

## La Justice mesure des libertés !

Jean Danet

Avocat honoraire

Maître de conférences Université de Droit de Nantes

On ne remplace pas Jean-Marie Delarue. Et je comprends votre déception. J'ai donc failli venir avec un écriteau semblable à celui qu'Oscar Wilde évoque dans « Impressions d'Amérique » « *Ne tirez pas sur le pianiste, il fait ce qu'il peut* ». Surtout si le pianiste se trouve aux côtés de deux virtuoses.

J'ai accepté dans les circonstances que vous savez et par amitié pour Pascale et son équipe de me joindre à cette table ronde. Mais aussi parce que comme Pascale je sais ce que je dois au SAF. Et puis, on tire toujours profit de venir partager un temps de discussion avec le SAF, que ce soit sur le fond du droit ou sur les évolutions de la Justice.

Le SAF s'enrichit de nouvelles générations au fil du temps et aujourd'hui comme hier, et même avant-hier. À l'évidence, pour toute personne raisonnable s'entend, il tient le cap. Dans ses instances, dans les ordres, à la conférence des bâtonniers, au CNB, etc.

Voilà, je ne sais pas pourquoi j'avais envie de commencer par là. Sans doute parce qu'il est des occasions où l'on doit tout dire à ses amis, même ce qui est de nature à leur faire plaisir.

### La justice mesure des libertés !

Je n'allais pas reprendre ici ce que vous savez tous, ce que Pascale a fort bien dit hier dans son rapport moral, ce que nous attendons au plan législatif. Jean-Jacques Gandini m'a conseillé de centrer mon propos sur quelques points et d'aborder les choses sous un angle si possible un peu original, sous l'angle des acteurs et des pratiques. Voilà en tout cas la commande telle que je l'ai comprise et bien qu'on soit dans une fac de droit, j'ai bâti mon propos en trois points.

### **I La justice mesure des libertés ! Oui et le juge garant des libertés plutôt qu'instrument subalterne, exécutant toujours jugé insuffisant d'une politique de sécurité totalement démagogique.**

Pendant 5 ans, le conflit entre les valeurs de Justice et de Sécurité a été systématiquement créé, attisé, nourri, relancé. Comme si tout opposait ce que les apprentis sorciers appellent pourtant les maillons de la chaîne pénale. Comme si la Justice était le maillon faible de la dite chaîne, le maillon faible d'une politique de sécurité.

Or la réalité est toute autre que cette opposition factice. La réalité c'est que cette politique a provoqué une crise de l'ensemble du système pénal (depuis la police jusqu'à l'administration pénitentiaire).

**Une crise, c'est-à-dire le moment où un modèle trouve sa limite et ici c'est le modèle de la pseudo rationalité sécuritaire. Il n'a jamais été efficient mais il a longtemps promis qu'on allait voir ce qu'on allait voir ! Un peu comme la prison au XIX<sup>ème</sup><sup>1</sup>.**

Tout ce que l'on a vu c'est la crise dans laquelle il a plongé le système pénal.

Quelles sont les manifestations de cette crise ?

Nous les voyons, vous avocats, nous chercheurs, d'abord dans le sous-ensemble Justice.

La Justice pénale est aux prises depuis une quinzaine d'années avec un triptyque qualifié de pragmatique (gestion des flux, gestion des ressources pourtant structurellement carencée, et gestion des risques au regard des objectifs de sécurité absolue qu'on lui assigne).

Et les acteurs de la Justice pénale (magistrats du parquet, du siège, mais aussi greffiers) vivent très souvent ce triptyque et ses effets délétères comme une mise en cause de la rationalité du modèle fondamental de la Justice pénale, ce modèle qu'ils ont appris au temps de leur formation et dont ils ont fait bien souvent un idéal, la base en tout cas de leur éthique professionnelle.

Ce modèle, ces principes fondamentaux hérités des Lumières, revisité par l'esprit du procès équitable, les acteurs ne savent plus s'il tient encore. Le système pénal n'est plus certain de savoir dire quel est le modèle de rationalité qui dans la pratique le structure ni lequel doit le structurer.

Un exemple pris dans le sous –ensemble Justice pénale, « le traitement des délits » est monté en complexité sans que celle-ci ne soit maîtrisée, faute d'avoir été sérieusement finalisée.

-de grandes juridictions peinent à établir et tenir un schéma d'orientation clair pour les magistrats eux-mêmes (alors ne parlons pas de la lisibilité de l'action publique par les élus ou les policiers, etc.).

-les acteurs magistrats du siège notamment sont enfermés dans des services spécialisés (entendez le traitement d'un type de procédure) sans savoir ni ce qu'on juge ni comment on juge dans le circuit d'à côté où pourtant atterrissent des dossiers parfois strictement identiques et ne parlons pas des différences processuelles d'une juridiction à une autre.

Le défaut de communication, de circulation des informations, le défaut d'échanges entre les acteurs de base sur ce qu'ils font est assez marqué. Seuls les chefs de juridiction échangent pour construire les schémas qui leur permettront de tenir les 3 gestions.

La perte du sens de l'action, le défaut total de véritable évaluation est vécu comme un manque générant chez certains presque une souffrance.

Alors que la Police ou l'Administration Pénitentiaire sont elles aussi aux prises avec le même triptyque, la perversion des apprentis sorciers a consisté à donner à chacun des sous-ensembles

---

<sup>1</sup> Je renvoie les vieux du saf à des analyses tenues à un colloque de défense pénale sur la prison au palais du Pharo, en 1982 ou 83 !! aie aie !

l'impression que c'est la mauvaise gestion du voisin qui met en péril le sens de leur action et ses finalités, qu'il les dénature, les tord, les restreint ou leur ôte même tout sens.

Or, quand on écoute les acteurs de ces deux autres sous ensemble, la Police et l'administration pénitentiaire (au sens large), on s'aperçoit qu'ils souffrent très exactement des mêmes maux que la Justice pénale :

-la complexité des dispositifs non maîtrisés car non finalisés (c'est quoi « le cœur de métier » dont on nous a rebattu les oreilles s'interrogent des policiers ?)

-le défaut de communication, d'échanges institutionnalisés entre les acteurs de terrain du système pénal (policiers et parquets, Jap et CIP, JAP et siège, parquet et siège)

-la perte du sens de l'action de l'ensemble (« seuls les gardes du palais comprennent à quoi aboutit l'action de la police et de la Justice » disent des policiers « car eux ils voient le tout d'un bout à l'autre »).

-le défaut marquant de véritable évaluation.

Dans ce contexte, les acteurs émettent parfois le regret du « temps d'avant » dans une étrange nostalgie dont ils savent bien qu'elle ne renvoie à aucun âge d'or, mais seulement à un temps où, d'accord ou pas d'accord, avec le fonctionnement des institutions, la place de chacun était peut-être plus stable et plus claire.

**L'enjeu est donc de reconstruire une rationalité commune. Comment ?**

**D'abord arrêter le moteur du tapis de course sur lequel on a installé la Justice.**

Je m'explique.

**II La Justice pénale est la mesure, la garante des libertés plutôt qu'en charge de battre des records d'activité frénétique.**

Un exemple de cette nécessité. Un choix a été fait il y a dix ans environ :

-apporter une réponse pénale systématique à toute infraction poursuivable. Et c'est un choix qu'aujourd'hui encore peu de gens osent remettre en cause.

Or ce choix, à quoi a-t-il abouti ? Toutes les petites affaires donnent lieu à réponse. Soit par alternatives aux poursuites, soit par poursuites. On sait la place qu'ont prises les alternatives. A-t-on assisté à une diminution du nombre de poursuites ? Non Elles sont au même niveau qu'en 1999. Avec une augmentation sensible des poursuites correctionnelles (en ce incluses les formes rapides type OPD, ordonnance pénale délictuelle) +22% et un effondrement des poursuites en police.

Un choix corollaire a été fait : Celui d'une graduation systématique des réponses pénales en fonction notamment des antécédents. Le bout de cette logique, c'est le choix du législateur dans la loi du 13 décembre 2011 d'exclure du champ de l'OPD les dossiers de récidivistes.

Conséquence de ces deux choix : **le système fabrique à délinquance égale beaucoup plus de récidivistes qu'au temps où les classements sans suite d'affaires poursuivables s'élevaient à plus de 35% !** L'apparent équilibre de gestion des flux auquel on est parvenu en certaines juridictions n'est donc pas nécessairement pérenne. Il se pourrait bien que dans les années qui viennent on voie de nouveau le rôle des audiences se charger si on ne reconsidère pas ces deux choix. D'autant que les lois d'amnistie qui lavaient si bien les casiers ne sont plus là pour le faire. Il se peut bien qu'il y ait une bombe à retardement quelque part dans cette politique criminelle. Soit technique, si on ne peut plus traiter tous les récidivistes comme la loi le prévoit. Soit politique, si on ne sait pas expliquer que c'est là une augmentation du nombre de récidivistes imputable à l'activité de Justice et non à une augmentation réelle de la récidive et si les chiffres viennent à être exploités par les démagogues de tout poil. On peut aussi avoir les deux à la fois !

Qu'en pensent les parquets ? Ils sont inquiets et se proposent de contourner en tous cas l'obstacle posé en décembre 2011. Ils vont continuer d'utiliser l'OPD même en cas de récidive ? Comment ? En ne la relevant pas. Mais alors le système perd tout sens.

Question subsidiaire ? Peut-on au moins objectiver ce qui risque de se passer et savoir combien de puis 10 ans, chaque année des casiers néant sont passés à 1 condamnation et de une à deux etc. Réponse : il n'a jamais été demandé ces statistiques au casier judiciaire.

Qu'est-ce que cet exemple illustre ?

Le caractère inapproprié des indicateurs de performance de la mission Justice. Le fameux « taux de réponse pénale » peut nous mener dans le mur. Inapproprié pourquoi ? Parce qu'il est un taux mal pensé certes, démagogique mais aussi parce que l'institution judiciaire est peut-être dans l'incapacité de mettre en place facilement des indicateurs qui feraient davantage sens, qui soient plus subtils.

Tel est le caractère profondément inquiétant de ces indicateurs. Très en amont de la politique pénale officielle, celle des circulaires, ils peuvent continuer si nous n'y prenons garde à générer une dérive sécuritaire folle avec laquelle il est urgent de rompre. Pendant ce temps là, l'Allemagne, l'Allemagne de madame Merkel, dont on aura peine à dire à droite qu'elle sombre dans l'anomie tout de même, pays du principe de légalité des poursuites, l'Allemagne procède à des classements sans suite massifs.

**III Faire que la Justice, mesure des libertés, soit aussi comptable des usages qu'elle fait des peines. Sinon ce sont de nouvelles formes d'arbitraire qui nous guettent.**

Quelques exemples :

-réfléchir à un échec cuisant, celui des peines alternatives à la prison. Aller au bout et comprendre la culture prison qui saisit d'un bout à l'autre le système pénal. Une culture qui fait que l'institution préfère souvent un sursis TIG à un sursis, que l'ARSE est un aménagement de la peine de prison plutôt qu'une peine à part entière. La prison est la monnaie d'échange de la peine jusqu'à l'absurde. Et l'absurde est là lorsqu'on prétend obtenir des juges du siège qu'ils prononcent une peine ferme et la seconde qui suit qu'ils l'aménagent « ab initio ». Ils ne le refusent pas seulement parce qu'ils ignorent ce qu'il en est des aménagements possibles de facto. Mais aussi parce que cette décision n'a, pour eux, aucun sens. Qu'il faut pour qu'elle n'apparaisse pas trop absurde que l'un la prononce et l'autre l'aménage. L'aménagement ab initio est vécu comme un révélateur de l'absurde.

-Comprendre qu'il faut sans doute crédibiliser les peines alternatives plus qu'elles ne le sont pour le public, pour la police mais qu'il faut pour cela du temps, le temps de prospecter, le temps d'évaluer le déroulement de ces peines et leurs effets sur la prévention de la récidive.

-réfléchir sur ce que peut être l'évaluation des personnes mises en cause ou condamnées. Le conseil de l'Europe a pourtant dit ce qu'il fallait dire à ce sujet. Cette évaluation est à tous les étages insuffisants. Pour les condamnés on sait qu'il faut aller pas à pas mais sans tarder. Qu'il faut faire une évaluation de la personne condamnée pour mettre en place un plan de prise en charge (et pas seulement pour savoir si la libération conditionnelle peut ou non être accordée ! Qu'il faut ensuite un plan de prise en charge et qu'il faut exécuter les programmes de ce plan en évaluant les étapes de tout ceci.

-résister aux sirènes du cognitivo-comportementalisme et reprendre la réflexion d'un bout à l'autre sur la misère de nos prises en charge

-leur insuffisance quantitative et qualitative et à toutes leurs causes y compris les causes systémiques (quelles prises en charge pour ceux condamnés entre 5 et 10 ans qui ne partent en CD que quand ils sont libérables après 2 ans d'instruction, un an et demi d'attente à l'audiencement et un an et demi encore après la condamnation aux assises avant tout transfèrement ?

-leur arbitraire quand les intervenants dans le mode carcéral (les aumôneries comme le GENEPI, ne comprennent rien au fait qu'untel soit admis à tel programme et pas tel autre et qualifient ces décisions d'arbitraire ?

- réfléchir à tout ce qu'implique un ressaisissement sur tout cela en termes de moyens certes mais aussi de formation, de redéfinition des métiers.

-réfléchir sur le sens des peines de neutralisation. La rétention de sûreté certes, mais que fait-on de la perpétuité réelle et des très longues peines ? Qu'en fait-on ? Fait-on semblant de croire qu'ils peuvent tous avoir l'espoir de sortir avant d'approcher de la mort ? Ou conçoit on comme dans d'autres pays des programmes de « survie » oui de « survie » pour ceux-là ?

Continue-t-on de lier la sortie à la reconnaissance de culpabilité ? Ou bien à la seule dangerosité ou au deux ? À quoi ?

Je pourrais ainsi continuer longtemps. Prendre segment après segment. Nous aurions à chaque fois le sentiment d'être devant des impensés béants. Ils ont été masqués et le sont encore par une grande distribution médiatique qui feint « de poser le débat » comme elle dit quand en réalité elle l'empêche. Et c'est ainsi que le dernier film des Taviani « César doit mourir » (1 heure 17') fait plus réfléchir que la collection complète de « faites entrer l'accusé ».

La doctrine juridique n'a guère aidé à penser ces enjeux, enfermée qu'elle est dans un technicisme monodisciplinaire.

Bref, il nous faut repenser pour le système pénal une rationalité commune au sein de laquelle La Justice pénale puisse avoir pour souci, pour objectif, pour finalité l'effectivité du procès équitable et une pénalité en rapport avec les valeurs du Conseil de l'Europe, de la CESDH, de la CEDH, une pénalité qui nous sorte du tout carcéral et du pseudo concept de dangerosité.