

DOMINIQUE MAIN

*Regard désabusé
sur l'acte de juger*

La crise que traverse aujourd'hui la justice, plus encore la justice pénale — les péripéties que l'on connaît autour de l'application de la loi amnistiant les infractions liées au financement des partis politiques ont servi à cet égard de révélateur —, conduit le citoyen à s'interroger et les spécialistes à tenter un diagnostic et à proposer avec prudence ou exiger avec assurance, selon les tempéraments, des voies multiples vers une solution complexe ou des remèdes simples. C'est aussi une pressante invitation pour celui qui est chaque jour l'acteur direct de la justice pénale — le juge — à s'arrêter un instant, à s'arracher à l'étreinte de la tâche quotidienne, où finalité et principes tendent à se dissoudre dans l'utilité immédiate et l'efficience quantitative, pour porter sur ce qui fait le cœur même de son métier : l'acte de juger, un regard critique, aussi honnête et lucide qu'il le peut.

Ce regard risque sans doute d'apparaître, même avec le recul modeste que donnent une quinzaine d'années d'exercice de la fonction de juger, quelque peu désabusé. Il est cependant, non seulement un indispensable exercice d'hygiène mais le point de départ d'une recherche des solutions qu'on voudrait débarrassée des hypocrisies, des ambiguïtés et des fausses évidences.

Peut-être n'est-il pas inutile de rappeler en quelques mots quelles sont les caractéristiques singulières de l'acte de juger au pénal.

Il s'agit d'abord pour le juge d'analyser les faits qui lui sont soumis, de les qualifier pour savoir s'ils entrent dans l'une des catégories incriminées par la loi pénale, ce qui peut nécessiter une interprétation de la loi et exiger parfois l'appréciation de la confor-

mité de cette loi à une norme supérieure, nationale ou supranationale, tout ceci afin de se prononcer sur la culpabilité de celui qui est l'objet de poursuites. Cette première étape dans l'acte de juger est certainement la plus essentielle puisque, d'un présumé innocent, elle peut faire un coupable.

Le second volet de la décision judiciaire pénale, qui suppose qu'il y ait eu déclaration de culpabilité, n'est pas moins délicat. Le juge doit alors, à l'intérieur des limites fixées par la loi, déterminer la sanction qui sera appliquée au coupable. Or on sait que ces limites sont très larges, compte tenu de la faculté, très largement utilisée, d'accorder des circonstances atténuantes.

Mais nous savons bien que ces définitions juridiques — au demeurant sommaires — ne suffisent pas à rendre compte de ce qu'est au fond la décision judiciaire pénale.

Elle est multiple, complexe, insaisissable. Elle est d'abord symbolique, « réconciliation du droit avec soi-même »¹, rappel solennel des valeurs les plus importantes que la société entend protéger et de la hiérarchie qu'elle établit entre ces valeurs, réparation de l'atteinte portée à ces valeurs au-delà du tort causé à une victime privée. Par là on aperçoit déjà la connotation morale qui accompagne généralement le jugement pénal. Parce que la partie essentielle de notre droit pénal trouve encore sa référence lointaine dans le Décalogue, plus encore parce que le mot même de justice désigne une vertu, une aspiration qui ne peut trouver son fondement que dans une morale, l'organe étatique chargé de « rendre la justice » ne peut, qu'il le veuille ou non, se débarrasser tout à fait de cette dimension, qui le dépasse et parfois l'écrase. Le juge pénal remplit, de fait, une fonction morale. Il désigne et stigmatise le malhonnête ou restitue au contraire son honneur à celui sur qui pesait le soupçon. Les hommes politiques le savent bien, qui utilisent parfois l'arme judiciaire comme le plus sûr moyen de discréditer et d'éliminer définitivement un adversaire. Le juge est là, consciemment ou non, témoin, gardien et instrument d'une loi non écrite qui est au-dessus de la loi positive, encore qu'elle ne puisse s'appliquer qu'à travers elle et qui, quelle que soit par ailleurs la position qu'on adopte à l'égard des théories du droit naturel, constitue sans doute le vieux fonds de morale commune sans lequel ne se maintiendrait pas la cohésion sociale. Pascal l'avait bien compris, qui affirmait que le peuple n'obéit aux lois « qu'à cause qu'il les croit justes »².

1. Hegel, *Principes de philosophie du droit*, p. 247.

2. Pascal, *Pensées*, 288, p. 1161.

A côté et parfois à l'encontre de cette fonction symbolique, voire morale, très présente mais rarement soulignée, la décision pénale se voit assigner un objectif d'utilité sociale, exprimé sous des formes diverses aboutissant à des conclusions qui peuvent être contradictoires. C'est tout le débat sur la finalité de la peine : élimination temporaire, voire définitive, de la société ou « traitement » en vue de la réinsertion, dissuasion des délinquants potentiels par l'exemplarité, prévention de la récidive, soit par la sévérité de la peine prononcée, soit au contraire par le choix d'une sanction non désocialisante.

D'un autre côté, la décision pénale n'étant pas nécessairement une condamnation, mais parfois un acquittement ou une relaxe, ou encore l'annulation de tout ou partie de la procédure en raison de la méconnaissance par les enquêteurs ou le juge d'instruction de règles de procédure destinées à protéger l'individu seulement soupçonné ou déjà inculpé, la décision pénale est aussi, à cet égard, une prévention de l'arbitraire ou des abus toujours possibles dans la conduite de l'enquête.

Cette décision aux aspects divers, aux finalités multiples et aux effets complexes, comment le juge la prend-il ?

LIBERTÉ DU JUGE ET PRINCIPE DE LÉGALITÉ

« Souverain soumis uniquement à sa conscience et à la loi », cette formule utilisée par Balzac à propos du juge d'instruction³ résume bien la position du juge pénal devant la décision qu'il a à prendre. L'ordre des mots conscience et loi n'est sans doute pas fortuit. Peut-être même faut-il se demander si la soumission à la loi, principe fondamental dans notre système, a encore un contenu réel, du moins par rapport à la conception qui prévalait à la fin du XVIII^e siècle. Pour ce qui est de la loi, par laquelle les révolutionnaires avaient entendu borner strictement l'activité du juge, elle laisse en fait à celui-ci une immense liberté, s'agissant d'apprécier la culpabilité et de prononcer la peine. Le législateur n'ayant pu prévoir toutes les situations de fait et laissant subsister, parfois à dessein, un certain flou dans les incriminations, il revient d'abord au juge de dire si tel comportement qui lui est soumis tombe ou non sous le coup de la loi. La seule règle qui s'impose à lui est celle dite

3. Balzac, *Splendeur et misère des courtisanes*, 3^e partie, p. 30.

de l'interprétation stricte, lui interdisant d'étendre l'application d'un texte répressif au-delà de ses prévisions initiales.

Quant à la culpabilité, il n'existe pas de système de preuve contraignant, comme c'est le cas en matière civile. Le juge pénal décide, certes, « sur des preuves qui lui sont apportées »... « et contradictoirement discutées devant lui », mais d'après son « intime conviction »⁴ ou « suivant (sa) conscience et (son) intime conviction »⁵.

S'agissant enfin d'appliquer une peine après que la culpabilité a été reconnue, le juge jouit alors d'une liberté presque totale. Si la loi lui interdit de relaxer pour des raisons d'opportunité — ce qui serait un refus d'application de la loi, dès lors que les faits sont établis, et porterait atteinte aux intérêts des victimes éventuelles, la déclaration de culpabilité étant en principe, avec des exceptions très limitées, le support nécessaire de leur droit à réparation —, le juge peut cependant, en matière correctionnelle, aller jusqu'à dispenser de peine le prévenu, en matière criminelle descendre jusqu'à un ou deux ans, selon les cas, d'emprisonnement assorti du sursis. Même en cas de récidive, si les peines encourues sont aggravées, les textes en vigueur ne limitent cependant pas — la loi du 2 février 1981 avait tenté de le faire par une disposition ultérieurement abrogée — le jeu des circonstances atténuantes. La seule limite posée par le législateur consiste dans l'interdiction de faire bénéficier du sursis simple le prévenu déjà condamné au cours des cinq années précédant les faits à une peine d'emprisonnement, avec ou sans sursis, supérieure à deux mois. Mais le tribunal peut alors assortir la condamnation d'un sursis avec mise à l'épreuve — dont l'octroi est toujours possible quel que soit le passé judiciaire de l'intéressé — qui, paradoxalement, est en un sens plus avantageux pour le condamné, qui sera quitte au plus tard à l'expiration d'un délai de trois ans, alors que le sursis simple, accordé généralement à des délinquants primaires, peut être révoqué pendant cinq ans. Bien plus, toute nouvelle peine d'emprisonnement ferme révoquera le sursis antérieur, sauf dispense expresse prononcée par le juge, alors que le sursis avec mise à l'épreuve n'est jamais révoqué que par une décision spéciale.

A cette très large liberté du juge, dont on ne donne ici que quelques exemples, est venue s'ajouter, depuis quelques années, la faculté d'apprécier la compatibilité de la loi française avec des

4. Art. 427 du code de procédure pénale applicable aux délits.

5. Serment de jurés, art. 304 du code de procédure pénale.

normes supra-nationales, principalement le traité CEE et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. C'est l'irruption du droit européen dont on mesure encore mal les effets, tant le juriste français a été longtemps rétif à cette désacralisation de la loi nationale et à l'abandon de souveraineté qu'elle traduit. C'est un espace nouveau qui s'ouvre au juge pénal — pas à lui seul bien sûr —, vaguement inquiétant mais passionnant à conquérir. Il ne peut plus en tout cas le fuir, comme il l'a fait jusqu'alors pour le contrôle de constitutionnalité. On risquerait d'ailleurs, si le projet en cours concernant la saisine du Conseil constitutionnel par voie d'exception devait aboutir, de se trouver devant le paradoxe suivant : le juge judiciaire, y compris le juge pénal, serait incompétent pour apprécier la conformité d'une loi à la norme nationale suprême qu'est la constitution, alors qu'on lui reconnaît déjà le pouvoir d'apprécier la conformité de la même loi à cette autre norme supérieure qu'est le traité et qu'il aura de plus en plus à appliquer directement le droit européen, l'utilité de poser une question préjudicielle à la Cour de justice des Communautés étant laissée à son appréciation.

Cette très grande liberté du juge — pour partie, la conséquence d'un certain effacement de la loi, qui ne fixe plus que les bornes extrêmes — recèle certains dangers.

Ce n'est pas pour rien que les révolutionnaires de 1789 avaient entendu limiter les pouvoirs du juge pénal, qu'ils percevaient comme source d'arbitraire. Sans doute le balancier est-il alors allé trop loin dans l'autre sens, le système de la peine fixe étant beaucoup trop mécanique et oublieux de la complexité des comportements humains, qui ne peuvent être réduits à leur qualification juridique. Mais n'a-t-on pas trop perdu de vue aujourd'hui ce qui était au cœur de leur préoccupation : l'égalité des citoyens devant la loi, la prééminence de la raison ?

Ne nous faisons pas d'illusions en effet : la place laissée vide par la loi, c'est le juge qui l'occupe. Car comme il répugne naturellement à traiter différemment des comportements semblables, il établit, pour ne pas encourir à ses propres yeux le grief d'injustice s'agissant du niveau de la peine, une norme, un « tarif », une jurisprudence qu'il appliquera aux cas individuels qui lui sont soumis. Prenons l'exemple du trafic de stupéfiants, puni de deux à dix ans d'emprisonnement — vingt ans en cas d'importation. A l'intérieur de cette énorme fourchette, pourquoi, pour un même type de comportement délictueux — par exemple le cas du passeur —, prononcer dix ans de prison plutôt que deux ou trois ? Faut-il tenir compte de la

nature de la drogue, la gravité de la sanction doit-elle dépendre de la quantité en cause ? Autant de questions auxquelles chaque formation de jugement, chaque juge, peut donner une réponse différente. Et cette réponse est proprement politique, car en dernière analyse aucun raisonnement logique ne suffit à en rendre compte. Elle est de l'ordre de l'irrationnel.

Il en va de même d'ailleurs de la décision sur la culpabilité, avec cette grande différence que celle-ci n'a pas de portée générale. Qu'est-ce qui, au bout du compte, hors les cas d'évidence, fait basculer du côté de la culpabilité plutôt que de l'innocence, de l'indulgence plutôt que de la rigueur ? Sans doute ce « je-ne-sais-quoi » ou ce « presque rien » dont Vladimir Jankélévitch a si lumineusement parlé, ce « quelque chose d'inévident et d'indénombrable », « mauvaise conscience de la bonne conscience rationaliste » ou « malaise d'une conscience insatisfaite devant une vérité incomplète »⁶.

Il demeure que le juge tend à devenir son propre législateur, et à instituer lui-même sa propre échelle des peines, comme conséquence de sa propre hiérarchie des valeurs, ceci sans aucun autre contrôle théorique que celui qui peut s'exercer, au cas par cas, à l'occasion de l'exercice des voies de recours.

Cette situation est encore aggravée par le fait que le corps judiciaire n'est nullement homogène aujourd'hui, ne faisant que refléter en cela l'hétérogénéité de la société elle-même. Tous les juges n'ont pas la même conception de ce qui est grave et de ce qui ne l'est pas, de la réponse à apporter à la délinquance en général ou à tel délit en particulier, des effets utiles ou négatifs des différentes sanctions qu'ils ont à leur disposition.

Pourquoi le citoyen devrait-il ainsi subir la loi d'hommes et de femmes qui n'ont été investis d'aucun mandat électif et ne sont pas responsables devant le peuple souverain ? N'est-ce pas là un prix trop élevé à payer pour l'individualisation de la peine ? Et au reste ce principe généreux d'apparence est-il si juste ? Juger en fonction de critères extérieurs à l'acte lui-même, est-ce encore respecter l'égalité devant la loi ? L'expérience de la cour d'assises montre que des éléments tels que la sympathie ou l'antipathie qu'inspirent respectivement l'accusé et la victime, en matière de crime de sang ou de viol, ou encore la biographie de l'accusé, ses perspectives d'avenir, ont une part considérable dans la décision. Combien de jurés voit-on mal à l'aise pour juger, après le rapport d'un psychiatre

6. V. Jankélévitch, *Le je-ne-sais-quoi et le presque rien. La manière et l'occasion*, p. 11.

qui laisse parfois le sentiment que l'acte est l'aboutissement presque inéluctable d'un processus quasi logique et qu'il a en quelque sorte échappé à son auteur. Mais les tribunaux correctionnels exclusivement composés de juges professionnels, si les écarts de peines entre affaires de même nature y ont une moindre amplitude, n'en font pas moins une large place, consciemment ou non, à des critères tels que la dangerosité.

Mais alors, est-on encore jugé pour ce que l'on a fait ou pour ce que l'on a été et ce que l'on pourrait devenir ? Et d'ailleurs que sait-on vraiment de l'un et de l'autre ?

On répondra peut-être que l'égalité n'est pas la justice et que, de toute manière, cette prise en compte des éléments de personnalité ne peut pas aggraver le sort du coupable, puisque le juge ne peut aller au-delà du maximum prévu par la loi. C'est en partie vrai mais c'est oublier qu'à un certain degré l'inégalité ne peut être juste. La prévisibilité est aussi un élément de la légalité.

Et cette inégalité, nous allons le voir, est encore aggravée, toujours par souci d'individualisation, au stade de l'exécution de la peine.

On doit observer au passage que la loi, qui fait au juge une confiance quasi illimitée lorsqu'il s'agit de décider sur la culpabilité ou d'appliquer la peine, l'enserme au contraire dans un réseau de règles précises et contraignantes ou de principes exigeants lorsqu'il s'agit de la procédure dont l'audience de jugement est l'aboutissement, voire de la procédure d'audience elle-même pour la cour d'assises. On peut s'interroger sur cette différence. En découle d'ailleurs, dans les procès dont l'enjeu est important, un déplacement du débat vers la procédure, où une défense inquiète met tous ses espoirs dans la mesure où l'espace de la discussion y est clairement borné par des règles strictes et réinvesti par la rationalité, restreignant les pouvoirs du juge, qui n'est plus pour un temps que le gardien de la loi. Souvent le juge ressent comme une lâcheté, en tout cas quelque chose d'immoral, cette fuite du débat au fond, surtout si la culpabilité lui apparaît certaine. Mais, outre que certaines règles invoquées à l'appui des demandes en nullité de la procédure sont essentielles à la protection des libertés, c'est là peut-être la rançon à payer pour un pouvoir trop peu contrôlé. Et notre situation à cet égard reste encore éloignée de ce que l'on connaît aux Etats-Unis.

Existe-t-il des contrepoids capables de limiter les effets négatifs de ce pouvoir que la loi laisse au juge ? Il en est deux, essentiels : l'obligation de motiver, la collégialité.

Une vraie collégialité est, dans le contexte qu'on vient de décrire,

une garantie de la plus haute importance pour le citoyen : trois personnes de tempéraments différents, douze à la cour d'assises, vont confronter leurs points de vue et deux d'entre elles au moins devront être d'accord sur la décision. C'est réduire le risque d'une trop grande subjectivité, c'est renforcer les chances qu'aucun aspect important de l'affaire ne soit oublié ou laissé de côté. Prôner le juge unique, comme certains le font aujourd'hui, pour des raisons de productivité ou pour redonner au juge le sentiment de sa responsabilité — sinon de son importance — qui ferait défaut à l'assesseur, parfois qualifié bien à tort de « potiche », ne va pas dans le bon sens. La productivité doit-elle primer lorsqu'il s'agit de l'honneur et de la liberté des gens, et la justice est-elle faite d'abord pour apporter des satisfactions au juge ? Certes non. Ce que la justice pénale a au contraire besoin de retrouver aujourd'hui, c'est une vraie collégialité, c'est-à-dire une discussion franche, égalitaire et complète, qui ne se fasse pas sous la férule du président — c'est devenu rare mais on trouve encore des magistrats qui pensent et disent parfois qu'on ne va pas contre l'avis d'un collègue occupant une position hiérarchique plus élevée — ni surtout sous la pression de la montre, parce qu'il y a trop d'affaires à examiner. A cet égard, il faut redire combien est scandaleuse l'insuffisance criante du temps que les juges peuvent consacrer à l'examen des affaires. Cette quotidienne course contre la montre est indigne de la justice. Et de cela les magistrats sont comptables, car il leur revient de refuser de juger dans une audience plus d'affaires qu'ils ne peuvent le faire dans des conditions convenables, puisque les moyens de faire face à un contentieux en progression constante leur sont obstinément refusés. Quelques gadgets enrobés dans un ronflant vocabulaire technocratique ne peuvent en effet tenir lieu de solution.

Le deuxième rempart contre l'arbitraire du juge — la motivation obligatoire des décisions — est lui aussi bien fissuré. Ce n'est pas trahir un secret d'état que de dire que la grande majorité des jugements correctionnels n'est pas motivée, ou plus exactement comporte des motifs préimprimés ou inscrits dans la mémoire d'un ordinateur et adaptables à presque tous les cas de figure, ce qui revient au même. De manière générale, seules sont motivées les décisions frappées d'appel.

On sait par ailleurs que l'absence de motivation est la règle pour les cours d'assises. Mais ici, c'est la loi qui le veut. On explique généralement cette règle par le fait que cette juridiction est composée de citoyens, qui représenteraient le peuple souverain, lequel n'a aucun compte à rendre de ses décisions.

Quoi qu'il en soit, le défaut de motivation a des conséquences très fâcheuses. Tous les praticiens savent bien qu'explicitement par écrit, fût-ce pour soi-même, les motifs de la décision qu'on a prise, ou qu'on va prendre, est une discipline salubre. C'est limiter la part de l'ombre, de l'irrationnel, du sentiment, de la pure opportunité, même si jamais on ne peut la réduire à rien. C'est renforcer le rôle du raisonnement et de l'intelligence — « cette petite chose à la surface de moi », comme disait à peu près Barrès, qui ne demande qu'à être submergée par les puissances de l'instinct et du sentiment. Motiver, c'est rendre compte, et d'abord à soi-même. Et c'est une expérience commune que de s'apercevoir en motivant une décision déjà prise dans le principe qu'elle n'est pas bonne parce qu'on ne peut la justifier de manière satisfaisante à ses propres yeux.

Mais si la loi laisse au juge pénal une liberté très grande, qu'on peut à certains égards estimer excessive, dans l'acte de juger, et si le juge accroît encore cette liberté en s'affranchissant, sous la pression du nombre, de certaines contraintes légales qui la limitent, on s'aperçoit cependant, à y regarder de plus près, que ce pouvoir est dans la réalité en partie en trompe l'œil, parce que refusé, tronqué ou vidé d'une part de sa substance, soumis aux pressions internes ou au poids du politique.

UN POUVOIR TRONQUÉ ET SOUS INFLUENCE

Les décisions qui sont prises, généralement d'ailleurs par d'autres magistrats, en amont et en aval de l'acte de juger restreignent dans une certaine mesure sa portée et exercent une influence sur le juge.

Un des débats essentiels, à l'heure actuelle, et depuis bien des années, concernant la procédure pénale est celui de la détention provisoire. C'est là en effet que se joue l'essentiel, puisque l'inculpé ou l'accusé qui comparaît détenu devant le juge du fond a de grandes chances d'être condamné à de l'emprisonnement ferme pour une durée au moins égale à celle de la détention provisoire, tandis que, dans le cas contraire, le risque sera faible pour lui d'être condamné à une peine ferme ou à une peine d'une durée excédant celle de la détention provisoire qu'il a éventuellement subie avant d'être libéré. C'est le préjugement que l'on reproche tant au juge d'instruction. Ce faisant, on se trompe d'ailleurs de cible. Si quelqu'un est à incriminer dans l'affaire c'est plutôt le juge du fond, qui trop souvent se décharge d'un pouvoir qui lui pèse, en entérinant la décision prise par un autre avant lui et qui a pour premier mérite d'exister.

Et ceci ne vaut d'ailleurs pas seulement pour la détention mais aussi pour l'essentiel qu'est la culpabilité. Il est bien difficile de donner un contenu réel à la présomption d'innocence après qu'un magistrat du parquet a décidé d'exercer des poursuites et qu'un juge d'instruction, voire la chambre d'accusation de la cour d'appel — en matière criminelle —, a estimé qu'il existait des charges suffisantes de culpabilité. En fait, il faut reconnaître que le processus engagé un jour par la décision d'un substitut n'est pas aisément réversible. Mais n'est-ce pas là encore la conséquence d'une certaine abdication du juge du fond ? Qu'on ne se méprenne d'ailleurs pas : il n'y aurait pas forcément plus d'acquittements si le juge, moins pressé par le temps, plus soucieux d'exercer lui-même le pouvoir qui lui est dévolu, accordait moins d'importance à la situation de fait créée par les décisions antérieures. C'est que celles-ci — certains paraissent l'oublier parfois — ne sont tout de même pas prises au hasard ou de manière irresponsable.

Il est d'autres décisions qui ont une influence sur l'acte de juger : il s'agit de tout ce qui concerne l'exécution ou l'application des peines. On sait dans quelle importante mesure les réductions de peine, les grâces présidentielles, les lois d'amnistie, la libération conditionnelle peuvent modifier la durée réelle d'une peine, à partir de critères qui sont sans lien direct avec les faits qui ont entraîné la condamnation. Le juge pénal finit souvent par en retirer le sentiment qu'on lui enlève d'une main le pouvoir qu'on lui a donné de l'autre, qu'on lui fait prendre des décisions affectées d'un fort coefficient d'ineffectivité sans qu'il puisse cependant savoir exactement ce qu'il en sera dans tel cas particulier. On lui dénie en quelque sorte le droit de savoir si sa décision sera appliquée et dans quelle mesure. On risque ainsi d'affaiblir chez lui le sentiment de sa responsabilité. Plusieurs ministres de la justice l'ont compris et ont songé à associer d'une manière ou d'une autre le juge pénal au devenir de sa décision. Mais rien n'a été changé, tant on sent que ce terrain est miné.

Le juge ne se résigne d'ailleurs pas vraiment à cette dépossession. Il peut aller parfois jusqu'à prendre en compte le coefficient prévisible d'érosion de la peine pour fixer celle qu'il estime devoir être subie ou à prononcer une peine un peu supérieure à celle qui lui paraît appropriée pour qu'elle échappe à l'amnistie « au quantum » et s'inscrive effectivement dans la mémoire du casier judiciaire.

On sent bien ce qu'une telle situation a de malsain. Faut-il se contenter de fermer les yeux, par crainte de révéler au grand jour les contradictions et les hypocrisies d'un système dont au fond on s'accommode ?

Pourtant, l'influence, voire la pression la plus évidente, la plus permanente comme aussi la plus ancienne qui s'exerce sur le juge pénal et tend à peser sur l'acte de juger est sans aucun doute celle du politique.

Le poids du politique est certes d'abord dans la tête du juge ; il n'existe guère de nos jours de pressions directes et personnelles, mais, surtout dans la tradition française où le politique se voit reconnaître une prééminence absolue — l'ordre officiel des préséances récemment remanié en porte la trace concrète —, le pouvoir exécutif n'a jamais vraiment renoncé à la réunion des pouvoirs qui s'opérait jadis dans la personne du roi. Le courrier que reçoivent Président de la République, Premier ministre et ministres conduit d'ailleurs à se demander si la notion de séparation des pouvoirs a vraiment un sens pour beaucoup de nos concitoyens. Cela devrait susciter la réflexion sur les moyens de faire vivre la démocratie et d'abord de l'enraciner vraiment dans les esprits. Mais c'est là un problème bien complexe, tant ce qui touche au pouvoir est encore imprégné de mystère et baigné d'irrationnel. Quoi qu'il en soit, l'homme politique investi de responsabilités trop souvent s'abstient de détromper explicitement le citoyen qui lui demande d'user de son pouvoir pour obtenir, modifier ou annuler une décision de justice. On reste dans le clair-obscur, le non-dit. Pourquoi un ministre de la justice devrait-il être tenu pour responsable — et ne pas refuser clairement cette responsabilité — des avatars de telle affaire judiciaire à sensation, de la décision jugée critiquable de tel tribunal, de la « bavure » qui a conduit à une remise en liberté inopportune ou de la sanction jugée trop lourde qui aura entraîné un suicide ?

Le pouvoir politique pèse en fait sur l'acte de juger de plusieurs manières. L'une de celles-ci est le statut de la magistrature, sur lequel on ne s'étendra pas ici, tant le problème est connu et demeure d'actualité. Balzac, qui avait encore en tête le modèle d'Ancien Régime, avait bien vu la difficulté : « Avancer ! voilà le mot terrible, l'idée qui, de nos jours, change le magistrat en fonctionnaire »⁷, écrivait-il à propos du juge d'instruction Camusot, partagé entre sa conscience professionnelle et le désir de ne pas déplaire, voire de seconder les vœux de qui peut faire sa « carrière ». Mais, quel que soit le statut du juge, la faveur du prince sera toujours un puissant aimant. Thomas More, dont on sait quel fut le courage personnel dans le conflit qui l'opposa au roi — « I die the King's good servant but God's first » —, l'exprimait à sa manière, qui est de tous les

7. H. de Balzac, *Splendeur et misère des courtisanes*, 3^e partie, p. 135.

temps : « Les considérants ne manquent jamais au magistrat qui se prononce en faveur du prince : il lui suffit d'évoquer soit l'équité, soit la lettre de la loi, soit le sens dérivé d'un texte obscur. »⁸ L'histoire est là pour montrer que les Camusot sont plus nombreux que les Thomas More.

Par le biais de l'avancement, de la notation qui en est la clef, le pouvoir politique peut tenter d'exercer un certain contrôle sur le contenu de la décision. Trop de sévérité ou trop d'indulgence habituelle au regard de ce qui est jugé normal ou raisonnable à un moment donné par la hiérarchie judiciaire ou l'autorité politique peut avoir des effets négatifs sur la carrière du magistrat.

Les déclarations publiques sont un autre mode d'intervention. Chacun a pu entendre, en différentes occasions, des membres du Gouvernement critiquer, de manière plus ou moins directe, des décisions judiciaires rendues en matière d'accidents de la route et réputées trop indulgentes. Il existe une très forte pression dans le sens d'une aggravation de la répression contre ce qu'on appelle aujourd'hui la délinquance routière. On trouverait d'autres exemples, sans doute moins nombreux, dans d'autres domaines, au gré de l'actualité.

Mais subsistent encore — ou réapparaissent — des modes d'intervention plus directs. C'est ainsi que dans le document largement rendu public intitulé « Orientations pour un service public de la justice », circulaire adressée aux magistrats du siège comme à ceux du parquet le 7 novembre 1988, le garde des Sceaux indique aux destinataires : « Vous y trouverez... les orientations générales au sein desquelles doivent s'inscrire vos entreprises et vos actions » (p. 6), stigmatise « les délibérés interminables, les décisions peu motivées » (p. 15), « les jurisprudences inflexibles » (p. 21), invite les juges à « faire une application plus réaliste des dispositions de l'article 700 du nouveau code de procédure civile et 475-1 du code de procédure pénale » (p. 16), ou à développer le recours à la peine de travail d'intérêt général (p. 23), érige en doctrine que la répression doit être « déterminée par un principe d'utilité sociale et de justice » (p. 21) — ce qui n'est pas forcément la même chose et peut être parfois même antinomique — ou que « l'emprisonnement... constitue l'ultime recours au terme d'une précise gradation des interventions judiciaires » (p. 21) — ce que la loi ne dit pas — pour réaffirmer cependant en conclusion que l'indépendance, « impérieuse obligation des magistrats à la dignité, doit être une réalité vécue

8. Thomas More, *L'utopie*, p. 58.

dans l'exercice quotidien des fonctions » (p. 23). On peut encore lire dans une circulaire récente de la Direction des affaires criminelles adressée aux magistrats du siège et du parquet concernant la question brûlante des écoutes téléphoniques des phrases telles que : « Il s'impose notamment de veiller à ce que... » Empressons-nous de dire d'ailleurs que les « conseils » qui suivent non seulement ne sont pas scandaleux mais recueillent probablement un large assentiment. Le procédé lui-même n'en pose pas moins question. Est-il excessif de penser que ces documents contiennent à la fois remontrances — qui font écho à celles des anciens Parlements en sens inverse — et instructions ? Chacun peut en être juge.

Un esprit moins chagrin peut cependant y voir la confirmation implicite que le juge a bien un véritable pouvoir, puisqu'on cherche à obtenir de lui qu'il en use dans un certain sens. C'est ce que Marc Bloch a bien vu qui, à propos de la justice médiévale, citant la phrase attribuée à Henri Plantagenêt réclamant la condamnation de Thomas Becket : « Vite, vite, dépêchez-vous de me faire un jugement », faisait ce commentaire : « Le mot résume assez bien et les limites que la puissance du chef mettait à l'impartialité des juges et l'impossibilité où le plus impérieux des tyrans était, cependant, de se passer d'un jugement collectif. »⁹ Il n'est évidemment pas question de comparer les procédés dont usait le souverain féodal avec ses juges et les « conseils » gouvernementaux adressés au juge contemporain. Mais le temps n'est-il pas venu de rompre avec certaines habitudes, au reste largement partagées par l'ensemble de la classe politique et dont il serait injuste de faire grief à tel ou tel pris singulièrement ? C'est ici l'attitude du pouvoir politique en général que l'on veut illustrer.

Le pouvoir politique conserve au surplus — est-il besoin de le rappeler — un moyen d'action considérable mais parfaitement légal lui permettant de contourner le juge à défaut de l'influencer. C'est l'appréciation de l'opportunité des poursuites qui appartient au parquet, soumis en dernière analyse à l'exécutif. Le volume des délits constaté est tel que le classement sans suite d'un très grand nombre de procédures est une nécessité technique. Mais quels sont les critères de classement ? Il n'existe aucune règle impérative en la matière. C'est en fait par ce biais surtout que l'on peut parler d'une politique pénale. C'est bien en effet une décision politique que de ne pas poursuivre telle catégorie ou sous-catégorie d'infra-

9. Marc Bloch, *La société féodale*, p. 509.

tion, comme d'ailleurs de requérir telle sanction plutôt que telle autre pour une catégorie de délits déterminée.

La vérité est que l'homme de gouvernement considère très naturellement la répression comme un élément d'une politique et supporte mal de ne pas en contrôler la phase ultime. C'est la conséquence de cet investissement du droit par la politique, souligné par bien des auteurs¹⁰.

Quant au recours à l'amnistie, trop d'encre a coulé sur ce sujet ces derniers temps pour qu'on s'y attarde.

Le juge pénal à la recherche de lui-même ?

Une mission ambiguë - une image floue.

Au-delà, et peut-être à cause des problèmes qui viennent d'être évoqués, l'acte de juger, au pénal, suscite parfois un certain malaise qu'il est nécessaire de mentionner pour terminer, même s'il est rarement évoqué. C'est que le rôle du juge, tout à fait clair dans les affaires civiles, devient plus complexe et ambigu au pénal. Ce juge est-il le « tiers impartial qui maintient la balance égale entre les deux parties »¹¹, ou « l'offensé en tant qu'universel »¹², ou encore, comme on l'entend souvent dire aujourd'hui, celui qui lutte contre la délinquance ou pour la protection des libertés individuelles à travers le respect des règles de procédure. Devant ces attentes contradictoires et simultanées, le juge pénal ne sait plus toujours très bien où se situer. Le malaise est renforcé par l'image que lui renvoie parfois et de plus en plus souvent l'avocat, qui n'est pas celle d'un tiers impartial dans lequel on a confiance mais plutôt celle d'un personnage de parti pris, hostile et dangereux. Plus simplement le juge se sent rejeté dans un camp et perçu comme usurpant son fauteuil d'arbitre. C'est là un phénomène encore marginal mais auquel il faudra être particulièrement attentif. Encore n'est-il pas sûr que ce qui est éprouvé d'un côté corresponde à une réalité de l'autre côté. Ce sentiment n'en serait d'ailleurs pas moins significatif en lui-même.

S'il est vrai — ces quelques lignes en sont le témoignage — qu'il est difficile pour le juge pénal d'aujourd'hui de ne pas porter sur son activité un regard quelque peu désabusé, il ne peut se contenter de cultiver avec une secrète jouissance un incurable *spleen*. Bien

10. *Le droit investi par la politique*, Archives de philosophie du droit, 1971.

11. Aristote, *Ethique de Nicomaque*, chap. V, p. 132.

12. Hegel, *Principe de la philosophie du droit*, p. 247.

des changements certes ne peuvent venir que d'une prise de conscience politique de ce que doit être la place du juge pénal, sa mission spécifique et irréductible à toute autre dans la société démocratique et des moyens nécessaires pour remplir cette mission — au tout premier rang desquels le temps. Mais beaucoup dépend aussi du juge lui-même, qui doit devenir pleinement adulte, apprendre à ne pas craindre l'air du large et à ne pas se laisser impressionner par quelques embruns. L'indépendance a besoin d'un statut qui la garantisse lorsque les magistrats s'occupent loin d'elle, pour paraphraser ce que disait Tocqueville à propos de la liberté, des institutions et du peuple. Mais l'indépendance vraie est une conquête quotidienne, et d'abord un effort sur soi-même. Et qu'on n'oublie surtout pas qu'elle n'est pas une fin en soi, mais un moyen au service de la justice, cet objectif jamais atteint, cette aspiration toujours vivante, qui, en prêtant son nom à une institution, lui a interdit le repos et la satisfaction de soi.

RÉSUMÉ. — *Le juge pénal se trouve dans une situation contradictoire et paradoxale. Le législateur lui donne des pouvoirs toujours plus grands et sans doute excessifs. Dans le même temps, l'exécutif lui refuse les moyens de les exercer convenablement et conserve la faculté de le contourner ou de peser au moins indirectement sur ses décisions. A cela s'ajoute une crise d'identité liée à une crise de la finalité de sa mission. Il faut retrouver les conditions d'une activité du juge pénal plus transparente, mieux tempérée et régulée, d'une indépendance vraie au service d'une mission claire et reconnue par tous.*