Le juge d’instruction ayant eu, à quelques exceptions près, la maîtrise de la question de la détention provisoire depuis sa création, s’est vu retirer ce monopole. Désormais son autorité en matière de détention provisoire est partagée avec des magistrats du parquet que sont le Procureur de la République et le procureur général, mais également avec des magistrats du siège tels que la chambre d’instruction et son président, et le juge des libertés et de la détention.

Section 1 – Le juge d’instruction face au ministère public

Les autorités de poursuite et d’instruction sont indépendantes l’une vis-à-vis de l’autre, en vertu du principe de séparation des autorités de poursuite et d’instruction. Cette indépendance tend à favoriser un meilleur rendement de la justice et surtout à assurer une meilleure protection des libertés individuelles²⁵. En dépit de ce principe, l’instruction se déroule en collaboration avec le ministère public. On constate même une extension progressive des prérogatives du ministère public au cours de l’instruction. En effet, le procureur de la République dispose d’un droit de regard de plus en plus important sur la question de la détention provisoire (§1). Les dernières lois en matière de procédure pénale ont accru ce droit de regard, pour en faire un véritable moyen d’action sur la détention provisoire et de contournement du juge d’instruction (§2).

§ 1 – Un droit de regard sur la mission du juge d’instruction

Le ministère public dispose d’un droit de regard sur les pouvoirs du juge d’instruction en matière de détention provisoire. Le ministère public désigne l’ensemble des magistrats du parquet, « magistrature debout », magistrats chargés de requérir à l’audience. En matière pénale, le ministère public est une partie à l’instance : la partie poursuivante. Auprès des juridictions d’instruction, le ministère public est composé du procureur de la République auquel s’ajoute parfois un certain nombre de procureurs adjoints et de substituts.

Le juge d’instruction exerce sa mission en toute indépendance, à la condition qu’il « soit et reste saisi »²⁶. Celui-ci ne pouvant se saisir lui-même, ce rôle est dévolu au procureur de la République. Les deux personnages sont donc associés dès le départ dans la procédure. Le procureur de la République dispose en pratique d’un pouvoir de surveillance sur l’instruction.

²⁵ MERLE (R.), VITU (A.), *op. cit.*, p. 459, n° 390.

²⁶ PRADEL (J.), *Manuel de procédure pénale, op. cit.*, p. 578, n° 649.

Ce pouvoir du procureur alerte le juge d'instruction, mais sans réellement le contraindre. Cette surveillance s'exerce pleinement s'agissant de la détention provisoire.

A – Les réquisitions et le droit d'information du ministère public

Il appartient au procureur de la République d'ouvrir l'information, en saisissant le juge d'instruction au moyen d'un réquisitoire introductif. Le réquisitoire introductif est l'acte par lequel le procureur « met en mouvement l'action publique » devant le juge d'instruction²⁷. Sans cet acte le juge d'instruction ne peut pas instruire une affaire (art. 80 du C. pr. pén.). En revanche, une fois saisi, le juge d'instruction mène son information comme il le souhaite. L'article 81, alinéa 1^{er} du Code de procédure pénale précise que « le juge d'instruction procède, conformément à la loi, à tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité ».

Le réquisitoire doit être daté et signé par le procureur ou un substitut et doit préciser les faits pour lesquels une instruction est nécessaire. Les précisions concernant les faits sont importantes car elles délimitent la compétence du juge d'instruction, ce dernier ne pouvant instruire au-delà des faits qui lui sont soumis par le procureur. Le juge d'instruction est donc limité par le réquisitoire du procureur de la République, même s'il n'est pas juridiquement lié par celui-ci.

Le réquisitoire introductif est obligatoire concernant les crimes puisqu'il y a toujours instruction en matière de crime (art. 79 du C. pr. pén.). Le procureur n'a pas le choix, il doit saisir le juge d'instruction. On justifie cette règle par une présomption de complexité de l'affaire²⁸. S'agissant des délits, le réquisitoire introductif est facultatif, le procureur s'inspirant alors de considérations de fait pour décider de l'usage du réquisitoire, s'il constate qu'il y a lieu d'entreprendre des recherches complexes, ou s'il souhaite voir délivrer un mandat de dépôt ou d'arrêt. Toutefois, dans certains cas, le réquisitoire devient obligatoire en matière de délit : lorsqu'il y a une présomption de complexité de l'affaire (par exemple s'agissant d'un délit réprimé par le Code disciplinaire et pénal de la marine marchande), et lorsque l'auteur du délit est inconnu ou est en fuite. Le procureur a la possibilité de délivrer un réquisitoire introductif pour les contraventions de cinquième classe. Le réquisitoire

²⁷ MERLE (R.), VITU (A.), *op. cit.*, p. 407, n° 341.

²⁸ PRADEL (J.), *op. cit.*, n° 598, p. 529.

introductif, une fois délivré, est irrévocable. Le procureur ne peut plus revenir en arrière pour exercer une autre voie.

Dans son réquisitoire introductif, le procureur peut requérir du juge d'instruction « tous actes lui paraissant utiles à la manifestation de la vérité » (art. 82 du C. pr. pén.). La loi du 15 juin 2000 est venue préciser « et toutes mesures de sûreté nécessaires ». Il en résulte que le procureur peut requérir du magistrat instructeur le placement en détention provisoire de la personne poursuivie. Dans ce cas les réquisitions doivent être écrites motivées au regard des dispositions de l'article 144 du Code procédure pénale. En pratique il s'agit pour le procureur d'expliquer pour quelle raison il souhaite voir cette personne placée en détention et de mentionner un des critères énumérés à l'article 144 (pour la conservation des indices ou preuves, pour protéger la personne mise en examen ou garantir son maintien à la disposition de la justice, pour des nécessités d'ordre public, etc.). Le juge d'instruction est tenu d'instruire lorsqu'il est saisi par les réquisitions, mais il est libre de suivre ou non les réquisitions du procureur concernant la détention provisoire. S'il ne suit pas les réquisitions du procureur, il doit rendre une ordonnance motivée dans les 5 jours des réquisitions. Il se voit donc imposer un délai. La loi du 9 mars 2004 a précisé que cela devait se faire « sans préjudice des dispositions de l'article 137-4 ». Si le juge d'instruction ne rend pas d'ordonnance, le procureur peut saisir directement la chambre de l'instruction dans les dix jours. Ce que l'on peut affirmer c'est que ces dispositions très complexes, renvoyant à d'autres articles, brouillent le schéma procédural. La procédure devient de plus en plus complexe au point qu'il est désormais difficile, pour un juriste ou pour un magistrat, d'en connaître les moindres détails. Cette complexité joue, bien entendu, en faveur du ministère public puisqu'en définitive, si un délai est dépassé par mégarde, c'est à lui que revient le dernier mot (le pouvoir de saisir directement la chambre de l'instruction).

Si le juge d'instruction décide de placer la personne en détention provisoire, il prendra une ordonnance motivée spécialement par référence à l'article 144, qui saisira le juge des libertés et de la détention. Il lui transmettra ensuite le dossier accompagné des réquisitions du procureur de la République.

En revanche, s'il n'estime pas opportun de placer l'individu en détention provisoire, il n'est pas obligé de saisir le juge des libertés et de la détention. Traditionnellement, le juge d'instruction qui ne suivait pas les réquisitions du procureur de la République, concernant la mise en détention provisoire ou la prolongation de la détention, n'était pas obligé de statuer par ordonnance. Désormais et depuis la loi du 9 septembre 2002, le juge d'instruction doit

« motiver la liberté ». En effet, le nouvel article 137-4 du Code de procédure pénale prévoit que dans une telle hypothèse, le juge d'instruction doit prendre sans délai une ordonnance motivée, qui est immédiatement portée à la connaissance du procureur de la République. Cette disposition accroît sensiblement le droit de regard du procureur puisqu'il est averti immédiatement des décisions qui sont prises contre ses réquisitions. De plus, cette disposition ne va pas favoriser la réduction du nombre des détenus provisoires. On pourrait s'interroger sur l'objectif de cette disposition. Ne viserait-elle pas à faire pression sur le juge d'instruction pour qu'il suive l'avis du procureur ?

En cours d'instruction le procureur de la République peut requérir la mise en liberté à tout moment (art. 147 al. 2 du C. pr. pén.). Dans ce cas, le juge d'instruction se voit offrir deux possibilités par la loi du 15 juin 2000. Soit le juge d'instruction remet la personne en liberté (et il n'a pas de délai pour rendre sa décision), soit il transmet le dossier accompagné de son avis motivé au juge des libertés pour que celui-ci se prononce. S'il décide de transmettre au juge des libertés le dossier, il doit impérativement agir dans les cinq jours des réquisitions du procureur de la République. Encore une fois on a la sensation que le législateur cherche à contraindre le juge d'instruction à suivre la direction du procureur de la République, en lui imposant des délais à respecter et en alourdissant la procédure. Des obstacles sont placés sur le chemin du juge d'instruction.

A défaut de réquisitions du procureur de la République agissant de lui-même, le juge d'instruction qui souhaite placer une personne mise en examen en détention provisoire ou prolonger la détention provisoire, doit solliciter l'avis ou les réquisitions du procureur. Il ne peut saisir le juge des libertés sans avoir obtenu l'opinion du procureur. En matière de détention provisoire, les réquisitions du procureur de la République sont une formalité préalable sans laquelle le juge d'instruction ne peut pas agir. Il en est de même s'il souhaite mettre l'individu en liberté d'office. Enfin, le juge d'instruction saisi d'une demande de mise en liberté provenant de l'inculpé lui-même, doit immédiatement communiquer le dossier au procureur de la République aux fins de réquisitions (art. 148 al. 2 C. pr. pén.). Le procureur peut désormais faire connaître son opinion à tous les stades de la détention provisoire. Le Code de procédure pénale parle tantôt de « réquisitions » et tantôt d'« avis ». En réalité les deux termes n'ont pas à être distingués. Ce sont deux manières permettant au parquet de donner son point de vue²⁹. Il n'y a pas de hiérarchie entre ces termes.

²⁹ MERLE (R.), VITU (A.), *op. cit.*, p. 611, n° 523.

Le procureur de la République dispose d'un véritable droit d'être tenu informé, droit qui est presque général. Le juge d'instruction doit aviser le procureur chaque fois qu'il envisage d'effectuer un acte, en général et notamment en matière de détention provisoire. Le procureur doit être avisé lorsqu'une ordonnance juridictionnelle est rendue, puisque le juge doit lui communiquer le dossier de la procédure avant de recueillir son avis. Toute ordonnance rendue en contradiction avec ses réquisitions doit lui être communiquée le jour même (art. 183, al. 5 du C. pr. pén.). De plus, en vertu des dispositions de l'article 82, alinéa 2 du Code de procédure pénale, le procureur peut, s'il le souhaite, se faire communiquer le dossier de l'affaire, à charge de le restituer dans les vingt-quatre heures. L'inobservation du délai n'entraîne aucune sanction à son encontre³⁰. La chambre criminelle de la Cour de cassation a précisé, dans un arrêt du 5 février 1970, que le juge d'instruction ne pouvait refuser de communiquer le dossier au procureur si celui-ci en faisait la demande. L'ordonnance de refus du juge d'instruction est nulle³¹.

B – Le droit du ministère public de critiquer l'instruction

Le ministère public dispose d'un droit d'appel des ordonnances du juge d'instruction (et du juge des libertés et de la détention) que l'on peut considérer comme étant « général et absolu »³². L'article 185 du Code de procédure pénale, qui dispose que « le procureur de la République a le droit d'interjeter appel de toutes les ordonnances du juge d'instruction ou du juge des libertés et de la détention » confirme cette idée. Le ministère public est donc une partie privilégiée au procès, puisque la victime constituée partie civile ne peut pas interjeter appel des ordonnances du juge d'instruction ni du juge des libertés. Le procureur de la République peut interjeter appel de toutes les ordonnances relatives à la détention provisoire : ordonnance de placement, de prolongation de la détention, de refus de placer en détention, de mise en liberté avec ou sans contrôle judiciaire, de refus de mettre en liberté, de maintien en détention, etc. Si une ordonnance est prise en contradiction avec ses réquisitions, le procureur peut donc interjeter appel de cette ordonnance³³. La jurisprudence ayant eu l'occasion de se prononcer dans d'autres circonstances, est venue préciser que le procureur de la République

³⁰ *Ibid.*

³¹ Cass. crim., 5 févr. 1970 : *Bull. crim.*, n° 53.

³² CHAMBON (P.), GUÉRY (CH.), *Droit et pratique de l'instruction préparatoire, juge d'instruction*, 5^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2004, p. 378, n° 144.11.

³³ Cass. crim., 25 mars 1954 : *Bull. crim.*, n° 123 ; *D.* 1954, jur., p. 345, note P. A.

avait la possibilité de faire appel des ordonnances rendues conformément à ses réquisitions³⁴. Le procureur de la République a donc le droit de changer d'opinion durant l'instruction. M. Pradel explique que le procureur ne doit pas être lié par une prise de position qui pourrait par la suite se révéler contraire à l'intérêt général³⁵. En pratique, le procureur peut donc saisir le juge d'instruction de réquisitions tendant au placement en détention provisoire, puis interjeter appel d'une ordonnance de placement en détention provisoire prise par ce dernier. Cette pratique est cependant assez rare.

L'article 185 précise que ce droit d'appel appartient également au procureur général. Le procureur général est le représentant du ministère public auprès de la chambre de l'instruction, juridiction d'instruction du second degré. Le procureur général dispose donc également du droit de surveillance du juge d'instruction par le biais de ce droit de critiquer la décision du magistrat instructeur en matière de détention provisoire.

Les mandats de justice délivrés dans le cadre de la détention provisoire par le juge d'instruction échappaient autrefois à l'appel³⁶. Le procureur pouvait uniquement interjeter appel de l'ordonnance refusant de délivrer le mandat³⁷. Désormais on considère que le mandat de dépôt est inséparable de l'ordonnance de placement en détention provisoire, dont elle constitue le support. Le mandat de dépôt est « susceptible d'appel comme l'ordonnance elle-même »³⁸.

L'appel va saisir la chambre de l'instruction, juridiction d'instruction du second degré, chargée de contrôler les décisions du juge d'instruction et du juge des libertés et de la détention. Les arrêts rendus par cette juridiction peuvent être déférés à la Cour de cassation par la voie du pourvoi en cassation.

Les délais d'appel sont différents selon la personne qui agit. Le procureur de la République dispose d'un délai de cinq jours à compter de la notification de la décision du juge d'instruction pour agir. Le procureur général dispose d'un délai de dix jours pour agir, soit le double de temps. Cette différence de traitement pourrait s'expliquer par le fait que le procureur est l'interlocuteur naturel du juge d'instruction, il peut donc prendre connaissance

³⁴ Cass. crim., 16 nov. 1956 : *Bull. crim.*, n° 753 ; Cass. crim., 19 sept. 1990 : *Bull. crim.*, n° 319 ; Cass. crim., 14 oct. 1997, *Bull. crim.*, n° 332.

³⁵ PRADEL (J.), *op. cit.*, p. 698, n° 793.

³⁶ Cass. crim., 9 mai 1913, *Recueil périodique et critique mensuel Dalloz* 1915, 1, p. 38, cité in CHAMBON (P.), GUÉRY (CH.), *op. cit.*, p. 378, n° 144.11.

³⁷ Cass. crim., 25 mars 1954 : *JCP* éd. G 1954, II, 8133, note CHAMBON (P.).

³⁸ Cass. crim. 1^{er} mars 1994, *Bull. crim.* n° 81, cité in CHAMBON (P.), GUÉRY (CH.), *op. cit.* supra. p. 378.

de la décision plus rapidement que le procureur général, qui n'est pas l'interlocuteur naturel du juge d'instruction.

L'appel doit être fait par déclaration au greffe du tribunal. Il peut être reçu par une personne ayant une délégation du greffier en chef du tribunal à cette fin³⁹. Traditionnellement, avant la loi du 9 juillet 1984, l'appel avait un effet suspensif. Cela signifie que la décision frappée d'appel ne pouvait plus recevoir aucune exécution tant que l'appel n'avait pas été jugé. En cas d'appel du procureur d'une ordonnance de mise en liberté, le détenu restait en détention provisoire jusqu'à ce qu'on ait statué sur l'appel, ce qui évitait qu'il ne prenne la fuite. La loi du 9 juillet 1984 est venue mettre fin à ce système, en abrogeant l'article 186, alinéa 6 du Code de procédure pénale, article qui consacrait le caractère suspensif de l'appel. La décision frappée d'appel reste donc désormais immédiatement exécutoire. Cette loi avait sans doute pour objectif de faire baisser le chiffre des détentions provisoires, mais on ne peut pas dire que le moyen d'y parvenir soit satisfaisant, les détenus pouvant de nouveau prendre la fuite avant que l'on ait statué en appel sur leur sort.

Toutefois, pour remédier à ce problème, la loi du 9 septembre 2002 a introduit dans notre droit une nouvelle procédure : le référé-détention. Cette procédure, que nous étudierons plus en détail par la suite, constitue un nouveau moyen pour le procureur de la République, interjetant appel des ordonnances de mise en liberté, de redonner à l'appel un effet suspensif. Ce système est prévu par l'article 148-1-1 du Code de procédure pénale. Si le juge d'instruction prend une ordonnance de mise en liberté, contrairement aux réquisitions du procureur de la République, ce dernier pourra, parallèlement à la procédure de l'appel, saisir le premier président de la cour d'appel d'un référé-détention. La personne mise en examen ne pourra être remise en liberté pendant un délai de quatre heures à compter de la notification de l'ordonnance de mise en liberté au procureur. Cette procédure réinstalle l'effet suspensif de l'appel pour les ordonnances de mise en liberté, ignorant de ce fait les dispositions de la loi du 9 juillet 1984. Ce nouveau référé, assimilable dans le sens inverse au référé-liberté que l'on a instauré en faveur de l'inculpé, « rééquilibre » la procédure en renforçant l'égalité des armes entre l'inculpé et le procureur de la République. Toutefois, ce référé met à mal « l'équilibre des pouvoirs » entre le procureur et le juge d'instruction, au détriment du juge d'instruction une fois de plus.

Pour nuancer cette idée on peut dire que le procureur peut décider de ne pas utiliser la procédure de référé-détention lorsqu'il interjette appel d'une ordonnance de mise en liberté. Il

³⁹ Cass. crim., 25 mars 1997 : *Bull. crim.*, n° 119, citée in Pradel, *op. cit.*, p. 701, n° 796.

peut en effet considérer que l'exécution immédiate de l'ordonnance, c'est-à-dire la libération de la personne détenue, ne porte pas atteinte à son droit de faire appel de l'ordonnance. Dans ce cas, il retourne l'ordonnance au magistrat qui l'a prise (magistrat instructeur ou juge des libertés) en y faisant mention qu'il ne s'oppose pas à sa mise à exécution. Le détenu provisoire sera alors immédiatement libéré⁴⁰.

§ 2 – Un pouvoir de contournement des décisions du juge d'instruction

Bien plus qu'un droit de surveillance du juge d'instruction, le ministère public dispose d'un véritable pouvoir d'action sur les décisions du juge d'instruction en matière de détention provisoire. Ses prérogatives, de plus en plus importantes, lui permettent de contourner le juge d'instruction. Au moment du placement en détention provisoire, le procureur de la République dispose, dans certaines circonstances, du pouvoir de saisir directement le juge des libertés et de la détention, ignorant par ce biais la décision du juge d'instruction. Lorsque le mis en examen est placé en détention provisoire, le procureur de la République peut encore agir contre la remise en liberté ordonnée contrairement à ses réquisitions, par la procédure du référé-détention.

A - L'indifférence de l'accord du juge d'instruction pour le placement en détention provisoire

La détention provisoire est une mesure exceptionnelle. L'article préliminaire du Code de procédure pénale, issu de la loi du 15 juin 2000, exprime clairement cette idée. En effet, les mesures de contrainte « doivent être strictement limitées aux nécessités de la procédure, proportionnées à la gravité de l'infraction reprochée et ne pas porter atteinte à la dignité des personnes »⁴¹. Les dispositions de l'article 137 du Code de procédure pénale sont plus explicites : la détention provisoire ne peut être ordonnée qu'à titre « exceptionnel », si les obligations du contrôle judiciaire se révèlent insuffisantes. Pour rendre effectif le caractère

⁴⁰ CHAMBON (P.), GUÉRY (CH.), *op. cit.*, p. 387, n° 145.44.

⁴¹ Art. prélim. du C. pr. pén., L. n° 2000-516 du 15 juin 2000, renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, art. 46.

exceptionnel de la détention provisoire, le législateur de 1993⁴² avait affirmé que le juge d'instruction n'avait pas à motiver la liberté. L'article 137-4 prévoyait que le juge d'instruction, saisi de réquisitions du procureur de la République tendant au placement en détention, qui ne transmettait pas le dossier au juge des libertés et de la détention, n'était pas tenu de rendre une ordonnance motivée. Si la détention provisoire est exceptionnelle, il est normal de faciliter la procédure de mise en liberté de l'individu détenu. Pourtant, depuis quelques années le législateur semble remettre en cause ce système. La loi du 9 septembre 2002, dans un premier temps, a modifié cet article 137-4 pour obliger le juge d'instruction à motiver la liberté. Il doit désormais rendre une ordonnance motivée lorsqu'il décide de ne pas saisir le juge des libertés et de la détention. Le législateur précise de surcroît que cette ordonnance doit être prise sans délai et portée immédiatement à la connaissance du procureur de la République. Mais le législateur ne s'est pas contenté de cette modification. La loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, dite loi « Perben II » est encore plus significative.

La loi du 9 mars 2004 ajoute un nouvel alinéa à l'article 137-4, précisant qu'en matière criminelle ou pour les délits punis de dix ans d'emprisonnement, en cas de refus de saisine du juge des libertés et de la détention par le magistrat instructeur, le procureur de la République peut, si ses réquisitions sont motivées en tout ou partie par les motifs prévus aux 2° et 3° de l'article 144 et qu'elles précisent qu'il envisage de faire application de ce nouvel alinéa de l'article 137-4, saisir directement le juge des libertés et de la détention, en déférant sans délai devant lui la personne mise en examen. Il est prévu que l'ordonnance du juge des libertés et de la détention entraîne, le cas échéant, la caducité de celle du juge d'instruction ayant placé la personne sous contrôle judiciaire. Enfin, si le procureur de la République renonce à saisir le juge des libertés et de la détention, il en avise le juge d'instruction et la personne mise en examen peut être laissée en liberté.

On constate, à travers cette nouvelle disposition, que le procureur de la République qui souhaite mettre une personne en détention a une « double chance »⁴³ d'obtenir ce qu'il souhaite. Il peut saisir le juge d'instruction et en cas d'échec saisir le juge des libertés et de la détention. Cette nouvelle disposition est une véritable révolution pour le ministère public. Elle est également lourde de sens quant à l'avenir du juge d'instruction⁴⁴. La loi du 15 juin 2000

⁴² L. n° 1993-1013 du 24 août 1993, modifiant la loi du 4 janv. 1993 portant réforme de la procédure pénale : *JO* 25 août 1993 ; *Rect.*, *JO* 26 juill. 1994.

⁴³ GUÉRY (CH.), « Une détention provisoire exceptionnelle...mais souhaitable », *AJ pén.* 2004, n° 6, p. 238.

⁴⁴ CHAMBON (P.), GUÉRY (CH.), *op. cit.*, p. 356, n° 142.37.

avait prévu que le juge des libertés et de la détention soit saisi par le juge d'instruction, instaurant ainsi une sorte de « double accord » pour le placement en détention provisoire. Ce système devait permettre d'enrayer la hausse des détentions provisoires, le juge d'instruction ayant le rôle de « filtre ». Il fallait que celui-ci accepte le placement en détention provisoire et saisisse le juge des libertés et de la détention par ordonnance motivée, pour que ce dernier puisse intervenir et, le cas échéant, ordonner la détention provisoire. La loi du 9 mars 2004 met fin à ce système de « double accord » en donnant au procureur de la République la possibilité, sous certaines conditions préalables, de saisir directement le juge des libertés et de la détention. Autrement dit, la voie de l'appel contre l'ordonnance du juge d'instruction est désormais inutile. Plus que cela, c'est l'opinion du juge d'instruction qui devient inutile. Le procureur peut prévoir dès l'origine qu'il saisira le juge des libertés et de la détention en cas de refus de saisine du juge d'instruction. Le procureur peut dès lors faire pression sur le juge d'instruction en le menaçant de se passer de son accord. Cette disposition affiche une véritable défiance à l'égard du juge d'instruction.

Certes, il faut nuancer ces propos, cette disposition ne concerne que les crimes et les délits punis de dix ans d'emprisonnement. Toutefois, à bien y réfléchir, cette catégorie d'infractions constitue l'essentiel de ce qui est soumis à instruction préparatoire, donc concerne la majorité des personnes susceptibles d'être placées en détention provisoire. La qualification des faits par le ministère public sera dès lors déterminante. Il suffira pour le ministère public de retenir une qualification plus haute, entrant dans le champ d'application de ce nouvel alinéa de l'article 137-4, pour pouvoir ensuite se voir offrir cette deuxième chance⁴⁵.

Il faut préciser que de son côté, le juge d'instruction pourra également, après avoir interrogé une première fois l'individu, revoir à la baisse la qualification retenue antérieurement⁴⁶. Si la qualification qu'il retient finalement lors de la mise en examen est un délit puni d'un emprisonnement inférieur à dix ans, le procureur ne pourra pas se prévaloir des dispositions de l'article 137-4. Le magistrat instructeur pourra encore user d'une autre tactique contre le procureur : octroyer à l'individu le statut de « témoin assisté »⁴⁷. Ce statut, instauré par la loi du 15 juin 2000, est un intermédiaire entre le statut de mis en examen et celui de témoin. Il a été créé pour limiter le nombre des mises en examen, après avoir constaté que bon nombre de mises en examen se terminaient chaque année par un non-lieu⁴⁸. L'article 113-2, alinéa 2, *in*

⁴⁵ GUÉRY (CH.), *op. cit.*, n° 6, p. 238.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 239.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 239.

⁴⁸ PRADEL (J.), *op. cit.*, p. 615, n° 701.

fine du Code de procédure pénale dispose que le témoin assisté est celui contre lequel « il existe des indices rendant vraisemblable qu'il ait pu participer, comme auteur ou complice, à la commission des infractions dont le juge est saisi ». A la différence du mis en examen, le témoin assisté ne peut pas subir de détention provisoire ni de contrôle judiciaire. Le juge d'instruction, en utilisant cette tactique, priverait le procureur de la République, de façon détournée, de sa possibilité d'user de l'article 137-4 du Code de procédure pénale.

Les conditions de la mise en œuvre de cette procédure sont évidemment strictes. D'une part, le procureur de la République doit avoir envisagé cette hypothèse à l'avance et doit avoir précisé son intention de saisir le juge des libertés et de la détention dans les réquisitions qui saisiront le juge d'instruction. Le juge d'instruction sait donc à l'avance que s'il refuse de faire droit aux réquisitions du procureur, celui-ci ignorera sa décision et saisira le juge des libertés. Cet avertissement du procureur de la République s'apparente à une menace. Le législateur semble une fois de plus faire pression sur le juge d'instruction pour qu'il suive l'avis du procureur. Si le procureur oublie de mentionner son intention dans ses réquisitions, il ne pourra pas faire application de ce texte et le mis en examen sera remis en liberté immédiatement, sous contrôle judiciaire éventuellement.

D'autre part, les réquisitions du procureur de la République doivent être motivées par référence aux dispositions de l'article 144 du Code de procédure pénale. En particulier, elles doivent viser les 2° et 3° de l'article 144, c'est-à-dire que la détention provisoire doit être l'unique moyen « de protéger la personne mise en examen, de garantir son maintien à la disposition de la justice, de mettre fin à l'infraction ou de prévenir son renouvellement » ou de protéger l'ordre public. Le législateur a donc laissé de côté l'hypothèse selon laquelle la détention provisoire permettrait d'assurer le bon déroulement de l'instruction. Il est évident que l'objectif du procureur de la République n'est pas d'assurer le bon déroulement de l'instruction, cette mission étant réservée au magistrat instructeur. En revanche le procureur de la République, représentant du ministère public, est gardien des intérêts de la société et de l'ordre public. Il doit donc tout faire pour mettre fin au trouble causé à l'ordre public. On voit ici s'opposer le procureur de la République, garant de la sûreté publique, au juge d'instruction seul gardien des nécessités de l'instruction. La détention provisoire entendue comme « mesure de sûreté » semble ici plus importante que la détention provisoire entendue comme « nécessité de l'instruction »⁴⁹. La détention provisoire est à l'origine une mesure mise à la disposition du

⁴⁹ FOURMENT (F.), *Procédure pénale*, 5^e éd., Orléans : Paradigme publications universitaires, 2004, n° 490, p. 217.

magistrat qui instruit, elle ne doit pas devenir une arme du ministère public pour faire régner l'ordre dans la société.

Certains magistrats ont évoqué la « logique d'instrumentalisation »⁵⁰ du juge des libertés et de la détention, dont le législateur use à travers cette procédure, pour permettre au parquet de contourner la décision du juge d'instruction. Cette procédure est bien en réalité un dispositif de contournement des décisions du magistrat instructeur. Il y a donc un affaiblissement des garanties entourant la décision de placer en détention provisoire, ce qui semble inadmissible lorsque l'on observe parallèlement un renforcement de la subordination hiérarchique des magistrats du parquet, vis-à-vis du Garde des Sceaux. Le Conseil constitutionnel ayant eu à se prononcer sur la constitutionnalité de cette nouvelle procédure, n'est pas entré dans ce débat de politique criminelle. Il a estimé que la possibilité reconnue au procureur de la République, en vertu de cette disposition, de saisir le juge des libertés et de la détention d'une demande de placement en détention provisoire « est liée à l'urgence et fondée sur des critères objectifs et rationnels, inspirés par un motif d'intérêt général en rapport direct avec l'objet de la loi » et que « la différence de traitement ainsi instituée entre les personnes dont la détention provisoire est requise ne procède donc pas d'une discrimination injustifiée »⁵¹. Il a donc validé cette disposition législative.

Ainsi, l'opportunité laissée au juge d'instruction de ne pas demander la détention provisoire disparaît avec la loi du 9 mars 2004. De même, la garantie d'un double accord pour le placement en détention provisoire est anéantie. Le procureur se voit confier le soin d'encadrer les pouvoirs des magistrats du siège en matière de libertés⁵². Aussi emblématique du retournement de la procédure pénale au profit du procureur de la République qu'est cette procédure, elle ne représente pourtant qu'une infime partie des pouvoirs du parquet sur le juge d'instruction en matière de détention provisoire. Le référé-détention, issu de la loi du 9 septembre 2002, permettant au procureur de la République de « stopper » les effets d'une ordonnance de mise en liberté, en est un autre exemple.

⁵⁰ Observations du Syndicat de la magistrature sur la constitutionnalité de la loi du 9 mars 2004, in DALLE (H.), DANET (J.), JANAS (M.), *et alii.*, « *Le nouveau procès pénal après la loi Perben II* », dossiers de la journée d'études Dalloz du 8 mars 2004, Paris : Dalloz, 2004, p. 222.

⁵¹ Cons. constit., 2 mars 2004, n° 492 DC, JO du 10 mars 2004, p. 4637.

⁵² DALLE (H.), « Juges et procureurs dans la loi Perben II », in DALLE (H.), DANET (J.), JANAS (M.), *et alii.*, *op. cit.*, p. 457.

B – L’atteinte au pouvoir du juge d’instruction de remettre en liberté

La loi du 30 décembre 1996 avait introduit dans le Code de procédure pénale, à l’article 187-1, la procédure dite du « référé-liberté » au bénéfice de l’inculpé (mais aussi du procureur), pour lui permettre de demander au président de la chambre de l’instruction de rendre suspensif l’appel d’une décision de placement en détention provisoire.

La loi du 9 septembre 2002 d’orientation et de programmation pour la justice a choisi de rétablir l’équilibre de la procédure pénale entre les droits de la société et ceux de la défense en instaurant un référé-détention au profit du procureur de la République. Cette procédure s’inscrit dans la politique répressive du gouvernement⁵³, qui passe par le renforcement des prérogatives du parquet.

Une idée constante en matière de détention provisoire, qui a résisté aux nombreuses réformes de la matière, est l’idée qu’un magistrat seul peut mettre en liberté une personne détenue provisoirement. Alors que les accords du juge d’instruction et du juge des libertés et de la détention sont nécessaires pour pouvoir placer une personne en détention provisoire, le juge d’instruction a le pouvoir de remettre une personne en liberté seul. Par la loi du 9 septembre 2002, le législateur est venu remettre partiellement en cause cette idée, en créant le référé-détention. Le juge d’instruction ne peut plus désormais remettre seul une personne en liberté (il en est de même pour le juge des libertés et de la détention), puisque le procureur a le moyen de s’opposer à cette mise en liberté. Les effets sont, certes, provisoires, mais il n’empêche que le juge d’instruction se voit retirer l’opportunité de remettre une personne en liberté.

Le dispositif, régi par les articles 148-1-1 et 187-3 du Code de procédure pénale, se présente comme tel : l’ordonnance de mise en liberté, prise par le juge d’instruction ou le juge des libertés et de la détention, contrairement aux réquisitions du procureur de la République, lui est immédiatement notifiée. Pendant un délai de quatre heures à compter de cette notification, la personne mise en examen va demeurer en détention provisoire. Dans le même temps le procureur de la République a la possibilité d’interjeter appel de cette ordonnance et de saisir le premier président de la Cour d’appel d’un référé-détention, c’est-à-dire qu’il lui demande de

⁵³ J.C., note sous Cass. crim., 6 août 2003 : *AJ pén.* 2003, p. 72.

suspendre l'exécution de la décision de remise en liberté. Le premier président doit statuer dans un délai de deux jours ouvrables suivant la demande.

Le champ d'application de la procédure est assez restreint. En effet, le référé-détention ne peut s'appliquer qu'aux ordonnances de remise en liberté. De surcroît, cette ordonnance doit avoir été prise contrairement aux réquisitions du procureur de la République. Toutefois, il importe peu de savoir par qui elle a été prise (juge d'instruction, juge des enfants, juge des libertés et de la détention), ou si elle a été prise d'office ou suite à une demande de l'inculpé. Il peut encore s'agir d'une ordonnance de mise en liberté sous contrôle judiciaire.

S'agissant des ordonnances de mise en liberté prises conformément aux réquisitions du procureur, elles demeurent susceptibles d'appel de la part du procureur, mais aucun référé-détention ne peut être présenté⁵⁴. Le procureur de la République doit donc réfléchir, lorsqu'il prend ses réquisitions, au trouble à l'ordre public qui serait porté si la remise en liberté venait à être décidée par un juge et agir en fonction de ce postulat. Pour pouvoir déposer un référé-détention il devra en conséquence avoir montré son opposition formelle à une quelconque remise en liberté.

Un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 6 août 2003⁵⁵ a réaffirmé le caractère limité du domaine d'application du référé-détention. Dans cet arrêt la Cour de cassation a précisé que les dispositions de l'article 148-1-1 sont applicables lorsque le magistrat (en l'espèce il s'agissait du juge des libertés et de la détention) décide, non pas de refuser de prolonger la détention provisoire, mais de mettre la personne en liberté avant l'expiration du délai d'un an prévu par l'article 145-2 du Code de procédure pénale. En d'autres termes, le référé-détention n'est pas possible lorsque la mise en liberté est la conséquence du refus de prolonger la détention provisoire. La mise en liberté doit être la conséquence directe d'une demande de mise en liberté faite au magistrat.

Une vision globale du schéma procédural de la détention provisoire nous permet de penser que le champ d'application du référé-détention n'est pas si limité. Certes, il ne peut s'appliquer qu'aux décisions de remise en liberté accordées par le magistrat instructeur ou le juge des libertés et de la détention. Mais eu égard à la procédure de l'article 137-4 du Code de procédure pénale étudiée antérieurement, le référé-détention aura une application toute autre. Imaginons qu'un procureur saisisse le juge des libertés après avoir essuyé le refus du juge d'instruction, et que le juge des libertés prononce le placement en détention provisoire de

⁵⁴ BUISSON (J.), « Le référé-détention du procureur de la République issu de la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 », *Procédures* 2002, chron. 13, p. 7.

⁵⁵ Cass. crim., 6 août 2003 : *Bull. crim.*, n° 144 ; *AJ pén.* 2003, p. 72.

l'individu. Dès le lendemain, le détenu pourra former une demande de mise en liberté, qui sera portée devant le juge d'instruction. Il va sans dire que le juge d'instruction accordera sans difficulté la liberté. En réponse à cela, le procureur de la République interjettera immédiatement appel de la décision du juge d'instruction en formant un référé-détention. Par ce biais, le référé-détention s'appliquera en fait et de manière indirecte aux décisions de placement en détention provisoire⁵⁶.

La compétence du procureur de la République dans l'exercice de cette procédure est toutefois limitée dans le temps. Le législateur a prévu que la suspension de la décision du magistrat instructeur (ou du juge des libertés) n'opèrerait que durant quatre heures à compter de sa notification au procureur. Le temps de réflexion laissé au procureur est donc réduit au minimum, mais suffisant pour assurer le bon fonctionnement du référé-détention. Cette procédure ne doit pas être une cause supplémentaire de retardement des procédures et de ralentissement de la justice pénale. De surcroît, l'inculpé ne doit pas rester indéfiniment dans l'attente de savoir s'il sera libéré ou non, l'attente et l'incertitude étant douloureuses pour une personne présumée innocente.

La procédure est assez contraignante. Durant ces quatre heures, le juge qui a ordonné la liberté doit conserver la décision. Il ne pourra la transmettre au directeur de la maison d'arrêt aux fins d'exécution que si, au terme des quatre heures, le procureur est resté inactif. La décision sera revêtue d'une mention indiquant que le procureur de la République n'a pas formé de référé-détention. Dans cette hypothèse, le détenu sera automatiquement libéré. Si le procureur fait connaître sa décision de ne pas présenter de référé-détention avant le terme du délai, la suspension pourra être levée plus tôt⁵⁷. Il conserve néanmoins la possibilité d'interjeter appel de la décision.

En revanche, si le procureur de la République interjette appel et forme un référé-détention, il va devoir joindre à sa demande les observations écrites justifiant le maintien en détention de la personne⁵⁸. Il n'est pas précisé dans le texte si la justification du maintien en détention doit faire référence aux dispositions de l'article 144 du Code de procédure pénale. La jurisprudence ne s'étant pas encore prononcée sur ce point, on ne peut que le supposer.

Selon l'article 187-3, le délai dont dispose ensuite le premier président de la Cour d'appel (ou son délégué) pour statuer est de deux jours ouvrables à compter de sa saisine (s'il ne se prononce pas dans les temps la personne détenue sera remise en liberté si elle n'est pas

⁵⁶ GUÉRY (CH.), « Une détention provisoire exceptionnelle...mais souhaitable », *op. cit.*, n° 6, p. 239.

⁵⁷ BUISSON (J.), *op. cit.*, p. 8.

⁵⁸ CHAMBON (P.), GUÉRY (CH.), *op. cit.*, p. 387, n° 145.45.

détenue pour une autre cause). Il va recevoir les observations écrites du procureur de la République et du mis en examen (ou son avocat)⁵⁹. L'avocat peut demander à présenter des observations orales au cours de l'audience de cabinet. Le ministère public en est avisé pour qu'il puisse prendre ses réquisitions. Le mis en examen demeure en détention pendant ce délai. La décision du premier président, qui se présente sous la forme d'une ordonnance motivée, est insusceptible de recours⁶⁰. Le premier président a deux possibilités : soit il ordonne la suspension des effets de l'ordonnance de mise en liberté, jusqu'à ce que la chambre de l'instruction ait statué sur l'appel, soit il refuse de suspendre les effets de l'ordonnance. Il ne peut pas prendre une autre décision. Sa compétence est logiquement restreinte. Il ne statue que sur le référé-détention, et non sur la décision frappée d'appel, reposant sur la chambre de l'instruction. Sa décision est, de plus, provisoire. Le Code de procédure pénale précise que si le premier président entend suspendre les effets de l'ordonnance de mise en liberté, il doit avoir retenu deux des critères de l'article 144 permettant d'affirmer que la détention est manifestement nécessaire. Cette disposition restreint encore d'autant sa liberté d'action. Si tel est le cas, le mis en examen reste en détention provisoire et la chambre de l'instruction doit se prononcer sur l'appel du ministère public dans les plus brefs délais et au plus tard dans les dix jours de l'appel. Le législateur fait ici référence à deux types de délai : un « délai-plancher » (« les plus brefs délais ») et un « délai-plafond » de dix jours⁶¹. Il insiste donc sur l'idée que la chambre de l'instruction doit statuer le plus rapidement possible. M. Buisson explique ce double délai par la nécessité de répondre aux préoccupations du procureur de la République qui est gardien des intérêts de la société. Il est possible de dire, d'un autre côté, qu'il ne faut pas faire attendre une personne présumée innocente, surtout lorsqu'il y a un doute sur la nécessité de maintenir cette personne en détention provisoire.

La procédure de référé-détention suscite deux réflexions divergentes : D'une part, elle est satisfaisante car elle vient remédier au problème issu de la suppression de l'effet suspensif de l'appel par la loi du 9 juillet 1984 s'agissant des ordonnances de remise en liberté. Pour être plus concret, le référé-détention permet d'éviter que certains criminels profitent de leur libération pour disparaître. Et de surcroît de multiples précautions sont prises pour préserver l'intérêt du mis en examen (possibilité de présenter des observations écrites et orales, la précision et l'étroitesse des délais, la référence obligatoire aux critères de l'article 144, etc.).

⁵⁹ PRADEL (J.), *Manuel de procédure pénale*, op. cit., p. 701, n° 797.

⁶⁰ Cass. crim., 9 déc. 2003 : *Bull. crim.*, n° 235.

⁶¹ BUISSON (J.), op. cit., p. 9.

Mais d'autre part, il faut bien reconnaître que ce dispositif alourdit une fois de plus la procédure d'instruction préparatoire, en marginalisant progressivement le rôle du juge d'instruction dans la détention provisoire.

Une question fondamentale finit par s'imposer : qui, du juge d'instruction et du mis en examen, est le plus sanctionné par l'institution de cette nouvelle procédure ? Le juge d'instruction voit, certes, son pouvoir de décision constamment réduit, le procureur ayant un moyen de plus de remettre en cause sa décision (le juge des libertés et de la détention est également remis en cause, le procureur paraissant plus puissant s'agissant de ce contentieux) ; mais c'est bien entendu le mis en examen qui est le plus pénalisé. Il demeure dans l'incertitude totale sur la décision qui sera prise son égard et alors même qu'il n'a été jugé coupable d'aucun fait fautif à ce stade. Son sort bascule entre liberté et détention durant cette période. Certains déplorent le fait que cette procédure ait été instaurée à la suite d'une « bavure judiciaire »⁶², celle de la remise en liberté d'un détenu, soupçonné d'avoir ensuite profité de sa liberté pour commettre d'autres crimes⁶³.

Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 29 août 2002⁶⁴, a déclaré que cette procédure n'était pas contraire à la Constitution. Il a précisé qu'en principe lorsqu'un magistrat du siège, en vertu des pouvoirs que lui confère l'article 66 de la Constitution, en tant que gardien de la liberté individuelle, a décidé de remettre une personne en liberté, « il ne peut être fait obstacle à cette décision, fût-ce dans l'attente, le cas échéant, de celle du juge d'appel ». Mais il a conclu, compte tenu de la distinction entre magistrats du siège et magistrats du parquet et de l'ensemble des conditions fixées par le législateur pour la mise en œuvre de ce référé, que ce procédé ne portait pas atteinte aux dispositions de la Constitution⁶⁵.

C'est un parquet surpuissant qui est en train de voir le jour, s'érigeant en maître de la détention provisoire. Doté d'un pouvoir croissant de surveillance et de contrôle des ordonnances en matière de détention provisoire, il se voit désormais offrir les moyens de contrer l'action du juge d'instruction. Ce parquet, pyramidal, de plus en plus soumis au pouvoir exécutif, se substitue largement aux juges du siège. Si tel doit être désormais le schéma de notre procédure pénale, il serait souhaitable que le parquet acquiert une dimension juridictionnelle (qu'il prenne des décisions motivées, susceptibles de recours et soumises au principe du contradictoire) et une indépendance statutaire⁶⁶. Le parquet n'est pas le seul acteur

⁶² FOURMENT (F.), *op. cit.*, n° 510, p. 226.

⁶³ Affaire Bonnal.

⁶⁴ Cons. constit., 29 août 2002, n° 2002-2461 DC : *JORF* 10 sept. 2002, p. 14953.

⁶⁵ FOURMENT (F.), *op. cit.*, n° 510, p. 226.

⁶⁶ SCHOULER (C.), « Les juges du siège ligotés par le parquet », *Justice* 2003, n° 174, p. 7.

à partager avec le juge d'instruction l'autorité en matière de détention provisoire. Le juge d'instruction doit également faire face aux intrusions d'autres magistrats du siège dans son domaine.

Section 2 – Le juge d’instruction face aux magistrats du siège

L’autorité du juge d’instruction en matière de détention provisoire est affaiblie par les prérogatives progressivement octroyées à d’autres magistrats du siège, que sont la chambre de l’instruction et le juge des libertés et de la détention.

§ 1 – La tutelle de la chambre de l’instruction

Les pouvoirs relatifs à la détention provisoire sont d’une importance considérable. Ils constituent une atteinte aux libertés individuelles et doivent nécessairement être contrôlés. Le juge d’instruction, autorité de décision en matière de détention provisoire, est évidemment contrôlé. Deux organes sont chargés de ce contrôle : la chambre de l’instruction et son président.

A – La mission de protection des libertés individuelles du président

Les rédacteurs du Code de procédure pénale de 1959 ont voulu libérer le juge d’instruction de la tutelle du procureur de la République en lui retirant sa qualité d’officier de police judiciaire. Cependant, afin de s’assurer de l’activité de ce magistrat et de sa diligence, il a fallu prévoir un nouveau dispositif de contrôle. C’est au président de la chambre de l’instruction qu’a été dévolue cette mission.

D’une part, le président de la chambre de l’instruction est titulaire de pouvoirs propres, qui lui permettent d’assurer le suivi de l’activité du juge d’instruction en matière de détention provisoire. Ces pouvoirs personnels sont indépendants de ceux de la juridiction qu’il préside. Ils sont régis par les articles 219 à 223 du Code de procédure pénale. Une section du Code, intitulée « pouvoirs propres du président de la chambre de l’instruction », leur est dédiée. La doctrine a vu dans l’instauration de ces pouvoirs propres une grande innovation, sans

précèdent dans nos lois⁶⁷. Ces pouvoirs propres sont d'un grand intérêt dans le domaine de la détention provisoire, au point que le président est fréquemment désigné comme le protecteur des libertés individuelles.

L'article 220 du Code met en place un contrôle indirect de la détention provisoire par le président. Il est chargé de s'assurer « du bon fonctionnement des cabinets d'instruction du ressort de la cour d'appel ». Cet instrument lui permet d'avoir une vision d'ensemble de l'usage fait de la détention provisoire dans l'étendue de son ressort⁶⁸. Ce contrôle est délicat car il a parfois été perçu comme portant atteinte à l'indépendance des juges d'instruction⁶⁹. On a craint que le texte, d'une portée trop générale et absolue, laissant une grande liberté d'action au président, lui permette de s'immiscer dans la conduite de l'information. De surcroît, ce contrôle est d'une nature ambiguë car il n'est pas assorti de sanctions. On ne peut pas dire que ce pouvoir soit d'une nature disciplinaire. Certains ont conclu qu'il était purement tutélaire et administratif⁷⁰. D'autres ont préféré en déduire qu'il s'agissait d'un pouvoir de conseil⁷¹. L'article 220 n'offre pas au président de la chambre de l'instruction la possibilité de s'immiscer dans l'information menée par le magistrat instructeur. Le président est simplement un guide pour ce magistrat, il doit le conseiller. Il ne peut en aucun cas lui adresser des injonctions. Il doit faire preuve de tact dans l'exercice de cette mission⁷².

Il s'emploie notamment « à ce que les procédures ne subissent aucun retard injustifié ». L'objectif du président est de réguler le cours des instructions et d'empêcher les manœuvres dilatoires retardant les procédures. Le président effectue donc une surveillance sur l'activité du juge d'instruction dans le domaine de la détention provisoire par le biais de ce pouvoir de surveillance des cabinets d'instruction.

Plus particulièrement, l'article 220 du Code de procédure pénale, modifié par la loi du 30 décembre 1996, donne au président le pouvoir d'effectuer un contrôle direct sur la détention provisoire. Le président de la chambre doit vérifier les conditions d'application de l'article 144 du Code, c'est-à-dire qu'il doit s'assurer que les conditions d'un placement en détention provisoire sont bien réunies, et veiller à ce qu'il n'y ait pas de détentions abusives ou trop longues. On en déduit logiquement que si les conditions du placement en détention provisoire ne sont plus réunies, le président de la chambre doit le faire savoir au magistrat instructeur. Il

⁶⁷ BROUCHOT (J.), « La chambre d'accusation », *JCP* éd. G 1959, I, 1485, n° 4.

⁶⁸ BROUCHOT (J.), *op. cit.*, n° 21.

⁶⁹ ARRIGHI (C.), « De la chambre d'accusation à la chambre de l'instruction », *Rev. sc. crim.* 2001, p. 139.

⁷⁰ CHAMBON (P.), *La chambre d'accusation*, Paris : Dalloz, 1978, p. 91, cité in ARRIGHI (C.), *op. cit.*, p. 139.

⁷¹ ANGEVIN (H.), « Chambre de l'instruction », *J.-Cl. Proc. pén.* 2004, art. 191 à 230, fasc. 15, n° 8.

⁷² BROUCHOT (J.), *op. cit.*, n° 22.

veille donc au respect des dispositions légales relatives à la privation de liberté des individus. Pour accomplir cette tâche, certaines prérogatives lui sont confiées. Il doit visiter, au moins une fois par trimestre, les maisons d'arrêt du ressort de la cour d'appel et y vérifier la situation des détenus provisoires (art. 222 du C. pr. pén.). Il peut saisir la chambre de l'instruction pour qu'elle se prononce sur le maintien en détention provisoire d'une personne mise en examen et placée en détention (art. 223 du C. pr. pén.). Il peut encore s'entretenir avec les détenus, en l'absence de tout membre du personnel et en dehors des jours et heures normaux de visites. Chaque détenu peut aussi demander à s'entretenir avec lui. Lorsqu'il visite les maisons d'arrêt, le président vise le registre tenu par l'établissement et peut y formuler ses observations. Il peut enfin donner des ordres aux responsables des maisons d'arrêt. Il dispose donc d'un arsenal considérable pour contrôler la détention provisoire. De surcroît, l'article 221 précise que le juge d'instruction doit faire parvenir au président de la chambre un état de toutes les affaires en cours chaque semestre, indiquant pour chacune d'entre elles, le dernier acte d'instruction effectué. Un état spécial est prévu pour toutes les affaires dans lesquelles une personne est placée en détention provisoire. Le président de la chambre porte donc une attention plus particulière à l'état sur lequel figure les détentions provisoires. S'il constate qu'aucun acte d'instruction n'a été accompli depuis plus de quatre mois, il peut saisir par requête la chambre de l'instruction. Les parties ont également ce pouvoir depuis la loi du 30 décembre 1996, et peuvent notamment saisir la chambre de l'instruction par requête lorsqu'aucun acte d'instruction n'a été effectué pendant deux mois lorsqu'il s'agit d'une personne en détention provisoire. Dans ce cas, mais également en cas d'appel contre des ordonnances du juge d'instruction, le président a un rôle de filtre. C'est un régulateur de la procédure.

Il peut, par décision motivée, décider qu'il n'y a pas lieu de saisir la chambre, lorsque la requête ou l'appel est frappé(e) d'irrecevabilité. En matière de permis de visite, le magistrat instructeur est « concurrencé » par le président de la chambre de l'instruction. En effet, les refus du juge d'instruction de délivrer un permis de visite vont pouvoir être déférés devant le président par le demandeur. L'article 145-4 du Code de procédure pénale prévoit que lorsque le président infirme la décision du juge d'instruction, il délivre le permis de visite. Sa décision, écrite et motivée, n'est pas susceptible de recours. On constate donc que le président est doté de multiples pouvoirs de contrôle de l'activité du juge d'instruction en matière de détention provisoire.

D'autre part, le président dispose de pouvoirs particuliers sur la détention provisoire, liés à l'urgence. Pour répondre à des situations d'urgence, le législateur a doté le président de la

chambre de l'instruction du pouvoir d'ordonner des mesures à caractère provisoire. Il peut ordonner provisoirement le placement en détention provisoire, mais également statuer en référé lorsqu'une personne est placée en détention provisoire, par la procédure du référé-liberté. Dans ses divers cas le président est érigé en rival du juge d'instruction puisqu'il a de véritables pouvoirs d'action sur la détention provisoire et non plus simplement de contrôle.

S'agissant de la possibilité d'ordonner le placement en détention provisoire, deux hypothèses vont s'offrir au président. L'article 196 du Code de procédure pénale prévoit que le président de la chambre de l'instruction peut, sur réquisitions du procureur général, décerner lui-même un mandat de dépôt ou d'arrêt. Cette situation n'est possible que lorsque des charges nouvelles apparaissent à l'encontre d'une personne, après avoir prononcé un non-lieu. Le président n'agit ici que dans l'attente de la réunion de la chambre de l'instruction. Il s'agit simplement de répondre à une situation urgente où une personne doit être placée en détention provisoire très rapidement. Mais ce n'est pas le seul moyen pour le président de mettre une personne en détention provisoire. L'article 201 du Code de procédure pénale, modifié récemment par la loi du 9 mars 2004, comporte un nouvel alinéa prévoyant la possibilité pour le président de la chambre de l'instruction, en cas d'urgence, d'ordonner l'incarcération provisoire d'une personne. Cette incarcération est prévue pour une durée déterminée, elle ne peut excéder « quatre jours ouvrables jusqu'à la réunion de la chambre de l'instruction ». Ce pouvoir intervient dans le cadre du pouvoir de la chambre de l'instruction d'ordonner un placement en détention provisoire ou un contrôle judiciaire, et répond à la nécessité d'intervenir lorsque la chambre de l'instruction ne peut pas se réunir dans l'immédiat, par exemple lorsqu'elle instruit elle-même une affaire (en application de son pouvoir d'évocation). La décision du président doit donc cesser de produire effet dès l'instant où la chambre de l'instruction peut à nouveau se réunir.

Le président de la chambre de l'instruction peut également agir sur la détention provisoire par la voie du référé. La technique utilisée est celle du « référé-liberté ». Elle permet à la personne qui vient d'être placée en détention provisoire et qui fait appel de l'ordonnance de placement, de saisir le président de la chambre de l'instruction d'une requête visant à ce qu'il examine immédiatement son appel, sans attendre l'audience collégiale. Le ministère public peut aussi utiliser cette procédure, lorsqu'il est appelant, dans les mêmes conditions que le détenu. Cette procédure est organisée par l'article 187-1 du Code de procédure pénale. Elle a été insérée dans ledit code par la loi du 24 août 1993 et modifiée successivement par les lois du 30 décembre 1996 et 15 juin 2000. L'objectif, lors de l'instauration de cette procédure, était de

rendre effectif le caractère exceptionnel de la détention provisoire, en limitant le nombre des détentions abusives prononcées par les magistrats instructeurs⁷³. Les termes de l'article 187-1 n'ont pas été modifiés depuis l'instauration du juge des libertés et de la détention en juin 2000. L'article parle de la décision de placement en détention provisoire prise par le juge d'instruction, alors que désormais cette décision est le résultat d'un double accord entre ces deux magistrats.

Cette procédure se caractérise par sa lourdeur. Les conditions de forme, de délai et de fond sont très restrictives. L'appel de l'ordonnance du juge d'instruction (du juge des libertés et de la détention désormais) doit être interjeté au plus tard le jour suivant la décision de placement en détention provisoire. De plus, la demande au président de la chambre de l'instruction doit être formée en même temps que l'appel, à peine d'irrecevabilité. Elle peut par ailleurs être constatée par le juge d'instruction (ou le juge des libertés et de la détention) comme la déclaration d'appel après le débat contradictoire. Les parties peuvent présenter des observations écrites et même orales.

Le déroulement de la procédure est tout aussi lourd et complexe. Le président doit statuer au plus tard le troisième jour ouvrable suivant la demande. Son ordonnance n'a pas à être motivée, n'est pas susceptible de recours et aucun débat contradictoire n'a lieu. On remarque que la procédure ne protège pas l'individu contre une décision arbitraire du président. Toutefois, il faut nuancer cette affirmation en précisant que si le président entend confirmer l'ordonnance de placement en détention provisoire, il doit dans ce cas renvoyer l'examen de l'appel devant la chambre de l'instruction. La liberté est la règle et la détention l'exception. En revanche, s'il estime que la détention provisoire n'est pas justifiée, au vu de l'article 144 du Code de procédure pénale, il infirme l'ordonnance de placement en détention provisoire. Il ordonne dans ce cas la remise en liberté de la personne. Il a donc le pouvoir de mettre en péril la décision conjointe du magistrat instructeur et du juge des libertés et de la détention. Il peut de surcroît, s'il l'estime opportun, ordonner le placement sous contrôle judiciaire de la personne. Dans ces deux derniers cas la chambre de l'instruction est dessaisie de l'appel. On constate que le référé-liberté, à l'origine conçu comme une mesure provisoire répondant à une situation d'urgence, permet au président de statuer sur le fond de l'appel. Ainsi, il apprécie la situation pour déterminer si les conditions de l'article 144 sont remplies. Ceci dépasse le simple cadre d'une mesure de « sanction » à l'encontre du magistrat qui a ordonné la détention

⁷³ BRAULT-JAMIN (V.), « La réforme de la procédure dite du « référé-liberté » Chronique d'un échec peut être remédiable », *Rev. pénit.* 1997, p. 159.

et peut inciter le président à s'octroyer plus de liberté dans l'exercice de ce pouvoir⁷⁴. La loi du 15 juin 2000 a prévu à l'article 187-2 une possibilité pour la personne placée en détention provisoire et qui forme le recours prévu par l'article 187-1, de demander à ce que ce soit la chambre de l'instruction qui l'examine directement. On s'interroge sur les raisons de cette nouvelle disposition et sa nécessité dans le cadre d'une procédure de référé, qui est censée répondre à une exigence de rapidité. En cas d'échec de la procédure du référé-liberté, la détention provisoire aura donc été le résultat de trois réflexions successives⁷⁵. L'atteinte à la présomption d'innocence est d'autant plus importante dans une telle situation. Cette procédure n'est pas un réel succès, elle reste encore mal connue et très peu utilisée par les praticiens du droit⁷⁶.

La diversité et l'augmentation croissante des pouvoirs du président de la chambre de l'instruction, dans le contrôle de l'activité du juge d'instruction et le suivi de la détention provisoire, en ont fait un redoutable concurrent de la chambre de l'instruction elle-même.A

B – La mission de contrôle de la chambre de l'instruction

En 1808, les rédacteurs du Code d'instruction criminelle avaient déjà placé au dessus du juge d'instruction et de la chambre du conseil une juridiction supérieure : la chambre des mises en accusation. Cette formation collégiale était l'héritière du jury d'accusation de la Révolution⁷⁷. Les rédacteurs du Code de procédure pénale de 1959 n'ont pas souhaité remettre en cause ce système et ont préservé cette juridiction, sous l'appellation de chambre d'accusation. La loi du 15 juin 2000 a changé une nouvelle fois sa dénomination, qui est désormais la chambre de l'instruction. Même si sa fonction a évolué progressivement avec le temps, cette juridiction a toujours eu pour mission de contrôler la régularité de l'information. Ses pouvoirs de contrôle sont considérables même si elle ne dispose pas d'un monopole en cette matière. Juridiction d'instruction du second degré, elle contrôle les actes d'instruction et de juridiction du juge d'instruction. Elle détient le pouvoir de révision sur les actes d'instruction⁷⁸. L'article 201 du

⁷⁴ ARRIGHI (C.), « Les pouvoirs du président de la chambre d'accusation après la loi du 30 décembre 1996 », *Rev. sc. crim.* 1998, p. 689.

⁷⁵ PRADEL (J.), « La procédure pénale française à l'aube du troisième millénaire », *D.* 2000, chron. p. 1.

⁷⁶ GUÉRY (CH.), *Détention provisoire, op. cit.*, p. 169.

⁷⁷ PRADEL (J.), *Manuel de procédure pénale, op. cit.*, p. 50, n° 35.

⁷⁸ PRADEL (J.), « Le second degré de l'instruction pénale », *Justices, Revue générale de droit processuel* 1996, n° 4, p. 75.

Code de procédure pénale lui permet d'ordonner un supplément d'information, lorsqu'elle estime devoir compléter l'instruction du magistrat instructeur. Pour user de son pouvoir de révision, elle doit être saisie de la totalité du dossier. Les termes de l'article 201 lui donnent une grande liberté d'action, puisqu'elle peut ordonner tous les actes d'instructions qui lui paraissent utiles. Certains auteurs estiment même que la chambre peut se prononcer sur la détention provisoire en vertu de cet article 201⁷⁹. Elle peut aussi décider de l'annulation d'actes d'instruction, lorsque ceux-ci sont irréguliers. La chambre de l'instruction apparaît ici comme « le maître qui corrige l'élève »⁸⁰. Cependant, dans la plupart des cas, lorsqu'elle intervient dans le domaine de la détention provisoire, la chambre de l'instruction n'est saisie que d'une partie du dossier. Elle est en effet saisie des ordonnances du magistrat instructeur ou du juge des libertés et de la détention, ordonnances juridictionnelles.

Le contrôle de la chambre de l'instruction sur la détention provisoire est donc principalement juridictionnel. Elle apprécie la régularité des ordonnances du juge d'instruction et du juge des libertés et de la détention, qui lui sont déférées par la voie de l'appel. Toutes les ordonnances relatives à la liberté sont en effet susceptibles d'appel, que ce soit par le ministère public ou par les parties privées (art. 185 et 186 du C. pr. pén.). Le procureur de la République et le procureur général ont toujours disposé d'un droit d'appel de toutes les ordonnances juridictionnelles du juge d'instruction, y compris lorsqu'elles sont conformes à leurs réquisitions⁸¹. L'appel des parties privées est admis moins largement que celui du parquet. Le mis en examen peut, en outre, et depuis la loi du 4 janvier 1993, interjeter appel de toutes les ordonnances relatives à la détention provisoire (l'ordonnance de placement en détention provisoire ainsi que les ordonnances statuant sur le contentieux de la détention). La partie civile est quant à elle privée de cette possibilité. Les parties privées disposent d'un délai de dix jours à compter de la date de la notification de la décision pour interjeter appel d'une ordonnance du juge d'instruction. Le procureur général dispose du même délai que les parties privées, et le procureur de la République doit agir dans les cinq jours de la notification. L'appel se fait par déclaration au greffe du tribunal. Toutefois, s'agissant du détenu, on admet que la déclaration soit faite auprès du chef de la maison d'arrêt dans laquelle il se trouve. La déclaration, une fois signée par l'appelant et par le chef de la maison d'arrêt, est envoyée sans délai au greffe du tribunal concerné⁸². La chambre de l'instruction va ensuite entendre le ministère public et les parties, puis vérifier que l'appel est recevable. Le filtrage effectué par le

⁷⁹ ARRIGHI (C.), « De la chambre d'accusation à la chambre de l'instruction », *op. cit.*, p. 126.

⁸⁰ PRADEL (J.), « Le second degré de l'instruction pénale », *op. cit.*, p. 75.

⁸¹ *Ibid.*, p. 131.

⁸² PRADEL (J.), *Manuel de procédure pénale*, *op. cit.*, p. 701, n° 796.

président de la chambre ne la lie pas, elle garde toute sa liberté d'appréciation quant à la recevabilité de l'appel.

L'appel a un effet dévolutif, c'est-à-dire qu'il ne saisit la chambre de l'instruction que de la question déférée à celle-ci par l'appelant. L'appelant ne saurait profiter de l'appel qu'il interjette pour demander à la chambre de l'instruction d'examiner une autre question. L'effet dévolutif interdit une extension des pouvoirs de la chambre de l'instruction⁸³. L'effet dévolutif de l'appel pourrait être contourné par le biais de l'évocation. L'évocation, prévue par les articles 206 et 207 du Code de procédure pénale, permet à la chambre de l'instruction, lorsqu'elle n'est saisie que d'une partie de l'affaire, d'élargir sa saisine pour pouvoir ensuite utiliser son pouvoir de révision. L'évocation n'est pas toujours possible car elle touche la délicate question des rapports entre le juge d'instruction et la chambre de l'instruction et porte nécessairement atteinte aux pouvoirs du juge d'instruction⁸⁴. L'article 207 n'autorise pas l'évocation en cas d'appel formé contre une ordonnance relative à la détention provisoire. L'appel étant fréquent dans cette matière, une telle possibilité ralentirait sensiblement la procédure d'instruction et surchargerait la chambre de l'instruction. De surcroît, la question de la détention provisoire ne correspond pratiquement jamais avec le fond de l'affaire⁸⁵. Lorsqu'elle est saisie d'un appel contre une ordonnance relative à la détention provisoire, la chambre de l'instruction a donc toute liberté pour confirmer ou infirmer la décision du juge d'instruction ou du juge des libertés et de la détention, mais dans tous les cas elle devra faire retour du dossier au juge d'instruction sans délai (art. 207 du C. pr. pén.). Même si elle ne doit normalement s'intéresser qu'à l'opportunité de la décision prise par le magistrat instructeur, la jurisprudence a admis que la chambre devait également vérifier le bien-fondé de la détention provisoire au regard des exigences de l'article 137 et par référence aux critères de l'article 144⁸⁶. Il lui est donc permis de vérifier que la détention provisoire est régulière. Ainsi elle pourra se prononcer sur l'inexistence du titre de détention⁸⁷. Elle ne pourra pas évoquer l'affaire.

Toutefois, la jurisprudence est venue créer une sorte d'évocation partielle au profit de la chambre de l'instruction, pratique consacrée par la loi du 9 mars 2004. La chambre de l'instruction peut, dans le cas où elle infirme la décision du juge d'instruction refusant de

⁸³ MERLE (R.), VITU (A.), *op. cit.*, pp. 587-588, n° 501.

⁸⁴ PRADEL (J.), *Manuel de procédure pénale, op. cit.*, p. 682, n° 777.

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ MERLE (R.), VITU (A.), *op. cit.*, p. 588, n° 502.

⁸⁷ Cass. crim., janv. 1983 : D. 1983, p. 562, note ROGER, cité in ARRIGHI (C.), « De la chambre d'accusation à la chambre de l'instruction », *op. cit.*, p. 134.

décerner un mandat de dépôt ou d'arrêt contre un individu, délivrer elle-même le mandat et se réserver le contentieux ultérieur de la détention (prolongation, demandes de mise en liberté). Sa situation de juridiction supérieure de l'instruction lui donne ce pouvoir, étant entendu qu'elle ne peut pas faire injonction au juge d'instruction de délivrer le mandat. C'est ce qu'a affirmé un arrêt de la Cour de cassation, chambre criminelle, du 22 décembre 1959⁸⁸.

La Cour en avait donc déduit que pour toute la durée de l'instruction, la question de la détention échappait au juge d'instruction pour relever entièrement de la chambre de l'instruction. D'un côté, il semble normal de donner à une juridiction le contentieux d'un titre de détention qu'elle a elle-même décerné. De plus, cette solution évite les conflits entre le juge d'instruction et la chambre. Mais d'un autre côté, cette solution apparaît contraire au principe de l'interdiction de l'évocation en matière de détention provisoire consacré par l'article 207⁸⁹. Dans un premier temps, un arrêt de la chambre criminelle du 22 février 1977⁹⁰ a confirmé la solution de 1959 : Lorsque la chambre de l'instruction infirme la décision du juge d'instruction refusant de délivrer un mandat de dépôt, ce magistrat se trouve dessaisi de la question de la liberté ou de la détention jusqu'à la fin de l'instruction. Il n'a donc plus qualité pour statuer sur une nouvelle demande de mise en liberté. Selon cette jurisprudence, c'est l'article 207, alinéa 1^{er}, qui habilite la chambre de l'instruction à agir comme tel. Le juge d'instruction est dès lors dépourvu de tout pouvoir en matière de détention provisoire. Il est porté une atteinte considérable à ses prérogatives. Dans un second temps, la jurisprudence va nuancer cette théorie dégagée en 1959, par un arrêt du 24 novembre 1977⁹¹. Dans cet arrêt, la chambre criminelle de la Cour va poser en règle que la chambre de l'instruction, après avoir infirmé la décision du magistrat instructeur et délivré le mandat, ne pourra se réserver le contentieux ultérieur de la détention ou de la liberté que par une mention expresse. Cet arrêt réaffirme en quelque sorte la compétence prioritaire du juge d'instruction dans cette matière. La chambre, si elle désire obtenir le contentieux de la détention qu'elle a ordonné, doit le faire expressément. A défaut, le juge d'instruction demeure seul compétent⁹². Deux arrêts plus récents sont venus brouiller les pistes en revenant vers la solution initiale, en affirmant que dès lors qu'elle infirme la décision du juge d'instruction et place la personne en détention

⁸⁸ Cass. crim., 22 déc. 1959 : *Bull. crim.*, n° 569 ; *D.* 1960. I, concl. BESSON (A.) ; *JCP* éd. G 1962, II, 12857, note CHAMBON (P.).

⁸⁹ REMPLON (L.), « La maîtrise du contentieux de la détention en cas d'opposition entre la chambre d'accusation et le juge d'instruction », *JCP* éd. G 1978, I, 2887.

⁹⁰ Cass. crim., 22 févr. 1977 : *JCP* éd. G 1978, II, 18781, note CHAMBON (P.).

⁹¹ Cass. crim., 24 nov. 1977 : *Bull. crim.*, n° 370 ; *JCP* éd. G 1978, II, 18781, note CHAMBON (P.) ; *D.* 1979. 56, note MALAVAL.

⁹² Cass. crim., 1^{er} avril 1992 : *Bull. crim.*, n° 136, cité in CHAMBON (P.), GUÉRY (CH.), *op. cit.*, p. 358, n° 142.55.

provisoire, la chambre de l'instruction entend nécessairement se réserver la maîtrise du contentieux de la détention⁹³.

La loi du 15 juin 2000, confiant la question de la détention provisoire au premier degré au juge des libertés et de la détention, n'a pas remis en cause la possibilité pour la chambre de se réserver le contentieux de la détention provisoire. La jurisprudence a toutefois pris soin de préciser que pour qu'une telle décision n'encoure pas la censure, elle devait être soumise à recours⁹⁴.

La loi du 9 mars 2004 est venue mettre un terme à l'ambiguïté qui planait sur cette question, en consacrant la solution retenue par l'arrêt du 24 novembre 1977. Elle a ajouté une nouvelle disposition à l'article 207 du Code, précisant que dans une telle situation, « les décisions en matière de détention provisoire continuent de relever de la compétence du juge d'instruction et du juge des libertés et de la détention sauf mention expresse de la part de la chambre de l'instruction disant qu'elle est seule compétente pour statuer sur les demandes de mise en liberté et prolonger le cas échéant la détention provisoire ». La chambre de l'instruction doit donc préciser expressément dans sa décision qu'elle se réserve la maîtrise du contentieux ultérieur de la détention lorsqu'elle décerne un mandat de dépôt ou qu'elle infirme l'ordonnance de refus de placer en détention provisoire. Cette solution ne peut qu'être applaudie car elle préserve la qualité du juge d'instruction pour connaître du contentieux de la détention.

La réserve de contentieux permet à la chambre de l'instruction, d'une manière détournée, de se prononcer sur la détention provisoire comme la juridiction d'instruction du premier degré. Toutefois ce n'est pas le seul moyen pour la chambre d'agir sur la détention provisoire en concurrençant le juge d'instruction. La chambre de l'instruction dispose également de « pouvoirs propres »⁹⁵ en matière de détention provisoire. En effet, l'article 201, alinéas 1 et 2 du Code de procédure pénale prévoit la possibilité pour la chambre d'agir directement, sans attendre que la juridiction d'instruction du premier degré se prononce.

L'article 201, alinéa 2, dispose que la chambre de l'instruction peut, dans tous les cas, après avoir entendu le ministère public, prononcer la mise en liberté d'office d'une personne mise en examen. Cela peut arriver lorsqu'elle constate que la détention est illégale, c'est-à-dire

⁹³ Cass. crim., 4 nov. 1987, 1^{er} et 2^e arrêts : *Bull. crim.*, n° 386 ; *D.* 1988, somm. 190, obs. PRADEL (J.) ; *Rev. sc. crim.* 1988. 333, obs. BRAUNSCHWEIG (A.).

⁹⁴ Cass. crim., 13 juin 2001 : *D.* 2001, jur., p. 3571, note DREYER (E.)

⁹⁵ CHAMBON (P.), GUÉRY (CH.), *op. cit.*, p. 359, n° 142.58.

lorsque le titre de détention est inexistant⁹⁶. C'est un pouvoir qui relève de sa seule initiative. Le détenu n'est donc pas autorisé à s'adresser à la chambre pour lui demander de faire usage des dispositions de l'article 201, alinéa 2 à son profit⁹⁷. Ce pouvoir de la chambre concurrence directement les pouvoirs du juge d'instruction, également habilité à libérer d'office un détenu. La juridiction d'instruction du second degré agit dans cette hypothèse dans le cadre du premier degré, elle vient empiéter sur un domaine qui n'est pas le sien. La loi du 9 mars 2004 a complété cet article 201 en lui ajoutant un 3^e alinéa, qui dispose que la chambre « peut ordonner le placement en détention provisoire ou sous contrôle judiciaire de la personne mise en examen. La chambre de l'instruction a donc des pouvoirs propres en matière de détention provisoire qui vont au-delà de ceux du juge d'instruction lui-même. Ce dernier ne peut plus désormais placer seul une personne mise en examen en détention provisoire. Il doit nécessairement saisir le juge des libertés et de la détention pour que celui-ci statue sur la question. Elle concurrence aussi directement le juge des libertés et de la détention, co-acteur de la détention provisoire avec le juge d'instruction depuis la loi du 15 juin 2000.

§ 2 – La coopération du juge des libertés et de la détention

Le législateur ayant souhaité mettre fin à une utilisation détournée de la détention provisoire par les magistrats instructeurs, un nouveau magistrat a fait son apparition dans le domaine de la détention provisoire par la loi du 15 juin 2000 : le juge des libertés et de la détention. L'article 137-1 du Code de procédure pénale précise que « le juge des libertés et de la détention est un magistrat du siège ayant rang de président, de premier vice-président ou de vice-président. Il est désigné par le président du tribunal de grande instance ». Ce juge des libertés et de la détention, appelé à intervenir en matière de détention provisoire, est donc d'un rang supérieur au juge d'instruction. On précise d'ailleurs que le juge des libertés et de la détention ne doit pas exercer de manière habituelle les fonctions de juge d'instruction. L'intervention de ce magistrat bouleverse le schéma procédural de la détention provisoire, puisqu'il met un terme au « monopole décisionnel » dont disposait le juge d'instruction. Le juge d'instruction doit désormais composer avec un juge auquel il a transmis la plupart de ses

⁹⁶ Cass. crim., 4 janv. 1983 : *Bull. crim.*, n° 3 ; *JCP* éd. G 1984, II, 20203, note CHAMBON (P.), *cité in* CHAMBON (P.), GUÉRY (CH.), *op. cit.*, p. 383, n° 145.14.

⁹⁷ Cass. crim., 3 avril 2002 : *Bull. crim.*, n° 73 ; *JCP* éd. G 2002, IV, 1897 ; *Rev. sc. crim.* 2002, p. 883, obs. RENUCCI.

compétences. Bien qu'ayant un rôle central dans la détention provisoire, le nouveau juge ne dispose pas d'un pouvoir absolu.

A – La compétence indéniable du juge des libertés et de la détention

La réforme du 15 juin 2000 est évidemment une réforme ambitieuse. Non seulement elle a créé un nouveau juge du siège, le juge des libertés et de la détention, mais elle a également transféré à ce nouveau juge la compétence traditionnellement dévolue au juge d'instruction : la détention provisoire. L'idée de faire intervenir un autre magistrat pour les décisions relatives à la détention provisoire n'est pas nouvelle, mais jusqu'à présent il n'avait jamais été question de confier cette mission à un autre juge unique⁹⁸, excepté provisoirement en 1993. Les législateurs antérieurs avaient, à plusieurs reprises, cherché à instaurer une juridiction collégiale, mais leurs tentatives avaient échoué. Ce nouveau juge pourrait être assimilé au juge délégué pour la mise en détention que l'on avait instauré de façon provisoire en 1993, mais supprimé avec la loi du 24 août 1993⁹⁹. La compétence du juge de la détention de 2000 est toutefois plus large que celle du juge délégué de 1993.

L'article 137-1 du Code de procédure pénale précise que « la détention provisoire est ordonnée ou prolongée par le juge des libertés et de la détention. Les demandes de mise en liberté lui sont également soumises ». Les principaux pouvoirs relatifs à la détention provisoire sont donc désormais entre les mains du juge des libertés et de la détention. Ainsi, lorsqu'une instruction est ouverte, c'est le juge des libertés et de la détention qui est compétent pour ordonner ou prolonger la détention provisoire. Il peut également statuer sur les demandes de mise en liberté formées par le détenu, son conseil (art. 148-6 et 148-7 du C. pr. pén.), ou le procureur de la République (art. 147 du C. pr. pén.). Néanmoins, pour pouvoir ordonner ou prolonger la détention, il doit d'abord être saisi par le juge d'instruction, qui a désormais un rôle de filtre (art. 137-1 du C. pr. pén.). S'agissant des demandes de mise en liberté, le juge d'instruction et le juge des libertés et de la détention ont une compétence concurrente. Chacun peut seul ordonner une remise en liberté. Toutefois, le juge des libertés et de la détention n'interviendra que si le juge d'instruction refuse de faire droit à cette demande.

⁹⁸ VUILLEMIN-GONZALES (C.), « La protection de la liberté pendant la phase préparatoire », *Rev. pénit.* 2001, p. 115.

⁹⁹ RENAUT (M.-H.), « Innovation pour les droits de la défense ou retour partiel au Code Napoléon », *Dr. pénal* 1999, chron. 26, p. 6.

Le juge des libertés et de la détention a une compétence réelle en matière de détention provisoire, qu'il ne peut toutefois exercer que si le juge d'instruction le lui permet.

La procédure demeure identique à celle qui avait lieu devant le juge d'instruction. Le juge des libertés et de la détention est saisi par une ordonnance motivée du juge d'instruction. L'ordonnance du magistrat instructeur doit comporter les éléments de droit et de fait justifiant la saisine du juge des libertés et de la détention. Plus le juge d'instruction souhaite que le juge des libertés et de la détention suive son avis, plus il a intérêt à motiver avec soin son ordonnance de saisine¹⁰⁰. Lorsqu'il est saisi, le juge des libertés et de la détention doit organiser un débat contradictoire. Au cours de ce débat, il va devoir entendre la personne mise en examen, et son avocat le cas échéant, ainsi que les réquisitions du procureur de la République. Il statue à l'issue du débat contradictoire, par une ordonnance motivée qui doit contenir « l'énoncé des considérations de droit et de fait sur le caractère insuffisant des obligations du contrôle judiciaire et le motif de la détention par références aux dispositions des articles 143-1 et 144 » (art.137-3 du C. pr. pén.).

Le débat contradictoire intervient systématiquement s'agissant du placement en détention ou de la prolongation de la détention. Le juge des libertés et de la détention n'ayant pas réalisé l'interrogatoire de première comparution, il n'a encore jamais rencontré la personne mise en examen et a tout à apprendre de ce débat¹⁰¹. Toutefois rien ne l'oblige à organiser ce débat s'il n'envisage pas de placer la personne en détention provisoire. Tout au plus doit-il obtenir l'adresse permanente de l'individu s'il le place sous contrôle judiciaire¹⁰².

Le débat a normalement lieu dans le cabinet du juge, mais cette règle n'est pas absolue. Au cours de sa mission, le juge des libertés et de la détention est habilité à se déplacer sur la totalité du territoire national et il peut arriver que le débat ait lieu ailleurs qu'au palais de justice. Dans une telle hypothèse, le juge des libertés et de la détention doit aviser le procureur de la République de son ressort du déplacement qu'il envisage d'effectuer, pour que celui-ci puisse l'accompagner et pour que les exigences relatives au débat soient respectées. Le débat a lieu en audience de cabinet, sauf si la personne mise en examen réclame dès l'ouverture de l'audience la publicité du débat. La publicité ne sera possible que si elle ne risque pas de nuire à la dignité des personnes, aux intérêts de tiers, ou à la bonne conduite des investigations. Le

¹⁰⁰ LAVIELLE (B.), LEBUR (F.), « Le Juge des libertés et de la détention : Béni-oui-oui ou terminator ? », *Gaz. Pal.* 2001, doct., p. 1171.

¹⁰¹ GUÉRY (Ch.), *Détention provisoire*, Paris : Dalloz, 2001, p. 68, n° 2.39.

¹⁰² PRADEL (J.), *Manuel de procédure pénale*, *op. cit.*, p. 652, n° 744.

juge devra statuer par ordonnance motivée, après avoir recueilli les observations du ministère public, de la personne mise en examen et de son avocat.

Le débat peut être immédiat ou différé. En effet, la loi offre à l'intéressé la possibilité d'obtenir un délai pour préparer sa défense (art. 145 du C. pr. pén.). Si l'intéressé en fait la demande, le juge des libertés et de la détention pourra prescrire l'incarcération provisoire de cette personne, pour une durée ne pouvant excéder quatre jours ouvrables. La personne comparaitra à nouveau devant le juge au cours de ce délai. Cette ordonnance d'incarcération provisoire est motivée et insusceptible d'appel. L'incarcération provisoire est une mesure distincte de la détention provisoire, elle la précède et le délai d'incarcération provisoire est imputé à la durée de la détention provisoire.

L'ordonnance du juge des libertés et de la détention statuant sur la détention provisoire est notifiée à la personne concernée, qui en reçoit une copie intégrale. Elle doit en échange émarger le dossier de la procédure. Lorsque la personne est placée en détention provisoire, la mission de suivi de la durée de la détention en vue d'une prolongation incombe encore au juge d'instruction¹⁰³. C'est à lui que reviendra le soin de prévoir la convocation du conseil du détenu dans un délai de cinq jours ouvrables au moins avant la fin de la détention. Les deux acteurs sont libres de prévoir, entre eux, celui qui sera chargé de cette convocation ainsi que de la réquisition d'extraction du détenu¹⁰⁴. S'agissant des demandes de mise en liberté, le juge d'instruction garde la priorité de décision. Il dispose d'un délai de cinq jours à compter de la communication de la demande au procureur de la République pour transmettre le dossier au juge des libertés et de la détention, s'il refuse d'y faire droit. S'il envisage au contraire de remettre la personne en liberté, il n'a pas de délai à respecter. Le juge des libertés et de la détention n'intervient donc qu'en second rang, pour donner une seconde chance au détenu. Il dispose d'un délai de trois jours ouvrables pour statuer (art. 147 du C. pr. pén.).

Lorsque plusieurs demandes de mise en liberté ont été formées, ou que des appels ont été formés contre des refus de mettre en liberté et qu'il n'a pas encore été statué sur toutes les demandes, le délai de trois jours ne court qu'à compter de la décision rendue par la juridiction compétente (le juge d'instruction ou la chambre de l'instruction). Pour simplifier la procédure et pour plus de rapidité, la loi du 9 mars 2004 a prévu que lorsque plusieurs demandes sont formées, il peut être répondu à ces demandes par une décision unique, dans le respect des délais précités.

¹⁰³ LAVIELLE (B.), LEBUR (F.), *op. cit.*, p. 1173.

¹⁰⁴ *Ibid.*

Si le juge des libertés ne respecte pas le délai de trois jours ouvrables, le demandeur peut alors saisir directement la chambre de l'instruction. Celle-ci devra alors se prononcer dans un délai de vingt jours, ou le détenu sera remis en liberté d'office. Le débat contradictoire n'est pas prévu dans le cadre des demandes de mise en liberté. Les ordonnances du juge des libertés et de la détention sont susceptibles d'appel devant la chambre de l'instruction.

Le juge des libertés et de la détention a désormais vocation à intervenir pour les décisions les plus attentatoires aux libertés¹⁰⁵. Le juge d'instruction ne conserve sa compétence intégralement que s'agissant du maintien en détention à la clôture de l'instruction, mesure pour laquelle le juge des libertés et de la détention n'intervient pas¹⁰⁶. Le juge d'instruction conserve ses prérogatives en matière de placement sous contrôle judiciaire d'un individu mis en examen, même si le juge des libertés et de la détention peut l'ordonner, lorsqu'il est saisi.

Certains pensent que cette réforme avait pour but de mettre fin à une pratique des juges d'instruction consistant à placer la personne soupçonnée en détention provisoire, pour faire pression sur elle afin d'obtenir ses aveux. La dissociation de la personne chargée de rassembler les preuves d'une part, et de celle chargée de la question de la détention provisoire d'autre part, a permis, dans l'absolu, de résoudre ce problème.

Beaucoup d'auteurs ont dit que le législateur avait en réalité instauré un « double accord » en matière de détention provisoire. La détention provisoire est désormais examinée à travers deux regards différents. Le juge d'instruction doit d'abord émettre un avis de placement en détention provisoire, qu'il transmet ensuite au juge des libertés et de la détention pour que ce dernier se prononce. La décision définitive repose toutefois sur le juge des libertés et de la détention. Ce nouveau système est censé augmenter les garanties d'impartialité pour le mis en examen. Cette idée a été partiellement remise en cause par la loi du 9 mars 2004, qui a donné au procureur de la République le pouvoir d'ignorer la décision du magistrat instructeur refusant le placement en détention provisoire (art. 137-4 du C. pr. pén.). Ce double accord ne vaut pas en ce qui concerne la mise en liberté. En effet, la mise en liberté du détenu, qu'elle ait lieu d'office ou sur demande, ne nécessite pas l'accord des deux autorités. Le juge d'instruction peut seul remettre la personne détenue en liberté. Il en est de même pour le juge des libertés et de la détention, lorsque le juge d'instruction n'a pas souhaité accorder la liberté. Le juge des libertés et de la détention apporte un regard nouveau et plus objectif sur l'affaire, ce qui est nécessaire pour obtenir la garantie d'une décision impartiale et justifiée¹⁰⁷. M. Guéry

¹⁰⁵ LEMONDE (M.), « Le juge des libertés et de la détention : une réelle avancée ? », *Rev. sc. crim.* 2001, p. 52.

¹⁰⁶ LAVIELLE (B.), LEBUR (F.), *op. cit.*, p. 1170.

¹⁰⁷ VUILLEMIN-GONZALES (C.), *op. cit.*, p. 116.

parle d'une « logique de distanciation »¹⁰⁸ qu'il est nécessaire de respecter pour que la décision sur la détention provisoire soit neutre. Pour cet auteur, le juge d'instruction vit dans une logique d'implication lorsqu'il mène une enquête et qu'il désire plus que tout trouver des preuves. Cette implication peut nuire à ses fonctions juridictionnelles. On ne peut pas affirmer avec certitude que le juge d'instruction réussisse facilement à se défaire de cette implication lorsqu'il doit décider de la détention provisoire. Le juge des libertés et de la détention, quant à lui, n'est pas impliqué dans le dossier. Son regard est neutre.

Mais ce nouveau système est à double tranchant, puisque le juge des libertés et de la détention doit statuer rapidement sur un dossier dont il a une connaissance très restreinte. En réalité il ignore tout du dossier. Les risques d'erreur sont donc présents. Faute de pouvoir décider en toute connaissance de cause, il se verra contraint soit de suivre l'avis du juge d'instruction sans se poser de question, soit de refuser systématiquement toutes les demandes de mise en détention provisoire pour ne pas risquer de se tromper, soit enfin d'adopter une position incertaine, en faisant courir des risques à la paix publique ou au mis en examen.

En dépit de sa réelle compétence en matière de détention provisoire, compétence considérable et croissante, le juge des libertés et de la détention n'a pas aujourd'hui une autonomie suffisante pour pouvoir exercer dignement sa mission.

B – L'autonomie insuffisante du juge des libertés et de la détention

Le juge des libertés et de la détention, qui s'est vu transmettre la quasi-totalité des pouvoirs du juge d'instruction en matière de détention provisoire en 2000, ne fait pas réellement figure de contrepoids du juge d'instruction à l'heure actuelle. Certes, il dispose de pouvoirs importants en théorie, mais en pratique sa liberté d'action reste limitée.

Le juge des libertés et de la détention est un magistrat distinct du juge d'instruction, avec des pouvoirs distincts de ce dernier, il n'est pas délégué par ce dernier¹⁰⁹, mais en pratique il dépend beaucoup de lui.

Avant tout, le juge des libertés et de la détention est dépendant du juge d'instruction pour sa saisine. Pour pouvoir exercer les pouvoirs que lui confère la loi en matière de détention provisoire il faut, au préalable, qu'il ait été saisi par le juge d'instruction (sauf dans

¹⁰⁸ GUÉRY (Ch.), *Détention provisoire*, op. cit., pp. 19-20, n° 0.42.

¹⁰⁹ Cass. crim., 6 mars 2002 : *Bull. crim.*, n° 57 ; *D.* 2002, IR, p. 1323.

l'hypothèse où il serait saisi par le procureur de la République en application des dispositions de l'article 137-4). Et il faut encore préciser que cette saisine n'est pas obligatoire, le magistrat instructeur demeure libre de saisir ou non le juge des libertés et de la détention. Son autonomie est donc déjà limitée dès le départ. De surcroît, lorsqu'il est saisi d'une demande de placement en détention provisoire, et qu'il ordonne la détention provisoire de la personne mise en examen, il ne reste pas saisi de l'affaire pendant toute la durée de l'instruction (ce qui pourrait se concevoir aisément). Si la personne placée en détention forme une demande de mise en liberté, cette demande n'est jamais portée directement devant le juge des libertés et de la détention. La demande de mise en liberté est traitée par le juge d'instruction en priorité, et elle ne sera transmise au juge des libertés et de la détention que si le magistrat instructeur n'y fait pas droit. Le juge des libertés et de la détention n'a pas le « beau rôle » en matière de détention provisoire. Pourtant, c'est bien pour exercer cette mission qu'il a été créé en juin 2000.

Ensuite, le juge des libertés et de la détention est dépendant du magistrat qui instruit s'agissant de la décision qu'il va prendre. Le juge des libertés et de la détention, comme nous l'avons souligné, n'a pas une connaissance approfondie du dossier sur lequel il va se prononcer. Il doit de plus se prononcer rapidement. Il ne dispose pas d'un délai suffisant pour étudier le dossier qui lui est soumis. Il n'a pour seul repère que les réquisitions du parquet, qui ne sont pas objectives, ainsi que l'avis du juge d'instruction. Il semble donc évident qu'en pratique, le juge des libertés et de la détention va avoir tendance à suivre l'avis du juge d'instruction, ne serait-ce que pour éviter de le discréditer ou de porter préjudice à sa mission de recherche de la vérité¹¹⁰. En quoi le fait d'avoir confié la question de la détention provisoire à un juge unique, différent du juge d'instruction, est une garantie de neutralité de la décision dans une telle hypothèse ? Si le juge des libertés et de la détention ne fait que concrétiser la décision du juge d'instruction, il ne sert à rien et cette réforme est tout à fait illusoire !

On s'interroge à présent sur le degré d'autonomie du juge des libertés et de la détention dans le prononcé de la décision, lorsqu'il est saisi. Jusqu'où peut-il aller lorsqu'il se prononce sur la détention provisoire ? Lors du placement en détention provisoire, le juge des libertés et de la détention n'a pas toute liberté quant à la fixation de la durée de la détention provisoire. La chambre criminelle est en effet venue énoncer que le juge des libertés et de la détention lorsqu'il ordonne le placement en détention provisoire, « ne tient d'aucune disposition légale

¹¹⁰ MÉLIQUE (D.), *La détention provisoire*, mémoire DEA « défense nationale et sécurité européenne », Université de Lille II, dir. MUTELET (V.), 2000-2001, p. 18.

le pouvoir de fixer à l'avance une durée de détention inférieure à celle prévue par la loi »¹¹¹. On en déduit donc que cette mission incombe toujours au juge d'instruction. Le magistrat instructeur conserve le pouvoir d'apprécier au cours du délai, la nécessité de la détention provisoire et il lui appartient d'y mettre fin si elle n'est plus justifiée au regard des dispositions de l'article 144 du Code de procédure pénale¹¹². Saisi d'une demande de placement en détention provisoire d'un individu mis en examen par le magistrat instructeur, le juge des libertés et de la détention n'a que la liberté d'incarcérer ou de refuser l'incarcération et de prononcer, le cas échéant, une mesure de contrôle judiciaire. A titre d'exemple, s'il décide de limiter la détention provisoire à six mois en matière criminelle, il outrepassé les pouvoirs que la loi lui confère¹¹³.

L'autonomie du juge des libertés et de la détention est-elle aussi précaire en matière de mise en liberté ? Le problème est celui de savoir, lorsque le juge des libertés et de la détention est saisi d'une demande de prolongation de la détention provisoire, s'il doit se contenter de prolonger ou refuser de prolonger la détention. Peut-il décider, dans l'hypothèse où il refuserait de prolonger la détention, de remettre la personne en liberté ? En d'autres termes, le juge des libertés et de la détention est-il lié par l'objet précis de la saisine ? Deux positions s'affrontent¹¹⁴ : D'une part, on considère que le juge des libertés et de la détention est lié par l'objet précis de sa saisine. Dans ce cas, il ne peut aller au-delà de ce qu'il lui est demandé. Il doit se contenter soit de prolonger la détention, soit de refuser de prolonger la détention. D'autre part, on estime que l'autonomie du juge des libertés et de la détention est suffisante pour qu'il puisse aller au-delà de l'objet même de la saisine. Le juge des libertés et de la détention, saisi d'une demande de prolongation de la détention, serait alors habilité, de par sa qualité de « gardien des libertés », à prononcer une mesure de mise en liberté, et pourquoi pas, une mesure de contrôle judiciaire qui prendrait effet au jour de la mise en liberté. Dans la seconde position, on favorise un élargissement de la saisine du juge des libertés et de la détention, qui entraîne de surcroît une accélération de la procédure (par la réduction du nombre de formalités). Cette position défavorise bien évidemment le magistrat instructeur, qui perd de ce fait sa primauté pour le traitement des mises en liberté.

Une autre question se pose si on prend part à cette seconde doctrine : quand la personne peut-elle être libérée ? Doit-elle être libérée immédiatement ou faut-il attendre que la durée initiale

¹¹¹ Cass. crim., 3 avril 2002 : *Bull. crim.*, n° 73.

¹¹² COMMARET (D.-N.), *Procédure pénale, Détention provisoire*, *Rev. sc. crim.* 2002, chron. jur., p. 841.

¹¹³ Cass. crim., 3 avril 2002, *op. cit.*

¹¹⁴ GUÉRY (CH.), « Le juge des libertés et de la détention : un juge qui cherche à mériter son nom... », *D.* 2004, doct., p. 583.

de la détention provisoire s'achève ? La jurisprudence nous apporte quelques éléments de réponse, notamment par un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 6 août 2003¹¹⁵. Dans cet arrêt, déjà étudié plus tôt, on se posait la question de la possibilité d'utiliser la procédure du référé-détention (art. 148-1-1 du C. pr. pén.) contre d'une ordonnance de mise en liberté, du juge des libertés et de la détention, rendue suite à une demande de prolongation de la détention. Dans cet arrêt, la Cour affirme que le référé-détention ne s'applique qu'aux décisions de mise en liberté qui sont la conséquence d'une demande de mise en liberté. Elle ne dit pas que l'ordonnance de mise en liberté du juge des libertés et de la détention, faisant suite à un refus de celui-ci de prolonger la détention, est illégale. On pourrait en déduire que le juge des libertés et de la détention peut prononcer la liberté de la personne détenue lorsqu'on lui demande de statuer sur la prolongation de la détention provisoire¹¹⁶. Des décisions antérieures de la Cour de cassation, de moindres importances (non publiées), laissaient déjà penser qu'une telle hypothèse était tout à fait possible. Face à des faits révélant une ordonnance de mise en liberté prise par le juge des libertés et de la détention, suite à une demande de prolongation de la détention, la Cour n'apportait aucune critique¹¹⁷. Dans une telle situation, quand la personne peut-elle être mise en liberté ? Le juge des libertés et de la détention peut-il mettre la personne en liberté sans organiser le débat contradictoire prévu en cas de prolongation de la détention ? Aucun arrêt ne permet pour le moment d'éclaircir cette question, mais il semble que dans une législation où la détention provisoire est l'exception, et où la liberté est la règle, il faut avant tout privilégier la simplicité et la rapidité s'agissant de la remise en liberté. Le bon sens serait de se passer du débat contradictoire, et de remettre la personne en liberté immédiatement, sans attendre l'écoulement de la durée initiale de la détention provisoire. C'est également ce que la lettre de l'article 144-1, alinéa 2 du Code de procédure pénale semble exprimer¹¹⁸. Ces décisions vont dans le sens d'une extension progressive de l'autonomie du juge des libertés et de la détention. Cette autonomie, bien que néfaste pour les pouvoirs résiduels du magistrat instructeur en matière de détention provisoire, est souhaitable pour le juge des libertés et de la détention, afin qu'il puisse exercer dignement son rôle en matière de détention provisoire. Le partage des compétences entre le juge des

¹¹⁵ Cass. crim., 6 août 2003 : *Bull. crim.*, n° 144 ; *D.* 2004, doct., p. 583, note GUÉRY (CH.) ; *D.* 2003, jur., p. 2594, note LE CALVEZ (J.).

¹¹⁶ GUÉRY (CH.), « Le juge des libertés et de la détention : un juge qui cherche à mériter son nom... », *op. cit.*, p. 584.

¹¹⁷ Cass. crim., 30 oct. 2001 : pourvoi n° 01-85642 ; Cass. crim., 27 nov. 2001 : pourvoi n° 01-86423 ; Cass. crim., 20 nov. 2002 : pourvoi n° 02-85967, *cité in* GUÉRY (CH.), « Le juge des libertés et de la détention : un juge qui cherche à mériter son nom... », *op. cit.*, p. 585.

¹¹⁸ GUÉRY (CH.), « Le juge des libertés et de la détention : un juge qui cherche à mériter son nom... », *op. cit.*, p. 585.

libertés et de la détention et le juge d'instruction, tel qu'il est prévu à l'heure actuelle, n'est satisfaisant ni pour ces deux acteurs, ni pour le détenu, qui ne sait plus à qui il doit se fier. Ce prétendu « double accord » en matière de détention provisoire, n'est que théorique au regard de tout ce que nous venons d'observer.

En définitive, l'autorité dont disposait le juge d'instruction en matière de détention provisoire lors de sa création n'est plus la même aujourd'hui. D'acteur unique de la détention provisoire au premier degré de l'instruction, il est devenu un acteur parmi d'autres et acteur contrôlé. Dès lors qu'il décide de mettre une personne en examen, le juge d'instruction n'a plus le monopole de décision concernant la détention provisoire. Le législateur a progressivement amené le juge d'instruction à partager cette autorité, et a institué autour de lui des autorités de contrôle. D'une part, le juge d'instruction ne peut plus décider seul de placer une personne en détention provisoire, ni par la suite de prolonger la détention provisoire. Il doit désormais composer avec le juge des libertés et de la détention, magistrat du siège mis en place par la loi du 15 juin 2000, statuant à juge unique. Il partage également la question de la détention provisoire avec la chambre de l'instruction et son président, qui disposent désormais de pouvoirs propres en matière de détention provisoire, pouvoirs rivalisant directement avec ceux du magistrat instructeur. D'autre part, le juge d'instruction est de plus en plus contrôlé. Il est « épié » par le ministère public, qui dispose d'un droit de regard grandissant sur la détention provisoire, droit qui s'est transformé depuis peu en moyen de contrer l'action contre le juge d'instruction. Cette autorité de contrôle du juge d'instruction est également incarnée par la chambre de l'instruction et son président, puisque la loi leur confère des pouvoirs de surveillance de l'activité du magistrat instructeur. Le législateur chercherait-il à amorcer la suppression du juge d'instruction par atrophie ? Cette idée semble peu probable au regard des multiples tentatives de suppression du juge d'instruction qui ont échoué dans le passé. Serait-il plus approprié de parler de bouleversement de la fonction du magistrat instructeur ? Personne ne peut être certain de ce que l'avenir réserve au juge d'instruction, tant il n'a cessé d'être, et demeure aujourd'hui encore, une autorité contestée.

PARTIE II – L'AUTORITÉ CONTESTÉE DU JUGE D'INSTRUCTION

L'instruction préparatoire, phase essentielle du procès pénal¹¹⁹, a toujours été l'objet de réformes. Les transformations ont été nombreuses, mais au sein même de l'instruction préparatoire, c'est le juge d'instruction qui a été le plus souvent visé. Le juge d'instruction est le « bouc émissaire idéal »¹²⁰. L'instruction de 1808 avait fait du juge d'instruction un magistrat puissant, avec des pouvoirs très importants, agissant au cœur d'un système fortement inquisitoire. Face à une telle puissance, les critiques ne tardèrent pas à apparaître. Aujourd'hui encore, le juge d'instruction est loin de faire l'unanimité dans l'opinion publique. Ce magistrat recèle en lui une « anomalie » qui ne cesse de l'affaiblir et lui ôte toute légitimité : son double visage¹²¹. Lorsqu'il mène l'information, le juge d'instruction dispose à la fois de pouvoirs d'enquête, pour le rassemblement des preuves, et de pouvoirs juridictionnels, pour trancher les contestations naissant au cours de l'instruction. Cette dualité gêne et devient insupportable lorsque ce magistrat touche aux libertés individuelles. Le magistrat qui décide de placer un individu en détention provisoire ne peut être atteint d'un tel « syndrome ». Ceci constitue une des raisons pour lesquelles l'instruction ne cesse d'être remaniée. Ainsi, le législateur a de nombreuses fois instauré ou tenté d'instaurer une collégialité au sein de l'instruction préparatoire, afin de séparer les fonctions d'enquête et juridictionnelles. Il fallait « éclater » l'instruction. La crise a néanmoins perduré. M. Garrec, parlant de la juridiction d'instruction, s'est exprimé ainsi : « Le fonctionnement de la juridiction d'instruction, qu'elle comprît trois juges ou n'en comprenne qu'un seul, n'a jamais donné entière satisfaction »¹²².

Les adversaires du juge d'instruction ont également contesté l'utilité du juge d'instruction, à un moment de l'histoire où certains pays d'Europe et du reste du monde ont décidé d'abandonner l'institution du juge d'instruction. S'inspirant du système accusatoire des pays

¹¹⁹ BOULAN (F.), « La réforme de l'instruction », in *Droit pénal contemporain*, Mélanges dédiés à André VITU, Paris : Cujas, 1989, p. 51.

¹²⁰ J.L., « Le juge d'instruction, ce chêne qu'on abat », *ALD* 1985, p. 119.

¹²¹ MICHAUD (J.), « Le « Janus » de la magistrature », *op. cit.*, p. 666.

¹²² GARREC (M.), « La juridiction d'instruction est-elle indispensable ? », *JCP* éd. G 1986, I, 3266.

du *Common-law*, l'Allemagne a supprimé le juge d'instruction en 1974 et l'Italie s'en est séparé en 1989. En France, certains esprits se sont donc montrés favorables à un tel glissement vers le système accusatoire, et certains projets ou propositions de réforme allant dans ce sens ont vu le jour. Il a donc été question, non plus de dédoubler l'instruction, mais de supprimer le juge d'instruction et d'attribuer ses pouvoirs à une autre institution. On a donc envisagé de confier le pouvoir de décider de la détention provisoire à une autorité différente du juge d'instruction. Ces réformes n'ont pas toutes été adoptées. Certaines ont parfois influencé le législateur. Toutefois, ce n'est pas ce qu'il ressort de la dernière réforme touchant fondamentalement au juge d'instruction. La loi du 15 juin 2000, qui a confié la question de la détention provisoire au juge des libertés et de la détention, n'a pas supprimé le juge d'instruction, réaffirmant ainsi le caractère nécessaire de cette institution.

Les solutions qui ont pu être trouvées pour atténuer les attaques virulentes et continuelles envers le juge d'instruction n'ont jamais permis de résoudre la « crise de l'instruction »¹²³, qui persiste à l'heure actuelle. Il est donc important, pour comprendre l'enchaînement des réformes de la détention provisoire et les problèmes posés par l'institution du juge d'instruction, d'observer l'ampleur de la remise en cause. Cette remise en cause a non seulement été fonctionnelle (il a été question de remanier les fonctions du juge d'instruction), mais également institutionnelle (l'institution même du juge d'instruction a subi des atteintes).

¹²³ PRADEL (J.), *Manuel de procédure pénale*, op. cit., p. 575, n° 646.

Section 1 – Une remise en cause

« fonctionnelle »

Les auteurs ainsi que le législateur ont sans cesse tenté de démanteler les pouvoirs du juge d'instruction, afin de lui ôter ce « double visage ». Le personnage habilité à placer une personne en détention provisoire et à gérer le contentieux de cette détention ne doit pas être impliqué dans d'autres fonctions. Il doit avoir un regard objectif et impartial. C'est ainsi qu'est venue l'idée d'instaurer une collégialité au sein de l'instruction préparatoire. La collégialité, n'ayant jamais connu de réel succès, a pourtant toujours été invoquée. En 1808, la collégialité est associée au juge d'instruction pour décider de la détention provisoire. D'autres formes de collégialité vont être envisagées successivement, dans lesquelles le juge d'instruction aura sa place, puis ne l'aura plus. Chacune d'elle va procéder différemment dans la répartition des fonctions de l'instruction, amorçant peu à peu le déclin de l'institution du juge d'instruction.

§ 1 – La cohabitation entre juge unique et juridiction collégiale au profit du juge d'instruction

Dès 1808, les rédacteurs du Code d'instruction criminelle ne souhaitent pas laisser le juge d'instruction décider seul de la détention provisoire. Le premier degré de l'instruction est donc bicéphale. Le juge d'instruction mène les investigations, tandis que la chambre du conseil, formation collégiale issue du tribunal correctionnel, se voit confier les fonctions juridictionnelles. Pour offrir davantage de garanties, la question de la détention provisoire est répartie entre les deux têtes de l'instruction. Toutefois, le système de 1808 est un système dans lequel la « détention préventive » est la règle, et la « liberté provisoire » l'exception. La poursuite pénale doit pouvoir s'accompagner d'un placement en détention provisoire¹²⁴. Ainsi, toute discrétion est laissée au juge d'instruction pour décider de la détention provisoire. Par

¹²⁴ RASSAT (M.-L.), « Détention provisoire 17...et la suite », in *Droit pénal contemporain*, Mélanges dédiés à André VITU, Paris : Cujas, 1989, p. 420.

ailleurs, les modalités de fonctionnement de cette chambre du conseil sont telles que la collégialité n'est alors qu'apparente.

A – Un partage inégal des compétences

La compétence en matière de détention préventive est répartie d'une façon inédite entre le juge d'instruction et la chambre du conseil. Cette répartition des pouvoirs, bien inégale, profite amplement au juge d'instruction.

Le juge d'instruction, qui exerce la fonction d'enquêteur, dispose de ce fait du pouvoir de placer et de maintenir un individu en détention. Le placement et le maintien en détention préventive sont considérés comme des mesures d'investigations. Sous un régime purement inquisitoire, qui « prône » le recours à la détention, le pouvoir de placer et de maintenir en détention préventive doit forcément appartenir au magistrat qui mène les investigations. A cette époque, la détention préventive est une arme redoutable contre l'individu. Le juge n'hésite pas à en faire usage, afin de soutirer l'aveu de la personne soupçonnée. En matière criminelle, la détention préventive est illimitée. Le juge d'instruction peut donc placer l'« inculpé » en détention, jusqu'au jugement définitif de l'affaire. On va même jusqu'à dire que tout individu poursuivi en matière criminelle doit, au moins, pouvoir être placé en détention¹²⁵. La liberté provisoire n'est possible qu'en matière délictuelle, sous des conditions bien précises. Elle est exclue pour les vagabonds et les repris de justice, afin d'éviter la fuite ou la récidive¹²⁶. La détention provisoire est très peu encadrée à cette époque à tel point qu'on s'interroge sur ce qu'est devenu le principe de la présomption d'innocence, dégagé par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Le respect de la présomption d'innocence est bien loin des préoccupations du juge d'instruction.

La chambre du conseil dispose de pouvoirs beaucoup plus restreints. La chambre du conseil est une juridiction permanente, fonctionnant également sous un régime inquisitoire : elle statue à huis clos, la procédure est écrite (elle rend des ordonnances) et secrète. Chargée de prendre toutes les décisions juridictionnelles durant l'instruction préparatoire, cette autorité dispose également de pouvoirs en matière de détention préventive. La chambre du conseil est compétente pour la mise en liberté provisoire sous caution de représentation. La liberté

¹²⁵ RASSAT (M.-L.), *op. cit.*, p. 420.

¹²⁶ GAUSSEN (C.), « *La juridiction spécialisée en matière de détention provisoire (bilan et perspectives)* », Mémoire de DEA « Droit pénal et sciences criminelles », sous la direction du Professeur CONTE (Ph.), Univ. Droit Bordeaux IV, 1999-2000, p. 11.

provisoire, sous le Code d'instruction criminelle de 1808, n'est accordée que très restrictivement : il doit s'agir d'un délit, le mis en examen doit avoir un domicile et ne pas être récidiviste. La personne doit, en d'autres termes, présenter toutes les garanties de représentation. La liberté provisoire sous caution de représentation n'existe pas en matière criminelle. La juridiction collégiale n'intervient donc que dans quelques rares cas en matière correctionnelle. Par ailleurs, la chambre du conseil n'accorde pas systématiquement la liberté provisoire, même lorsque toutes les conditions mentionnées sont réunies, et le mis en examen n'a pas la possibilité de faire appel. Seuls le procureur de la République et la partie civile sont habilités à interjeter appel de la décision.

Confier le pouvoir de mettre en liberté sous caution à une formation collégiale permet d'exclure le caractère arbitraire de la décision qui est prise. Toutefois, il aurait été plus logique de procéder ainsi pour le placement en détention provisoire et non pour la mise en liberté. La préoccupation majeure du législateur de l'époque n'était certainement pas de réduire l'utilisation de la détention provisoire.

Il y avait à cette époque une grande confiance envers le juge d'instruction. Derrière cette image d'une détention provisoire partagée entre deux autorités donc garantissant une décision impartiale, le juge d'instruction disposait en réalité de la quasi-totalité des pouvoirs en cette matière. La seule obligation lui incombant, en application des dispositions de l'article 127 du Code d'instruction criminelle, était de rendre compte, au moins une fois par semaine, des affaires qu'il avait traitées à la chambre du conseil. Le magistrat instructeur pouvait provoquer la réunion de la chambre dès lors qu'il l'estimait utile. Cette obligation permettait de consolider la collaboration entre les deux têtes de l'instruction, tout en évitant de retarder le cours de la justice¹²⁷.

La juridiction collégiale aurait pu être « un pouvoir modérateur et une force pour le juge » ou encore « une garantie de justice...enlevant à l'action isolée du juge ses dangers et ses entraînements »¹²⁸. Elle pouvait être un organe de réflexion, consulté avant de prendre une décision importante. Néanmoins, cela n'a pas été le cas pour la chambre du conseil, qui est restée très marginale face à la puissance du juge d'instruction.

Supprimée par la loi du 17 juillet 1856, elle fut à nouveau imaginée en 1882, dans un projet de réforme du Code d'instruction criminelle du Garde des Sceaux Dufaure. La chambre du

¹²⁷ JEANDIDIER (W.), « La juridiction collégiale d'instruction du premier degré », in *Droit pénal contemporain*, Mélanges dédiés à André VITU, Paris : Cujas, 1989, p. 265.

¹²⁸ HÉLIE (F.), *Traité de l'instruction criminelle*, t. 5, 1867, n° 2044, pp. 66-67, cité par PRADEL (J.), « Chambre du conseil et instruction préparatoire », *D.* 1988, chron., p. 149.

conseil, dans cette deuxième version, ne comptait plus le juge d'instruction parmi ses membres. Ses pouvoirs étaient encore amoindris, puisqu'elle se bornait à assurer le contrôle du juge d'instruction en cas de contestation par une partie¹²⁹. Ce projet fut toutefois rejeté par le Sénat. Un deuxième projet de restauration de la chambre du conseil, de 1902, fut repris en 1907 dans un projet gouvernemental et voté en 1909 par le Sénat. Le juge d'instruction était également exclu de la formation. La chambre du conseil, cette fois-ci, n'était compétente que s'agissant de la prolongation de la détention préalable au-delà d'un délai de dix jours¹³⁰. Elle statuait en dernier ressort sur toutes les questions concernant la liberté provisoire¹³¹. Ce deuxième projet connu le même sort que le premier. Enfin, par une loi du 7 février 1933, on réaménagea une chambre du conseil à juge unique, dirigée par le président du tribunal. Le magistrat instructeur en était exclu. Le juge d'instruction pouvait décider de placer une personne en détention mais pour un délai maximum de quinze jours. S'il estimait devoir prolonger la détention au-delà de ces quinze jours, le magistrat faisait alors un rapport à la chambre du conseil, qui avait le pouvoir de prolonger cette détention pour un mois. Ce délai pouvait ensuite être renouvelé jusqu'à la clôture de l'information. La chambre avait, en d'autres termes, compétence exclusive pour statuer en dernier ressort sur l'appel des ordonnances du juge d'instruction relatives au maintien en détention préventive ou à la mise en liberté provisoire. Sa dénomination ne paraissait pas pouvoir s'accorder avec son organisation (un seul juge). De surcroît, son inutilité se fit rapidement sentir, puisque le magistrat de la chambre entérinait simplement les décisions du juge d'instruction. On en était revenu à la pratique de la chambre du conseil de 1808. Néanmoins, les penseurs avaient parfaitement intégré l'idée que pour garantir l'impartialité de la décision, le juge d'instruction ne pouvait pas faire partie de la chambre. Cette loi de 1933, contestée par les praticiens, fut abrogée en 1935.

La chambre du conseil, dans sa version originelle, n'était qu'une apparence de collégialité. Le juge d'instruction avait en réalité la maîtrise de la question de la détention provisoire.

B – Une collégialité apparente

La collégialité de la chambre du conseil, telle qu'elle ressort du Code d'instruction criminelle et de la description des praticiens, n'était pas une véritable collégialité. Son organisation et

¹²⁹ PRADEL (J.), « Chambre du conseil et instruction préparatoire », *op. cit.*, p. 149.

¹³⁰ *Ibid.*

¹³¹ JEANDIDIER (W.), *op. cit.*, p. 267.

son fonctionnement ne lui permettaient pas de prendre une décision digne d'une juridiction collégiale, garantissant une objectivité et une impartialité. La chambre du conseil était une formation collégiale, composée de trois magistrats du tribunal correctionnel au moins, dont le magistrat instructeur chargé de l'affaire pour laquelle la formation devait se prononcer. Le juge d'instruction, chargé de mener les investigations et habilité à décider du placement et du maintien en détention, était ensuite compétent, au sein même de la chambre, pour statuer sur la mise en liberté provisoire sous caution de la personne. On peut légitimement penser que ce magistrat, impliqué dans l'affaire depuis le début, était peu enclin à accorder au mis en examen la liberté provisoire sous caution, même si cette personne réunissait toutes les conditions nécessaires. Il ne souhaitait pas prendre le risque de mettre en péril son information en libérant la personne détenue provisoirement.

Par ailleurs, les modalités de prise de décision au sein de la chambre du conseil, curieusement, permettaient au juge d'instruction d'imposer son point de vue aux autres magistrats. En effet, l'ancien article 133 du Code d'instruction criminelle prévoyait qu'une seule voix parmi toutes suffisait pour que la décision soit adoptée. La décision pouvait donc être prise à la minorité¹³². Une seule voix suffisait donc pour qu'un individu soit mis en accusation (renvoyé devant une juridiction de jugement). De même s'agissant de la détention préventive, une seule voix suffisait pour décider de libérer sous caution un individu ou au contraire pour décider de ne pas accorder la liberté. Comment expliquer cette disposition ? Les travaux préparatoires de ce texte montrent que les rédacteurs de cette disposition ont cherché ainsi à éviter « l'étouffement »¹³³ des affaires délicates. On relève toutefois le caractère autoritaire de la législation sur la détention préventive à cette époque. Il ne s'agissait nullement comme aujourd'hui de réduire le nombre des détentions, mais bien d'éradiquer le crime à tout prix. La détention était de ce fait la règle.

La pratique se révélait donc bien différente des espérances, notamment concernant la volonté de collaboration entre les deux autorités. La participation du juge d'instruction à la chambre du conseil entraînait nécessairement une prédominance de sa voix. Le juge d'instruction avait une prépondérance au sein de la chambre puisqu'il menait les investigations. Il connaissait parfaitement le dossier. On dénonça alors une tendance à réduire la chambre du conseil en simple chambre d'enregistrement des décisions du juge d'instruction¹³⁴. En effet, il est apparu que la chambre du conseil, en pratique, ne servait qu'à ratifier l'avis du magistrat instructeur.

¹³² JEANDIDIER (W.), *op. cit.*, p. 266.

¹³³ JEANDIDIER (W.), *op. cit.*, p. 266.

¹³⁴ GAUSSEN (C.), *op. cit.*, p. 15.

Un des rapporteurs de la loi de 1856, loi qui a abrogé cette chambre du conseil, précisait à l'époque que le juge d'instruction allait même jusqu'à dicter la loi, imposer sa volonté à la chambre, qui n'avait qu'à approuver son avis. Par ailleurs, les autres membres de la chambre ayant diverses tâches à accomplir, reportaient toute leur confiance dans le jugement du juge d'instruction, qui avait lui-même étudié la totalité du dossier.

On se demande dès lors qu'elle est l'utilité de prévoir une collégialité dans de telles circonstances. La collégialité de 1808 n'a rien d'une collégialité, puisque la décision résulte de la volonté d'un seul, qui en plus n'est pas neutre. La suppression de cette collégialité était prévisible tant son inutilité était attestée. Le juge d'instruction constituait « le seul élément d'activité et d'énergie »¹³⁵.

On a également reproché à la chambre du conseil de ralentir l'instruction par un formalisme excessif. De surcroît, les membres ne pouvant se réunir dès qu'il le fallait, les procédures étaient ralenties et les détentions préventives prolongées¹³⁶.

Sans doute les rédacteurs du Code d'instruction criminelle avaient-ils voulu équilibrer la balance entre les intérêts du mis en examen et ceux de la répression, par un dédoublement des fonctions en matière de détention provisoire¹³⁷. Néanmoins cet équilibre n'a pas été respecté, la chambre du conseil n'a pas eu le rôle escompté à l'origine. Les parlementaires votèrent à l'unanimité la suppression de cette chambre, et le juge d'instruction hérita de la totalité de la question de la détention provisoire. La pratique fut ainsi consacrée par la loi. Mais l'arbitraire du juge d'instruction dans ses décisions sur la détention provisoire ne tarda pas à être contesté et des solutions ont du être recherchées.

Pour autant, l'idée d'instaurer la collégialité pour le traitement de la détention provisoire ne s'est pas arrêtée avec la chambre du conseil. Cette mauvaise expérience n'a pas découragé les parlementaires qui ont cherché, par plusieurs lois, à faire revivre la collégialité pour le traitement de la détention provisoire. Toutefois, ces différentes lois ne prévoient plus un partage des compétences entre le juge d'instruction et la formation collégiale pour les décisions sur la détention provisoire. On envisage à présent de confier la totalité du contentieux de la détention à une formation collégiale.

¹³⁵ Rapport proposant la suppression de la chambre du conseil, présenté le 28 mai 1856, *cité in* JEANDIDIER (W.), *op. cit.*, p. 267.

¹³⁶ GAUSSEN (C.), *op. cit.*, p. 15.

¹³⁷ MERLE (R.), VITU (A.), *op. cit.*, p. 460, n° 392.

§ 2 – La cohabitation du juge unique et de la juridiction collégiale au détriment du juge d’instruction

Le problème qui se pose depuis si longtemps en France relativement au juge d’instruction, est celui de l’importance de ses pouvoirs en matière de détention provisoire, eu égard à son statut de juge unique, décidant seul, en son âme et conscience¹³⁸. L’idée que ce magistrat, jeune et inexpérimenté (selon ses détracteurs), puisse décider seul de mettre des individus en prison alors même que leur culpabilité n’est pas attestée, scandalise. Le législateur s’est donc interrogé, à plusieurs reprises sur l’opportunité de confier la question de la détention provisoire à une formation collégiale. Il s’agissait de préserver l’institution du juge d’instruction, mais en le privant de son pouvoir sur la détention provisoire. Plusieurs lois sont donc intervenues dans ce sens. Cependant, toutes ces réformes se sont soldées par un échec, les lois ayant été abrogées avant d’avoir pu être mises en application.

A – Les tentatives d’instauration de la collégialité

Par trois fois le législateur a tenté de mettre en place la collégialité au sein de l’instruction préparatoire afin d’en finir avec la solitude du juge d’instruction.

La première loi qui s’est préoccupée de retirer au juge d’instruction son pouvoir de décider de la détention provisoire est la loi du 10 décembre 1985¹³⁹, dénommée « loi Badinter ». M. Badinter est parti de l’idée que donner « à un juge d’instruction des pouvoirs considérables qu’il exerce dans la solitude ne répond plus aux exigences de notre temps »¹⁴⁰. Ainsi il a souhaité que ses pouvoirs soient confiés à une « chambre d’instruction », organe collégial composé de trois magistrats du tribunal de grande instance (dont deux au moins sont magistrats instructeurs) et deux suppléants. Cette formation collégiale, compétente pour exercer les fonctions juridictionnelles de l’instruction, avait également la maîtrise de toute la question de la détention provisoire. Le juge d’instruction ne disposait plus que des pouvoirs d’enquête durant l’information. Il était donc dépossédé de toute sa compétence en matière de

¹³⁸ SAMET (C.), « Le juge d’instruction », *Regards sur l’actualité*, n° 216, La Doc. Fr., 1995, p. 32.

¹³⁹ Loi n° 85-1303 du 10 déc. 1985, portant réforme de la procédure d’instruction en matière pénale : *JO* 11 déc. 1985, p. 14391 ; *D.* 1986, légis., p. 32.

¹⁴⁰ Propos de M. BADINTER (R.), cité par PÉRIER-DAVILLE (D.), in « Les juges d’instruction de nouveaux sur la sellette », *Gaz. Pal.* 1987, doct., p. 692.

détention provisoire, tout au moins directement. Cependant, le point noir de la réforme était de désigner le juge d'instruction compétent pour effectuer l'enquête au sein même de la chambre d'instruction, qui devait comprendre au moins deux magistrats instructeurs. Le juge d'instruction, qui menait les investigations sur une affaire, participait ensuite aux audiences de la chambre d'instruction pour statuer sur la détention provisoire de l'individu. Il continuait donc de pouvoir agir en matière de détention provisoire de manière indirecte, en donnant son opinion au sein de la collégialité. Cette réforme a été qualifiée, à juste titre, de réforme en « trompe-l'œil »¹⁴¹. La chambre d'instruction de 1987 a immédiatement été assimilée à la chambre du conseil de 1808, avec les effets pervers que celle-ci avait engendrés : le juge d'instruction avait la prépondérance au sein de la chambre, sa décision était toujours entérinée par la juridiction. On ne peut pas croire en l'existence d'une véritable collégialité lorsqu'au sein d'une chambre, un seul des juges a la connaissance du dossier et effectue seul les investigations. Cette réforme ne visait qu'à noyer les difficultés, elle ne les résolvait en rien¹⁴². La chambre du conseil, supprimée par un vote à l'unanimité des parlementaires en 1856, ressuscitait en la chambre d'instruction. Certains détracteurs du juge d'instruction, désireux de le voir décapité à tout prix, ont alors rétorqué que la situation avait changé depuis 1856, et que les données du problème avaient évolué¹⁴³. Ils croyaient en la réussite de cette collégialité. « Toute entreprise humaine complexe est mieux conduite par une équipe que par un seul » avait exposé M. Badinter¹⁴⁴. Toutefois, cette ambitieuse réforme, qui devait entrer en vigueur le 1^{er} janvier 1988 n'a jamais été mise en application. Une loi du 30 décembre 1987 est venue l'abroger purement et simplement.

Cette loi du 30 décembre 1987, dite « réforme Chalandon », a elle-même apporté sa contribution au problème de la détention provisoire, en instaurant une nouvelle formation collégiale. Moins ambitieuse que la première, elle procédait néanmoins de la même suspicion à l'égard du juge d'instruction, homme seul et trop jeune. La philosophie de la réforme de M. Chalandon se situait donc dans la même perspective que celle de M. Badinter. Une « chambre des demandes de mise en détention provisoire » était créée, qui arrachait au juge d'instruction le pouvoir de placer les individus en détention provisoire. Cette formation se composait, comme la précédente, de trois magistrats du tribunal de grande instance. A la différence de la chambre d'instruction, le juge d'instruction était ici exclu de la formation collégiale. Cette

¹⁴¹ BOULAN (F.), « La réforme de l'instruction », *op. cit.*, p. 52.

¹⁴² *Ibid.*

¹⁴³ J.L., « Le juge d'instruction, ce chêne qu'on abat », *op. cit.*, p. 122.

¹⁴⁴ Propos de M. BADINTER (R.), cité par PÉRIER-DAVILLE (D.), in « Plaidoyer pour le juge d'instruction », *Gaz. Pal.* 1993, doct., p. 161.

disposition garantissait une totale indépendance des membres de la collégialité¹⁴⁵. La chambre se réunissait sur l'initiative du juge d'instruction, qui la saisissait dès lors qu'il estimait qu'une mise en détention provisoire était souhaitable, en lui transmettant le dossier ainsi que ses observations¹⁴⁶. Le débat contradictoire avait lieu devant la chambre. Le juge d'instruction, de son côté, continuait de statuer sur tout le contentieux ultérieur de la détention provisoire. Il pouvait donc en toute indépendance mettre en liberté, d'office ou sur demande, une personne mise en examen et placée en détention provisoire par la chambre. Un partage des compétences était donc opéré entre les deux autorités, contrairement à ce qui avait été prévu en 1985, et d'une façon différente du partage opéré en 1808 entre le juge d'instruction et la chambre du conseil. Certains auteurs ont dit que ces bouleversements législatifs faisaient suite à de simples faits divers dont la presse s'était emparée pour en faire des affaires à sensation. Il aurait été regrettable que le législateur se laisse aller à jouer le jeu des médias et de l'opinion publique, en modifiant la procédure pénale après chaque « scandale judiciaire » décrits par les journalistes, rarement spécialistes de la procédure pénale¹⁴⁷. Cette réforme connut le même sort que la précédente, puisqu'elle fut abrogée par une loi du 6 juillet 1989, avant même d'avoir reçu application.

Les fervents de la collégialité n'étant toujours pas désarmés, une nouvelle réforme est intervenue pour confier la détention provisoire à une collégialité. La « réforme Vauzelle », du 4 janvier 1993, a mis en place une « chambre d'examen des mises en détention », dont l'organisation était, pour le moins, curieuse. La formation se composait d'un magistrat professionnel, juge du siège désigné par le président du tribunal de grande instance, et de deux assesseurs non professionnels ou « échevins », citoyens désignés par ce même président, sur une liste établie chaque année par l'assemblée générale du tribunal. Le juge d'instruction était, bien évidemment, exclu de cette formation. On a décrit cette collégialité comme une étrange collégialité, dans laquelle la rigueur et le réalisme faisait tellement défaut qu'une période transitoire avait dû être instaurée en attendant de pouvoir la mettre en application¹⁴⁸. Démunie du pouvoir de placer en détention provisoire et de prolonger cette détention, pouvoir revenant à la formation collégiale, le juge d'instruction conservait néanmoins le pouvoir de signer les mandats de dépôt après le débat contradictoire devant la chambre, ainsi que le contentieux du

¹⁴⁵ MERLE (R.), VITU (A.), *op. cit.*, p. 478, n° 407.

¹⁴⁶ BOULOC (B.), *chron. légis.*, *Rev. sc. crim.* 1988, p. 347.

¹⁴⁷ CHAMBON (P.), « La loi n° 87-1062 du 30 décembre 1987 relative aux garanties individuelles en matière de placement en détention provisoire ou sous contrôle judiciaire et portant modification du Code de procédure pénale : réflexions sur la législation ; analyse et appréciation de la loi », *JCP éd. G* 1988, I, 3335, n° 3.

¹⁴⁸ JEAN-LUC, « De la présomption d'innocence à la présomption de charges ou l'étrange réforme de procédure pénale de Maître Vauzelle », *Gaz. Pal.* 1993, *doctr.*, p. 354.

maintien en détention et des demandes de mise en liberté. Personne n'a compris les justifications d'une telle bizarrerie juridique et on se demande pour quelle raison le législateur a entendu séparer les fonctions de placement et de prolongation de la détention de celle consistant à remettre l'individu en liberté¹⁴⁹. Le juge d'instruction, responsable des détentions excessives, était ainsi changé en juge de la remise en liberté. Il ne pouvait désormais exercer son pouvoir que dans un sens, celui de la liberté. Dès lors qu'il estimait que la détention provisoire était nécessaire, il devait saisir la chambre et lui transmettre le dossier, accompagné de ses observations. Il perdait l'essentiel de son pouvoir en matière de détention provisoire et ne pouvait plus intervenir dans le cadre de l'audience collégiale. Le régime transitoire, qui devait s'appliquer du 1^{er} mars 1993 au 1^{er} janvier 1994, confiait le placement et la prolongation de la détention provisoire au président du tribunal de grande instance ou à un juge délégué par lui. Cette personne pouvait, si elle l'estimait utile, recueillir les observations du juge d'instruction. Durant cette courte période, le juge d'instruction a été effectivement privé d'une importante partie de ses prérogatives, au profit d'un autre juge unique, qui pouvait se passer de ses observations. Quel était l'intérêt de remplacer le juge d'instruction par un autre juge unique en attendant de pouvoir mettre en place la collégialité ? Le juge d'instruction aurait très bien pu assurer cette mission durant la période transitoire. Ce régime illustrait un manque de confiance profond du législateur envers le juge d'instruction, une défiance à son égard. Cette réforme, trop illusoire, n'a pas pu résister à l'épreuve du temps. Les dispositions concernant la collégialité ont été supprimées par une loi du 24 août 1993.

En 1985, la juridiction collégiale était compétente pour toute la question de la détention, mais elle était optionnelle. Le mis en examen et son avocat pouvaient demander à ce que ce soit le juge d'instruction qui statue sur la détention provisoire (art. 16 de la loi) sur le champ. On évitait ainsi la réunion systématique de la chambre dans les petits tribunaux¹⁵⁰. En 1987 et en 1993, les réformes, moins audacieuses, ne prévoyaient le recours à la collégialité que pour le placement ou la prolongation de la détention provisoire, le juge d'instruction, exclu de la chambre, conservait son pouvoir de remettre en liberté. On dissociait ainsi l'instruction du pouvoir de placement en détention. Les chambres collégiales de 1987 et 1993 n'étaient toutefois pas optionnelles, le recours y était obligatoire pour placer en détention provisoire. Aussi différentes qu'aient pu être ces formations collégiales, aucune n'a pu s'imposer dans la phase d'instruction préparatoire. Il est à noter que malgré cet échec, la Commission de

¹⁴⁹ TURCEY (V.), « La loi du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale ou le pavé de l'ours », *Gaz. Pal.* 1993, doct., pp. 392-393.

¹⁵⁰ GAUSSEN (C.), *op. cit.* p. 36.

réflexion sur la Justice, présidée par M. Truche, dans un rapport publié en 1997, a de nouveau recommandé l'adoption d'une collégialité, substituée au juge d'instruction, pour statuer sur le placement en détention provisoire. Cette voie n'a pas été suivie par le législateur en 2000. La collégialité ne recueille pas encore l'unanimité des voix.

B – L'analyse de l'échec de la collégialité

La collégialité est toujours apparue comme la meilleure garantie d'un jugement impartial et objectif pour le justiciable. L'adage «juge unique, juge inique» l'illustre parfaitement. La collégialité est d'ailleurs largement présente lors de la phase de jugement des affaires pénales. Dans le cadre de l'instruction, elle permettrait, tout en introduisant une séparation des fonctions d'enquête et de juridiction, d'offrir au juge d'instruction un soutien dans les décisions importantes, comme de placer un individu en détention provisoire. La décision prise serait plus nuancée et débarrassée de son caractère arbitraire. C'est donc logiquement que l'idée d'instaurer la collégialité durant l'instruction préparatoire et plus particulièrement pour la question de la détention provisoire s'est imposée en France. Pourtant, cette collégialité tant souhaitée n'a jamais fonctionné. Il est légitime de s'interroger sur les raisons de cet échec.

Pour beaucoup, la collégialité ne semble pas être le remède idéal au problème de la légitimité de l'autorité du juge d'instruction sur la détention provisoire. Que le juge d'instruction face partie de cette collégialité ou qu'il en soit exclu, il a toujours une certaine influence sur la décision prise, notamment par le biais des observations qu'il prescrit à la chambre. On ne peut pas affirmer que la décision prise par le collège de magistrats soit réellement exempte de cette influence.

L'efficacité même de cette collégialité est douteuse, dès lors que tous les magistrats qui la composent n'ont pas un degré de connaissance de l'affaire équivalent. En effet, on a démontré que dans la plupart des cas, un seul magistrat prenait connaissance de l'affaire et réalisait seul les actes nécessaires. Comment une décision peut-elle être pesée, nuancée, si elle n'est pas le résultat d'un échange d'opinions ? Une collégialité dans laquelle la décision est le fruit d'une seule voix est inefficace. Cette inefficacité est d'autant plus grande lorsque la chambre collégiale ne dispose pas de tous les pouvoirs en matière de détention provisoire, lorsqu'elle partage ses pouvoirs avec un juge unique. La question de la liberté et de la détention est unitaire, on ne peut la répartir entre plusieurs autorités. La division de la question engendre une inefficacité de traitement.

De plus, la collégialité entraîne un alourdissement de la procédure et un ralentissement du cours de la justice¹⁵¹. Le juge d'instruction doit analyser le dossier et s'il l'estime utile, saisir la chambre et lui transmettre le dossier avec ses observations, pour que celle-ci puisse trancher sur la détention. La chambre doit ensuite statuer et renvoyer le dossier au juge d'instruction. Ces formalités prennent plus de temps que s'il n'y avait qu'un seul et même acteur durant toutes les phases. On constate plus particulièrement une difficulté d'application de cette procédure dans les petits tribunaux, disposant d'un nombre réduit de magistrats¹⁵². Pour qu'une telle chambre puisse effectivement fonctionner dans toutes les juridictions, il serait nécessaire dans les petits tribunaux de faire appel à des magistrats d'autres juridictions ou alors de créer de nouveaux postes. Face à un manque de moyens de la justice française, la collégialité n'est pas susceptible de recevoir une digne application.

Par ailleurs, la collégialité dévalorise le principe de la présomption d'innocence, contrairement à ce que l'on a l'habitude de penser. Le caractère collégial de la décision de mise en détention provisoire entraîne une présomption d'infailibilité de la décision, qu'une juridiction de jugement aurait peine à renverser par la suite¹⁵³. La juridiction de jugement aura tendance à confirmer cette détention provisoire en prononçant une peine d'emprisonnement ferme, qui couvrira au moins la durée de la détention. La décision collégiale vient de ce fait créer une sorte de « pré-jugement » en défaveur de la personne présumée innocente. De surcroît, tout le monde s'accorde pour dire qu'« il vaut mieux être mis ou maintenu en détention provisoire par un seul juge que par deux ou trois »¹⁵⁴. Ainsi, en cas d'erreur du juge, la décision de mise en détention provisoire est plus facilement « excusable » lorsqu'elle résulte d'un seul magistrat, que lorsqu'elle a été prise par un collège de magistrats.

Lorsqu'elle se contente d'entériner l'avis émis plus tôt par le juge d'instruction, la collégialité est inutile. La chambre doit être un lieu d'échange d'opinions, de réflexion collective sur un dossier. La décision doit être le fruit de ce croisement d'opinions diverses. En pratique, l'exemple de la chambre du conseil de 1808 a révélé que la collégialité se comportait comme une chambre d'enregistrement des décisions du juge d'instruction. Le fonctionnement de la chambre ne doit pas être celui-là.

¹⁵¹ MERLE (R.), VITU (A.), *op. cit.*, p. 477, n° 406.

¹⁵² PRADEL (J.), « Observations brèves sur une loi à refaire (à propos de la loi du 4 janvier 1993 sur la procédure pénale) », *D.* 1993, chron., p. 39.

¹⁵³ MERLE (R.), VITU (A.), *op. cit.*, p. 477, n° 406.

¹⁵⁴ PRADEL (J.), « Observations brèves sur une loi à refaire (à propos de la loi du 4 janvier 1993 sur la procédure pénale) », *op. cit.*, p. 39.

Enfin, la collégialité ne permet pas forcément d'assurer une baisse du nombre des détentions provisoires. Les magistrats de la chambre, réfugiés derrière la collégialité et l'anonymat de la décision, se prononcent plus facilement en faveur du placement en détention provisoire. Ils ont moins à craindre que leur nom soit associé à la décision prise ou d'être tenus responsables d'une détention injustifiée¹⁵⁵.

Toutes ces explications nous aident à comprendre l'échec des tentatives d'instauration de la collégialité au stade de l'instruction. Par ailleurs, ces collégialités n'ont pas réussi à mettre un terme à la confusion des rôles, qui subsistait en grande partie sur la personne du juge d'instruction, à la fois enquêteur et juge (il pouvait encore décider de la mise en liberté ou alors de toute la question de la détention au sein de la chambre). Il a donc fallu trouver un autre remède au problème de la détention provisoire. Au lieu de s'attaquer aux fonctions du juge d'instruction, en cherchant vainement à séparer le pouvoir d'enquête du pouvoir juridictionnel, on s'est tourné vers l'institution même du juge d'instruction. La doctrine a ainsi pris soin de mettre au point des projets ou propositions visant directement l'institution du juge d'instruction, soit dans le but de lui retirer tout pouvoir en matière de détention provisoire, soit dans l'optique de le faire disparaître de la procédure pénale française.

¹⁵⁵ PRADEL (J.), « Chambre du conseil et instruction préparatoire », *op. cit.*, p. 150.

Section 2 – Une remise en cause

« institutionnelle »

Face aux critiques persistantes à l'encontre du juge d'instruction, certains auteurs ont pensé que c'est l'instruction même qui devait être repensée dans son ensemble. On a cherché à remettre en cause l'institution du juge d'instruction ainsi qu'à redistribuer autrement les fonctions de l'instruction. Le système accusatoire n'a pas manqué d'être désigné. Néanmoins, quelques auteurs se sont penchés sur des solutions plus marginales.

§ 1 – La suppression du juge d'instruction au profit d'un système accusatoire

Certains esprits, dont quelques magistrats, se sont montrés favorables à la suppression du juge d'instruction en France, amorçant ainsi le glissement de la procédure vers un système accusatoire. Deux propositions allant dans ce sens, mais qui n'ont finalement jamais vu le jour, ont été faites : le projet de réforme du Code d'instruction criminelle du professeur Henri Donnedieu de Vabres de 1949, ainsi que le rapport sur *la mise en état des affaires pénales*, de la Commission « Justice pénale et droit de l'homme », présidée par le professeur Mireille Delmas-Marty, des années 1990. Ces deux rapports ont en commun de faire disparaître le juge d'instruction de la phase d'instruction et de répartir les fonctions de l'instruction d'une façon nouvelle. Le parquet se voit confier la fonction d'enquête et un juge du siège exerce les fonctions juridictionnelles ou de contrôle de la légalité de l'enquête.

A - Le nouveau rôle du procureur de la République

Le projet « Donnedieu de Vabres » (ci-après désigné « le projet ») et la proposition de la Commission « Justice pénale et droits de l'homme » (ci-après désignée « la Commission ») ont entendu confier au procureur de la République les pouvoirs d'enquête de l'instruction. Le procureur ainsi que ses substituts, aidés par les services de la police judiciaire et de la

gendarmerie, étaient chargés de rassembler les preuves qui serviraient à faire apparaître la vérité¹⁵⁶.

Pour en arriver à cette redistribution des rôles, les auteurs sont partis de la constatation d'une inadaptation des structures en France. Ils constatent que le juge d'instruction d'une part ne peut exercer à la fois les fonctions d'enquête et de juridiction¹⁵⁷, et d'autre part n'est pas libre vis-à-vis du parquet. Ils relèvent en outre que le parquet possède des pouvoirs identiques à ceux du magistrat instructeur durant les enquêtes de flagrance et préliminaire. En effet, le procureur de la République défère directement au tribunal la majorité des délits, après avoir mené l'enquête de flagrance ou préliminaire pour rassembler les preuves nécessaires. Il s'effectue par ce biais de véritables instructions parallèles, sans le juge d'instruction, sous le contrôle du procureur de la République¹⁵⁸.

Ce système n'est pas une innovation, il provient notamment de la procédure accusatoire telle qu'elle est appliquée par les pays du *Common-law*, ne connaissant pas le juge d'instruction. La procédure accusatoire est une procédure dans laquelle le rôle principal, dans le déclenchement et dans la conduite de l'instance et dans la recherche des preuves, appartient aux parties. La procédure accusatoire est orale, publique et contradictoire. Cette procédure s'oppose directement à la procédure inquisitoire, dans laquelle toutes ces fonctions sont réservées au juge, et qui est écrite, secrète et non contradictoire. Dans le système accusatoire des pays anglo-saxons, la police et le parquet effectuent la poursuite et l'instruction cumulativement. La procédure pénale française se situe à mi-chemin entre ces deux visions mais glisse progressivement vers un système accusatoire.

Par ailleurs, il n'est pas exclu que ces auteurs aient été influencés par d'autres modèles européens qui, comptant le magistrat instructeur parmi leurs institutions, ont finalement choisi de le supprimer. Selon M. Garrec, des études de droit comparé montrent que l'institution du juge d'instruction n'est pas indispensable et que des régimes démocratiques peuvent très bien fonctionner sans ce magistrat¹⁵⁹. Le rapport de la Commission a pu s'inspirer du modèle allemand, lequel a abandonné le juge d'instruction en 1974 et associe désormais la police et le parquet dans la conduite des investigations¹⁶⁰.

¹⁵⁶ MERLE (R.), VITU (A.), *op. cit.*, p. 475, n° 404.

¹⁵⁷ ARAGONES (S.), *op. cit.*, p. 75.

¹⁵⁸ MERLE (R.), VITU (A.), *op. cit.*, p. 476, n° 405.

¹⁵⁹ GARREC (M.), *op. cit.*

¹⁶⁰ PRADEL (J.), BASSIOUNI (CH.) (dir.), *Procédure pénale comparée dans les systèmes modernes : Rapport de synthèse des colloques de l'ISIS*, Toulouse : Erès, 1998, p. 18.

Le projet a pour but de simplifier la procédure pénale par cette nouvelle organisation. Le procureur de la république se voit attribuer la qualité d'officier de police judiciaire. Il va réaliser la poursuite et l'instruction. Pour le professeur Donnedieu de Vabres, le procureur dispose du pouvoir de délivrer les mandats et de placer en détention préventive¹⁶¹. Ce système avait été préconisé plus tôt par d'autres auteurs, tels M. Garçon et M. Garraud.

La Commission n'entendait pas faire peser sur le procureur de la République les décisions de mise en détention. Elle montrait une volonté d'instituer un nouveau ministère public, qui se verrait attribuer la conduite des investigations, à l'exclusion des mesures privatives de liberté. Toutefois, un tel système comporte des risques importants qu'il faut examiner. Le procureur de la République n'est pas un magistrat indépendant statutairement. Il est subordonné hiérarchiquement au procureur général et au Garde des Sceaux (ministre de la justice). Ainsi on peut dire que cette dépendance est politique. Le procureur de la République peut se voir contraint de poursuivre une personne par le procureur général, qui lui-même peut avoir reçu cet ordre du ministre de la justice. Si le procureur décide de mener des investigations ou de placer une personne en détention provisoire suite à un ordre du Garde des Sceaux, l'instruction revêt un caractère politique, ce qui ne peut être toléré. Si on souhaite que le procureur soit instructeur, il faut le débarrasser de la subordination hiérarchique et le rendre indépendant statutairement, comme les magistrats du siège.

En outre, le procureur de la République dispose de l'opportunité des poursuites, principe procédural en vertu duquel il est libre de ne pas déclencher de poursuite pour un fait offrant toutes les caractéristiques d'une infraction. Ce principe n'est pas absolu puisqu'il peut être mis en échec par une plainte avec constitution de partie civile de la victime de l'infraction. Ce principe d'opportunité des poursuites dont dispose le procureur de la République est incompatible avec un système dans lequel l'instruction est menée par le procureur lui-même. Le procureur doit alors perdre le bénéfice de l'opportunité des poursuites, au profit de la légalité des poursuites, afin que l'impartialité de la décision soit garantie.

De plus, si on confie à l'autorité de poursuite le pouvoir d'investigation, on met fin au grand principe de séparation des autorités de poursuite, d'instruction et de jugement. En supprimant un tel principe, c'est l'impartialité de la décision qui est menacée. On met de ce fait en danger le justiciable. Notre système à trois niveaux (poursuite, instruction et jugement) offre nécessairement plus de garanties qu'un système à deux niveaux (poursuite et instruction réunies, puis jugement), ayant pour effet d'accroître les pouvoirs de la police, sous le contrôle

¹⁶¹ VOUIN (R.), « Le projet de réforme du Code d'instruction criminelle », *D.* 1950, chron., p. 37.

du parquet¹⁶². Certains auteurs estiment néanmoins que ce principe doit être supprimé tant il manque de réalisme¹⁶³.

Au sein même de la Commission, un auteur s'est distingué par son opinion divergente : M. Braunschweig, magistrat ayant exercé la fonction de juge d'instruction. Pour ce membre de la Commission, qui de plus en était le doyen, une telle proposition n'est pas envisageable en « l'état actuel des esprits »¹⁶⁴. Quelques erreurs exagérées par les médias ne justifient pas le procès qui est fait au magistrat instructeur. Pour lui, la fonction d'enquête de l'instruction doit rester de la compétence d'un magistrat du siège. Une formation collégiale doit être instaurée pour intervenir en matière de détention provisoire, inspirée de celle de la loi de 1985 mais avec moins de pouvoirs. Un échevinage partiel est préconisé, avec deux assesseurs, choisis parmi des magistrats du siège de la juridiction, des magistrats honoraires, des avocats et universitaires en activité ou honoraires¹⁶⁵. En cas d'impossibilité pour la chambre de se réunir, le juge d'instruction est habilité à prescrire une mise en détention provisoire ne pouvant dépasser quarante huit heures. Cette proposition de M. Braunschweig avait le mérite de créer une ouverture de l'instruction sur l'extérieur. Cet échevinage permettait d'avoir un regard nouveau sur la détention provisoire, un regard qui ne soit pas vicié par la routine.

L'objectif de la Commission n'était pas de supprimer le juge d'instruction en tant que tel, mais de « définir la ligne de partage entre le magistrat qui enquête et celui qui juge »¹⁶⁶. Un magistrat du siège est toutefois nécessaire, à côté du procureur de la République, pour assurer la protection des libertés individuelles, ce que le parquet ne peut offrir en raison de sa qualité de partie poursuivante.

B - L'intervention d'un magistrat du siège

Le projet et le rapport de la Commission prévoient tous les deux l'intervention d'un magistrat du siège, juge unique, à côté de l'intervention du procureur de la République durant la phase d'instruction.

¹⁶² DORWLING-CARTER (M.), « Faut-il supprimer le juge d'instruction ? », *op. cit.*.

¹⁶³ GARREC (M.), « La juridiction d'instruction est-elle indispensable ? », *op. cit.*.

¹⁶⁴ Rapport de la Commission « Justice pénale et droits de l'homme », *La mise en état des affaires pénales*, Paris : La documentation française, 1991, p. 223.

¹⁶⁵ TRUCHE (P.), « Faut-il supprimer le juge d'instruction ? Ou l'histoire d'une opinion divergente », in *Mettre l'honneur au cœur de la justice*, hommage à André Braunschweig, Paris : Litec, 1997, pp. 66-67.

¹⁶⁶ BERNARD (C.), *La justice : Entre soumission et émancipation*, 2^e éd., Paris : Le Monde éditions, 1998, p. 152.

Le projet du professeur Donnedieu de Vabres entend confier à un juge de l'instruction (et non juge d'instruction) les fonctions juridictionnelles de l'instruction. Ce magistrat, dont le statut est mal défini par le projet¹⁶⁷, exerce une mission de contrôle de l'instruction par le parquet, afin de garantir le respect des libertés. Il doit donc régler les incidents divers que soulèvent les actes d'instruction. Il doit également statuer sur les demandes de mise en liberté provisoire faites par les détenus et décider de la suite à donner à l'affaire une fois les investigations terminées. Ces ordonnances sont susceptibles d'appel devant la chambre de l'accusation. Les intérêts légitimes des parties à l'instruction sont garantis par le contrôle de ce juge supérieur.

Des critiques ont été faites contre ce juge de l'instruction. Indépendant du parquet, il doit être « un magistrat de rang supérieur », qui siègerait « au-dessus du procureur de la République ». Le procureur étant du même rang que le président du tribunal, le juge de l'instruction est le magistrat du grade le plus élevé, et se situe à un rang supérieur au président du tribunal, qui de ce fait n'a pas la suprématie dans la juridiction qu'il préside¹⁶⁸. Une telle réforme risque donc de creuser davantage le fossé entre magistrats du siège et du parquet.

En outre, certains disent que le contrôle du juge de l'instruction, s'effectuant *a posteriori*, est inefficace. En effet, le juge de l'instruction ignore le contexte de la décision du procureur de la République. Intervenant sur des actes pris antérieurement et dont il est étranger, ne pourra qu'approuver ces actes (comme la chambre du conseil de 1808). Même si ce contrôle se révélait efficace, il subordonnerait le parquet au juge de l'instruction, magistrat du siège¹⁶⁹.

Enfin, une réforme de cette envergure est très coûteuse puisqu'elle nécessite une augmentation significative du nombre de magistrats du parquet (pour mener les investigations). Le juge de l'instruction, d'un rang plus élevé que le juge d'instruction, est également plus onéreux pour la justice. Une telle réforme se révèle, sur le plan financier, difficile à mettre en œuvre¹⁷⁰. Le projet « Donnedieu de Vabres », loin de faire l'unanimité au sein du monde judiciaire, a été abandonné.

S'agissant du rapport de la Commission « Justice pénale et droits de l'homme », il prévoit qu'un juge du siège est chargé de contrôler la légalité de l'enquête. Il doit donner son autorisation pour toute mesure portant atteinte aux droits fondamentaux de la personne. A ce titre, il est chargé de décider des mesures privatives ou restrictives de liberté. Ainsi, ce

¹⁶⁷ MERLE (R.), VITU (A.), *op. cit.*, p. 475, n° 404.

¹⁶⁸ COLOMBINI (A.), « Considérations sur le projet de Code d'instruction criminelle », *JCP* éd. G 1950, I, 854, n° 10.

¹⁶⁹ DONNEDIEU DE VABRES (H.), « La réforme de l'instruction préparatoire », Conférence faite au Mouvement National Judiciaire le 20 mai 1949, *Rev. sc. crim.* 1949, p. 506.

¹⁷⁰ COLOMBINI (A.), *op. cit.*, n° 12.

magistrat statue sur la détention provisoire¹⁷¹. Ce « juge des libertés », ou « juge de la mise en état » (le nom de ce magistrat n'a pas été précisé), intervient à la demande du ministère public, sur réquisition de celui-ci et en présence de la personne mise en examen. La demande de placement en détention provisoire doit être précédée d'une enquête rapide sur la personne. L'audience devant ce magistrat est publique (sauf si cela peut nuire au bon déroulement de l'enquête, aux intérêts des tiers, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs), et le juge statue par ordonnance motivée susceptible d'appel devant la chambre d'accusation.

L'objectif de la Commission est « d'organiser un contrôle par les magistrats du siège des investigations menées par le ministère public et d'assurer la garantie judiciaire des libertés individuelles »¹⁷². Ce magistrat s'avère donc être un « garde-fou » à la puissance du parquet.

La décision de faire peser sur un autre juge la question de la détention provisoire, ou des mesures restrictives de liberté, n'est pas satisfaisante en général car elle est source de lenteur pour la procédure. M. Braunschweig estime, à juste titre, que de remplacer le juge d'instruction par un autre juge unique n'est pas une solution satisfaisante. La procédure en ressort alourdie inutilement.

Les travaux de cette Commission, bien qu'ayant fait l'objet de propositions de principe, n'ont pas servi à la rédaction d'un quelconque projet de réforme du Code de procédure pénale. Ces propositions sont arrivées précisément au moment où des juristes américains et anglais ont découvert les vertus d'une instruction à la française, composée d'un juge d'instruction instruisant à charge et à décharge. Certains d'entre eux ont émis des critiques à l'encontre du système anglais et prônent l'instauration d'un juge d'instruction en Angleterre. Aux Etats-Unis, le juge Cohen, du tribunal de Philadelphie, lutte pour la mise en place d'un juge d'instruction dans la procédure pénale américaine¹⁷³.

En dépit de ces différents projets ou propositions visant à supprimer le magistrat instructeur du paysage judiciaire français, pour accroître parallèlement les pouvoirs du procureur de la République, l'institution a été maintenue. Une grande majorité de magistrats se montre favorable à la préservation du juge d'instruction, présentant davantage de garanties que le ministère public. Les esprits ne sont pas prêts à assumer une telle redistribution des rôles au sein de l'organisation judiciaire. Les critiques persistent mais les réformes entreprises restent modestes¹⁷⁴.

¹⁷¹ Rapport de la Commission « Justice pénale et droits de l'homme », *op. cit.*, pp. 145-146.

¹⁷² Rapport de la Commission, *cité in* PRADEL (J.), « La mise en état des affaires pénales. Propos sceptiques sur le rapport de la Commission Justice pénale et droits de l'homme (juin 1990) », *D.* 1990, *chron.*, p. 302.

¹⁷³ SAMET (C.), « Le juge d'instruction », *op. cit.*, p. 31.

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 32.

D'autres propositions, cette fois plus marginale, ont été émises afin de retirer au juge d'instruction toute autorité sur la détention provisoire. Il s'agissait notamment de confier cette question aux juridictions de jugement.

§ 2 – Le transfert de la détention provisoire à une juridiction de jugement

La juridiction de jugement joue un rôle en matière de détention provisoire puisqu'il y a des situations dans lesquelles c'est elle qui va décider de la détention provisoire. Nous verrons que certains auteurs se sont autorisés à penser que cette juridiction pourrait se voir confier la totalité de la question de la détention provisoire, à la place du juge d'instruction.

A - Une compétence exceptionnelle de la juridiction de jugement

La juridiction de jugement a déjà un rôle sommaire en matière de détention provisoire. Dans le cadre de la procédure de comparution immédiate, elle va pouvoir décider du placement ou du maintien du prévenu en détention provisoire ou sous contrôle judiciaire. Les articles 395 et suivants du Code de procédure pénale prévoient toutes les hypothèses dans lesquelles le prévenu va être placé ou maintenu en détention provisoire par la juridiction de jugement. Le juge d'instruction et le juge des libertés et de la détention, dans ces hypothèses, n'ont pas de rôle à jouer. Ils laissent place aux juges du fond.

Le tribunal peut placer ou maintenir un individu en détention provisoire par décision spécialement motivée. Conformément aux dispositions de l'article 397-3 du Code de procédure pénale, cette décision est prise selon les modalités prévues par les articles 135, 137-3, alinéa 1^{er}, et 464-1 dudit code. Les juges du fond doivent motiver la décision par référence aux dispositions de l'article 144. La détention provisoire doit être le seul moyen d'assurer la conservation des preuves ou d'empêcher une pression sur les témoins et victimes, ou une concertation frauduleuse, ou encore de protéger le mis en examen et de garantir son maintien à la disposition de la justice, d'empêcher la récidive, ou enfin de mettre fin à un trouble

exceptionnel et persistant à l'ordre public. La décision du tribunal est exécutoire par provision, c'est-à-dire que le prévenu doit être immédiatement placé en détention provisoire¹⁷⁵. La procédure de comparution immédiate, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 9 septembre 2002, est possible « si le maximum de l'emprisonnement prévu par la loi est au moins égal à deux ans sans excéder sept ans » ou, dans l'hypothèse du flagrant délit, « si le maximum de l'emprisonnement prévu par la loi est au moins égal à six mois ». En d'autres termes, les seuils sont inférieurs à ceux prévus pour la procédure d'instruction. La juridiction de jugement n'entame en rien l'autorité du juge d'instruction puisqu'elle intervient dans des cas pour lesquels le juge d'instruction ne peut pas intervenir. Elle vient en complément de l'action du juge d'instruction pour des faits d'une gravité moindre.

En pratique, lorsque le tribunal est saisi en application de la procédure de comparution immédiate, le prévenu peut consentir à être jugé immédiatement, mais il peut aussi refuser et demander un délai supplémentaire afin de préparer sa défense. Dans une telle hypothèse, si la détention provisoire paraît nécessaire, le tribunal peut décider de placer ou maintenir l'individu en détention provisoire. De même lorsque l'affaire ne semble pas en l'état d'être jugée séance tenante, le tribunal peut reporter l'audience et la mise en détention provisoire peut être décidée. La décision est susceptible d'appel dans les conditions du droit commun¹⁷⁶.

Lorsque l'individu est en détention provisoire, le jugement au fond doit être rendu dans les deux mois qui suivent le jour de la première comparution du prévenu devant le tribunal. A défaut de jugement dans ce délai, le prévenu devra être remis en liberté d'office¹⁷⁷. Le délai peut dans certains cas être porté à quatre mois.

La juridiction de jugement a donc une compétence en matière de détention provisoire, s'agissant du placement et du maintien, qui s'exerce parallèlement à celle du juge d'instruction. Le juge d'instruction ne cessant d'être remis en cause, certains auteurs ont songé à faire de cette institution l'autorité compétente pour la totalité du contentieux de la détention provisoire.

¹⁷⁵ « Détention provisoire », *J.-Cl.*, Pratique des parquets et de l'instruction 2004, fasc. 10, p. 20.

¹⁷⁶ MERLE (R.), VITU (A.), *op. cit.*, p. 910, n° 780.

¹⁷⁷ Art. 397-3, alinéa 3 du C. pr. pén.

B – Une mission nouvelle pour la juridiction de jugement

Plutôt que d'opter pour une fusion des autorités de poursuite et d'instruction au profit du procureur de la République, comme l'avaient suggéré les projets « Donnedieu de Vabres » et la Commission « Delmas-Marty », certains auteurs ont émis l'hypothèse d'une fusion des autorités d'instruction et de jugement, au profit de la juridiction de jugement. Cette idée revenait à supprimer l'institution du juge d'instruction, pour transférer ses pouvoirs à la juridiction de jugement. La doctrine s'est penchée sur cette idée.

On imagine ainsi la procédure : le tribunal, saisi d'une affaire dès l'origine, devrait apprécier s'il est suffisamment informé pour pouvoir statuer sur l'affaire, ou si au contraire il est nécessaire d'effectuer davantage d'investigations. Dans cette hypothèse, un membre de la juridiction serait désigné afin de poursuivre les investigations. Celui-ci, mandaté par le tribunal au sein duquel il siège, établirait ensuite un rapport final soumis à la juridiction¹⁷⁸. S'agissant de la détention provisoire, la juridiction de jugement serait seule compétente pour en décider.

Une telle proposition pourrait être satisfaisante. La juridiction de jugement aurait à la fois une connaissance suffisante du dossier du prévenu, et offrirait la garantie d'une décision objective issue d'une réflexion collégiale. La détention provisoire, décidée par la juridiction de jugement, serait prise en connaissance de cause. La juridiction resterait ensuite compétente, durant toute la durée de l'information, pour statuer sur le contentieux ultérieur de la détention.

M. Van Ruymbeke, magistrat, préconisait de reprendre la fusion des autorités de poursuite et d'instruction au profit du procureur de la République, tout en prévoyant l'intervention du tribunal. Une fois le juge d'instruction supprimé, le procureur de la République se verrait confier les pouvoirs d'investigations de l'instruction. Le tribunal, composé de magistrats du siège indépendants, devrait donner son accord pour les décisions attentatoires aux libertés individuelles, telles que les écoutes téléphoniques, les perquisitions. Pour les mesures coercitives telle que la détention provisoire, le tribunal demeurerait seul compétent pour statuer. Cette solution semble, selon lui, faire preuve de simplicité et de clarté¹⁷⁹.

Le modèle allemand est un modèle auquel la doctrine contre le juge d'instruction se réfère parfois. Le droit allemand a supprimé le juge d'instruction il y a une trentaine d'années, par

¹⁷⁸ SAMET (C.), « Le juge d'instruction », *op. cit.*, p. 32.

¹⁷⁹ VAN RUYMBEKE (R.), *Le juge d'instruction*, *op. cit.*, p. 123.

une réforme qui visait à accélérer la phase préparatoire du procès. Le législateur allemand n'a pas cherché à retrouver un équilibre des pouvoirs au sein de l'organisation judiciaire. Le ministère public en est sorti renforcé, il est « l'homme fort » de l'enquête¹⁸⁰. Le juge d'instruction n'avait, avant sa suppression, qu'un rôle marginal et personne ne semble aujourd'hui désirer son retour au sein des institutions judiciaires. L'Allemagne ne paraît éprouver aucun regret à avoir aboli le juge d'instruction. Il semble même au contraire que le débat contradictoire soit favorisé pour pallier au déséquilibre de l'enquête préliminaire¹⁸¹.

M. Bauve estime que la France devrait suivre l'évolution du droit allemand. La suppression du juge d'instruction est pour lui la seule solution se situant « dans le vent de l'histoire ». La juridiction de jugement, tribunal à trois magistrats, devrait statuer sur la question de la détention ainsi que sur les décisions importantes, alors que le ministère public serait autorité de poursuite et d'investigation¹⁸².

La Commission « Truche » en 1997 préconisait encore, dans la lignée des propositions de la Commission « Delmas-Marty », la mise en place d'un tribunal composé de magistrats indépendants pour statuer sur la détention provisoire. La loi du 15 juin 2000 ne s'est pas orientée dans cette direction, le législateur ayant opté pour l'instauration d'un nouveau juge unique, le juge des libertés et de la détention, chargé de décider de la détention provisoire avec le juge d'instruction. La France a donc choisi de réformer prudemment son système et de préserver pour un temps supplémentaire l'institution du juge d'instruction. Pour autant les critiques à l'encontre du juge d'instruction n'ont pas disparu et il est probable que d'autres propositions ou projets de réforme voient le jour.

En outre, un rapport a été publié en février 2005, suite à la très médiatique affaire dite « d'Outreau », recommandant au législateur de renforcer le contrôle de la détention provisoire. Deux avancées sont proposées par le groupe de travail : d'une part de valoriser le rôle dévolu au juge des libertés et de la détention dont les fonctions sont fréquemment dépréciées (en assurant la permanence de ses fonctions, en lui offrant une formation spécialisée dans les contentieux qu'il doit régler, et en lui permettant de décider d'office de différer le débat afin d'effectuer des vérifications d'éléments de faits), et d'autre part de renforcer le contrôle exercé par la chambre de l'instruction sur la détention provisoire (notamment par la création d'une audience semestrielle de la chambre de l'instruction sur l'examen de l'état

¹⁸⁰ JUNG (H.), « Vers un nouveau modèle du procès pénal ? Réflexions sur les rapports "la mise en état des affaires pénales" », *Rev. sc. crim.* 1991, doctr., p. 535.

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 536.

¹⁸² BAUVE (J.-P.), « Le juge d'instruction en question », *op. cit.*, p. 334.

d'avancement et la poursuite de l'information et par l'accroissement des moyens humains de la chambre de l'instruction pour instaurer cette procédure).

CONCLUSION

Le juge d'instruction n'est plus véritablement une autorité à part entière en matière de détention provisoire. Le juge des libertés et de la détention, le procureur de la République et la chambre de l'instruction ne cessent de lui « arracher » son pouvoir au gré des réformes. Il s'agit pour le magistrat instructeur de lutter au quotidien pour préserver sa part résiduelle, notamment pour que son opinion soit prise en compte. Pour autant, ce magistrat n'en demeure pas moins contesté, les médias ainsi que certains auteurs s'efforçant au quotidien de dévaloriser cette institution sans justification sérieuse.

Recélant en lui une dualité de pouvoirs – on a dit de lui qu'il incarnait à la fois Maigret et Salomon¹⁸³ – le juge d'instruction est accusé et montré du doigt. Même s'il a su résister à la réforme du 15 juin 2000, on continue d'annoncer sa mort.

Le magistrat instructeur est pourtant la seule personne qui connaît réellement le dossier et la personne mise en examen. Il est donc le mieux à même de prendre une décision réfléchie en connaissance de cause, notamment lorsqu'il s'agit de la détention provisoire. Argument plus convainquant encore, cette institution présente une garantie d'indépendance à l'égard du pouvoir politique, que l'institution du procureur de la République n'offre pas.

La jeunesse et l'inexpérience que l'on lui prête ne sont que des fausses excuses. Le procureur de la République sortant de l'Ecole nationale de la magistrature n'est-il pas jeune et inexpérimenté ? Tous les magistrats, qu'ils soient du siège ou du parquet, doivent faire face, au début de leur carrière, à ce défaut d'expérience et à leur jeunesse. Le juge d'instruction n'est pas plus jeune ni moins expérimenté que les autres magistrats. Ces arguments manquent définitivement de sérieux.

Concernant la solitude du juge d'instruction, celle-ci n'est que théorique. En pratique, l'exiguïté des murs derrière lesquels les magistrats exercent leur fonction et la proximité qui est la leur tout au long de la journée, dans l'enceinte du Palais de justice, nous permettent de croire que le juge d'instruction n'est jamais seul. Il est d'abord assisté de son greffier, personne de confiance avec laquelle il discute nécessairement des dossiers. L'expérience d'un

¹⁸³ BADINTER (R.), *cité par* BERNARD (C.), *in* « La Justice : Entre soumission et émancipation », *op. cit.*, p. 167.

stage fait dire que la cantine du Palais et la machine à café sont des lieux propices à la discussion, aux débats. Le juge d'instruction n'hésite pas à partager ses inquiétudes et ses doutes avec ses collaborateurs.

La bataille menée contre le juge d'instruction est donc une bataille sans motif légitime. On s'interroge dès lors sur les raisons plus profondes et cachées d'un tel acharnement. Depuis la seconde moitié du vingtième siècle, le juge d'instruction s'est autorisé à faire comparaître devant lui la sphère politique de la société. La riposte ne pouvait que se produire. Le juge d'instruction est affaibli et contrôlé par le procureur de la République, digne « intermédiaire » du Garde des Sceaux, se voyant progressivement renforcé dans son pouvoir.

Il faut souhaiter l'arrêt des hostilités afin que le juge d'instruction puisse retrouver son éclat et sa légitimité.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GENERAUX :

CONTE (P.H.), MAISTRE DU CHAMBON (P.), *Procédure pénale*, 4^{ème} édition, Paris : Armand Colin, 2002, 468 p.

FOURMENT (F.), *Procédure pénale*, 5^{ème} édition, Orléans : Paradigme publications universitaires, 2004, 322 p.

GASTON (S.T.), LEVASSEUR (G.), BOULOC (B.), *Procédure pénale*, 19^{ème} édition, Paris : Dalloz, 2004, 1038 p.

GUINCHARD (S.), BUISSON (J.), *Procédure pénale*, 2^{ème} édition, Paris : Litec, 2002, 1233 p.

LARGUIER (J.), *Procédure pénale*, 20^{ème} édition, Paris : Dalloz, 2004, 310 p.

LEVASSEUR (G.), CHAVANNE (A.), MONTREUIL (J.), BOULOC (B.), MATSOPOULOU (H.), *Droit pénal général et procédure pénale*, 14^{ème} édition, Paris : Sirey, 2002, 456 p.

MERLE (R.), VITU (A.), *Traité de droit criminel, tome II, Procédure pénale*, 5^{ème} édition, Paris : Cujas, 2001, 1180 p.

PRADEL (J.), *Manuel de procédure pénale*, 12^{ème} édition revue et augmentée, Paris : Cujas, 2004, 947 p.

PRADEL (J.), *Droit pénal comparé*, 2^{ème} édition, Paris : Dalloz, 2002, 803 p.

RASSAT (M.-L.), *Manuel de procédure pénale*, Paris : PUF, 2002, 291 p.

RASSAT (M.-L.), *Traité de procédure pénale*, Paris : PUF, 2001, 892 p.

RENAULT-BRAHINSKY (C.), *Procédure pénale ; mémento LMD*, 6^{ème} édition, Paris : Gualino, 2004, 281 p.

SOYER (J.-CL.), *Droit pénal et procédure pénale*, 18^{ème} édition, Paris : LGDJ, 2004, 441 p.

MONOGRAPHIES ET OUVRAGES SPECIAUX :

ARAGONES (S.), *Les pouvoirs du juge d'instruction au regard des conditions de la détention provisoire des majeurs*, Mémoire de DEA « droit pénal et sciences criminelles », sous la direction du Professeur **BORRICAND (J.)**, Univ. Droit Aix-Marseille, 1994.

BERNARD (C.), *La justice : entre soumission et émancipation*, 2^e édition, Paris : Le Monde éditions, Poche, 1998, 250 p.

CALLÉ (B.), *La détention provisoire*, 1^{re} édition, Paris : PUF, « Que sais-je ? », 1992, 127 p.

CHAMBON (P.), GUÉRY (CH.), *Droit et pratique de l'instruction préparatoire, juge d'instruction*, 5^{ème} édition, Paris : Dalloz, 2004, 669 p.

DALLE (H.), DANET (J.), JANAS (M.), et alii., « *Le nouveau procès pénal après la loi Perben II* », dossiers de la journée d'études Dalloz du 8 mars 2004, Paris : Dalloz, 2004, 590 p.

DANET (J.), *Défendre. Pour une défense pénale critique*, 2^{ème} édition, Paris : Dalloz, 2004, 270 p.

DELMAS-MARTY (M.) (dir.), *Procédures pénales d'Europe*, 1^{ère} édition, Paris : PUF, 1995, 638 p.

GAUSSEN (C.), *La juridiction spécialisée en matière de détention provisoire (bilan et perspectives)*, Mémoire de DEA « Droit pénal et sciences criminelles », sous la direction du Professeur **CONTE (PH.)**, Univ. Droit Bordeaux IV, 1999-2000.

GUÉRY (CH.), *La détention provisoire*, Paris : Dalloz, 2001, 295 p.

JEANDIDIER (W.), *La juridiction d'instruction du second degré*, Paris : Cujas, 1982, 370 p.

MÉLIQUE (D.), *La détention provisoire*, Mémoire de DEA « défense nationale et sécurité européenne », sous la direction du Professeur **MUTELET (V.)**, Université de Lille II, 2000-2001, 74 p.

PRADEL (J.), *Le juge d'instruction*, Paris : Dalloz, connaissance du droit, 1996, 97 p.

PRADEL (J.), **BASSIOUNI (CH.)** (dir.), *Procédure pénale comparée dans les systèmes modernes : rapport de synthèse des colloques de l'ISIS*, Toulouse : Erès, 1998, 147 p.

SAMET (C.), *Les aveux d'un juge d'instruction*, Mesnil-sur-l'Estrée : Flammarion, 2001, 335 p.

VAN RUYMBEKE (R.), *Le Juge d'instruction*, 3^{ème} édition corrigée, Paris : PUF, « Que sais-je ? », 1996, 127 p.

RAPPORTS

Rapport de la Commission « Justice pénale et droit de l'homme », *La mise en état des affaires pénales*, Paris : La documentation française, 1991, 339 p.

Rapport de la Commission de réflexion sur la justice / rapport au Président de la République ; commission présidée par Pierre Truche, Paris : La documentation française, 1997, 92 p.

ARTICLES ET NOTES DE JURISPRUDENCE :

ANGEVIN (H.), « Chambre de l'instruction », *J.-Cl. Procédure pénale* 2004, art. 191 à 230.

ARRIGHI (C.), « De la chambre d'accusation à la chambre de l'instruction », *Rev. sc. crim.* 2001, p. 223 et s.

ARRIGHI (C.), « Les pouvoirs du président de la chambre d'accusation après la loi du 30 décembre 1996 », *Rev. sc. crim.* 1998, p. 687 et s.

ARRIGHI (C.), « L'extension des pouvoirs propres du président de la chambre d'accusation par la loi du 4 janvier 1993 et celle du 24 août 1993 », *Rev. sc. crim.* 1995, p. 271.

BAUVE (J.-P.), « Le juge d'instruction en question », *Gaz. Pal.* 2 mai 1987, p. 334.

BOULAN (F.), « La réforme de l'instruction », in *Droit pénal contemporain*, Mélanges dédiés à André Vitu, Paris : Cujas, 1989, p. 51 et s.

BOULOC (B.), « De quelques transformations de l'instruction préparatoire », *Rev. pénit.* 2000, n° 1, p. 39 et s.

BRAULT-JAMIN (V.), « La réforme de la procédure dite du « référé-liberté » Chronique d'un échec peut être remédiable », *Rev. pénit.* 1997, p. 159 et s.

BROUCHOT (J.), « La chambre d'accusation », *JCP* éd. G 1959, I, 1485.

BUISSON (J.), « Le référé-détention du procureur de la République issu de la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 », *Procédures* 2002, chron. 13, p. 7 et s.

CHAMBON (P.), « La loi n° 87-1062 du 30 décembre 1987 relative aux garanties individuelles en matière de placement en détention provisoire ou sous contrôle judiciaire et portant modification du Code de procédure pénale : réflexions sur la législation ; analyse et appréciation de la loi », *JCP* éd. G 1988, I, 3335.

CHAMBON (P.), « La loi n° 89-461 du 6 juillet 1989 modifiant le Code de procédure pénale et relative à la détention provisoire : analyse et réflexions », *JCP* éd. G 1989, I, 3417.

COLOMBINI (A.), « Considérations sur le projet de Code d'instruction criminelle », *JCP* éd. G 1950, I, 854.

COMMARET (D.-N.), *Procédure pénale, Détention provisoire*, *Rev. sc. crim.* 2002, chron. jur., p. 841 et s.

DELMAS-MARTY (M.), « Les pouvoirs du juge d'instruction », *Revue des sciences morales et politiques*, 1992, p. 409 et s.

DELMAS-MARTY (M.), « Détention provisoire », *J.-Cl.*, Pratique des parquets et de l'instruction 2004, fasc. 10 et 20.

DI MARINO (G.), « La réforme de la détention provisoire (loi n° 2000-516 du 15 juin 2000) », *Rev. pénit.* 2000, p. 321 et s.

DONNEDIEU DE VABRES (H.), « La réforme de l'instruction préparatoire », Conférence faite au Mouvement National Judiciaire le 20 mai 1949, *Rev. sc. crim.* 1949, p. 499 et s.

DORSNER-DOLIVET (A.), « Les dispositions de la Loi du 15 juin 2000 renforçant les garanties judiciaires en matière de détention provisoire », *Dr. pénal* 2000, chron. 39, p. 4 et s.

DORWLING-CARTER (M.), « Faut-il supprimer le Juge d'instruction ? », *JCP* éd. G 1990, I, 3458.

DUMONT (J.), *Juge d'instruction*, *J.-Cl. Procédure pénale*, art. 49 à 52, fasc. 20.

GARREC (M.), « La juridiction d'instruction est-elle indispensable ? », *JCP* éd. G 1986, I, 3266.

GUÉRY (CH.), « Le Juge des libertés et de la détention : un juge qui cherche à mériter son nom... », *D.* 2004, Chron. n° 9, p. 583 et s.

GUÉRY (CH.), « Une détention provisoire exceptionnelle...mais souhaitable », *A.J. pén.* 2004, Pratiques et professions, n° 6, p. 238 et s.

JEAN-LUC, « De la présomption d'innocence à la présomption de charges ou l'étrange réforme de procédure pénale de Maître Vauzelle », *Gaz. Pal.* 1993, doct., p. 342 et s.

JEANDIDIER (W.), « La juridiction collégiale d'instruction du premier degré », *in Droit pénal contemporain*, Mélanges dédiés à André Vitu, Paris : Cujas, 1989, p. 263 et s.

J.L., « Le Juge d'instruction, ce chêne qu'on abat », *ALD* 1985, comm. légis. p. 119 et s.

J.L., « Juge d'instruction », *J.-Cl. Pratique des parquets et de l'instruction* 2004.

JUNG (H.), « Vers un nouveau modèle du procès pénal ? Réflexions sur les rapports " La mise en état des affaires pénales " », *Rev. sc. crim.* 1991, doct. p. 526 et s.

LAVIELLE (B.), **LEBUR (F.)**, « Le Juge des libertés et de la détention : Béni-oui-oui ou terminator ? », *Gaz. Pal.* 2001, doct., p. 1168 et s.

LAZERGES (CH.), « La dérive de la procédure pénale », *Rev. sc. crim.* 2003, chron., p. 644 et s.

LE CALVEZ (J.), « Comme au jeu de l'oie : les aléas de la case prison », *D.* 2003, jur., p. 2594 et s.

LECLERC (H.), « Pour un nouveau procès pénal », in **SOULEZ-LARIVIÈRE (D.)**, *Notre Justice, le livre vérité de la justice française*, Paris : Laffont, 2002, p. 190 et s.

LEMONDE (M.), « Le Juge des libertés et de la détention : une réelle avancée ? », *Rev. sc. crim.* 2001, p. 51 et s.

MICHAUD (J.), « Le juge d'instruction et le procureur de la République », *Rev. sc. crim.* 1977, p. 903 et s.

MICHAUD (J.), « Le « janus » de la magistrature », *Rev. sc. crim.* 1974, p. 666 et s.

PANSIER (J.-F.), **CHARBONNEAU (C.)**, « Commentaire de la Loi du 15 juin 2000 article par article », *Petites affiches* 15 juin 2000, doct. n° 129, pp. 8-16.

PERIER-DAVILLE (D.), « Les juges d'instruction de nouveau sur la sellette », *Gaz. Pal.* 10 nov. 1987, doct., p. 692 et s.

PERIER-DAVILLE (D.), « Plaidoyer pour le juge d'instruction », *Gaz. Pal.* 18 févr. 1993, p. 160 et s.

PRADEL (J.), « La procédure pénale française à l'aube du troisième millénaire », *D.* 2000, chron. p. 1 et s.

PRADEL (J.), « La mise en état des affaires pénales. Propos sceptiques sur le rapport de la Commission Justice pénale et droits de l'homme (juin 1990) », *D.* 1990, chron. p. 301 et s.

PRADEL (J.), « Observations brèves sur une loi à refaire (à propos de la loi du 4 janvier 1993 sur la procédure pénale) », *D.* 1993, chron., p. 39 et s.

PRADEL (J.), « La phase préparatoire du procès pénal en droit comparé », *Rev. sc. crim.* 1983, Etudes et Variétés, p. 623 et s.

PRADEL (J.), « Chambre du conseil et instruction préparatoire (remarques suggérées par la loi du 30 décembre 1987 relative à la procédure pénale) », *D.* 1988, chron. p. 149 et s.

PRADEL (J.), « Le second degré de l'instruction pénale », *Justices ; Revue générale de Droit processuel* 1996, n° 4, p. 73 et s.

RASSAT (M.-L.), « Détention provisoire 17...et la suite », *in Droit pénal contemporain*, Mélanges dédiés à André Vitu, Paris : Cujas, 1989, p. 419 et s.

REMPLOIN (L.), « La maîtrise du contentieux de la détention en cas d'opposition entre la chambre d'accusation et le juge d'instruction », *JCP* éd. G 1978, I, 2887.

RENAUT (M.-H.), « Innovation pour les droits de la défense ou retour partiel au Code Napoléon ? La détention provisoire et le Juge de la détention », *Dr. pénal* 1999, n° 11, chron. 26, p. 4 et s.

SAMET (C.), « Le juge d'instruction », *Regards sur l'actualité*, Paris : La documentation française, 1995, n° 216, p. 8 et s.

SCHOULER (C.), « Les juges du siège ligotés par le parquet », *Justice* 2003 n° 174, p. 3 et s.

TAORMINA (G.), « Réflexions sur la détention provisoire des majeurs », *Rev. pénit.* 2001, p. 64 et s.

TURCEY (V.), « Le Juge de la détention est le type même de la fausse bonne idée », *Petites affiches* 14 janv. 2000, n° 10, p. 4 et s.

TURCEY (V.), « La loi du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale ou le pavé de l'ours », *Gaz. Pal.* 1993, I, doct., p. 388 et s.

TRUCHE (P.), « Faut-il supprimer le juge d'instruction ? ou l'histoire d'une opinion divergente », *in Mettre l'honneur au cœur de la justice, Mélanges Braunschweig (A.)*, Paris : Litec, 1997, p. 66 et s.

VARINARD (A.), « Le détenu provisoire », *in « La procédure pénale française aujourd'hui »*, *Rev. pénit.* 2003, n° 4, p. 659 et s.

VÉRIN (J.), « La détention préventive et la criminologie », *Rev. sc. crim.* 1969, chron. pp. 707 et s. et 917 et s.

VOUIN (R.), « Le projet de réforme du Code d'instruction criminelle », *D.* 1950, chron. p. 37 et s.

VUILLEMIN-GONZALES (C.), « La protection de la liberté pendant la phase préparatoire », *Rev. pénit.* 2001, p. 101 et s.

TABLE DES MATIERES

Introduction.....	3
--------------------------	----------

PARTIE I – L’AUTORITÉ PARTAGÉE DU JUGE D’INSTRUCTION... 11

Section 1 – Le juge d’instruction face au ministère public	12
§ 1 – Un droit de regard sur la mission du juge d’instruction	12
A – Les réquisitions et le droit d’information du ministère public.....	13
B – Le droit du ministère public de critiquer l’instruction.....	16
§ 2 – Un pouvoir de contournement des décisions du juge d’instruction.....	19
A - L’indifférence de l’accord du juge d’instruction pour le placement en détention provisoire.....	19
B – L’atteinte au pouvoir du juge d’instruction de remettre en liberté.....	24
Section 2 – Le juge d’instruction face aux magistrats du siège	30
§ 1 – La tutelle de la chambre de l’instruction	30
A – La mission de protection des libertés individuelles du président.....	30
B – La mission de contrôle de la chambre de l’instruction	35
§ 2 – La coopération du juge des libertés et de la détention.....	40
A – La compétence indéniable du juge des libertés et de la détention.....	41
B – L’autonomie insuffisante du juge des libertés et de la détention.....	45

PARTIE II – L’AUTORITÉ CONTESTÉE DU JUGE D’INSTRUCTION... 50

50

Section 1 – Une remise en cause « fonctionnelle »	52
§ 1 – La cohabitation entre juge unique et juridiction collégiale au profit du juge d’instruction.....	52
A – Un partage inégal des compétences.....	53
B – Une collégialité apparente.....	55
§ 2 – La cohabitation du juge unique et de la juridiction collégiale au détriment du juge d’instruction	58
A – Les tentatives d’instauration de la collégialité.....	58
B – L’analyse de l’échec de la collégialité	62
Section 2 – Une remise en cause « institutionnelle »	65
§ 1 – La suppression du juge d’instruction au profit d’un système accusatoire.....	65
A - Le nouveau rôle du procureur de la République.....	65
B - L’intervention d’un magistrat du siège	68
§ 2 – Le transfert de la détention provisoire à une juridiction de jugement.....	71
A - Une compétence exceptionnelle de la juridiction de jugement	71
B – Une mission nouvelle pour la juridiction de jugement.....	73

CONCLUSION.....	76
------------------------	-----------

BIBLIOGRAPHIE.....	78
OUVRAGES GENERAUX :	78
MONOGRAPHIES ET OUVRAGES SPECIAUX :	79
RAPPORTS.....	80
ARTICLES ET NOTES DE JURISPRUDENCE :	80