

David Chekroun
Henri Nallet

Pour un Etat de Justice



Pour un Etat de Justice

Jean Jaurès
Fondation

Sous la direction de
David Chekroun
Henri Nallet



Jean Jaurès
Fondation

Pour un Etat de Justice

Sous la direction de

David Chekroun

Henri Nallet

Nicolas Bouillant, Denis Chemla, Julie De Clerck,
Emmanuel Jeuland, Jean Lapousterle, Hubert Lesaffre,
Léonor Mino, Etienne Pataut, Michel Pélégry

SOMMAIRE

Avant-propos	11
Introduction	15
Le rendez-vous manqué de l'Etat et de la Justice	21
Une crise de l'institution de la justice dans la crise de l'Etat	21
UNE CRISE MULTIFORME DE L'ÉTAT ET DES CADRES INSTITUTIONNELS TRADITIONNEL	22
LA JUSTICE COMME RECOURS : LE POIDS DES ATTENTES À SATISFAIRE	31
Pouvoir et contre-pouvoirs : le poids d'un long face-à-face	41
UNE HISTOIRE NATIONALE PRIVILÉGIANT UNE AUTORITÉ TRÈS CENTRALISÉE PEU FAVORABLE AU JUGE	41
POUR UN ÉTAT DE JUSTICE PORTÉ PAR LA GAUCHE	46
Instaurer l'Etat de Justice	56
Un juge relégitimé	57
RELÉGITIMER L'INSTITUTION JUDICIAIRE	58
RELÉGITIMER LE JUGE CONSTITUTIONNEL	103
RELÉGITIMER LES AUTORITÉS ADMINISTRATIVES INDÉPENDANTES	116
Une règle juste et humaine	128
LES OUTRAGES À LA TRADITION HUMANISTE	131
REPENSER LA LUTTE CONTRE LA RÉCIDIVE	141
Des justiciables à égalité	156
SOUMETTRE LE PRÉSIDENT DE LA RÉPUBLIQUE AUX PRINCIPES D'ÉGALITÉ DEVANT LA JUSTICE ..	157
FAVORISER L'ACCÈS AU DROIT ET À LA JUSTICE	175
PROMOUVOIR LA DÉFENSE DES DROITS	212
RECONSTRUIRE LA JUSTICE DES MINEURS	222
REPENSER LA PRISON ET L'EXÉCUTION DES PEINES	231
Conclusion	249
Propositions	255
Remerciements	263

AVERTISSEMENT

La mission de la Fondation Jean-Jaurès est de faire vivre le débat public. Elle publie donc les analyses et les propositions dont l'intérêt du thème, l'originalité de la problématique ou la qualité de l'argumentation contribuent à atteindre cet objectif, sans pour autant nécessairement reprendre à son compte chacune d'entre elles.

Cet ouvrage est le fruit des travaux du groupe de travail « Droit, justice et institutions » de la Fondation Jean-Jaurès constitué et animé par Henri Nallet et David Chekroun. Il s'est réuni sur un rythme mensuel de mars 2011 à mai 2012 (certains membres du groupe, pour des raisons professionnelles, n'ont pas pu signer cet ouvrage).

Nicolas Bouillant est sous-directeur de la Santé à la Mairie de Paris. Enarque, il a été conseiller de Christian Sautter à la Mairie de Paris, directeur de cabinet du Directeur général de l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris et secrétaire général du groupe socialiste du Sénat.

Denis Chemla est avocat aux barreaux de Paris et de New York. Il est également président de l'association Droit d'urgence.

David Chekroun est professeur de droit à ESCP Europe et *Global Fellow* à l'école de droit de l'Université de New York (NYU School of Law). Il s'intéresse particulièrement aux questions de contentieux et de politiques et cultures judiciaires comparées.

Julie De Clerck est chargée d'études à la Fondation Jean-Jaurès. Ancienne normalienne, elle est diplômée de Sciences Po-Paris.

Emmanuel Jeuland est professeur à l'Ecole de droit de la Sorbonne (Université Paris-I). Il est spécialisé en droit processuel, droit judiciaire privé et administration judiciaire et est l'auteur de plusieurs ouvrages dans ces domaines, notamment sur le nouveau management de la justice et l'indépendance des juges.

Jean Lapousterle est professeur de droit à l'Université de Strasbourg. Il s'intéresse particulièrement au droit pénal et au droit de la propriété littéraire et artistique.

Hubert Lesaffre est docteur en droit public et conseiller aux lois du groupe socialiste du Sénat. Il a été l'assistant parlementaire de Robert Badinter et a enseigné le droit constitutionnel à l'Université Paris-Ouest Nanterre La Défense.

Léonor Mino est collaboratrice de la Fondation Jean-Jaurès et titulaire d'un Master 2 de droit, gestion et gouvernance des systèmes financiers publics à l'Université Paris-I.

Henri Nallet est vice-président de la Fondation Jean-Jaurès et vice-président de la Fondation européenne d'études progressistes (FEPS). Il a été ministre de l'Agriculture et garde des Sceaux, ministre de la Justice.

Etienne Pataut est professeur de droit privé à l'Ecole de droit de la Sorbonne (Université Paris-I). Il s'intéresse particulièrement aux questions de contentieux et de droit social international et européen.

Michel Pélégry, magistrat, a occupé plusieurs fonctions au siège et au parquet. Il a été rapporteur au Conseil de la concurrence et au Comité interministériel de restructuration industrielle, inspecteur à l'Inspection générale des services judiciaires et a dirigé l'Inspection des services pénitentiaires.

« ... Une fonction majeure du droit est le traitement des conflits et la substitution du discours à la violence ; tout l'ordre judiciaire peut être placé sous l'égide de cette substitution. La coupure avec la violence s'exprime par l'institution du procès comme cadre d'une répétition symbolique, dans la dimension de la parole, de la scène effective de la violence.

Cette institution présuppose l'émergence de plusieurs conditions structurales de tout débat : l'autorité d'un Etat détenteur de la violence légitime ; la constitution d'un corps de lois écrites ; l'exercice de la justice par des magistrats en position de tiers entre les parties en débat ; le recrutement de juges, à savoir des hommes comme nous, mais élevés au-dessus de nous pour trancher les conflits au terme d'épreuves qualifiantes destinées à concourir à l'acceptabilité de la sentence. La composante essentielle est la conduite du procès en forme de débat, destiné à mettre fin à un état d'incertitude au terme d'un affrontement d'arguments, les accès à la parole étant égaux de part et d'autre, pour que le procès soit tenu pour équitable ; vient en conclusion de ce débat, conduit comme une lutte de paroles, la sentence dont la vertu performative est celle d'une parole qui dit le droit dans une circonstance déterminée ; la sentence fait ce qu'elle dit : le plaignant est distingué comme victime et l'accusé, s'il est condamné, est désigné comme coupable. La sentence est bien nommée « arrêt » : elle met fin au procès et assigne aux parties en procès les places qui engendrent une juste distance entre la vengeance et la justice. »

Paul Ricœur,
Le juste, la justice et son échec,
L'Herne, 2006, p. 29-30.

AVANT-PROPOS

C'est à l'occasion des Rendez-vous de l'histoire de Blois d'octobre 2010, consacrés à la question « Faire justice », et des échanges que nous avons eus à propos d'une contribution sur « La gauche et la justice » que le projet d'approfondir la question, toujours d'actualité, de la place de la justice dans notre société a pris corps. La Fondation Jean-Jaurès nous offrait l'hospitalité et la possibilité de travailler en toute liberté. La proximité de l'élection présidentielle encourageait à revisiter le sujet.

C'est ainsi que s'est constitué autour de nous un petit groupe d'hommes et de femmes qui avaient envie d'aller un peu plus loin que ce que chacun professait sur le sujet. Il y avait là des magistrats de l'ordre judiciaire et administratif, des hauts fonctionnaires, des enseignants en droit, des avocats. Au total une quinzaine de membres réguliers dont nous ne pouvons malheureusement pas donner la liste nominative puisque la moitié d'entre eux sont tenus à un devoir de réserve dont ils ont estimé devoir faire une stricte application.

Nous avons tenu une vingtaine de longues séances d'échanges à partir de notes, d'auditions approfondies de magistrats, d'avocats, d'anciens ministres, de parlementaires, de hauts fonctionnaires, aux opinions diverses mais tous ouverts à notre projet et en sympathie avec notre approche. Nous avons pris le temps de les bien entendre et nous les remercions de leur disponibilité et de leurs contributions.

A l'origine, nos idées communes sur l'institution judiciaire tournaient autour de thèmes partagés sur l'importance croissante du juge dans la régulation des relations sociales, sur la nécessité de lui assurer une plus complète indépendance, une place plus éminente, sur l'exigence sociale de permettre à tous les citoyens d'y avoir accès... Les auditions et les approfondissements, les comparaisons auxquels nous nous sommes livrés nous ont montré que – sauf à imaginer un bouleversement institutionnel et à rédiger une nouvelle Constitution – ce qu'il convient d'entreprendre pour plus de justice, plus de transparence, plus de démocratie est déjà, et de longue date, dans le débat public, connu, visité et revisité. De ce point de vue, il n'y a rien à inventer ou presque, l'essentiel est à portée de mains et il suffit d'une volonté politique active, tirant profit de circonstances favorables.

Or depuis le 6 mai 2012 les circonstances nous paraissent réunies. Nous voici donc en mesure de soumettre nos réflexions au débat puisque celui-ci va nécessairement avoir lieu.

C'est, en effet, de façon délibérée que nous avons choisi de ne pas publier notre travail avant l'élection présidentielle, car nous partageons la

conviction que nous n'avions aucun titre à nous instituer « fournisseurs de programme », ce rôle relevant de la responsabilité d'un parti ou du candidat, à la rigueur de son équipe de campagne. Il nous apparaissait aussi que le « marché de la réforme » était déjà bien achalandé... Nous ne recherchions pas davantage l'exhaustivité de mesures, les points de vue tranchés, qu'exige sans doute un programme politique. Surtout, notre démarche se voulait plus large, moins réductrice aussi dans son champ, son objet, son horizon. Enfin – et cette considération n'était pas la moindre – nombre d'entre nous, qui se reconnaissent sous le qualificatif de progressistes, n'auraient pas accepté de ranger leurs idées sous la bannière trop étroite, trop partisane, d'un candidat ou d'une formation, quelque mérite ou quelque opinion favorable qu'ils leur prêtent.

Mais nos ambitions étaient et demeurent plus larges. A défaut, les pages qui suivent ne nous seraient apparues que de bien peu d'utilité. Nous avons voulu ancrer à une réflexion plus ample, juridique, historique, comparative – quand nous le pouvions – quelques mesures simples, concernant, en particulier, le parquet, le juge d'instruction, le Conseil supérieur de la magistrature (CSM), le Conseil constitutionnel, le statut du chef de l'Etat, la justice des mineurs, les prisons et l'exécution des peines, l'accès au droit et à la justice, propres à montrer à nos concitoyens que les choses, vraiment, étaient en train de changer, de se mettre en mouvement, pour modifier le rapport suspicieux que la justice et l'Etat entretiennent en France, depuis des siècles. Ces mesures, nous les avons élaborées pour être simples à comprendre comme à mettre en œuvre, mais fortes au plan symbolique qui tant importe lorsque l'on traite de justice.

De toute façon, le gouvernement issu de l'élection du 6 mai 2012 va devoir s'emparer de ces questions, non seulement parce que François Hollande a fait de la justice une de ses priorités, mais aussi parce qu'il n'est pas (plus) possible de laisser l'institution dans l'état critique où elle se trouve. Au risque de surprendre, disons-le, dès ce préambule : ce n'est pas d'abord une question de moyens mais, par priorité, affaire de respect...

Le groupe de travail s'est efforcé d'arrêter et de formuler des propositions qui fassent, en son sein, l'objet d'un accord. Ce consensus, auquel nous nous sommes attachés, n'exclut pas que des divergences aient pu se faire jour, comme il est naturel, sur tel ou tel point en particulier. On signalera, enfin, que le texte a été élaboré à partir de plusieurs contributions, produites par la plume de différents membres du groupe. En témoigne une variété de styles et de tons que nous avons volontairement choisi de conserver.

David Chekroun
Henri Nallet

INTRODUCTION

Il suffit de voyager un peu pour s'en convaincre. Il n'y a qu'en France que nous réformons perpétuellement la justice, que nous empilons les rapports sur le sujet, que les groupes de réflexion phosphorent, que les anciens gardes des Sceaux reconstruisent doctement les réformes qu'ils n'ont pas pu faire et que les présidents et chefs de gouvernement se sentent obligés de livrer leur nouveau texte fondateur. Cette effervescence, aucun autre grand pays démocratique ne la connaît, l'Italie exceptée et encore, car chez nos voisins européens l'institution judiciaire et les juges sont légitimes, respectés et incontestés.

Qu'on en juge ! Au Royaume-Uni, l'institution judiciaire jouit d'un soutien populaire et d'une légitimité qu'elle n'a en partage qu'avec la Couronne et l'armée. Aussi un grand juge est-il dans son rôle lorsqu'il s'exprime publiquement sur l'illégalité de l'entrée en guerre du Royaume-Uni en Irak et sur la faute criminelle de son Premier ministre. En Allemagne, c'est avec le Tribunal constitutionnel de Karlsruhe issu de la Loi fondamentale de 1949 que l'Etat de droit, le *Rechtsstaat* a été

durablement reconstruit. Aux Etats-Unis, s'il était besoin de démontrer la place du droit et du juge dans la société, c'est avec l'assentiment de la population et sans révolte particulière que la Cour suprême mit un terme aux contestations consécutives à l'élection présidentielle si particulière de 2000 ou qu'elle affirma, en juin 2012, la constitutionnalité de la réforme de la santé du président Obama. Autre domaine, autre époque : c'est au moment même où le pouvoir échouait à restructurer le système bancaire qu'un juge de New York fit plier les banques. En bref, qu'il s'agisse des Etats-Unis, du Royaume-Uni, ou de l'Allemagne, la place de l'institution judiciaire n'est jamais l'objet de controverses partisans lors des principales élections législatives ou présidentielles. Plus encore, notre enquête a révélé que les programmes des principaux partis politiques ne connaissent pas dans ces pays de chapitres ou de propositions consacrés à la réforme de la justice.

Quelles sont donc les raisons de ce tropisme français ? Quels sont donc les maux réels ou supposés qui frappent la justice et l'intervention de l'autorité judiciaire dans notre République ?

Pour certains, il s'agirait d'une crise propre de cette justice, prisonnière de ses dogmes, aux principes fondateurs dépassés et abandonnés à une autogestion corporatiste et verrouillée. Pour d'autres, cette crise de la justice ne serait qu'un déséquilibre des institutions, et il suffirait de refonder la justice comme un pouvoir vrai et responsable.

Nous postulons que cette singularité française trouve sa source dans une double défiance à l'égard de l'institution judiciaire, relative à

une double inscription temporelle. Une première défiance que l'institution judiciaire a en partage avec l'ensemble des pouvoirs régaliens (le temps court). Elle relève de la crise de confiance des citoyens vis-à-vis des institutions étatiques en général et de la justice en particulier. Pour eux, c'est le sentiment d'injustice, d'inefficacité, de lenteur, de complexité, de partialité qui l'emporte. Une seconde défiance est celle que lui voue le pouvoir d'Etat, législatif et exécutif, en lui déniait son importance au cœur de l'Etat et sa légitimité (temps long). Cette défiance est profonde, tenace et solidement ancrée dans l'héritage de notre Etat administratif et jacobin. Pour les pouvoirs publics, la critique porte sur la politisation des magistrats, l'émergence du syndicalisme judiciaire et le défaut de légitimité car les juges ne procèdent pas du suffrage populaire alors même qu'ils traitent de questions qui sont censées relever de la politique ou y toucher étroitement. Les professionnels de la justice ressentent comme injustes bien des critiques qui leur sont adressées et s'interrogent sur les moyens que la Nation, au travers de ses représentants, est prête à leur consentir pour parvenir à assumer, dans des conditions normales, leur métier et le rôle social qu'ils ont contribué à faire émerger. Cette défiance est d'autant plus mal vécue que, de 2007 à 2012, les acteurs de la justice ont été l'un après l'autre l'objet de mises en cause, selon le cas individuelles et collectives lourdes, de la part en particulier de l'ancien chef de l'Etat et qu'ils se sentent, non sans accablement, injustement attaqués, déstabilisés, parfois même quelque peu méprisés.

Pourquoi faut-il réfléchir une fois de plus à l'institution judiciaire en France ? Tout simplement parce que le mouvement que nous venons

d'évoquer s'accompagne de transformations et attentes profondes de notre société.

Aussi nos pistes de réflexions intègrent-elles les contraintes nées du recul de l'Etat-providence, de la crise des institutions, du déclin du politique, de la mondialisation et du renforcement de l'Etat de droit qui a conduit depuis plus d'un demi-siècle l'Etat, seul créateur du droit, à encadrer et à limiter sa propre puissance.¹

Ce mouvement inexorable a conduit le juge à assurer progressivement, naturellement pourrait-on dire, sans l'avoir recherché mais sans non plus s'y dérober, l'un des premiers rôles de notre démocratie en devenant le gardien des valeurs de notre République. Partant, l'Etat n'est plus simplement soumis au droit, il est aussi soumis au juge. Cette emprise du juge sur notre société fonde ce nouveau paradigme qui emprunte la forme conceptuelle d'un Etat de Justice. Le concept n'est pas révolutionnaire et nombreux sont les auteurs à l'avoir déjà sollicité. Dans deux ouvrages très documentés intitulés *L'Etat de justice*², Jacques Krynen y démontre qu'à l'exception d'une courte période de notre histoire, l'emprise de la magistrature sur la marche du pouvoir en France est constante sous la monarchie, depuis le Moyen

Age et jusqu'à l'Ancien Régime, et est redevenue une réalité, insensiblement au XIX^{ème} siècle et ostensiblement au XX^{ème} siècle. Notre travail qui n'ambitionne pas de fonder une nouvelle doctrine reprend la formule d'Etat de Justice à son compte comme un nouveau vêtement qui viendrait compléter harmonieusement les habits protecteurs et conceptuels de l'Etat de droit. L'emprise de la justice qu'elle soit civile, commerciale, pénale, prud'homale, administrative, régulatrice, constitutionnelle ne peut s'épanouir que si, d'une part, elle est relégitimée tant par des réformes d'ordre technique que d'ordre symbolique ou comportemental, et si, d'autre part, elle est bornée, encadrée.

Comment promouvoir un Etat de Justice ? En admettant qu'en France comme ailleurs, le juge et la règle de droit sont devenus les filtres minimums mais essentiels de notre vie en commun. Aussi est-il impérieux de nous placer sous l'égide de la trinité suivante : un juge relégitimé qui s'affirmera comme plus indépendant, une règle juste, stable et humaine qui assurera prévisibilité et sécurité, et des justiciables placés à égalité réelle. C'est à ces trois conditions que, en France, nous cesserons de courir après la confiance dans l'institution judiciaire, que nous cesserons de rechercher la réforme de la justice et que nous pourrions promouvoir l'égalité des droits, des devoirs et des chances et renouer enfin le lien social.

1. Sur la doctrine de l'Etat de droit : Rudolf von Jhering, *Der Zweck im Recht*, 1877 ; Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 1900 ; Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, 1934 ; Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, 2 tomes, Sirey, 1920-1922 ; Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 2^{ème} éd. Sirey, 1929 ; Jacques. Chevallier, *L'Etat de droit*, 2^{ème} éd. Montchrestien, 1994.

2. Jacques Krynen, *L'Etat de justice, France, XIII^{ème}-XX^{ème} siècle - Tome 1, L'idéologie de la magistrature ancienne*, Gallimard, 2009, et Jacques Krynen, *L'Etat de justice, France, XIII^{ème}-XX^{ème} siècle - Tome 2, L'emprise contemporaine des juges*, Gallimard, 2012.

Le rendez-vous manqué de l'Etat et de la justice

Une crise de l'institution de la justice dans la crise de l'Etat

Bien qu'elle s'inscrive dans un mouvement généralisé de perte de confiance des citoyens à l'égard des institutions publiques, la tendance observée qui est à l'origine de nos réflexions pose des problèmes particuliers liés au statut de la justice au sein de ces institutions. Cette perte de confiance des citoyens envers les institutions publiques va de pair avec la mise en cause des élites économiques et politiques. Elle traduit également un certain dépérissement du lien social. Tout cela est lié.

UNE CRISE MULTIFORME DE L'ETAT ET DES CADRES INSTITUTIONNELS TRADITIONNELS

Une mise en cause européenne de l'Etat national

De nombreux signes témoignent aujourd'hui d'une profonde remise en cause des pouvoirs et autorités traditionnels de l'Etat en France et en Europe. Cette mise en cause est d'abord celle de la capacité de l'Etat à décider souverainement de l'avenir national et du cadre normatif qui le balisera. Un sentiment d'impuissance, d'abandon d'une partie de sa souveraineté vaut alors à l'Etat et à ceux qui le dirigent une désaffection croissante. Manifestation récente de cette méfiance croissante, si les électeurs continuent à se mobiliser massivement pour les scrutins présidentiels, ils sont également de plus en plus nombreux à apporter leur suffrage à des partis extrêmes, qui expriment cette mise en cause des formes classiques d'exercice du pouvoir et manifestent l'incontestable souffrance d'une société minée par les inégalités. Le sentiment d'une grande partie de la population de ne pas être entendue par les dirigeants se double désormais d'un ressentiment à l'égard de leur impuissance et de leur subordination à d'autres pouvoirs jugés, eux, beaucoup plus déterminants (comme en témoignent les reproches dirigés contre l'Europe). On observe un profond mécontentement face à ce que ces électeurs ressentent comme une forme d'impuissance, voire un asservissement à d'autres pouvoirs d'origine souvent plus récente et moins bien compris. L'Etat, dont le relatif discrédit rejaillit sur les partis dits « de gouvernement », serait dans son cadre national dépassé par des mutations et des bouleversements économiques profonds. De

nombreux Etats européens voient ainsi leur soumission aux exigences d'institutions européennes ou internationales violemment contestée. Une situation de crise économique aussi dure que profonde et l'essoufflement d'un certain modèle d'Etat administratif, qui peine désormais à assumer les fonctions de stratège national, se conjuguent aux reculs inévitables de l'Etat-providence. Celui-ci se heurte à des exigences budgétaires sans cesse rappelées par une autorité communautaire perçue comme trop bureaucratique et trop peu démocratique. Acculés par ces difficultés économiques et sociales, les citoyens reprochent à l'Etat de ne plus savoir les protéger et de n'être plus capable d'agir dans le sens de l'intérêt national. Cette contestation croissante est manifeste dans de nombreux pays de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) et va parfois jusqu'à prendre des formes violentes, entretenant un bruit de fond d'agitation, de refus et d'incompréhension des citoyens face aux logiques qui les gouvernent désormais. Au cours de mouvements de mondialisation et de régionalisation (expansion de l'Europe), l'Etat est placé dans un contexte d'interdépendance qui amène à redéfinir la notion traditionnelle de souveraineté : ce processus de redéfinition crée un malaise au sein des populations dont la culture politique est tout entière issue du cadre de l'Etat-nation tel qu'il s'est défini en Europe au XIX^{ème} siècle.

Cette interrogation sur la souveraineté des Etats nationaux est nourrie en outre par la multiplication des sources du droit. Le monopole juridique de l'Etat est de plus en plus contesté par le développement d'autres sources normatives : l'Union européenne et plus largement l'Europe (avec le droit créé par le Conseil de l'Europe), mais aussi la

soft law du droit commercial international, le droit des grands organismes internationaux constituent un paysage de normes de plus en plus foisonnant. On assiste non seulement à l'émergence d'une forme de marché des normes, certains acteurs pouvant décider de celles qui s'appliqueront à leur situation (dans le cas de contrats internationaux par exemple), mais également à la dilution de la figure d'autorité qu'était l'Etat national, au brouillage, au propre comme au figuré, de ses frontières. Le fait que l'Etat ne soit plus le seul émetteur de normes, mais devienne lui aussi de plus en plus le sujet de celles-ci, porte ombrage à la légitimité qui dérivait de sa puissance. La relation directe qui liait le citoyen à l'Etat par la loi est compliquée par l'apparition d'autres instances pourvoyeuses de normes. L'Etat voit ainsi se diluer son statut d'incarnation de l'Etat de droit : du moins n'en est-il plus le seul garant, partageant désormais ce rôle avec des constructions juridiques et des institutions autres que nationales.

Le service de l'intérêt général questionné

Les limites imposées à la souveraineté de l'Etat nourrissent un questionnement sur son rôle : l'Etat est-il encore l'instrument du seul intérêt général ? On soupçonne que non. Et ce soupçon est particulièrement destructeur dès lors que l'Etat-providence ne dispose plus des moyens budgétaires nécessaires pour assurer la sécurité à tous : pourquoi, en effet, soutenir une structure institutionnelle qui ne remplit plus sa mission ? On a là une deuxième source puissante de désaffection. L'Etat-providence devait assurer la réalisation de l'égalité réelle au nom d'une exigence de justice sociale largement partagée après la Seconde

Guerre mondiale : si cette mission devient impossible, l'existence même de l'Etat-providence peut être remise en question, et le mouvement jusque-là irrésistible d'expansion de l'Etat peut s'inverser et l'Etat commencer à refluer. L'histoire de l'Etat en France est marquée par la prééminence de longue date du pouvoir central : la construction de la Nation s'est appuyée sur cette forme verticale du pouvoir, un pouvoir qui n'a jamais hésité à s'enraciner profondément dans la sphère socio-économique, assumant un rôle d'orientation, de planification et de protection. Un Etat administratif-rationnel soucieux de progrès et de l'intérêt général et doté d'une palette de plus en plus large de moyens de protection : voici le modèle qui a trouvé son point culminant dans les Trente Glorieuses, désormais évoquées avec nostalgie et dont on observe aujourd'hui le reflux et la crise. Ce modèle étatique français que l'on appelle jacobin, fortement centralisateur et qui a peut-être connu son apogée à la fin du siècle dernier, remonte en réalité à la période prérévolutionnaire. Son histoire se confond avec le développement de l'idée nationale. Ce qui frappe aujourd'hui, c'est la crise de ce modèle administratif restauré après-guerre sur des valeurs telles que la justice sociale et l'égalité. Ces valeurs ont permis la régénération d'une identité nationale brisée et ont été le soubassement du système de sécurité sociale auquel les Français sont aujourd'hui tellement attachés, malgré les tentatives récentes pour les saper et les faire disparaître, sans s'en cacher d'ailleurs.

Une fois le doute introduit sur l'assimilation classique de l'Etat à l'intérêt général, la spécificité même de la notion de gestion publique peut être discutée et l'efficacité de celle-ci contestée, offrant un nouvel

élément à charge contre l'Etat. Souffrant d'une image dégradée par le discours ambiant de l'idéologie néolibérale (pour laquelle l'Etat doit se contenter de fournir un cadre, une règle de jeu minimale et efficace afin que se déploient les forces du marché), l'Etat administratif est en butte aux critiques inspirées par les théories du *New Public Management* et reprises par des dirigeants de plus en plus nombreux en Europe. Celles-ci, en affirmant que les modes de gestion privée, réputés naturellement plus efficaces, doivent être appliqués au secteur public, en poussant s'il le faut à une rationalisation économique parfois excessive des services publics, ont contribué à la mutation du citoyen-administré en usager-client sans toutefois que l'on puisse assurer que les réformes entreprises au nom de ces théories soient un succès. Il ne s'agit pas ici de nier les lourdeurs de fonctionnement de l'Etat administratif florissant des Trente Glorieuses ou de soutenir que celui-ci ne pouvait être amélioré. Mais la tentative de modernisation opérée sous le quinquennat de Nicolas Sarkozy a insidieusement visé un changement de paradigme quant au sens de l'Etat. En revenant sans cesse sur le thème de l'assistanat et en insistant sur les possibles effets pervers des politiques sociales, on a ainsi pernicieusement diffusé l'idée que l'Etat avait cessé de promouvoir l'intérêt général pour aider certains qui ne s'aidaient pas eux-mêmes, creusant par là de nouvelles divisions entre les citoyens déjà les moins favorisés et décrédibilisant au passage l'action de l'Etat-providence. Ce discours du gaspillage par l'Etat des ressources publiques a justifié de nombreux coups de rabot budgétaires. Ce n'est qu'à bien plus long terme que l'on prendra, par exemple, la mesure des effets du non-remplacement d'un fonctionnaire sur deux partant à la retraite sur l'organisation des services publics, et de la raréfaction de ceux-ci pour

la cohésion du tissu social. L'idée d'appliquer au secteur public les logiques propres au secteur privé a de plus introduit, ou plutôt renforcé, un soupçon d'illégitimité du secteur public, dans lequel travailleraient des « nantis » peu soucieux, en réalité, de l'intérêt général. Les hauts fonctionnaires eux-mêmes souffrent de cette suspicion à l'égard de leur désintéressement qu'une génération d'après-guerre avait pourtant incarné avec force.³ Ils en sont d'autant plus l'objet qu'ils sont également touchés par une mise en cause plus générale des élites, accusées d'utiliser la machine étatique au profit de destins personnels, souvent politiques, et d'être par trop coupées des réalités vécues par les administrés.

Des dirigeants eux aussi mis en cause

Au nom de la nécessité de réformer la gestion publique, on a subrepticement engagé une mutation des valeurs inhérentes à un certain modèle social, tout comme on a contribué à opposer des catégories de citoyens les unes contre les autres, au motif que certaines seraient abusivement protégées alors que d'autres seraient sacrifiées pour maintenir ces privilèges. Au prétexte de sauver notre modèle social, on n'a donc cessé de l'attaquer et d'introduire la suspicion sur les fondements et les modalités de l'action de l'Etat, renforçant ainsi la défiance des citoyens à son égard. Notre forme d'Etat administratif a ainsi subi un double assaut : à la fois contre le caractère trop

3. Pierre Rosanvallon, *La légitimité démocratique : Impartialité, réflexivité, proximité*, Seuil, 2008. Dans cet ouvrage, Pierre Rosanvallon, qui analyse la légitimité démocratique rationnelle de la génération de fonctionnaires arrivant aux commandes en 1945, peut ainsi rappeler la formule de Simon Nora (figure archétypique) : « On allait dans l'administration comme on entrait en religion, pour continuer le combat ».

dispendieux d'un Etat-providence, dont le volet social est considéré comme insoutenable, et contre le cadre national, que de multiples formes de gouvernance supposées plus légitimes (que ce soit au niveau local, européen ou international) ont conduit à interroger également. Le succès même du terme de gouvernance, qui désigne un mode d'exercice du pouvoir polycentrique et partenarial, met en lumière la mise en cause d'un modèle administratif et bureaucratique vertical.

Face à la profondeur de ce désarroi, les dirigeants politiques n'ont jusqu'à présent pas su rendre à l'Etat sa place et son juste rôle : ils ont échoué à rétablir une clarté nécessaire dans son organisation et une exigence d'efficacité et de justice dans son fonctionnement. Ils ont au contraire pu apparaître comme impuissants à enrayer sa perte de pouvoir et comme responsables de la montée d'un certain malaise démocratique. Pire, ils ont contribué à la « démythification »⁴ de l'Etat par certaines pratiques condamnables : la révélation de faits de corruption ou de contournement de la loi à l'occasion d'affaires judiciaires dans les années 1990 et 2000 a contribué à briser le lien entre sphère publique et intérêt général. L'Etat avait cessé d'être le lieu du désintéressement : il faut noter que ce sont les juges qui ont les premiers mis en lumière l'envers peu reluisant du décor, se plaçant comme les garants de substitution de l'intérêt général quand l'Etat manquait à sa mission. Les affaires trop fréquentes d'abus de biens sociaux, de conflits d'intérêts, les comportements mêmes de responsables qui auraient dû avoir une attitude exemplaire ont contribué à miner le sentiment d'égalité et à introduire

4. Jacques Chevallier, *L'Etat post-moderne*, L.G.D.J., 2008.

l'idée d'une certaine immunité, voire impunité, des puissants, là où les gens « ordinaires » n'avaient aucun droit à l'erreur. La conscience de plus en plus claire de la montée des inégalités économiques et sociales renforce ce sentiment d'une société à deux vitesses au sein de laquelle se délite le lien social. Mais, alors que certains juges avaient initié une exigence d'intégrité manifeste dans le service de l'Etat, la justice a pourtant laissé déçues les aspirations populaires à un Etat de droit plus moderne et plus rigoureux. Les images de « relaxe/non lieu » de membres de la classe politique sont mises en parallèle avec la justice qu'affrontent des personnes plus modestes, qui ont eu à subir les affres du système, de façon parfois spectaculaire (comme le douloureux traumatisme d'Outreau ou d'autres erreurs judiciaires ayant accru la perception de la justice comme machine susceptible de broyer des destins individuels). Ce qui peut apparaître comme d'injustes différences de traitement insinue ainsi un doute sur de possibles collusions au sein de l'institution judiciaire. Si l'on ajoute à cela un sentiment diffus de pessimisme et de défiance des Français⁵, qui sont nombreux à estimer que la corruption est la seule façon de « réussir » véritablement, on peut imaginer le sentiment induit par la nomination de hauts magistrats directement par l'exécutif ainsi que l'indulgence dont semblent parfois bénéficier certaines personnalités.

Au tableau de ce climat de défiance croissante, qui justifierait de nouvelles attentes envers la justice, on peut enfin ajouter la montée

5. Yann Algan, Pierre Cahuc, *La société de défiance. Comment le modèle social français s'autodétruit ?*, Rue d'Ulm, 2007. On peut ne pas partager l'ensemble des arguments développés, mais cet ouvrage offre néanmoins un diagnostic intéressant.

d'autres incertitudes, scientifiques et techniques, propres à « l'âge des périls ». ⁶ Les difficultés croissantes de la prévision économique (illustrées de façon éclatante par la crise) et l'existence de mécanismes sociologiques bien connus, spécifiques aux sociétés « post-industrielles » (les individus ont moins de rapports interpersonnels et font moins confiance à leurs dirigeants), constituent des évolutions propres à accroître une forme de « défiance démocratique » dont l'exigence de transparence est une des manifestations les plus visibles. Face à la dépréciation connue par le vote, la préférence du peuple pour le jugement (que l'on évoque souvent par l'idée de « judiciarisation » de la société) témoigne de la progression de l'idée d'imputabilité. Par cette idée d'imputabilité, on cherche à surmonter une apparente impuissance des décideurs, impuissance qui pourrait aussi servir d'excuse à leur irresponsabilité, réelle ou supposée. Il faut que les représentants de l'Etat soient rendus comptables de leur action : les citoyens, désormais instruits, civiquement émancipés et bien informés, ont une tolérance de plus en plus faible face aux erreurs ou aux fautes. Celles-ci doivent être mises en procès, passer par une épreuve de jugement produisant des résultats tangibles. En cela, la justice apparaît comme un ultime recours, un garant. Alors que les figures traditionnelles du pouvoir (qu'il s'agisse des structures institutionnelles, limitées dans leurs moyens, ou des acteurs qui les font vivre, limités par la somme de leurs échecs et de leurs impuissances) semblent perdre peu à peu leur capacité à s'imposer comme des autorités véritables, c'est vers la justice que les citoyens reportent

6. Pierre Rosanvallon, *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, Seuil, 2006 ; Ulrick Beck, *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, Flammarion, 2003.

une exigence de responsabilité qu'ils ne voient plus satisfaite dans les cadres habituels.

Sur ce fond de crise multiforme de l'Etat, c'est la montée de la méfiance envers la justice qui semble la plus profonde, car celle-ci peine pour de nombreuses raisons à devenir le régulateur attendu et le garant du maintien des principes de l'Etat de droit. Face à des attentes extensives reportées de l'Etat-providence affaibli vers la justice (qui devrait réguler les intérêts économiques, garantir le caractère irréprochable des institutions, être un espace de régulation sociale), celle-ci se voit confier la mission impossible d'être tout à la fois. Cet espoir d'une justice multiforme, répondant à des injonctions parfois contradictoires, ne peut que susciter la déception des citoyens. Or, la suspicion de son efficacité et, pire, sa mise en cause constituent de graves brèches dans le pacte social déjà profondément malmené par la crise de l'Etat.

LA JUSTICE COMME RECOURS : LE POIDS DES ATTENTES À SATISFAIRE

Des exigences démocratiques profondes

La justice pose à la fois le problème de l'architecture institutionnelle et celui du projet de société démocratique. Elle est autant une question de sens à donner que de service à fournir : elle est en cela particulièrement duale, à la fois institution symbolique et machinerie de service public. Dans le même temps, l'individu devient

lui aussi plus complexe et endosse plusieurs identités, ce qui peut faire émerger des attentes contradictoires selon qu'elles émanent du citoyen ou du contribuable, selon que la justice est perçue comme autorité pourvoyeuse de sens ou comme service public. On peut alors associer ces différentes figures de l'usager de la justice aux diverses missions qui lui sont assignées et voir ainsi naître différents types de critiques.

De l'instance symbolique (l'autorité), le citoyen attend qu'elle protège les droits et soit la gardienne de la promesse démocratique⁷ : pour cela, la justice doit présenter un certain nombre de qualités procédurales et de fond comme l'impartialité, l'indépendance, la transparence et la responsabilité. La manifestation de ces qualités, leur visibilité pour le public aux prises avec la justice, comme pour les professionnels qui la font vivre, lui permettent d'apparaître comme l'outil de parachèvement d'un Etat de droit moderne, comme la « gardienne des promesses » démocratiques. Ces qualités de la justice sont souvent protégées par une transcription juridique, notamment dans le droit européen.⁸ Le rôle symbolique de la justice confère au juge la place d'un régulateur chargé de trancher toutes sortes de conflits : la justice offre un lieu public où

7. Antoine Garapon, *Le gardien des promesses. Justice et démocratie*, Odile Jacob, 1996.

8. Article 6, § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice ».

chacun peut défendre sa cause et bénéficier d'une écoute, d'une reconnaissance de sa légitimité à s'exprimer publiquement. La publicité de cette tribune est fondamentale : elle est un des derniers espaces publics où se confrontent les citoyens sous l'œil de la puissance publique. C'est l'aboutissement logique d'une demande de reconnaissance des citoyens qui s'exprime de plus en plus par la conquête de nouveaux droits spécifiques : l'inflation du droit qui en découle conduit naturellement à une certaine « judiciarisation » des comportements et à la promotion du juge comme autorité de reconnaissance de légitimités parfois contradictoires (droit à pratiquer sa religion librement contre droit à la laïcité par exemple). Il est significatif d'observer que de nombreuses institutions qui ont longtemps fonctionné en « vase clos » ont désormais recours à la justice et externalisent ainsi ces conflits de droit, qu'il s'agisse de l'école, de l'armée ou de la prison. De la même façon, de plus en plus d'actes officiels qui échappaient autrefois à toute juridiction (les « actes de gouvernement ») peuvent aujourd'hui faire l'objet d'un contentieux devant le juge. La justice, parée de la mission d'assurer les droits fondamentaux, apparaît bien alors comme l'autorité supérieure.

Nul doute qu'un tel niveau d'exigences à l'égard de la justice (qui serait dans cette perspective rien de moins que le régulateur social principal à l'heure où les autres figures de l'autorité semblent souffrir de profondes remises en cause) ne peut susciter que des déceptions d'autant plus amères lors de ses dysfonctionnements. Si la justice, et le juge, doivent être les redresseurs de torts universels, seule une impeccabilité morale et un exercice irréprochable de sa mission apparaîtront comme pleinement satisfaisants. Or, le sentiment est

aujourd'hui largement répandu d'une justice à deux vitesses, selon que l'on est « puissant ou misérable », riche ou pauvre. La justice subit le même reproche que l'Etat, l'appareil politique ou même la société dans son ensemble : il y aurait ceux qui font partie du club, et les autres. Les citoyens protégés par leur connaissance intime du système et leurs réseaux, et les citoyens exposés aux aléas d'une machine judiciaire parfois obscure. Il faut bien comprendre que ce reproche n'a rien d'anodin, puisqu'il ranime le spectre de privilèges particulièrement insoutenables pour les citoyens français : c'est justement contre ces privilèges, à partir de la nuit du 4 août 1789 qui fond la Nation en un seul corps, que s'est bâtie notre communauté nationale et démocratique. Leur résurgence, ou ne serait-ce que l'apparence de celle-ci, constitue une menace très sérieuse quant à un exercice démocratique pacifique. Sur fond d'une société gagnée par un climat de défiance, la demande d'égalité des citoyens-justiciables est très forte : il s'agit de bénéficier des mêmes droits à être défendu et traité de la même façon, quel que soit son statut ou son origine. En 2008, dans un sondage Ifop, 61 % des Français déclaraient que la justice n'était pas la même pour tous : que plus de la moitié des citoyens doute de l'égalité devant la justice apparaît particulièrement inquiétant quant à l'idée que ceux-ci se font du respect des droits de l'homme dans le pays qui s'en déclare pourtant la patrie. Et cette perception connaît en outre une pente défavorable. En 2011⁹, 57 % des personnes interrogées pensaient que les juges étaient neutres et impartiaux dans leurs jugements ; ils étaient 66 % à partager cette opinion trois ans plus tôt... Ces évolutions sont emblématiques et

9. Sondage « Les Français et la justice », Ifop, février 2011.

particulièrement douloureuses pour une institution judiciaire qui connaît des difficultés quotidiennes croissantes pour mener à bien sa mission, mais ne retire pour autant aucune reconnaissance à parvenir à la remplir. Elles témoignent peut-être, également, de la percolation dans la société de discours négatifs à l'encontre de la justice, discours parfois issus des plus hautes sphères de l'Etat.

Face à ces soupçons de partialité et à la demande d'une justice qui permette de niveler les inégalités, ou tout du moins ne vienne pas les renforcer, la demande d'égalité concerne tout d'abord l'accès à la justice. Vécue comme une source de discrimination, l'inégalité dans l'accès à la justice est subie de façon particulièrement dure par les classes moyennes. Si la justice est en principe gratuite, son exercice comporte en fait un certain nombre de charges à l'occasion des actes judiciaires, notamment les frais de représentation, mais aussi les coûts entraînés par le déplacement vers les lieux de justice, la disponibilité nécessitée par le procès, etc. Les frais élevés qui restent à la charge du justiciable restent un obstacle majeur au recours à la justice, alors que dans le même temps la qualité des jugements rendus est parfois qualifiée de médiocre. Ces obstacles renforcent l'idée d'une justice à plusieurs vitesses, qui serait « faible avec les forts et forte avec les faibles », d'autant plus que les jugements sont souvent considérés comme trop laxistes pour ce qu'on appelle la « délinquance en col blanc » (une grande majorité de Français pense que les peines prononcées sont trop indulgentes concernant les affaires politico-financières). L'idée d'une différence de traitement des justiciables et des moyens qui sont mobilisés pour traiter leur affaire en justice est encore plus pénible dans un pays animé d'une

telle « passion de l'égalité ». De plus, elle alimente la crainte de devoir affronter une justice dont les rouages seraient potentiellement plus destructeurs pour les justiciables modestes.

De nouvelles contraintes de rationalisation

A ces exigences démocratiques, qui émanent de citoyens globalement bien informés et qui craignent d'être soumis à l'action de la justice, s'ajoute un autre type d'attentes parfois contradictoires émanant de l'individu-contribuable : les exigences d'efficience dans l'exercice de la justice.

Pour le contribuable, la justice doit être bien organisée, lisible et œuvrer à moyens restreints. Elle doit en cela répondre à un souci de rationalité économique et budgétaire : les principes de la Révision générale des politiques publiques (RGPP) ont été tant et si bien diffusés dans l'esprit public que les individus intègrent désormais ces contraintes de moyens dans leur appréciation des services publics. Témoins de la suppression de certains services ou branches de l'administration publique, ils en perçoivent les enjeux budgétaires, même de façon implicite. Pour celui qui se trouve confronté à la justice, celle-ci devrait faire preuve de plus de clarté et de prévisibilité, mais également mieux s'adapter à la spécificité de son affaire et œuvrer à la reconnaissance de ses droits spécifiques : une exigence de considération, de reconnaissance qui constitue un nouveau rapport au droit mais peut venir contrarier les objectifs d'universalité et d'égalité visés par le citoyen. Elle devrait également être de qualité (haut niveau de formation des professionnels,

qualité et abondance de l'aide juridictionnelle), ce qui nécessite des moyens. La justice doit être rapide mais infaillible, saisir toutes les implications d'une affaire en y consacrant un temps minimum... Les enquêtes d'opinion montrent toutefois que si 72 % des Français pensent que la justice fonctionne mal, ils sont 77 % à estimer qu'elle ne dispose pas de moyens suffisants.

En sus de ces attentes nombreuses et parfois contradictoires, la justice se voit reprocher classiquement « un jargon hermétique aux non-initiés ». ¹⁰ Les formules trop techniques, voire insaisissables des juristes semblent parfois rendre l'accès à la justice d'autant plus difficile pour les non-initiés. La justice apparaît alors peu audible : le citoyen ressort souvent confus de sa rencontre avec la justice, ce qui ne contribue pas à le convaincre de la légitimité et de l'efficacité de son action. Si le CSM a plusieurs fois évoqué ¹¹ la nécessité de faire une place plus importante à la justice dans l'enseignement civique, elle reste toujours très absente des programmes scolaires (et l'on peut se demander à quel point il est réaliste d'espérer qu'il en soit autrement).

Les rites propres à l'institution judiciaire peuvent être jugés surannés, pesants et nébuleux : la solennité du rituel et la lenteur des procédures alimentent principalement ces reproches. La lenteur de la justice, tant en ce qui concerne la mise en l'état que l'exécution des peines, est souvent épinglée (en 2008, 58 % des Français le regrettaient). ¹²

10. Jean-Pierre Royer (dir.), *Histoire de la justice en France*, PUF, 4^{ème} édition, 2010.

11. Cf. Conseil supérieur de la magistrature, *Rapport annuel 2007*, La Documentation française, 2008.

12. Sondage Ifop, 2008.

Il en est ainsi pour la justice pénale, civile comme administrative. En dépit de quelques améliorations, l'obligation de juger dans un délai raisonnable n'est toujours pas respectée : la France est ainsi régulièrement condamnée par la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH), notamment pour des cas de détention provisoire.¹³ A l'inverse, la justice semble parfois trop expéditive : les délais moyens cachent des disparités importantes entre la masse des petites affaires rapidement traitées et les affaires plus complexes nécessitant des processus plus longs et plus onéreux d'expertise. La lenteur judiciaire est toutefois principalement le fait de l'encombrement des tribunaux et synonyme, pour l'opinion publique, d'inefficacité – notamment à l'heure d'une société dominée par l'instantanéité.

Alors que le travail de la justice est l'objet de nombreuses critiques, le rôle exact, l'organisation et le fonctionnement de l'institution judiciaire eux-mêmes restent obscurs : l'opinion publique comprend difficilement une organisation judiciaire faite d'une accumulation de juridictions aux compétences cloisonnées et spécialisées, géographiquement parsemées, tout comme le rôle de chacun de ses acteurs (le public ne maîtrise pas les distinctions siège/parquet, les juridictions de première instance/d'appel, n'identifie pas le procureur ou le greffier...). Il est alors facile aux prophètes populistes d'incriminer une institution dans son ensemble, puisque les citoyens en connaissent mal le fonctionnement. La méconnaissance par les citoyens des enjeux liés à

13. Claude Heurteux, *Pour la Justice*, Institut Montaigne, septembre 2004.

la justice et au droit n'est d'ailleurs pas récente et conduit à conforter l'idée d'une justice lointaine et indifférente aux situations individuelles, sans être, pour autant, aveugle aux différences de statut.

L'institution judiciaire est donc peu compréhensible : méconnue des citoyens-justiciables, la visibilité de son action, ainsi que son sens, en pâtit. Elle apparaît hors de son temps – en 2008, 36 % des Français la jugent inadaptée aux évolutions de la société¹⁴ – et trop cloisonnée. Trop distante de la population – alors qu'elle entretient au contraire un lien privilégié avec le politique – et trop repliée sur elle-même. La dénonciation du corporatisme des juges est un poncif, et il est notable que l'institution judiciaire ne sait que trop peu communiquer. Elle parle trop peu... ou trop ? Il lui est en effet reproché de ne pas savoir retenir ses informations : le secret de l'instruction serait devenu une fiction au profit du respect de la liberté d'information.

Enfin, la justice prescrit plus qu'elle n'explique : or, l'information des citoyens sur leurs droits est essentielle, d'autant plus que, comme nous l'avons vu, les citoyens ressentent aujourd'hui le besoin d'être traités en acteurs plus qu'en sujets, et manifestent un réel désir de comprendre l'autorité à laquelle on leur demande de se soumettre. Ce désir de comprendre peut parfois aller jusqu'à une volonté de rejoindre le processus comme acteur à part entière. S'il doit être souligné que juger est un métier, les citoyens semblent en effet dans l'attente de pouvoir participer à la justice. Un sondage CSA pour LCI de février

14. Sondage IFOP, 2008.

2011 permet d'observer cette attente : la création des jurys populaires serait plutôt une bonne chose pour 62% des sondés, alors que la présence des citoyens aux côtés des juges d'application des peines pour les décisions de libération conditionnelle le serait pour plus de 64 % d'entre eux.

On le voit, la difficulté consiste à réconcilier ces différentes logiques et exigences tout en raisonnant à moyens contraints, afin de rendre au service public de la justice sa véritable dimension d'autorité. Pour cela, il faut admettre qu'elle a une place bien particulière dans le modèle français de séparation des pouvoirs. Pour redonner toute sa place à cette notion d'autorité, il faut revenir sur une histoire institutionnelle faite de malentendus et de méfiance.

Pouvoir et contre-pouvoirs : le poids d'un long face-à-face

Si la crise de la justice se nourrit d'une remise en cause profonde de l'Etat et d'un climat social très marqué par les divisions, il faut revenir également sur les conditions historiques de construction de l'Etat en France pour mieux cerner les origines de ce malaise. En effet, la place particulière de la justice dans notre panorama institutionnel est largement héritée de processus dont la gauche doit être consciente dans ses futures actions de rénovation de la justice.

UNE HISTOIRE NATIONALE PRIVILÉGIANT UNE AUTORITÉ TRÈS CENTRALISÉE PEU FAVORABLE AU JUGE

Des déterminants proprement nationaux

La place de la justice dans l'équilibre institutionnel de notre pays est fortement conditionnée par des déterminants historiques : la construction de l'Etat national et le type d'Etat qui en résulte sont ainsi deux facteurs puissants d'explication quant à la place de la justice en France dans le long terme. La comparaison avec l'histoire du Royaume-Uni, où le prestige de la justice, le respect et la confiance qu'inspire cette institution ne sont plus à démontrer, est à ce titre particulièrement éclairante.

En Grande-Bretagne, la sortie de la féodalité et l'entrée progressive dans un Etat de droit se font par un lent mouvement de limitation de l'absolutisme royal. Les pouvoirs locaux conquièrent peu à peu la capacité de représentation en s'appuyant sur des droits arrachés au souverain. La féodalité recule à mesure que progresse l'Etat de droit dans la sphère politique, et l'individualisme dans la sphère sociale. En France en revanche, les structures féodales n'évoluent pas, elles sont brisées politiquement par l'affirmation du pouvoir royal alors que les structures sociales changent lentement et peu. L'entrée dans l'âge moderne ne se fait pas par une entrée de l'Etat dans l'âge libéral, mais par l'imposition d'un pouvoir absolutiste peu soucieux de partager les droits. La France apparaît ainsi longtemps en retard : la société continue d'y être régie par des structures issues de la féodalité et la sphère politique par le pouvoir absolu du Roi. Le rôle pivot, et ambivalent, des parlements, émanations du pouvoir judiciaire sous l'Ancien Régime, est tout à fait intéressant lorsque l'on s'interroge sur les rapports actuels du pouvoir central et de la justice, et de la méfiance que peut susciter celle-ci dans la population. En effet, ces cours régionales de justice étaient à l'origine chargées de relayer et d'unifier la justice royale dans les provinces et de participer ainsi à un travail de diffusion du principe central de justice. Mais elles vont évoluer vers une contestation des excès de ce pouvoir central absolutiste et prétendre à un pouvoir propre. En affirmant leur indépendance, les parlements affirment aussi un pouvoir que la population peut leur contester, même si elle les soutient dans leur critique des excès du pouvoir.

La Révolution de 1789 constitue un double enjeu que le Royaume-Uni n'aura jamais eu à régler par un événement fondateur

aussi brutal : les idéaux des Lumières imposent à la fois de démocratiser l'ordre politique tout en instaurant un Etat de droit et de libéraliser une société encore imprégnée d'anciens systèmes d'ordres inégalitaires. Par cette opération, l'Etat se trouve encore renforcé, la société désorganisée, et les parlements, organes de justice qui avaient contribué à la chute de l'ordre féodal en refusant sa transformation, tombent eux-mêmes victimes du principe jacobin centralisateur qui se méfie de ces assemblées de notables provinciaux (tout comme il refuse les particularismes régionaux dans son entreprise de construction d'une Nation unifiée). L'Etat comme instituteur du social ne laisse pas de place aux pouvoirs locaux, aux corps intermédiaires ou aux contre-pouvoirs et les sacrifie sur l'autel de l'unité nationale.

Que peut-on en déduire de la place de la justice et du rôle de l'Etat dans ces deux pays ? Alors qu'au Royaume-Uni a prévalu une vision principalement juridique et instrumentale, propre à donner à la justice une place privilégiée dans l'organisation sociale et l'instauration de l'Etat de droit, l'Etat a au contraire, en France, revêtu une dimension plus philosophique et plus politique.¹⁵ La justice a été profondément marquée par cette position de porte-à-faux, entre critique d'un pouvoir absolu et dérives propres des parlements qui ont pu susciter la méfiance des populations. Dès lors que l'Etat se confondait avec la Nation et la construction d'un ordre social, tout contre-pouvoir devrait être clairement encadré pour ne pas être suspecté de vouloir attenter à cette unité nationale. Denis Salas résume bien cette application à la justice d'un

15. Pierre Rosanvallon, *L'Etat en France : de 1789 à nos jours*, Seuil, 1993.

jacobinisme implacable : « Aucun contre-pouvoir ne peut naître tant que la République est l'expression du peuple par ses seuls représentants : les anciens parlements sont congédiés, le corps des avocats supprimé et les juges seront élus (...). Quant au mot « jurisprudence », Robespierre voulait tout simplement le bannir du langage au motif que seule la loi existe dans la Constitution ».¹⁶ Là est toute la différence avec le Royaume-Uni et les pays de culture juridique anglo-saxonne, où le rôle de la jurisprudence, et par extension des juges, est déterminant dans la construction des normes de la communauté nationale. Comme le dit bien Blandine Barret-Kriegel dans *Les chemins de l'Etat*¹⁷, « En France, l'homme de l'Etat ne sera pas celui qui aspire à rendre un jugement mais celui qui désire exercer une autorité (...). L'acte politique par excellence sera une décision de l'autorité. La volonté générale l'emportera sur l'entendement jurisprudentiel ». On a donc un centre de gravité différent de la légitimité au sein de l'Etat : la souveraineté judiciaire anglo-saxonne provient des conquêtes arrachées par les juges à la féodalité, notre souveraineté appartient encore à un principe central.

L'absence d'une réflexion propre sur l'acte de juger

C'est qu'aux juges anglo-saxons est pleinement reconnue la légitimité à « l'acte indépendant de juger » : au-delà d'une perspective étroitement légaliste qui voudrait que le juge se contente d'être la bouche de la loi, et qu'il soit en cela la prolongation stricte de l'administration,

16. Denis Salas, *La justice dévoyée*, Les Arènes, 2012.

17. Blandine Barret-Kriegel, *Les chemins de l'Etat*, Calmann-Lévy, 1994.

il faut mettre en question cette idée d'un juge « muet et strict exécutant de la volonté générale » qui est exprimée par la loi.¹⁸ La France, contrairement à l'Allemagne par exemple, a échappé à ce débat alors même que les événements de la Seconde Guerre mondiale et l'épuration qui lui succède l'avaient clairement posé. Et en échappant à ce débat, elle s'est dispensée d'un renouvellement utile de la pensée sur la légitimité et la responsabilité du juge face à la loi et face aux droits fondamentaux. La tradition française a ainsi pu continuer à privilégier la loi, soit l'expression du politique, aux dépens de la reconnaissance d'un au-delà de la loi, susceptible de légitimer l'indépendance du juge. L'épuration qui a touché la magistrature française à la Libération représente ainsi une occasion manquée : alors même que l'on s'est penché sur la façon dont les juges avaient utilisé leur marge d'autonomie à l'égard des lois de Vichy (reconnaissant en cela la part de leur responsabilité « extra-légale » dans l'acte de juger), l'intangibilité de la loi n'a pourtant pas été brisée. La reconnaissance d'un certain « devoir de résistance » primant sur le respect de la légalité a permis en Allemagne de faire admettre très tôt la primauté des droits fondamentaux sur les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire : celle-ci ne sera reconnue que bien plus tardivement en France, et avec elle la consécration de la responsabilité du juge dans l'acte de juger. Dans son ouvrage *La justice dévoyée*, Denis Salas peut ainsi observer le caractère fluctuant de la légitimité du juge dans notre histoire : affirmée à l'époque pré-démocratique (où elle cherche à devenir un véritable contre-pouvoir face à la monarchie absolutiste) puis absorbée dans le pouvoir administratif (la

18. Denis Salas, *op. cit.*, Les Arènes, 2012.

légitimité de juger étant alors captée par le jury, objet durant cette période de la méfiance du pouvoir), elle est aujourd'hui à nouveau pleinement reconnue comme nécessaire.

Pourtant, si l'Allemagne a pu en finir avec un certain mythe légaliste pour rendre à la magistrature une plus grande responsabilité, et par là plus de légitimité, cela n'a pas été le cas dans la France de l'après-guerre. C'est à nouveau comme un prolongement de l'Etat administratif qu'a été pensée la justice dans la Constitution de 1958, où elle est qualifiée d'« autorité judiciaire » et perd sa qualité de « pouvoir ». Cette relégation de la justice n'a jamais cessé et demeure la source d'un malaise institutionnel persistant (avec des questions récurrentes jamais définitivement tranchées comme la séparation du parquet et du siège, l'indépendance des magistrats, la dualité des ordres de juridiction, etc.).

POUR UN ETAT DE JUSTICE PORTÉ PAR LA GAUCHE

L'héritage d'un climat très dégradé

L'héritage historique complexe ne permet pas d'attribuer une place incontestée et bien définie à la justice et, effectivement, elle en souffre encore aujourd'hui, ce qui ne lui permet pas d'affirmer une légitimité pleine et entière. Aujourd'hui cette tradition de « relégation » se double d'une méfiance bien ancrée entre la classe dirigeante et les métiers de justice. Les acteurs en présence se mettent de plus en plus (souvent volontairement) dans un face-à-face dangereux, et c'est le

citoyen qui en fait les frais. Le quinquennat de Nicolas Sarkozy a donné lieu à une subordination assumée de la justice à l'exécutif (le garde des Sceaux se définissant à nouveau comme le « chef du parquet »), à une altération de la séparation des pouvoirs, parfois jusqu'à une confusion dangereuse entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir politique. Cette confusion demeure alors quels que soient les régimes et quels que soient les gouvernements. Mais le divorce semble être plus profond depuis l'arrivée au pouvoir de la droite en 2002, et plus encore depuis 2007.

C'est à une sape chronique de l'institution judiciaire que l'on a en effet assisté durant le mandat du président Sarkozy, alors même que l'Europe condamnait la France pour le faible degré d'indépendance de la justice – avec la décision de la CEDH du 10 juillet 2008, la Cour de Strasbourg confirme de manière incontestable sa jurisprudence « Medvedyev ». Si le Conseil consultatif des juges européens a adopté une « *Magna Carta* des juges », une charte des principes fondamentaux qui doivent s'appliquer à tous les systèmes judiciaires européens, la France peine encore à s'y plier. Ces insuffisances institutionnelles se conjuguent à un discours de dénigrement systématique, par les plus hautes autorités de l'Etat, des décisions, du travail de la justice et de son personnel.

L'instrumentalisation de la justice pour appliquer des politiques publiques dont on pourrait discuter l'à-propos et l'efficacité a conduit à la mise en cause de la justice elle-même, qui ne peut assumer des injonctions contradictoires et provoque inéluctablement le mécontentement.¹⁹ Si l'on

19. Denis Salas, *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Hachette, 2008.

peut admettre que la justice a en effet vocation à être l'instrument de mise en œuvre de politiques publiques, force est pourtant de constater que dès lors que celles-ci dressent les citoyens les uns contre les autres, opposant les « victimes » aux « accusés », et privilégient l'une des parties, elles trahissent la mission fondamentale de la justice. Faire la promesse qu'une politique pénale répressive pourrait seule prendre en charge les maux incriminés consistait à vendre une illusion. Lorsque ces politiques échouent inévitablement, ce sont encore les professionnels chargés de les mettre en œuvre, et de réaliser l'irréalisable en quelque sorte, que l'on peut commodément pointer du doigt. Dès lors, la boucle est bouclée, et l'impossibilité à laquelle elle se trouve confrontée justifie pour le pouvoir le mépris de l'institution judiciaire.

Du côté de la magistrature, on assiste également à des difficultés récurrentes de positionnement, entre tentative de s'affranchir du politique pour affirmer une position d'indépendance (dans la continuité du développement du Syndicat de la magistrature dans les années 1970 et de l'éclatement des affaires des années 1990, que l'on a pu qualifier de « révolte des juges ») et tentation de s'en servir pour des motifs de carrière. Là aussi, le mal fait dans l'opinion publique par les soupçons qui en découlent est grand. Si la notoriété de certains « grands juges » (notamment des juges d'instruction dans les affaires politico-médiatiques) donne une certaine visibilité à la magistrature et peut parfois lui conférer également une certaine popularité, elle peut également être perçue comme une volonté de se « faire un nom » (qu'on pense aux magistrats qui utilisent leur célébrité judiciaire pour acquérir ou tenter d'acquérir une position politique). Dès lors, s'élèvent des soupçons d'instrumentalisation

de la charge dont ces magistrats sont dépositaires, soupçon qui peut ensuite entacher la magistrature dans son ensemble.

La mission de justice à assumer par la gauche

Face à cette situation de malaise institutionnel, la gauche est aujourd'hui dans une position tout à fait favorable pour rendre à la justice sa place de réelle autorité symbolique tout en opérant une clarification nécessaire et trop souvent repoussée. Une position favorable tant sont grandes les espérances, et parce que la gauche peut apprendre de ses erreurs ou insuffisances passées pour porter une réflexion renouvelée sur l'esprit qui doit régner dans les institutions de la justice. Pour cela, elle doit cesser d'avoir une doctrine fluctuante sur la justice : quelle place doit-on lui réserver dans l'architecture institutionnelle à la lumière de la tradition socialiste ? Comment dépasser le seul discours sur les libertés (qui doit pour autant rester central dans notre projet) pour envisager un fonctionnement pacifié de l'institution de la justice ? Plus encore qu'un corps de doctrine, c'est une démarche pragmatique que la gauche doit adopter pour répondre aux attentes de tous les citoyens concernés par la bonne marche de la justice, de tous les citoyens.

La gauche a longtemps relégué la justice au rang de question « intellectuellement inexistante » : une forme d'omission, d'oubli, d'indifférence marquée par l'absence de réelle démarche prospective et par une réticence à concevoir la justice dans une vision d'ensemble. On peut expliquer cette « lacune intellectuelle » par un certain « anti-

juridisme » à la fois chez les socialistes et dans la pensée dominante : le droit est assimilé à la bourgeoisie. Cette « introuvable théorie de la justice »²⁰, ce désintérêt latent peuvent s'expliquer par une doctrine socialiste imprégnée de marxisme.²¹ La grande tradition française de l'Etat administratif (la bureaucratie comme institutrice du social plutôt que l'Etat de droit) est également une explication possible du défaut de spécificité de la pensée de gauche sur la justice.

Les réformes doivent viser à permettre un exercice apaisé de la justice et le rétablissement plein et entier de l'Etat de droit afin que notre pays devienne enfin une grande démocratie moderne et transparente. Si la Révolution a marqué l'émancipation démocratique du peuple, notre démocratie doit à présent devenir pleinement adulte. La gauche au pouvoir a souvent permis des avancées notables pour le développement des droits fondamentaux et pour l'amélioration des conditions d'exercice de la justice. Ces avancées se sont déployées dans quatre directions.²² L'élargissement des libertés d'abord, avec des mesures emblématiques telles que l'abolition de la peine de mort, la suppression des tribunaux spéciaux, la dépénalisation de l'homosexualité, le renforcement de la présomption d'innocence, la création du Pacte civil de solidarité (PACS). Dans ce domaine, la gauche a souvent précédé, ou accompagné, les progrès de la société et son exigence démocratique d'égalité. Elle a également œuvré pour l'amélioration de l'accès à la

justice : en s'attaquant à des préoccupations plus quotidiennes, elle a cherché de façon pragmatique à démocratiser la justice, grâce à l'aide juridictionnelle notamment. La modernisation de l'institution constitue une troisième direction du travail de la gauche, avec des mesures telles que la fusion des conseils juridiques avec les avocats, la création du pôle financier ou du service des affaires européennes. Ces avancées ont dans leur ensemble été pérennisées : leur maintien démontre une certaine forme de nécessité et l'approbation qu'elles suscitent désormais de part et d'autre de l'échiquier politique. Un dernier pan de l'action de la gauche dans le domaine de la justice, qui consistait à voir au-delà de l'institution, a en revanche rencontré plus d'opposition : ainsi de l'aménagement des peines, de sa politique compréhensive à l'égard des jeunes. Mais dans l'ensemble, nombre des évolutions impulsées par la gauche ont été reprises et appartiennent aujourd'hui au « patrimoine » juridique de la France. Pourtant, les critiques ne sont pas tendres envers l'action de la gauche pour la justice, peut-être justement parce qu'elle a trop longtemps échoué à réconcilier sa vision d'un Etat central administratif, dont la justice est un prolongement, avec la réalité du dépérissement de ce modèle étatique, déjà évoqué, concomitant à une certaine judiciarisation de la société.

Cette vision des socialistes, qui relève de la tradition intellectuelle française de l'Etat administratif, appuyée en droit sur la théorie du service public, explique à la fois le prestige attaché aux hauts fonctionnaires, les commis de l'Etat, et la place réservée à la justice. La justice, institution régaliennne s'il en est, est considérée comme un service public, et pas réellement comme un pouvoir à part entière. Ses

20. Henri Nallet, *La gauche et la justice*, Essai de la Fondation Jean-Jaurès, 2011.

21. Robert Badinter in *1905-2005 : cent ans de socialisme. Les socialistes et la France*, OURS, 2005.

22. Henri Nallet, *op. cit.*, Fondation Jean-Jaurès, 2011.

acteurs doivent à ce titre se trouver dans le giron de l'Etat. Et les politiques issus de la haute administration ont du mal à concevoir que des comptes doivent être rendus à des juges dont la légitimité n'est de surcroît pas populaire. Ainsi, alors que l'on assiste à la mise en cause croissante de l'Etat administratif tel que la France l'a connu durant des décennies, la gauche apparaît en décalage, bloquée sur un modèle jacobin en voie de disparition. En effet, si les institutions qui ont permis la construction de la théorie du service public ont été bouleversées, celle-ci ne peut plus constituer le soubassement d'une réflexion de gauche sur la justice. Plus que d'une théorie de la justice, c'est donc d'une théorie plus générale des différentes fonctions de l'Etat, d'une réflexion sur l'organisation de ses pouvoirs et la place que peut y prendre le juge dont nous avons besoin. Cela nous permettra en outre de dépasser le seul (et récurrent) discours de « l'indépendance de la justice » pour la penser en interaction avec les autres branches du pouvoir.

Cela pourrait passer par la promotion nouvelle de la notion d'autorité, à laquelle il s'agirait de rendre tout son sens : il n'est pas forcément question d'un moins-disant par rapport à la notion de pouvoir. Au contraire, l'autorité entendue dans son sens étymologique (*auctoritas*) désigne ce qui augmente le pouvoir. Selon Théodore Mommsen, elle est ainsi « moins qu'un ordre et plus qu'un conseil, un conseil qu'on peut malaisément se dispenser de suivre »²³, soit cette fonction régulatrice dont l'efficacité repose sur un consensus implicite.

C'est ce consensus qui est dégradé et ce besoin de régulation qui s'exprime dans la forte demande de juge. Le discours de la gauche doit s'attacher à restaurer ce consensus et à promouvoir l'égalité que défend la justice.

23. Théodore Mommsen, *Le droit public romain*, Boccard, 1892.

Instaurer l'Etat de Justice

Face au bilan de la droite, dont les dix années de gouvernement n'ont pas laissé la justice indemne, la gauche doit désormais promouvoir résolument un fonctionnement pacifié de l'institution judiciaire et la revalorisation de la justice dans toutes les sphères de la société et cela à quelque niveau de pouvoir que l'on se place. Parce qu'une justice apaisée et susceptible d'offrir aux citoyens l'égalité devant la règle et la transparence dans les rouages institutionnels nous apparaissent des prérequis essentiels à l'affirmation d'un régime démocratique moderne, ce rapport offre des pistes de réflexion, et de débat, autour de trois axes qui structurent l'exercice de la justice.

Le premier axe est la position du juge, dont nous avons considéré le caractère problématique eu égard à notre histoire institutionnelle nationale : s'il doit être l'arbitre que l'on attend qu'il soit, celui dont l'opinion éclaire le droit (au-delà d'être la seule bouche de la loi), il s'agit

d'examiner les conditions de sa nomination, de son indépendance et de son exercice afin de dessiner, en somme, le sens que nous voulons donner à son action et la place que nous estimons lui revenir au sein de notre société.

Celle-ci sera par ailleurs nécessairement dictée par notre conception de la règle de droit : comment éviter les écueils souvent rappelés de la « nomophilie », cet étrange mal français de l'inflation législative ? Peut-on inverser le cours de l'accélération de production de la loi pénale et que penser de cette tendance, notamment au plan de l'application des peines ? L'architecture institutionnelle de la justice mérite par ailleurs une réflexion à part entière à l'aune de ces considérations sur l'acte de juger et son indépendance, et ne manquera pas d'être examinée.

Enfin, un propos de gauche sur la justice se doit d'être volontariste sur l'accès des citoyens et justiciables au droit et au service public de la justice : au regard de leurs attentes déjà formulées ici, notre rapport propose d'ouvrir des pistes audacieuses et envisage à la fois les nouveaux risques et des moyens procéduraux novateurs pour les prévenir.

Seule cette approche holiste de la justice, qui adopte le triple point de vue de ses praticiens, des pourvoyeurs de la règle et des justiciables nous fournira une compréhension englobante, susceptible d'offrir à la fois un diagnostic pertinent et l'aiguillon de réflexions et réformes futures. C'est autour du triptyque du juge (I), de la règle (II)

et du justiciable (III) que nous viserons à contribuer à la restauration de la justice et à la promotion d'un Etat de justice.

Un juge relégitimé

Renforcer la légitimité du juge suppose le renforcement institutionnel de celui-ci, lequel repose sur la double affirmation de son indépendance, d'une part grâce à une réforme d'ordre constitutionnel, d'autre part avec des mesures plus symboliques qui manifestent non seulement l'indépendance de la justice mais donnent aussi le sentiment de cette indépendance.

Il en découle que le ministère public, qui le plus souvent représente l'accusation, ne fasse plus partie du même corps que le siège tout en restant constitué de magistrats, que le rattachement de la police judiciaire au ministre de la Justice soit toujours revendiqué, que l'instruction soit revitalisée, que le CSM devienne l'organe de gestion et de représentation des deux corps, que les membres du Conseil constitutionnel et des autorités administratives indépendantes soient enfin nommés aux termes de procédures transparentes et incontestables. Bref que soit réalisées, enfin, ces réformes dont on parle tant, depuis si longtemps.

Il en va de la place du juge *lato sensu* dans notre société moderne et de cet Etat de Justice que nous appelons de nos vœux. Aussi faut-il

repenser l'indépendance, le statut et les moyens de communication de la justice dans toutes ses formes qu'elles soient judiciaire (1), constitutionnelle (2) ou régulateur (3).

RELÉGITIMER L'INSTITUTION JUDICIAIRE

Pour une architecture institutionnelle clarifiée

La politique d'action publique

La politique de l'action publique est une *politique* publique. Comme telle, il est naturel et logique qu'elle s'inscrive dans l'action gouvernementale et relève de la responsabilité politique du gouvernement. Pour ces mêmes raisons, il est à la fois légitime et nécessaire que le gouvernement continue à la déterminer et que le garde des Sceaux en définisse les orientations principales par la voie d'instructions générales.

C'est pour cette raison qu'il ne nous paraît pas judicieux de confier cette mission à un procureur général de la Nation, distinct, indépendant même, de l'exécutif. Cette institution que certains ont pu appeler de leurs vœux courrait le risque, bien réel, de se trouver enfermée dans une contradiction difficilement surmontable.

De deux choses l'une, en effet. Ou bien, pour asseoir sa légitimité, ce très haut magistrat serait élu, mais, de ce seul fait, il se trouverait en situation de concurrence politique avec les membres du gouvernement

et n'échapperait pas aux reproches d'attachements partisans. Ou bien, pour garantir son impartialité, on prévoirait que sa nomination serait ratifiée par le vote à majorité qualifiée des commissions des lois des deux assemblées, mais, pour s'affranchir du reproche d'illégitimité, son rôle ne pourrait alors excéder celui, ni très substantiel ni très satisfaisant, d'une simple interface entre le garde des Sceaux et les parquets.

En revanche, le ministre de la Justice ne doit plus conserver la possibilité de donner des instructions individuelles dans une affaire particulière. Certes, depuis quelques années déjà, la loi encadre ces instructions de façon plus stricte que par le passé : d'une part, elles ne peuvent avoir pour objet de ne pas poursuivre, de classer sans suite ; d'autre part, elles doivent revêtir une forme écrite et être versées au dossier concerné (article 30 du Code de procédure pénale). Il n'empêche ! Ces règles et, plus encore, les pratiques autrement moins strictes qui ont parfois cours ne sont plus acceptées et ne sont plus acceptables.

Pour ne pas alimenter une suspicion qui discrédite l'institution judiciaire en faisant douter de son impartialité, l'exécutif ne doit pas être en mesure d'influer, par l'action des parquets et plus largement par quelque mécanisme légal que ce soit, sur le cours d'une affaire particulière. Pour s'assurer qu'il n'est pas fait de ce levier d'action un usage dévoyé à des fins partisans, illégitimes, dans les cas, notamment, où telle affaire mettrait en cause un membre du gouvernement, l'élu d'une formation politique amie – ou, au contraire, adverse –, un dirigeant d'entreprise ami, il s'impose de retirer cet instrument de la panoplie de ceux à disposition du ministre de la Justice.

Nous ne nous dissimulons pas que cette modification des textes ne produira les effets escomptés que pour autant qu'elle s'accompagnera d'un changement en profondeur des comportements de l'administration centrale comme des parquets, celle-là renonçant, de bonne foi, à toute prétention à intervenir dans le cours des affaires et ceux-ci assumant pleinement l'autonomie d'action qui sera désormais la leur à l'échelle, du moins, du ressort de chaque parquet général. En bref, si nous ne croyons pas conforme à notre conception républicaine de la démocratie de couper tout lien entre les parquets et le garde des Sceaux, nous n'en estimons pas moins indispensable de dépouiller celui-ci de toute dimension intrusive, laquelle, bien loin de satisfaire l'intérêt général, abrite ou peut abriter des actions qui s'en détournent et lui sont contraires.

Pour veiller à la cohérence de l'application de la politique d'action publique sur le territoire de la République, le ministre de la Justice prendrait plus particulièrement appui sur la Conférence des procureurs généraux que la loi, en la dotant d'un statut officiel, investirait d'une mission particulière à cet effet.

Une variante, moins brutale, de cette « coupure » du lien entre le garde des Sceaux et le parquet a été proposée par Jean-Louis Nadal, l'expérimenté et courageux procureur général près la Cour de cassation : le garde des Sceaux pourrait demander à un procureur d'agir dans une affaire donnée seulement après avoir recueilli l'avis circonstancié d'un Conseil national de la politique pénale composé de quelques hauts magistrats ou juristes désignés par la commission des lois.

Le statut du parquet et la procédure de nomination de ses membres

D'une manière générale et à cet effet, les attributions des procureurs généraux dans l'étendue du ressort de la cour d'appel (articles 35 à 37 du Code de procédure pénale : animation et coordination de l'action des procureurs de la République ; pouvoirs de leur donner injonctions de poursuivre et de prendre des réquisitions) devraient être revitalisées.

Pour satisfaire au même objectif d'harmonisation de l'exercice de l'action publique, il apparaît nécessaire de maintenir tout à la fois les règles d'unité et d'indivisibilité du ministère public et les liens hiérarchiques au sein des parquets généraux et des parquets comme ceux qui, autant que de raison, unissent ceux-ci à ceux-là.

Les membres des parquets généraux et des parquets devraient faire l'objet d'une procédure de nomination qui, tout en faisant la part qu'elle mérite à la singularité de leurs missions et au cadre hiérarchisé de leur action, garantirait suffisamment l'impartialité de leur désignation, serait suffisamment protectrice de leur engagement au service de l'intérêt général.

Cet équilibre nous paraît pouvoir être atteint en laissant aux services de l'administration centrale du ministère de la Justice l'initiative de la proposition de nomination de tous les magistrats des parquets généraux et des parquets, comme c'est aujourd'hui le cas, mais en soumettant celle-ci à un avis strictement conforme du CSM.

La règle, actuellement en vigueur, selon laquelle l'avis délivré par le CSM présente un caractère simple, laissant au ministre la latitude de passer outre, laisse trop de place à des choix de convenance. L'expérience a montré que s'il n'y est fait recours que dans d'assez rares cas, cette faculté laissée au garde des Sceaux n'en a pas moins permis à l'exécutif d'imposer des choix controversés à des emplois de premier plan, regardés comme particulièrement sensibles. Au fil du temps, elle est devenue le symbole, plus encore que l'instrument, de l'ingérence excessive du ministre et du gouvernement dans la nomination des plus hauts magistrats du ministère public. Elle n'est pas compatible avec une pratique raisonnée de la séparation des pouvoirs. Le chef de l'Etat précédent a lui-même convenu de ses graves inconvénients puisqu'il a annoncé, en janvier 2012, son intention d'y mettre fin en y substituant la règle de l'avis conforme que nous préconisons ici. Nicolas Sarkozy lui-même reconnaissait ainsi que les aventures du juge Philippe Courroye avaient définitivement discrédité le système de nomination des procureurs.

Pour autant, il n'est peut-être pas indispensable d'aligner strictement les conditions de nomination des magistrats du siège et du parquet.

S'agissant des membres du ministère public, il ne nous a pas semblé anormal que le garde des Sceaux soit laissé en mesure de proposer à la nomination les magistrats qui seront chargés de la mise en œuvre d'une politique publique engageant, insistons-y, la responsabilité politique du ministère et du gouvernement. Ce pouvoir d'initiative, de

proposition, n'en doit pas moins être strictement encadré, contrôlé en tant qu'il intéresse la nomination de magistrats, au service de l'intérêt général et de l'application de la loi, et c'est à cette finalité que répond la règle de l'avis conforme du Conseil, décrite ci-dessus.

La nomination des juges obéit à des exigences distinctes et, comme telle, doit suivre des voies propres, guidées par la préoccupation déterminante d'en assurer l'impartialité au moyen de l'indépendance. A ce titre, elle doit être strictement mise à l'abri de toute intervention des services du ministre. Actuellement, pour la plupart des emplois, l'administration centrale établit des propositions de nominations soumises pour avis conforme au CSM. Seules les nominations à la Cour de cassation, ainsi que celles des premiers présidents des cours d'appel et des présidents des tribunaux de grande instance, sont laissées à l'initiative du Conseil qui sélectionne les candidats utiles, les entend, enfin délivre avis conforme à leur nomination. Faut-il étendre cette dernière procédure à la nomination des tous les magistrats du siège, sans restriction ? Cela suppose que les services du Conseil supérieur des magistrats du siège soient, par transfert à leur profit d'une partie des effectifs de la direction des services judiciaires, renforcés dans une mesure adaptée à cette extension de ses missions de grande envergure. Une telle modification, en apparence logique par rapport à la généralisation de la nomination sur avis conforme, soulève en fait de redoutables questions. En effet, si le CSM gère toute la carrière de tous les magistrats, il décide de la marche de tous les tribunaux. Ne doit-il pas alors en gérer le budget ?

La séparation du siège et du parquet en deux corps de magistrats proches mais distincts

La séparation des magistrats du siège et du parquet en deux corps distincts, bien qu'elle demeure un sujet fortement controversé, nous paraît cependant s'imposer pour trois raisons majeures.

En premier lieu, elle contribuera à distinguer, sans ambiguïté, deux métiers que leur finalité même sépare : celui de juger et celui de poursuivre, celui de trancher le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables et, ce faisant, de dire le droit (*juridictio*) de celui de mettre en mouvement et d'exercer l'action publique, en d'autres termes de porter et de soutenir l'accusation.

A la faveur de l'unité du corps des magistrats et de la fluidité des carrières du siège au parquet et du parquet au siège qu'elle autorise, s'est instaurée de longue date, dans le système juridictionnel français et dans ceux que notre pays a inspiré, une confusion des rôles du juge et du procureur dans l'esprit des justiciables, des citoyens.

Celle-ci altère ce que la figure du juge a de central dans le procès (civil comme pénal). Elle est une source intarissable d'ambiguïtés sémantiques. Ainsi, comment expliquer qu'un juge, dont la position « d'arbitre » dans le procès postule l'impartialité fonctionnelle et requiert l'indépendance statutaire, puisse participer du même corps qu'un procureur ? En effet, le procureur, quand bien même il jouit de prérogatives tenant au ministère public qu'il exerce, occupe la position d'une

partie au procès, opposée à ou à tout le moins différencié d'autres parties (prévenu/partie civile), dans une situation d'égalité des armes. Une clarification s'impose.

En deuxième lieu, bien que l'état du droit européen ne l'impose pas, la séparation siège-parquet ne s'inscrit pas moins dans la logique de conséquence des évolutions de ces dernières années de la jurisprudence de la CEDH²⁴ et, dans une mesure atténuée, de la chambre criminelle de la Cour de cassation.²⁵ Celle-ci dénie au membre du parquet la qualité d'autorité judiciaire au sens de l'article 5 § 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, c'est-à-dire de « juge (ou autre magistrat) habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires » parce qu'il ne présente pas les garanties requises d'indépendance à l'égard de l'exécutif et des parties et d'impartialité, et ce alors qu'il est partie poursuivante.

Que l'on ne s'y trompe pas : quand bien même, et comme nous le jugeons indispensable, le ministère public se verrait doter, demain, d'un statut rénové, garantissant suffisamment son indépendance organique, statutaire, à l'égard de l'exécutif, il n'accéderait pas pour autant à l'impartialité fonctionnelle à l'égard des parties au procès. Celle-ci est en effet incompatible, par construction, avec la mission d'accusateur du ministère public, laquelle est de l'essence même de la fonction de poursuivre.

24. Cf. CEDH, 29 mars 2010, *Medvedyev et autres c/France*, et CEDH, 23 novembre 2010, *Moulin c/France*.

25. Cf. Cour de cassation, 15 décembre 2010, *Creissen*.

Dans ces conditions, l'unité du corps repose désormais sur la fiction de missions proches sinon partagées du juge et du procureur, qui, désormais, ne correspond même plus à la réalité des représentations juridiques. Une dissociation est nécessaire.

En troisième lieu, la séparation des corps traduirait avec plus de netteté, rendrait compte plus fidèlement de la différence, très substantielle, de statut entre juges et procureurs, telle qu'elle a été rappelée à grands traits ci-dessus. Pour autant, cette séparation pourrait et devrait ménager des liens structurels de proximité forts entre les deux corps qui en seraient issus.

Les magistrats du parquet devraient, tout d'abord, demeurer des magistrats de plein exercice. L'exercice du ministère public s'effectue au service de l'intérêt général, en faveur de l'application de la loi, à laquelle veille ses représentants. Il importe, d'ailleurs, de souligner que ceux-ci sont, à juste titre, pénétrés du sentiment d'être au service de la loi et de tirer d'elle leur légitimité. Leur culture est celle de magistrats. Sa préservation est plus que jamais le gage d'un exercice équilibré, à l'abri de toute tentation d'instrumentalisation, de leurs si sensibles missions de direction d'enquête, de poursuite et de soutenance de l'accusation publique.

Outre qu'elle heurterait cette juste conviction, la fonctionnarisation des membres des parquets leur ferait courir le risque d'une « préfectoralisation » (que l'on nous pardonne ce néologisme de circonstance) consistant à réduire trop restrictivement leur action à la

préservation de la sécurité publique au détriment des missions, autrement plus larges, que leur confient les textes en faveur de l'application de la loi.

Enfin, elle contredirait l'évolution de leur statut vers une autonomie plus accentuée à l'égard de l'exécutif.

Par ailleurs, la formation initiale des magistrats du siège et des magistrats du parquet n'aurait qu'avantages à demeurer commune. C'est également le cas de la formation continue.

En revanche, à l'issue de leur entrée dans le corps (fin de scolarité ou intégration directe, selon le cas), les magistrats disposeraient d'un délai de l'ordre de cinq années pour opter pour le corps des magistrats du siège ou pour celui des magistrats du parquet. Durant cette période préalable, ils pourraient librement prétendre exercer des fonctions relevant de l'un ou l'autre corps et alterner les expériences pour se donner les moyens d'un choix éclairé.

Les magistrats déjà en fonction à la date d'entrée en vigueur de cette réforme auraient à opter pour l'un des deux corps dans un délai analogue. Naturellement, des passerelles, fortement inspirées de celles qui permettent aujourd'hui à un auxiliaire de justice (avocat, notamment) ou à un greffier en chef d'intégrer directement la magistrature²⁶, seraient aménagées pour permettre à des magistrats du parquet de rejoindre le

26. Article 22 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

siège et *vice versa*. Toutefois, pareille intégration, qui ne pourrait profiter qu'à un nombre très limité de magistrats, s'effectuerait à des conditions (de grade et d'ancienneté) qui, pour l'essentiel, marqueraient l'entrée dans une nouvelle carrière et feraient perdre aux intéressés une part substantielle des avantages de la continuité.

La singularité des missions et du statut des magistrats du parquet rend nécessaire de confier leur carrière à un CSM qui leur soit propre et non plus, comme c'est encore le cas aujourd'hui, d'une simple formation dédiée d'un CSM commun à l'ensemble des magistrats de l'ordre judiciaire. C'est pour cette raison et pour bien d'autres que nous appelons de nos vœux une réforme du CSM.

Le CSM refondé

On s'accorde pour reconnaître au CSM un rôle central dans l'émancipation de l'institution judiciaire par rapport à l'exécutif. Plus il accroîtra son pouvoir sur la carrière de tous les magistrats au détriment de l'exécutif, longtemps représenté au sein même du CSM par le président de la République et le garde des Sceaux, mieux sera assurée l'indépendance des magistrats vis-à-vis du gouvernement et de la majorité politique. On fera bien sûr remarquer que cette indépendance nouvelle se sera évidemment muée en dépendance plus étroite vis-à-vis du CSM dont le rôle dans la carrière des magistrats se sera accru dans l'exacte proportion que la dépendance « à l'égard du politique » aura décréu. Mais il semble que cette dépendance nouvelle soit considérée par tous comme beaucoup moins nocive que la précédente. Il ne restera

que quelques jacobins attardés pour faire observer que l'on aura troqué une dépendance politique pour une dépendance corporatiste.

Quel est l'état de la question ? La réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 a modifié le CSM dans le but de « raffermir l'autorité judiciaire ». Il n'est plus présidé par le président de la République mais par le premier président de la Cour de cassation quand il est dans sa formation « siège » et par le procureur général près la Cour de cassation quand il est dans sa formation « parquet ». Toujours la dyarchie ! On doit exclure simplement la séance plénière pour répondre aux avis demandés par le président de la République ou le garde des Sceaux ainsi que lorsque l'on débat de déontologie.

Chaque formation du CSM est désormais composée de quinze membres, dont six magistrats élus, un conseiller d'Etat élu, un avocat désigné par le Conseil national des barreaux et six personnalités qualifiées désignées par le président de la République, le président de l'Assemblée nationale et le président du Sénat. On remarque, bien sûr, que pour parer au reproche affleurant de « corporatisme », les magistrats sont minoritaires. En apparence du moins, car six magistrats élus, plus un conseiller d'Etat, plus le président de la Cour de cassation ou le procureur général, forment en réalité un total de huit. Huit, cela rapproche notre nouveau CSM des souhaits du Conseil de l'Europe qui préconise une majorité de magistrats dans les Conseils supérieurs.

Le CSM donne son avis sur les propositions de nominations des magistrats du siège à la Cour de cassation, premier président, présidents

de chambre, conseillers référendaires et auditeurs, ainsi que les premiers présidents de cour d'appel et présidents de tribunal de grande instance. L'avis rendu par le CSM pour tous ces postes est conforme, c'est-à-dire qu'il lie le gouvernement.

Il n'en est pas de même pour le parquet. Certes les procureurs généraux près la Cour de cassation et chacune des cours d'appel ne sont plus nommés en Conseil des ministres, ce qui en faisait de simples « préfets judiciaires » (alors même que cette procédure solennelle avait été retenue pour... rehausser leur prestige !), mais sont soumis, comme les autres membres du parquet, à la procédure d'un avis simple qui ne lie pas le gouvernement. On peut regretter que la révision constitutionnelle de 2008 n'ait pas soumis la nomination des membres du parquet à la procédure de l'avis conforme. Si elle avait été la règle, jamais le juge Philippe Courroye ne serait devenu procureur à Nanterre. L'ancien président de la République a peut-être mesuré le désastre qu'il a lui-même provoqué puisqu'il a proclamé, lors de ses vœux judiciaires, qu'il proposerait l'instauration de l'avis conforme pour la nomination des procureurs.

Une telle amélioration serait non seulement bienvenue pour ce qui concerne l'apparence de l'indépendance des parquetiers, mais nous rapprocherait de la norme européenne sur le parquet qui dénie à nos procureurs la qualité d'« autorité judiciaire » puisqu'ils ne sont pas aux yeux de la CEDH suffisamment indépendants de l'exécutif. Cette réforme acquise, qui désarme un peu plus le gouvernement dans la gestion des carrières des magistrats, un autre pas, toujours dans la même direction, pourrait être accompli sans dommage : celui qui consisterait

à « interdire » au garde des Sceaux d'assister, comme il le peut encore aujourd'hui, aux délibérations du CSM puisque, tenu par un avis conforme pour toutes les nominations soumises au Conseil, il n'aurait, à proprement parler, plus rien à y faire.

Faut-il aller plus loin encore dans l'éloignement de l'autorité gouvernementale de la gestion de la carrière des magistrats, qui restent malgré tout des fonctionnaires, en retirant le pouvoir de proposition des candidats au ministre de la Justice, déjà encadré par la procédure de la transparence qui consiste à faire connaître à l'ensemble du corps les postes vacants auxquels chacun peut prétendre, et organisé par la Direction des services judiciaires ? Une telle transformation dans la gestion de la carrière des magistrats soulève une série de redoutables questions : si le CSM propose et nomme pour les postes les plus importants, il faut lui rattacher la Direction des services judiciaires qui organise la transparence et gère les dossiers professionnels des candidats ; de même, il conviendrait de rattacher l'Inspection des services judiciaires au CSM pour lui permettre de vérifier et d'enquêter sur le terrain et de confier au CSM la totalité des nominations. Un tel démembrement du ministère de la Justice que seul propose le think tank Terra Nova²⁷, dans sa logique de reconstruction institutionnelle des pouvoirs, devrait conduire à confier au CSM le contrôle de la gestion des tribunaux et la répartition des moyens entre eux et à devenir ainsi progressivement la tête d'une véritable administration judiciaire. Se poserait alors, dans

27. Daniel Ludet, Dominique Rousseau, Hélène Davo et Sonya Djemmi Wagner, *La justice, un pouvoir de la démocratie*, Terra Nova, mars 2011.

d'autres termes, la question de son contrôle démocratique et du vote de ses moyens budgétaires qui ne pourraient plus être une allocation décidée par le ministre de la Justice. Ceci, on le comprend, replacerait derechef le CSM sous le contrôle du garde des Sceaux !

Est-ce pour échapper à ce casse-tête que la plupart des réformateurs qui cherchent à conférer davantage de pouvoirs au CSM sur les carrières de l'ensemble des magistrats s'en tiennent plus sagement à proposer que le CSM puisse « directement confier à l'Inspection générale des services judiciaires toute mission d'information, d'évaluation ou d'expertise, ainsi que toute mission d'enquête » ?²⁸

Il nous semble toutefois possible de proposer qu'un service d'inspection, directement rattaché au Conseil supérieur des magistrats du parquet, répliquant celui placé auprès du Conseil supérieur des magistrats du siège, puisse être chargé d'effectuer toute enquête sur le comportement de magistrats du parquet. Dans les deux cas, l'Inspection générale des services judiciaires, placée auprès du ministre de la Justice, se verrait retirer cette mission particulière. Elle conserverait, en revanche, les attributions ordinaires des services d'inspection ministériels : contrôle du fonctionnement des juridictions, enquêtes thématiques, missions interdirectionnelles et interministérielles. Aussi, à l'instar du Conseil supérieur des magistrats du siège, le Conseil supérieur des magistrats du parquet pourrait-il être saisi et se saisir, d'initiative, de toute question se rattachant à ses prérogatives ou mettant en jeu les conditions d'exercice

28. Cf. le programme du Parti socialiste pour l'élection présidentielle de 2012, « Le changement ».

des missions du ministère public et se prononcer sur ces sujets par voie de communication ou d'avis.

Cet élargissement des moyens d'investigation et de contrôle du CSM sera d'autant plus bienvenu que la réforme de 2008 a élargi considérablement le pouvoir disciplinaire du CSM. En effet, si le CSM reste le conseil de discipline des magistrats du siège et donne son avis au garde des Sceaux quand il s'agit des magistrats du parquet, il est désormais possible à un justiciable de saisir le CSM d'une plainte à l'encontre d'un magistrat. Elle est, bien sûr, précisément encadrée : elle ne peut être exercée que par le justiciable concerné par une procédure conduite par le magistrat mis en cause et elle se limite étroitement à l'éventualité d'une faute disciplinaire telle que le Conseil constitutionnel l'a définie en 2007 comme « la violation grave et délibérée d'une règle de procédure constituant une garantie essentielle des droits des parties, constatée par une décision de justice devenue définitive ». Cette grande nouveauté ne doit cependant pas être interprétée comme une possibilité de mettre en cause une décision judiciaire – il existe des recours pour cela – ou une tentative de récusation du magistrat visé. C'est le comportement d'un juge qui peut être contesté par une saisine, pas ses décisions juridictionnelles. Mais, même ainsi encadrée, cette possibilité offerte aux justiciables est sans doute l'aspect le plus novateur de la réforme de 2008 dans la mesure où elle s'inscrit dans la contrepartie de l'indépendance reconnue aux magistrats, à savoir leur plus grande responsabilité.

De ce rapide examen de la dernière réforme constitutionnelle du CSM, on retiendra déjà la possibilité de l'améliorer immédiatement sur

trois points majeurs : l'avis conforme du CSM pour la nomination des membres du parquet qui lui est soumise, l'absence du garde des Sceaux lors des délibérations concernant ces avis, l'alignement du régime disciplinaire des magistrats du parquet sur celui des magistrats du siège.

Existe-t-il d'autres améliorations possibles qui, sans supposer un bouleversement de nos institutions, seraient susceptibles de fournir des garanties supplémentaires à une plus grande indépendance du Conseil ?

On pourrait d'abord chercher à limiter encore les risques d'influence politique sur le Conseil en modifiant le système de nomination des six personnalités qualifiées. Plutôt que de les désigner comme l'a prévu la réforme de 2008 (deux personnalités qualifiées nommées par le président de la République, deux par le président de l'Assemblée nationale, une par le président du Sénat) sur le modèle du Conseil constitutionnel, ils pourraient être élus à raison de deux par l'Assemblée nationale, deux par le Sénat, deux par le Conseil économique, social et environnemental, à la majorité qualifiée à partir de propositions de la Cour de cassation, ou d'une commission *ad hoc*. Un tel système, que pratiquent d'autres pays, assurerait à la fois la compétence et une forme de neutralité des membres non magistrats du CSM.

Faut-il revoir la présidence du CSM ? Aujourd'hui, le « CSM siège » est présidé par le premier président de la Cour de cassation et le « CSM parquet » par le procureur général près la Cour de cassation. Certains imaginent que le président soit élu, en début de mandat, parmi les quinze membres du CSM dans le but de lui donner, par ce choix,

une plus grande autorité au dedans et au dehors. Cet avantage supposé pourrait être limité et contrebalancé par les effets d'un choix difficile, voire clivant, alors que le système actuel qui établit des « présidents de droit » évite toute concurrence.

Mais on peut imaginer plus fort encore, et c'est le sens de notre proposition : un président du CSM unique pour les formations siège et parquet, nommé par le président de la République (par référence à la Constitution « le président de la République nomme à tous les emplois civils et militaires ») pour un mandat long (sept ans) non renouvelable, sur proposition conjointe des commissions des lois à la majorité qualifiée. Cette fonction éminente, qui aurait un rang élevé parmi les grands pouvoirs de l'Etat, serait assurée par une haute personnalité qui justifierait d'une carrière exemplaire. Elle recevrait, pour cette mission exercée à plein temps, une indemnité égale aux traitements les plus élevés de la fonction publique car, rappelons-le, l'enjeu est d'une extrême importance : l'indépendance de toutes les magistratures ! Il faudrait ainsi prévoir, outre le caractère non renouvelable de son mandat, le respect du régime d'incompatibilité défini par la loi organique du 19 janvier 1995. Les fonctions de président du CSM seraient ainsi incompatibles avec celles de ministre, de membre du parlement et du Parlement européen, de membre du Conseil économique, social et environnemental et avec tout mandat électoral. Il serait soumis au même régime d'incompatibilités professionnelles que les parlementaires. Il ne pourrait pas, par exemple, exercer des fonctions de direction dans une entreprise privée ou nationale. Il lui serait également interdit d'exercer une fonction de responsabilité ou de direction au sein d'un parti politique.

Par ailleurs, il serait souhaitable de préciser et d'élargir la possibilité pour le CSM en formation plénière de se saisir spontanément de questions relatives à l'indépendance de l'autorité judiciaire et au statut des magistrats. En effet, le Conseil constitutionnel a encadré étroitement la possibilité pour le CSM de se prononcer sur ces questions au moment où l'exécutif critiquait avec violence plusieurs décisions de justice et où l'on attendait qu'une autorité compétente prenne la défense de magistrats attaqués pour leurs décisions juridictionnelles. C'est, là aussi, la contrepartie logique d'une plus grande indépendance des magistrats vis-à-vis de l'exécutif : il faut que l'autorité dont ils dépendent (ou dépendraient) puisse prendre, le cas échéant, la parole y compris dans les grands médias, le plus souvent par la voix de son président, pour rappeler la mission, les droits et les devoirs des uns et des autres. Il deviendra ainsi peu à peu le porte-parole institutionnel légitime de l'autorité judiciaire comme il deviendra peu à peu, avec la possibilité pour les justiciables de le saisir directement, le protecteur des citoyens lorsque l'institution aura manqué à ses obligations.

Reformer le pouvoir et accroître l'autorité du CSM au sein des institutions de la République manifesterait la volonté de la nouvelle majorité politique d'assurer les conditions d'une plus grande indépendance de l'autorité judiciaire.

Le juge d'instruction maintenu et renforcé

Jadis qualifié d'homme le plus puissant de France, le juge d'instruction a concentré contre lui de nombreuses critiques dans la

période récente, au point de voir son existence régulièrement remise en cause. Introduit à l'occasion de l'adoption du Code d'instruction criminelle en 1808, il était, à l'origine, conçu comme un auxiliaire du parquet chargé de collecter des éléments de preuve. D'abord dépourvu de pouvoirs juridictionnels – confiés à une chambre du Conseil –, il en est finalement investi à l'occasion du vote de la loi du 17 juillet 1856, acquérant ainsi cette double compétence d'enquêteur et de juridiction qui lui est tant reprochée aujourd'hui.

Progressivement, la physionomie de cette institution va profondément évoluer avec la reconnaissance du droit à l'assistance d'un avocat (1897) et l'entrée en vigueur du Code de procédure pénale de 1958 qui consacre l'indépendance du juge d'instruction. Cette évolution majeure va se conjuguer avec un renforcement progressif des garanties offertes aux parties lors de la phase d'instruction. Alors que cette dernière présentait traditionnellement un caractère secret et non-contradictoire, les lois du 4 janvier 1993 et du 15 juin 2000 rééquilibrent la position des parties au regard de celle du ministère public en permettant aux premières de formuler des demandes d'actes, de faire appel des décisions juridictionnelles du juge d'instruction et de former des requêtes en nullité. Parallèlement, la loi du 15 juin 2000 retire aux juges d'instruction le pouvoir d'ordonner le placement en détention provisoire, préférant le transférer au juge des libertés et de la détention (JLD). Enfin, cette volonté d'équilibre connaîtra un autre prolongement avec le vote de la loi du 5 mars 2007 qui renforce encore le contradictoire au bénéfice des parties et, dans le sillage de l'affaire d'Outreau, promeut une certaine collégialité de l'instruction.

En somme, loin de demeurer figé dans le temps sur la conception héritée du Code d'instruction criminelle, ce bref panorama des réformes intervenues rappelle que la figure du juge d'instruction a connu de profonds bouleversements.

Toutefois, cette reconfiguration du juge d'instruction dans le sens d'une restriction de ses pouvoirs et d'une meilleure garantie des droits fondamentaux n'a pas suffi à le mettre à l'abri des critiques. En effet, le recours au juge d'instruction est allé décroissant en pratique, entretenant l'idée que cette institution ne présente qu'une utilité résiduelle. En outre, l'étude du droit comparé révèle parfois une désaffection à l'endroit du juge d'instruction. Certains systèmes étrangers, jadis inspirés du droit français, n'ont ainsi pas hésité à le faire disparaître afin de placer l'enquête sous la responsabilité d'un directeur unique. Ces évolutions ont alimenté en France une marginalisation du juge d'instruction qui apparaît dans toute sa splendeur aujourd'hui. Face à un tel constat de marginalisation, il existe deux réactions possibles. La première consiste à en tirer les conséquences en supprimant le juge d'instruction et en lui substituant un autre modèle procédural. C'était la position adoptée par Nicolas Sarkozy. Ainsi, à la suite – ou plutôt par anticipation – de la remise du rapport Léger, le pouvoir précédent a préconisé la disparition du juge d'instruction. On propose d'explorer une autre voie. Prenant appui sur l'analyse des causes et des manifestations de la marginalisation de l'instruction, elle cherchera, au contraire, à démontrer l'utilité de ce magistrat et à explorer des propositions simples de nature à améliorer le fonctionnement de l'institution.

De la marginalisation de l'instruction à sa disparition programmée

La marginalisation de l'instruction n'a pas été officiellement affichée par le pouvoir politique. Elle est intervenue subrepticement à la faveur de réformes qui poursuivaient, à titre principal, d'autres objectifs. Cette évolution qui, pour être silencieuse, n'en est pas moins certaine a conduit à une marginalisation effective de l'institution. Partant de ce constat objectif, auquel son action n'était pourtant pas étrangère, le précédent gouvernement a programmé la disparition du juge d'instruction.

Depuis déjà quelques années, l'ensemble des rapports publiés sur le sujet souligne la forte baisse en pourcentage du nombre des affaires confiées au juge d'instruction. Ainsi, tandis que ce chiffre s'élevait à 15 % il y a 25 ans, il s'établirait à moins de 5 % aujourd'hui.²⁹

Dès lors, il apparaît impérieux de s'interroger sur les causes de ce mouvement de désaffection. Signe-t-il un déclin inexorable de l'institution emportée par ses carences en termes d'organisation et de méthodes de travail et, plus généralement, son défaut d'efficacité ? Ou ces raisons sont-elles à rechercher ailleurs ?

L'examen de ces causes conduit, ainsi que l'a démontré le professeur Conte, à attribuer cette évolution au déplacement du point

29. Voir, par exemple, le rapport fait au nom de la Commission d'enquête chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l'affaire d'Outreau enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 6 juin 2006.

d'équilibre de notre procédure pénale en faveur du parquet.³⁰ En effet, une série de réformes a partagé l'ambition d'accroître les pouvoirs du parquet en vue de durcir la réponse à la délinquance. Au nom de l'efficacité répressive, des mesures qui relevaient auparavant du pouvoir du seul juge d'instruction ont, peu à peu, échappé au monopole de ce directeur d'enquêtes.

Ce mouvement s'est illustré avec une grande force avec la consécration de la procédure particulière applicable à la délinquance et à la criminalité organisées. La loi Perben II du 9 mars 2004 a ainsi permis le recours, lors de simples enquêtes préliminaires, à des perquisitions sans l'accord de la personne dont le domicile est visé, à la condition d'obtenir l'autorisation du JLD. De même, ce juge peut désormais, à la demande du procureur de la République et si les nécessités de l'enquête l'exigent, autoriser l'interception, l'enregistrement et la transcription de correspondances émises par la voie des télécommunications. Pour décrire ce mouvement, et en déplorer l'esprit, un auteur a évoqué l'image d'une « procédure pénale *bis* ».³¹

Autre innovation, tandis que le procureur de la République ne pouvait décerner de mandat d'amener que dans le cadre d'une enquête de flagrance portant sur un crime, la loi précitée du 9 mars 2004 a créé le mandat de recherche qui lui permet de faire placer en garde à vue toute personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons de

30. Philippe Conte, « Les propositions du pré-rapport du comité de réflexion sur la justice pénale », *Droit pénal*, juin 2009, étude 11.

31. Christine Lazerges, « La dérive de la procédure pénale », *RSC*, 2003.

soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre un crime ou un délit puni d'au moins trois ans d'emprisonnement, et ce dans le cadre d'une enquête de flagrance comme dans celui d'une enquête préliminaire.

Ainsi, en instituant, pour une catégorie particulièrement hétérogène et vaste d'infractions, un régime particulier permettant le recours à des pouvoirs d'enquêtes qui nécessitaient auparavant un détour par le juge d'instruction, le législateur a puissamment œuvré à la marginalisation dudit juge. En effet, le contournement du juge d'instruction représente désormais une possibilité d'autant plus tentante que l'enquête menée à l'initiative du parquet n'est pas soumise à l'encadrement procédural que connaît aujourd'hui l'instruction.³²

Parallèlement, la marginalisation a encore été accrue par l'essor des procédures dites de la troisième voie reposant sur une reconnaissance préalable, par la personne poursuivie, de sa culpabilité. La composition pénale, instituée par la loi du 23 juin 1999, bientôt suivie du recours à l'ordonnance pénale en matière de délits (2002) et surtout de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (2004) renforcèrent encore la maîtrise du parquet sur la phase précédant le procès. Enfin, ainsi que l'a remarqué Jean-Paul Jean, ce glissement intervenu au bénéfice du parquet s'est appuyé sur des modifications structurelles à travers la mise en place de bureaux des enquêtes au sein desquels « les substituts traitent des dossiers autrefois confiés à des juges d'instruction ».³³

32. Jean-Paul Jean, « Les réformes pénales 2000-2010, entre inflation législative et réformes silencieuses », *Regards sur l'actualité*, La Documentation française, 357, 2010.

33. *Ibid.*

En définitive, la présentation qui voudrait que l'instruction soit en train de tomber comme un fruit mûr, victime de défauts dirimants, est une fable. La marginalisation de l'instruction n'a, au contraire, rien de naturel ou d'inévitable. Elle a été induite par une série de réformes qui, animées par la volonté de renforcer l'efficacité répressive, ont modifié l'équilibre qui prévalait jusqu'alors entre le parquet et les juges d'instruction au détriment de ces derniers. Et pourtant, occultant cette analyse des causes de la marginalisation, le gouvernement de Nicolas Sarkozy prétendait franchir une étape supplémentaire en proposant de supprimer une institution supposée moribonde. Même si aujourd'hui cette perspective est abandonnée par François Hollande et son gouvernement, il nous paraît intéressant d'analyser les arguments de ceux qui ne renonceront pas de sitôt à leur projet.

L'annonce de la suppression du juge d'instruction a été faite par Nicolas Sarkozy lors de l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation pour l'année 2009. Outre la marginalisation précitée, l'argument invoqué à l'appui de cette évolution réside dans l'idée que le juge d'instruction ne saurait persister à cumuler sur sa tête les fonctions de juge et d'enquêteur en continuant d'incarner, suivant l'expression évocatrice employée par Robert Badinter, à la fois Maigret et Salomon. S'inscrivant dans ce sillon, le président de la République a affirmé que le juge d'instruction devait céder sa place à « un juge de l'instruction qui contrôlera le déroulement des enquêtes mais ne les dirigera plus ».³⁴

34. Nicolas Sarkozy, Discours du président de la République à l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation, janvier 2009.

Cette déclaration ne manqua pas de surprendre les citoyens français préoccupés des questions de justice car elle intervint au moment même où un Comité de réflexion sur la justice pénale, présidé par Philippe Léger, venait de se voir investi d'une mission de réflexion sur le sujet. Le commanditaire du rapport donna ainsi l'impression de tenir pour négligeables les conclusions du Comité en question, alors qu'il était à l'origine de sa création. Fort heureusement, la cohérence fut promptement rétablie puisqu'une communauté de vue ne tarda pas à se manifester entre le président de la République et le rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale remis le 1^{er} septembre 2009 ! Ce dernier préconise ainsi de « transformer le juge d'instruction en juge de l'enquête et des libertés investi exclusivement de fonctions juridictionnelles » afin de mettre un terme à l'ambiguïté fondamentale caractérisant le juge d'instruction. Ce nouveau juge se verrait confier le contrôle des mesures attentatoires à la liberté individuelle et contrôlerait la loyauté de l'enquête en veillant au respect des droits des parties. La disparition du juge d'instruction permettrait ainsi de placer l'intégralité de la phase préparatoire sous la direction du ministère public.³⁵

Ce schéma a, par la suite, été repris par l'avant-projet de réforme du Code de procédure pénale publié le 1^{er} mars 2010 en vue de servir de base à une concertation. Mais devant les réactions d'hostilité suscitées par cette proposition, l'adoption du texte a été reportée.

35. Rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale, 1^{er} septembre 2009.

Sur le fond, la proposition consistant à confier la direction de l'enquête au seul parquet sous le contrôle d'un juge du siège chargé de contrôler les mesures coercitives, véritable cœur du dispositif, s'inspire d'une idée ancienne. Comme le remarque Pierre Le Monnier de Gouville, il s'agit là d'une « tentation pérenne » dont on trouve déjà une manifestation dans le projet de réforme de l'instruction préparatoire de 1949 présenté par Henri Donnedieu de Vabres.³⁶ Par la suite, la même proposition ressurgit à l'occasion de la rédaction d'un avant-projet de réforme du Code de procédure pénale en 1975, sans rencontrer davantage de succès. Enfin, la Commission Justice pénale et droits de l'homme, présidée par le professeur Delmas-Marty, s'exprima également dans ce sens par souci de rompre avec l'ambiguïté attachée à la figure du juge d'instruction. Il fut alors préconisé, sous réserve de respecter une liste précise de conditions, d'unifier la procédure en plaçant l'enquête de police sous la direction du parquet tout en investissant un juge du siège des fonctions juridictionnelles.³⁷ D'emblée, on remarque que si le noyau fondamental se retrouve en dénominateur commun des divers projets évoqués, ces derniers divergent fortement dans leurs modalités et présupposés et ne sauraient, pour cette raison, être assimilés les uns aux autres.

Reste que, ainsi resituée dans le sillage d'une série de propositions doctrinales, la suppression du juge d'instruction envisagée par Nicolas Sarkozy prétendait également s'inspirer du droit comparé. En effet, le

36. Pierre Le Monnier de Gouville, *Le juge des libertés et de la détention*, Thèse Paris-II, 2011.

37. Commission Justice pénale et droits de l'homme, *La mise en état des affaires pénales*, La Documentation française, 1991.

rapport du Sénat consacré à l'instruction des affaires pénales, publié en mars 2009, souligne que « le ministère public devient le principal acteur de l'instruction » et que son rôle croissant dans l'instruction des affaires pénales constitue « un phénomène général, que l'on observe dans tous les pays étudiés, sauf en Espagne ».³⁸ Le rapport rappelle que certains pays, tels l'Allemagne ou l'Italie, ont supprimé le juge d'instruction pour placer l'enquête sous la direction exclusive du ministère public. D'autres, à l'instar de l'Angleterre et des Pays-Bas, lui accorderaient une place croissante. Enfin, le glissement du juge d'instruction vers un juge de l'instruction chargé du contrôle de l'enquête menée sous la direction du ministère public serait également intervenu dans le système portugais. Dans ces conditions, la France apparaîtrait de plus en plus isolée en maintenant au juge d'instruction le rôle de directeur d'enquête.

Pourtant, sans méconnaître la cohérence de l'idée fondatrice déclinée par les propositions les plus récentes ni les échos qu'elles rencontrent parfois en Europe, ces dernières ne recueillent pas notre adhésion. Sous leur forme actuelle, elles paraissent même profondément inacceptables pour différentes raisons qu'il convient, à présent, d'énoncer.

La première difficulté rencontrée tient à la remise en cause de ce principe essentiel du droit pénal qui veut que les victimes d'une infraction gardent la possibilité de contourner l'inertie du parquet en mettant en mouvement, elles-mêmes, l'action publique par une citation directe ou le dépôt d'une plainte avec constitution de partie civile.

38. Sénat, *L'instruction des affaires pénales*, Rapport n° LC 195, mars 2009.

Depuis l'arrêt Laurent-Atthalin, rendu le 8 décembre 1906 par la chambre criminelle de la Cour de cassation, il est admis que le dépôt d'une telle plainte contraint le juge d'instruction à informer. Il y a dans cette règle une contrepartie à la liberté laissée au ministère public par le principe d'opportunité des poursuites. En pratique, c'est par ce biais que de nombreuses affaires sensibles peuvent sortir en dépit de l'opposition du ministère public. Or, comme l'ont remarqué à l'unisson divers auteurs, cette garantie essentielle est directement menacée par les propositions récentes afférentes au juge d'instruction.³⁹

Le mécanisme dont l'adoption est proposée, tant par le Comité de réflexion sur la justice pénale que par l'avant-projet de réforme du Code de procédure pénale, fait logiquement disparaître le mécanisme du dépôt de plainte avec constitution de partie civile. Pourtant, la volonté de préserver les droits des victimes est officiellement maintenue en parallèle. Ainsi, le rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale prévoit que « si le procureur décide de ne pas poursuivre les faits dénoncés ou si un délai de trois mois s'est écoulé depuis le dépôt de la plainte, la victime pourra saisir le juge de l'enquête et des libertés. Ce juge aura le pouvoir d'ordonner au parquet d'enquêter ». De même, en matière criminelle, la victime disposerait de la possibilité de contester la décision de classement éventuellement prise par le procureur devant le juge de l'enquête.⁴⁰ Quant

39. Cf. ainsi Didier Guérin, « Les droits de la défense et de la partie civile dans la phase préparatoire du procès pénal selon le rapport du comité de réflexion sur la justice pénale », *Droit pénal*, octobre 2009, dossier n°6 ; Philippe Bonfils, « Il faut sauver la jurisprudence Laurent-Atthalin », *Recueil Dalloz*, 2010 ; Philippe Conte, « Résurrections », *Droit pénal*, 2009, repère 4.

40. Un recours gracieux existerait également pour l'ensemble des infractions devant le procureur général et, pour les délits et les contraventions, la possibilité de recourir à une citation directe demeurerait.

à l'avant-projet de réforme du Code de procédure pénale, il reconnaît également la possibilité pour la partie civile de contester les décisions de classement judiciaire devant le juge de l'enquête et des libertés.⁴¹ Il précise ensuite que « si l'enquête n'est pas complète, le juge renvoie le dossier au ministère public aux fins de poursuite de l'enquête en ordonnant les actes devant être effectués ».⁴² A l'inverse, dans l'hypothèse – assez improbable – où le procureur aurait pris une décision de classement en présence de charges pourtant suffisantes contre la partie pénale, le juge de l'enquête et des libertés pourrait renvoyer cette partie devant la juridiction pénale compétente.

Ce faisant, ces propositions ont en commun l'idée que le juge de l'enquête et des libertés pourrait contraindre le parquet à reprendre son enquête. Or, qui ne voit ce qu'a d'illusoire une telle garantie ? Alors que le juge d'instruction offre, *de lege lata*, la richesse d'un regard neuf sur la phase préparatoire et peut adopter une direction d'enquête radicalement différente de celle empruntée par le parquet, il nous est proposé, *de lege ferenda*, d'adresser des injonctions à un même directeur d'enquête dont la diligence risque fort de ne pas être au rendez-vous. Ce travers a été relevé et souligné par les auteurs précités. Il a également été formulé sans ambages par l'Association française des magistrats instructeurs dont le président a pu déclarer que, « dans ces espèces de croisades que sont parfois les enquêtes pénales, notamment en matière terroriste, financière, de santé publique ou de criminalité organisée, il

41. Article 331-30 de l'avant projet.

42. Article 341-16 de l'avant-projet.

faut une volonté et une ténacité de fer pour progresser, et le ministère public qui n'aura pas voulu de cette enquête ne peut offrir aucune garantie sérieuse d'efficacité dans la conduite de celle-ci ». En définitive, les garanties avancées par les partisans de la suppression du juge d'instruction ne semblent en rien compenser la perte considérable que représenterait la remise en cause de la jurisprudence Laurent-Attalin.

A cette première difficulté s'en ajoute une deuxième tenant à la faiblesse du contrôle qui serait exercé par le juge de l'enquête et des libertés. En effet, ce dernier ne pourrait se livrer qu'à un contrôle ponctuel et, en définitive, très formel de l'enquête.⁴³ L'étude du droit allemand révèle, au demeurant, que cette crainte ne paraît pas infondée, comme en témoigne le rôle limité joué par le juge de l'enquête dans ce pays.⁴⁴ Pour exprimer cette idée, l'Association française des magistrats instructeurs estime qu'il serait « soit un juge de la forme, soit un juge qui fait confiance ». Sur cette pente, le rapprochement avec le système accusatoire américain serait patent et il incomberait à la partie poursuivie ou aux parties civiles de venir apporter la contradiction, y compris sur le plan probatoire, au ministère public. Le pourraient-elles dans des affaires complexes ? Sur ce point, les propositions émises soulignent que le juge de l'enquête et des libertés peut enjoindre au procureur de réaliser certaines investigations. Toutefois, comme l'a

43. Marc Robert, « Les propositions du rapport Léger : point de vue d'un "parquetier" », *AJ Pénal*, 2009.

44. Cf., se faisant l'écho de critiques mettant en cause la « connaissance ponctuelle » qu'ils ont du dossier et le recours à « des motivations formelles », Sabine Gless, Jocelyne Leblois-Happe, Cristina Mauro, Florian Messner, Verena Murschetz, « Regards de droit comparé sur la phase préparatoire du procès », in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, Opinio doctorum*, Dalloz, 2009.

relevé Vincent Sizaïre, « la possibilité pour la défense ou la partie civile de construire une contre-enquête dépendra en pratique de la diligence du conseil et donc, en dernière analyse, de la situation de fortune du justiciable ».⁴⁵ Ainsi ressurgit la question des moyens financiers qui risque de devenir centrale dans l'hypothèse de la disparition du juge d'instruction. Or il apparaît que, pour faire face au parquet, les parties privées devront désormais, et dans une proportion beaucoup plus importante qu'aujourd'hui, compter sur leurs propres forces. Faut-il voir dans cette évolution un progrès dans la recherche de la vérité qui constitue l'objectif essentiel de la phase préparatoire au procès pénal ? Il est permis d'en douter.

A ce deuxième grief vient s'en adjoindre un troisième, particulièrement manifeste, tenant cette fois au statut du ministère public. En effet, la réforme annoncée réussit le tour de force de proposer de confier le monopole de la direction des enquêtes pénales à un directeur d'enquête structurellement dépendant du pouvoir exécutif.⁴⁶ S'il est pourtant un mérite qu'il est difficile de disputer au juge d'instruction, c'est sa capacité avérée à traiter des affaires politico-financières sensibles en échappant aux pressions du pouvoir en place et aux protections qu'il est parfois tenté de prodiguer. Partant, il est logique que l'opposition au projet gouvernemental ait été particulièrement forte

45. Vincent Sizaïre, « Quel modèle pour l'instruction ? », *AJ Pénal*, 2009.

46. L'avant-projet propose certes la consécration d'une action civile par une partie citoyenne qui permettrait à une personne ayant dénoncé un crime ou un délit au procureur de la République de vaincre l'inertie de ce dernier et d'exercer les droits d'une partie civile, y compris en mettant l'action pénale en mouvement. Mais le bénéfice de cette action est subordonné au respect de conditions étroites et suppose l'autorisation de la chambre de l'enquête et des libertés (voir les articles 122-46 et s. de l'avant-projet).

sur ce point, le juge Van Ruymbeke n'hésitant pas, à la suite de la publication du rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale, à évoquer le risque d'une « reprise en main par le pouvoir politique de l'action pénale ». ⁴⁷ Le risque d'étouffement des affaires et le soupçon qui l'accompagne nécessairement représenteraient, au demeurant, un cadeau empoisonné pour le parquet qui se retrouverait dans une situation intenable du point de vue des apparences de justice. La phase préparatoire au procès pénal en ressortirait profondément déséquilibrée et le parquet vivrait, encore davantage qu'aujourd'hui, sous la surveillance permanente de la presse dont la vigilance serait érigée en dernier rempart de l'Etat de droit. Parfaitement consciente de cet état de fait, la Conférence nationale des procureurs de la République vient, au demeurant, de publier une résolution appelant à « la restauration de l'image de leur fonction, gravement altérée auprès de nos concitoyens par le soupçon de leur dépendance à l'égard du pouvoir exécutif ». On mesure à quel point ce soupçon serait légitimement renforcé si le parquet se voyait reconnaître un monopole dans la conduite des enquêtes pénales.

En définitive, les propositions un temps avancées par la droite gouvernementale nous paraissent radicalement inacceptables. Toute proposition de suppression du juge d'instruction ne saurait être envisagée sans réflexion, au préalable, sur le statut du parquet. Et même si des garanties accrues d'indépendance devaient être reconnues à ce dernier, cette suppression n'aurait rien d'inéluctable. Il est, en effet,

47. Renaud Van Ruymbeke, entretien, *Le Journal du Dimanche*, 29 août 2009.

permis de lui préférer l'alternative consistant à sauvegarder, en la revivifiant, l'institution du juge d'instruction.

La nécessaire reviviscence du juge d'instruction

La reviviscence du juge d'instruction suppose une double démarche. Il s'agit, dans un premier temps, d'assurer sa pérennité en faisant clairement le choix de le conserver comme l'affirme le programme de François Hollande. Dans cet esprit, il convient d'identifier les raisons qui viennent étayer un tel maintien. Dans un deuxième temps, et une fois tranchée la question de la survie, c'est à l'amélioration de l'instruction qu'il convient de travailler.

Parmi les griefs formulés à l'encontre du juge d'instruction figure celui tiré de sa marginalisation. Comme nous l'avons relevé, on observe effectivement une tendance lourde à la réduction du champ d'intervention du juge d'instruction. Pour autant, faut-il nécessairement considérer qu'un tel mouvement signe le déclin de l'institution ? Pas nécessairement. En effet, l'évaluation du juge d'instruction ne saurait s'inscrire sur un plan strictement quantitatif. Elle doit également être qualitative. Ce constat vaut pour toute forme d'évaluation mais, tout spécialement, s'agissant du juge d'instruction qui prend en charge les affaires présentant une complexité particulière. Par conséquent, la démarche consistant à apprécier le rendement du juge d'instruction sur la base du pourcentage des affaires traitées – en incluant dans l'assiette les contraventions – s'apparente à une manipulation.

Comme le remarque Robert Badinter, « l'instruction concerne aujourd'hui les crimes et les délits les plus graves : trafic d'êtres humains, trafic de drogue, terrorisme, etc. Aussi les affaires les plus complexes, en matière d'infractions financières, de corruption, de pollution, de marchés publics, du financement des partis politiques, etc. Lorsque j'entends dire que 5 % – seulement – des affaires font l'objet d'une instruction, je souris. Personne ne pense sérieusement à confier au juge d'instruction le contentieux de masse. Les procédures rapides sont faites pour cela ». ⁴⁸ Ainsi, le périmètre utile d'intervention du juge d'instruction correspond à des affaires complexes nécessitant des enquêtes approfondies et longues et c'est sur les résultats obtenus dans le traitement de ces affaires, relevant du cousu main, que devrait porter son évaluation. Matériellement, il paraît au surplus complètement illusoire de prétendre revenir sur cette évolution qui correspond à une tendance lourde dans la gestion du flux des affaires pénales.

Ensuite, il est reproché au juge d'instruction de cumuler indûment les fonctions d'enquêteur et de juge, grief qui présente incontestablement davantage de profondeur que le précédent. Toutefois, ne convient-il pas d'en relativiser la portée eu égard à l'évolution profonde qu'a connue le juge d'instruction ? Cette évolution, esquissée en introduction, s'est traduite par la soumission de l'instruction au principe du contradictoire et la reconnaissance de droits nouveaux aux parties à l'instar de la possibilité de formuler des demandes d'actes. Partant, si le cumul de fonctions d'enquête et juridictionnelle n'a pas

48. Robert Badinter, entretien, *La semaine juridique édition générale*, 14 septembre 2009.

disparu, les professionnels relèvent que ces fonctions ont fait l'objet d'un encadrement croissant. En témoignent les nombreuses possibilités de recours désormais offertes aux parties devant la chambre de l'instruction sous la forme d'appels formés contre les ordonnances juridictionnelles du juge d'instruction. Dans le même temps, ce dernier s'est vu retirer le pouvoir d'ordonner le placement en détention provisoire au bénéfice du JLD. Dans ces conditions, et alors que l'institution du juge d'instruction a échappé aux foudres de la Cour européenne des droits de l'homme, ce reproche tenant au cumul de fonctions ne condamne pas nécessairement le juge d'instruction.

A l'inverse, d'autres raisons, dont certaines ont déjà été évoquées, militent fortement pour son maintien. Les mérites d'une enquête conduite de façon indépendante et avec des moyens importants, adaptés à la complexité des affaires traitées, ne sont ainsi pas à négliger. D'autant que ces moyens viennent souvent compenser la faiblesse de ceux dont disposent les parties privées, permettant un utile rééquilibrage des forces en présence sur le plan probatoire. ⁴⁹

En outre, si l'existence de deux directeurs d'enquête a pu être critiquée, elle présente cependant une richesse tenant à la possibilité de porter un regard neuf sur une affaire. A cet égard, la faiblesse essentielle des propositions récemment formulées à titre d'alternative réside dans le pouvoir d'injonction reconnu au juge de l'enquête et des

49. Cf. les déclarations de l'Association française des magistrats instructeurs, Audition devant le Comité de réflexion sur la justice pénale, 11 décembre 2008.

libertés. Comme le remarque une partie de la doctrine, on peut craindre la confusion qui résulterait d'une situation où le procureur se verrait contraint d'effectuer des actes d'enquête et d'en tirer les conséquences lors de la décision de règlement.⁵⁰ Même si l'avant-projet prévoit une procédure d'évocation devant la chambre de l'enquête et des libertés qui permettrait à cette chambre de réaliser elle-même certains actes, elle suppose une carence avérée du parquet manifestée par un refus d'exécuter – ou une exécution imparfaite – des actes ordonnés par le juge de l'enquête et des libertés.⁵¹ Des doutes subsistent sur la réelle prise en compte des preuves ainsi rassemblées et les conditions posées laissent penser que le recours à une telle procédure demeurerait assez exceptionnel. A cette situation ambiguë d'un directeur d'enquête contraint d'enquêter malgré lui, la situation actuelle oppose avantageusement un schéma qui permet à un autre juge de prendre l'enquête en main en lui imprimant une nouvelle impulsion.

Enfin, dans un contexte marqué par le foisonnement des affaires, un dernier mérite revient indiscutablement au juge d'instruction : celui de veiller à l'égalité de tous les citoyens devant la justice pénale. Du point de vue de l'image de la justice, érigée en priorité à travers l'attention croissante portée par la Cour européenne aux apparences de justice, le juge d'instruction s'attache à ce qu'aucun justiciable ne puisse se soustraire à l'application du droit, y compris celui qui cultive des liens privilégiés avec l'appareil d'Etat. En cela il représente une précieuse

50. Pierre Le Monnier de Gouville, *op. cit.*, juin 2011.

51. Articles 343-6 et s. de l'avant-projet.

garantie de l'Etat de droit dont il pourrait être dangereux de se priver. Reste alors la quête des ajustements de nature à revaloriser et améliorer le fonctionnement de cette institution.

L'une des principales difficultés identifiées dans le travail quotidien du juge d'instruction tient à sa solitude. Ainsi, le rapport fait au nom de la commission d'enquête chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l'affaire dite d'Outreau a relevé, au nombre des faiblesses des juges d'instruction, « la jeunesse des magistrats à l'issue de leur scolarité et le caractère souvent très individualiste de leurs méthodes de travail, dénoncé souvent même sans complaisance par ces derniers ».⁵² Au demeurant, il est établi qu'avant même la survenue de l'affaire d'Outreau, l'Association française des magistrats instructeurs avait déjà déploré ce travers de la profession et appelé à des réformes sur ce point.

S'agissant des solutions explorées pour remédier à cette difficulté, il convient de saluer l'importance du travail effectué par la commission d'enquête instituée pour tirer les conséquences de l'affaire d'Outreau. Ses travaux ont ouvert la voie à l'adoption de la loi du 5 mars 2007 sur l'équilibre de la procédure pénale aux termes de laquelle l'objectif d'une collégialité de l'instruction a été posé.⁵³ Durant une période intermédiaire

52. Rapport n° 3125 fait au nom de la commission d'enquête chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l'affaire dite d'Outreau et de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement présidée par MM. André Vallini et Philippe Houillon.

53. Le nouvel article 83 qui devrait entrer en vigueur le 1^{er} janvier 2014 prévoit que « le président du tribunal ou, en cas d'empêchement, le magistrat qui le remplace, désigne, pour chaque information, une formation collégiale de trois juges d'instruction, dont un magistrat du premier grade exerçant les fonctions de juge coordonnateur ».

et préparatoire, des pôles de l'instruction ont été créés (la liste figurant dans un décret du 16 janvier 2008) et les possibilités de co-saisine élargies. C'est au sein de ces pôles que sont désormais prises en charge les nouvelles affaires criminelles ou les informations donnant lieu à co-saisine. Sur le fond, l'idée consistant à recourir à un collègue de juges d'instruction afin de disposer de regards croisés et de remédier ainsi à la solitude de ces magistrats est ancienne. A l'initiative de Robert Badinter, alors garde des Sceaux, une loi du 10 décembre 1985 l'avait déjà consacrée. Toutefois, le législateur ne tarda pas à faire volte-face, faute des moyens nécessaires pour mettre en œuvre cette réforme. Au demeurant, il est permis de se demander si l'histoire n'est pas en train de se répéter avec le report réitéré de l'entrée en vigueur de la collégialité dans l'instruction. En effet, le nouvel article 83 du Code de procédure pénale, dont l'entrée en vigueur était déjà repoussée *ab initio* au 1^{er} janvier 2010, a fait l'objet d'un report supplémentaire au 1^{er} janvier 2011 par la loi du 12 mai 2009. Puis la loi du 29 décembre 2010 est venue reporter à nouveau cette entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2014. Comme dans le passé, c'est donc sur la question des moyens que bute la mise en œuvre d'une réforme sur l'opportunité de laquelle de nombreux observateurs s'accordent. Au lieu de supprimer l'instruction, une position raisonnable consisterait à se donner les moyens de mettre en œuvre effectivement la collégialité dans l'instruction et d'évaluer cette réforme. Toutefois, il pourrait se révéler opportun d'en renforcer, au préalable, la cohérence.

En effet, comme le remarque le professeur Leblois-Happe, le nouvel article 83 du code de procédure pénale opère une distinction, non dénuée d'arbitraire, entre les pouvoirs juridictionnels du juge

d'instruction puisque « les actes qui relèvent de la compétence exclusive du collège ne recouvrent pas toutes les décisions juridictionnelles prises actuellement par le juge d'instruction mais seulement celles qui sont considérées par le législateur comme les plus importantes pour la personne suspecte (mise en examen, octroi du statut de témoin assisté, placement sous contrôle judiciaire, saisine du JLD en vue d'une mise en détention provisoire, remise en liberté) ou pour la suite de la procédure (avis de fin d'information, ordonnance de règlement) ». ⁵⁴ Une telle façon de procéder introduit des discriminations difficiles à justifier et prive la réforme sur la collégialité de lisibilité.

En suivant sur ce point la recommandation de l'auteur précité et en modifiant l'article 83, il pourrait être envisagé de confier au collège de l'instruction l'ensemble des pouvoirs juridictionnels. Une telle mesure présenterait, en outre, le mérite d'atténuer le reproche portant sur l'excessive concentration de pouvoirs dont bénéficie le juge d'instruction en associant plusieurs juges au prononcé de l'ensemble des ordonnances juridictionnelles. En creusant ce sillon se poserait nécessairement la question de l'opportunité du maintien, s'agissant du placement en détention provisoire, de l'intervention du JLD, en tous cas dans sa configuration actuelle. En effet, il y aurait un paradoxe à investir un juge unique du pouvoir de statuer sur la décision la plus attentatoire aux libertés individuelles, alors que les autres décisions juridictionnelles – pourtant de portée moindre – seraient prises en formation collégiale. Partant, l'instruction du JLD devrait évoluer vers

54. Jocelyne Leblois-Happe, « Quelle collégialité pour l'instruction en 2010 ? », *AJ Pénal*, 2008.

la collégialité ou disparaître comme le proposait la commission chargée de tirer les enseignements de l'affaire d'Outreau.⁵⁵ Au prix de cette mise en cohérence, la collégialité pourrait alors pleinement révéler ses virtualités.

Un autre ajustement pourrait concerner le mandat d'arrêt européen. Fort opportun comme substitut à l'extradition, il présente toutefois l'inconvénient de ne pas prévoir l'audition de la personne recherchée par les enquêteurs de l'Etat membre d'émission au moment de l'arrestation. Or comme le souligne Corinne Goetzmann, un recueil immédiat des déclarations de la personne permettrait, dans certains cas, de recueillir très rapidement des éléments à décharge, voire de mettre hors de cause l'intéressé, sans avoir à attendre une remise qui peut prendre plusieurs semaines.⁵⁶ La création d'un titre d'arrestation provisoire à l'échelon européen permettrait ainsi de raccourcir, dans cette hypothèse, la durée de la détention en évitant le recours à une mesure disproportionnée.

En définitive, l'amélioration de l'instruction pourrait ainsi découler d'une application cohérente du principe de collégialité conjugué à des mesures destinées à renforcer l'efficacité des enquêtes menées.

55. Cette commission appelait ainsi à « faire l'économie de l'institution du juge des libertés et de la détention qui n'a pas fait ses preuves », rapport n° 3125 fait au nom de la commission d'enquête chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l'affaire dite d'Outreau et de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement présidée par MM. André Vallini et Philippe Houillon. Sur le paradoxe consistant à confier à un juge unique la décision de placement en détention provisoire, cf. Jocelyne Leblois-Happe, *op. cit.*, 2008.

56. Corinne Goetzmann, vice-présidente chargée de l'instruction au Tribunal de grande instance de Paris, janvier 2012.

Donner tout son sens à la mission de juger

La relégitimation de l'institution judiciaire dont il est ici question réclame encore de rehausser dans la représentation collective, jusques et y compris au plan symbolique, la mission de juger. Il suffit à cet égard de cerner la place forte, respectée, à bien des égards centrale, du juge dans la société comme dans la sphère publique, en Amérique du Nord, au Royaume-Uni ou en Allemagne, avant de la confronter avec celle, combien plus modeste, plus contrastée, plus floue aussi, qu'elle occupe encore dans notre pays, pour mesurer toute la distance qui nous en sépare aujourd'hui au moins autant qu'hier.

Des actions conduites dans la durée dans quatre directions pourraient contribuer à réduire substantiellement cet écart.

En premier lieu, la fin de l'unité du corps des magistrats du siège et du parquet, en isolant la fonction de juger des missions de politique publique (mise en œuvre de la politique pénale) qui sont l'essentiel du métier de procureur, mettrait en évidence la singularité du rôle de « tiers arbitre », impartial, qui revient en propre au juge. Elle donnerait à voir que cette mission de trancher le conflit selon le droit, en disant le droit, le place nécessairement – il s'agit bien d'une nécessité – dans une position élevée. Celle-ci réfère presque à une topographie fonctionnelle sinon sociale : à peine de ne pouvoir rendre justice, le juge est au-dessus des parties – représentant de l'Etat (ministère public) inclus, le cas échéant –, en surplomb du litige qu'il a mission de dénouer, gardien de l'application de la règle, expression de la volonté générale pour servir le

bien commun, qu'il a devoir de faire prévaloir sur les intérêts particuliers qui s'opposent en règle sous son autorité.

En deuxième lieu, confier, comme nous le proposons, à une haute personnalité de la vie nationale promue, dans des conditions de nomination propres à conforter sa légitimité, à la présidence du Conseil supérieur de la magistrature, la mission d'être le porte-parole de la justice. A cette place, à elle d'exprimer publiquement ce qui est nécessaire au bien de la justice et de constituer un levier solide pour conserver aussi souvent que nécessaire aux magistrats chahutés, qui par les pouvoirs publics, qui par l'opinion, les conditions d'un exercice apaisé de leurs missions et pour conserver intacte ou restaurer, s'il y a lieu, dans ces tempêtes d'un jour, l'image préservée de l'institution, de ceux qui la servent et de leur office.

En troisième lieu, la formation (initiale, continue) des magistrats et plus singulièrement celle des juges doit se donner pour tâche de leur inculquer puis de maintenir vivante en eux cette conviction, juste et nécessaire, qu'ils participent à un niveau élevé de l'Etat⁵⁷ tout en se situant en dehors de lui, au-dessus de lui mais en tant seulement que l'Etat est lui-même soumis au droit (il s'agit de la définition même de l'« Etat de droit »), dans chaque occurrence où ils sont amenés à juger directement ou indirectement de l'action de ses organes. Disons-le sans

57. L'histoire européenne montre que l'Etat moderne s'y est constitué, au cours des XIII^{ème} et XIV^{ème} siècle, par la réunion dans ses mains des trois fonctions, dites régaliennes, d'assembler des armées, de rendre la justice et de lever l'impôt, respectivement incarnées dans la France médiévale par les figures successives de Philippe Auguste, de Louis IX et de Philippe IV Le Bel.

détour : ce positionnement complexe, parfois subtil, n'est ni aisé à bien concevoir ni confortable à tenir. Il est pourtant celui dont ne doit s'éloigner ni dans l'esprit ni dans sa pratique celle ou celui dont ses contemporains ont fait leur juge. Cet ancrage culturel doit être regardé, croyons-nous, comme aussi essentiel sinon davantage que les garanties statutaires de l'indépendance du juge. Tout doit concourir à le forger et à l'arrimer.

En quatrième et dernier lieu, différentes mesures peuvent par leur action d'ensemble servir à ce dessein d'élever, dans le regard du citoyen, la fonction de juger dont nous nous préoccupons ici. Dans ce registre, dans un avenir sans doute plus éloigné que celui qui borne l'horizon des préconisations contenues dans ce rapport, la nomination des plus hauts magistrats de l'institution judiciaire avec l'approbation des commissions des lois des deux assemblées du parlement, inspirée de ce qui se pratique aux Etats-Unis, pourrait être de nature à conférer de façon appréciable aux intéressés et à leurs fonctions respectivement un surcroît de légitimité et un prestige.

De même encore, une revalorisation des traitements, à l'instar de ceux qui ont cours en Allemagne, en Suisse ou au Royaume-Uni, manifesterait sans ambages la place éminente que la nation confère au juge dans l'échelle de ceux qui la servent.

Une claire distanciation du juge avec l'exécutif doit également être privilégiée. Il nous paraît, en effet, nécessaire de donner à une opinion publique inquiète des signes forts à cet égard. Il pourra, en

particulier, s'agir de veiller à ce que les carrières des magistrats suivent un rythme de progression qui ne doive rien à un trop proche concours prêté à l'action politique de l'exécutif ou du parlement (passage en cabinets ministériels ou fonctions analogues) ou encore de mettre fin à l'attribution de décorations pendant le service actif d'un magistrat.

Les magistrats devraient, pour leur part, s'efforcer de faire entendre avec plus de force, en direction des pouvoirs exécutif et législatif et de l'opinion publique, une voix claire et concertée qui, aussi souvent que possible, dépasse les préoccupations propres au corps pour se placer au niveau d'intérêt général et supérieur du service de la justice.

Très légitimes, au demeurant, les premières trouvent un relais naturel et suffisant dans les prises de position des organisations syndicales et des associations professionnelles qui ont vocation à les exprimer dans les limites compatibles avec les dispositions de l'article 10 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature (interdiction faite aux magistrats de toute délibération politique et de toute démonstration de nature politique incompatible avec la réserve qu'imposent leurs fonctions ainsi que toute action concertée de nature à arrêter ou entraver le fonctionnement des juridictions).

Le second, délibérément dépouillé d'une approche trop sectorielle, reste assez largement à investir pour porter avec intensité une voix qui, aussi souvent que nécessaire, donne à entendre ce qui se joue d'essentiel dans le champ d'intervention de la justice judiciaire.

RELÉGITIMER LE JUGE CONSTITUTIONNEL

Le Conseil constitutionnel fonctionne, et il fonctionne bien. La légitimité du contrôle qu'il exerce sur le législateur n'est plus mise en cause, et il fait aujourd'hui partie intégrante du « paysage institutionnel ».

A l'instar de ses homologues européens, le Conseil concourt au respect de l'Etat de droit, et plus particulièrement à un Etat de droit constitutionnel, dans lequel, selon la formule consacrée, la loi « n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution ».⁵⁸

Du célèbre « chien de garde » protégeant le gouvernement contre les empiètements du parlement, il est ainsi devenu le gardien des droits fondamentaux. Rappelons à cet égard les grandes étapes de cette évolution. En 1971, la décision dite *Liberté d'association* intégra dans le bloc de constitutionnalité le préambule de la Constitution de 1958 et par là les droits civils et politiques inscrits dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ainsi que les droits économiques et sociaux proclamés dans le Préambule de la Constitution de 1946. En 1974, l'ouverture de la saisine du Conseil à soixante députés ou soixante sénateurs donna un coup d'accélérateur à la fréquence de son contrôle à l'initiative de l'opposition parlementaire. En 2008, il fut institué la question prioritaire de constitutionnalité qui ouvrit enfin les portes du Conseil aux individus, réduits jusque-là à de simples « mineurs

58. Conseil constitutionnel, 23 août 1985.

constitutionnels ». Ce sera, à n'en pas douter, l'une des principales réformes du quinquennat de Nicolas Sarkozy.

Le Conseil mérite ainsi amplement d'acquiescer aujourd'hui le titre qui correspond à la réalité de sa fonction, c'est-à-dire celle d'une véritable « Cour constitutionnelle ». Un vote unanime avait d'ailleurs été acquis en première lecture au Sénat en ce sens lors de la révision constitutionnelle de 2008.

Ce *satisfecit* général ne saurait pourtant conduire le nouveau président de la République et sa majorité à maintenir l'actuel *statu quo*. Parce qu'en effet il joue aujourd'hui le rôle d'une véritable juridiction constitutionnelle, il doit en revêtir l'ensemble des attributs. Or s'il fallait isoler un attribut et un seul que devrait posséder toute juridiction digne de ce nom, c'est bien, elle aussi, la confiance qu'elle doit inspirer aux justiciables qui en relèvent.

Or cette confiance doit être aujourd'hui renforcée, ce qui appelle des modifications de son fonctionnement, en ce qui concerne principalement sa composition. Certes, la légitimité du Conseil constitutionnel provient, comme le relève à juste titre Dominique Rousseau, non pas du fait qu'il émane du peuple souverain, mais de sa fonction.⁵⁹ Sa légitimité est fonctionnelle en ce sens que c'est son rôle de gardien des droits fondamentaux qui justifie la possibilité qui lui est offerte de censurer la volonté du parlement, et non qu'il soit issu du suffrage universel.

59. Dominique Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, 1995.

Pour autant cette légitimité fonctionnelle n'autorise pas à faire l'économie de la question de la légitimité de sa composition. Cette dernière est aujourd'hui devenue d'une brûlante acuité avec l'institution de la question prioritaire de constitutionnalité. Tant la doctrine que les praticiens tendent à l'occasion de tel ou tel litige à remettre en cause, sinon l'indépendance, du moins la partialité de tel ou tel juge, et *in fine* celle de l'institution en tant que telle. Ces critiques, qu'elles soient ou non toujours justifiées, ne peuvent rester sans réponse. Car en effet dans ce domaine, et comme cela ressort de plus en plus de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, les apparences sont essentielles. Comme le rappelle le vieil adage britannique, « *Justice must not only be done, it must be seen to be done* ». A cet égard, il faut rappeler que la jurisprudence de cette même Cour relative au procès équitable est applicable aux juridictions auxquelles peuvent être posées des questions préjudicielles⁶⁰, et pose des exigences aussi bien en ce qui concerne la responsabilité subjective qu'objective des juges constitutionnels.

A notre sens, les considérations qui doivent présider au choix de la réforme de la composition de la future Cour constitutionnelle sont donc de deux ordres. Il faut d'abord tenir compte de l'accroissement de l'activité liée à la question prioritaire de constitutionnalité (QPC), et surtout renforcer sa légitimité à l'aune d'une triple exigence : la confiance qu'elle doit inspirer aux citoyens qui y ont maintenant accès, celle qu'elle

60. CEDH, 1^{er} juillet 1997, *Pammel c. Allemagne*. Sur cette question, cf. notamment Stéphane De La Rosa, « L'article 6§1 de la Convention européenne, le Conseil constitutionnel et la question préjudicielle de constitutionnalité », *R.F.D.C.*, 2009, n° 80 et Marc Guillaume, « Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2011, n° 32.

doit inspirer aux juridictions des ordres judiciaire et administratif en tant qu'acteurs incontournables du nouveau dispositif, le tout en conservant sa légitimité aux yeux des parlementaires qui y ont toujours accès et qui demeurent les seuls potentiels « prévenus constitutionnels ».

La suppression de la qualité de membre de droit des anciens présidents de la République

Issue on le sait de considérations purement conjoncturelles – la volonté du président Coty de se préserver une fonction prestigieuse, et celle du général De Gaulle de l'exclure du champ politique –, la présence des anciens présidents de la République au sein du Conseil constitutionnel fait aujourd'hui l'objet d'une (quasi)unanimité contre elle, particulièrement de la part de la doctrine, mais aussi des acteurs politiques. Ainsi, à lui seul le doyen Gélard a déposé pas moins de trois propositions de loi constitutionnelle en ce sens lors de la session 2004-2005 du Sénat. Puis ce fut au tour du Comité Balladur de considérer que le « renforcement du caractère juridictionnel de la mission assignée au Conseil constitutionnel » ne devait pas « rester sans effet sur la composition de cette institution » et qu'il avait ainsi souhaité que « le deuxième alinéa de l'article 56 de la Constitution qui prévoit que les anciens présidents de la République « font de droit partie à vie du Conseil constitutionnel » soit abrogé pour l'avenir ». ⁶¹

61. Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions, octobre 2007.

Cette abrogation a même été votée à une très courte majorité par le Sénat en première lecture à l'occasion de la révision constitutionnelle de 2008. Mais c'est Nicolas Sarkozy qui s'y est opposé et a exigé de l'Assemblée nationale qu'elle revienne sur cette audace sénatoriale... audace qui fit elle-même long feu en seconde lecture. Pensait-il alors à son propre avenir ?

Le temps est pourtant venu de mettre fin à cette anomalie. D'abord parce que du fait de la qualité de membre de droit à vie et de la dispense de serment au moment de leur prise de fonction, les anciens présidents de la République ne sont pas soumis au même régime que les autres membres du Conseil, et notamment au devoir de réserve. ⁶² Mais surtout, avec l'introduction de la QPC, ils seront nécessairement amenés à se prononcer sur la constitutionnalité de lois dont ils auront été, sinon toujours les initiateurs, du moins toujours les promulgateurs. Or le fait de promulguer une loi pour un président, qui bénéficie par ailleurs du droit de la déférer au Conseil constitutionnel, s'assimile nécessairement à l'expression, au moins implicite, en faveur de sa validité constitutionnelle.

L'accroissement du nombre de membres

L'activité du Conseil a considérablement augmenté depuis l'introduction de la QPC. Les dernières statistiques publiées ⁶³ montrent

62. Sur cet aspect de la question, voir notamment Dominique Rosenberg, « Les anciens présidents de la République, membres de droit du Conseil constitutionnel : l'impossible retraite », *R.D.P.*, 1985/5.

63. *Cahiers* n° 32, juillet 2011.

que par période de dix ans il rendait jusque-là en moyenne 150 décisions.⁶⁴ Mais depuis l'institution de la QPC le 1^{er} mars 2010, il a déjà rendu 91 décisions de ce type au 1^{er} mars 2011. Si l'on y ajoute les décisions « traditionnelles » rendues sur la même période, on arrive à un total de 120 décisions. En d'autres termes, le Conseil a produit en un an les quatre cinquièmes des décisions qu'il rendait jusque-là en dix ans !

Alors, certes, il parvient semble-t-il à suivre la cadence, en tout cas si l'on se fie au respect quasi-systématique du délai de trois mois qui lui est imparti pour statuer sur les QPC qui lui sont transmises. Il n'en demeure pas moins que ce nouveau « stakhanovisme » repose essentiellement sur la force de travail du secrétariat du Conseil et n'est pas nécessairement propice à la réflexion qu'appellent pourtant de si hautes fonctions.

Augmenter le nombre de juges constitutionnels permettrait ainsi de soulager la charge de travail de chacun, notamment en permettant d'augmenter le nombre de rapporteurs potentiels, et ainsi d'accroître le temps de la réflexion des membres, et peut-être de contenir le poids du secrétariat.

Toutefois une trop grande inflation du nombre de membres nuirait à la dimension de « club » que tous les actuels conseillers jugent bénéfiques à leurs échanges. De même, il faut tenir compte de la

64. Ce chiffre comprend uniquement le contrôle : des lois ordinaires ; des lois organiques ; des traités ; des règlements des assemblées ; des lois de pays.

contrainte du renouvellement par tiers tous les trois ans qui doit être maintenue pour conserver une certaine continuité jurisprudentielle.

Comme les auteurs de cette étude proposeront par ailleurs de désigner une quatrième autorité de nomination, porter le nombre de membres à douze permettrait de maintenir le système de rotation triennale actuelle.⁶⁵ Cela permettrait en outre de constituer deux chambres de six membres pour statuer sur les QPC. Pour présider cette deuxième chambre, le président devrait se voir accorder le soin de désigner un vice-président à chaque renouvellement pour une durée de trois ans.

La formation plénière serait maintenue pour le contrôle *a priori*. En outre, la possibilité de statuer en plénière devrait aussi être prévue pour les QPC à la demande du président, du vice-président, du rapporteur, ou de la majorité absolue des membres d'une des deux chambres lorsqu'ils estiment que la question soulevée le commande.

Les membres devraient en outre pouvoir s'adjoindre les services d'un conseiller de leur choix pour diversifier les fonctions d'assistance dont ils bénéficient. Comme le fait remarquer Jean-Claude Colliard, le risque que les débats se fassent non plus entre les membres de la Cour mais entre « clerks » est écarté dès lors que seuls les juges participent aux délibérations.⁶⁶

65. C'est le nombre de juges constitutionnels retenus en Espagne et en Belgique.

66. Jean-Claude Colliard, « Un nouveau Conseil constitutionnel ? », *Pouvoirs*, 2011, n° 137.

Enfin, parce que la fonction de juge de la constitutionnalité de la loi ne doit prêter le flanc à aucun soupçon de conflit d'intérêt, il apparaît nécessaire de la rendre exclusive de toute autre fonction et d'ainsi renforcer le régime des incompatibilités. La loi organique n° 95-63 du 19 janvier 1995 avait fait un pas en ce sens, en rendant notamment incompatible la qualité de membre du Conseil avec tout mandat électif. Mais si les juges constitutionnels ne peuvent cumuler ces fonctions, rien ne leur interdit de concourir à une élection. Ainsi rien ne s'oppose à ce qu'un membre se présente à une élection et que, en cas d'échec, il retrouve sa place bien au chaud au Conseil. Cette anomalie doit être corrigée, et les membres du Conseil rendus inéligibles, sauf bien sûr à démissionner auparavant.

Quant aux autres incompatibilités, elles sont calquées sur celles des parlementaires. Ce qui schématiquement signifie incompatibilité de principe avec toute fonction publique, et compatibilité de principe avec une activité privée. Cela n'est pas non plus acceptable au regard de l'exigence d'exclusivité de la fonction de juge constitutionnel qui commande donc une incompatibilité générale avec toute autre fonction, qu'elle soit publique ou privée.

Enfin, à l'instar des parlementaires, et contrairement à qui s'est encore passé lors de la promotion du 14 juillet dernier, l'impartialité des membres du Conseil appelle l'interdiction qu'ils soient nommés ou promus pendant la durée de leur fonction dans l'ordre de la Légion d'honneur, ni qu'ils reçoivent la médaille militaire ou toute autre

décoration, sauf pour faits de guerre ou actions d'éclat assimilables à des faits de guerre.⁶⁷

L'amélioration de la procédure de nomination

Revoir la procédure de nomination des membres du Conseil constitutionnel est devenu d'une impérieuse nécessité. Que les juges constitutionnels ne soient pas tous issus uniquement du sérail judiciaire n'est pas en soi une tare qu'il faudrait absolument et totalement gommer. Comme le faisait remarquer le doyen Vedel, cet état de fait aurait moins d'inconvénient qu'il n'y paraît au regard de trois considérations : que les hommes politiques entrés au Conseil peuvent avoir une culture juridique non négligeable ; que des juges uniquement professionnels pourraient plus facilement que des politiques reculer devant l'audace de censurer le législateur ; et que les juristes sont d'autant plus écoutés par leurs collègues.⁶⁸ Dans la continuité de ce raisonnement, Guy Carcassonne estime que l'absence d'au moins un professionnel de la politique serait un « appauvrissement de la composition du Conseil ».⁶⁹ La crainte dont ce dernier se fait l'écho, aussi légitime soit-elle, est pourtant loin d'être vérifiée, comme le montre d'ailleurs l'étude qu'il consacre à l'histoire des membres du Conseil.

67. Article 12 de l'ordonnance 58-1100 du 17 novembre 1958.

68. Georges Vedel, « Réflexions sur les singularités de la procédure devant le Conseil constitutionnel », in *Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, 1996.

69. Guy Carcassonne, « Les membres du Conseil constitutionnel : 1958-2008 », à l'occasion du Colloque du cinquantenaire du Conseil, novembre 2008.

La question n'est d'ailleurs pas tant celle de la présence de personnalités politiques au Conseil que celle de l'équilibre politique en son sein, et celle de la capacité juridique de ses membres. Il ne faut pourtant pas se bercer d'illusion en imaginant que l'on pourrait totalement dépolitiser les nominations au Conseil. D'ailleurs, même si l'on décidait que tous les membres devraient être élus par des instances représentatives de la magistrature, du barreau, et des professeurs de droit, cela n'éliminerait en rien des considérations politiciennes. Seulement elles seraient propres à ces instances, et encore plus hermétiques à la transparence des choix pour les citoyens.

Il n'est en revanche pas illusoire de vouloir contribuer à un rééquilibrage politique de ces nominations, tout en s'assurant d'une plus grande maîtrise de la culture juridique des membres. A cet égard, le droit comparé offre une vaste panoplie de possibilités. Il suffit pour s'en convaincre de se référer à l'ouvrage de Dominique Rousseau, *La justice constitutionnelle en Europe*⁷⁰, à l'étude de législation comparée du Sénat consacrée à *La composition des cours constitutionnelles*⁷¹, ou encore au rapport de la Commission de Venise consacré également à *La composition des cours constitutionnelles*.⁷²

Avant la révision constitutionnelle de 2008 qui a introduit l'exigence d'un avis des commissions des lois des deux chambres, la France était le seul Etat d'Europe à avoir retenu un système

70. Dominique Rousseau, *La justice constitutionnelle en Europe*, Montchrestien, 1992.

71. Sénat, *La composition des cours constitutionnelles*, Etude de législation comparée n° 179, novembre 2007.

72. Commission de Venise, *La composition des cours constitutionnelles*, mai 1995.

exclusivement nominatif.⁷³ Tous les autres ont recours soit à un système électif par les assemblées parlementaires (par exemple l'Allemagne, le Portugal, la Hongrie, la Suisse, la Pologne), soit à un système hybride qui mêle élection et nomination. Le Tribunal constitutionnel espagnol est formellement nommé par le Roi, mais deux membres sont effectivement désignés par le Conseil général du pouvoir judiciaire, deux par le gouvernement, quatre élus par le Congrès des députés et quatre élus par le Sénat. En Italie, cinq sont nommés par le président de la République, cinq élus par les deux chambres réunies et cinq par les juridictions supérieures (deux pour le Conseil d'Etat et la Cour de cassation, et un par la Cour des comptes).

Tous aussi retiennent pour l'élection parlementaire une majorité qualifiée, à la majorité soit des trois cinquièmes (comme en Espagne), soit des deux tiers (comme en Italie ou en Allemagne). Tous enfin posent des exigences quant aux conditions de capacités requises, soit comme magistrat, soit comme qualification juridique et expérience professionnelle.

Si aucun de ces modèles n'est transposable d'un bloc, ils sont néanmoins susceptibles d'inspirer la révision souhaitable de notre système de nomination. Ainsi l'exigence d'une majorité qualifiée constituerait-elle un vrai gage de rééquilibrage politique. La révision de 2008 s'est arrêtée au milieu du guet puisque la majorité des trois cinquièmes requise des commissions des lois des deux chambres n'est

73. Outre-Atlantique, la Cour suprême du Canada est exclusivement composée de membres nommés par le Premier ministre.

pas exigée pour confirmer une nomination, mais uniquement pour s'y opposer. C'est pourtant l'inverse qui doit être institué, à savoir le passage des trois cinquièmes négatifs aux trois cinquièmes positifs. L'obligation pour la majorité et l'opposition de s'entendre aboutira nécessairement à un équilibre partisan dans les choix qui seront faits.

De même faudrait-il imposer une certaine capacité dans le domaine de la science du droit, tout en laissant ouvert le champ des nominations. Faut-il recourir à la formulation très exigeante retenue pour les juges à la Cour internationale de justice et à la Cour de justice de l'Union européenne qui doivent réunir « les conditions requises pour l'exercice (...) des plus hautes fonctions juridictionnelles, ou qui sont des juristes possédant des compétences notoires » ?⁷⁴ C'est probablement mettre la barre trop haut si l'on veut maintenir une certaine variété dans le recrutement. Peut-être suffirait-il de se contenter de la formulation retenue pour la Cour constitutionnelle polonaise, qui impose que les juges soient choisis « parmi les personnes qui se distinguent par leur connaissance du droit ».⁷⁵ Cela devrait permettre d'inciter à la nomination de juristes de profession, tout en laissant la porte ouverte à ceux qui, sans que ce soit leur formation initiale, se sont distingués par leur expérience en la matière. L'exigence des trois cinquièmes positifs devrait en outre contribuer à satisfaire le respect de cette condition.

74. Respectivement article 2 du Statut de la C.I.J. et article 253 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

75. Article 194 de la Constitution polonaise.

Enfin, pour la nomination des trois membres supplémentaires, il serait particulièrement pertinent d'élargir le champ des autorités de nomination. L'autorité la plus à même d'y procéder du fait du rôle dans la protection des droits que lui assigne la Constitution est le Défenseur des droits, dès lors qu'il sera proposé que ce dernier soit désigné avec l'accord des trois cinquièmes des deux chambres, de manière à renforcer son indépendance vis-à-vis de l'exécutif. Cela serait parfaitement cohérent avec la fonction dévolue au Conseil dans le cadre de la QPC, à savoir la protection des « droits et libertés que la Constitution garantit ». Nul doute que le Défenseur des droits aura à cœur de proposer aux assemblées des personnes particulièrement qualifiées juridiquement, et au fait de ces questions.

Quant à la désignation du président du Conseil, la possibilité parfois évoquée qu'il soit élu en son sein par les autres membres a toutes les apparences de la fausse bonne idée. L'indépendance du président doit bien sûr être garantie à l'égard de son autorité de nomination, mais aussi des autres membres, ce qu'une élection interne ne serait pas propre à garantir. En outre, comme l'avait relevé le doyen Vedel, la tenue d'une campagne interne au Conseil et la nécessaire distinction entre majorité et minorité qui en résulterait serait tout à fait contre-productive.⁷⁶ Cela comporterait notamment le risque de réintroduire un clivage politique marqué là où les propositions qui précèdent tendent justement, sinon à le gommer, du moins à l'atténuer.

76. Georges Vedel, *op. cit.*, 1996.

RELÉGITIMER LES AUTORITÉS ADMINISTRATIVES INDÉPENDANTES

La restauration d'un « Etat de Justice » suppose aussi que soit bien pensée la véritable indépendance des autorités administratives indépendantes. Depuis quelques années, celles-ci se sont multipliées, marquant clairement une évolution dans la perception de l'Etat républicain où les acteurs traditionnels (l'administration et la justice) ne sont plus considérés comme suffisamment protecteurs ou neutres (dans le cas de l'administration) ou suffisamment spécialisés ou efficaces (dans le cas de la justice) pour répondre aux demandes de protection et de neutralité nouvelles qui se font jour dans la société. Dans la chaîne de l'élaboration et du respect de la norme intervient désormais ce nouvel acteur, l'autorité administrative indépendante. C'est plutôt un progrès démocratique, à condition que soient respectées plusieurs conditions, au premier rang desquelles l'indépendance, tant vis-à-vis des pouvoirs publics que des intérêts privés.

Des entités administratives mal identifiées

Un bref retour vers le passé nous permet de mesurer l'essor de ces autorités. Les années 1980 ont vu l'émergence en France d'une catégorie juridique nouvelle, les autorités administratives indépendantes. Comme dans la plupart des démocraties, le développement de ce nouvel outil démocratique a traduit la volonté de disposer d'une légitimité d'impartialité⁷⁷, nécessaire au contrôle du pouvoir. Il a traduit aussi une

77. Pierre Rosanvallon, *op. cit.*, Seuil, 2008.

nouvelle façon de gouverner, prenant mieux en compte la transparence, la consultation, la négociation. Le développement de ces autorités a constitué une innovation réelle dans notre organisation administrative et démocratique.

Le terme d'autorité administrative indépendante (AAI) est apparu pour la première fois dans la loi du 6 janvier 1978 créant la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL). Puis de nombreux organismes ont été qualifiés ainsi, généralement par la loi qui les créait. La qualification d'autorité administrative indépendante a pu aussi provenir de décisions du Conseil constitutionnel, comme pour l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP). Certains organismes présentant des caractéristiques similaires dans l'organisation, les prérogatives et le fonctionnement sont également considérés comme de telles autorités dans une étude du Conseil d'Etat de 2001.⁷⁸

Aujourd'hui, Légifrance énumère 38 AAI (Autorité des marchés financiers, Autorité de la concurrence, Autorité de sûreté nucléaire, Commission d'accès aux documents administratifs, Conseil supérieur de l'audiovisuel, Commission de régulation de l'énergie... pour citer quelques-unes des plus connues). Et le succès des AAI ne se dément pas puisque de nouvelles institutions apparaissent chaque année et que les institutions existantes sont de plus en plus sollicitées et traitent de plus en plus de requêtes.

78. Conseil d'Etat, *Rapport public*, 2001.

Une définition juridique précise des AAI n'est pourtant pas possible tant chacune a ses particularités. Néanmoins, quelques éléments communs les rassemblent : elles ont des pouvoirs administratifs (de recommandation, de décision, de réglementation, de sanction), elles agissent au nom de l'Etat, elles sont placées en dehors des structures administratives traditionnelles, ne sont pas soumises au pouvoir hiérarchique, ne peuvent pas recevoir d'ordres, de consignes ou même de simples conseils des pouvoirs publics ou des personnes contrôlées, des règles de nomination et d'incompatibilité visent à rendre leurs membres indépendants, ceux-ci sont également non révocables.

S'agissant de leurs compétences, les autorités administratives indépendantes disposent de pouvoirs très disparates. En effet, certaines ont un pouvoir d'avis ou de recommandation quand d'autres ont un pouvoir de décision individuelle, un pouvoir de nomination ou de délivrance d'autorisation d'exercer une activité. Dans d'autres cas, elles ont un pouvoir de réglementation, dans le respect des lois et des décrets, ou encore un pouvoir de sanction.

Une autorité administrative indépendante reste donc bien une institution de l'Etat, mais non soumise à l'autorité hiérarchique d'un ministre comme c'était jusque-là la tradition. Si aux termes de l'article 20 de la Constitution, le gouvernement dispose de l'administration, les AAI échappent à cette disposition et au contrôle du pouvoir exécutif. C'est en ce sens que le Conseil constitutionnel⁷⁹ les a classés dans

79. Conseil constitutionnel, 17 janvier 1989, *Conseil supérieur de l'audiovisuel*.

l'appareil administratif, en tant qu'organismes non juridictionnels soumis au contrôle du juge administratif, et a encadré très strictement leur exercice du pouvoir de sanction, tout en s'attachant à préserver leur indépendance. A la fois administratives et indépendantes, les AAI constituent bien une innovation juridique majeure.

Les attributions des autorités administratives indépendantes peuvent être classées en deux grandes catégories. Elles visent en effet soit à assurer la protection des droits des citoyens, soit à assumer la régulation de secteurs considérés comme essentiels et sur lesquels le gouvernement choisit de ne pas intervenir directement (on parle plutôt alors de « régulateurs »).

On le voit, l'émergence de ces autorités traduit un glissement dans la perception de l'Etat puisque ses acteurs traditionnels (administration) ne sont plus considérés comme suffisamment protecteurs ou neutres pour décider seuls. La protection des droits ou l'impartialité apparaissent désormais, à tort ou à raison, mieux défendues par l'institution d'une AAI ou d'un régulateur. Elle traduit aussi une européanisation de notre droit, particulièrement dans l'essor des régulateurs. Le terme même de régulation est d'ailleurs un anglicisme pas encore tout à fait intégré dans notre langue ni dans notre droit. L'Europe promeut un modèle sans monopoles nationaux, et dans ce système l'autorité de régulation indépendante remplace la « tutelle ministérielle » et encadre les marchés là où les seules règles de concurrence ne suffisent pas. Cette volonté de régulation concerne principalement les industries de réseaux et les monopoles naturels, en

visant à prévenir l'abus de position dominante et à maintenir l'accès universel de tous les usagers. Les directives européennes ont mis en place des règles communes gouvernant les industries de réseaux d'infrastructures de transports, énergie, communication. Et pour les faire appliquer, chaque pays doit mettre en place des régulateurs. Ainsi par exemple le CSA (Conseil supérieur de l'audiovisuel), la CRE (Commission de régulation de l'énergie), l'ARAF (Autorité de régulation des activités ferroviaires), l'ARCEP (Autorité de régulation des communications électroniques et des postes).

Des régulateurs à mieux encadrer

Renforcer l'indépendance des autorités administratives indépendantes

Plus généralement, au-delà de la nécessité de rendre leur autonomie aux autorités fusionnées dans le Défenseur des droits, il convient de s'assurer que le mode de nomination des membres des autorités administratives indépendantes garantisse pleinement leur indépendance. Cela concerne d'abord leur président. Celui-ci dirige les services de l'autorité et anime le collège. Il peut occuper ces fonctions à temps partiel, être nommé spécifiquement à ce poste, être élu par le collège. Comme cela se fait dans de nombreux autres pays, il convient que le choix du président d'une autorité administrative indépendante dépende du parlement.

La nomination par l'exécutif est une particularité française. Dans les autres pays, soit l'autorité est désignée par le parlement, soit, si c'est l'exécutif qui nomme, cette nomination se fait sous le contrôle du parlement. Il est donc proposé qu'au minimum les nominations des présidents soient proposées par une structure non exécutive (présidents de chambres, présidents de juridiction, Défenseur des droits,...) et validées par le parlement, par une majorité positive aux trois cinquièmes.

Pour les autorités fusionnées, il est ainsi proposé de maintenir le choix par le Défenseur des droits, mais sur une liste établie par les présidents des deux chambres, et avec son choix qui doit être validé par une majorité positive aux trois cinquièmes des commissions des lois des deux chambres ; de même, la révocation ne serait possible qu'après avis conforme des commissions des lois, à la même majorité.

Les AAI françaises sont toutes des autorités collégiales, à de très rares exceptions. La composition des collèges des AAI constitue aux côtés de leurs pouvoirs l'un des paramètres dans lesquels s'exprime le plus la très grande adaptabilité de ces instances. En général, les membres des autorités administratives indépendantes sont nommés par décret. Les modes de nomination sont divers : décret du président de la République (comme les neuf membres du CSA), décret en Conseil des ministres (comme les neuf membres de la Commission des sondages), décret du Premier ministre (les onze membres de la Commission d'accès aux documents administratifs), arrêté d'un ministre, arrêté conjoint de plusieurs ministres. Par ailleurs, il convient de distinguer l'autorité compétente pour procéder à la nomination et la

source réelle de désignation, l'autorité compétente ne faisant qu'entériner les désignations effectuées par d'autres autorités. Ainsi, des membres sont souvent nommés sur proposition ou désignation des présidents des deux assemblées. L'élection des membres existe aussi, dans de très rares cas (comme celui de la Commission pour la transparence financière de la vie politique ou le Conseil supérieur de l'Agence France-Presse).

La proposition est de retenir en principe, sur le modèle des nominations par le président de la République, une validation par les commissions parlementaires compétentes, mais avec une majorité positive.

C'est également au niveau des incompatibilités qu'il faut agir, notamment pour les autorités de régulation. Toutes les désignations des membres des collèges des AAI prévoient des incompatibilités. En effet, l'indépendance étant au cœur de leurs missions, les personnes doivent être indépendantes du pouvoir exécutif, mais aussi des pouvoirs économiques. On n'est pas indépendant si l'on est en conflit d'intérêts. Et, plus largement, comme on a pu le voir avec l'affaire du Mediator et de ce qui était alors l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé, l'apparence d'un conflit d'intérêts suffit pour compromettre le crédit d'une autorité.

L'absence de conflit d'intérêts doit donc être renforcée, que cela concerne les membres des collèges ou les cadres de l'organisme. Une vigilance particulière doit s'exercer en particulier sur les intérêts et

participations. Il faut au minimum prévoir, comme le proposait le rapport de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques (OPECST)⁸⁰, une incompatibilité avec des fonctions ou détentions d'intérêts ou de mandats au sein d'organismes pouvant faire l'objet d'investigations ou de décisions de l'autorité. De même, toute participation aux activités de l'autorité doit être proscrite pour celles qui concerneraient des organismes au sein desquels la personne aurait exercé des fonctions, détenu des intérêts ou des mandats au cours des trois années précédentes. A cela doit s'ajouter enfin un délai de viduité à la fin du mandat, au minimum deux ans.

Deux projets de loi sur la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique ont été adoptés en Conseil des ministres en juillet 2011. Inspirés des recommandations du rapport réalisé par une commission présidée par le vice-président du Conseil d'Etat Jean-Marc Sauvé, ils devaient être débattus à l'automne 2011 au parlement. Finalement, la discussion n'est toujours pas intervenue, comme a dû le reconnaître le gouvernement Fillon en refusant l'adoption d'une proposition de loi de François de Rugy, discutée dans une niche parlementaire socialiste en décembre 2011 à l'Assemblée nationale.

Ces projets de loi prévoient notamment une « déclaration d'intérêts obligatoire pour les responsables publics les plus importants » lors de leur prise de fonction, un « mécanisme d'abstention » pour les agents publics dont l'impartialité pourrait être mise en doute pour le traitement de

80. Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, *Rapport*, 2006.

certaines dossiers, la création d'une nouvelle autorité administrative indépendante, l'« autorité de la déontologie de la vie publique ». Les membres du Conseil d'Etat et de la Cour des comptes sont également concernés, ainsi que les hauts magistrats, y compris les membres de la Cour de cassation. Et cela concerne aussi les membres des AAI. Il faudra reprendre la question et faire adopter rapidement ces projets de loi, avec un regard tout particulier sur les incompatibilités des membres des AAI.

Le contrôle démocratique et le lien avec le pouvoir judiciaire

Le contrôle démocratique des autorités administratives indépendantes doit aussi être renforcé. Conformément à l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, « la société a le droit de demander compte à tout agent de son administration ». Constituant un progrès dans la transparence démocratique, amenées à prendre des décisions importantes, qu'elles portent sur l'exercice des droits et libertés ou sur la régulation d'un secteur, comprenant en particulier des sanctions ou des autorisations, il serait étrange que ces autorités ne soient pas elles-mêmes soumises à un contrôle démocratique approfondi.

Mais, à la fois autorité administrative et autorité indépendante, les AAI constituent un défi particulier au contrôle démocratique. Comment le gouvernement serait-il responsable devant le parlement d'autorités par définition indépendantes de lui ? Comment l'exécutif pourrait-il contrôler des institutions qui par définition doivent être indépendantes de lui ?

Le contrôle doit donc se faire par un rapport direct et étroit avec le parlement, comme aux Etats-Unis. Mais jusqu'ici le parlement français n'est pas arrivé pas à mettre en place ce contrôle. Il est proposé au minimum que soient renforcées les obligations dans la présentation du rapport annuel. Celui-ci devrait systématiquement être présenté, avec une audition du président, devant les commissions compétentes du parlement. En outre, ces dernières devraient pouvoir demander des rapports périodiques aux AAI, réaliser des enquêtes spécifiques sur l'exercice de leurs missions, tenir des auditions des présidents à la demande de ceux-ci ou des commissions elles-mêmes.

L'apparition des AAI, si elle a exprimé avant tout une défiance vis-à-vis de l'administration, a représenté aussi une défiance à l'égard de la justice. Par ailleurs, la création de certaines autorités a pu être analysée comme une défiance claire envers le judiciaire (par exemple la création de la Halde, Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité). Enfin, il y a eu une appréciation négative sur les capacités techniques du judiciaire à intervenir efficacement dans certains secteurs, d'où la volonté de mettre en place des dispositifs extra-judiciaires.

Les liens entre les AAI et le juge judiciaire ont été clarifiés par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 17 janvier 1989 *Conseil supérieur de l'audiovisuel* qui a consacré le droit au recours contre les décisions des AAI. Par ailleurs, le législateur et le pouvoir réglementaire ont permis à certaines AAI dotées de pouvoirs de sanction ou de règlement des différends de présenter des observations à l'occasion des recours formulés contre leurs décisions.

Il faut aller plus loin dans la clarification et la coopération concernant les relations entre les AAI et le juge. Cela concerne d'abord le pouvoir de sanction. Il faut veiller à ce que dans son exercice soient respectées les conditions du droit à un procès équitable, telles qu'elles sont définies à l'article 6 de la CEDH. Il faut également éviter la systématisation de ce pouvoir et encourager plutôt les procédures alternatives plus respectueuses des compétences de l'autorité judiciaire. Le caractère technique et spécialisé des matières dans lesquelles interviennent les AAI justifie qu'elles soient autorisées à présenter de façon systématique, à la demande de l'autorité judiciaire ou à leur demande, des observations lors des recours. Il faut ouvrir largement la possibilité donnée aux AAI de présenter à la demande des juridictions des observations à l'occasion de l'examen d'affaires dont elles ont eu à connaître et la possibilité pour les juridictions de saisir les AAI de demandes d'avis faisant appel à leurs capacités d'expertise.

Vers un regroupement des AAI ?

Sans multiplier les autorités, il convient de réfléchir sur le passage en autorités administratives indépendantes de plusieurs organismes créés ces dernières années, notamment les agences dans le domaine de la santé. Leurs attributions, la nécessité de leur indépendance, notamment vis-à-vis des personnes contrôlées, militent pour cette reconnaissance. *A contrario*, il convient également de s'interroger sur le regroupement de certaines AAI, dont les attributions peuvent apparaître proches.

Mais surtout il convient de permettre une unification des règles et des procédures applicables (durée des mandats par exemple), une mutualisation des moyens, la multiplication des coopérations, notamment en expertise. Pour cela, il faut envisager un regroupement opérationnel, avec les AAI « libertés » d'un côté, regroupées dans un seul lieu symbolique, la « Maison des libertés », de l'autre les AAI « régulateurs », également regroupées dans une « Agence de régulation ». Ce regroupement opérationnel apparaît plus pertinent que la simple adoption d'un cadre législatif commun, qui était proposé dans le rapport de l'OPECST précité, et la fusion/absorption partielle réalisée par l'institution du Défenseur des droits.

On obtiendrait ainsi le maintien de chaque AAI, avec son indépendance et ses spécificités, et parallèlement une saisine plus ouverte, une meilleure visibilité, une mutualisation des moyens, plus de cohérence,... Cela permettrait aussi de mieux protéger les AAI contre les volontés de restreindre leur indépendance en réduisant leurs moyens financiers (notamment pour les « petites » AAI) du fait qu'elles sont soumises aux mêmes contraintes budgétaires que les services administratifs de l'Etat.

Une règle juste et humaine

Si la période récente se distingue par la prolifération des normes législatives, elle se caractérise également par la dégradation de la qualité de celles-ci. Le Conseil d'Etat, dès 1991 puis à nouveau en 2006, relevait ainsi que « la complexité croissante des normes menaçait l'Etat de droit et que ses effets étaient néfastes tant pour le législateur, qui se trouve « contraint », « submergé » et « contourné », que pour la société, l'usager étant généralement « égaré », les opérateurs économiques confrontés à une réelle insécurité et les juges « perplexes » face à l'application de ce droit ». ⁸¹ Depuis plusieurs années, les critiques parviennent au même constat et les causes du mal sont évidentes : profusion législative – et singulièrement des projets de loi –, précipitation – bien souvent la volonté de l'exécutif de légiférer vite induit la rédaction de projets de loi bâclés –, instabilité, imprécision, inapplication, etc. « Le législateur a [pourtant] l'obligation de légiférer et de « bien » légiférer. La loi, pour être conforme à la Constitution [ainsi qu'à la jurisprudence constitutionnelle], doit ainsi satisfaire à certaines exigences : elle doit être rédigée de façon claire, être accessible et intelligible et avoir une portée normative ». ⁸²

Trop souvent, la qualité des normes législatives est pervertie par les conditions dans lesquelles celles-ci sont élaborées. L'accélération du rythme parlementaire en est une des raisons principales. Le Comité de

81. Sénat, *La qualité de la loi*, Document de travail, Série Etudes juridiques, 2007.

82. *Ibid.*

réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^{ème} République soulignait ainsi l'allongement de la session parlementaire ; le parlement siège de plus en plus, le recours aux sessions extraordinaires est quasi-systématique. L'utilisation trop fréquente de la procédure accélérée en est une autre ; elle fait pourtant perdre tout l'intérêt du bicamérisme et aboutit parfois à ce qu'un texte ne soit jamais discuté en séance publique ! D'autres anomalies pourraient être relevées.

« La procédure législative est [pourtant] un instrument de la qualité de la législation ». ⁸³ Il en est ainsi tant au niveau de la préparation, de la discussion que du suivi et du contrôle de l'application de la loi. Certaines propositions peuvent être faites en ce sens ; elles rejoignent la question de la revalorisation du parlement régulièrement évoquée. ⁸⁴ L'initiative parlementaire, malgré les avancements de la révision constitutionnelle de 2008, doit être valorisée. Pour ce faire, les capacités d'expertise du parlement doivent être renforcées – l'on pense notamment aux études d'impact ou à la possibilité de saisine externe par les commissions et les groupes parlementaires.

La pression gouvernementale quant à la fixation de l'ordre du jour doit être réduite. La séance publique doit être débarrassée de débats trop techniques et d'amendements souvent trop rédactionnels et le rôle

83. *Ibid.*

84. Cf. en ce sens Oliver Costa, Tinette Schnatterer, Laure Squarcioni, *Peut-on revaloriser le parlement français ?*, Fondation Jean-Jaurès, 2012.

des commissions ainsi réellement considéré. Le parlement ne parvient pas à donner une pleine efficacité aux moyens dont il dispose dans les domaines de l'information, de l'évaluation et du contrôle de l'administration ; les parlementaires doivent s'en saisir et les évolutions enregistrées doivent être poursuivies.

Il convient d'ajouter qu'en matière pénale, l'amélioration de la qualité législative passe également par un ministère de la Justice fort, s'imposant dans la préparation et le soutien devant le parlement des textes de droit pénal et de procédure pénale encore trop souvent préparés et soutenus par le ministère de l'Intérieur. Le ministère de la Justice doit être en mesure de peser sur les arbitrages interministériels. Il fut même question, un temps, de créer au ministère de la Justice une grande Direction du droit fusionnant la Direction des affaires civiles et la Direction des affaires criminelles pour assurer cette prééminence, mais le projet avorta...

Ces quelques propositions participent d'une nouvelle méthode, certes non exhaustive, permettant de trouver ou de retrouver les conditions d'une meilleure qualité de la norme législative.

Clarté, intelligibilité, accessibilité, normativité : telles sont les exigences auxquelles la « fabrique » de la loi, expression de la volonté générale, doit répondre. S'il n'est pas question, ici, de droit substantiel, il s'agit d'affirmer la nécessité de retrouver calme et neutralité, la nécessité de parvenir à une règle juste et humaine qui permettra d'assurer prévisibilité et sécurité. Il convient en effet de mettre fin aux

« dérives qui disqualifient la loi et le législateur, et menacent la cohésion sociale ». ⁸⁵ Ces dérives sont aussi celles de l'usage qui est fait des normes législatives par le politique et qui vient également pervertir la qualité (autant que l'esprit) de celles-ci. Le droit pénal en est l'exemple le plus caractéristique : les outrages récurrents à notre tradition humaniste dans la période récente invitent notamment à repenser la lutte contre la récidive.

LES OUTRAGES À LA TRADITION HUMANISTE

Construit sur un socle de piliers aussi fondamentaux que la présomption d'innocence et le principe de légalité des délits et des peines, le droit pénal tend à sanctionner les auteurs d'infractions tout en protégeant la personne poursuivie de l'arbitraire dans la répression. Ce faisant, en dessinant les interdits, il révèle, en creux, les espaces de liberté dont chacun d'entre nous bénéficie. Dans le même temps, le droit pénal n'ignore pas les victimes et les investit de la possibilité de déclencher l'action publique, de la corroborer et d'obtenir réparation pour le préjudice subi.

Ce subtil équilibre, construit par sédimentation au fil du temps, « représente une des conquêtes les plus remarquables de la rationalité au plan des transactions sociales livrées à la violence ». ⁸⁶ Il a connu

⁸⁵ Conseil d'Etat, *Sécurité juridique et complexité du droit*, Rapport public 2006, La Documentation française, 2006.

⁸⁶ Paul Ricœur, *Le juste, la justice et son échec*, L'Herne, 2006.

durant la période récente de profondes modifications. A cet égard, les critiques soulignent fréquemment le caractère désordonné et brouillon des réformes entreprises. Ainsi, la cacophonie serait la marque de fabrique du législateur pénal contemporain auquel manquerait une vision de la matière et une cohérence. Pourtant, certaines des réformes entreprises semblent, au contraire, inspirées par une logique qui, pour être critiquable, ne manque pas pour autant de cohérence, nous y reviendrons.

Au-delà, les critiques s'accordent sur l'avènement d'un véritable phénomène, l'inflation législative caractérisée par un recours sans cesse accru à la loi, une activité législative remarquable sans équivalent dans le passé, une mouvance quasi pathologique – Jean-Paul Jean rappelle en ce sens que, selon l'expression de Jean Carbonnier, « la nomophilie – la passion de la loi – est une passion bien française dont le droit pénal constitue l'exemple le plus emblématique ».⁸⁷ Cette inflation touche assurément le droit pénal comme la procédure pénale et l'on ne peut que s'accorder sur l'accentuation de ce phénomène dans les dix dernières années. « Les réformes pénales se succèdent à un rythme accéléré »⁸⁸ ; en conséquence, il s'agit d'insister sur l'établissement d'un autre phénomène, celui dit de la « pénalisation » qui contraste avec la large dépenalisation de la délinquance en col blanc. On assiste à une multiplication, un empilement inconsidéré de textes parfois inutiles et trop souvent imposés au gré des affaires médiatiques.

La loi serait ainsi devenue largement circonstancielle : « un fait divers, une loi » est une véritable mécanique s'étant installée sous couvert de réactivité. Un grand nombre d'affaires, exploitées parfois de manière démagogique, ont été directement à l'origine d'une législation particulière donnant lieu à une succession de textes « sécuritaires ». « Les réformes sont mises en œuvre par à-coups au rythme des faits divers. A chaque drame sa réponse législative apportée en temps réels [...]. La loi est immédiatement modifiée, une infraction nouvelle créée, une circonstance aggravée ajoutée ».⁸⁹ L'émotion fait désormais la loi. L'omniprésence de Nicolas Sarkozy, ministre de l'Intérieur puis président de la République, sur la scène médiatique et juridique a fait de la loi un instrument de communication politique comme si « la nécessité d'une réponse pénale place le système tout entier sous la contrainte du message à envoyer [...]. La « réponse » devient proportionnelle non aux faits qualifiés, aux prudentes évaluations, mais aux indignations morales les plus contradictoires ».⁹⁰ Il s'agit de donner, à défaut de l'action elle-même, l'impression de l'action dans un pur objectif d'affichage politique. D'une confusion entre la loi et la communication sous la dernière législature plus particulièrement, les annonces présidentielles, fussent-elles contradictoires, devaient trouver leur traduction législative le plus rapidement possible. L'on se souvient notamment des affaires Crémel (2005), Francis Evrard (2007) ou Laëtitia Perrais, plus récemment, utilisées par Nicolas Sarkozy afin de multiplier les lois – dans l'affaire de Pornic, la première réaction du chef

87. Ouvrage collectif sous la direction de Jean-Pierre Royer, *op. cit.*, PUF, 4^{ème} édition, 2010.

88. Denis Salas, *op. cit.*, Hachette, 2008.

89. Club Droits, justice & sécurités, « Pour une nouvelle politique pénale – sortir de l'agitation, retrouver la raison », Les contributions du 10 mai 2011, 2011.

90. Denis Salas, *op. cit.*, Hachette, 2008.

de l'Etat fut une fois de plus de proposer un texte de loi –, dans la précipitation et sans la moindre réflexion préalable.

La solution ainsi adoptée n'est pourtant pas sans danger. Une législation intervenant au coup par coup est rarement satisfaisante. Elle génère de la complexité, de l'instabilité autant que de la confusion. Une succession de textes « toujours plus répressifs « sur le papier » mais toujours plus illisibles, imprévisibles, impraticables pour les praticiens et les justiciables »⁹¹ rend l'avenir incompréhensible. L'exemple de la loi n°2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure dite « loi Sarkozy » concernant les regroupements dans les halls d'immeuble est en ce sens souvent critiqué.

La loi serait une sorte de remède, la loi « peut tout ». Elle permettrait à la fois de rassurer, de protéger même lorsqu'elle ne fait que confirmer les acquis d'un précédent texte. « La force symbolique de la loi reste prégnante dans la culture juridique française. Il en résulte une demande sociale importante tant est ancrée la croyance selon laquelle la loi vient à bout des difficultés, qu'elle est une solution, une garantie ou, en quelque sorte, une thérapeutique ».⁹² Mais la loi pénale n'aurait-elle alors, selon l'expression de Jean-Paul Jean, qu'une « fonction déclarative » ? Expression de la volonté générale et de la souveraineté populaire, la loi revêt en principe une force particulière. Abstraite, générale, impersonnelle et normative, elle ne peut s'attacher seulement

91. Club Droits, justice & sécurités, *op. cit.*, 2011.

92. Conseil d'Etat, Rapport public 2006, *op. cit.*, 2006.

au cas d'espèce, à une agression déterminée. Nous l'avons dit, il manque d'une vision autant que d'une cohérence en la matière. Or comme Jean-Etienne-Marie Portalis le soulignait dans le discours préliminaire du premier projet de Code civil, « il ne faut point de lois inutiles ; elles affaibliraient les lois nécessaires ; elles compromettraient la certitude et la majesté de la législation ».⁹³ Sans démesure ni empressement, ne faudrait-il pas plutôt « penser » la loi et replacer la législation pénale dans le temps long ? Au-delà, la solution n'est évidemment pas toujours législative.

L'inflation législative serait liée à ce que Denis Salas nomme le « populisme pénal », soit « la synergie entre les trois facteurs que sont l'émotion de l'opinion, le discours politique et le récit médiatique. [...] Le discours politique veut rassurer et punir. A un rythme soutenu les lois martèlent la détermination des gouvernants. Le volontarisme législatif et l'opinion acquise à sa cause sont les nouvelles composantes d'un récit partagé par les médias »⁹⁴ accusés tant d'alimenter l'émotion de l'opinion que de relayer le discours politique. Il s'agit d'une radicalisation du droit de punir. Il s'agit également de s'en remettre au peuple plutôt qu'aux institutions ainsi discréditées, et particulièrement au juge. Il convient de souligner qu'au-delà de la dernière mandature, l'on a pu retrouver l'ensemble de ces éléments lors de la campagne de l'élection présidentielle de 2012 menée par Nicolas Sarkozy et le parti alors majoritaire.

93. 21 janvier 1801.

94. Denis Salas, *op. cit.*, Hachette, 2008.

La politique criminelle suivie ces dernières années a notamment recherché un recentrage du procès pénal autour de la protection de la victime. Ainsi s'explique, d'une part, la progression spectaculaire des mesures de sûreté dont l'objet n'est pas de sanctionner la commission des infractions mais de prévenir leur survenance et de prémunir la société et les victimes potentielles du danger que font peser sur elles certains délinquants. Au sommet de ces mesures culmine la rétention de sûreté instituée par la loi du 25 février 2008 qui autorise la privation de liberté d'un individu sur la base de sa dangerosité supposée. La lutte contre la récidive et le recentrage du procès autour de la victime a inspiré, par ailleurs, la création des peines plancher par la loi du 10 août 2007. Cette fois, c'est une partie du pouvoir d'individualisation de la peine reconnu aux juges qui a été sacrifiée au nom de l'efficacité répressive.

Il s'agit en effet de sanctionner efficacement, rapidement autant que gravement. La multiplication des incriminations, l'aggravation des peines sont notamment les caractéristiques d'un durcissement de la législation pénale des dix dernières années, à la fois répressive et sécuritaire et empreinte de la culture du résultat, de l'idée de rendement et de celle de systématisation, alors même que le travail du juge est justement d'appliquer la loi à un cas précis et déterminé. « S'appuyant sur une idéologie du pragmatisme et de l'efficacité, au nom de la sécurité, de la protection des victimes, voire du principe de précaution, une nouvelle étape paraît franchie dans l'évolution des politiques criminelles »⁹⁵ dans le sens d'un droit pénal « postmoderne ».

95. André Guidicelli, Jean-Paul Jean, Michel Massé, *Un droit pénal postmoderne ? Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, PUF, 2009.

La protection des victimes a été l'un des fondamentaux de « l'ère Sarkozy ». Le populisme pénal, auquel nous avons déjà fait référence, « caractéristique de la politique menée depuis 2002 a conduit à une instrumentalisation de la douleur des victimes produisant une sorte de gesticulation autour de victimes sacralisées sans qu'elles ne soient pour autant mieux accompagnées ».⁹⁶ En effet, priorité a été donnée aux victimes érigées en « référent absolu pour la justice ».⁹⁷ La référence constante, quasi-systématique à la victime semble avoir très largement alimenté la pénalisation récente : la victime a été directement invoquée pour couvrir des réformes toujours plus répressives. Le discours politique se voulait le relais de la souffrance des victimes, à laquelle le juge – si souvent critiqué – serait, lui, indifférent ; il imposa, avec partialité, la compassion et avec celle-ci l'idée sous-jacente de « venger » les victimes. Promotion, véritable « parti-pris pour les victimes, affiché au plus haut niveau de l'Etat par Nicolas Sarkozy [entre exploitation, à des fins électoralistes, et exhibition, et qui serait] un dévoiement de la justice. Celle-ci ne doit [pourtant] pas opposer les uns (les victimes) aux autres (les agresseurs), mais au contraire, faire vivre chacun dans un idéal d'égalité de traitement devant la loi ».⁹⁸

La victime serait la morale et ne pas être de « son côté » reviendrait à être le complice de l'agresseur comme s'il fallait à tout prix choisir son camp. Nombre d'interventions de Nicolas Sarkozy (ministre de

96. Club Droits, justice & sécurités, « Donner aux victimes une juste place dans le procès pénal », Les contributions du 10 mai 2011, 2011.

97. Antoine Garapon, *La raison du moindre Etat. Le néolibéralisme et la justice*, Odile Jacob, 2010.

98. Denis Salas, *op. cit.*, Les Arènes, 2012.

l'Intérieur ou président de la République) en sont l'illustration : « Je serai le président de la République qui ne mettra pas sur un pied d'égalité les victimes et les délinquants »⁹⁹ ; « Moi, je pense à toutes les victimes dont on a arrêté les coupables et à toutes celles qui auraient pu être victimes et ne le sont pas parce qu'ils sont sous les verrous. C'est cela les droits de l'homme ».¹⁰⁰ Cette opposition réductrice est dangereuse et il s'agit de ne pas oublier que les mots ont un sens. Au-delà, la justice (au sens de l'institution) serait celle des victimes : « Attacher de l'importance à la victime, c'est pas de la compassion à bon marché. L'institution judiciaire c'est d'abord l'institution des victimes. Et vous les magistrats, vous travaillez d'abord pour elles ».¹⁰¹ La justice n'est pas celle des victimes ; elle est proclamée au nom du peuple français et ne peut l'être ni au nom des victimes ni au nom des coupables. La justice doit précisément être dans la distance et elle a notamment pour rôle de concilier des intérêts contradictoires sans ne jamais négliger le principe d'égalité. Elle est la rencontre entre deux parties qui ont chacune des droits. L'Institut pour la justice et avec lui la droite au pouvoir sous la précédente législature – les références aux droits des victimes sont encore une fois abondantes dans les interventions de Nicolas Sarkozy et nous ne pouvons manquer de souligner la création d'un secrétariat d'Etat aux droits des victimes sous l'autorité du garde des Sceaux, à l'existence certes éphémère mais qui fut suivi de la mise en place de la délégation aux victimes rattachée au ministère de l'Intérieur – les jugent

99. *Le Parisien*, entretien, 20 avril 2007.

100. Nicolas Sarkozy, « Vœux aux acteurs de la sécurité », Orléans, 14 janvier 2009.

101. Nicolas Sarkozy, « Allocution à la Cour d'appel de Dijon », 26 janvier 2012.

insuffisants concernant la victime. Dans la proposition n°1 de son *Pacte 2012 pour la justice*, l'Institut pour la justice réclame « l'égalité de droits entre la victime et l'accusé » faisant valoir l'idée d'équité là où victime et accusé sont précisément dans une situation différente. Si l'on ne saurait remettre en cause l'impératif de reconnaître les victimes dans leurs droits, si l'on ne peut que se réjouir des évolutions concernant les droits des victimes, l'on ne peut que souligner la démesure de certaines déclarations ou propositions.

Une place centrale est ainsi accordée à la victime ; elle l'est que celle-ci soit une victime « effective » ou simplement « potentielle ». Nicolas Sarkozy déclara en effet, le 23 février 2008, quant à l'application immédiate de la loi sur la rétention de sûreté, qu'afin de ne pas laisser en « liberté des monstres [...] le devoir de précaution s'applique pour la nature. Il doit s'appliquer pour les victimes ». L'Institut pour la justice réclame quant à lui toujours dans son *Pacte 2012 pour la justice* « une fermeté de précaution vis-à-vis des criminels dangereux » (proposition n°4). L'application du principe de précaution permettrait d'épargner de nouvelles victimes. L'obsession du risque – il s'agit principalement d'éviter le risque de récidive – ainsi revendiquée repose pour l'essentiel sur la notion de dangerosité incontestablement « saisie par le droit pénal » selon le titre de l'ouvrage de Christine Lazerges et Geneviève Giudicelli-Delage.¹⁰² Le droit pénal serait dès lors celui « de la prévention et non plus de l'acte dommageable [...], de l'anticipation et de la traçabilité [et

102. Christine Lazerges et Geneviève Giudicelli-Delage, *La dangerosité saisie par le droit pénal*, PUF, 2011.

dont l'objet ne serait plus seulement de] sanctionner celui qui a violé la règle mais cherche à identifier celui qui pourrait le faire à nouveau ». ¹⁰³ Il n'est plus question de réhabilitation, de réinsertion ou de resocialisation. Dans la période récente, la philosophie pénale ainsi mise en œuvre est apparue largement en rupture avec la tradition intégrative et humaniste qui caractérisa jusqu'alors notre droit pénal et ce, semble-t-il, principalement au nom de la lutte contre l'insécurité.

L'obsession sécuritaire guida en effet l'essentiel des lois pénales des dix dernières années qui virent « l'émergence d'une utopie sécuritaire [qui] fait de la sécurité une promesse ». ¹⁰⁴ Ici la loi pénale devrait permettre de parvenir à l'établissement d'une société totalement sécurisée. Pour cela, l'on joue du besoin de sécurité prétendu et des peurs de la population auxquels le discours politique autant que l'arsenal législatif sécuritaire doivent répondre. La politique criminelle est alors essentiellement répressive ; « à la confluence de l'Etat social et des idées ultralibérales, le pénal est réduit à une fonction punitive ». ¹⁰⁵

Les deux mesures « symboles » déjà évoquées que sont la rétention de sûreté et les peines plancher, adoptées à bref intervalle, procèdent donc d'une même inspiration : accentuer la protection reconnue aux victimes voire aux victimes potentielles et, au-delà, renforcer la lutte contre la récidive au prix d'une remise en cause frontale de principes fondamentaux du droit pénal. Politiquement, la

103. Jean-Paul Jean, *Le système pénal*, La Découverte, 2008.

104. Denis Salas, *op. cit.*, 2012.

105. « Rencontre avec Denis Salas », http://www.afmjff.fr/IMG/pdf_MELAMPOUS_Nog_rencontre_denis_salas.pdf

stratégie est transparente : il s'agit d'afficher audace et courage en démontrant une capacité à transgresser les dogmes. Dans un contexte de restrictions budgétaires, cette politique criminelle volontariste permettrait de renforcer l'efficacité de la réponse pénale sans grever des finances publiques déjà exsangues, les opposants à de telles mesures se trouvant renvoyés à leur statut de partisans d'un *statu quo* intenable. En dépit de l'attrait de la nouveauté, la rétention de sûreté et les peines plancher portent en elles une déstabilisation aussi profonde que stérile de notre droit pénal. Inopportunes, elles méritent de disparaître dans les meilleurs délais.

REPENSER LA LUTTE CONTRE LA RÉCIDIVE

La rétention de sûreté

Le mouvement en faveur des mesures de sûreté a été *crescendo*. Il est intervenu en réaction à des faits divers et sous l'inspiration du droit comparé. Ainsi, la loi du 9 mars 2004 a introduit le fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles dont la raison d'être consiste à prévenir la récidive en matière d'infractions sexuelles. Peu après, la loi du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales a créé le placement sous surveillance électronique mobile. Puis la loi du 25 février 2008 est venue instaurer la surveillance et la rétention de sûreté, à la suite notamment de l'affaire Francis Evrard, du nom de ce pédophile récidiviste auteur d'un nouveau viol dès sa sortie de prison.

Plus récemment encore, la loi du 10 mars 2010 tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle est venue étendre le champ d'application des mesures de rétention de sûreté et créer un répertoire des données à caractère personnel collectées dans le cadre des procédures judiciaires qui tend à réunir, au sein d'un dossier unique de personnalité accessible aux autorités judiciaires, l'ensemble des expertises concernant une personne suspectée ou poursuivie.

Mais, parmi les mesures précitées, l'une d'elles marque plus particulièrement l'attention en raison de sa portée. Il s'agit de la rétention de sûreté instituée à l'article 706-53-13 du Code de procédure pénale qui permet de placer, après l'exécution de leur peine, des personnes au sein de centres socio-médico-judiciaires fermés lorsque ces personnes « présentent une particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de récidive parce qu'elles souffrent d'un trouble grave de la personnalité » et ont été condamnées « à une peine de réclusion criminelle d'une durée égale ou supérieure à quinze ans » pour une liste spécifiée de crimes. Le prononcé d'une mesure de rétention de sûreté nécessite que cette possibilité ait été initialement envisagée au sein de la décision de condamnation prise par la cour d'assises et incombe, en définitive, à une commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté (article 706-53-14 du Code de procédure pénale).

L'originalité de la rétention de sûreté tient à sa nature de mesure privative de liberté ordonnée après l'exécution de la peine dans une optique préventive. Derrière les mirages de l'efficacité répressive, cette mesure doit être abandonnée pour deux raisons qui tiennent, d'une part,

au caractère évanescent de son critère et, d'autre part, au caractère contestable de son régime.

Un critère évanescent

La rétention de sûreté a été consacrée en France suite à la commission de faits atroces et au nom de l'efficacité répressive. Pourtant, derrière l'apparente nouveauté du concept, on reconnaît l'empreinte de l'Ecole des positivistes italiens menée, en son temps, par Cesare Lombroso et Enrico Ferri. Profondément déterministe, cette Ecole voit dans l'infraction un révélateur de la dangerosité de son auteur davantage que la sanction d'un comportement fautif. Partant, elle s'attache à protéger la société de cette dangerosité beaucoup plus qu'à punir celui qui a transgressé la loi pénale. L'objectif de prévention s'affirme alors comme l'objectif essentiel et laisse peu de place à la liberté individuelle et à la rédemption, les délinquants ne pouvant échapper à leur part irréductible de bestialité. Historiquement, et en s'abstenant de verser dans la caricature, il convient de signaler que ces thèses ont été reçues par le régime nazi lorsqu'il a introduit, en Allemagne, la détention de sûreté.

C'est l'empreinte de ce déterminisme, de ce délinquant sur lequel on projette une trajectoire criminelle inéluctable, que l'on retrouve à l'origine de la consécration, en France, de la rétention de sûreté. Or s'il est impérieux d'écarter une telle approche, ce n'est pas tant pour des raisons historiques, mais parce que le critère mis en œuvre est beaucoup trop fuyant pour servir d'assise à une privation de liberté susceptible de

se déployer sans limitation de durée. En effet, l'ensemble du dispositif de la rétention de sûreté repose sur le critère tiré de la dangerosité du délinquant. Ainsi, l'article 706-53-13 du Code de procédure pénale réserve l'application de la rétention de sûreté aux personnes qui « présentent une particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de récidive parce qu'elles souffrent d'un trouble grave de la personnalité ». C'est donc de l'appréciation d'une probabilité de récidive que l'on déduit la dangerosité justifiant le recours à la rétention de sûreté.

Or un tel raisonnement, pour être recevable, supposerait que la dangerosité puisse se prêter à une évaluation scientifique rigoureuse. Telle est, au demeurant, l'ambition gouvernementale exprimée au sein du rapport définissant les objectifs de la politique d'exécution des peines, aux termes duquel « La notion de dangerosité recouvre deux acceptions : l'une, psychiatrique, se définissant comme un risque de passage à l'acte principalement lié à un trouble mental et l'autre, criminologique, ayant trait à la forte probabilité que présente un individu de commettre une nouvelle infraction empreinte d'une certaine gravité ».¹⁰⁶ Le rapport poursuit : « Si la méthode clinique, qui repose sur des entretiens avec la personne et son observation dans le cadre d'expertises psychiatriques, est aujourd'hui bien établie dans le cadre de l'évaluation de la dangerosité psychiatrique, la méthode actuarielle fondée sur des échelles de risques est, pour sa part, insuffisamment utilisée par l'institution judiciaire dans son ensemble ».

106. Rapport annexé au projet de loi de programmation sur l'exécution des peines disponible sur le site Internet de l'Assemblée nationale.

Partant, le rapport préconise « d'intégrer ces méthodes actuarielles dans les outils et méthodes permettant aux praticiens d'émettre des avis circonstanciés, fondés sur des critères précis » et, pour ce faire, souligne la nécessité de « donner une nouvelle impulsion à l'enseignement de la criminologie », discipline pour laquelle la France souffrirait d'une « offre de formation insuffisante ». Cette affirmation doit être mise en parallèle avec la création d'une nouvelle section au sein du Conseil national des Universités (CNU) par l'arrêté du 13 février 2012, sans doute appelée à fournir une caution scientifique au concept de dangerosité criminologique.¹⁰⁷

Pour autant, la création d'une nouvelle section au CNU ne saurait, comme par enchantement, dissiper les interrogations de fond que soulève ce concept. Comment peut-on prétendre s'appuyer sur un tel critère pour fonder des privations de liberté indéfiniment renouvelables alors que les rédacteurs du rapport reconnaissent eux-mêmes que l'évaluation de la dangerosité doit progresser en France ? Est-il légitime que la dangerosité criminologique se trouve aussi rapidement enrôlée et mise au service d'un dispositif aussi attentatoire aux libertés individuelles ?

107. La création de cette section, après un simulacre de concertations, a été vivement critiquée, la commission permanente du Conseil national des Universités estimant qu'une telle démarche « suit une voie politique, étrangère à toute démarche scientifique, dans la méconnaissance des positions exprimées par la vaste majorité de la communauté de l'enseignement supérieur et de la recherche ». En particulier, cette organisation pointe « la représentativité très étroite des porteurs du projet au sein de la communauté universitaire » et « l'absence de réflexion sur les effets de la création d'une nouvelle section (notamment en termes de débouchés pour les candidats qualifiés) ».

Au contraire, des universitaires appartenant à des champs d'étude variés s'accordent pour dénoncer les approximations inhérentes à l'évaluation de la dangerosité. Des psychiatres ont ainsi souligné que « l'assise scientifique construite autour de l'évaluation de la dangerosité du délinquant n'est donc toujours pas garantie alors que ce concept reste l'élément déterminant l'application des nouvelles mesures de sûreté ». ¹⁰⁸ Dans le même temps, de nombreux juristes relevaient les limites de l'approche statistique et les risques attachés à l'emploi du critère de dangerosité. ¹⁰⁹

Au fond, la référence à la dangerosité criminologique pêche par excès de scientisme. En prétendant évaluer la dangerosité par une approche probabiliste et en fondant des privations de liberté sur un tel critère, le législateur s'est dangereusement éloigné de la tradition humaniste qui innerve le droit pénal français.

A cette mise en cause directe du critère présidant à la mise en œuvre des rétentions de sûreté s'ajoute une autre faiblesse essentielle du dispositif qui tient à l'effacement du juge derrière la figure de l'expert censé, en principe, l'éclairer mais qui risque bien, en pratique, de dicter la décision. ¹¹⁰ La technicité attachée à l'évaluation de l'état de dangerosité porte en germe une marginalisation des juges.

108. Marie Sautereau et al., « La loi du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté : repères juridiques et interrogations cliniques », *Santé publique*, 2009.

109. Cf., dans ce sens, Frédérique Fiechter-Boulvard, « La dangerosité : encore et toujours », *AJ Pénal*, 2012, p. 67 ; Arnaud Coche, « Faut-il supprimer les expertises de dangerosité ? », *Revue de science criminelle*, 2011, p. 21. Ce dernier auteur insiste, en faisant le point sur les expérimentations menées au Canada, sur le « peu de fiabilité des expertises de dangerosité ».

110. Le professeur Delmas-Marty relève ainsi : « lorsque la Commission *ad hoc* aura retenu une probabilité très élevée de récidive, on voit mal comment le juge pourra appliquer la présomption d'innocence », Mireille Delmas-Marty, « Sécurité et dangerosité », *RFDA*, 2012.

En définitive, le caractère évanescent du critère mis en œuvre apparaît clairement. Or, cette faiblesse du critère mis en œuvre contraste avec la force des conséquences qui découlent de son application. En définitive, et ainsi que le souligne le professeur Yves Mayaud, « aménager une totale privation de liberté sur ce qui ne permet pas au juge de se convaincre par lui-même de l'opportunité de la décision qu'il va prendre, et ceci sur le critère, non d'une infraction acquise, mais de ce qui pourrait l'être un jour, c'est, nous semble-t-il, s'engager sur une voie peu sûre, confinant à l'arbitraire ». ¹¹¹ Au surplus, au caractère évanescent du critère employé s'ajoute un régime contestable.

Un régime contestable

Le régime de la rétention de sûreté présente deux faiblesses. Tout d'abord, ce régime présente des incohérences qui ont suscité de vives critiques doctrinales. Ensuite, il apparaît fragilisé par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui n'a pas hésité à requalifier la détention de sûreté allemande en peine.

L'adoption de la loi du 25 février 2008 instituant la rétention de sûreté a été précédée d'une saisine du Conseil constitutionnel. De nombreux observateurs, hostiles à cette réforme, s'attendaient à une censure de ce dispositif, tant les arguments soulevés à l'appui de la saisine paraissaient pertinents. ¹¹² Tel ne fut pas le cas. Le Conseil

111. Yves Mayaud, « La rétention de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel n° 2008-562 DC du 21 février 2008 », *Recueil Dalloz*, 2008.

112. Cf., également, sur l'analyse de ces arguments, Christine Lazerges, « Le malaise du Conseil constitutionnel », *RSC*, 2008.

constitutionnel a ainsi précisé, à l'occasion de sa décision du 21 février 2008, que la rétention de sûreté ne constitue « ni une peine ni une sanction ayant le caractère d'une punition », notamment car elle repose non sur la culpabilité mais sur la dangerosité.¹¹³ Les interprètes en ont déduit qu'il s'agissait donc d'une de ces mesures de sûreté dont on sait qu'elles ont précisément pour objet de prémunir la société des individus dangereux.

En conséquence, cette qualification implicite en mesure de sûreté aurait dû entraîner l'application immédiate de cette loi, conformément aux règles qui régissent l'application dans le temps des mesures de sûreté. Et pourtant, le Conseil constitutionnel jugea, au contraire, que « la rétention de sûreté, eu égard à sa nature privative de liberté, à la durée de cette privation, à son caractère renouvelable sans limite et au fait qu'elle est prononcée après une condamnation par une juridiction, ne saurait être appliquée à des personnes condamnées avant la publication de la loi ou faisant l'objet d'une condamnation postérieure à cette date pour des faits commis antérieurement ». Cette décision a fait naître des critiques soulignant l'incohérence de la solution retenue. En effet, se trouve ainsi créé un hiatus, une discordance entre la nature de la rétention de sûreté et son régime qui s'aligne, s'agissant de l'application dans le temps de la mesure, sur celui des peines. L'unité du régime des mesures de sûreté se trouve rompue afin de tenir compte de la spécificité de la mesure de sûreté privative de liberté.

113. Conseil constitutionnel, Décision n° 2008-562DC du 21 février 2008.

Un tel résultat apparaît profondément insatisfaisant tant du point de vue de la cohérence du droit pénal – profondément malmenée – que d'un point de vue pratique. En témoigne la réaction désespérée de l'ancien président de la République qui, sitôt connue la décision du Conseil constitutionnel, annonça qu'il souhaitait demander au Premier président de la Cour de cassation de formuler des propositions en vue de rendre applicable immédiatement la rétention de sûreté, en méconnaissance flagrante de l'article 62 de la Constitution aux termes duquel « les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles ».

L'effet d'annonce recherché à travers la consécration de la rétention de sûreté se réduirait comme peau de chagrin si l'application immédiate de la mesure devenait impossible. En définitive, le régime juridique de la rétention de sûreté présente donc un caractère hybride qui trahit les incertitudes entourant la véritable nature de cette mesure. Au surplus, à l'incohérence du régime mis en place semble répondre la fragilité juridique du dispositif.

La CEDH ne s'estime pas liée par les qualifications données par les Etats. A l'occasion d'un arrêt *M. contre Allemagne* rendu le 17 décembre 2009, la Cour européenne a ainsi relevé que « la notion de « peine » contenue à l'article 7 possède une portée autonome. Pour rendre efficace la protection offerte par l'article 7, la Cour doit demeurer libre d'aller au-delà des apparences et d'apprécier elle-même si une mesure particulière s'analyse au fond en une « peine » au sens de cette

clause ». ¹¹⁴ Afin de déterminer si elle se considère en présence d'une peine au sens de la Convention, la Cour recherche « si la mesure en question est imposée à la suite d'une condamnation pour une infraction », mais prête également attention à « la qualification de la mesure en cause en droit interne, sa nature et son but, les procédures associées à son adoption et à son exécution, ainsi que sa gravité ». Or, considérant notamment que le placement en détention de sûreté est consécutif à la commission d'une infraction, se traduit par une privation de liberté, s'apparente à une peine dans son exécution en dépit de différences mineures, est ordonné par une juridiction de jugement et présente une réelle gravité du fait de sa durée potentiellement illimitée, la CEDH en déduit qu'il convient de qualifier cette détention de sûreté en peine au sens de l'article 7§1 de la Convention. En conséquence, elle a condamné l'Allemagne pour avoir, en adoptant une loi permettant le recours à des détentions de sûreté d'une durée indéterminée, méconnu le principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère, corollaire du principe de légalité applicable en présence d'une peine. Plusieurs décisions sont venues reprendre cette analyse par la suite. ¹¹⁵

Au regard des critères mis en œuvre et de la proximité qu'entretiennent la détention de sûreté allemande et la rétention de sûreté française, il est vraisemblable que cette dernière s'expose également à une requalification en peine. En effet, si le Conseil

constitutionnel a été très sensible à la finalité préventive de la rétention de sûreté, la CEDH s'attachera également à des critères plus objectifs tels que la gravité de la mesure. Dans ce cas, quelles seraient les conséquences d'une telle décision pour le dispositif français de la rétention de sûreté ?

Dans le sillage de l'arrêt *M. contre Allemagne*, la Cour devrait apprécier la conformité du prononcé de la rétention de sûreté à l'article 5§1 de la Convention qui liste les cas à l'occasion desquels une personne peut être privée de liberté. Au nombre de ces cas figure la détention régulière « après condamnation par un tribunal compétent ». Mais l'intervention, dans la procédure française, de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté n'a-t-elle pas pour effet de distendre à l'excès le lien de causalité exigé par ce texte entre le prononcé de la condamnation et la prolongation de la privation de liberté ?

Par ailleurs, la conventionnalité de la rétention de sûreté serait appréciée au regard de l'article 7 de la Convention consacrant le principe de légalité et son corollaire, le principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère. A cet égard, si la censure de l'application immédiate de la rétention de sûreté par le Conseil constitutionnel devrait contribuer à mettre la France à l'abri d'une condamnation, toute possibilité de condamnation ne disparaît pas pour autant. En effet, un placement en rétention de sûreté est prévu à titre de sanction du non-respect des obligations d'une surveillance de sûreté. Comme le remarque une partie de la doctrine, même si cette hypothèse a échappé à la censure du Conseil constitutionnel, elle pourrait s'avérer contraire

114. CEDH, 17 décembre 2009, *M. contre Allemagne*.

115. Cf. notamment CEDH, 13 janvier 2011, *Schummer c. Allemagne* et CEDH, 24 novembre 2011, *O. H. c. Allemagne*.

à la Convention européenne des droits de l'homme si elle était appliquée à des faits commis avant l'entrée en vigueur de la loi du 25 février 2008.¹¹⁶ Un effet rétroactif serait alors conféré à la rétention de sûreté, ce qui pourrait exposer la France à une condamnation.

Enfin, et plus fondamentalement, c'est l'indétermination dans le temps, « le caractère potentiellement illimité de la rétention de sûreté » qui paraît particulièrement discutable au regard du principe de légalité.¹¹⁷ Ainsi, force est donc de constater que des motifs permettant de douter de la conventionnalité de la rétention de sûreté demeurent.

En définitive, cette fragilité et cette incohérence du régime juridique de la rétention de sûreté se combinent aux insuffisances du critère qui préside aux prononcés de ces mesures. Dans une matière qui ne devrait laisser aucune place à l'arbitraire, cette privation de liberté fondée sur une hypothétique dangerosité ne saurait subsister. Sur cette pente, un sort identique devrait être réservé aux peines plancher.

Les peines plancher

Les peines plancher ont été réintroduites en droit français par la loi du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs. D'abord cantonnées aux récidivistes, elles ont ensuite été

116. Claire Saas, « Avis d'orage sur l'internement à durée illimitée des délinquants », *AJ Pénal*, 2011.

117. Damien Roets, « La rétention de sûreté à l'aune du droit européen des droits de l'homme », *Recueil Dalloz*, 2008.

étendues, à certaines conditions, aux primo-délinquants par la Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure (LOPPSI) II du 14 mars 2011.¹¹⁸

Dans le principe, il s'agit de prévoir que, pour certains crimes et délits, la peine prononcée ne saurait être inférieure à des seuils fixés par la loi.¹¹⁹ Toutefois, par exception, il est précisé que les juges peuvent déroger à ces seuils à condition que lesdites dérogations soient dûment motivées, exigence au demeurant modulée suivant que la personne condamnée est un primorécidiviste ou un multirécidiviste. Ce sont ces possibilités laissées aux juges de prononcer des peines inférieures aux seuils prévus au vu des circonstances de l'infraction ou, dans le second cas, « des garanties exceptionnelles d'insertion ou de réinsertion » offertes par l'auteur des faits qui ont permis à la loi du 10 août 2007 d'échapper à la censure du Conseil constitutionnel. En effet, ce dernier n'a pas relevé d'atteinte au principe de nécessité de même qu'au principe d'individualisation des peines.¹²⁰

Pour autant, cette déclaration de conformité à la Constitution ne saurait avoir pour effet d'éluder le débat sur l'opportunité du recours

118. L'article 132-19-2 du Code pénal prévoit, dans ce sens, que « Pour les délits prévus aux articles 222-9, 222-12 et 222-13, au 3° de l'article 222-14, au 4° de l'article 222-14-1 et à l'article 222-15-1, la peine d'emprisonnement ne peut être inférieure aux seuils suivants :

1° Dix-huit mois, si le délit est puni de sept ans d'emprisonnement ;

2° Deux ans, si le délit est puni de dix ans d'emprisonnement.

Toutefois, la juridiction peut prononcer, par une décision spécialement motivée, une peine inférieure à ces seuils ou une peine autre que l'emprisonnement en considération des circonstances de l'infraction, de la personnalité de son auteur ou des garanties d'insertion ou de réinsertion présentées par celui-ci ».

119. Ce dispositif figure aux articles 132-18-1 et 132-19-1 du Code pénal.

120. Conseil constitutionnel, 9 août 2007.

aux peines plancher. Or c'est l'efficacité même des peines plancher qui apparaît discutable. L'idée suivant laquelle une restriction apportée au pouvoir d'individualisation de la peine par les juges serait dissuasive à l'égard des délinquants n'emporte pas la conviction. Sur un plan criminologique, certains auteurs ont ainsi mis en doute « la pertinence criminologique de l'alourdissement de la peine » en rappelant que, si la certitude de la peine déploie des effets dissuasifs, tel n'est pas nécessairement le cas de sa sévérité.¹²¹

En outre, il a été remarqué que la loi manquait sa cible en s'appliquant uniquement à la récidive légale, qui obéit à des conditions très strictes, et non à la réitération de l'infraction qui désigne plus largement la commission d'infractions de nature différente séparées par une condamnation. En effet, le taux de réitération étant beaucoup plus élevé que le taux de récidive, « une loi qui se donne pour mission de lutter contre la récidive ne peut avoir pour effet d'incliner la progression du phénomène criminel ». ¹²²

Enfin, la consécration des peines plancher introduit une remise en cause inutile et vaine du pouvoir d'individualisation des peines et représente une nouvelle manifestation de défiance à l'égard du corps judiciaire, soupçonné de laxisme dans la répression. En contraignant davantage les juges, notamment sur le terrain de la motivation, l'espoir

sous-jacent est de les inciter à davantage de fermeté. Reste qu'un tel mouvement s'inscrit à contresens de l'histoire de la justice en France où précisément l'impératif d'individualisation des peines l'a progressivement emporté sur le système des peines fixes encore présent dans le code pénal de 1791 adopté par les révolutionnaires.

Partant, il convient de revenir sur les peines plancher comme sur la rétention de sûreté qui portent atteinte à la tradition humaniste innervant traditionnellement le droit pénal français.

121. Martine Herzog-Evans, « Récidive », *Encyclopédie de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 3^{ème} édition, 2007.

122. Etienne Verges, *Revue de science criminelle*, 2007.

Des justiciables à égalité

On enseigne que nul n'est censé ignorer la loi. Mais force est de constater que certains la connaissent mieux que d'autres ou, du moins, peuvent avoir un accès privilégié à l'information. La première des inégalités entre les citoyens réside donc dans l'accès au droit, c'est-à-dire dans la connaissance de leurs droits, dans la défense et la préservation de ceux-ci.

« Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits » (article 1 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen) et pourtant, si ces droits existent, les mettre en œuvre se révèle parfois impossible. Certains candidats à des emplois sont toujours éconduits, des abonnés d'opérateurs de téléphonie mobile voient les prix injustement augmentés, des petits actionnaires ne sont jamais informés de la situation de leurs entreprises, et tous ou presque sont empêchés d'obtenir réparation. Les procédures sont malheureusement trop longues et trop coûteuses et s'installe une résignation qui n'est plus acceptable.

Dans le même sens, le principe d'égalité des citoyens devant la loi, qui figure dans la Déclaration des droits de l'homme de 1789, implique en théorie l'égalité des citoyens devant l'application qui est faite de la loi par le juge. En pratique, le principe souffre de trop nombreuses exceptions.

C'est pourquoi une réforme de la justice doit à la fois garantir l'égalité réelle de tous les justiciables y compris du premier d'entre eux, le président de la République (1), des mineurs (4), des prisonniers (5) tant dans l'accès au droit que dans l'accès au juge (2) dans la promotion des droits (3).

SOUMETTRE LE PRÉSIDENT DE LA RÉPUBLIQUE AUX PRINCIPES D'ÉGALITÉ DEVANT LA LOI ET DEVANT LA JUSTICE POUR LES ACTES ÉTRANGERS À SES FONCTIONS

Alors que les citoyens exigent une soumission de la vie politique aux règles de droit, dont le retour à la normalité du titulaire de la magistrature suprême est une concrétisation emblématique, le privilège de juridiction, garanti au chef de l'Etat par la Constitution, reste mal compris et mal accepté. Plus de dix ans après les premiers débats sur la question, à la suite de la décision du Conseil constitutionnel du 22 janvier 1999, la normalisation et la modernisation de la responsabilité du chef de l'Etat sont d'autant plus nécessaires qu'elles ont été longuement attendues. A cet égard, la révision constitutionnelle du 23 février 2007 n'a pas assouvi la demande d'un respect accru du principe d'égalité devant la loi.

Le statut juridictionnel du président de la République reste, en effet, empreint d'un profond paradoxe qui entache non seulement la fonction, mais aussi l'ensemble des institutions au cœur desquelles elle s'inscrit. Là où nos concitoyens demandent l'exemplarité due à

l'éminence de la fonction, la Constitution consacre l'inviolabilité de son titulaire. L'exemplarité est ainsi postulée, en organisant en droit l'impossibilité de la mettre en cause pendant toute la durée du mandat. Le seul recours, radical, serait de destituer le président de ses fonctions afin qu'il retrouve son statut de citoyen ordinaire. Mais, si cette voie a été prévue par la Constitution, elle reste privée d'effectivité en l'absence de loi organique fixant les conditions de son application. Le déséquilibre est patent : la fonction est protégée au bénéfice de son titulaire, mais rien ne peut être entrepris contre ce dernier si celui-ci en abuse.

La réforme du système de responsabilité du président de la République permettrait de lever l'impunité résultant de son statut juridictionnel actuel.

En premier lieu, il conviendra de parachever le dispositif de destitution du chef de l'Etat en cas de « manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat ». La convergence des majorités dans les deux assemblées devrait enfin permettre l'adoption rapide de la loi organique fixant les modalités de destitution devant la Haute Cour, seule pièce manquante à ce jour dans le système de responsabilité politique mis en place en 2007. Pourra ainsi reprendre son cours la procédure législative, initiée par la proposition de loi organique, présentée par François Patriat et les membres du groupe socialiste du Sénat le 28 octobre 2009, puis adoptée en première lecture par le Sénat et transmise à l'Assemblée nationale le 16 novembre 2011. La possibilité d'un renvoi anticipé du président de la République à son statut de citoyen ordinaire pouvant désormais être aisément

établie, elle est exclue du champ de cette étude, consacrée à la refondation de la justice en France et non aux rapports entre les pouvoirs exécutif et législatif.

En second lieu, la réforme de la responsabilité présidentielle exige de soumettre le chef de l'Etat aux tribunaux de droit commun pour les actes étrangers à ses fonctions, qu'ils aient été commis antérieurement ou pendant le mandat. L'inviolabilité dont bénéficie actuellement le chef de l'Etat vient en effet reléguer le principe d'égalité devant la loi au rang d'exception. Il convient d'inverser cette hiérarchie des principes, non conforme à l'esprit républicain qui anime les Constitutions modernes. L'égalité devant la loi et devant la justice doit ainsi être restaurée en tant que principe, l'inviolabilité n'étant qu'une exception, strictement proportionnée aux exigences de protection de la fonction présidentielle.

La « cloche judiciaire »¹²³ que constitue l'inviolabilité présidentielle étant injustifiable (1), la primauté des principes d'égalité devant la loi et devant la justice devra être rétablie (2).

Une « cloche judiciaire » injustifiable

Le système constitutionnel actuel, consacrant un principe d'inviolabilité absolu, général et attractif, ne s'inscrit ni dans la tradition républicaine française ni dans une pratique généralisée des Républiques parlementaires européennes.

123. Selon l'expression de Robert Badinter.

La consécration constitutionnelle d'un principe absolu, général et attractif

La révision constitutionnelle du 23 février 2007, largement inspirée des recommandations de la commission présidée par le professeur Pierre Avril, visait à clarifier le statut juridictionnel du chef de l'Etat, dans le contexte d'interprétations divergentes de l'ancien article 68 de la Constitution, par le Conseil constitutionnel et la Cour de cassation.

Deux lectures pouvaient, en effet, être effectuées de cet article, au terme duquel « [l]e Président de la République n'est responsable des actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions qu'en cas de haute trahison. Il ne peut être mis en accusation que par les deux assemblées statuant par un vote identique au scrutin public et à la majorité absolue des membres les composant ; il est jugé par la Haute Cour de justice ». La seconde phrase était-elle indépendante de la première, auquel cas le privilège de juridiction couvrirait l'ensemble des actes du président de la République (ceux exercés en dehors des fonctions ainsi que la haute trahison) ? Les deux phrases étaient-elles, au contraire, liées, limitant ainsi la compétence de la Haute Cour de justice à la seule haute trahison ?

Saisi par le président de la République et le Premier ministre, en vue d'examiner la conformité à la Constitution du traité instituant la Cour pénale internationale, le Conseil constitutionnel s'était prononcé, le 22 janvier 1999, en faveur de la thèse du privilège général de juridiction. Mais, le 10 octobre 2001, la Cour de cassation, en assemblée plénière, avait retenu la seconde thèse d'un privilège de juridiction

limité, tout en accordant au président de la République une inviolabilité temporaire en lien avec sa mission, assortie de la suspension de la prescription de l'action publique.

La Commission Avril, nommée par le président Jacques Chirac à la suite de sa promesse de campagne, a proposé de confirmer l'inviolabilité temporaire du chef de l'Etat pour les actes n'ayant pas de rapport avec sa fonction. La proposition adoptée par le pouvoir constituant en 2007 applique désormais au président de la République la distinction opérée pour les parlementaires entre, d'une part, l'inviolabilité, obstacle de procédure, pendant la durée du mandat et, d'autre part, l'irresponsabilité, immunité de fond, pour les actes liés aux fonctions.

Si l'inviolabilité est temporaire, elle est néanmoins absolue, générale et attractive. Elle est absolue en droit interne, en ce qu'elle ne souffre aucune exception, les responsabilités civile et pénale du chef de l'Etat ne pouvant être engagées qu'à l'issue de son mandat, éventuellement précipitée par une procédure de destitution. Elle est générale car, aux termes de l'article 67 alinéa 2 de la Constitution, le président de la République ne peut « devant aucune juridiction ou autorité administrative française, être requis de témoigner non plus que faire l'objet d'une action, d'un acte d'information, d'instruction ou de poursuite ». Le champ de l'inviolabilité présidentielle est particulièrement étendu : pénal, civil mais aussi administratif. Elle s'applique également au témoignage, qui ne peut être requis, mais qui peut être produit spontanément par le chef de l'Etat. Les autres actes sont en

revanche couverts par le principe de l'indisponibilité des immunités. Enfin, elle est attractive, car elle bénéficie également aux collaborateurs du chef de l'Etat, comme l'a reconnu la Chambre d'instruction de la Cour d'appel de Paris, dans sa décision du 7 novembre 2011 dans l'affaire dite des sondages de l'Elysée. Ainsi le juge d'instruction ne pouvait-il pas ouvrir une information judiciaire faisant suite à une plainte avec constitution de partie civile dirigée contre le directeur de cabinet du président de la République, signataire d'un contrat avec une société privée, portant notamment sur la réalisation de sondages. Déjà en mai 2007, les services de l'Elysée avaient refusé une perquisition, au nom de l'article 67 de la Constitution, dans le cadre de l'instruction de la plainte avec constitution de partie civile de la veuve du magistrat Borrel, retrouvé mort à Djibouti en 1995. Alors même que la situation des collaborateurs du président n'avait pas été envisagée en 2007, le raisonnement de la Cour d'appel « témoigne de la dimension invasive de l'immunité pénale accordée au président de la République par la révision constitutionnelle de 2007 », comme le soulignait Olivier Béaud en 2011.¹²⁴ La Commission Avril avait au contraire proposé, dans un autre domaine, que tous les contrats de travail auquel le président était partie soient transférés à un tiers afin de laisser ouverte la voie prud'homale à ses salariés, excluant ainsi que l'inviolabilité puisse être étendue à des tiers.

Si l'inviolabilité présidentielle est fondée sur trois principes constitutionnels au cœur de notre conception de l'Etat – l'unité de la Nation, la continuité de l'Etat et la séparation des pouvoirs –, ces

124. Olivier Béaud, « L'extension de l'immunité pénale aux collaborateurs du président. Un retour à la raison d'Etat ? », *Recueil Dalloz*, n° 43, 8 décembre 2011.

derniers n'exigent pas pour autant une inviolabilité aussi étendue que celle prévue par notre texte constitutionnel.

Parce qu'il « veille au respect de la Constitution », qu'il « assure, par son arbitrage, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que de la continuité de l'Etat » et qu'il « est le garant de l'indépendance nationale, de l'intégrité du territoire et du respect des traités » (article 5 de la Constitution de 1958), le président de la République bénéficie d'une protection inégalée par rapport aux autres titulaires de fonctions publiques. Inviolable pendant toute la durée de son mandat, sous réserve des cas extrêmes de destitution ou de mise en cause devant la Cour pénale internationale, son exemplarité est postulée. Or nulle hypothèse ne vaut tant qu'elle ne peut subir l'épreuve des faits. Il ne s'agit pas de harceler judiciairement le chef de l'Etat mais d'avoir la possibilité en droit de mettre en cause sa responsabilité, tout en veillant à l'établissement de garde-fous contre d'éventuelles manœuvres abusives et partisans.

Un principe en rupture avec la tradition républicaine française

Le principe d'inviolabilité a souvent été présenté comme une constante des systèmes constitutionnels français. Or, lié au régime monarchique (Constitutions de 1791, 1814 et 1830 aux termes desquelles « La personne du roi est inviolable et sacrée »), il ne semblait pas avoir survécu à l'avènement de la République.

Ainsi, l'article 100 de la Constitution de 1848 prévoyait un privilège de juridiction et non une inviolabilité (seule compétence de la

Haute Cour de justice, y compris en matière pénale). La procédure était politico-judiciaire, le président de la République étant poursuivi sur l'accusation portée par l'Assemblée nationale et pour crimes et délits déterminés par la loi.

De même, la Constitution de la III^{ème} République ne prévoyait pas une inviolabilité, mais un privilège de juridiction : la Loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 (article 12) disposait en effet que le président de la République « ne peut être mis en accusation que par la Chambre des députés et ne peut être jugé que par le Sénat » (disposition indépendante de celle relative à la haute trahison, qui figurait dans une Loi constitutionnelle distincte – celle du 25 février 1875 (article 6) – et dont la portée s'étendait donc aux actes étrangers à la fonction).

Enfin, aux termes de l'article 42 de la Constitution du 27 octobre 1946, le privilège de juridiction était limité à la haute trahison, la doctrine considérant que les actes étrangers à la fonction relevaient alors du droit commun.

Rappelons en outre qu'en 1974, sous l'empire de la Constitution de 1958, avant sa révision de 2007, le président Giscard d'Estaing, cité devant le Tribunal correctionnel de Paris, avait accepté de se présenter et de témoigner dans le cadre d'une affaire de délit d'affichage électoral illégal, lors de la campagne pour l'élection présidentielle.

A cet égard, si la révision constitutionnelle du 23 février 2007 a permis une clarification du droit applicable, elle n'en a certainement pas permis la modernisation.

Un principe écarté par de nombreuses Républiques européennes

Aucune pratique généralisée ne consiste, dans les Républiques, à soustraire le magistrat suprême à l'emprise du droit et de la justice ordinaire, pendant l'exercice de son mandat, pour les actes qui lui sont étrangers.

Si l'inviolabilité du chef de l'Etat est une constante des régimes monarchiques, elle est plus rare dans les Constitutions républicaines, où sa reconnaissance est le plus souvent liée à des circonstances historiques particulières, comme en Grèce (article 49 alinéa 1), au Portugal (article 133 alinéa 4) et en Israël (article 14). Dans les nouvelles Constitutions des pays de l'Est, la Russie (article 91), la Hongrie et la République tchèque ont également fait ce choix exprès.

En Irlande et en Finlande, où le président est, sauf exception, élu au suffrage universel direct, ainsi qu'en Italie, la Constitution reste silencieuse sur l'hypothèse d'une infraction pénale ordinaire. Les dispositions sur la responsabilité du président de la République ne traitent en effet, dans le cadre d'une procédure plus politique que pénale, que de « haute trahison ou de crime contre l'humanité » (Finlande, article 113 de la Constitution de 1999), de « mauvaise conduite spécifiée » (Irlande, article 12-10e de la Constitution de 1937) ou encore de « haute trahison ou d'attentat contre la Constitution » (Italie, article 90 de la Constitution). Dans le silence de la Constitution, la doctrine considère le plus souvent que le droit commun demeure applicable à la personne du président de la République. En Italie, où la doctrine reste divisée, la Cour de cassation

a considéré le 27 juin 2000 que des poursuites pouvaient être engagées contre le président, devant le juge ordinaire, pour des faits étrangers à l'exercice de ses fonctions.

En Autriche et en Islande, où le président est élu directement par le peuple, ainsi qu'en Allemagne, la Constitution prend le soin d'éviter un tel flou juridique et prévoit explicitement le cas de poursuites pénales, devant les juridictions ordinaires, contre le chef de l'Etat, mais assorties d'un filtre politique, les poursuites devant être préalablement autorisées par le Parlement (article 63 alinéa 1 de la Constitution autrichienne ; article 11 de la Constitution islandaise ; article 60-IV de la Loi fondamentale allemande). L'Estonie et la Lettonie ont également suivi ce modèle.

Dans le régime présidentiel américain et ses épigones, le constituant a fait le choix, avec la procédure d'*impeachment*, d'une fusion des responsabilités politique et pénale pour les actes liés aux fonctions. Mais, pour les actes détachables et en matière civile, le président des Etats-Unis reste justiciable des tribunaux ordinaires, conformément à l'arrêt de la Cour suprême de 1997 *Clinton v. Jones*. Notons que la Cour suprême avait alors rejeté l'ajournement du procès à l'expiration du mandat. En matière pénale, la question n'est pas tranchée. Mais la doctrine considère que, aussi longtemps que le président est en fonction, il ne peut faire l'objet d'une arrestation, d'un emprisonnement ou d'une détention.

Ainsi, aucune tradition constitutionnelle française ni pratique généralisée dans les régimes républicains ne justifie de soumettre les

principes d'égalité devant la loi et devant la justice à une inviolabilité absolue de la fonction présidentielle.

Rétablir la primauté de l'égalité devant la loi et devant la justice

La réforme proposée est largement inspirée de la proposition de loi constitutionnelle n° 3091, présentée, le 29 mai 2001, devant l'Assemblée nationale, par Jean-Marc Ayrault, Bernard Roman, François Hollande, André Vallini et les membres du groupe socialiste et apparentés, tout en la complétant, pour ne pas la limiter à la matière pénale et pour tenir compte de l'évolution récente de la pratique institutionnelle. Elle vise à supprimer les alinéas 2 et 3 de l'article 67 relatifs au régime d'invulnérabilité du président de la République et à leur substituer un régime de responsabilité civile et pénale devant les tribunaux ordinaires, assorti d'un filtre de nature à éviter les actions abusives, nuisibles à l'exercice serein de la fonction.

Un système cohérent avec les immunités constitutionnelles accordées aux autres organes constitués

Les réformes constitutionnelles antérieures visant à faire prévaloir l'Etat de droit sur la vie politique se sont arrêtées au seuil de la fonction présidentielle, octroyant ainsi au chef de l'Etat un statut dérogatoire, anachronique et peu cohérent avec les régimes réservés aux autres institutions. Les réformes successives du 27 juillet 1993 et du 4 août 1995, portant respectivement sur la responsabilité des ministres et sur

celle des parlementaires, ont permis un certain alignement de leurs régimes constitutionnels sur le droit commun.

Les ministres sont désormais responsables pénalement des actes liés à leurs fonctions dans le cadre d'une procédure assouplie devant la Cour de justice de la République (articles 68-1 à 68-3 de la Constitution). Toute personne qui se prétend lésée par un crime ou un délit commis par un membre du gouvernement dans l'exercice de ses fonctions peut porter plainte auprès d'une commission des requêtes, qui ordonnera soit le classement de la procédure, soit sa transmission au procureur général près la Cour de cassation, aux fins de saisine de la Cour de justice de la République. Dans le silence de la Constitution, les ministres sont soumis au droit commun pour les actes commis en dehors de leurs fonctions, comme l'a confirmé la Cour de cassation le 26 juin 1995.

S'agissant des parlementaires, la réforme de 1995 a renforcé les limites de leur inviolabilité, qui ne s'oppose plus à l'engagement des poursuites même pendant la durée des sessions (article 26 de la Constitution). L'inviolabilité parlementaire ne subsiste que pour les mesures privatives de liberté, telles que la garde à vue, l'arrestation ou la détention, ou simplement restrictives de liberté, comme certaines mesures de contrôle judiciaire.

Reste le sort réservé au président de la République qui, aux termes de la réforme proposée, serait soumis à un régime aligné sur le droit commun, tant en matière pénale que civile, sous réserve d'un filtre adapté à sa fonction, soit de nature politico-judiciaire (*cf. infra*).

Le régime de responsabilité ne saurait néanmoins être absolu et général sous peine de risquer la mise en péril de la fonction présidentielle : comment envisager en effet que le président de la République puisse être l'objet de mesures privatives ou restrictives de liberté tout en continuant à exercer ses fonctions ? La procédure d'empêchement temporaire ou définitif, constaté par le Conseil constitutionnel, prévue par l'article 7 de la Constitution risquerait en effet d'être dévoyée au profit d'une nouvelle forme de responsabilité, transformant radicalement l'équilibre de nos institutions. C'est pourquoi l'inviolabilité devrait perdurer pour les mesures restrictives ou privatives de liberté, la procédure de destitution – prochainement effective avec l'adoption de la loi organique – restant alors la voie de recours ultime pour soumettre la personne du chef d'Etat au juge ordinaire.

Une immunité résiduelle par l'établissement d'un filtre politico-judiciaire

Si l'égalité devant la loi et devant la justice doit être restaurée, la réforme devra néanmoins veiller à préserver l'institution présidentielle d'un harcèlement judiciaire non canalisé. C'est pourquoi, comme dans toutes les démocraties excluant l'inviolabilité du président, un filtre devra être établi.

Les options possibles

La proposition de loi constitutionnelle n° 3091, présentée en 2001, prévoyait la création d'une commission des requêtes dont la

composition, destinée à être fixée par une loi organique, était calquée sur l'instance chargée de lever l'inviolabilité parlementaire. Elle aurait ainsi été constituée de deux magistrats du siège à la Cour de cassation, de deux conseillers d'Etat et de deux conseillers maîtres à la Cour des comptes. Le choix d'une commission des requêtes composée de magistrats plutôt que des assemblées parlementaires visait à éviter de donner une publicité injustifiée à des requêtes oiseuses ou abusives. Pour autant, le droit comparé nous enseigne que le rôle de filtre est habituellement confié aux assemblées parlementaires, en qualité de représentation nationale. Ainsi en est-il dans toutes les Républiques européennes rejetant le principe d'inviolabilité absolue.

La proposition de loi constitutionnelle n° 3817, présentée devant l'Assemblée nationale par Noël Mamère le 18 octobre 2011, recommande un dispositif différencié, selon la nature des actes envisagés à l'encontre du président de la République :

- le président de la République ne pourrait être appelé à témoigner, ni faire l'objet d'un acte d'information, d'instruction ou de poursuite qu'après avis public et motivé d'une commission composée de magistrats du siège à la Cour de cassation, de conseillers d'Etat et de conseillers maîtres à la Cour des comptes désignés pour cinq ans, présidée par le premier président de la Cour de cassation ;
- mais il ne pourrait faire l'objet, en matière criminelle ou correctionnelle, d'une arrestation ou de toute autre mesure privative ou restrictive de liberté qu'avec l'autorisation de l'Assemblée nationale statuant à la majorité absolue de ses membres, cette autorisation n'étant pas requise en cas de crime ou délit flagrant ou de condamnation définitive.

Quatre options sont ainsi envisageables : une commission des requêtes exclusivement constituée de magistrats ; un filtre exclusivement composé de parlementaires (les deux assemblées, l'une d'entre elles ou une émanation de ces dernières) ; un dispositif différencié selon qu'il s'agit d'une mesure privative ou restrictive de liberté ou non ; enfin, une commission mixte, composée à la fois de parlementaires et de magistrats. C'est cette dernière option qui est proposée.

La solution préconisée

Le principe de séparation des pouvoirs exige que le chef de l'Etat, également chef de l'exécutif dans notre système constitutionnel, ne puisse voir l'exercice de sa fonction entravé par des manœuvres abusives du pouvoir législatif ou de l'autorité judiciaire. Une commission mixte réunissant des magistrats, comme le prévoyait la proposition de loi constitutionnelle n° 3091, mais aussi des parlementaires, comme dans les systèmes constitutionnels étrangers, serait de nature à éviter une instrumentalisation de ce filtre politique.

A cet égard, les débats sur la composition de la commission *ad hoc* prévue par la proposition de loi organique portant application de l'article 68 de la Constitution ont mis en évidence l'intérêt de la formule proposée par l'amendement de Jean-Pierre Sueur. Ce dernier prévoyait une commission *ad hoc*, chargée de l'information de la Haute Cour, composée de douze membres élus pour moitié par l'Assemblée nationale et par le Sénat selon la représentation proportionnelle des groupes au sein de chaque assemblée. A cette composition pluraliste, pourraient

se joindre deux magistrats du siège à la Cour de cassation, deux conseillers d'Etat et deux conseillers maîtres à la Cour des comptes.

Mettre fin à l'asymétrie inacceptable du statut contentieux du président de la République

La conséquence la plus désastreuse de la révision constitutionnelle de 2007 n'avait été prévue ni par la Commission Avril, ni par le pouvoir constituant, compte tenu de la réserve observée jusque-là par les présidents dans l'exercice de leur droit ordinaire d'accès à la justice. L'immunité et les prérogatives attachées à la fonction exigent en effet que son titulaire s'abstienne au maximum de saisir la justice à titre privé. Or, pendant toute la durée de son mandat, Nicolas Sarkozy a refusé cette contrepartie de la fonction : recours contre Ryanair pour atteinte au droit à l'image ; contre *Le Nouvel Observateur* pour faux, usage de faux et recel (affaire du SMS attribué à Cécilia Sarkozy ; la plainte sera retirée) ; contre l'ancien Directeur général des renseignements généraux pour atteinte à la vie privée et dénonciation calomnieuse ; constitution de partie civile dans l'affaire Clearstream ; pour escroquerie à la carte bleue ou encore dans une affaire de tee-shirt. L'asymétrie de son statut contentieux, liée à son immunité et à ses prérogatives constitutionnelles, emporte deux conséquences potentielles, sources de dysfonctionnements pour le bon déroulement de la justice : une rupture « structurelle » de l'égalité des armes et un déséquilibre dans le statut de la partie civile dans une instance pénale.

Rupture de l'égalité des armes, d'abord

Dans l'affaire Clearstream, le Tribunal de grande instance de Paris a jugé le 28 janvier 2010 que le président de la République pouvait, à l'instar de tout citoyen, librement faire valoir ses droits en justice, y compris lorsqu'il est en fonction.

Mais, comme l'a rappelé le représentant du parquet général près la Cour de cassation, dans l'affaire de l'escroquerie à la carte bleue, « l'exercice de l'action civile par le président de la République devant une juridiction pénale (...) paraît incompatible avec l'exercice de ses pouvoirs institutionnels : le fait qu'une autorité soumette à ceux-là mêmes qui relèvent de son pouvoir de nomination le soin de trancher un litige qui concerne ses intérêts privés est de nature à donner l'apparence aux autres parties, comme au public, que le procès n'obéit pas aux règles d'un procès équitable ».

Cette question a également été soulevée devant le Conseil d'Etat dans un autre rebondissement de l'affaire Clearstream, à l'occasion du recours en annulation, formé par Dominique de Villepin, contre le décret du président de la République du 21 octobre 2008. Le décret attaqué avait pour effet de maintenir dans ses fonctions le magistrat instructeur chargé de l'affaire, alors que le requérant avait par ailleurs été mis en examen et que le président de la République était, à titre personnel, partie civile. Si le Conseil d'Etat a, en l'espèce, rejeté la requête, le rapporteur public s'est néanmoins interrogé sur la rupture structurelle dans le statut de l'égalité des armes, dérogé par la CEDH

et défini comme « l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause (...) dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire », principe fondamental du procès équitable, qui caractérise l'ensemble du droit à la justice.

Ces interrogations posent en outre la question fondamentale du statut du parquet, étudiée par ailleurs.

Déséquilibre dans le statut de la partie civile, ensuite

Le chef de l'Etat peut se constituer partie civile dans les conditions du droit commun. Or, bénéficiant d'une immunité constitutionnelle, il reste à l'abri des actions ou dispositifs prévus par le droit commun pour sanctionner les éventuels abus de l'action civile. Autre déséquilibre inacceptable.

Le régime résultant de la réforme proposée vise donc à restaurer l'égalité devant la justice, afin de concilier les prérogatives constitutionnelles du chef de l'Etat, notamment en matière de nomination des magistrats, avec sa possibilité, strictement encadrée, de se porter partie civile. A cette fin, la commission des requêtes serait fondée à demander au chef de l'Etat de s'abstenir ou de se retirer d'une instance dans laquelle il se serait constitué partie civile.

L'égalité devant la loi et devant la justice est la règle, l'inviolabilité présidentielle l'exception. Parfaire notre Etat de droit, en établissant un réel Etat de justice, tel est l'objet de la réforme ainsi proposée.

FAVORISER L'ACCÈS AU DROIT ET À LA JUSTICE

La restauration du principe du juge naturel

Le principe d'égalité de tous les individus devant la loi et devant le juge n'est pas toujours respecté. Concrètement, bien des justiciables se trouvant dans des situations identiques ne sont pas jugés dans des conditions semblables, c'est-à-dire par un tribunal selon les mêmes règles de procédure et de fond. Il est temps de replacer les justiciables dans des conditions d'égalité et de consacrer un droit au juge naturel.

La notion de juge naturel, que l'on nomme aussi juge légal, est une notion quelque peu oubliée en France mais qui a été constitutionnelle jusqu'au milieu du XIX^{ème} siècle. Le principe avait été consacré dans les lois des 16 et 24 août 1790 indiquant que les justiciables ne devaient pas « être distraits de leur juges naturels ». Autrement dit une affaire ne pouvait être confiée à un autre juge qu'à celui auquel elle aurait dû être attribuée *en vertu de la loi*. Si la *loi*, dont il est ici question, s'entend aussi bien des règles de compétence que de celles qui régissent la répartition des affaires au sein des formations ou des magistrats d'un même tribunal, ce sont les règles relevant de cette dernière catégorie qui sont principalement concernées. Les règles de compétence sont en effet générales et impersonnelles et résultent, selon la matière, de la loi (procédure pénale) ou d'un décret (procédure civile) ; leur mise en œuvre donne lieu à une jurisprudence bien établie de telle sorte que le résultat auquel elle aboutit présente un caractère quasi-mécanique.

Bien différemment, en l'état de notre droit, la répartition des affaires au sein d'une juridiction judiciaire française (ces règles n'ont pas cours devant les juridictions administratives) résulte, en vertu du Code de l'organisation judiciaire, d'une ordonnance, dite « de roulement », prise par son président après avis (consultatif) de l'assemblée générale des magistrats du siège ou d'une commission qui en est l'émanation. Etonnamment, ces décisions, dont les effets sont pourtant loin d'être anodins, sont jusqu'à présent du moins regardées comme ayant la nature de mesures d'administration judiciaire, ultime survivance ou presque de ces mesures d'ordre intérieur qui ont pour singularité d'échapper à tout contrôle juridictionnel, en d'autres termes de s'établir et de demeurer quasiment hors du droit.

Néanmoins, quelques affaires médiatisées ont, au fil du temps, soulevé la question de la validité et de la justesse de cette manière de procéder. La règle a le mérite de la souplesse. Elle n'en heurte pas moins, de plus en plus, les principes fondamentaux de la procédure et, en particulier, celui de l'indépendance du juge. Elle paraît même contraire aux recommandations du Conseil de l'Europe et à la jurisprudence récente de la CEDH¹²⁵ : le changement arbitraire dans la distribution d'une affaire et l'absence de recours contre cette mesure ont été jugés contraire à l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. La recommandation du Comité des ministres aux Etats membres du 17 novembre 2010 sur « les juges : indépendance, efficacité

125. CEDH, 5 octobre 2010, *DMD Group c/ Slovaquie*.

et responsabilité » souligne également que : « la répartition des affaires devrait obéir à des critères objectifs préétablis de manière à garantir le droit à un juge indépendant et impartial » (chapitre 3, point 24). Cette même recommandation indique que « lorsque les juges estiment que leur indépendance est menacée, ils devraient pouvoir se tourner vers les conseils de la justice ou vers une autre autorité indépendante ou disposer de voies effectives de recours ».

La traditionnelle notion de juge naturel participe de l'indépendance du juge. Elle correspondrait à ce que l'on nomme parfois l'indépendance interne de la magistrature. Sa restauration apparaît aujourd'hui nécessaire. Elle correspond à une tradition française, aujourd'hui partagée par de nombreux pays européens. Elle est destinée à éloigner toute tentation de « choisir les juges ».

Les pouvoirs autoritaires – l'histoire l'enseigne – savent se réserver une telle possibilité. Aussi bien de nombreux pays européens ont-ils adopté ce principe en retrouvant ou en accédant à la démocratie après des épisodes dictatoriaux.

Il n'est pas indifférent de relever que c'est l'Etat français du régime de Vichy qui, dans notre pays, s'est écarté de ce principe du « juge naturel » par une loi de 1943. Précédemment, une ordonnance du 17 octobre 1820 fixait ainsi la manière traditionnelle de procéder : « dans la dernière quinzaine qui précède les vacances, une commission, composée du premier président, des présidents de chambre et du plus ancien conseiller de chacune des chambres, d'après l'ordre du tableau,

fixera le roulement des conseillers dans les chambres dont la cour est composée ». La loi n° 437 du 14 août 1943 signée par Pierre Laval et Maurice Gabolde s'est éloignée de cette assez longue tradition en indiquant que désormais l'ordonnance de roulement serait l'œuvre du seul président de la juridiction : « dans la première quinzaine de juillet, une ordonnance du premier président, après avis du procureur général, fixe pour l'année judiciaire suivante la répartition dans les chambres de la cour des présidents de chambre et conseillers dont cette cour est composée » (article 1^{er} et article 5 pour les tribunaux). Il est difficile, aujourd'hui, de déterminer avec certitude les raisons qui ont inspiré les auteurs de cette réforme puisque, le parlement ayant été mis en sommeil et le pouvoir législatif étant alors exercé par le pouvoir exécutif (acte constitutionnel n° 2 du 11 juillet 1940), il n'existait pas de débat parlementaire susceptible de le faire apparaître. Pour autant, l'intention de remettre en de hautes et fortes mains le choix du juge apparaît probable.

La loi du 14 août 1943 n'en a pas moins été confirmée par l'ordonnance n° 45-2280 du 9 octobre 1945 portant « validation de textes de l'autorité de fait, émanant du ministère de la Justice ». La règle qu'elle fixait est aujourd'hui reprise en des termes analogues à l'article L.121-3 du Code de l'organisation judiciaire : « chaque année, le premier président de la Cour de cassation, le premier président de la cour d'appel, le président du tribunal de grande instance, et le magistrat chargé de la direction et de l'administration du tribunal d'instance répartissent les juges dans les différents services de la juridiction ». Elle est certes très sensiblement atténuée par l'obligation de soumettre le projet d'ordonnance de roulement à l'assemblée générale des magistrats du siège de la cour

d'appel ou du tribunal de grande instance¹²⁶ ou en cas de modification dictée par l'urgence de la commission restreinte de cette assemblée. Il reste qu'un tel avis est simple et donc non contraignant.

Il serait excessif et injuste de prétendre que les premiers présidents des cours d'appel et les présidents des tribunaux font un usage abusif de leurs pouvoirs à cet égard et ne prennent pas en considération les avis des assemblées générales de magistrats. Les cas où un magistrat est déplacé d'une chambre à l'autre sans son accord et, plus encore, ceux où une affaire est retirée à un juge sont bien rares et se heurtent, le cas échéant, à de fortes réactions, dissuasives. Pourtant, cette situation n'est pas entièrement satisfaisante, puisqu'elle reste possible. Elle laisse place sinon à des abus du moins à la suspicion, dont témoigne quelquefois l'actualité, qu'il importe de chasser d'un domaine aussi sensible et qui touche d'aussi près à l'indépendance et à l'impartialité du juge.

Nous n'aurions qu'à gagner à nous inspirer de la sagesse de ceux des Etats voisins que des dérives ont conduit à constitutionnaliser le principe du « juge naturel ». Leurs législations prescrivent généralement qu'un mode objectif de désignation doit être prévu et qu'une commission (le présidium en Allemagne) doit se charger de répartir les juges à l'intérieur d'un tribunal. Elles instaurent souvent (Allemagne, Espagne) des voies de recours contre des modifications de l'ordonnance

126. Respectivement articles R. 312-42 et R. 212-37 du Code de l'organisation judiciaire.

de règlement affectant, en cours d'année, la répartition des juges entre les chambres ou des affaires entre les juges.

Notre proposition vise à modifier les dispositions pertinentes du Code de l'organisation judiciaire (article L. 121-3, en particulier) à l'effet de prévoir que la répartition des juges dans les différents services de la juridiction comme les règles de distribution des affaires au sein de ceux-ci seront arrêtées pour une année aux termes d'une ordonnance prise sur proposition du président de la juridiction, après avis conforme, délibéré, à la majorité de ses membres, par un collège constitué des six magistrats les plus anciens dans la liste de rang.

Les modifications infra-annuelles qui pourraient être apportées à cette ordonnance, quel qu'en soit le motif (mouvements, congé ou indisponibilité des magistrats concernés ; nécessités inhérentes à un « grand procès »...), seraient prises suivant la même procédure. Ces ordonnances seraient susceptibles de recours. Il devrait exister un recours à la disposition des parties mais aussi des juges concernés contre l'ordonnance de roulement et en cas de modification en cours d'année des règles d'affectation dans les chambres des dossiers et des juges (qui surviennent nécessairement en raison de départ à la retraite, maladie, abstention, etc.). Enfin, pour parvenir à ces modifications, l'ordonnance de roulement devrait être requalifiée en acte administratif. L'on pourrait imaginer un recours gracieux devant la commission et, en cas d'échec, un recours devant le Conseil supérieur de la magistrature, voire la Cour de cassation. La CEDH pourrait imposer une telle évolution en invoquant le principe d'indépendance et d'impartialité du juge et en

s'inspirant des recommandations précitées du Conseil de l'Europe. Elle mettrait en pratique les dispositions du Code de l'organisation judiciaire sur l'impartialité du juge.

L'accès au droit

« Dans une société démocratique fondée sur le respect de la loi, l'accès à la justice et, plus largement, au droit est l'une des conditions de l'effectivité du pacte social et, de ce point de vue, que certains n'aient pas de droits ou ne soient pas en mesure de les faire respecter est, dans les deux cas, un échec pour la société tout entière ».¹²⁷

L'accès au droit est un concept simple : il s'agit pour le citoyen de connaître l'existence de ses droits et d'en comprendre l'étendue afin d'être en mesure de les mettre en œuvre efficacement. L'accès au droit joue un rôle fondamental dans la lutte contre l'exclusion : la détection et le traitement des besoins juridiques permettent souvent d'apporter une réponse à une situation sociale difficile (par exemple par l'ouverture d'un droit à prestations) ou de la prévenir (par exemple en mettant un locataire en situation d'exercer ses droits à l'occasion d'une procédure d'expulsion). L'accès au droit est donc à la fois une prérogative citoyenne et une nécessité sociale.

127. George Pau-Langevin et Philippe Gosselin, Rapport d'information n° 3319, Assemblée nationale, Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, 6 avril 2011.

En dépit d'une nette prise de conscience par les pouvoirs publics de l'importance de l'aide à l'accès au droit depuis vingt ans, l'inégalité devant l'accès au droit demeure. Pour s'en convaincre, il suffit de rappeler par exemple que plus de 60% des locataires convoqués aux fins d'expulsion devant le juge d'instance ne comparaissent pas, dans l'ignorance des droits qu'ils pourraient mettre en œuvre. Cette inégalité constitue une préoccupation essentielle car elle alimente le sentiment d'éloignement de la justice ressenti par de nombreux citoyens.

Un constat s'impose : même s'il est prévu par les textes, l'accès au droit souffre aujourd'hui d'un délaissement par les pouvoirs publics. Le budget qui y est consacré est dérisoire et aucune politique publique d'envergure nationale n'a été mise en œuvre. L'importance du sujet est telle qu'il est indispensable aujourd'hui d'adopter une politique ambitieuse dans le but de mettre en place un véritable service public de l'accès au droit, comme le proposait déjà il y a plus de dix ans la commission Paul Bouchet¹²⁸ chargée par le garde des Sceaux de l'époque de former des propositions en la matière.

La réflexion sur l'accès de tous au droit est née dans les années 1970 par l'intermédiaire d'actions militantes telles que le mouvement des boutiques du droit en France ou le développement des *neighbourhood centers* au Royaume-Uni. L'accès au droit a été porté par l'action associative jusque dans les années 1990, période durant laquelle,

128. Paul Bouchet, Dominique Charvet, Bertrand Fragonard, Tiennot Grumbach, Florence Ovaere, Pascale Fombeur, *La réforme de l'accès au droit et à la justice*, Commission de réforme de l'accès au droit et à la justice, 2001.

sous l'impulsion de deux gouvernements de gauche, le parlement a adopté deux textes très importants : les lois de 1991 et de 1998 qui ont consacré et mis en œuvre le principe de l'aide à l'accès au droit pour le plus grand nombre.

Ont ainsi été institués des Conseils départementaux de l'accès au droit (CDAD), pilotes de l'accès au droit à l'échelon du département. Ces groupements d'intérêt public qui rassemblent l'institution judiciaire, les professionnels du droit et les représentants des collectivités territoriales et des associations opèrent comme des outils de coordination des actions d'accès au droit dans le département et sont censés veiller à la mise en place d'un réseau d'accès au droit cohérent permettant une diffusion efficace de l'information juridique dans sa population.

Toutefois, la réalité est différente. Disposant de très peu de moyens, l'action des CDAD n'est pas la même partout, certains départements – certes en petit nombre aujourd'hui – ne disposant même pas de CDAD. Il en résulte une inégalité criante des citoyens devant l'accès au droit, certains bénéficiant d'une multitude de structures (points d'accès au droit, maisons de justice et du droit, etc.) à portée de main et d'autres de très peu de ressources.

Une réforme de grande ampleur de l'accès au droit est donc impérative afin de permettre la mise en place d'un maillage cohérent. Cette réforme doit s'accompagner d'une politique systématique d'évaluation afin de mesurer l'efficacité des mécanismes. Elle doit aboutir à l'instauration d'un véritable service public de l'accès au droit,

sous l'égide d'une autorité supérieure, le Conseil national de l'aide juridique, qui sera profondément transformé pour devenir un véritable pilote des politiques d'aide juridique à l'échelon national.

Affirmer l'égalité devant l'accès au droit à titre de priorité de la politique judiciaire

Assurer à chacun la connaissance de ses droits par le biais d'une information efficace et d'un accompagnement si nécessaire, telle est en résumé la philosophie de l'accès au droit. L'accès au droit prend le plus souvent la forme de consultations juridiques gratuites dispensées dans des points d'accès au droit (PAD) ou des maisons de justice et du droit (MJD). Il doit également permettre l'accompagnement des usagers, lors de l'accomplissement de démarches administratives par exemple. Il doit enfin être un instrument d'orientation vers les mécanismes de résolution des différends les plus appropriés et notamment vers l'aide juridictionnelle, si l'utilisateur peut en bénéficier.

L'accès au droit est également un instrument au service des professionnels travaillant au contact de la population la plus démunie. Par la mise en place de mécanismes d'accès au droit, notamment au sein de lieux recevant la population la plus fragile, on permet aux travailleurs sociaux, médecins et psychologues d'orienter efficacement l'utilisateur en situation de vulnérabilité lorsqu'un problème juridique est détecté. La résolution du problème juridique est souvent un facteur de réinsertion ou à tout le moins de traitement de la difficulté sociale.

Aujourd'hui, l'accès au droit souffre du désengagement des pouvoirs publics nationaux. Géré principalement par les collectivités locales et les initiatives privées, notamment l'action associative, l'accès au droit, s'il est garanti par la loi, n'était clairement pas une priorité pour le gouvernement.

L'Etat doit donc d'abord montrer que l'accès au droit figure désormais au premier rang de ses priorités en matière de politique judiciaire. La première mesure devrait être de créer un budget spécifique qui regroupera à la fois les fonds actuellement dévolus à l'accès au droit et à l'aide aux victimes (environ onze millions d'euros). On constate en effet que ces missions se recoupent, l'aide aux victimes faisant en réalité partie de l'accès au droit. Dans le souci d'une meilleure organisation de l'accès au droit et d'un meilleur emploi des fonds publics, la fusion des budgets sera effectuée. L'Etat devra également s'engager à augmenter ce budget pour parvenir à une enveloppe globale d'au moins 25 millions d'euros, nécessaire pour mener à bien les actions indispensables dans le domaine, enveloppe qui à terme devra atteindre trente millions d'euros, à compléter par un engagement des collectivités territoriales (conseils généraux, conseils régionaux et communautés d'agglomérations).

Cette augmentation budgétaire devra nécessairement s'accompagner d'une recherche de cohérence et de synergies entre les structures existantes (MJD, PAD, etc.), le but ultime étant de parvenir à la construction d'un réseau national de l'accès au droit, simple, lisible et cohérent sur l'ensemble du territoire.

Un réseau national d'accès au droit avec le CDAD pour moteur dans le département

L'efficacité d'une politique d'accès au droit réside dans un accès égal pour tous à l'information et à l'accompagnement juridique. A cette fin, il est nécessaire de créer un réseau national cohérent sur tout le territoire, en d'autres termes un service public de l'accès au droit. Aujourd'hui, l'effectivité de l'accès au droit pâtit de l'éparpillement des structures et des responsabilités au niveau local, sans véritable pilotage national : l'accès à l'information et l'accompagnement juridique n'est pas également assuré sur tout le territoire. La première mesure à prendre serait de faire de l'actuel Conseil national de l'aide juridique (CNAJ) une structure interministérielle regroupant des représentants des principaux ministères concernés et dotée d'un budget regroupant à la fois l'aide juridictionnelle, l'accès au droit et l'aide aux victimes. Le CNAJ aura pour mission d'évaluer les politiques d'accès au droit et sera également doté d'attributions en matière d'aide juridictionnelle (*cf. infra*).

La principale mission du CNAJ sera de superviser la mise en place, en coordination avec les CDAD, d'un réseau cohérent territorialement de MJD et de PAD, avec des structures similaires sur tout le territoire afin de permettre une diffusion égale de l'information juridique. Sa priorité portera sur les territoires les plus démunis et il sera géré sous le contrôle du CDAD.

L'efficacité des CDAD varie d'un département à l'autre et dépend souvent du degré d'implication de son président, également président

du tribunal de grande instance. Pour améliorer son efficacité, il est nécessaire d'envisager une modification de sa composition, en la recentrant sur les représentants de l'institution judiciaire (magistrats du siège et du parquet et greffiers), des professionnels du droit, des associations et des collectivités locales. Il conviendra également de prévoir que le président du tribunal de grande instance peut déléguer la présidence du CDAD à un autre magistrat du siège.

Les CDAD seront les interlocuteurs du CNAJ à l'échelon départemental. Il leur appartiendra de mettre en place le réseau national de l'accès au droit et d'assurer le lien avec les collectivités locales, le conseil général et le conseil régional (dont les représentants continueront à siéger au conseil d'administration). Organe de gestion du réseau national d'accès au droit, il exercera également un droit de regard sur les autres mécanismes d'accès au droit mis en œuvre dans le département. Enfin, le CDAD devra chaque année dresser un rapport sur l'efficacité des dispositifs d'accès au droit dans le département et formuler des propositions pour en améliorer la qualité.

Le « guichet unique », source de simplification pour le justiciable et de mutualisation des moyens

Les spécialistes de la matière s'accordent pour dénoncer la trop grande hétérogénéité des structures chargées de l'accès au droit et de l'aide aux victimes. L'exemple parisien est particulièrement frappant : cinq PAD sont financés par la ville de Paris et offrent des consultations juridiques gratuites aux usagers dans quasiment tous les domaines du

droit, y compris la médiation. Ils fonctionnent remarquablement bien et permettent de répondre à plus de 40 000 demandes d'accès au droit, par PAD et par an. Ces PAD coexistent avec des MJD, qui dépendent du ministère de la Justice. Ces deux structures n'ont que très peu de relations. Un grand nombre d'autres dispositifs d'accès au droit dans la capitale, tel que le Réseau des agents d'accès au droit également financé par la ville de Paris, reçoivent les usagers dans les centres d'action sociale ou en milieu associatif.

La première question que devra se poser le CNAJ sera celle de la création d'une structure unique destinée à fusionner les MJD et les PAD, lorsque cela est possible. Il est en effet tout à fait envisageable de regrouper en un seul lieu les diverses missions effectuées par ces structures, ce qui conduira à une meilleure lisibilité pour le justiciable ainsi qu'à des économies d'échelle pour un meilleur déploiement des fonds consacrés à l'accès au droit et à l'aide aux victimes.

Chaque CDAD sera chargé de dresser un état des lieux des structures existant dans le département et de leur taux de fréquentation afin de mesurer le taux de pénétration de l'accès au droit, d'évaluer la réponse apportée par ces structures au besoin d'accès au droit et de les mettre en cohérence. Le CDAD proposera l'architecture qui paraîtra la plus adaptée en fonction de l'existant et des besoins dans le but de créer un réseau de Centres d'accès au droit. Le CDAD travaillera en lien étroit avec les collectivités territoriales qui pourront participer à la mise en place de ce réseau en décidant d'y intégrer les structures qu'elles financent ou gèrent : les centres nouvellement créés devront dès lors

répondre également aux besoins d'accès au droit qui seront exprimés par les collectivités locales.

En pratique, le justiciable pourra s'adresser à un lieu unique, aisément identifiable, dans lequel il pourra recevoir une information juridique et une aide aux démarches administratives, ainsi qu'une orientation vers l'interlocuteur approprié en cas de besoin contentieux. Le lien avec l'institution judiciaire et les Bureaux d'aide juridictionnelle pourra ainsi se créer au sein même de ces structures.

Mais l'accès au droit ne se limite pas à la consultation juridique. Dans bien des cas, l'usager demande de l'aide par rapport à une situation administrative ou juridique qu'il ne comprend pas et qui nécessite l'accomplissement d'un certain nombre de démarches sans lesquelles la mise en œuvre de ses droits risque d'être compromise.

Sans une démarche systématique d'accompagnement, l'information juridique risque de n'être suivie d'aucun effet, voire d'être contre-productive. Les associations de ce domaine ont précisément identifié le danger depuis plusieurs années : laissé sans assistance à l'issue de la consultation, l'usager risque de n'accomplir aucune des démarches nécessaires à la préservation de ses droits. Les missions des nouveaux Centres d'accès au droit devront donc comprendre l'accompagnement des usagers, lorsque ce besoin sera identifié lors de la première consultation juridique, afin de proposer une prise en charge plus globale.

Enfin, au titre des mesures générales, nécessaires pour une meilleure connaissance du droit par les citoyens, l'enseignement du

droit dans les collèges et lycées sera introduit. Cette proposition répond à un besoin très fréquemment exprimé par la population, et notamment par les enseignants. Le CDAD pourra ainsi mettre en place des programmes d'enseignement du droit en concertation avec les collectivités locales en charge de la gestion des établissements, et avec l'aide des barreaux (dont certains ont déjà mis en place des programmes d'enseignement du droit, comme le barreau de Paris avec le projet Initiadroit).

L'accès à la justice

Depuis de nombreuses années, les organisations professionnelles d'avocats ou de magistrats et les parlementaires font dans leurs rapports tous le même constat : le système d'aide juridictionnelle français doit être profondément réformé. Les analyses s'accordent pour dénoncer le niveau insuffisamment élevé des plafonds de ressources et de la rémunération des professionnels du droit requis pour prêter leur concours à l'aide juridictionnelle.

Un accès élargi à l'aide juridictionnelle et une meilleure indemnisation

Alors qu'au Royaume-Uni par exemple l'aide juridictionnelle touche environ 30 % de la population, on peut estimer qu'en France elle ne concerne qu'en moyenne 10 à 12 % de la population. Cela tient au niveau extrêmement bas du plafond de ressources au-delà duquel l'aide juridictionnelle ne peut être accordée – 929 euros par mois pour une

personne seule, un montant très proche du seuil de pauvreté. Concrètement, une grande partie de la population appartenant aux catégories les plus pauvres n'a donc pas accès à l'aide juridictionnelle.

De la même façon, même si les professionnels appelés à prêter leur concours à l'aide juridictionnelle le font le plus souvent avec dévouement et professionnalisme, le niveau des rémunérations est tel qu'il est incompatible avec une défense de qualité. Par exemple, un dossier d'assistance d'un mineur devant le juge pour enfants est rémunéré 135 euros. Comment imaginer que tous les avocats puissent véritablement s'investir dans une procédure pénale qui peut durer plusieurs années, qui nécessite de très nombreuses heures de travail, pour quelques centaines d'euros, sauf à exiger d'eux d'agir au titre d'un bénévole de fait ?

De l'avis des professionnels concernés, il conviendrait au moins de doubler le budget actuel consacré à l'aide juridictionnelle (actuellement environ 300 millions d'euros par an) afin de parvenir à un fonctionnement satisfaisant. C'est d'ailleurs plutôt un besoin de financement complémentaire annuel de 400 millions d'euros que les propositions contenues dans ce rapport entraînent. Quelle que soit l'évaluation retenue, la modification de ces données financières entraînera nécessairement un besoin de financement accru qui doit provenir de sources innovantes.

En outre, une partie de la charge qui pèse actuellement sur le mécanisme public d'aide juridictionnelle doit pouvoir être transférée au

secteur privé par le biais de l'assurance juridique qui, elle aussi, connaîtra une réforme profonde afin de garantir les droits des assurés et de permettre un fonctionnement plus efficace.

Le plafond de ressources de 929 euros est affecté de coefficients de majoration en fonction du nombre de personnes à charge. Cette condition de ressources ne permet pas d'assurer un accès efficace à l'aide juridictionnelle. Ainsi, un salarié qui perçoit le SMIC n'est pas éligible à l'aide juridictionnelle, ce qui est particulièrement choquant. Par comparaison, le plafond de ressources est, pour une personne seule, de plus de 2000 euros au Royaume-Uni et d'environ 1500 euros aux Pays Bas.

Sans pouvoir augmenter le plafond de façon aussi importante, il importe qu'il soit au moins fixé à 1200 euros nets pour une personne seule, soit environ 10 % au dessus du niveau du SMIC (1073 euros nets) avec une majoration de 200 euros par personne à charge. Une revalorisation automatique devrait intervenir chaque année en fonction du niveau du SMIC. Il faut en outre accepter que l'aide juridictionnelle partielle est un échec et en tirer les conséquences. Complexe dans sa mise en œuvre, elle est relativement peu utilisée et n'offre aucune sécurité au justiciable dans la mesure où la partie des honoraires des avocats non prise en charge au titre de l'aide juridictionnelle partielle est fixée librement. Il serait donc utile de la supprimer.

Du côté des acteurs de l'aide juridictionnelle, le système actuel d'indemnisation des avocats apparaît complexe et obsolète. Fondé sur un mécanisme d'unités de valeur défini il y a plusieurs dizaines d'années,

il ne tient pas compte des réalités actuelles et de la complexité croissante des procédures. C'est ainsi que certaines procédures, réputées simples à l'époque de la mise en place du barème, sont aujourd'hui devenues longues et complexes, en matière de défense pénale par exemple : le système y aboutit à une rémunération dérisoire. Aujourd'hui on évalue à environ 400 euros la rémunération moyenne de l'avocat pour un dossier d'aide juridictionnelle. Cette rémunération n'a aucune mesure avec le temps et les diligences nécessaires pour mener à bien une procédure qui peut parfois durer plusieurs années.

Le mécanisme des unités de valeur devra être remplacé par une rémunération au taux horaire assortie d'un plafond, négocié entre le Conseil national des barreaux et le CNAJ. Le principe sera de se rapprocher des rémunérations moyennes pratiquées par les pays européens comparables au nôtre (la moyenne de la rémunération d'un avocat intervenant au titre de l'aide juridictionnelle au Royaume-Uni est ainsi d'environ 1200 euros).

Compte tenu du niveau de charges pesant sur les cabinets d'avocats, on peut estimer qu'un taux horaire de 150 euros constitue un niveau réaliste. Certains dossiers simples (par exemple un divorce par consentement mutuel sans biens à partager et sans enfants) pourront également faire l'objet d'une rémunération forfaitaire.

Ces mesures sont génératrices de coûts supplémentaires. Il est donc important de prévoir à la fois des garde-fous pour permettre de contenir l'inflation de ces coûts et d'identifier de nouvelles sources de financement pour l'aide juridictionnelle.

La médiation et autres modes alternatifs de résolution des différends permettent d'améliorer le fonctionnement de la justice en ce qu'ils peuvent conduire à une résolution rapide et moins onéreuse des conflits. La médiation a donc un rôle à jouer dans le contexte de l'aide juridictionnelle, aussi bien du point de vue d'une mise en œuvre souple et rapide des droits du justiciable que du contrôle des coûts. Il importe toutefois que les droits des justiciables bénéficiaires de l'aide juridictionnelle soient préservés et que ceux-ci puissent être assistés d'un avocat à cette occasion.

Même si elle est prévue par la loi, l'aide juridictionnelle en matière de médiation n'est pas entrée en vigueur, faute de décrets d'application définissant les critères d'admission et les modalités de rémunération. Il sera donc institué une mission d'assistance aux modes alternatifs de résolution des différends rémunérée au titre de l'aide juridictionnelle selon un barème forfaitaire mais suffisamment attractif.

Une gestion perfectible du budget et un meilleur contrôle de son utilisation

La gestion du budget de l'aide juridictionnelle sera confiée au CNAJ qui sera l'interlocuteur des différents professionnels concernés. Les Caisses des règlements pécuniaires des avocats demeureront l'organe gestionnaire des fonds de l'aide juridictionnelle pour ceux-ci. Il serait toutefois souhaitable de procéder à un regroupement régional de ces organismes pour assurer une meilleure répartition des fonds au niveau national. Le CNAJ aura pour mission de négocier la rémunération des

professionnels intervenant au titre de l'aide juridictionnelle. Il devra également procéder à une évaluation régulière du fonctionnement de l'aide juridictionnelle.

Dans les procédures qui s'y prêtent, une consultation préalable sera prodiguée aux justiciables qui souhaitent former une demande d'aide juridictionnelle. La consultation sera gratuite pour le justiciable, mais rémunérée pour l'avocat. Elle permettra au justiciable d'évaluer les chances de succès de l'action qu'il se propose d'introduire. Il ne s'agit pas de subordonner la recevabilité de la demande d'aide juridictionnelle à cette consultation. Toutefois, cette consultation pourra avoir pour effet de dissuader le justiciable d'intenter une action qui n'a aucune chance de succès.

Le Bureau d'aide juridictionnelle est un élément crucial du dispositif d'aide juridictionnelle. Saisi des demandes des justiciables, il décide de l'octroi ou du refus d'admission à l'aide juridictionnelle. Ses décisions ont donc une influence considérable sur le fonctionnement du système et des répercussions immédiates sur ses besoins de financement. Ainsi, les Bureaux d'aide juridictionnelle prononcent environ 900 000 décisions d'admission par an.

Aujourd'hui, les Bureaux d'aide juridictionnelle sont en situation de sous-effectifs, le personnel n'ayant en outre reçu aucune formation particulière. A cet égard, il conviendra de systématiser la présence d'un agent d'accès au droit dans les Bureaux d'aide juridictionnelle afin de mettre les justiciables en mesure de remplir correctement leur dossier, ce qui constitue à la fois une meilleure garantie pour le justiciable et un

facteur de gain de temps pour le Bureau d'aide juridictionnelle. Une modification de la composition et plus encore du fonctionnement des Bureaux d'aide juridictionnelle s'impose également. En première instance, ce Bureau est aujourd'hui composé d'un magistrat, le plus souvent retraité, d'un avocat, d'un greffier et de divers représentants des administrations et des usagers. Or la composition du Bureau d'aide juridictionnelle ne doit pas être figée mais doit au contraire dépendre de la nature de la demande que le justiciable se propose d'introduire. Ainsi, plusieurs magistrats pourraient y prêter leur concours, en fonction de leur spécialisation.

Cette spécialisation s'impose afin de donner tout son sens au contrôle que la loi impose aux Bureaux d'aide juridictionnelle de mener. Ceux-ci doivent en effet vérifier que la demande d'aide juridictionnelle n'a pas pour objet d'introduire une action manifestement irrecevable ou dénuée de fondement. En pratique, ce contrôle est souvent formel, faute de moyens et de temps pour se livrer aux vérifications nécessaires.

Il est essentiel que les Bureaux d'aide juridictionnelle puissent se livrer véritablement à ce contrôle. Il ne s'agit pas de se substituer au juge qui sera chargé de juger la demande mais d'éviter que des fonds publics ne soient employés en pure perte pour financer une action qui n'a aucune chance d'aboutir. A cette fin, il convient de mettre en place un fonctionnement sous forme de commissions, les dossiers étant confiés à des formations présidées par les magistrats choisis en fonction de leur spécialisation qui seront mieux à même d'exercer un véritable contrôle. Ce mode de fonctionnement permettra également de mieux répartir la charge qui pèse actuellement sur les Bureaux d'aide juridictionnelle.

De nouvelles sources de financement et des structures dédiées

Le budget annuel de l'aide juridictionnelle s'élève à environ 320 millions d'euros. Par rapport à la moyenne européenne des dépenses d'aide juridictionnelle par habitant, la France se trouve singulièrement à la traîne avec environ 4,90 euros par habitant alors que la moyenne européenne se situe autour de huit euros par habitant (à l'exclusion du Royaume-Uni qui consacre chaque année environ deux milliards de livres à l'aide juridictionnelle). Compte tenu des améliorations qu'il convient d'apporter au système actuel en France, on peut estimer à 400 millions d'euros le besoin complémentaire de financement.

Certaines sources de financement existent déjà en germe mais ne sont pas exploitées : lorsque le bénéficiaire de l'aide juridictionnelle gagne le procès, on pourra ainsi rendre automatique le recouvrement des sommes versées au titre de l'aide juridictionnelle contre la partie perdante dans un certain nombre de matières à définir (par exemple en matière prud'homale).

En ce qui concerne les nouvelles sources de financement, de nombreuses pistes existent : l'idée la plus répandue et qu'il convient d'adopter est celle d'une taxe sur certains actes soumis aux formalités d'enregistrement. Il s'agira principalement des transactions immobilières, des cessions d'actions et parts sociales, des cessions de fonds de commerce, des déclarations de succession, etc. Une augmentation de 3,5 % des droits d'enregistrement générerait, selon la commission des lois de l'Assemblée nationale, un surplus de 313 millions d'euros.

Au lieu d'une augmentation, on peut également instaurer un droit fixe sur les actes en question ainsi par exemple que sur les immatriculations au registre du commerce et des sociétés. Selon l'étude menée par le Conseil national des barreaux, on estime le volume annuel des actes concernés à environ dix millions. Un droit fixe de cinquante euros sur ces actes rapporterait ainsi 500 millions d'euros. Un droit fixe sur les états de frais (dépens de première instance et d'appel, frais des notaires et huissiers de justice) doit également être mis en place. Son montant sera fonction des négociations avec les organes représentant ces professions.

En revanche, le principe d'une augmentation des taxes sur les polices d'assurance de protection juridique n'est pas à retenir dès lors que l'on souhaite développer ce type d'assurance. En effet, quels que soient les efforts que peuvent consentir les pouvoirs publics pour améliorer le fonctionnement de l'aide juridictionnelle, il serait illusoire de penser que l'accès de tous à la justice ne repose pas également sur une plus grande implication du secteur privé et plus particulièrement des compagnies d'assurances dans le cadre de l'assurance de protection juridique.

L'assurance de protection juridique doit fonctionner comme une substitution possible à l'aide juridictionnelle, chaque fois qu'un justiciable peut en bénéficier. Dans certains pays d'Europe du Nord, elle est très généralisée en sorte que la charge pesant sur l'aide juridictionnelle n'est que résiduelle. En France, l'assurance de protection juridique est réglementée par une loi du 19 février 2007. Cette loi doit être complétée dès lors qu'elle ne prévoit pas des modalités suffisantes d'information de l'assuré : en effet, aujourd'hui, les assurés ignorent

souvent les contours exacts de cette protection et négligent de ce fait d'y avoir recours. Les représentants des compagnies estiment ainsi que plus de la moitié des assurés qui en bénéficient omettent de faire jouer cette garantie, par défaut d'information.

Enfin, l'assurance de protection juridique doit couvrir de nouveaux domaines. Le CNAJ aura pour mission d'engager des pourparlers avec les représentants des sociétés d'assurances, sous l'égide de l'Autorité de contrôle prudentiel, afin d'offrir aux assurés des contrats de protection juridique de plus large portée que ceux existant actuellement. Le CNAJ devra spécifiquement évaluer l'influence sur le coût des primes d'assurances d'une extension des assurances obligatoires à la protection juridique (comme les assurances locatives par exemple).

Autres acteurs privés, les avocats contribuent déjà grandement au fonctionnement de l'aide juridictionnelle. A titre expérimental, et après concertation entre le CNAJ et le CNB, certains barreaux pourraient promouvoir la création de structures dédiées à la défense des plus démunis, en fonction de la situation socio-économique locale.

Ces structures, qui existent dans certains pays comme au Canada, emploieraient des avocats dont la mission serait de représenter des justiciables éligibles à l'aide juridictionnelle et qui recevraient une formation spécifique à la prise en charge des difficultés juridiques de ces justiciables. Ces structures pourraient bénéficier d'une partie du budget de l'aide juridictionnelle et des financements provenant des collectivités territoriales. Elles pourraient également faire appel à des fonds privés,

sous forme de mécénat de solidarité. Les ordres des avocats apporteraient également une aide sous forme de moyens humains et matériels.

L'expérimentation pourrait, dans un premier temps, porter sur les procédures pénales et le droit des étrangers qui représentent à eux seuls près de la moitié des admissions à l'aide juridictionnelle. Elle permettrait de mettre en place des équipes spécialisées offrant un meilleur service aux justiciables. La création de telles structures est également de nature à influencer positivement sur le coût de l'aide juridictionnelle, notamment par la mutualisation des coûts (qui représentent plus de la moitié du taux horaire pratiqué par l'avocat).

Il s'agit là d'une proposition de nature à créer des controverses notamment au sein de la profession d'avocats qui y est en partie hostile. Certains y voient en effet une concurrence déloyale, d'autres dénoncent un dispositif qui tendrait à la constitution de cabinets d'avocats « pour pauvres ». Mais, en réalité, dans les pays où elles existent, ces structures constituent des internats d'excellence dans lesquels les jeunes avocats peuvent acquérir une expérience très utile pour la suite de leur carrière. Elles permettent également une prise en charge très efficace des difficultés des justiciables les plus démunis, par le biais notamment d'une formation spécifique des avocats appelés à intervenir. On constate enfin qu'elles ne constituent pas une menace pour le reste de la profession, dès lors qu'elles s'adressent à une population très spécifique. En outre, en France, le nombre de justiciables relevant de l'aide juridictionnelle, malheureusement en augmentation constante, est tel que les mécanismes traditionnels pourront continuer à s'appliquer par ailleurs.

Cela étant, afin de garantir le succès de telles expérimentations, il convient d'en réserver l'initiative et la gestion aux Ordres des avocats qui auront la responsabilité de ces structures (recrutement, répartition du budget de l'aide juridictionnelle, gestion des carrières, responsabilité professionnelle, etc.). On note d'ailleurs, signe d'espoir, que la traditionnelle hostilité des organisations professionnelles commence à s'estomper : un ancien bâtonnier de la Seine-Saint-Denis a ainsi récemment appelé à la création de groupes de défense collectifs lors d'un congrès du Syndicat des avocats de France, ouvrant ainsi la voie à la création de structures dédiées à la défense des plus démunis.

Pour une action de groupe à la française et un développement des jugements pilotes

Si l'égalité des droits est un principe que nul n'ignore, le mettre en œuvre se révèle parfois impossible. Les exemples, en particulier pour les consommateurs, sont de plus en plus nombreux en raison de l'évolution de nos modes de consommation et de l'essor d'Internet qui ne fait que multiplier les situations dans lesquelles les justiciables sont presque toujours empêchés d'obtenir réparation en raison, d'une part, de la disparition du lien direct entre le client et le vendeur et, d'autre part, de la mauvaise qualité des services après-vente.

En effet, la logique de l'abonnement et du prélèvement automatique en matière de téléphonie mobile, la multiplication des contrats à tacite reconduction, les ventes liées, toutes ces nouvelles stratégies commerciales viennent limiter la mobilité des consom-

mateurs, au point que la fidélité choisie se transforme en piège. En matière financière également, les petits actionnaires, rarement informés de la situation de leurs entreprises, peinent parfois à obtenir réparation.

Aussi lorsque les vendeurs, les professionnels, les dirigeants ne respectent pas leurs obligations contractuelles ou légales, les acheteurs, les consommateurs et les petits actionnaires refusent de se battre pour quelques dizaines ou centaines d'euros dans des procédures qui sont malheureusement trop longues et trop coûteuses. Il s'installe alors chez ces « parties faibles » une résignation qui n'est plus acceptable.

Face à ces injustices, la France s'est dotée d'une législation protectrice en faveur des consommateurs et d'une administration qui intervient de manière préventive, en incitant à la médiation, aux engagements volontaires, et répressive notamment par le biais d'injonctions ou amendes. Mais l'intervention de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) ou de l'Autorité de la concurrence ne règle pas la question fondamentale de l'exercice du droit à réparation dont dispose chaque consommateur, chaque actionnaire et chaque victime d'un professionnel indélicat.

Certes, les associations de consommateurs peuvent exercer différents types d'actions en justice dont l'action civile dans l'intérêt collectif des consommateurs, l'action en cessation d'agissements illicites et en suppression de clauses illicites ou abusives, l'action en intervention volontaire ou bien encore l'action en représentation conjointe.¹²⁹ Les

129. Articles L. 421-1, L. 421-6, L. 421-7 et 422-1 du Code de la consommation.

actions menées dans l'intérêt collectif des consommateurs ne permettent cependant pas la réparation des dommages individuels puisque les montants obtenus sont versés à l'association de consommateurs et non aux victimes. L'action en représentation conjointe, qui pourrait s'apparenter sans doute le plus à la *class action* ou action de groupe puisqu'elle permet aux associations d'agir au nom d'au moins deux consommateurs et en vue de la réparation de préjudices individuels, est en réalité très insatisfaisante pour au moins trois raisons principales : l'association de consommateurs ne peut agir de sa propre initiative, la procédure se révèle en pratique contraignante et coûteuse, les associations de consommateurs doivent collecter et administrer les mandats de chaque victime.

L'instauration des recours pour le compte de personnes identifiées (actionnaires, consommateurs, copropriétaires, victimes de discrimination) ayant subi des préjudices individuels qui ont été causés par le fait d'un même auteur et dont l'origine est commune s'impose. C'est en ce sens que la déclaration du garde des Sceaux¹³⁰ sur son « intention de permettre les actions de groupe (NDLR : aussi appelées *class actions*) » doit être approuvée même si, rappelons-le, l'idée d'introduire une action de groupe en France n'est pas nouvelle. L'histoire de l'action de groupe en France qui date de plus de trente ans est l'histoire d'une résistance ou d'un blocage, selon l'angle adopté. Que l'on en juge à la lumière des exemples les plus récents.

130. Entretien avec Christine Taubira, *Le Parisien*, 22 juin 2012.

Il y a trente ans, le projet de création d'une action de groupe a échoué car il aurait créé un désavantage pour les entreprises françaises par rapport aux entreprises européennes. Or, aujourd'hui, il existe des formes d'action de groupe dans plusieurs pays d'Europe (Portugal, Italie, action du médiateur dans le nord de l'Europe, alors qu'en Angleterre il s'agit plutôt d'une forme de jugement pilote comme en Allemagne). Si l'argument n'est donc plus convaincant, aucun projet ne parvient pourtant à se réaliser.

En 2000, Jean Calais-Auloy avait proposé un projet d'action de groupe à la française¹³¹, renouvelé par Serge Guinchard.¹³² Un jugement de principe, que Serge Guinchard nomme un jugement déclaratif de responsabilité, serait obtenu à la demande d'une association agréée, voire par un consommateur appuyé par une association. Dans un second temps, une publicité serait faite auprès des consommateurs qui pourraient ainsi choisir de profiter de ce jugement. Ce système n'est pas très éloigné de la procédure du jugement pilote existant en contentieux administratif, mais celle-ci est décidée par le tribunal saisi de nombreuses affaires identiques alors que, dans le projet, elle serait engagée par une association. Elle paraît aussi voisine de l'action de substitution existant en matière de droit du travail. Elle permet cependant de ne pas indiquer les noms de tous les consommateurs concernés dès le début de la procédure. C'est, semble-t-il, ce projet qui a été retenu par le gouvernement en 2006. Une association de

131. Franck Steinmetz et Jean Calais-Auloy, *Droit de la consommation*, Dalloz, 5^{ème} éd. 2000.

132. Serge Guinchard, « Une *class action* à la française ? », *Recueil Dalloz*, 2005.

consommateurs pourrait introduire l'action contre un professionnel (pour un montant inférieur à 2 000 euros par consommateur). Le tribunal de grande instance compétent se prononcerait sur la responsabilité. La décision serait publiée et le juge ordonnerait un sursis à statuer sur les préjudices individuels, chaque consommateur devant adresser au professionnel une demande d'indemnisation dans un délai donné.¹³³ Ce projet de loi n° 3430 du 8 novembre 2006 a été retiré en raison d'une absence de volonté politique. Il existe aujourd'hui plusieurs propositions de loi. La proposition du 2 septembre 2010 (n° 1897) en matière de concurrence, de santé et de consommation prévoit un fonds d'aide, une action réservée à une association agréée ou une association existant depuis plus de cinq ans, l'interdiction du démarchage par avocat et le plafonnement de l'honoraire de résultat. La proposition du 24 juin 2010¹³⁴ crée une action par toute personne (cela peut être une association agréée) comportant une option d'exclusion (*opt out*), le caractère raisonnable des honoraires de l'avocat du représentant du groupe, un fonds d'aide géré par la Caisse des dépôts et consignations et visant les préjudices subis par les consommateurs, dont les préjudices subis du fait des pratiques anticoncurrentielles. La procédure consisterait en un examen préalable de recevabilité donnant lieu à une ordonnance de recevabilité du juge de la mise en état qui fixe des honoraires et la publicité. La proposition n° 202 déposée par Richard Yung au Sénat le 22 décembre 2010 concerne le manquement contractuel ou précontractuel d'un professionnel, une action exercée par une association agréée, un premier jugement portant

133. *JCP* 2006, Actualités, no 433.

134. Pierre Morel-A-L'Huissier, Rapport n° 2677, Assemblée nationale, 2010.

sur le principe de responsabilité (système de *l'opt in*) et implique la compétence exclusive de plusieurs tribunaux de grande instance en France. En somme, deux propositions retiennent l'option d'exclusion, deux limitent la recevabilité aux associations de consommateurs et le domaine au droit de la consommation et à la concurrence. Une action de groupe est également souhaitée dans le rapport de Alain Anziani et Laurent Béteille sur la réforme de la responsabilité civile¹³⁵ qui préconise aussi les dommages et intérêts punitifs. Le rapport Béval en matière administrative du 5 mai 2009 prévoit également la création d'une action de groupe mais essentiellement pour les affaires sérielles et initiées par des requêtes stéréotypées (27 000 fonctionnaires en 1992 demandent un supplément familial de traitement, 6 500 agriculteurs en 2000 se plaignent de la réduction des aides, etc.). L'action serait engagée par toute association déclarée en préfecture au nom d'un groupe virtuel de personnes concernées et viserait à obtenir un jugement déclaratoire sur la reconnaissance d'une illégalité, voire d'un droit. Toute personne intéressée pourrait alors se faire connaître pour bénéficier de ce jugement.

Juridiquement, trois obstacles principaux empêchent, semble-t-il, l'admission en France des actions de groupe, c'est-à-dire de l'hypothèse où un jugement s'applique à toutes les personnes qui sont dans une situation semblable. Il y a tout d'abord l'adage selon lequel « nul ne plaide par procureur », au sens où l'on ne peut représenter une personne que si elle en donne mandat et que si son nom apparaît dans la procédure. Sont également interdits les arrêts de règlement, car un

135. Rapport n° 558 (2008-2009).

jugement ne doit pas être obligatoire pour des cas similaires à celui pour lequel il a été rendu. Ces deux principes ont une valeur constitutionnelle. En effet, le Conseil constitutionnel impose l'existence d'une information et d'un mandat lorsqu'un syndicat agit au nom d'un salarié depuis sa décision du 25 juillet 1989.¹³⁶ De plus, l'interdiction des arrêts de règlement peut être déduite du principe de la séparation des pouvoirs. L'interdiction des arrêts de règlement exprime la vieille crainte du gouvernement des juges en France. Enfin, le troisième obstacle procédural est la relativité de la chose jugée. Un jugement ne peut avoir d'effet juridique qu'à l'égard des parties. A vrai dire, cet obstacle peut être contourné par une série d'ordonnances appliquant le jugement de principe aux différentes victimes. Ces obstacles peuvent être aisément levés si une volonté politique forte souhaite faire aboutir cette réforme.

Aujourd'hui, la question essentielle n'est pas de savoir s'il convient d'instaurer des recours pour le compte de personnes identifiées (actionnaires, consommateurs, copropriétaires, victimes de discrimination) ayant subi des préjudices individuels qui ont été causés par le fait d'un même auteur et dont l'origine est commune mais bien de définir une action de groupe à la française qui tienne compte de notre culture juridique et politique, qui redonne confiance aux justiciables, tout en protégeant les entreprises d'éventuels abus. Car notre objectif n'est évidemment pas de proposer l'introduction d'une action de groupe qui serait la simple copie du droit américain, qui tend à judiciariser les rapports sociaux. Les dérives de la *class action* américaine, qui confinent

136. Conseil constitutionnel, 25 juil. 1989, sur la prévention des licenciements économiques.

parfois à une industrie du procès, méritent d'être relevées afin que nous évitions collectivement les nombreux excès portant soit sur la procédure, soit sur son usage.

Sur le plan de la procédure, on peut indiquer que les juridictions disposent de moyens exorbitants en matière d'audition de témoin, de procédure de *discovery* pour la production forcée des preuves, de dommages punitifs qui peuvent être excessifs (*triple damages*), de procédure de *contempt of court* en cas de refus d'exécution. En outre, la procédure américaine de *opting out*, si elle facilite la constitution d'un groupe le plus large possible, s'accommode, néanmoins, d'un accord partiel des membres potentiels d'un groupe. Par ailleurs, les actions sont initiées avec une insuffisance d'information. Le caractère non sérieux d'un certain nombre des demandes d'action et le coût élevé pour le système judiciaire américain sont aussi à pointer. Le système de la *class action* est également critiqué au motif que le système de rémunération des avocats par un pourcentage des indemnités obtenues par les membres de la *class*, les *contingency fees*, qui peuvent s'élever à 40 % du montant des réparations profiterait plus aux avocats qu'aux victimes et que la *class action* serait source de conflits d'intérêts (entre l'avocat et les personnes qu'il représente ; entre demandeurs ; entre avocats).

Sur le plan de l'usage, le coût exorbitant de ces actions et leur croissance ont eu des effets directs sur l'économie américaine. La hausse des primes d'assurances a été répercutée évidemment sur les consommateurs. La multiplication de ces procédures a entraîné des faillites d'entreprises. En bref, les *class actions* représentent un *business*

pour les avocats qui en ont fait une industrie – au Canada, des cabinets d'avocats ont pris l'habitude de recopier les assignations faites aux Etats-Unis et de les déposer devant les tribunaux canadiens ; des investisseurs sont parfois recherchés pour financer leurs actions de groupe – et conduisent à déstabiliser de nombreuses entreprises.

Nous avons conscience que les dérives liées aux *class actions* américaines sont plus le fait du système judiciaire américain qui autorise les jurys populaire en matière civile, des dommages intérêts punitifs, la rétribution des avocats aux résultats, la liberté pour les avocats de rechercher les victimes potentielles par voie de télévision et de radio et ce à tous moments. Il n'en reste pas moins que l'introduction d'une *class action* à l'américaine doit être évitée à tout prix.

Notre réflexion a alors porté sur le contentieux administratif qui offre des moyens procéduraux permettant de traiter le contentieux de masse, c'est-à-dire des affaires identiques introduites en grand nombre devant le même tribunal.¹³⁷ Il s'agit de la procédure du jugement pilote. Une affaire typique est choisie et traitée en priorité par le rapporteur. Le tribunal se prononce et réalise un jugement pilote. Un jugement est ensuite rendu dans toutes les autres affaires selon une procédure rapide, sans débat et devant un juge unique qui se contente de reproduire la motivation et d'apprécier les faits.¹³⁸ Un appel est toujours possible. L'obstacle pourrait être l'interdiction de l'arrêt de règlement, mais

137. Art. R 222-1 du Code de justice administrative.

138. *Ibid.*

chaque affaire est jugée individuellement. Il ne s'agit pas d'un jugement qui s'applique pour l'avenir à d'autres situations. Il s'applique à une situation similaire immédiatement, et née dans le passé. De plus, il n'est pas prétendu que le jugement pilote est obligatoire ; c'est un modèle que le juge unique reprend si les circonstances sont identiques. La limite de cette procédure est qu'elle ne vaut que pour des affaires déjà introduites devant le tribunal. Cette procédure de jugement pilote a été récemment mise en place devant la CEDH pour désengorger le rôle.¹³⁹ Elle permet de geler près de 700 affaires concernant la durée excessive de procédure pendantes devant la CEDH.

Il nous semble en définitive que deux procédures seraient nécessaires. Il conviendrait de créer une procédure de jugement pilote pour les préjudices importants (plus de 2000 euros par victimes) et sériels comme en matière administrative (où la procédure existante pourrait être élargie) avec l'aide des nouvelles technologies. La procédure resterait individuelle. Une affaire serait choisie et donnerait lieu à une instruction approfondie et les autres affaires donneraient lieu à une ordonnance sans audience reprenant l'attendu de principe et adaptant la solution au préjudice particulier. Pourrait également être envisagée une action de groupe (sans doute plutôt deux, une pour la procédure civile et l'autre pour le contentieux administratif) dans l'hypothèse de nombreux préjudices individuels de faible montant (moins de 2 000 euros) ou de l'illégalité d'un acte concernant de nombreuses personnes, engagées par

une association agréée ou existant depuis plus de cinq ans (une association déclarée à la préfecture en matière administrative), devant quelques tribunaux spécialisés (un par ressort de cour d'appel ou de cour administrative d'appel) comportant un fonds d'aide juridictionnelle. Il s'agirait d'une forme d'action de substitution groupée avec option d'exclusion impliquant d'informer des personnes intéressées après un premier jugement déclaratoire sur le principe de la responsabilité ou sur la légalité d'un acte. Le domaine de cette action de groupe serait la consommation, la concurrence, l'environnement (la difficulté en droit de l'environnement peut être de déterminer les auteurs de dommage de masse tels que la pollution d'une ville) et le droit financier (à moins que la jurisprudence n'admette un jour que les actionnaires victimes exerçant l'action *ut singuli* subissent un préjudice personnel et peuvent recevoir des dommages et intérêts ; il semble néanmoins qu'une loi pourrait également s'avérer nécessaire en matière financière).

Au final, défendre une action de groupe à la française et un développement des jugements pilotes permettrait de réduire considérablement pour les justiciables le coût d'une action en justice et de faciliter de ce fait l'accès de tous à la justice, de diminuer les coûts de fonctionnement du système judiciaire en évitant la duplication des procédures, de mettre les entreprises indécrites face à leurs responsabilités et d'inciter les entreprises à se montrer plus attentives aux réclamations de leurs clients.

139. Cf. notamment CEDH, 22 juin 2004, *Broniowski c/ Pologne* ; CEDH, 10 mai 2011, *Dimitrov et Hamanov c/ Bulgarie* et CEDH, 10 mai 2011, *Finger c/Bulgarie*.

PROMOUVOIR LA DÉFENSE DES DROITS

Une protection étendue des droits fondamentaux

Les droits et libertés sont garantis en France par des textes de source nationale, au premier rang desquels la Constitution et les principes à valeur constitutionnelle, notamment issus de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et du Préambule de la Constitution de 1946, mais aussi par des textes internationaux qui s'imposent au législateur (Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, droit de l'Union européenne, convention de Genève sur le droit d'asile, convention internationale des droits de l'enfant,...).

Ces textes constituent un socle de garanties qui, sauf à réviser la Constitution, sont opposables au pouvoir politique. Ils interdisent par exemple de songer à une limitation quantitative du nombre de demandes d'asile accueillies : l'octroi de l'asile est... de droit, pour tous ceux qui remplissent les conditions fixées par la convention de Genève. Il ne s'agit pas d'octroyer une faveur aux demandeurs d'asile, mais de faire valoir les droits qui découlent nécessairement de leur qualité de réfugié.

Il incombe au juge national d'interpréter et de mettre en cohérence ces différents textes et systèmes juridiques, au bénéfice des personnes qui entendent faire reconnaître leurs droits. L'interprétation et l'enrichissement de ces droits donnent lieu au développement d'un dialogue des juges, notamment avec la Cour de justice de l'Union

européenne et la CEDH. L'adhésion annoncée de l'Union européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales supposera d'ailleurs de renforcer ce dialogue.

La protection des droits et libertés a été récemment renforcée avec l'entrée en vigueur, le 1^{er} mars 2010, de la question prioritaire de constitutionnalité et l'opposabilité, depuis le 1^{er} décembre 2009, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

La question prioritaire de constitutionnalité (QPC) permet de veiller au respect, par la loi déjà en vigueur, des droits et libertés garantis par la Constitution. En permettant un contrôle de constitutionnalité des lois par la voie de l'exception, elle conduit au « passage d'une culture de la loi à une culture de la Constitution ». ¹⁴⁰ Près de 200 décisions ont été rendues par le Conseil constitutionnel, au regard de droits et libertés ainsi dotés d'une « nouvelle jeunesse », tels que la liberté d'association, le principe d'égalité devant la loi ou la liberté individuelle.

A titre d'exemple, le Conseil constitutionnel a pu censurer une disposition du Code de la santé publique autorisant l'hospitalisation d'office au motif de troubles mentaux « de notoriété publique ». Il a jugé que cette disposition n'assurait pas que cette mesure serait réservée aux seuls cas dans lesquels elle est adaptée, nécessaire et proportionnée à l'état de la personne concernée, à la sûreté des personnes et à la préservation de l'ordre public. ¹⁴¹ Notre droit se trouve ainsi passé au crible des droits

¹⁴⁰ Michel Verpaux in *AJDA*, n°22/2011.

¹⁴¹ Conseil constitutionnel, 6 octobre 2011, *Mme Oriette P.*

et libertés garantis par la Constitution. En sont le cas échéant expurgées les dispositions législatives inconstitutionnelles, qui sont abrogées.

Autre nouvelle venue dans le paysage juridique français, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne a désormais la même valeur que les traités européens. D'abord conçue pour soumettre le droit de l'Union au respect des droits et libertés, elle est également invocable à l'encontre des mesures nationales mettant en œuvre le droit de l'Union – ce qui recouvre de grands pans de notre droit. Or, la Charte ne se borne pas à reprendre des droits consacrés par ailleurs, notamment dans notre Constitution ou dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Elle les complète sur beaucoup de points : ainsi, par exemple, du droit de se marier et de fonder une famille, repris de l'article 12 de la CEDH mais étendu, dans la Charte, aux personnes de même sexe ; ou encore du droit à un recours juridictionnel effectif, que la Charte ne cantonne pas aux droits et obligations de caractère civil. Elle permet aussi de donner une nouvelle portée juridique aux droits consacrés dans la Charte sociale européenne, dont les dispositions étaient pour la plupart dépourvues d'effet direct.

La Cour de cassation a ainsi fait droit à l'invocation des articles 27 et 28 de la Charte, sur le droit des travailleurs à la consultation et à la négociation, rappelant l'obligation pour les employeurs d'accomplir les diligences nécessaires à la mise en place d'institutions représentatives du personnel.¹⁴²

¹⁴². Cour de cassation, 17 mai 2011, *Chartier*.

Si les avocats et justiciables se sont rapidement et massivement appropriés la question prioritaire de constitutionnalité (plus d'un millier de questions soumises à ce jour), la Charte des droits fondamentaux est moins connue et suscite encore nombre d'interrogations, notamment sur son champ d'application et sur la portée de la distinction qu'elle prévoit entre « droits » et « principes ». Ce n'est qu'en soumettant la question au juge que ces incertitudes pourront être levées. La Charte attend donc d'être invoquée pour pouvoir déployer sa protection.

Mais si les outils de protection des droits et libertés se sont enrichis, garantir la défense des droits exige aussi des autorités politiques qu'elles fassent preuve de vigilance et d'initiative.

Un contexte marqué par la crise et les « nouveaux risques »

Le développement des risques systémiques est indéniable (catastrophes naturelles et accidents technologiques dévastateurs, apparition de maladies infectieuses et de maladies pharmaco-résistantes, risques associés aux biotechnologies et aux nanotechnologies, attentats terroristes...). Ces risques rendent compte d'une plus grande vulnérabilité de notre société et des systèmes sur lesquels elle repose.

Dans un rapport sur les risques systémiques émergents publié en 2003, l'OCDE préconisait de mettre l'accent sur la prévention, en recueillant le maximum d'informations, en cherchant à identifier les points de vulnérabilité et en mettant en place des systèmes de veille – ce qui semblait obéir au bon sens. Cependant, il se trouve que la collecte des informations est désormais adossée à des systèmes de

gestion de l'information d'une performance sans précédent, grâce à l'interconnexion des systèmes d'information et à la convergence sous IP (protocole Internet), en termes de capacité de traitement et de conservation, mais aussi de traçabilité et de recoupement des informations. Or, ces performances vont de pair avec une vulnérabilité sans précédent du système d'informations et ne sont pas sans poser question sur de possibles dérives dans l'usage qui en est fait. Ainsi, appliquée à la lutte contre le terrorisme, la « veille préventive » a vite fait de basculer dans la surveillance. Et la « transparence » est présentée comme le prix à payer pour une prétendue sécurité, au mépris du droit à la vie privée.

Pourtant, la fin ne saurait justifier tous les moyens. La multiplication de fichiers contenant des données à caractère personnel représente aujourd'hui un enjeu majeur à cet égard. On se souvient du débat sur l'accès aux données sensibles sur la santé, s'agissant notamment de l'inclusion du VIH/sida dans la liste des maladies infectieuses à déclaration obligatoire.

C'est pourtant au regard des principes de nécessité, d'adéquation et de proportionnalité de la collecte et du traitement des données que de telles initiatives doivent être jugées. C'est d'ailleurs sur ce fondement qu'a été censuré le décret instituant le passeport biométrique, en tant qu'il prévoyait le relevé de huit empreintes digitales destinées à être conservées dans un fichier centralisé : étant donné que le composant électronique du passeport n'en comporte que deux, il n'est ni adéquat, ni pertinent au regard des finalités du fichier d'en relever davantage.¹⁴³

¹⁴³. Conseil d'Etat, 26 octobre 2011, *Association pour la promotion de l'image et autres*.

Si le fichier ne visait qu'à authentifier le porteur du passeport, et non à l'identifier à partir de ses empreintes, pourquoi relever d'autres données biométriques que celles strictement nécessaires ? Cette question reste sans réponse, mais laisse entrevoir les dérives auxquels le prétexte sécuritaire peut laisser cours, au mépris des droits et libertés.

Mieux vaudrait chercher à lutter en faveur de davantage de protection sur d'autres fronts, sur lesquels se développent des formes plus insidieuses de risques et de violence. Il en est ainsi des risques pour la sécurité et la santé au travail qui, dans le contexte de la crise actuelle, exigeraient une politique volontariste de protection des droits des travailleurs. D'après Seiji Machida, directeur du programme du Bureau international du travail (BIT) sur la sécurité et la santé au travail et sur l'environnement, les processus de fabrication qui recourent aux nanotechnologies et aux biotechnologies sont de plus en plus répandus, alors que l'impact de ces nouveaux matériaux sur la santé humaine et l'environnement demeure largement inconnu. Les travailleurs les plus vulnérables, temporaires ou migrants, sont de fait les plus exposés, faute notamment de mesures de prévention et de formation. Des risques psycho-sociaux se développent par ailleurs au travail, en conséquence des exigences toujours plus pressantes de flexibilité, de mobilité et d'intensification du travail. Loin de renvoyer à la seule subjectivité des salariés victimes de souffrances au travail, ces symptômes, certes individuels, trouvent leurs causes dans l'organisation du travail et appellent des solutions nouvelles, nécessairement collectives.

Autre front, le droit au logement et le droit à la santé, qui sont tous deux des objectifs à valeur constitutionnelle mais conservent un caractère largement incantatoire. En vertu de la loi du 5 mars 2007 instituant le droit au logement opposable, aux termes de laquelle le droit à un logement décent et indépendant est garanti par l'Etat à toute personne qui n'est pas en mesure d'y accéder par ses propres moyens ou de s'y maintenir, le juge se voit confier une mission nouvelle de garant de ce droit. Cependant, ainsi que le relevait le Conseil d'Etat dans son rapport public 2009, honorer « le droit au logement » suppose de pouvoir s'appuyer sur une refonte du « droit du logement », voire du « droit de l'habitat », pour ne plus se borner à la gestion de listes d'attente mais se donner les moyens de remédier à la pénurie de logements disponibles.

La mise en œuvre concrète de ce droit suppose aussi de lutter contre les discriminations à raison de l'origine, de l'appartenance sociale ou des moyens économiques – et sur ce point aussi le droit au logement et le droit à la santé se rejoignent, ce dernier étant sérieusement menacé du fait de la crise de la protection sociale.

Le choix d'une stratégie européenne

Consacrer davantage de droits au niveau européen permettrait de renforcer la citoyenneté européenne, en contribuant à fonder l'identité européenne sur une communauté de droit(s) et de valeurs, à l'instar de ce qu'incarne la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Cela permettrait aussi de garantir au mieux la protection de ces droits, en imposant le respect au législateur lui-même.

La protection des droits en France doit déjà beaucoup à l'Union européenne, de façon parfois méconnue mais très significative. Chacun connaît certes le rôle crucial de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, à laquelle on doit des réformes importantes de la législation française sur, notamment, le droit des étrangers ou, plus récemment, le régime de la garde à vue. Mais le droit de l'Union européenne, qui s'impose au législateur national, a également beaucoup fait pour l'approfondissement des droits, dans des domaines aussi variés que le droit des consommateurs, le droit du travail, la lutte contre les discriminations et le harcèlement.

Mais de nouvelles pierres pourraient être apportées à l'édification d'une citoyenneté européenne fondée sur le droit. Il faudrait, d'abord, travailler à parfaire le socle européen des droits et libertés. L'Agence européenne des droits fondamentaux identifie plusieurs défis dans son dernier rapport annuel, au nombre desquels le traitement des Roms, l'évolution du système européen d'asile et la mise en place d'un régime de protection complet de la vie privée et des données personnelles. Le Parlement européen joue un rôle moteur à cet égard. S'agissant par exemple des droits des travailleurs, une résolution du 15 décembre 2011, sur l'évaluation à mi-parcours de la stratégie européenne 2007-2012 pour la santé et la sécurité au travail, insiste sur la nécessité d'une stratégie communautaire plus ambitieuse dans ce domaine, notamment adaptée aux nouveaux risques (risques psycho-sociaux et nanomatériaux évoqués ci-avant). Nous devrions certainement chercher à y renforcer notre influence.

L'Europe de la justice reste par ailleurs à édifier, par une politique de coopération tant civile que pénale : il faut se donner les moyens de poursuivre et réprimer plus efficacement la délinquance économique et financière transfrontalière ainsi que les trafics d'êtres humains et de stupéfiants tirant profit de la liberté de circulation en Europe, mais aussi s'assurer de ce que chacun puisse faire utilement valoir ses droits civils sur le territoire européen, notamment en matière de relations familiales, de droit du travail ou encore de droit aux soins.

Il faudra cependant veiller à ce que l'Union européenne ne tienne pas de double langage sur la protection de ces droits.

L'Union européenne doit promouvoir le respect des normes sociales et environnementales dans ses négociations politiques et commerciales avec les pays tiers, sans craindre d'exiger au profit des travailleurs de ces pays, et de notre environnement commun, une amélioration des conditions de travail et de production. C'est déjà le cas pour les clauses politiques, qui couvrent le respect des droits de l'homme et des principes démocratiques – respect conditionnant tout accord de l'Union européenne –, mais cette exigence doit désormais s'étendre à d'autres droits.

Il en va de la cohérence de la politique européenne à l'égard de ces droits. Il en va aussi des conditions de la concurrence à laquelle les producteurs européens sont exposés, contraints de jouer une partie où les règles du jeu ne sont pas les mêmes pour tous les partenaires.

Pour faire le poids à Bruxelles, au sein d'un Conseil plutôt favorable à l'ouverture même déséquilibrée des marchés, la France pourrait d'ailleurs gagner à s'appuyer sur des Etats membres traditionnellement libéraux en matière de politique commerciale, mais attachés aux droits sociaux et aux normes environnementales. Enfin, la France doit veiller à ce que jamais l'Union européenne ne consente, dans le cadre de rapports de force avec des partenaires de pays tiers, à « brader » sa propre législation.

Les citoyens européens ont droit à l'assurance que l'exécutif européen ne remettra pas en cause leur niveau de protection dans le cadre de négociations avec des tiers, fût-ce avec les États-Unis. On se souvient à cet égard des propositions de la Commission tendant à l'autorisation de l'importation des poulets chlorés américains (traitement interdit en vertu des normes sanitaires européennes) ou encore, dans un autre domaine, au transfert des données des passagers des compagnies aériennes aux autorités américaines, sans garantie d'un traitement et d'un contrôle équivalents à ceux exigés en vertu des normes européennes sur la protection de la vie privée (accord dit « Passenger Name Record »).

C'est ainsi par une politique volontariste au niveau national, européen et international que les droits et libertés pourront être préservés, enrichis et concrètement renforcés.

RECONSTRUIRE LA JUSTICE DES MINEURS

Il n'est sans doute guère de domaine plus symptomatique de l'entreprise récente de démolition institutionnelle systématique que celui de la justice des mineurs. Les principes fondamentaux de notre justice ont été battus en brèche, au nom d'une conception idéologiquement marquée et dans les faits inexacte de la délinquance des mineurs ; les mécanismes de protection de la société et de l'enfance en danger ont été systématiquement démantelés, pour un résultat dont on se rend compte aujourd'hui du caractère désastreux.

L'urgence est ici de mise. Nul ne l'a mieux montré que Pierre Joxe, dont le dernier ouvrage¹⁴⁴ est consacré à son expérience d'avocat des mineurs. Après bien d'autres, l'ouvrage montre combien est aujourd'hui délabrée la justice des mineurs et combien délétère est le regard porté par le pouvoir politique sur la jeunesse. Changer de politique à l'égard des jeunes, dès lors, ce n'est pas uniquement modifier un aspect, même essentiel, de la politique pénale. C'est aussi cesser de traiter en ennemi potentiel la jeunesse, sur laquelle repose l'avenir de la France.

A cet égard, le fait que l'une des premières visites de la garde des Sceaux ait été pour l'Association française des magistrats de la jeunesse et de la famille, qu'elle y ait annoncé la suppression des tribunaux correctionnels pour mineurs est une très bonne nouvelle, gage d'une profonde réorientation de la politique en la matière.

144. Pierre Joxe, *Pas de quartier ? Délinquance juvénile et justice des mineurs*, Fayard, 2012.

Fondations d'une spécificité et de sa mise en cause

« Quant un enfant vole un vélo, ce n'est pas au vélo qu'il faut s'intéresser, mais à l'enfant ». Cette célébrisime phrase de Jean Chazal, grand ancien de la justice des enfants, résume d'une formule frappante les caractéristiques essentielles de la construction française de la justice des mineurs. La délinquance juvénile est un symptôme qu'il convient de traiter, la marque d'un adolescent en souffrance dont les services de l'Etat, associés (police, justice et services sociaux), doivent s'occuper en commun. Une réponse uniquement centrée sur la sanction pénale, dès lors, manquerait l'essentiel : la réhabilitation de l'enfant.

Cet équilibre a été affirmé dans le grand texte qu'est l'ordonnance du 2 février 1945, complétée par celle du 23 décembre 1958. Deux lois essentielles qui reposent sur une vision d'ensemble de la justice des mineurs, orientée autour de la réhabilitation et du sauvetage d'un mineur en danger et non uniquement sur la réponse pénale (si possible la plus sévère possible) qu'il conviendrait d'apporter à un acte déviant.

Le cœur de cette construction est la figure du juge des enfants, dont la particularité principale est de mêler compétence civile et compétence pénale. Le système permet dès lors au magistrat, accompagné des services sociaux, de choisir la solution la plus adaptée : peine lorsque celle-ci s'avère nécessaire, mesure éducative lorsqu'elle semble plus à même de permettre la réhabilitation du mineur. L'éventuel comportement délictueux n'est donc pas un critère. Qu'il ait commis une infraction ou pas, l'enfant en danger nécessite une

protection particulière, qui pourra prendre la forme de mesures éducatives variées.

Ces mesures supposent la surveillance et l'assistance des enfants qui en font l'objet, surveillance et assistance assurées par une administration particulière : la Protection judiciaire de la jeunesse (PJJ). L'efficacité du modèle français repose donc sur la collaboration étroite entre juges pour enfants et éducateurs de la PJJ.

C'est ce modèle qui a été profondément remis en cause, au nom d'un discours inlassablement ressassé. Il faudrait adapter la réponse pénale à une délinquance juvénile qui serait à la fois en hausse et impunie. Pour être asséné, le constat n'en est pas moins totalement inexact et gravement déformé dans l'opinion publique par la surexposition d'affaires tragiques et spectaculaires, mais non représentatives. Les « tournantes » et les « nouveaux barbares » existent bien et doivent bien évidemment faire l'objet de réponses judiciaires vigoureuses. Ils n'en restent pas moins très rares et statistiquement non significatifs.

Ainsi, les chiffres fournis par le ministère de la Justice lui-même permettent de tordre le cou à un grand nombre d'idées reçues. Les mineurs condamnés pour des crimes, tout d'abord, ne représentent qu'1 % du total des mineurs condamnés. A l'inverse, là où les mineurs sont les plus représentés est la catégorie d'infractions les moins importantes. Lorsque les condamnations sont prononcées pour violences, il s'agit neuf fois sur dix des violences les moins graves et lorsque l'on parle de violences sur des personnes représentant l'autorité publique, il s'agit huit fois sur dix d'outrages, une qualification en constante augmentation, visant des

injures, des obscénités, mais pas de violence physique. L'outrage, pourtant, montre-t-il autre chose qu'un durcissement encouragé par le pouvoir des relations entre la police et la jeunesse ?

De plus en plus jeunes, les mineurs délinquants, au point qu'il conviendrait d'abaisser l'âge de l'emprisonnement ? Les mineurs de moins de treize ans représentent 0,3 % de l'ensemble des personnes condamnées...

Enfin, et c'est le point le plus important, le taux de récidive des enfants mineurs est faible. L'idée inlassablement défendue d'une « entrée dans la délinquance » de l'adolescent, qui serait un point de départ pour une carrière criminelle de longue durée, est complètement invalidée par les statistiques judiciaires.

Là est sans doute l'essentiel. La construction de l'ordonnance de 1945 repose sur l'idée selon laquelle la délinquance juvénile est un accident de vie d'un mineur, qu'il convient de traiter comme tel en permettant à celui-ci de se corriger par la voie de mesures appropriées, dont la sanction pénale n'est que l'une des possibilités. Années après années, la statistique confirme la justesse de cette intuition. La seule réponse pénale dès lors ne peut être satisfaisante, surtout lorsque toutes les études confirment que le passage en prison est, au contraire, une source majeure de récidive.

C'est bien pourtant la politique suivie depuis dix ans, politique de durcissement de la loi et de répression systématique.

Une destruction regrettable

Sept rapports en sept ans. Et huit lois. On ne peut reprocher au précédent gouvernement son inactivité. Bien au contraire. Le droit pénal est, depuis maintenant une dizaine d'années, le siège d'une activité frénétique très inquiétante. Chaque fait divers susceptible d'émouvoir plus ou moins fortement l'opinion publique donne lieu à une réponse législative, et chacune de ces réponses vient encore durcir l'arsenal répressif existant.

Plus que tout autre, c'est le délinquant mineur qui a attiré la foudre présidentielle. La séquence a véritablement commencé par la loi dite Perben I, de 2002, dont il est de notoriété publique qu'elle fut dictée par Nicolas Sarkozy, alors ministre de l'Intérieur. Cette loi est notamment célèbre pour avoir créé les « Centres éducatifs fermés », qui avaient été supprimés de l'arsenal français en 1979 tant ils étaient considérés comme un échec en matière de répression de la délinquance juvénile. Sans être de véritable prisons, ces centres partagent néanmoins avec elles l'aspect le plus fondamental : la privation de liberté. Ces centres offrent aujourd'hui environ 500 places, pour un coût exorbitant (environ 650 euros par jour, contre 200 euros pour un placement dans un foyer).

A ces centres, la loi de 2002 ajoute un nouvel arsenal de mesures : les sanctions éducatives. Celles-ci, pourtant, n'ont d'éducatif que le nom. Juridiquement, ce sont bien des peines complémentaires au sens du droit pénal, peines complémentaires dont le nombre et la variété ont explosé ces dix dernières années. Peu de symboles plus frappants du

mouvement en cours que cette requalification en « éducatives » de ce qui n'est en réalité qu'une stricte réponse pénale.

La loi de 2002 n'était pourtant que le début d'une longue série qui, chaque année, apporte son lot de nouvelles au point de donner le tournis. La loi du 18 mars 2003 crée des infractions nouvelles et pour la plupart inutiles (car déjà sanctionnables), comme « l'entrave à la libre circulation des halls d'immeubles ». Elle autorise surtout le fichage des mineurs dans des conditions extrêmement libérales et sans garanties sérieuses. La loi du 9 mars 2004 (dite Perben II) allonge à quatre jours la garde à vue des mineurs de seize à dix-huit ans. La loi du 12 décembre 2005 relative à la récidive applique le mécanisme d'aggravation des peines en cas de récidive aux mineurs. La loi du 5 mars 2007 renforce le droit pénal des mineurs en prévoyant des mécanismes de comparution immédiate pour eux, en permettant leur placement sous contrôle judiciaire dès treize ans, en élargissant les conditions dans lesquelles peut être écartée l'excuse de minorité entre seize et dix-huit ans. L'encre de cette dernière loi n'était pas encore sèche que, le 10 août 2007, une nouvelle loi inventait les tristement célèbres « peines plancher », applicables aux mineurs récidivistes. Ce n'est d'ailleurs pas la seule innovation pénale inventée par le législateur et étendue aux mineurs, puisque la loi du 23 février 2008, qui inventait la rétention de sûreté permettant de maintenir en rétention un détenu en bout de peine, n'excluait pas les mineurs de son champ d'application.

Face à cette déferlante, le Conseil constitutionnel, que l'on a connu plus vigilant, n'a presque pas réagi. A l'occasion de la loi de 2002,

il avait pourtant posé un garde-fou, par une règle d'interprétation fondamentale en matière de justice des mineurs. Pour lui, devait être considérée comme un principe fondamental des lois de la République la philosophie fondamentale de la justice des mineurs : la supériorité de l'éducatif sur le répressif, justifiant une procédure spécialisée et une atténuation de la responsabilité pénale. Ce principe, pourtant, n'aura servi presque à rien, puisqu'aucune des lois adoptées entre 2002 et 2011 n'aura été écartée par le Conseil.

C'est seulement en 2011 que deux dispositions essentielles de la loi du 14 mars 2011 ont été invalidées par le Conseil, au nom de la spécificité de la justice des mineurs. L'une et l'autre étaient, il est vrai, particulièrement spectaculaires. La première permettait de passer outre la compétence d'instruction du juge des enfants en confiant au parquet la possibilité dans certaines circonstances de poursuivre directement devant le tribunal pour enfants. La seconde étendait encore le mécanisme des peines plancher aux mineurs non récidivistes.

La philosophie sous-jacente à la notion même de peine plancher est, il est vrai, en la matière particulièrement choquante. Elle témoigne d'une vision monolithique de la délinquance en général qui refuse de tenir compte de la spécificité de chaque situation et de chaque infraction. Cette négation de l'individualisation de la sanction est particulièrement dangereuse en matière de délinquance juvénile, dont la diversité a déjà été maintes fois établie. Elle est en contradiction directe avec les principes de réhabilitation qui gouvernaient jusqu'ici le droit français.

Il faut se féliciter de la réaction du Conseil constitutionnel, même si celle-ci est bien tardive. L'obstacle, pourtant, n'a pas paru si grand au gouvernement, dont l'une des dernières propositions fut d'adopter un « code pénal des mineurs ». L'adoption d'un tel code aurait marqué définitivement l'enterrement de l'esprit des ordonnances de 1945 et 1958. Il aurait consacré la séparation entre les aspects répressif et éducatif, en assurant le primat du premier sur le second. Le mineur délinquant était désormais un délinquant ; qu'il soit aussi un mineur en danger n'est plus qu'une considération secondaire.

Une telle politique, hypertrophiant la réponse pénale et minorant systématiquement la mise en place de mesures éducatives, se traduit directement dans les moyens alloués à l'administration. Le budget de la Protection judiciaire de la jeunesse est aujourd'hui largement englouti par les Centres éducatifs fermés. Tout le reste, en revanche, est désormais passé au rasoir de la Révision générale des politiques publiques, qui, en matière d'enfance en danger, est un autre nom pour le démantèlement pur et simple d'une administration pourtant essentielle.

Inlassablement dénoncée par les professionnels de l'enfance, contestée pour son inefficacité, fréquemment contournée en raison de son excessive rigidité, cette politique ne sert pas les buts qu'elle se fixe. Le seul résultat tangible en est de faire grandir cette logique de confrontation entre les jeunes des quartiers et les institutions. En témoigne l'explosion des poursuites pour outrage ; en témoigne surtout l'extravagant recours à la procédure d'état d'urgence en 2005, lors de l'embrasement de certaines banlieues. Quel constat d'échec plus

flagrant que le prononcé d'un état d'urgence en 2005 ? Comment ne pas être choqué par la mise en œuvre d'une procédure jusqu'ici très exceptionnelle et réservée aux graves troubles post-coloniaux, pour que la société se protège de sa propre jeunesse en révolte ? N'y aurait-il d'autre réponse que policière, voire militaire, et répressive ?

Vers une possible reconstruction ?

La réponse à cette tentative de mise à bas de la spécificité de la justice des mineurs ne peut être que de revenir sur la quasi totalité de ce qui a été fait. Les centres fermés doivent faire l'objet d'une évaluation stricte et d'une critique serrée. Les peines plancher, la rétention de sûreté doivent être abolies. La Protection judiciaire doit être de nouveau à même de réaliser ses missions, par l'allocation d'un budget décent, qui ne soit pas absorbé par une seule logique d'enfermement. Et, mais ceci est déjà en chantier, les tribunaux correctionnels pour mineurs doivent être supprimés.

Non que les ordonnances de 1945 doivent être restituées dans leur lettre même. Ces textes ont évolué pour tenir compte de l'évolution du système pénal et de la justice française. La création en 1951 des cours d'assises des mineurs, par exemple, est une évolution importante qui n'est pas remise en cause aujourd'hui. Plus que la lettre, c'est bien l'esprit des textes qu'il faudrait ressusciter.

L'urgence n'est pas de refaire encore et toujours la procédure pénale, de durcir encore et toujours la réponse pénale. L'urgence est de donner aux professionnels de l'enfance en danger les moyens de travailler.

Les moyens considérables confiés à la seule politique carcérale doivent être réorientés en faveur des moyens effectifs de réinsertion. A cet égard, doit être longuement médité l'exemple du gouvernement Jospin, dont la politique s'était à l'époque traduite notamment par la création de plus de 300 postes d'éducateurs de la Protection judiciaire de la jeunesse. A la suite d'un rapport réalisé sous la direction de Christine Lazerges et dont la lecture reste d'actualité, il fut décidé que la réponse à apporter ne consistait pas en un durcissement de la politique pénale, mais en un redéploiement des moyens existants. 135 propositions avaient alors été faites, pour permettre une meilleure prise en charge des mineurs délinquants. Aucune d'entre elles ne nécessitait l'intervention du législateur, toutes supposaient en revanche une détermination politique et la volonté de changer le regard porté par la société sur sa jeunesse.

Car ce n'est pas tant la loi que ce regard qui doit être radicalement bouleversé. La peur de la jeunesse est le signe d'une société en repli et en déclin à laquelle on ne peut pas se résoudre.

REPENSER LA PRISON ET L'EXÉCUTION DES PEINES

Si, longtemps, pour des raisons plurielles tenant à la culture, l'histoire, les représentations, et plus récemment à la pensée critique des institutions de Michel Foucault, la question de la prison a été appréhendée frileusement, souvent dans l'indifférence et parfois avec cynisme, nous pensons nécessaire que la gauche affirme aujourd'hui qu'il ne s'agit pas, ou plus, d'un sujet de honte. Elle doit défendre l'idée,

en s'en donnant les moyens, à l'instar de nos voisins espagnols ou scandinaves, que la prise en charge des personnes placées sous main de justice constitue un service public essentiel au bon fonctionnement de notre démocratie, dans le respect des valeurs de la République et des trois fonctions de cette mission régaliennne : la sanction, la réinsertion et la protection de la société.

Le « changement » qui nous apparaît nécessaire à la prison requiert, pour lui donner du sens et l'améliorer, de l'assumer sans passion stérile sur sa fonction répressive.

La tâche est immense au regard d'un contexte quantitatif alarmant, qui ne cesse de s'aggraver, au point que le Contrôleur général des lieux de privation de liberté, Jean-Marie Delarue, a cru devoir, pour la première fois depuis son installation, publier le 22 mai 2012 un avis qualifiant la situation de « préoccupante ».

Un contexte préoccupant

De fait, selon les données de l'Observatoire des prisons et autres lieux d'enfermement ou de restriction des libertés (OPALE)¹⁴⁵, il était dénombré au 1^{er} décembre 2011 :

- 74 108 personnes sous écrou, soit + 9 % en un an ;
- 65 262 personnes détenues dans les 189 établissements pénitentiaires, soit + 6 % en un an, dont 48 675 personnes condamnées et

¹⁴⁵. Sous la direction de Pierre V. Tournier, Université de Paris I.

- 16 587 prévenus ce qui, ramené au nombre de places (57 225), représentait un taux moyen d'occupation du parc pénitentiaire de 113,9 %. Au 1^{er} mai 2012, le nombre de personnes détenues s'était encore accru pour atteindre 67 073, en hausse de 3,9 % sur un an ;
- 11 591 personnes détenues en surnombre, soit + 30 % en un an, dont 594 obligées de dormir sur des matelas posés à même le sol contre 220 un an auparavant, soit 2,7 fois plus.

Dans le même temps, les 103 services pénitentiaires d'insertion et de probation (SPIP) prenaient en charge 173 022 personnes. Du fait du développement, bienvenu, des modes alternatifs de la peine, la politique pénitentiaire ne se résume en effet désormais plus au milieu fermé, traduisant en cela le succès de pensées humanistes selon lesquelles l'encadrement de la peine est complémentaire à une vision purement sécuritaire. Enfin, autre donnée contextuelle d'importance, le stock des condamnations à exécuter est évalué à 80 000 dont l'essentiel (67 %) est composé de peines inférieures à six mois et 86 % inférieures à un an.

Le constat est donc sans appel. Le nombre de personnes sous écrou connaît une forte et régulière augmentation et le nombre de personnes détenues en surnombre est en hausse constante en dépit de l'accroissement du nombre de places d'emprisonnement depuis 2002¹⁴⁶,

¹⁴⁶. Ce qui traduirait selon certains observateurs une tendance des magistrats bénéficiant dans leur ressort de nouvelles places de prisons à mettre davantage de décisions à exécution et/ou à prononcer davantage de peines d'emprisonnement ferme et à tout le moins le fait qu'il n'y aurait pas de corrélation entre l'ouverture de nouvelles places et le désencombrement des structures pénitentiaires.

avec un parc pénitentiaire qui est passé de 47 000 places à cette date à 57 225 aujourd'hui, et de l'amélioration constante des taux d'aménagement de peines, notamment grâce aux placements sous bracelets électroniques (16 797 en 2010, soit + 20 % par rapport à 2009).

Même si, certes, cette surpopulation carcérale n'est pas homogène et dépend de la nature des établissements pénitentiaires – 2,4 %, soit environ 500 personnes, dans les établissements pour peines mais 31 %, soit environ 10 500 personnes, en maison d'arrêt¹⁴⁷ –, cette amplification contemporaine d'un contexte ancien crée assurément une situation à risques.

D'abord, au sein des établissements pénitentiaires du fait de conditions d'hébergement d'une partie de la population carcérale souvent non respectueuses des droits fondamentaux et parfois attentatoires à la dignité humaine – constat désormais régulièrement sanctionné par les juridictions administratives¹⁴⁸ –, évidemment peu propices à une prise en charge de qualité, contraires à une gestion sereine de la détention en raison d'un surcroît de violence, de stress et de détresse, et peu favorables à un management apaisé des personnels en proie à un sentiment de délaissement.

147. Données OPALE.

148. Au motif que la taille des cellules au regard de la surpopulation, les conditions d'hygiène et de salubrité et l'agencement des cellules n'assurant pas la protection de l'intimité sont contraires à l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme proscrivant les traitements inhumains et dégradants.

Ensuite, pour notre démocratie républicaine dont l'équilibre exige une chaîne pénale garante de l'efficacité de la peine et de la sécurité des personnes et des biens, impliquant une réponse efficace contre la réitération et la récurrence d'actes délinquants.

Face à ce contexte de surpopulation carcérale, qui interroge sur l'efficacité de notre système pénal et pénitentiaire, des voix de plus en plus nombreuses militent en faveur de l'instauration d'un *numerus clausus* pénitentiaire. Dans son avis du 22 mai 2012, Jean-Marie Delarue préconise l'apurement, sous certaines conditions, par une loi d'amnistie spécifique, des peines inexécutées prononcées antérieurement à 2012.

D'autres solutions nous paraissent plus pertinentes pour éradiquer, durablement, le contexte d'accroissement chronique du nombre de personnes incarcérées et de surpopulation carcérale. Elles imposent de s'attaquer de façon volontaire et stabilisée aux quatre causes majeures, anciennes, de difficultés.

Des causes bien connues

Il s'agit en premier lieu de l'insuffisante capacité d'accueil du parc pénitentiaire. Au-delà de la contradiction en résultant avec les Règles pénitentiaires européennes (RPE), notamment au regard du respect des droits et de la dignité des personnes détenues, la surpopulation carcérale qui découle du manque de places d'emprisonnement, en lien avec une politique et des lois pénales plus répressives et une demande de sécurité

accrue de la part du corps social, engendre de profondes difficultés de gestion à l'administration pénitentiaire et des prises en charge peu propices à la réinsertion. Ce déficit de places ne permet pas, en outre, le respect du principe de l'encellulement individuel posé dans la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009.

La vétusté de nombreux établissements pénitentiaires, essentiellement des maisons d'arrêt, constitue une seconde cause là aussi depuis longtemps relevée. Le non respect, dans nombre d'établissements pénitentiaires, des droits et de la dignité des personnes détenues est notamment le fait de la dégradation des conditions de détention dans des structures vieillissantes, trop longtemps peu et mal entretenues, qui ne sont plus aux normes (85 établissements sur 191 sont centenaires). La rénovation des établissements existants, lorsqu'elle est possible dans des conditions économiques acceptables, paraît préférable à la construction d'établissements à grande capacité (800 à 1 000 personnes détenues) excentrés des centres-villes, dont les observateurs fustigent régulièrement la déshumanisation.

Les mauvaises conditions de prise en charge des personnes détenues sont un troisième facteur de dégradation. L'organisation d'une vie sociale en détention est nécessaire à une lutte efficace contre la récidive. L'insuffisance de l'offre de travail (selon l'Observatoire international des prisons, un quart des personnes détenues aurait un emploi pour un salaire moyen mensuel de 318 euros), de formation, d'activités culturelles et sportives, alors que l'oisiveté est porteuse d'agressivité, de violences et de détresse (avec un nombre important de

suicides), ne permet pas de prendre efficacement en charge, au sens large de « garde » et de « réinsertion », les personnes détenues.

Cette impossibilité à organiser une vie sociale en détention constitue une difficulté structurelle pour les courtes peines d'emprisonnement. La double contrainte à laquelle sont soumis les magistrats – favoriser les conditions de détention, donc lutter contre le surencombrement, mais dans le même temps accroître les taux d'exécution des peines – oblige par conséquent à mener une réflexion poussée sur les courtes peines d'emprisonnement. Faute de temps pour travailler avec la personne détenue, la courte peine d'incarcération s'avère souvent improductive, ce qui met en question son efficacité en termes de prévention de la récidive.

Le nombre de personnes détenues souffrant de troubles mentaux est enfin un facteur particulièrement préoccupant et source de difficultés. En dépit du programme « santé-justice » à l'origine du déploiement des unités hospitalières spécialement aménagées (UHSA), la prise en charge et le suivi médical des personnes détenues souffrant de troubles mentaux sont peu efficaces du fait d'une insuffisance chronique de praticiens en milieu fermé. Ils se heurtent également, selon le rapport de la Cour des comptes sur le plan « Santé mentale 2005-2011 », au manque de disponibilités d'agents pour effectuer le transfert des personnes détenues concernées (tous les ans, 8 % en moyenne des consultations – mais 54 % dans le Limousin ou 28 % dans le Nord-Pas-de-Calais – sont annulés pour cette raison).

Plusieurs voies possibles d'amélioration

La poursuite, mais sous certaines conditions, d'investissements immobiliers

La poursuite d'une politique pluriannuelle de modernisation et de refondation du parc immobilier pénitentiaire nécessite, ne serait-ce qu'en raison de son coût, l'engagement préalable urgent de réflexions devant porter notamment sur quatre axes.

Le premier implique la détermination, sur le moyen et le court terme, du nombre de places nécessaires à de bonnes et efficaces conditions de prise en charge. Cela doit se faire d'une part dans le respect de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 qui a posé le principe que la peine privative de liberté doit permettre au condamné de mener une vie responsable et prévenir la commission de nouvelles infractions, celui de l'encellulement individuel pour les personnes détenues le souhaitant, et celui de l'aménagement des peines et de leur exécution en milieu ouvert. D'autre part, il faut tenir compte de l'achèvement des programmes de construction en cours et notamment du programme dit « 13 200 » devant permettre de disposer d'un parc carcéral de 61 200 places en 2013, alors que le nouveau programme immobilier (NPI) issu de la loi du 27 mars 2012 relative à l'exécution des peines prévoit, pour un coût estimé à plus de trois milliards d'euros, soit près de la moitié du budget 2012 de la justice (7,42 milliards d'euros), de porter à 80 000 le nombre de places de prison d'ici 2017.

Un second axe de réflexion devra porter sur le mode de financement et de gestion idoines (public, partenariat public-privé (PPP) ou délégation de service)¹⁴⁹, sachant qu'une place de cellule du secteur privé coûterait de l'ordre de 145 000 euros, soit environ un tiers de plus que les chantiers publics, et ce non compris les coûts financiers de fonctionnement, l'augmentation de la part des loyers dus par l'Etat obérant en outre tout autre investissement autofinancé. La Cour des comptes ayant relevé qu'en l'état rien n'établit que le mode de construction « en PPP » serait économe par rapport à une réalisation sur fonds publics et qu'aucun dispositif de contrôle et de comparaison entre les offres fournies par le secteur public et le secteur privé ne permet d'avoir l'assurance que, à coût égal, ce dernier fournit une prestation supérieure ou à tout le moins équivalente, il importe qu'une telle évaluation soit préliminairement opérée avant de poursuivre les programmes immobiliers en cours.

Il nous faut également nous pencher sur la taille des nouveaux établissements, en tenant compte des critiques récurrentes émises sur la « déshumanisation » de ceux dépassant 500 places, alors que la capacité moyenne des établissements du nouveau programme immobilier (NPI) passe de 532 à 650 places, voire davantage en région parisienne.

149. Ainsi que l'a récemment relevé une organisation syndicale de magistrats (USM) : « en 2012, 51 % des places de prison seront gérés par un partenaire privé et les loyers dus au titre des public-privé passeront de 80 millions de crédits de paiement en 2011 à 114 en 2012 (+ 42,5 %) et de 291 à 294,7 millions pour la gestion déléguée (+ 1,27 %), soit près de 13,5 % de l'ensemble des crédits de paiement de l'administration pénitentiaire ». Observations de l'USM sur le projet de loi de programmation relative à l'exécution des peines, décembre 2011.

Enfin, dans l'objectif d'une amélioration des taux d'occupation des quartiers de semi-liberté et du maintien des liens familiaux et sociaux dans les nouveaux établissements pénitentiaires, il nous paraît important de rechercher une meilleure localisation urbaine de ces structures, mieux desservie par les transports en commun.

La recherche d'une meilleure coopération, en matière d'aménagement de peines, entre les mondes judiciaire et pénitentiaire et la poursuite de l'investissement dans un plan psychiatrique

En dépit du rattachement au même service public de la justice des autorités judiciaire et pénitentiaire, les modalités d'exécution et d'aménagement des peines pâtissent du lien institutionnel « mandants/mandataires-exécutants » caractérisant leurs relations pourtant fonctionnellement interdépendantes. Ainsi qu'il résulte du rapport de juin 2011 de Christian Mouhanna, chargé de recherche au CNRS-CESDIP, cela se traduit au quotidien par des rapports complexes faits d'objectifs, de stratégies et de contraintes différentes en matière de politique d'exécution et d'aménagement de peine, et de gestion des flux de détenus.

La création au sein du ministère de la Justice d'une direction en charge de l'administration (ou de la gestion) des peines, qui regrouperait les compétences des directions des affaires criminelles et des grâces (DACG) et celles de l'administration pénitentiaire (DAP) et de la protection judiciaire de la jeunesse (DPJJ), pourrait répondre au besoin d'une politique transversale entre les entités judiciaire et pénitentiaire.

Dans le même sens, afin de favoriser une exécution plus rapide des peines, il serait opportun de généraliser les bureaux d'exécution des peines dans les tribunaux de grande instance.

La prison souffre par ailleurs d'un sous-effectif chronique des équipes de soins psychiatriques. La réponse à ce constat est d'autant plus ardue que l'insuffisance de praticiens psychiatriques du milieu carcéral n'est que le reflet de la sous-représentation de cette profession dans notre système de soins public et privé. Un plan national de formation et de recrutement de psychiatres et de psychologues est par conséquent un des axes d'amélioration souhaitable. Compte tenu de l'importance de la population souffrant de troubles psychiatriques qui est en prison, notamment en raison de l'importance de la disparition de « lits psychiatriques » depuis vingt ans, ce plan pourrait utilement s'accompagner de dispositions pratiques telles que l'obligation de vacations en milieu carcéral pour les étudiants de ces spécialités ou d'un temps en établissement pénitentiaire dans le cadre de leur formation.

Des politiques volontaristes de développement des alternatives à l'incarcération et d'aménagement des peines

- Les alternatives à l'incarcération

S'il est légitime que les taux d'occupation des établissements pénitentiaires et notamment des maisons d'arrêt n'influent ni sur les réquisitions du ministère public, ni sur les décisions de condamnation, ni encore sur la politique des poursuites, reste posée la question de

l'utilité de la mise à exécution de courtes peines d'emprisonnement, que l'on s'efforce ensuite d'aménager, dont le développement est pour partie lié à l'augmentation des « comparutions immédiates ».

Or, parce que les taux de récidive ne sont pas sans lien avec la qualité des prises en charge, tant en milieu ouvert qu'en milieu fermé, et parce que, aussi, les alternatives à l'incarcération sont source d'économies budgétaires, il paraît nécessaire de déterminer des politiques de non emprisonnement pour les délits les moins graves et d'imaginer, pour les réprimer, de nouvelles alternatives à l'incarcération. Il conviendrait notamment de créer rapidement une peine de probation efficace pouvant être prononcée à la place de l'emprisonnement ou à son issue. La probation serait ici entendue au sens que lui donne le Conseil de l'Europe, c'est-à-dire une peine exécutée en milieu ouvert dans le cadre d'un accompagnement, dans le double objectif de « réintégrer socialement l'auteur de l'infraction et de contribuer à la sécurité collective ». Par conséquent, ce serait une peine reposant avant tout sur le suivi et la prise en charge de la personne placée sous main de justice, distincte dès lors des pratiques actuelles majoritaires de probation et d'insertion impliquant avant tout le respect d'obligations.

- Les aménagements de peine

Les aménagements de peine ont fait la preuve de leur efficacité. Il convient de les développer parce qu'en outre ils constituent, notamment le bracelet électronique qui est d'une grande souplesse d'utilisation, une réponse efficace au surencombrement carcéral.

Alors que selon plusieurs organisations syndicales judiciaires¹⁵⁰ seules 18 % des personnes condamnées bénéficient d'un aménagement de peines, une ambitieuse politique dans ce domaine paraît d'autant plus nécessaire que, d'après une étude récente de l'administration pénitentiaire¹⁵¹, les taux de récidive les moins élevés sont atteints grâce aux libérations conditionnelles (39 %), aux condamnations à des peines alternatives (45 %) et aux bracelets électroniques (55 %). A l'inverse, les taux les plus élevés de récidive concernent les détenus ayant purgé la totalité de leur peine en prison (63 %). Aux termes de cette analyse, ce sont systématiquement les mesures avec absence (sursis avec mise à l'épreuve) ou levée d'écrou (libération conditionnelle) qui présentent les taux de réitération les plus faibles. Le choix de privilégier pour certains délits la détention au détriment des aménagements de peine, outre qu'il est coûteux pour la collectivité, apparaît par conséquent inefficace au regard de l'objectif de prévention de la récidive.

Dès lors, sauf décision judiciaire motivée, les aménagements de peine pourraient devenir la règle, passé un temps d'exécution de la peine pour les condamnations supérieures à trois mois, et systématiquement pour celles inférieures à trois mois.

Un développement souhaité des politiques d'aménagement de peine et d'alternatives à l'incarcération impose également que soit

150. Syndicat de la magistrature (SM), CGT Justice, Syndicat national des éducateurs et personnels de l'administration pénitentiaire (SNEPAP).

151. Annie Kensey et Abdelmalik Benaouda, « Les risques de récidive des sortants de prison : une nouvelle évaluation », *Cahiers d'études pénitentiaires et criminologiques*, n° 36, mai 2011.

clarifié le positionnement des personnels d'insertion et de probation au sein du système de l'application des peines. Ces politiques se traduisent de fait, d'une part, par des relations institutionnellement complexes avec les juges d'application des peines et, d'autre part, par la poursuite d'objectifs parfois contradictoires entre les milieux fermé et ouvert, au détriment du milieu ouvert en raison de sa place minoritaire dans le dispositif pénitentiaire.

Un récent rapport conjoint sur les services pénitentiaires d'insertion et de probation (SPIP)¹⁵² a identifié plusieurs pistes d'amélioration qui nous paraissent devoir être mises en œuvre :

- la nécessaire continuité de la chaîne pénale au stade de l'exécution des peines,
- des modalités plus claires de prise en charge des personnes placées sous main de justice au sein des SPIP,
- une meilleure répartition des moyens et gestion des effectifs des SPIP tenant compte du constat d'un effectif qui serait globalement adapté (ce qui va à l'encontre des conclusions du groupe de travail de la chancellerie de mai 2011 qui évaluait les besoins entre 200 et 600 personnels d'insertion et de probation supplémentaires),
- l'amélioration des relations de l'administration pénitentiaire avec les partenaires associatifs pour les mesures de placement à l'extérieur et de sursis avec mise à l'épreuve et leur contrôle.

152. Inspection générale des finances, Inspection générale des services judiciaires, *Les services pénitentiaires d'insertion et de probation*, juillet 2011.

Il paraît également nécessaire, dans un souci de convergence et d'efficacité, de créer des liens structurels plus forts entre les milieux ouvert et fermé dans l'objectif d'une continuité des prises en charge faisant souvent défaut. A cet effet, l'unification des deux corps d'encadrement de la filière « garde » et de la filière « insertion » qui ne font en l'état que coexister, parfois mal – ce qui est préjudiciable à la prise en charge des personnes placées sous main de justice – nous paraît devoir être explorée.

Des mécanismes de régulation et de contrôle de la surpopulation pénale des maisons d'arrêt, limités dans le temps et réservés aux courtes peines et aux infractions les moins graves

Si l'instauration d'un *numerus clausus* pénitentiaire faisant dépendre la décision d'incarcération du nombre de places disponibles nous paraît contraire aux principes de droit pénal, pour autant l'instauration de mécanismes de régulation de la surpopulation des maisons d'arrêt sous forme d'une gestion de type « entrants/sortants » dans le cadre de politiques judiciaires des parquets (et non seulement d'action publique) constituerait une réponse pragmatique. De tels mécanismes d'ajustement des politiques d'exécution des parquets concentrés sur les délais d'exécution pourraient par exemple se traduire par la recherche, chaque fois que possible, pour les personnes détenues en fin de peine n'ayant pas fait l'objet de procédures disciplinaires durant le temps de leur détention, de libérations anticipées assorties d'un suivi automatique.

Une loi circonstancielle à l'égard d'auteurs de délits condamnés à des courtes peines et du stock de condamnations inexécutées

Nous ne pensons pas souhaitable, car cela ne serait pas compris par le corps social, de rétablir des mécanismes d'amnistie ou de grâce collective qui ont longtemps servi de « purge », efficace, au surencombrement des prisons.

Pour autant, parce qu'une condamnation perd de son sens et de sa portée si son exécution n'intervient pas, faute de moyens nécessaires, dans un délai raisonnable, il paraît souhaitable que le parlement, pour tenir compte du nombre de condamnations pour des délits mineurs en attente d'exécution prononcées antérieurement à 2012, puisse voter une mesure visant à suspendre leur mise à exécution sous réserve que, dans le délai légal de prescription des peines délictuelles, leur auteur ne commette aucune nouvelle infraction. Passé ce délai de prescription, la condamnation serait réputée comme ayant été exécutée. En revanche, en cas de nouvelle condamnation dans le délai de prescription de la première condamnation suspendue, celle-ci serait immédiatement et prioritairement ramenée à exécution. Une telle mesure aurait le mérite de garder intact la dimension symbolique de la condamnation tout en « remettant les compteurs à zéro » afin de repartir sur des bases solides.

De la même façon, pour tenir compte du contexte alarmant de la surpopulation des maisons d'arrêt, une mesure générale conjoncturelle pourrait permettre, sauf avis contraire motivé du juge d'application des peines, la remise automatique en liberté d'auteurs de délits condamnés

à des peines courtes ou ayant un faible reliquat de peines à subir, sous réserve du respect de conditions dont le contour relève de l'appréciation du législateur.

Dans l'immédiat, à l'instar des propositions du Contrôleur général des lieux de privation de liberté, le recours aux dispositions de l'article 723.15 du Code de procédure pénale doit être systématiquement encouragé pour les auteurs de délits condamnés à des peines courtes. Dans ce cadre, parce que les mises en cause des juges d'application des peines du fait de leurs décisions constituent un frein à des politiques volontaristes et ambitieuses d'aménagement de peines, il paraît opportun que ces juges puissent être mis à l'abri de telles mises en cause, notamment à l'occasion d'affaires médiatiques, lorsque leurs décisions ont été rendues dans le strict respect de la loi et de la procédure.

CONCLUSION

Il est assez communément admis – tel était notre point de départ – que, dans notre société ouverte et mondialisée où l'Etat-providence recule, le droit et la justice sont plus que jamais les principaux régulateurs de notre vie sociale. Cette emprise progressive et inexorable du droit et de la justice sur nos vies, nos voisins européens se sont préparés à la vivre sans drame en se dotant volontairement (Royaume-Uni) ou involontairement (Allemagne) d'une institution judiciaire légitime, respectée et indépendante.

Pour des raisons qui tiennent à notre héritage historique, politique, philosophique, et à la conception jacobine et administrative du pouvoir de notre pays, la France, sous la V^{ème} République, a tenu en respect la justice au point que l'institution judiciaire a été placée, de fait et pour une large part de droit, dans une situation de dépendance à l'égard de l'autorité politique.

Nos auditions et nos recherches nous ont confirmé combien la culture de la dépendance, y compris financière, avait été la réalité de la

France judiciaire, sous les gouvernements de droite comme de gauche, jusque dans les années 1980-90. On en trouve les manifestations, nombreuses, dans les programmes politiques (se souvient-on que la Convention sur le Projet socialiste en 1980 proposait de « réaliser le socialisme par la justice » ?), dans les nominations, dans les réformes, dans les budgets et dans les interventions, plus ou moins visibles, des gouvernants dans les procédures judiciaires en cours, revêtues pour l'occasion du qualificatif, d'usage souple et extensible, de « sensibles ».

Les circonstances ont changé en France et un consensus général s'est installé peu à peu quant au diagnostic des maux, bien réels, qui affectent la justice de notre République et des solutions qu'il convient de mettre en œuvre.

Ces maux, nous les avons analysés. La trop fameuse formule « La justice française est en crise », si elle a des accents lancinants, en rend compte avec justesse. Crise de confiance, tout d'abord, car une majorité de citoyens a peur de la justice. Crise budgétaire, ensuite, car les contentieux abondent tandis que les budgets de la justice restent faibles, en tout cas insuffisants et la comparaison avec nos voisins européens objective ce que les acteurs judiciaires vivent au quotidien. Crise de conscience, enfin – la plus grave, la plus profonde, sans doute, car la justice et ses juges finissent par douter de leur mission et de leur légitimité, trop souvent mises en cause pour n'en être pas fragilisées.

Les solutions sont pour la plupart connues, trop connues parfois : telle est bien la raison pour laquelle certaines mesures ont délibérément

été écartées de notre champ d'études. Ainsi, le budget de la justice doit être augmenté, du personnel judiciaire, sinon des magistrats, doit être recruté, la loi organique relative aux lois de finances (LOLF) gagnera à être mieux appliquée et la révision générale des politiques publiques (RGPP) à être mise à l'écart.

En revanche, des mesures importantes, et qui ne sont pas toutes d'ordre financier, doivent être prises en ce qui concerne le parquet, le Conseil supérieur de la magistrature, le Conseil constitutionnel, les autorités de régulation, la rétention de sûreté, les peines plancher, le statut pénal du chef de l'Etat, l'accès au droit et à la justice, la défense des droits, la justice des mineurs, les prisons, bref pour tout ce qui distingue la justice et la singularise des autres institutions d'une démocratie. C'est par ces mesures que prendra figure la justice que mérite ce pays.

La mise en œuvre de cette réforme de la justice n'est possible que si elle procède d'une volonté qui parte « du haut » (le pouvoir politique) et si elle est ardemment souhaitée par « le bas » (les professionnels de la justice).

Répetons-le à l'envi : il ne peut y avoir de réforme de la justice sans la participation active des acteurs de la justice en général, et des magistrats en particulier. Expliquons-nous encore. Le changement dont nous traitons tend à conférer aux magistrats plus d'indépendance et entend encore et surtout les relégitimer au sein de notre démocratie. Nous avons la conviction que cette entreprise de relégitimation passe

tant par des mesures d'ordre technique (réforme des processus de nomination et de promotion des juges, constitution de deux corps séparés de magistrats, attribution de nouveaux pouvoirs au Conseil supérieur de la magistrature) que par des mesures d'ordre symbolique, qui soient autant de vecteurs de communication, tels les nouveaux pouvoirs du président du Conseil supérieur de la magistrature le qualifiant pour représenter, incarner auprès des médias et de l'opinion l'indépendance de toutes les magistratures et pour faire entendre aussi souvent que nécessaire la voix de l'institution de la justice.

En effet, il nous est apparu lors de nos recherches et enquêtes que la légitimité des juges anglais, américains et allemands reposait sur une attitude générale, acquise de haute lutte, un esprit d'indépendance, clairement affiché, et une intelligence du contrôle. En d'autres termes, la relégitimation du juge ne se décrète pas : elle se construit.

Le juge devra demain, après-demain plus certainement, acquitter le prix, élevé, de ces exigences. Il lui faudra sans doute, prenant hardiment en main son avenir, affronter les nécessités d'un contrôle sans concession de la qualité de ses décisions, approfondir les voies d'un travail plus collectif, consentir, suivant des règles à inventer, à une plus large responsabilité de ses fautes.

La réforme doit aussi partir « du haut » car elle est tributaire d'une volonté politique forte, qui la porte, et d'un appareil d'Etat en marche. En plaçant la justice au centre de ses priorités, le nouveau président de la République a entendu faire sienne cette espérance et la conduire vers

sa réalisation. Une réalisation qui, au risque de nous répéter, est désormais un impératif, commun.

Sur ce sujet, la volonté présidentielle est primordiale. Elle doit être résolument tournée vers l'action. Le fondateur de la V^{ème} République disait-il autre chose, lorsqu'il énonçait dans un discours célèbre de 1944 que « les plus nobles principes du monde ne valent que par l'action » ? Ce changement, le changement pour notre justice, doit être pour maintenant !

Synthèse des propositions

1. Relégitimer l'institution judiciaire

- Supprimer les instructions du garde des Sceaux dans les affaires individuelles tout en conservant au ministre la conduite de la politique pénale par la voie d'instructions générales ; doter la Conférence des procureurs généraux d'un statut légal en chargeant cette instance d'assister le ministre de la Justice dans l'application de la politique d'action publique.
- Séparer les magistrats du siège de ceux du parquet et constituer deux corps de magistrats proches mais distincts afin, en particulier, de clarifier sans ambiguïté les deux grandes fonctions que leurs finalités respectives distinguent en profondeur en isolant la fonction, centrale dans le procès, de dire le droit, qui incombe au juge, de la mission de conduire l'action publique, de soutenir l'accusation et de conduire des politiques publiques partenariales qui revient au parquet..
- Refonder le Conseil supérieur de la magistrature (CSM) afin de mieux garantir l'indépendance de l'institution judiciaire : nommer les personnalités qualifiées qui le composent à la majorité des deux tiers de chaque assemblée sur proposition soit de la Cour de cassation soit d'une commission *ad hoc* ; désigner une haute personnalité en qualité de président du CSM pour un mandat de sept ans, non renouvelable, sur proposition conjointe des commissions des lois des deux assemblées parlementaires ; attribuer au CSM, siégeant en formation plénière, le pouvoir de se saisir d'initiative de questions, de situations de fait qui lui paraissent mettre en cause l'indépendance de l'autorité judiciaire et le statut des magistrats ; nommer les magistrats du parquet sur proposition du ministre de la Justice et avis conforme du CSM ; aligner le régime disciplinaire des magistrats du parquet sur celui des magistrats du siège ; transférer au CSM les attributions de l'inspection des services judiciaires en matière d'enquêtes prédisciplinaires (enquêtes dites administratives).

- Maintenir le juge d’instruction mais revitaliser sa fonction afin, en particulier, d’assurer par ce moyen l’égalité de tous les citoyens devant la justice pénale dans les affaires pénales les plus graves et/ou les plus sensibles ; confier à un collège de l’instruction l’ensemble des pouvoirs juridictionnels du magistrat instructeur.
- Elever la mission de juger dans la représentation collective : adapter à cet objectif certains enseignements fondamentaux de la formation (initiale, continue) des magistrats ; confier à une haute personnalité la présidence du CSM en lui donnant pour mission propre d’être le porte-parole de la justice, chargé d’exprimer publiquement ce qui est nécessaire au bien de la justice ; veiller à ce que les carrières des magistrats suivent un rythme de progression qui ne doive rien à un trop proche concours prêté à l’action politique de l’exécutif ; mettre fin à l’attribution de décorations pendant le service actif d’un magistrat.

2. *Relégitimer le juge constitutionnel*

- Mettre fin à la règle selon laquelle les anciens présidents de la République sont membres de droit du Conseil constitutionnel afin de mieux assurer de l’impartialité de ses décisions, d’unifier le statut de ses membres en cohérence avec les attributions juridictionnelles qu’il assure désormais.
- Porter à douze – au lieu de neuf actuellement – le nombre des membres du Conseil constitutionnel (et adjoindre, à chacun d’eux, les services d’un conseiller de leur choix) afin d’augmenter le nombre de rapporteurs potentiels, d’accroître le temps de la réflexion des membres et de contenir le poids du secrétariat du Conseil.
- Améliorer la procédure de nomination des membres du Conseil constitutionnel par la désignation de personnes qui se distinguent par leur connaissance du droit et l’approbation de toute nomination à la majorité qualifiée (des trois cinquièmes) des membres des commissions des lois des deux assemblées.

3. *Relégitimer les autorités administratives indépendantes*

- Renforcer l’indépendance des autorités administratives indépendantes (AAI) en réformant le mode de nomination de ses membres : nomination par le président de la République mais validation par une « majorité positive » qualifiée des trois cinquièmes des commissions des lois des deux chambres.
- Renforcer le contrôle démocratique des AAI en structurant davantage les procédures de recours contre leurs décisions devant l’autorité judiciaire et en approfondissant leurs relations avec le parlement notamment par la présentation obligatoire de leur rapport annuel d’activité (avec audition du président) aux commissions parlementaires compétentes et par la possibilité ménagée aux assemblées de demander aux autorités indépendantes de réaliser des enquêtes en lien avec leurs missions.
- Doter d’un statut d’AAI les agences intervenant notamment dans le domaine de la santé ; regrouper certaines AAI, dont les attributions sont proches ; unifier les règles et les procédures suivies par les AAI.

4. *Repenser la lutte contre la récidive*

- Abroger les dispositions légales de circonstance qui ont instauré les peines plancher ainsi que la rétention de sûreté, ces mesures, inspirées par une forme de populisme pénal, portant atteinte sans grand profit aux principes issus de la tradition humaniste qui imprègne de longue date le droit pénal français.

5. *Soumettre le président de la République aux principes d’égalité devant la loi et devant la justice pour les actes étrangers à ses fonctions*

- Parachever le dispositif de destitution du chef de l’Etat par la Haute Cour en cas de « manquement de celui-ci à ses devoirs manifestement incompatible avec l’exercice de son mandat » par l’adoption de la loi organique fixant les modalités de mise en œuvre de cette procédure.

- Supprimer le principe d’invulnérabilité absolue du chef de l’Etat (« cloche judiciaire »), entorse injustifiée à la tradition républicaine, et restaurer la primauté de l’égalité devant la loi en rendant le président de la République justiciable des tribunaux répressifs de droit commun au titre des actes qu’il commettrait en dehors de l’exercice de ses fonctions.
- Créer, en revanche, un filtre procédural, destiné à mettre l’institution présidentielle à l’abri de toute forme de dévoiement des poursuites, de harcèlement judiciaire d’inspiration politique, en chargeant une commission mixte, composée de magistrats (deux conseillers de la Cour de cassation, deux conseillers d’Etat et deux conseillers maîtres à la Cour des comptes) et de parlementaires (douze membres élus pour moitié par l’Assemblée nationale et par le Sénat selon la représentation proportionnelle des groupes au sein de chaque assemblée), chargée d’informer sur les faits qui lui seraient pénalement reprochés.
- Mettre fin à l’asymétrie inacceptable du statut contentieux du président de la République en donnant compétence à la commission mixte ci-dessus pour encadrer l’exercice par le chef de l’Etat du droit de se porter partie civile et en prévenir, le cas échéant, les débordements.

6. Favoriser l'accès au droit et à la justice

- Restaurer le principe du juge naturel afin de replacer les justiciables dans des conditions d’égalité en s’assurant, sous l’autorité d’un collègue de magistrats constitué au sein de la juridiction concernée, des conditions objectives d’affectation des juges et de distribution des affaires au sein des juridictions.
- Refonder l’accès au droit afin de rendre effectif le pacte social : augmenter le budget global finançant l’accès au droit pour parvenir à une enveloppe globale d’au moins 25 millions d’euros, nécessaire pour mener à bien les actions indispensables dans le domaine de l’accès au droit et de l’aide aux victimes.

- Réformer l’accès à la justice et le dispositif d’aide juridictionnelle : élargir l’accès à l’aide juridictionnelle et assurer une meilleure indemnisation des avocats ; favoriser le recours à la médiation et aux autres modes alternatifs de résolution des différends afin d’améliorer le fonctionnement de la justice en ce qu’ils peuvent conduire à une résolution rapide, pacifiée, neutre et moins onéreuse des conflits ; confier la gestion du budget de l’aide juridictionnelle au CNAJ (Conseil national de l’aide juridique) qui sera l’interlocuteur des différents professionnels concernés ; élever le budget annuel de l’aide juridictionnelle à 400 millions d’euros grâce à une taxe sur certains actes soumis aux formalités d’enregistrement, tels les transactions immobilières, les cessions d’actions, de parts sociales, de fonds de commerce... ; veiller à une bonne articulation de l’aide juridictionnelle et de l’assurance de protection juridique ; encourager au plan local et au moins à titre expérimental la création de structures dédiées à la défense des plus démunis à l’instar de celles qui existent dans des pays tels que le Canada.
- Instaurer une « action de groupe » à la française : créer une procédure dite de jugement pilote d’affaires qui n’en demeureraient pas moins individuelles, telle qu’elle existe déjà devant les juridictions administratives, réservée à la réparation des préjudices importants (plus de 2000 euros par victime) et sériels, son traitement utiliserait largement les nouvelles technologies ; créer, par ailleurs, une véritable action de groupe destinée à poursuivre la réparation de nombreux préjudices individuels de faible montant unitaire (moins de 2000 euros) dans les domaines du droit de la consommation, de la concurrence, de l’environnement et éventuellement du droit financier ou à sanctionner l’illégalité d’un acte faisant grief à de nombreuses personnes.

7. Promouvoir la défense des droits

- Privilégier une stratégie visant à consacrer davantage de droits au niveau européen afin de contribuer à renforcer la citoyenneté européenne en la fondant plus profondément sur la communauté de droit(s) et de valeurs, à

l'instar de ce qu'incarne la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ; parfaire le socle européen des droits et libertés notamment dans le traitement des Roms, dans le système européen d'asile et dans la mise en place d'un régime de protection complet de la vie privée et des données personnelles.

8. *Reconstruire la justice des mineurs*

- Réaffirmer la spécificité de la justice des mineurs et revisiter à la lumière de ses justes exigences les dispositifs adoptés ces dernières années : évaluation stricte et critique des centres fermés ; abolition des peines plancher et de la rétention de sûreté ; augmentation des moyens de la protection judiciaire pour la mettre en mesure de mener à bien ses missions, allocation d'un budget décent pour la justice des mineurs dont les moyens ne soient pas dévorés par le coût des seules structures d'enfermement ; suppression des tribunaux correctionnels pour mineurs.

9. *Repenser la prison et l'exécution des peines*

- Doter la France d'un parc pénitentiaire digne du pays des droits de l'homme en poursuivant, sous de strictes conditions, une politique de modernisation et de refondation du parc immobilier adaptée aux objectifs de place et de décence appropriés.
- Favoriser une coopération plus étroite en matière d'aménagement de peines, entre les sphères judiciaire et pénitentiaire ; poursuivre et amplifier l'investissement en matière de soins psychiatriques administrés dans un cadre pénitentiaire.
- Définir des politiques volontaristes de développement des alternatives à l'incarcération et à l'aménagement des peines : création d'une nouvelle peine, dite de probation, destinée à réprimer les délits les moins graves soit en alternative à l'emprisonnement soit à l'issue d'une première période d'emprisonnement ; développer plus particulièrement le bracelet électronique,

qui a fait la preuve de sa grande souplesse d'utilisation et peut, dans de nombreuses situations, constituer une réponse efficace au surencombrement carcéral.

- Concevoir des mécanismes de régulation et de contrôle de la surpopulation pénale des maisons d'arrêt, limités dans le temps et réservés aux courtes peines infligées en répression des délits les moins graves.

Remerciements

Nous ne pouvons pas citer toutes les personnes auditionnées puisque certaines d'entre elles étaient tenues au devoir de réserve. Nous tenons par contre à évoquer les contributions de :

Jean Alègre, magistrat, chargé de mission au ministère des Affaires étrangères,

Robert Badinter, ancien ministre, alors sénateur des Hauts-de-Seine,

Marie-Pierre de la Gontrie, alors secrétaire nationale du Parti Socialiste chargée des libertés publiques et de la justice,

Antoine Garapon, magistrat, secrétaire général de l'Institut des hautes études sur la Justice,

Jean-Paul Jean, magistrat, avocat général près la Cour d'appel de Paris et professeur associé à l'Université de Poitiers,

Pierre Joxe, ancien ministre, avocat au barreau de Paris,

Jack Lang, ancien ministre, alors député du Pas-de-Calais,

Dominique Raimbourg, administrateur de l'Association nationale de la justice réparatrice (ANJR) et député de Loire-Atlantique,

Denis Salas, magistrat, secrétaire général de l'Association française pour l'histoire de la justice et directeur scientifique de la revue trimestrielle *Les Cahiers de la Justice*,

Daniel Soulez Larivière, avocat au barreau de Paris,

Jean-Jacques Urvoas, alors secrétaire national du Parti socialiste chargé de la sécurité et député du Finistère,

Jean Veil, avocat au barreau de Paris,

Christian Vigouroux, alors président adjoint de la section du contentieux du Conseil d'Etat et professeur associé à l'Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines.

Nous remercions vivement les uns et les autres pour le temps et l'attention qu'ils nous ont consacrés.

David Chekroun, Henri Nallet

COLLECTION DIRIGEE PAR GILLES FINCHELSTEIN
ET LAURENT COHEN

ISBN :978-2-36244-050-2

© EDITIONS FONDATION JEAN-JAURES
12 CITÉ MALESHERBES - 75009 PARIS
www.jean-jaures.org

Réalisation : REFLETSGRAPHICS
Imprimé en France par MEDIAGLOBAL.COM

AOÛT 2012

Pour un Etat de Justice

Dans notre société ouverte, mondialisée, où l'Etat-providence recule, le droit et la justice sont devenus les principaux régulateurs de notre vie sociale. Leur emprise sur la vie des citoyens, des entreprises, des administrations, est l'un des principaux marqueurs des grands pays démocratiques. La plupart d'entre eux vit ce changement sereinement comme une nouvelle donne. La France, seule ou presque, reste défiante. Pour y remédier, cet ouvrage propose des mesures techniques, mais aussi symboliques, et trace ainsi les grandes lignes de l'Etat de Justice qu'il faut consolider. Autant de leviers qui doivent ménager les voies d'une confiance, enfin trouvée, dans l'institution judiciaire, nécessaire préalable à l'égalité réelle des droits et à la rénovation du lien social.



© Jérôme Arouas



David Chekroun

Professeur de droit à ESCP Europe et *Global Fellow* à l'Université de New York.

Henri Nallet

Vice-président de la Fondation Jean-Jaurès, ancien ministre de l'Agriculture et garde des Sceaux, ministre de la Justice.

NICOLAS BOUILLANT, DENIS CHEMLA, JULIE DE CLERCK, EMMANUEL JEULAND, JEAN LAPOUSTERLE, HUBERT LESAFFRE, LÉONOR MINO, ETIENNE PATAUT, MICHEL PÉLÉGRY.



ISBN : 978-2-36244-050-2
12 €

