

LES INSTITUTIONS ET LES ORGANES DE GARANTIE EN FRANCE

Julien Benda écrivait¹ en 1942 : « *Dans l'ordre spirituel, la caractéristique de la démocratie est de tenir pour souveraines certaines valeurs absolues, c'est-à-dire conçues comme indépendantes de toute condition de temps ou de lieu, et supérieures à tout intérêt, individuel ou collectif ; valeurs dont les types principaux sont la justice, la vérité, la raison.* »

Mais Alexis de Tocqueville avait précédemment écrit² : « *la démocratie ne peut obtenir la vérité que de l'expérience, et beaucoup de peuples ne sauraient attendre, sans périr, les résultats de leurs erreurs.* » Soyons plus optimiste que l'auteur de « De la Démocratie en Amérique » et espérons pouvoir atteindre la vérité avant de périr tout en ayant conscience que rien n'est jamais acquis à la démocratie ni ses forces ni ses faiblesses.

Cela implique, nécessairement, de rester fidèle aux valeurs déclinées par Julien Benda en se penchant tout particulièrement sur le rôle des pratiques politiques et des institutions -notamment du « pouvoir judiciaire » - sans délaisser le champ social où se forment et se déforment les ferments des enjeux démocratiques.

Tous ces champs sont en crise.

En ce qui concerne les pratiques politiques, la question de la représentation de la diversité politique et sociale est au cœur de la crise.

Une partie de la population, **notamment** la moins favorisée, considère que le souci de leurs propres intérêts, ceux de leurs besoins vitaux du quotidien, n'est pas pris en considération dans les actes de gouvernement alors que les intérêts des majors de l'économie et des plus nantis servent de guide à ceux-ci.

Au-delà de ce ressenti, l'attente sociale vis-à-vis de la démocratie n'est plus fondée sur l'expression uniquement majoritaire de « la volonté générale ». « *Un pouvoir n'est ainsi dorénavant considéré comme pleinement démocratique que s'il est soumis à des épreuves de contrôle et de validation à la fois concurrentes et complémentaires de l'expression majoritaire* ». « *On attend qu'il se plie à un triple impératif de mises à distance des positions partisans et des intérêts particuliers (légitimité d'impartialité), de prise en compte des expressions plurielles du bien commun (légitimité de réflexivité) et de reconnaissance de toutes les singularités (légitimité de proximité).* »

Cette analyse de Pierre Rosanvallon³ rebat les cartes des considérations sur le fonctionnement démocratique d'une société, trop souvent exclusivement centrées sur processus électoral, notamment en mettant l'accent d'une part sur la nécessité des contrôles et validations autres que politiques d'autre part sur le trio des légitimités, impartialité, réflexivité et proximité.

¹ Julien Benda, La Grande Épreuve des démocraties (1942), Le sagittaire, 1944, p. 50.

² Alexis de Tocqueville, De la démocratie en Amérique (1840), tome I, deuxième partie, ch. V, XIV. (...)

³ Pierre Rosanvallon « le bon gouvernement » Editions du Seuil 2015

Autant d'exigences qui interrogent le rôle des institutions. Et une société démocratique, ne se conçoit qu'avec l'assentiment public envers les Institutions. Cet assentiment suppose notamment que les personnes peuplant un pays puissent compter sur un système judiciaire pour garantir et protéger leurs libertés.

En effet le « pouvoir judiciaire » selon les principes reconnus par les instances internationales, et spécialement européennes, doit assurer aux citoyens une garantie effective en cas de violation des libertés et être en capacité d'apporter la protection des droits fondamentaux spécialement aux plus vulnérables. Et tout pouvoir politique, même se réclamant d'une longue tradition démocratique, peut être tenté de porter atteinte aux libertés fondamentales, d'où la nécessité des fonctions de contrôle et de validation, mises en avant par Pierre Rosanvallon, lesquelles passent nécessairement par « le pouvoir judiciaire ».

Tout en étant installée dans une longue tradition démocratique se revendiquant des idéaux de la révolution de 1789, la situation de la France n'est pas suffisamment en phase avec les exigences évoquées supra en raison des insuffisances tant de la pratique du pouvoir politique que des instances de contrôle et d'une façon générale de son système institutionnel spécialement judiciaire. Si les lignes qui vont suivre se concentrent sur les systèmes politique et judiciaire, il reste qu'il est important de rappeler dans quel cadre historique et social, ceux-ci sont installés et vivent actuellement.

LE POIDS DE L'HISTOIRE, LE CHOC DE L'ACTUALITE

LE CONTEXTE HISTORIQUE

Un légicentrisme suprématisiste

L'instauration de notre démocratie, au moment de l'époque révolutionnaire, prit sa source exclusivement dans la souveraineté populaire sans faire appel, en outre, au concept de « checks and balances » contrairement aux États-Unis ; la justice était, sans l'once d'un pouvoir propre, la servante de la loi, seule issue de la volonté générale.

N'accordant aucun pouvoir propre à la justice, les révolutionnaires déniaient toute légitimité démocratique aux tribunaux rêvant, en rendant le pouvoir au peuple, de créer un droit « simple comme nature ». C'est ainsi qu'Adrien Duport lors des débats à l'Assemblée Constituante, expliqua : « le pouvoir judiciaire, ce qu'on appelle improprement le pouvoir judiciaire, est l'application de la loi ou volonté générale à un fait particulier, ce n'est donc en dernière analyse que l'exécution de la loi »⁴

Et la déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 évoqua uniquement le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif dans son préambule et dans l'énoncé de son article 16 : « *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution.* » se garda bien de citer ce troisième pouvoir. Ainsi, cette proclamation de la séparation des pouvoirs a dû s'accommoder, au long de notre histoire, de la hantise, poussée jusqu'à l'obsession, du « gouvernement des juges ».

⁴ (cité dans J. Krynen, « L'emprise contemporaine des juges », Gallimard, 2012, p. 35).

Un légicentrisme sans contrôle

Selon cette conception Rousseauiste de la loi, celle-ci, expression de la volonté générale et de la souveraineté nationale, ne pouvait être limitée même par les droits et libertés de l'individu. Ainsi les Constitutions françaises, même lorsqu'elles ont réaffirmé leur fidélité à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ne prévoyaient aucun mécanisme juridictionnel pour en assurer la protection ; un mécanisme du type contrôle de constitutionnalité aurait été contraire à la souveraineté nationale, puisqu'il aurait permis de s'opposer à la loi. La garantie de la liberté résidait tout entière dans la légitimité de l'autorité souveraine chargée de créer le droit : la loi, à qui il revenait de remettre en cause une mauvaise loi.

Un légicentrisme au cœur du régime représentatif

Rappelons que les pères fondateurs de nos premières constitutions ont édifié le système parlementaire représentatif sur deux principes : le règne de la loi et l'avènement d'un peuple législateur « le peuple souverain ». La loi était l'expression de la volonté générale⁵ et les révolutionnaires français croyaient au « don efficace de la volonté générale »⁶.

En effet « *la finalité de l'élection n'est pas de former celle-ci par la recension des volontés individuelles préexistantes mais de désigner les représentants chargés au nom de la nation de prononcer la volonté générale* »⁷. Les intérêts particuliers étaient radicalement exclus de la sphère publique empêchant ainsi tout groupement pouvant porter des intérêts collectifs comme ceux des ouvriers ou des paysans⁸ et conséquemment interdisant l'expression de leurs revendications dans un cadre légal.

LE CONTEXTE POLITIQUE ET SOCIAL

Crise de confiance politique

Dans de nombreux pays occidentaux la démocratie représentative est en crise. Les principaux partis de gouvernement sont en grande difficulté tandis que des partis populistes se créent et progressent, en vilipendant la classe politique, « les professionnels de la politique » (associant, au reste, à leur vindicte **les juges accusés de trahir la volonté du peuple**)

Emanuel Macron tout en se présentant comme un rempart contre le populisme a prétendu bouleverser le paysage politique par un programme « ni droite ni gauche » et l'avènement d'une nouvelle catégorie d'élus « non professionnels de la politique ». Certes il a fait imploser les partis politiques traditionnels mais l'orientation de ses choix gouvernementaux en faveur de la classe sociale la plus aisée a accentué la rupture du politique avec toute base populaire ; et la méconnaissance des attentes sociales de la part d'une grande partie des « nouveaux élus » a accentué cette rupture.

Emanuel Macron, par ailleurs, a depuis son arrivée à l'Élysée, entretenu une relation tendue avec ces institutions de « l'interaction »⁹ que sont les corps intermédiaires. Or, ces groupes sociaux – syndicats, partis politiques, associations, mouvements

⁵ Article 6 de la déclaration des droits de l'homme et des citoyens de 1789

⁶ Frochot 31 août 1791 débat sur les assemblées de révision, Archives parlementaires.

⁷ Patrice Gueniffey « le nombre et la raison » la révolution française et les élections. Éditions EHESS 1993

⁸ La loi Le Chapelier, promulguée en France le 14 juin 1791, interdisait les groupements professionnels, les organisations ouvrières, les rassemblements paysans et ouvriers etc. Et c'est ainsi qu'il fallut attendre le XIX^e pour que soit reconnu le droit de créer des syndicats.

⁹ Comme les qualifie Pierre Rosanvallon dans « La légitimité démocratique » (Le Seuil 2008)

divers, formels ou informels- sont des amortisseurs de tensions face à la centralisation historique (monarchique, puis républicaine) de l'Etat français.

Revendication sociale forte : quand la colère individuelle s'exprime

Pourquoi tant de mécontentement dans un pays à forts transferts sociaux et redistribution financière, dont les études abstraites démontrent qu'ils contribuent à réduire le taux de pauvreté¹⁰ ? Certes le gouvernement a eu tendance à amenuiser cette redistribution¹¹ avec comme point culminant une réforme des retraites mal préparée, sans concertation réelle, obscure et ressentie par une majorité de la population comme inique (redonnant ainsi une nouvelle vie aux syndicats dont il avait voulu l'affaiblissement).

Mais une autre explication s'y ajoute. Les inégalités, en France, se sont à la fois multipliées et individualisées. Même si les riches sont de plus en plus riches et les pauvres de plus en plus pauvres¹², le niveau des inégalités n'a pas, à proprement parler, explosé ; cependant, l'expérience des gens a changé car réduits à leur individualité, ils doivent, enfermés dans celle-ci, affronter un tel vécu¹³. Faute de prise en charge politique et de capacité à s'exprimer efficacement via les corps intermédiaires gommés par Emmanuel Macron, les colères induites par ces déclassements et difficultés de vivre -dont, à elle seule, l'addition ne peut construire une revendication politique- ouvrent un boulevard à une vaste contestation. Et l'absence de toute intermédiation institutionnelle, laisse libre cours, dans la manifestation contestataire, à une confrontation entre la colère des individus et la police, colère individuelle refusant tout leadership ou regroupement structuré.

C'est une des bases explicatives (peut-être déterminante) du mouvement des « gilets jaunes » par ailleurs traversé par des revendications et expressions diversifiées et éclaté quant aux critères traditionnels de l'analyse politique (pratiquement de l'extrême droite à l'extrême gauche) dont les divers acteurs veulent se départir totalement. Ils ont, d'ailleurs, échoué à construire un mouvement politique.

Au-delà du mouvement des « gilets jaunes » la population est habitée par une fatigue du politique, les opérateurs du consentement au pouvoir, indispensable au fonctionnement serein d'un état de droit démocratique, se fissurent. Face à ce grand désenchantement, les gouvernants se rigidifient et ont la tentation de se crispier dans une réaction démesurée assise sur la force.

Les facteurs producteurs de colère et cette crispation des gouvernants sont autant de mise à l'épreuve des pouvoirs au regard du respect des libertés fondamentales.

¹⁰ Avant redistribution (c'est-à-dire en effectuant le calcul sur le revenu initial), le taux de pauvreté -à 60 % du niveau de vie médian- s'élève à 22,2 % en 2016, en France métropolitaine et après redistribution à 14%. <https://www.alternatives-economiques.fr/un-taux-de-pauvrete-reduit-dun-tiers-grace-a-redistribution/00090859>

¹¹ <https://toute-la.veille-acteurs-sante.fr/128427/pauvrete-des-avancees-timides-des-reculs-certains-denonce-le-collectif-alerte-communique/> Dans une lettre envoyée le 7 novembre 2019 au président de la République, le Collectif ALERTE, souhaite faire part de ses inquiétudes quant à la dégradation du niveau de vie des personnes les plus précaires depuis deux ans et de la nécessité de prendre des mesures immédiates pour y remédier <https://www.atd-quartmonde.fr/lettre-ouverte-au-president-de-la-republique/>

¹² Pourquoi les riches sont-ils de plus en plus riches et les pauvres de plus en plus pauvres ?

Michel Pinçon et Monique Pinçon-Charlot Editions la ville brûle 2018,

¹³ « Le Temps des passions tristes » Inégalités et populisme, François Dubet Le Seuil 2019

LE POUVOIR EXECUTIF

LA CONSTRUCTION D'UN REGIME FORT

La Vème République a succédé au système politique de la IVème République considéré comme marqué par l'instabilité en raison de la difficulté à constituer des gouvernements et à les maintenir au pouvoir -24 gouvernements de 1947 à 1958, de durées très inégales (1 jour à 16 mois). Aucun parti ne disposait de la majorité à l'Assemblée et des coalitions fragiles se faisaient et se défaisaient au gré des circonstances. Et surtout ce régime échoua à résoudre la question coloniale.

Cependant, ne l'oublions pas, cette République-là a assuré le redressement de la France après le séisme humain, politique et économique engendré par la seconde guerre mondiale et cela, sans doute, grâce à un personnel d'Etat recruté en partie dans de nouvelles couches sociales, et/ ou issues de la Résistance.

Comme vous le savez sans doute, le général De Gaulle, à la faveur du mouvement, quasi insurrectionnel, né le 13 mai 1958 dans une Algérie en pleine guerre de décolonisation, fut appelé au pouvoir. Héros de la résistance à l'occupation nazie et de la victoire en 1944/1945, le général De Gaulle fut proclamé homme apte à sauver la situation considérée comme délétère de la France.

Dans la nouvelle Constitution, préparée à son instigation, priorité fut donnée à « l'efficacité » en s'appuyant sur un pouvoir fort entre les mains d'un pouvoir exécutif bicéphale mais déséquilibré, le président de la République dominant le premier ministre, celui-ci étant quasiment son exécutant.

De surcroît, le mode de fonctionnement du parlement confie la direction des assemblées au pouvoir exécutif : priorité est donnée au pouvoir exécutif dans la fixation de l'ordre du jour des assemblées lesquelles ont un pouvoir d'initiative réduit (aucun s'il s'agit de proposer des textes imposant des dépenses publiques nouvelles).

Pour l'adoption d'un texte, la « navette » se fait entre les deux assemblées, l'Assemblée nationale - composée de députés élus au suffrage direct, donc censée être la plus forte détentrice du pouvoir du peuple - et le Sénat -composé de sénateurs élus au suffrage indirect, et pour l'essentiel par des représentants des pouvoirs locaux (Communes, régions, départements).

Peuvent avoir lieu, au maximum, par chaque assemblée, deux lectures des textes soumis à leur suffrage. En cas de divergences entre les positions des deux assemblées -historiquement les périodes où les majorités parlementaires ont été identiques dans les deux assemblées ont été rares- c'est l'Assemblée Nationale, seule détentrice directe du pouvoir du peuple, qui l'emporte.

Historiquement, aussi, il y a eu identité de majorités politiques entre le président de la République et l'Assemblée nationale à l'exception des périodes -rares- dites de « cohabitation ». Depuis 1958, trois périodes de cohabitation ont eu lieu : 1986-1988 : 1993-1995 : 1997-2002.

Précisément pour éviter les cohabitations, que certains ont considérées comme néfastes pour le fonctionnement de l'État car elles auraient empêché des réformes importantes, le mandat présidentiel de cinq ans renouvelable une seule fois a été introduit à la faveur d'une réforme constitutionnelle du 2 octobre 2000.

Et désormais (soit depuis 2002, seconde élection de Jacques Chirac) les deux élections présidentielles et législatives se suivent, de sorte qu'il y a identité de majorités entre les deux, étant souligné que dans l'ensemble, une majorité parlementaire s'est souvent dégagée, la recherche d'une coalition n'appartenant pas au fonctionnement actuel de notre système politique.

De la sorte, le pouvoir exécutif détient, en fait, les rênes du pouvoir étant, par ailleurs rappelé que celui-ci dispose, de par la Constitution, du monopole du pouvoir réglementaire sur lequel le pouvoir législatif ¹⁴ne peut empiéter.

LE CONTROLE CONSTITUTIONNEL

Comme il a été vu précédemment, tout au long de notre histoire s'est manifestée une volonté de domination du pouvoir exécutif sur le « pouvoir judiciaire ».

Et la Constitution de 1958 ne mentionna que deux pouvoirs : le législatif et l'exécutif (par ailleurs fortement renforcé), la justice étant qualifiée d'« autorité judiciaire ».

Les constituants de 1958 ont voulu désigner ainsi la justice, en raison de leur conception de l'État, Jean Foyer¹⁵ (professeur de droit et un des inspirateurs de la Constitution de 1958) justifiait le choix de l'expression « autorité judiciaire » par la signification d'un « pouvoir refusé » à la justice.

Le Conseil constitutionnel ne fait pas partie, dans le texte de la Constitution, de « l'autorité judiciaire » et sa nature fait l'objet de nombreux débats de doctrine.

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Il n'est pas nécessaire de rappeler le profond changement qu'a caractérisé le succès, dans l'Europe de l'Ouest, des juridictions constitutionnelles après la

¹⁴ Article 34 de la Constitution

-les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques; la liberté, le pluralisme et l'indépendance des médias ; les sujétions imposées par la Défense nationale aux citoyens en leur personne et en leurs biens ;

-la nationalité, l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et libéralités ;

-la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables ; la procédure pénale ; l'amnistie ; la création de nouveaux ordres de juridiction et le statut des magistrats ;

-l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures ; le régime d'émission de la monnaie.

La loi fixe également les règles concernant :

-le régime électoral des assemblées parlementaires, des assemblées locales et des instances représentatives des Français établis hors de France ainsi que les conditions d'exercice des mandats électoraux et des fonctions électives des membres des assemblées délibérantes des collectivités territoriales ;

-la création de catégories d'établissements publics ;

-les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'Etat ;

-les nationalisations d'entreprises et les transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé.

La loi détermine les principes fondamentaux :

-de l'organisation générale de la Défense nationale ;

-de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources ;

-de l'enseignement ;

-de la préservation de l'environnement ;

-du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales ;

-du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale.

Les lois de finances déterminent les ressources et les charges de l'Etat dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique.

Les lois de financement de la sécurité sociale déterminent les conditions générales de son équilibre financier et, compte tenu de leurs prévisions de recettes, fixent ses objectifs de dépenses, dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique.

Article 37 Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire.

¹⁵ La justice : histoire d'un pouvoir refusé Jean FOYER / Pouvoirs n°16 - La justice - janvier 1981 - p.17-29

Seconde Guerre mondiale, qui avait connu des négations profondes des droits humains par des régimes fascistes et nazis ; elles ont été créées dans des pays comme l'Allemagne, l'Autriche, l'Italie, le Portugal ou l'Espagne. La France, qui avait initié la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948, ne pouvait échapper au dynamisme de ce processus et, malgré sa réticence culturelle, a opté en 1958 pour un contrôle constitutionnel.

Fonctions et composition

Toutefois, le constituant de 1958 n'a pas créé le Conseil constitutionnel comme une institution chargée de contrôler la constitutionnalité des lois mais, en fait, surtout comme gardienne de la frontière entre lois et règlements.

Cependant, au fil des temps, l'institution s'est déclarée compétente pour censurer une loi contraire aux droits et libertés ; sa première décision à cet égard est intervenue le 16 juillet 1971, laquelle a considéré comme contraire à la Constitution la disposition d'un texte portant atteinte à la liberté d'association.

Ainsi, ce fut la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui permit ce contrôle, favorisé ensuite par la facilitation de sa saisine au gré de plusieurs révisions constitutionnelles. Il s'est agi, tout d'abord, d'instaurer sa saisine par des parlementaires (loi du 29 octobre 1974) puis par des justiciables dans le cadre d'un procès en cours - avec le filtre de la Cour de cassation ou du Conseil d'Etat selon que l'instance est administrative ou judiciaire- (loi du 23 juillet 2008). C'est la question prioritaire de Constitutionnalité (QPC).

Sa composition est la suivante :

Les membres de droit : les anciens Présidents de la République membres à vie (seuls deux présidents ont occupé ce siège viager).

Les membres sont désignés pour neuf ans (non renouvelables), trois par le Président de la République, trois par le Président du Sénat, trois par le Président de l'Assemblée nationale. Le président du Conseil constitutionnel est nommé par le Président de la République.

Depuis une révision constitutionnelle récente, les nominations des membres désignés par le président de la République sont soumises à l'avis public des commissions chargées des lois constitutionnelles de chaque assemblée qui détiennent une sorte de droit de veto à majorité qualifiée¹⁶. Les nominations par les Présidents de chaque assemblée sont soumises au seul avis - avec même droit de veto- de la commission chargée des lois constitutionnelles de l'assemblée concernée.

Actuellement le président du Conseil est un ancien premier ministre, et dans la composition du Conseil, figure une lourde proportion de personnalités politiques, qui ne sont pas nécessairement des juristes¹⁷- et rarement des juristes chevronnés- qui y trouvent un positionnement de fin de carrière. **Deux magistrats judiciaires y siègent mais une telle présence n'est pas obligatoire.**

Une illustration de ce caractère plus politique que juridictionnel : notre actuelle Ministre de la justice était jusqu'à la veille de sa nomination membre du Conseil constitutionnel, son « débauchage » s'est, semble-t-il, fait en 24 h.

Il existe deux contrôles :

¹⁶ Impossibilité de procéder à une nomination lorsque l'addition des votes négatifs dans chaque commission représente au moins trois cinquièmes des suffrages exprimés au sein des deux commissions

¹⁷AOC vendredi 22.02.19 Donner au Conseil constitutionnel des « yeux juridiques » Par Dominique Rousseau Constitutionnaliste, Professeur de droit à l'Université Paris 1 Panthéon Sorbonne, Directeur de l'Institut des sciences juridique et philosophique de la Sorbonne <https://aoc.media/opinion/2019/02/22/donner-conseil-constitutionnel-yeux-juridiques/>

Le contrôle a priori (obligatoire pour les lois organiques)

Les lois peuvent être déférées au Conseil constitutionnel, avant leur promulgation, par le président de la République, le Premier ministre, le président de l'Assemblée nationale, le président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs.

Le contrôle a posteriori : QPC

Alors que la loi est déjà entrée en vigueur, ce contrôle est, tout d'abord entre les mains d'une partie à un procès en première instance, en appel ou devant la Cour de cassation ; le justiciable fait valoir qu'une disposition législative applicable dans l'instance en cours est contraire aux droits et libertés que la Constitution garantit. Le juge lui-même ne peut soulever d'office une telle question. Et ce au contraire du contrôle de conventionnalité d'un texte, spécialement sur sa compatibilité avec la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ou avec tout autre traité international applicable directement en France ; en effet, en ce cas, le juge (première instance, appel ou cassation), entre les mains de qui est ce contrôle, peut agir d'office ; il en est de même en ce qui concerne le droit de l'Union, le juge peut poser directement et d'office une question préjudicielle à la CJUE.

Dans un deuxième temps, le juge (judiciaire ou administratif) apprécie la recevabilité de la question. En cas de réponse positive il la transmet, selon, à la Cour de cassation ou au Conseil d'État. Seules ces hautes juridictions peuvent décider de la transmission au Conseil Constitutionnel de ladite question. Pour cela, celle-ci doit être nouvelle et sérieuse.

Si le Conseil Constitutionnel considère qu'il y a non-conformité à la Constitution il abroge la loi en question soit à compter de sa décision soit avec un effet différé dans le temps pour permettre au législateur de voter une nouvelle loi.

Le Conseil constitutionnel peut aussi considérer que la loi est conforme à la Constitution sous réserve de l'interpréter dans tel ou tel sens. C'est la réserve d'interprétation (création prétorienne).

Incontestablement, le Conseil constitutionnel apporte un garde-fou aux excès toujours possibles des pouvoirs exécutif et législatif (celui-ci agissant sur proposition de l'autre), surtout en temps de crise (lutte contre le terrorisme, repli identitaire, réponses aux flux migratoires, tentations sécuritaires récidivantes...).

Des décisions importantes ont été rendues par cette institution spécifique qui ne peut, comme le souligne un professeur de droit public, caractériser une « Cour constitutionnelle de référence » pour des raisons qui tiennent notamment à sa composition et à son fonctionnement¹⁸.

D'autres décisions déçoivent (voir des exemples infra).

On peut dire que le Conseil constitutionnel caractérise l'institution de la mesure démocratique¹⁹ et à tout le moins, un rempart contre toute tentation de démesure antidémocratique.

¹⁸ ET SI LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL ÉTAIT UNE « COUR CONSTITUTIONNELLE DE RÉFÉRENCE » ? <http://www.revuedf.com/droit-constitutionnel/et-si-le-conseil-constitutionnel-etait-une-cour-constitutionnelle-de-reference/> Thomas Hochmann, Professeur de droit public à l'Université de Reims Champagne-Ardenne Revue des droits et libertés fondamentaux 2019 Chron. 32

¹⁹ <http://juspoliticum.com/article/De-quoi-le-Conseil-constitutionnel-est-il-le-nom-446.html> Dominique Rousseau De quoi le Conseil constitutionnel est-il le nom?

L'INSTITUTION JUDICIAIRE

Le « pouvoir judiciaire », « l'autorité judiciaire » depuis la Constitution de 1958, est constitué, de façon implicite²⁰, de deux ordres de juridictions l'ordre judiciaire et l'ordre administratif²¹.

Au sommet de l'ordre administratif se situe le Conseil d'Etat figure très importante dans le système français. La justice administrative²² a son statut propre qui ne sera pas évoqué dans les lignes qui suivent si ce n'est, s'il y a lieu, de façon allusive.

Indépendance et impartialité de la justice sont des vertus cardinales que l'institution judiciaire doit remplir pour assurer sa mission constitutionnelle définie ainsi : « article 66. *Nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi.* »

Les garanties d'indépendance de la justice française sont insuffisantes.

L'« autorité judiciaire », offre certes plus de garantie d'indépendance qu'en 1958, notamment grâce à des évolutions statutaires positives mais aussi grâce au syndicalisme judiciaire et spécialement en raison du positionnement critique et actif du Syndicat de la Magistrature. La création du Syndicat de la Magistrature, en 1968, faut-il le rappeler, provoqua un choc salutaire dans une magistrature habituée au silence et à l'allégeance politique.

Cependant, l'« autorité judiciaire » ne jouit pas d'une plénitude d'indépendance ; l'article 64 de la Constitution reflète cette spécificité française : « Le Président de la République est garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire. Il est assisté par le Conseil supérieur de la magistrature. » La garantie de l'indépendance du « pouvoir judiciaire » entre les mains du chef du pouvoir exécutif, quelle hérésie !

Bien sûr, le pouvoir judiciaire n'est pas à la solde du pouvoir politique, différentes affaires judiciaires contre des politiciens, Nicolas Sarkory, les époux Balkany, François Fillon etc.. démontrent le contraire. De même le parquet, dont le manque d'indépendance sera souligné infra, n'est pas l'associé d'un « cabinet noir ».

La justice française sait prendre des décisions importantes et significatives, il faut le souligner.

Cependant en périodes sensibles, la justice est enfermée, voire même se laisse enfermer dans une tourmente qui ne lui permet pas de prendre le recul nécessaire par rapport aux évènements qui troublent ces moments-là. Et c'est alors que la justice n'apparaît pas suffisamment garantiste ni à la hauteur de l'indépendance que l'on est en droit d'attendre d'elle.

²⁰ Le seul article de la Constitution qui évoque la fonction juridictionnelle du Conseil d'Etat est issue de la création de la QPC en 2008 qui a créé l'article 61-1.

²¹ Article 61-1 de la Constitution Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé.

²² Voir Brève présentation du système de la justice en France in mon article La Repubblica francese sconvolta BREVE PRESENTAZIONE DEL SISTEMA GIUDIZIARIO FRANCESE page 320 http://www.questionegiustizia.it/speciale/pdf/QG-Speciale_2016-1_22.pdf

En sont des illustrations, entre autres, la répression non maîtrisée contre les gilets jaunes et la très timide répression des violences policières (voir infra) commises lors des manifestations.

De même la justice s'est laissée enfermer dans les discours sécuritaires des régimes politiques successifs²³ et les magistrats ont contribué ainsi à faire galoper l'inflation carcérale²⁴.

De même, elle s'est laissée devenir soumise à la logique managériale et productiviste au détriment du temps nécessaire pour rendre une justice respectant les exigences d'un procès équitable.

Ces exemples, avec d'autres, justifieraient des développements.

Le pouvoir limité du CSM (Conseil Supérieur de la Magistrature)

Comme en Italie et en Belgique l'ordre judiciaire est constitué d'un seul corps de magistrats. Le Conseil constitutionnel estime²⁵ que « *L'autorité judiciaire comprend à la fois les magistrats du siège et du parquet* ». Cependant le CSM n'a pas les mêmes pouvoirs relativement aux magistrats du siège et relativement aux magistrats du parquet hiérarchiquement liés au ministre de la justice.

Certes le CSM n'est plus, comme par le passé, présidé par le Président de la République puisque désormais, depuis la réforme Constitutionnelle du 23 juillet 2008, le « CSM siège » est présidé par le Premier président de la Cour de cassation et le « CSM parquet » est présidé par le procureur général de la Cour de cassation. Quand le CSM se réunit en formation plénière, il est présidé par le Premier Président de la Cour de cassation, le Procureur Général de la Cour de cassation étant le vice-président de cette formation.

D'une façon générale, le CSM a un pouvoir très limité.

Il n'est pas consulté lors de l'élaboration du budget de la justice et par voie de conséquence n'émet aucun avis ni sur son montant ni sur les affectations et orientations financières.

Il ne dispose pas d'une inspection, l'inspection des services judiciaires appartenant au ministère de la justice. Il n'est pas consulté sur les réformes judiciaires ni d'une façon générale sur les lois pouvant, d'une façon ou d'une autre, avoir un impact sur le fonctionnement de la justice. En France c'est le Conseil d'Etat (historiquement descendant du Conseil du Roi) qui donne, obligatoirement, des avis sur les lois et décrets.

Il est à la fois instance disciplinaire des magistrats et instance de nominations des magistrats.

Ces pouvoirs tant de nominations que disciplinaires sont exercés sous le contrôle direct ou indirect du Conseil d'Etat.

Dans le champ disciplinaire, le CSM a les pleins pouvoirs pour les magistrats du siège et un simple pouvoir de proposition pour les magistrats du parquet, la

²³ Vincent Sizaire « *Sortir de l'imposture sécuritaire* » 2016 éditions « la Dispute » ;

²⁴ Au 1er janvier 2020, 70 651 personnes étaient détenues dans les prisons françaises, pour 61 080 places opérationnelles. La Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) a condamné le 30 janvier 2020 la France pour les conditions de détention dans des prisons surpeuplées, en lui recommandant de prendre des mesures face à ce « problème structurel » CEDH, 30 janv. 2020, n° 9671/15, J.M.B et autres c. France

²⁵ (11 août 1993, Décision n°93-326 DC)

décision finale revenant au ministre de la justice (qui ne peut prononcer une sanction plus forte que celle envisagée par le CSM, pouvant tout au plus demander une nouvelle délibération en cas de souhait plus sévère).

En matière de nominations, le CSM a un pouvoir très limité de proposition, étant souligné que les décrets de nominations des magistrats sont signés par le président de la République.

En effet, en ce qui concerne les magistrats du siège, le CSM propose uniquement celles des magistrats de la Cour de cassation, des premiers présidents de cour d'appel et des présidents de tribunaux, se contentant pour les autres de donner, ou non, son agrément aux projets de nominations décidés par le pouvoir exécutif, qui peut passer outre seulement pour les nominations des magistrats du parquet.

A plusieurs reprises, une réforme constitutionnelle a été envisagée sur ce point, mais elle est, pour le moment, enterrée. Elle n'est pas très ambitieuse ; il est seulement prévu que l'avis du CSM lie le président pour les magistrats du parquet sans envisager, malgré la revendication du Syndicat de la Magistrature à cet égard, que le CSM propose, en parallèle de ce qui existe pour le siège, les nominations des Procureurs généraux, Procureur de la République et magistrats du parquet de la Cour de cassation.

STATUT DU PARQUET, UNE PREOCCUPATION DEMOCRATIQUE

Le lien historique entre le parquet et le pouvoir exécutif

La question du statut du parquet et de son lien avec le pouvoir exécutif est en France, un sujet de préoccupation qui périodiquement est mis en avant en fonction de l'actualité²⁶.

Une illustration particulièrement parlante de la volonté de ne rien changer à cet égard fut, en 2018, la nomination du Procureur de la République de Paris car l'actuel président de la République est très vraisemblablement intervenu personnellement dans celle-ci. En tout cas, Édouard Philippe, le premier ministre, a déclaré *"J'assume parfaitement le fait de rencontrer et d'être certain que celui qui sera proposé à la nomination et à l'avis du Conseil supérieur de la magistrature sera parfaitement en ligne et que je serai parfaitement à l'aise avec ce procureur"*.

Emmanuel Macron, en janvier 2018, lors de l'audience de rentrée solennelle de la Cour de cassation avait déclaré : *« Je crois donc profondément que le parquet à la Française se doit d'être rattaché à l'autorité du garde des sceaux mais qu'il nous faut veiller à son indépendance. »* Mission impossible !

Cette aporie est partagée par le Conseil Constitutionnel. En effet, par décision du 8 décembre 2017, saisi d'une QPC portant sur le texte statutaire ayant institué un lien de subordination entre le ministre de la justice et le parquet²⁷ il a considéré que les

²⁶ Sur la question de la dépendance du parquet voir « Classement sans suite et opportunité des poursuites : à quand la fin du soupçon ? » Manuela Cadelli le Journal des Tribunaux 2019 pages 818 à 824 . Vincent SIZAIRE « Être en sûreté « La dispute » page 34 « il [le ministère public] est un acteur déterminant de notre sûreté et c'est pourquoi sa dépendance structurelle à l'égard du gouvernement, en ce qu'elle lui interdit l'exercice désintéressé de son office, pose question dans une société qui se veut démocratique ».

²⁷ Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

dispositions de ce texte « assurent une conciliation équilibrée entre le principe d'indépendance de l'autorité judiciaire et les prérogatives que le Gouvernement tient de l'article 20 de la Constitution » et qu'elles « ne méconnaissent pas non plus la séparation des pouvoirs²⁸ ». Le Conseil Constitutionnel a appuyé sa décision notamment sur le motif suivant : « Par ailleurs, en application du deuxième alinéa de l'article 30 du code de procédure pénale, le ministre de la justice peut adresser aux magistrats du ministère public des instructions générales de politique pénale, au regard notamment de la nécessité d'assurer sur tout le territoire de la République l'égalité des citoyens devant la loi ». Et de proclamer « que la Constitution consacre l'indépendance des magistrats du parquet, dont découle le libre exercice de leur action devant les juridictions, que cette indépendance doit être conciliée avec les prérogatives du Gouvernement » en admettant toutefois « qu'elle n'est pas assurée par les mêmes garanties que celles applicables aux magistrats du siège ». Conformément à une tradition historique, remontant même à l'ancien régime²⁹, le parquet reste subordonné au ministre de la Justice.

Ainsi une différence d'intensité garantiste au sein d'un corps unique, constitutionnellement indépendant sans aucune distinction selon la fonction, est considérée par le Conseil Constitutionnel comme un accommodement raisonnable ! Ainsi se trouve caractérisée une réelle contradiction entre subordination du parquet et indépendance de la justice. Des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme insistent sur cette imperfection française. A plusieurs reprises, en effet, la CEDH³⁰ a mis en exergue l'absence d'indépendance des « magistrats » du parquet français.

Mais quelles sont les prérogatives que le Gouvernement tient de l'article 20 de la Constitution

Article 20 de la Constitution : " *Le Gouvernement détermine et conduit la politique de la nation. Il dispose de l'administration et de la force armée...*"

Une loi du 9 mars 2004 a dit que « *Le ministre de la Justice conduit la politique pénale déterminée par le gouvernement- A cette fin, il adresse aux magistrats du ministère public des instructions générales d'action publique. Il veille à la cohérence*

Article 5 « Les magistrats du parquet sont placés sous la direction et le contrôle de leurs chefs hiérarchiques et sous l'autorité du garde des sceaux, ministre de la justice. A l'audience, leur parole est libre. »

²⁸ Voir l'article très critique de Paul Cassia professeur de droit constitutionnel à la Sorbonne « Magistrats du parquet : une indépendance tout en nuance » 12 déc. 2017 : *Le Conseil constitutionnel a jugé, le 8 décembre 2017, que les magistrats du parquet peuvent, en dépit de leur indépendance, être soumis à l'autorité de l'exécutif. Les décideurs publics s'accommodent de ce statut hybride et contradictoire.* <https://blogs.mediapart.fr/paul-cassia/blog/121217/magistrats-du-parquet-une-independance-tout-en-nuance>

²⁹ Le principe de la hiérarchie apparaît comme « le trait fondamental de l'organisation du ministère public ». Il s'exprime à la fois en interne et en externe, du fait du lien qui unit les magistrats du parquet au ministre de la justice. L'existence d'un tel lien est consubstantielle à la création d'un parquet en France, au tournant des XIII^e et XIV^e siècles. Les procureurs et avocats du Roi étaient alors chargés de défendre les droits de ce dernier devant les juridictions royales, mais aussi ceux des plus faibles afin de garantir la paix publique. Cette fonction de défense des intérêts de l'État a été assignée aux magistrats du ministère public sous les différents régimes politiques que la France a connu jusqu'à aujourd'hui (extraits du commentaire de la décision Décision n° 2017-680 QPC du 8 décembre 2017 figurant sur le site du Conseil constitutionnel)

³⁰ la Cour considère que, du fait de leur statut, les membres du ministère public, en France, ne remplissent pas l'exigence d'indépendance à l'égard de l'exécutif, qui, selon une jurisprudence constante, compte, au même titre que l'impartialité, parmi les garanties inhérentes à la notion autonome de « magistrat » au sens de l'article 5 § 3. (..) » arrêt de grande chambre Medvedyev c/ France du 29 mars 2010, arrêt Moulin c/ France du 23 novembre 2010, repris par l'arrêt Vassis c/ France du 27 juin 2013.

de son application sur le territoire de la République » disposition figurant dans l'article 30 du Code de Procédure Pénale.

Avant la promulgation de ce texte, le Conseil constitutionnel, saisi d'un recours par l'opposition de l'époque (c'est-à-dire « la gauche » qui avait été au pouvoir de 1981 à 1986 puis de 1988 à 1995, puis de 1998 à 2002), a considéré (décision du 2 mars 2004) que « *le statut de la magistrature, plaçant les magistrats du parquet sous l'autorité du ministre de la justice, ce texte ne méconnaissait ni la conception française de la séparation des pouvoirs, ni le principe selon lequel l'autorité judiciaire comprend à la fois les magistrats du siège et ceux du parquet, ni aucun autre principe ou règle de valeur constitutionnelle.* ». Pour parvenir à cette conclusion, il s'était, déjà, appuyé sur l'article 20 de la Constitution, qu'il cite en ces termes « *le Gouvernement détermine et conduit la politique de la nation, notamment dans le domaine de l'action publique* », et s'est référé à l'article 5 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 plaçant les magistrats du parquet sous l'autorité du ministre de la justice,

Or l'article 20 ne parle pas de l'action publique. Pour ma part je pense que « la politique pénale » autre nom de « l'action publique » n'est pas la politique de la nation mais le fonctionnement de la justice pénale qui doit être exercé sous la protection du respect de la séparation des pouvoirs. Elle découle automatiquement de l'application, par tous les magistrats acteurs de la procédure pénale, des lois et règlements relevant du champ pénal. Les procureurs ne sont pas des préfets judiciaires et si la justice peut être considérée comme un service public c'est un service public régalien non assimilable à une administration. Ainsi en indiquant "*notamment dans le domaine de l'action publique* » à propos de l'article 20 de la Constitution, le Conseil Constitutionnel a rajouté à la Constitution sans prendre en compte la spécificité de la justice. Et³¹ le Conseil constitutionnel a méconnu le deuxième alinéa de l'article 20 de la Constitution prévoyant que, pour conduire la politique de la Nation, le Gouvernement « *dispose de l'administration et de la force armée* » et non pas de « *l'autorité judiciaire* » seule appellation constitutionnelle de la justice.

Par ailleurs, le Conseil constitutionnel, en 2004, s'est appuyé sur la dépendance statutaire des magistrats du parquet au ministre de la justice pour valider le principe de la conduite de la politique pénale par ce dernier et l'envoi de circulaires ; puis, saisi d'une QPC sur ce statut de dépendance, il s'est appuyé sur ce texte validé par lui trois ans plus tôt notamment sur la base du texte soumis à QPC. C'est le serpent qui se mord la queue !

Comme l'on voit, ce sont les instructions générales qui marquent la prérogative fonctionnelle du gouvernement sur les magistrats du parquet en lien avec les modalités de nomination en dernier ressort, entre les seules mains du ministre de la justice.

³¹ Voir à cet égard l'article précité de Paul Cassia

La fin des Instructions individuelles n'a pas sonné le glas du lien de dépendance : des instructions générales aux remontées d'informations

La loi du 25 juillet 2013 a disposé que le ministre de la justice ne peut pas donner des instructions aux procureurs dans les affaires individuelles³². Et bien sûr cette interdiction ne peut faire l'objet d'aucun contrôle, aucune transparence n'est vraiment possible.

Cette loi a, en revanche, donné une base légale à la très ancienne pratique de la communication, par le ministère public, d'informations, et donc de pièces de procédure, au Garde des Sceaux dans toute affaire individuelle en cours³³, (normalement couverte par le secret de l'enquête garanti par l'article 11 du Code de procédure pénale !).

L'ancien garde des sceaux Jean-Jacques Urvoas a, fait sans précédent, été condamné, le 30 septembre dernier, par la Cour de justice de la République pour « violation du secret professionnel » à 1 mois d'emprisonnement avec sursis et 5000€ d'amende pour avoir fourni une note confidentielle à un député, qui faisait alors l'objet d'une enquête préliminaire notamment pour corruption, l'information ainsi détenue par le Ministre étant le fruit d'« une remontée d'informations ».

En ce qui concerne les circulaires de politique pénale, cette pratique existe de longue date mais, comme démontré supra ces circulaires, n'ont aucune base de validité constitutionnelle.

En outre, les instructions générales associées aux remontées d'informations créent une porosité néfaste entre le pouvoir exécutif et le parquet, elles ne peuvent, ainsi, qu'alimenter une suspicion de risque d'instrumentalisation du parquet. Et comme la Cour Européenne des droits de l'homme nous le rappelle sans cesse l'apparence est essentielle dans l'appréciation du fonctionnement de la justice et spécialement de la garantie d'impartialité.

³² Précédemment l'article 30 disposait : « Il peut dénoncer au procureur général les infractions à la loi pénale dont il a connaissance et lui enjoindre, par instructions écrites et versées au dossier de la procédure, d'engager ou de faire engager des poursuites ou de saisir la juridiction compétente de telles réquisitions écrites que le ministre juge opportunes. »

³³ Article 35 du CPP « Le procureur général veille à l'application de la loi pénale dans toute l'étendue du ressort de la cour d'appel et au bon fonctionnement des parquets de son ressort.

Il anime et coordonne l'action des procureurs de la République, tant en matière de prévention que de répression des infractions à la loi pénale. Il précise et, le cas échéant, adapte les instructions générales du ministre de la justice au contexte propre au ressort. Il procède à l'évaluation de leur application par les procureurs de la République.

Outre les rapports particuliers qu'il établit soit d'initiative, soit sur demande du ministre de la justice, le procureur général adresse à ce dernier un rapport annuel de politique pénale sur l'application de la loi et des instructions générales ainsi qu'un rapport annuel sur l'activité et la gestion des parquets de son ressort.

Article 36 Le procureur général peut enjoindre aux procureurs de la République, par instructions écrites et versées au dossier de la procédure, d'engager ou de faire engager des poursuites ou de saisir la juridiction compétente de telles réquisitions écrites que le procureur général juge opportunes.

Art. 39-1 du CPP.-En tenant compte du contexte propre à son ressort, le procureur de la République met en œuvre la politique pénale définie par les instructions générales du ministre de la justice, précisées et, le cas échéant, adaptées par le procureur général.

« Outre les rapports particuliers qu'il établit soit d'initiative, soit sur demande du procureur général, le procureur de la République adresse à ce dernier un rapport annuel de politique pénale sur l'application de la loi et des instructions générales ainsi qu'un rapport annuel sur l'activité et la gestion de son parquet.

Il faut dire qu'en France, règne le principe de l'opportunité des poursuites, le parquet en application de l'Article 40-1 du CPP pouvant « classer sans suite » une « procédure dès lors que les circonstances particulières liées à la commission des faits le justifient » ce sans contrôle d'un magistrat du siège. Bien sûr, le classement sans suite intervient aussi si l'infraction n'est pas caractérisée. N'est, au reste, plus dans l'air du temps le classement, en opportunité « pure », du moins assumé comme tel (un classement pour infraction non caractérisée pouvant cacher un classement en opportunité, faute de volonté d'approfondissement de certaines affaires susceptibles d'être sensibles).

Et les injonctions du pouvoir, explicites ou non, portent aussi sur le choix des modalités de poursuites qui impacte fortement le fonctionnement des juridictions et la réponse judiciaire finale (par exemple, la comparution immédiate favorise la détention provisoire et le prononcé des peines de prison³⁴).

De telles circulaires peuvent constituer une véritable onde systémique qui, par leur application sur le terrain, peuvent ébranler le fonctionnement d'une juridiction comme l'illustre la répression des « gilets jaunes ». Il faut dire qu'en France le parquet conditionne fortement l'organisation des audiences pénales puisqu'il dispose du pouvoir d'audier les affaires et que le nombre et le jour des audiences correctionnelles sont fixés par décision conjointe du président du tribunal judiciaire et du procureur de la République³⁵. Par ailleurs les décisions portant sur l'organisation d'une juridiction ne sont susceptibles d'aucun recours.

LES GARANTIES EN TEMPS DE CRISE

Judiciarisation du maintien de l'ordre, un symptôme des insuffisances de la justice française au regard de la garantie des droits fondamentaux.

Dans des circonstances comme celle des manifestations des « gilets jaunes » qui ont agité la France à partir de fin 2018, le « bon fonctionnement » de la justice doit être de réprimer les actes de violence de la part des manifestants et les actes de violence illégitime de la part de la police avec la même rigueur juridique tant sur la caractérisation des preuves que sur l'adaptation de la sanction, le tout à l'issue d'un procès « équitable » tel que défini par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Dès le 22 novembre 2018, la garde ses sceaux a adressé une circulaire incitant à la fermeté dans la répression des infractions commises en marge du mouvement de contestation dit « des gilets jaunes ».

Quelques citations « *Comme vous le faites déjà, vous continuerez à faire preuve de réactivité dans la conduite de l'action publique envers les auteurs de ces infractions [infractions commises à l'occasion des manifestations et autres mouvements collectifs] et à apporter une réponse pénale systématique et rapide. Les faits les plus graves, en particulier les violences commises à l'encontre des forces de l'ordre, devront donner lieu à des défèrements dans le cadre de comparutions immédiates, comparutions par procès-verbal, et comparutions sur reconnaissance préalable de*

³⁴ Une étude a montré que, toutes choses égales par ailleurs la comparution immédiate multiplie par 8,4 la probabilité d'un emprisonnement ferme par rapport à une audience classique de jugement (V. Gautron et J.-N. Rétière, La justice pénale est-elle discriminatoire ? Une étude empirique des pratiques décisionnelles dans cinq tribunaux correctionnels). <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01075666/document>

³⁵ Article 399 du code de procédure pénale

culpabilité sur défèrements. Les autres modes de réponse pénale, notamment les alternatives aux poursuites, seront cantonnés aux faits les moins graves et isolés. Dans l'hypothèse de défèrements multiples, l'adaptation du fonctionnement des juridictions, à tous les stades de la chaîne pénale, sera envisagée en lien avec les magistrats du siège. »

On doit, en liminaire, préciser que la quasi-totalité des personnes qui ont comparu devant la justice n'avait aucun antécédent judiciaire.

Il s'avère que les gardes fous judiciaires n'ont pas suffisamment fonctionné³⁶ : usage massif des comparutions immédiates, forte hétérogénéité des décisions non explicable par des différenciations de circonstances, répression disproportionnée, usage dévoyé des alternatives aux poursuites (voir infra), dysfonctionnements répétés voire structurels.

Parmi ceux-ci, on peut citer la note « permanence Gilets jaunes » adressée au parquet le 12 janvier 2019 par le procureur de la République de Paris³⁷. Celle-ci invitait les magistrats à ne lever les gardes à vue que « le samedi soir ou le dimanche matin afin d'éviter que les intéressés grossissent à nouveau les rangs des fauteurs de trouble ». Il était par ailleurs préconisé un fichage des personnes interpellées même en cas de classement sans suite des dossiers.

Quelques chiffres méritent d'être cités : au 30 juin 2019³⁸ (alors que le mouvement n'était pas terminé), 3100 condamnations avaient été prononcées, soit un record pour un mouvement social, dont 1000 peines de prison ferme comprenant 400 avec emprisonnement immédiat, 10 000 gardes à vue (plus de 3000 à Paris) 2000 suivies de comparutions immédiates, 2200 de classements sans suite et 2400 d'alternatives aux poursuites.

Cette dernière catégorie mérite une attention particulière car dans le cadre « d'un rappel à la loi » et d'un « classement sous condition » certains manifestants se sont vus notifier une interdiction de paraître à Paris pendant 3 mois ; notifiée généralement par un « délégué du procureur » sur ordre de ce dernier, cette mesure n'est susceptible d'aucun contrôle (pas de validation par un juge) ni recours ; ne se situant pas dans le cadre d'une poursuite, elle n'est, bien sûr, précédée d'aucune audience contradictoire.

Cette mesure fait partie des nombreuses mesures que le procureur peut décider au titre des « alternatives aux poursuites » en application de l'article 41-1³⁹ du code de

³⁶ Voir DALLOZ ACTUALITE, DROIT DE MANIFESTER : TOUJOURS UNE LIBERTE ? par Anaïs Coignac le 4 et 7 octobre 2019 <https://www.dalloz-actualite.fr/flash/droit-de-manifester-toujours-une-liberte#.Xlk2vG5FzIU> et <https://www.dalloz-actualite.fr/flash/droit-de-manifester-toujours-une-liberte-22#.Xlk2Am5FzIU>

³⁷ "Gilets jaunes" : une note du procureur de la République de Paris préconise de ne lever les gardes à vue qu'après les manifestations. Le syndicat de la magistrature dénonce "une atteinte à la liberté individuelle" et un "détournement de la garde à vue" https://www.francetvinfo.fr/economie/transports/gilets-jaunes/gilets-jaunes-une-note-du-procureur-de-la-republique-de-paris-preconise-de-ne-lever-les-garde-a-vue-qu-apres-les-manifestations_3207897.html

³⁸ « Gilets jaunes » : 10 000 gardes à vue, 3 100 condamnations... une réponse pénale sans précédent https://www.lemonde.fr/societe/article/2019/11/08/gilets-jaunes-plus-de-3-000-condamnations-par-la-justice-entre-novembre-2018-et-juin-2019_6018431_3224.html

³⁹ Article 41-1 de Code de procédure pénale :

S'il lui apparaît qu'une telle mesure est susceptible d'assurer la réparation du dommage causé à la victime, de mettre fin au trouble résultant de l'infraction ou de contribuer au reclassement de l'auteur des faits, le procureur de la République peut, préalablement à sa décision sur l'action publique, directement ou par

procédure pénale. Or la disposition, offrant une telle possibilité au procureur, a été introduite dans cet article (le 7°) par la loi du 23 mars 2019, texte aux très nombreux articles bouleversant le fonctionnement de la justice ; elle avait échappé à l'attention (elle a été votée en plein mouvement des « gilets jaunes mais ne visait pas, directement celui-ci) des nombreux opposants à cette réforme d'ampleur (dont le SM) -mobilisés par une masse de dispositions- et n'avait, conséquemment, pas été soumise au contrôle préalable du Conseil constitutionnel.

l'intermédiaire d'un officier de police judiciaire, d'un délégué ou d'un médiateur du procureur de la République :

1° Procéder au rappel auprès de l'auteur des faits des obligations résultant de la loi ;

2° Orienter l'auteur des faits vers une structure sanitaire, sociale ou professionnelle ; cette mesure peut consister dans l'accomplissement par l'auteur des faits, à ses frais, d'un stage ou d'une formation dans un service ou un organisme sanitaire, social ou professionnel, et notamment d'un stage de citoyenneté, d'un stage de responsabilité parentale, d'un stage de sensibilisation à la lutte contre l'achat d'actes sexuels, d'un stage de responsabilisation pour la prévention et la lutte contre les violences au sein du couple et sexistes, d'un stage de lutte contre le sexisme et de sensibilisation à l'égalité entre les femmes et les hommes ou d'un stage de sensibilisation aux dangers de l'usage de produits stupéfiants ; en cas d'infraction commise à l'occasion de la conduite d'un véhicule terrestre à moteur, cette mesure peut consister dans l'accomplissement, par l'auteur des faits, à ses frais, d'un stage de sensibilisation à la sécurité routière ;

3° Demander à l'auteur des faits de régulariser sa situation au regard de la loi ou des règlements ;

4° Demander à l'auteur des faits de réparer le dommage résultant de ceux-ci ;

5° Faire procéder, à la demande ou avec l'accord de la victime, à une mission de médiation entre l'auteur des faits et la victime. En cas de réussite de la médiation, le procureur de la République ou le médiateur du procureur de la République en dresse procès-verbal, qui est signé par lui-même et par les parties, et dont une copie leur est remise ; si l'auteur des faits s'est engagé à verser des dommages et intérêts à la victime, celle-ci peut, au vu de ce procès-verbal, en demander le recouvrement suivant la procédure d'injonction de payer, conformément aux règles prévues par le code de procédure civile. Lorsque des violences ont été commises par le conjoint ou l'ancien conjoint de la victime, son partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou son ancien partenaire, son concubin ou son ancien concubin, il n'est procédé à la mission de médiation que si la victime en a fait expressément la demande. Dans cette hypothèse, l'auteur des violences fait également l'objet d'un rappel à la loi en application du 1° du présent article. Lorsque, après le déroulement d'une mission de médiation entre l'auteur des faits et la victime, de nouvelles violences sont commises par le conjoint ou l'ancien conjoint de la victime, son partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou son ancien partenaire, son concubin ou son ancien concubin, il ne peut être procédé à une nouvelle mission de médiation. Dans ce cas, sauf circonstances particulières, le procureur de la République met en œuvre une composition pénale ou engage des poursuites ;

6° En cas d'infraction commise soit contre son conjoint, son concubin ou son partenaire lié par un pacte civil de solidarité, soit contre ses enfants ou ceux de son conjoint, concubin ou partenaire, demander à l'auteur des faits de résider hors du domicile ou de la résidence du couple et, le cas échéant, de s'abstenir de paraître dans ce domicile ou cette résidence ou aux abords immédiats de celui-ci, ainsi que, si nécessaire, de faire l'objet d'une prise en charge sanitaire, sociale ou psychologique ; les dispositions du présent 6° sont également applicables lorsque l'infraction est commise par l'ancien conjoint ou concubin de la victime, ou par la personne ayant été liée à elle par un pacte civil de solidarité, le domicile concerné étant alors celui de la victime. Pour l'application du présent 6°, le procureur de la République recueille ou fait recueillir, dans les meilleurs délais et par tous moyens l'avis de la victime sur l'opportunité de demander à l'auteur des faits de résider hors du logement du couple. Sauf circonstances particulières, cette mesure est prise lorsque sont en cause des faits de violences susceptibles d'être renouvelés et que la victime la sollicite. Le procureur de la République peut préciser les modalités de prise en charge des frais afférents à ce logement pendant une durée qu'il fixe et qui ne peut excéder six mois ;

7° Demander à l'auteur des faits de ne pas paraître, pour une durée qui ne saurait excéder six mois, dans un ou plusieurs lieux déterminés dans lesquels l'infraction a été commise ou dans lesquels réside la victime.

La procédure prévue au présent article suspend la prescription de l'action publique.

En cas de non-exécution de la mesure en raison du comportement de l'auteur des faits, le procureur de la République, sauf élément nouveau, met en œuvre une composition pénale ou engage des poursuites.

La police un enjeu démocratique fort

L'augmentation des violences policières en France est manifeste⁴⁰. Pendant des mois, le gouvernement a minimisé voire nié les violences policières – les rapporteurs de l'ONU⁴¹ considéraient à l'issue d'une réunion informelle du 22 mai 2019 à Paris qu'il y avait un « déni de réalité » de la part de l'État français. A plusieurs reprises le Défenseur des droits a souligné d'une part, une « perte de confiance de la population à l'égard des forces de l'ordre », cette évolution s'inscrivant « dans un contexte plus général de dégradation des relations entre la population et les institutions détentrices d'autorité » ; **d'autre part, il** a fait état d'une augmentation de plus de 25% des saisines de l'institution liées à des violences policières. Le conseil de l'Europe également a été amené à rappeler à l'ordre le gouvernement français. Au-delà des responsabilités personnelles, cette crise s'explique en partie par la culture insuffisamment démocratique de la police.

Pour le moment il ne semble pas qu'ait été engagé un nombre significatif de procédures correspondant aux informations recensées par de nombreuses personnes⁴². Sans considérer comme nécessairement établies toutes les violences ainsi recensées, il demeure important pour l'avenir démocratique de notre pays qu'elles fassent l'objet d'enquêtes judiciaires approfondies, l'Inspection générale de la police nationale (IGPN) saisie par les parquets ayant montré, **manifestement**, ses limites en ce qui concerne leur capacité à réaliser des enquêtes de qualité, la composition de ce corps d'inspection de la police ne permettant pas, en outre de remplir les indispensables conditions d'impartialité objective.

La lutte contre le terrorisme : le paradigme de l'exception perdue

La loi du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme (loi « SILT »), entrée en vigueur le 1er novembre 2017, a pour objet d'établir en droit commun un régime de mesures de police administrative aux fins de lutte contre le terrorisme. La loi reprend à son compte, les principales mesures mises en œuvre dans le cadre de l'état d'urgence : périmètres de protection, fermeture de lieux de culte, mesures individuelles de contrôle administratif et de surveillance (« MICAS »), visites domiciliaires et saisies.

« On ne parle plus de perquisitions ni d'assignations à résidence, mais de visites domiciliaires et de mesures individuelles de contrôle et de surveillance par l'administration. L'effet sédatif de la novlangue législative ne saurait toutefois transformer la réalité de l'atteinte aux droits fondamentaux⁴³. »

De façon générale⁴⁴, il est reproché à la loi d'établir un « état d'urgence permanent » conférant de façon pérenne à l'administration des pouvoirs étendus

⁴⁰ Les violences policières en France par Sebastian Roché Revue « Esprit » janvier 2020 <https://esprit.presse.fr/actualites/sebastian-roche/les-violences-policieres-en-france-42562>

⁴¹ Clément Voulé, rapporteur spécial des Nations unies sur la liberté de manifester. Michel Frost, rapporteur spécial des Nations unies sur la situation des défenseurs des droits de l'homme. Violences policières : des experts de l'ONU souhaitent que le gouvernement sorte du "déni de réalité" <https://www.francebleu.fr/infos/societe/violences-policieres-les-experts-de-l-onu-demande-au-gouvernement-de-sortir-du-deni-de-realite-1558539823>

⁴² Par exemple David Dufresne Journaliste indépendant, écrivain et documentariste, a signalé 860 cas de violences policières durant les mobilisations de "gilets jaunes", entre les mois de décembre 2018 et juin 2019.

⁴³ « Les quatre piliers de la sagesse » : les droits fondamentaux à l'épreuve des circonstances exceptionnelles François Sureau Revue des droits de l'homme <https://doi.org/10.4000/revdh.3626>

⁴⁴ Voir une étude très complète : <https://antiterrorisme-droits-libertes.org/>

particulièrement attentatoires aux droits et libertés. Il est également fait grief à ce texte de permettre la mise en œuvre de mesures de contrainte sur le fondement de simples soupçons, en l'absence de tout indice de participation à la commission d'une infraction pénale, et pour des motifs définis de façon excessivement vague, en méconnaissance du principe de légalité. De plus, la portée limitée du contrôle préalable par l'autorité judiciaire, garante des libertés individuelles, a été sévèrement critiquée. Il est vrai que pendant l'état d'urgence⁴⁵, l'accroissement des pouvoirs du juge administratif a été accompagné d'un recentrage stricte de l'article 66 de la Constitution sur la protection contre les privations arbitraires de liberté au détriment d'une conception plus large, de la liberté de la personne, anciennement admise et défendue par beaucoup.

Des réserves quant à la compatibilité de la loi SILT avec le droit international des droits de l'homme ont été émises par plusieurs organes internationaux, tels que le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, et la Rapporteuse spéciale du Conseil des droits de l'homme de l'ONU sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste, à l'occasion de sa visite en France en mai 2018. Plusieurs recommandations formulées par les États à l'occasion de l'examen périodique universel de la France ont également mis l'accent sur la nécessité de respecter le droit international des droits de l'homme dans la mise en œuvre de la législation antiterroriste.

En bref voilà les « nouvelles » compétences : périmètres de protection : préfet, fermetures de lieux de cultes : préfet, « MICAS » : ministre de l'intérieur, visites domiciliaires et saisies : Juge des Libertés et de la Détention (JLD).

En fait, à l'exception de cette dernière mesure, c'est le préfet qui est l'acteur de toutes ces décisions (le ministre de l'intérieur agit nécessairement sur proposition du préfet) et qui prend une place grandissante.

On est sorti du long tunnel obscur d'un état d'urgence⁴⁶ sans cesse renouvelé (quasi deux ans) marqué, à plusieurs reprises par de tragiques attentats, pour se trouver dans une nuit sans étoiles. Outre que le droit d'exception a largement contaminé le droit commun, le recours systématique à des mesures de police administrative constitue désormais le fondement juridique de la prévention et de la répression du terrorisme, et le contrôle judiciaire s'exerce a posteriori et non pas a priori (sauf dans un cas). Est ainsi entérinée l'émergence d'un « duopole juridictionnel » en la matière, en consacrant un rééquilibrage au profit du juge administratif (qui mériterait une réflexion avec nos collègues administratifs qui, il faut le rappeler, ne font pas partie du SM dont les membres ne sont que les magistrats judiciaires).

Ce qui est particulièrement grave dans cette banalisation de l'exception ainsi que des pouvoirs des préfets et du ministre de l'intérieur, c'est l'habitué du public, y compris celui de l'opinion éclairée, à ce que le préfet soit excessivement compétent pour de longues périodes de temps dans le champ de la prévention et de la répression du terrorisme.

« La démocratie ne peut obtenir la vérité que de l'expérience », il est temps de ne plus attendre la mort !

« Autrement dit, le développement des droits et libertés fondamentaux, facteur de progrès à l'échelle individuelle, l'est aussi au plan collectif. Là git une conception renouvelée de l'intérêt général, dont la définition appelle le débat et donc l'exercice

⁴⁵ voir mon article précité dans *Questione Giustizia* à ce sujet

⁴⁶ Ibid.

*démocratique de la souveraineté*⁴⁷. » En reprenant l'approche du trio des légitimités cher à Pierre Rosanvallon, la France aurait intérêt à revoir tous ses mécanismes de garantie.

⁴⁷ François Sureau Ibid