

SAF

SYNDICAT DES AVOCATS DE FRANCE

MAI 2013

La Lettre

**Vous avez dit « le changement
c'est maintenant » ?**



La caisse à outils du changement...

ISSN 1157-9323

ET VOS RUBRIQUES HABITUELLES ► DROIT SOCIAL - DROIT PÉNAL - DROIT DES ÉTRANGERS...

➔ L'ENGAGEMENT DU SYNDICAT DES AVOCATS DE FRANCE SE POURSUIT SUR LE NET.

www.LESAF.ORG

NOUVEAU SITE
NOUVELLES
RUBRIQUES
NOUVELLES
FONCTIONNALITÉS



L'INFORMATION EN LIGNE DES AVOCATS

Sur le site Internet du **Syndicat des Avocats de France**, vous êtes **directement en prise avec l'information de la profession**. Non seulement vous retrouvez l'intégralité des articles parus dans la **Lettre du SAF**, mais en plus vous accédez immédiatement aux **toutes dernières infos** : les communiqués, les rendez-vous à venir, les motions adoptées, les résumés de congrès, etc.

Le site s'est également enrichi d'un **annuaire national des avocats adhérents** pour faciliter les contacts et un **espace membres est en cours de développement**. Connectez-vous sur www.LeSaf.org et vous comprendrez pourquoi ce site a tout pour devenir **votre espace d'information privilégié**.

SAF

4	◀.....	ÉDITO
5	◀.....	Vous avez dit : « le changement c'est maintenant » ?
6	◀.....	[Jean-Jacques GANDINI]
7		ACCÈS AU DROIT
8	◀.....	Colère [Catherine GLON]
9	◀.....	Accès au droit et économie de la profession [Evelyne HANAU]
10	◀.....	Droit Pour la mise en œuvre d'une convention d'honoraires
11	◀.....	[Perrine CROSNIER]
12		DROIT DES ÉTRANGERS
13	◀.....	La retenue pour vérification de séjour ... [N. BOUKARA & C. MADELINE]
14	◀.....	DISCRIMINATIONS
15	◀.....	Contrôle au faciès : de la promesse à la condamnation ?
16	◀.....	[S. BEN ACHOUR]
17	◀.....	Un bien long chemin vers la liberté [Laurent CYFERMAN]
18	◀.....	DROIT AU LOGEMENT
19	◀.....	sos hébergement d'urgence [Noura AMARA-LEBRET]
20	◀.....	DROIT SOCIAL
21	◀.....	La position du SAF sur l'ANI [Pierre Bouaziz]
22	◀.....	RETRAITES
23	◀.....	Propos décalés sur les retraites [Guy Dupaigne]
24	◀.....	...
33	◀.....	DROIT DE LA FAMILLE
34	◀.....	Mariage pour tous : quels enjeux pour le couple de même
35	◀.....	sexe ? [Aurélié LEBEL]
36	◀.....	DÉFENSE PÉNALE
37	◀.....	Pas de printemps pour... la Justice pénale et les droits de
38	◀.....	l'Homme ? [Bruno REBSTOCK]
39	◀.....	VIE DES SECTIONS
40	◀.....	L'Indépendance du parquet en question » [Isabelle RAFFARD]
41	◀.....	JUSTICE PÉNALE INTERNATIONALE
42	◀.....	(Re) Créer une commission au SAF [Dominique MAUGEAIS]
43	◀.....	LE SAF S'AFFICHE AVEC ASF
44	◀.....	Avocats Sans Frontières, là où la Défense n'a plus la parole
45	◀.....	[Marianne Lagrue]
46	◀.....	DÉFENSE DE LA DÉFENSE
47	◀.....	(Re) Créer une commission au SAF [Sophie MAZAS]
48	◀.....	AVOCABULAIRE
49	◀.....	Numerus Clausus : Quid (what about) du numerus
50	◀.....	clausus ? [Marianne LAGRUE]



MAI 2013

LA LETTRE DU SYNDICAT DES AVOCATS DE FRANCE
34 rue Saint-Lazare - 75009 Paris
Tél. : 01 42 82 01 26
Courriel : contact@LeSaf.org - Web : www.LeSaf.org

DIRECTRICE DE LA PUBLICATION : Pascale Taelman

COMITÉ DE RÉDACTION :
Pascale Taelman, Jean Jacques Gandini, Florian Borg, Didier Liger

PHOTOGRAPHIES ET ILLUSTRATIONS :
SAF - Fotolia - Istockphoto - Pauline Le Lay
Couv : Fotolia

CONCEPTION, IMPRESSION ET RÉGIE PUBLICITAIRE :
FIGURES LIBRES
BP 40307 - Allée Charles-Victor Naudin
06906 Sophia Antipolis cedex
Tél. : 04 93 67 54 37 - Fax : 04 89 12 32 07
Courriel : contact@figureslibres.net - Web : www.figureslibres.net

Vous avez dit « le changement c'est maintenant » ?

Il y a un an maintenant que François Hollande a été élu Président de la République et la gauche, déjà majoritaire au niveau des grandes métropoles, des conseils généraux et des régions, l'est devenue également au niveau des deux chambres parlementaires, détenant ainsi tous les leviers de commande politique, ce qui devait lui permettre de construire une société axée sur plus d'égalité et de justice sociale, après dix années d'une droite qui a servi les plus favorisés et dénaturé les valeurs républicaines par son idéologie sécuritaire, identitaire et xénophobe.

Lors de notre congrès de novembre 2012 à Caen, six mois étaient déjà passés et nous nous inquiétions de l'immobilisme du gouvernement alors que nous ressentions au quotidien l'urgence du changement :

- ▶ pour les travailleurs confrontés à la violence de la crise économique et à la précarité croissante ;
- ▶ pour les locataires subissant l'augmentation du coût de l'énergie et du logement devenu insoutenable ;
- ▶ pour les étrangers dont les droits élémentaires ne sont toujours pas respectés ;
- ▶ pour les justiciables qui pâtissent du manque de moyens, de délais incompréhensibles et de l'accès restreint au droit ;
- ▶ pour les citoyens qui se heurtent à une justice pénale où la réparation et la réinsertion restent secondaires au regard de la logique sécuritaire.

Qu'en est-il aujourd'hui ?

Le bilan n'est pas nul mais il est bien maigre, bien en deçà de nos attentes et de celles de nos concitoyens ainsi que s'en font l'écho les articles publiés dans ce numéro.

Certes, le droit au mariage des couples homosexuels, acquis de haute lutte, constitue une avancée indéniable qu'il faut saluer mais la PMA les concernant a été repoussée à plus tard.

L'action de groupe va enfin voir le jour et, là aussi, il s'agit d'une mesure emblématique, mais elle va être restreinte au seul droit de la consommation et ne pourra être mise en œuvre que par 16 associations agréées au niveau national.

La mixité sociale est dans les cartons de la ministre du Logement mais l'encadrement du montant des loyers par la loi se fait attendre.



PAR Jean Jacques GANDINI
Président du SAF

Et pour le reste...

L'Accord National Interprofessionnel et la loi relative à la sécurisation de l'emploi consacrent la flexisécurité.

En droit des étrangers, la chasse aux Roms continue d'être ouverte, et le droit de vote aux élections locales pour les étrangers non communautaires repoussé aux calendes grecques.

La ministre de la Justice tient, certes, un discours humaniste et généreux qui tranche agréablement sur celui de ses prédécesseurs. Par voie de circulaire, elle a mis fin aux instructions individuelles dans les dossiers et demandé aux Parquets de ne plus requérir de peines-plancher. Elle a également mis en place une Conférence de consensus dont les recommandations sont remarquables, mais pour ce qui est de leur application...

L'abrogation des peines-plancher et des peines de sûreté se fait toujours attendre, la réforme de la justice des mineurs est en panne, les prisons sont toujours aussi pleines et l'état de certaines constitue une atteinte intolérable aux droits de l'Homme les plus élémentaires, comme l'a démontré l'action exemplaire engagée par l'Observatoire International des Prisons, à laquelle le SAF s'est joint, ainsi que le Syndicat de la Magistrature, le CNB et l'Ordre des Avocats de Marseille, devant le tribunal administratif, puis le Conseil d'État, par rapport à la maison d'arrêt des Baumettes.

Et le « délit de faciès » est toujours d'actualité.

Quant à l'accès au droit, last but not least, c'est Bercy qui impose sa loi, bloquant toute velléité de réforme structurelle alors qu'il s'agit d'un droit fondamental, et la révolte gronde face au risque d'asphyxie financière de plus en plus prégnant pour nombre de nos confrères, tellement reste indécente l'indemnisation accordée en matière d'aide juridictionnelle.

On est donc en droit de se demander : Y a-t-il un pilote dans l'avion ?

« Celui qui combat peut perdre, mais celui qui ne combat pas a déjà perdu » (Bertolt Brecht). ■

Colère !

Les gouvernants adorent les mots. Les avocats en connaissent la puissance ou la vanité, selon la sincérité qui les porte.

Nos gouvernants adorent les lettres de mission. Aussi, n'est-il plus désormais une demande de réflexion sur la justice qui n'évoque le « principe de subsidiarité ».

Mais il ne suffit pas qu'un concept soit dévoyé pour légitimer une politique publique en temps de restrictions.

Si le droit européen, comme en d'autres temps le droit canon, connaît bien ce concept qui fait primer la liberté de l'individu ou du groupe social pour concevoir et organiser la protection de ses intérêts et privilégie le plus petit échelon décisionnel pour ne confier à l'échelon supérieur que ce qui ne peut être réalisé, son application dans la sphère de l'accès au droit et de l'organisation de la justice mérite que l'on s'y arrête avec circonspection.

Certes, la recherche du niveau pertinent et mesuré de l'action publique en période d'austérité s'impose comme une évidente nécessité.

Mais il est peu de l'application de cette notion philosophique et juridique à l'abandon de celle de l'intérêt général.

Le 11 février dernier, le premier ministre écrivait au Garde des sceaux que les Français demandent un État stratège, qui anticipe et prépare l'avenir, garant de la cohésion sociale et territoriale, mais qui aussi agit mieux en dépensant moins.

Justement. Qui d'autre que l'État a le devoir d'assurer l'égalité des usagers du droit entre eux ? Qui d'autre a le pouvoir de la garantir ?

Comment admettre que les juges deviennent les subsidiaires de processus alternatifs et les avocats d'accessoires auxiliaires ?



PAR Catherine GLON
Élue SAF CNB

L'aide juridictionnelle va devenir le subsidiaire de la protection juridique.

Le recours au juge va devenir le subsidiaire de la médiation préalable obligatoire.

Si le recours à la justice demeure incontournable, ce sera par des voies alternatives et moins coûteuses, au motif de la simplicité : pouvoirs juridictionnels confiés aux greffiers, suppression de la collégialité...

Il est vrai que la complexité et le coût constituent des obstacles majeurs à l'accès du citoyen à ses droits.

Mais où seront la liberté de l'usager et son libre arbitre dans sa relation avec les compagnies d'assurance pour la mise en œuvre de la protection juridique et de son champ d'application ?

Qui croit d'ailleurs sérieusement que les assurances accepteront de garantir ce qui coûte le plus, concrètement désigné comme les contentieux de masse : le droit des personnes et le droit pénal ?

Le droit au juge peut-il être subsidiaire ?

Comme le dit le président Benichou, ces questions traversent l'Europe qui cherche l'issue aux crises qu'elle-même traverse. La justice y prend une dimension différente, à savoir un outil de croissance et donc de performance.

Nous ne sommes pas autistes. Les temps changent, les besoins changent, les moyens n'existent plus.

Cela ne signifie pas pour autant que les avocats renonceront aux droits des citoyens qu'ils représentent ! ■

Accès au droit et économie de la profession

INTRODUCTION Comment garantir, dans un État démocratique, à chacun l'accès à la justice ?

Comment permettre que la défense et l'assistance de qualité de tous les publics soient économiquement viable pour l'Avocat ?

Comment garantir l'accès au droit pour tous, nonobstant des difficultés économiques croissantes de la population, des cabinets d'avocats et de l'État ?

Le combat mené depuis des années pour obtenir des pouvoirs publics une juste rémunération de l'avocat, laquelle participe de l'accès effectif au droit et à la Justice pour tous, n'a pas eu de résultat satisfaisant.



PAR Evelyne HANAU

SAF Val d'Oise

Membre du Conseil syndical

Rappelons que :

► Les justiciables comme les avocats ont dû affronter les restrictions budgétaires depuis ces dernières années (nonobstant une hausse

insuffisante de 4,3 % annoncée du budget de la justice en 2013).

► Selon le rapport de la Commission Européenne pour l'Efficacité de la Justice (CEPEJ) la France se situe, en 2010, au 37^e rang des pays du Conseil de l'Europe pour le budget public annuel total alloué au système judiciaire rapporté au produit intérieur brut par habitant sur 43 pays.

Tous les domaines du droit requièrent une exigence de technicité accrue sans que la profession ne soit reconnue en termes économiques et d'image.

Quelle voie la profession explore-t-elle ?

► La protection juridique universelle jumelée à la multirisque habitation qui permettrait un recours effectif à la justice pour tous...

Il s'agit d'un credo ancien et pourtant toujours mal analysé qui pose encore beaucoup de difficultés.

La prime pour une protection obligatoire et effectivement totale (famille-pénale) sera-t-elle économiquement supportable par l'actuel bénéficiaire de l'AJ ? Assurément non.

La protection juridique universelle n'aurait vocation qu'à faciliter l'accès à la justice d'une population dépassant les seuils de l'aide juridictionnelle ; ce qui est intéressant mais ne résout pas « la question de l'AJ » et est source d'autres inquiétudes.

On ne peut ignorer que les sociétés d'assurance imposent des barèmes aux avocats qui ne permettent une rentabilité que par le volume des dossiers traités.

Si le principe du choix de l'avocat n'est, a priori, pas remis en cause, il trouve ses limites dans le montant insuffisant du barème des honoraires qui ne sera pas compensé par le volume mais par le complément d'honoraires versé par le justiciable qui fera choix de son propre avocat.

Envisager l'application d'un barème systématique fixé par l'assureur ferait peser une nouvelle contrainte économique sur la profession.



L'aide juridictionnelle :

Les indemnisations sont insuffisantes et les restrictions budgétaires pèsent sur les ordres.

À titre d'exemples :

- ▶ la réforme de la garde à vue a fait peser l'indemnisation des interventions des avocats (missions de service public) sur les ordres, faute de décret lors du vote de la réforme, prévoyant l'indemnisation des confrères ;
- ▶ Il en est de même concernant la loi du 31.12.2012 instituant la retenue pour vérification du droit au séjour ;
- ▶ Les dotations ne sont plus versées en début d'année.

L'évidence, dans un marché de la concurrence ultralibérale, est que :

- ▶ La profession gagnerait en efficacité par un travail collectif.
- ▶ Le volume d'indemnisation des dossiers permettrait une situation économiquement viable pour les cabinets d'avocat.

Ce qui existe déjà au sein de nos barreaux par la création de groupes de volontaires :

- ▶ Volontaires au pénal : majeurs, mineurs, gardes à vue, victimes
- ▶ Droit des étrangers
- ▶ Famille
- ▶ Loi DALO
- ▶ Etc...

Les groupes sont créés avec une exigence de formation et de qualité au bénéfice des justiciables.

Pourquoi ne pas étendre cette pratique de manière à créer des collectifs, des groupes d'avocats, qui interviendraient sur les champs de compétences actuellement **délaissés en confiant aux Ordres la répartition de la dotation de l'aide juridictionnelle.**

Cela aurait l'avantage :

- ▶ de mobiliser les Avocats autour d'un travail collectif en fonction des besoins spécifiques :
- ▶ éventuellement d'exercer collectivement et temporairement en dehors de structures d'exercice traditionnel,
- ▶ d'échanger des jurisprudences, des savoir-faire,
- ▶ d'éviter l'isolement,
- ▶ de travailler en lien avec d'autres acteurs du monde judiciaire et de la société civile,

Par la création de « structures dédiées » dépendantes de nos ordres, qui pourraient, par la mise à disposition de locaux, de moyens, permettre aux confrères de travailler collectivement sur des domaines d'activité non ou insuffisamment exploités (ex : loi DALO, copropriété, droit international privé).

La mise en commun de moyens matériels et intellectuels, serait nécessairement bénéfique pour le justiciable et les avocats qui, souvent, exercent de manière individuelle ou isolée.

L'indemnisation de l'aide juridictionnelle se ferait alors par redistribution des budgets octroyés aux ordres à ces structures dédiées.

L'indemnisation ne serait plus systématiquement au dossier mais pourrait l'être au temps passé ou au forfait.

La création ou l'évolution de ces structures par le biais des ordres permettrait un échange de connaissances et répondrait à une exigence de qualité en permettant d'étendre nos champs d'action à des personnes qui n'accèdent ni au droit, ni au Palais de Justice, ni à nos cabinets d'avocat.

Le monde économique évolue, les besoins des justiciables aussi.

À nous d'investir des champs de compétence via des structures adaptées, et permettre un accès effectif au droit.

Il reste que, fort de cet engagement de la profession pour répondre au mieux à tous les besoins de droit et de justice, l'État doit prendre la pleine mesure de son obligation régalienne et de son coût. ■

Pour la mise en œuvre d'une convention d'honoraires

INTRODUCTION Depuis le 1^{er} janvier 2013, la conclusion de conventions d'honoraires est devenue obligatoire en matière de divorce par application de l'Art. 14 de la Loi numéro 2011-1862 du 13 décembre 2011 qui ajoute un alinéa à l'Art. 10 de la loi du 31 décembre 1971.



Ce nouveau texte prévoit également que des barèmes indicatifs des honoraires pratiqués par les Avocats pour cette procédure établis à partir des usages observés dans la profession sont publiés par arrêté du Garde des sceaux, Ministre de la justice, pris après avis du Conseil National des Barreaux et révisés au moins tous les deux ans.

À ce jour et alors que le Conseil National des Barreaux, relayant ainsi la position d'une très grande majorité de la profession, notamment du SAF, a décidé de ne pas communiquer d'avis relatif à des barèmes indicatifs, aucun arrêté n'a été publié.

Pour autant, la conclusion de convention d'honoraires en matière de divorce est imposée.



PAR Perrine CROSNIER
SAF Seine St Denis
Présidente Commission Accès au droit

Le Conseil National des Barreaux récemment et les Ordres ont fourni aux Avocats des « modèles » adaptables pour éviter que ceux d'entre nous qui n'étions pas habitués à une véritable démarche contractuelle et d'information avec le client ne soient pas en difficulté.

L'obstacle pratique est donc théoriquement levé.

L'obstacle intellectuel doit l'être également.

Le SAF a toujours défendu la complète information et transparence sur le coût de toutes les prestations de l'Avocat.

Il en va de l'intérêt du justiciable.

Celui-ci, légitimement, souhaite avoir une juste information et collaborera mieux avec l'Avocat si la relation financière est éclairée, prévisible, corrélée à l'attente du client, au déroulement et aux enjeux

de la procédure qu'il engage ou à laquelle il doit se soumettre.

Il en va aussi de notre intérêt.

La réflexion et la communication sur le temps consacré à tel ou tel type de dossier ou procédure, sur le coût de traitement pour le Cabinet, sur l'apport et le bénéfice apporté au client sont nécessaires et l'occasion est donnée à chacun d'entre nous de s'y consacrer dans la mise en œuvre de cette réforme.

Le SAF a pu regretter que seule l'emblématique et stigmatisée procédure de divorce soit l'objet de cette attention gouvernementale.

Les pessimistes penseront qu'il y a eu là une prévention péjorative à l'égard de la profession côtoyant une clientèle fragilisée par la crise matrimoniale.

Les optimistes (naïfs ?) penseront que le gouvernement s'est adressé aux avocats les plus proches des particuliers ; ces professionnels ayant ainsi la mesure de leurs difficultés à appréhender le coût du procès et étant ainsi, plus à même de faire évoluer la relation du client avec eux dans la transparence.

Gageons que cette approche la favorisera dans tous les champs d'exercice. ■

Bulletin d'adhésion au SYNDICAT DES AVOCATS DE FRANCE

À découper et à retourner au SAF,
34 rue Saint-Lazare - 75009 Paris
Tél. : 01 42 82 01 26 - contact@lesaf.org

Nom : Prénom :

Adresse :

Code postal : Ville :

Tél. : Fax :

E-mail :

Barreau :

N° de toque :

Spécialités obtenues :

J'adhère au SAF pour l'année 2013

Ci-joint un chèque d'un montant de :
à l'ordre du SAF.

Je désire figurer dans l'annuaire : oui ☐ non ☐

Cotisations

Élève Avocat :	15 €
1 ^{re} et 2 ^e années d'inscription :	50 €
3 ^e année et jusqu'à 15 000 € de bénéfice annuel :	100 €
De 15 000 à 20 000 € de bénéfice annuel :	150 €
De 20 000 à 30 000 € de bénéfice annuel :	200 €
De 30 000 à 40 000 € de bénéfice annuel :	350 €
De 40 000 à 50 000 € de bénéfice annuel :	450 €
Au-delà :	1 % du bénéfice annuel
Avocat honoraire :	200 €

Rappel : les cotisations syndicales sont déductibles fiscalement

La retenue pour vérification de séjour ou comment garder à vue un étranger autrement

INTRODUCTION Le 2 janvier 2013, est entrée en vigueur la loi n°2012-1560 du 31 décembre 2012 relative à la retenue pour vérification du droit au séjour et modifiant le délit d'aide au séjour irrégulier pour en exclure les actions humanitaires désintéressées. Il s'agit de la première loi relative aux étrangers votée par la majorité de gauche. Cette loi a été adoptée selon la procédure accélérée. L'urgence, pour le gouvernement socialiste, n'est donc pas de régler des situations humainement inacceptables créées par une succession invraisemblable de lois sans cesse plus restrictives, mais de maintenir la pression sur les étrangers.

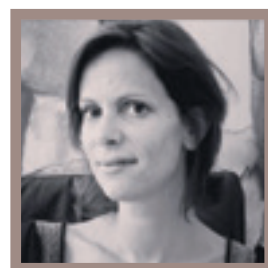


Une loi votée au pas de charge

Elle a été adoptée à la suite des arrêts EL DRIDI du 28 avril 2011 et ACHUGBABIAN du 6 décembre 2011 rendus par la CJUE et de ceux de la Cour de Cassation en date du 5 juillet 2012 qui en a tiré les conséquences. Au terme de ces arrêts, l'emprisonnement pour simple séjour irrégulier étant incompatible avec les objectifs de la Directive retour dès lors qu'il n'a pas été usé de tous les moyens prévus pour tenter d'éloigner l'étranger, la garde à vue devenait juridiquement impossible.



PAR Nohra BOUKARA
SAF Strasbourg



Cécile MADELINE
SAF Rouen, membre du conseil syndical

La longue pratique d'instrumentalisation d'un dispositif pénal, aux seuls fins de traitement administratif, était condamnée.

L'euphorie a été de courte durée. Le gouvernement a aussitôt planché sur un ersatz de garde à vue dont les contours se sont vite dessinés : il fallait pouvoir faire la même chose sous une autre appellation.

La CJUE avait déjà ouvert la voie dans l'arrêt ACHUGBABIAN. Répondant au souci des États de préserver leurs moyens d'action pour éloigner rapidement les étrangers en situation irrégulière, elle considère que la Directive retour « (...) **ne s'oppose pas à un placement en détention en vue de la détermination du caractère régulier ou non du séjour d'un ressortissant d'un pays tiers.**

Présenté au Sénat le 28 septembre 2012 par le Ministère de l'Intérieur puis enregistré par l'Assemblée Nationale le 28 novembre 2012, le projet de loi a été adopté par celle-ci le 12 décembre 2012, précédé de rares consultations.

La CNCDH n'a pas été saisie par le Gouvernement du projet de loi. Elle s'est auto saisie et a rendu un avis daté du 22 novembre 2012, très critique. Le Conseil Constitutionnel n'a pas été saisi.

Les objections venant de toutes parts n'ont quasiment pas été entendues, suscitant même des réactions hallucinantes de la part des interlocuteurs parlementaires : pourquoi les étrangers retenus auraient-ils les mêmes droits que les gardés à vue puisqu'ils ne sont plus considérés comme des délinquants !

Si, finalement, le droit d'être assisté d'un avocat lors de l'audition de l'étranger, lequel ne figurait pas dans le projet initial, a été admis in extremis, les modifications apportées ont été marginales, l'étranger demeurant à divers égards moins bien traité que le gardé à vue.

Le gouvernement a refusé fermement de saisir l'occasion de revenir à une saisine du JLD dans le délai de 48 heures, prétextant vouloir se donner le temps de la réflexion. L'efficacité de l'éloignement devait ainsi primer sur l'effectivité des droits des étrangers.

La retenue, une garde à vue virtuelle

À l'occasion d'un contrôle de séjour, d'identité ou douanier, si l'étranger n'est pas en mesure de justifier d'un droit de circuler ou de séjourner en France, il peut être conduit dans un local de police ou de gendarmerie et y être retenu pour une durée de 16 heures par un OPJ aux fins de vérification de son droit de circulation ou de séjour. La retenue, prévue et régie par l'article L 611-1-1 du CESEDA, pose question au regard des principes à différents points de vue : sa durée, la restriction des droits de l'étranger, sa nature et l'absence de contrôle effectif.

Une durée excessive et disproportionnée

La retenue, d'une durée de 16 heures maximum décomptée à partir du début du contrôle de l'étranger, prend fin avec la notification des décisions administratives applicables. Elle ne s'impute pas sur la durée de rétention administrative.

Cette durée est manifestement excessive. Il n'y a aucune raison qui puisse expliquer que la vérification du droit au séjour nécessite plus de temps que la vérification d'identité.

Toutefois, la retenue n'a pas seulement pour objet de vérifier la situation administrative de l'étranger, mais

également de le garder à disposition le temps que l'administration prenne les décisions en conséquence du séjour irrégulier (OQTF, RDDV Refus de Délais de Départ Volontaire, IRTF - Interdictions de Retour sur le Territoire Français, PRA - Placement en Rétention Administrative, ARA - Assignation à Résidence), ceci le cas échéant pour assurer la continuité entre retenue et rétention administrative.

Les gardes à vue ne dureraient que de 6 à 10 heures pour un étranger en situation irrégulière lorsqu'il était interpellé le matin. Ce temps pouvait être aisément comprimé sans nuire à l'action de l'administration, tout en prévoyant la possibilité d'une prolongation de la mesure dans les situations présentant des difficultés. Au-delà de ce constat, on s'interroge sur le droit octroyé par le législateur de priver l'étranger d'une liberté fondamentale pour le seul confort de l'administration, dont celui de ménager le sommeil des agents puisqu'il ne fait pas de doute que la durée de 16 heures a été évaluée en tenant compte d'une interpellation qui se ferait à partir de la fin d'après-midi...

Selon la CJUE, les États doivent pouvoir procéder à la détention d'un étranger pour la vérification de son identité et de sa situation administrative afin d'éviter qu'il ne s'enfuit. N'est pas évoquée la possibilité de maintenir la privation de la liberté au-delà de cette vérification, pour permettre à l'administration de prendre toutes les décisions susceptibles d'être prises. Or, c'est la plus grande part de la retenue qui sera consacrée à cette phase.

Surtout, la notion de risque de fuite pouvant justifier la retenue est tout à fait absente dans la loi du 31 décembre 2012, alors que la privation d'une liberté fondamentale pour une durée aussi longue doit y trouver sa justification et non pas seulement pour des raisons de pur traitement administratif.

Selon les premières ordonnances rendues, les solutions relatives à l'appréciation de la durée effective de la retenue sont variables. Certains juges considèrent, comme pour la garde à vue, qu'ils n'ont pas à contrôler la durée de la retenue du moment qu'elle ne dépasse pas la durée légale. D'autres vérifient in concreto que la durée de la retenue n'a pas dépassé le temps strictement nécessaire aux opérations de contrôle et d'édiction des mesures administratives, l'administration devant faire diligence (CA PAU 29 Janvier 2013 n°13/00304, arrêt particulièrement bien motivé).

Cette seconde solution est la plus conforme à l'état du droit.

L'arrêt ACHUGBABIAN rappelle l'obligation des États d'agir avec diligence et de prendre position sans tarder sur le caractère régulier ou non du séjour de l'étranger. La Cour Européenne des Droits de l'Homme a considéré qu'une privation de liberté de 13 h 30 pour vérifier l'identité d'un individu n'était pas justifiée, dès lors qu'aucune diligence n'a été faite de 23h à 6h 30, la nécessité de respecter le sommeil du requérant n'étant pas une objection valable (CEDH, 25 septembre 2003 Vasileva c. Danemark, n° 52792/99).

Notons que la loi ne fixe pas de limite quant au nombre de retenues : dans quelle mesure un étranger pourrait-il être replacé en retenue ?

L'étranger demeure traité comme un suspect potentiel

La procédure de retenue ressemble à s'y méprendre à une garde à vue.

Elle est décidée par un OPJ, qui informe immédiatement le Parquet. L'étranger peut être retenu dans les locaux de garde à vue (sans être placé dans une pièce occupée simultanément par des gardés à vue). L'étranger est informé aussitôt dans une langue comprise des motifs de la mesure, de sa durée maximale et de ses droits qui comportent le droit d'être assisté par un interprète, d'être examiné par un médecin, de prévenir à tout moment sa famille et toute personne de son choix, d'avertir ou faire avertir ses autorités consulaires, de s'entretenir avec un avocat pendant une demi-heure et d'être assisté par lui lors de son audition, l'AJ n'étant accordée que si c'est un avocat commis d'office.

Les droits de l'étranger sont, à plusieurs égards, plus réduits que ceux du gardé à vue.

Sont particulièrement remarquables les restrictions relatives à l'assistance par l'avocat : la première audition peut commencer 1 heure après l'avis à avocat (contre 2 heures pour la garde à vue), mais elle peut avoir lieu hors la présence de l'avocat si elle porte sur la seule identité et les auditions suivantes peuvent débiter sans conditions de délai ; l'avocat n'a pas accès immédiatement au PV d'interpellation, mais seulement à la fin de la retenue.

Par contre, si l'étranger peut contacter directement un membre de famille, et en plus une personne de son choix, le contact doit se borner à les prévenir de sa situation. Toutes ces restrictions imposées à l'étranger retenu, au-delà de la nécessité de s'assurer de sa personne pour éviter sa fuite, ne trouvent aucune justification.

Qu'est-ce qui peut justifier que l'étranger soit mis au secret comme le gardé à vue, alors qu'il n'y a pas d'enquête à protéger ou de preuves à préserver ?

Pourquoi l'étranger ne pourrait-il communiquer librement avec toute personne à tout moment, voire recevoir la visite de personnes extérieures ? Pourquoi ne pourrait-il rencontrer son avocat autant qu'il le souhaite et permettre à ce dernier d'intervenir sans limite. Pourquoi l'avocat n'a-t-il pas accès au dossier ?

La loi souligne pourtant que l'étranger « doit être mis en mesure de fournir par tout moyen les pièces ou documents pouvant justifier de sa situation » et que « les mesures de contraintes exercées sur l'étranger **sont strictement proportionnées à la nécessité des opérations de vérification et de son maintien à la disposition de l'officier de police judiciaire** »

Au final, si le séjour irrégulier a été dépenalisé, l'étranger demeure obstinément traité comme un suspect en puissance.

Une mesure privative de liberté sans contrôle effectif

À moins d'admettre une violation flagrante de nos principes fondamentaux, une mesure privative de liberté ne saurait être exempte de contrôle juridictionnel.

Pour être compatible avec les normes constitutionnelles et européennes, la retenue doit pouvoir faire l'objet d'un contrôle effectif.

L'existence et l'effectivité d'un tel recours sont loin d'être garanties dans le mécanisme de la retenue, ce qui ne semble pas avoir ému outre mesure ses auteurs. Le seul « contrôle » prévu expressément par la loi est celui du procureur de la République qui doit être informé de la mesure de la retenue et qui a la possibilité d'y mettre fin. Cependant, au vu de la jurisprudence européenne, ce mécanisme ne saurait être qualifié de recours juridictionnel, le procureur n'étant pas considéré comme un juge indépendant (CEDH 23 nov. 2010, n° 37104/06, Moulin c/ France). En outre, le procureur n'est pas compétent pour sanctionner juridiquement une éventuelle illégalité de la mesure.

Une mesure qui cherche son juge

Reste alors à envisager les possibilités de recours juridictionnels existants en droit interne. Cet examen impose préalablement que nous nous interroguions sur la nature même de cette nouvelle mesure privative de liberté. La retenue, par son mécanisme et ses objectifs, vient bouleverser les schémas habituels de

notre corpus juridique. La loi se garde bien de qualifier la nature administrative ou judiciaire de la retenue. Certes, dans ces conditions, la retenue est la sœur, quasi-jumelle, de la garde à vue. Pourtant la Garde des Sceaux, répondant à la question d'un sénateur, a qualifié cette mesure de « retenue administrative » (JO SÉNAT 06/12/2012 -p. 2839).

La codification de la retenue dans le CESEDA plutôt que dans le Code de Procédure Pénale est un autre indice important. L'examen de sa finalité achèvera de nous convaincre de sa nature administrative. En effet, bien que décidée par l'OPJ, sous le contrôle du procureur de la République, elle poursuit une finalité de police administrative. Avec la dépénalisation du séjour irrégulier, il est indéniable que la retenue ne tend pas à réprimer un comportement délictueux, mais à réguler l'immigration.

Au vu de sa nature ainsi révélée, et faute pour la loi d'avoir attribué une compétence au juge judiciaire, l'orthodoxie juridique devrait conduire le juge administratif à reconnaître sa compétence dans le cadre d'un contrôle de légalité, voire d'opportunité.

Cette hypothèse, qui préserve le principe de l'existence du contrôle, laisse entière la question de l'effectivité de celui-ci. Faute de dispositions procédurales spéciales, la procédure administrative de droit commun au regard de ses délais et de son caractère non suspensif sera dénuée d'intérêt pratique pour le requérant privé de liberté. Seul un examen joint au contrôle de la rétention ou de l'assignation à résidence subséquents, réalisé dans les 72 heures, pourrait assurer dans une certaine mesure l'effectivité du contrôle. En l'état, ce pas ne semble pas vouloir être franchi par la juridiction administrative : pour elle, la retenue reste sans aucun doute une garde à vue, et elle refuse pour le moment de reconnaître sa compétence (par exemple, TA Rouen, 12 avril 2013, N° 1301014 et N° 1301013 M. S./ Préfet de l'Oise).

Le contrôle non effectif du juge judiciaire

Pour la commission des lois de l'Assemblée Nationale (rapport n° 463 du 28 novembre 2012) « c'est le juge des libertés et de la détention, lorsqu'il sera, le cas échéant, saisi d'une demande de prolongation de la rétention à l'issue du délai de cinq jours, qui se prononcera sur la régularité de la retenue (...) »

Or, le contrôle effectué par le JLD ne saurait être qualifié de contrôle effectif et ce, à plusieurs égards. En premier lieu parce que ce juge n'intervient que si la retenue est précédée d'une rétention administrative

d'une durée minimale de cinq jours. Ainsi, de nombreuses retenues, soit parce qu'elles aboutiront à une remise en liberté ou à une assignation à résidence, soit parce que l'étranger concerné sera renvoyé ou libéré avant les cinq jours, ne seront jamais soumises à l'examen du JLD.

En second lieu, parce que le délai imposé entre le début de la mesure privative de liberté et l'intervention du contrôle, s'il a lieu, devant le JLD, ne respecte pas l'obligation qui est faite de statuer à bref délai dans le contentieux de la liberté. La durée de la retenue ne s'imputant pas sur la rétention, le délai dépasse encore les cinq jours imposés par la réforme du 16 juin 2011 et qui semblait être la limite à l'objectif de célérité imposé par la CEDH.

Des réformes procédurales urgentes à prendre

L'absence de recours juridictionnel effectif étant selon nous démontré, le mécanisme de retenue aux fins de vérification du séjour tel que prévu par la loi du 31 décembre 2012 pourrait ne pas survivre à l'épreuve du contrôle de conventionnalité.

Sans doute, le Conseil Constitutionnel sera aussi amené à se prononcer dans les prochains mois à l'occasion d'une QPC sur la conformité du texte à l'exigence constitutionnelle de contrôle juridictionnel effectif.

Au vu du risque de sanction par les instances nationales ou supranationales de l'actuel mécanisme de la retenue, la majorité gouvernementale aurait tout intérêt à se démarquer enfin de ses prédécesseurs, **en redonnant au JLD l'obligation de contrôler la chaîne de mesures privatives de liberté constituée de la retenue puis de la rétention dans les 48 heures de leur intervention**. Le contrôle du JLD relatif au respect et à l'effectivité des droits du retenu ne devrait pas dispenser le juge administratif de contrôler quant à lui la légalité de la mesure administrative de retenue dans les mêmes délais et formes qu'il le fait pour la rétention.

M. CHOLET, doctorant, nous rappelait à juste titre lors du dernier colloque du SAF à LILLE le 6 avril 2013 portant sur la retenue, qu'il n'existe en droit français aucun autre cas de mesure privative de liberté prise pour les besoins exclusifs de l'instruction d'une décision administrative. Cette invention liberticide doit être doublée d'un contrôle juridictionnel renforcé et nouveau, permettant au retenu l'accès à un juge indépendant capable de mettre fin immédiatement à la mesure. Ce recours, à inventer ou à rêver, serait en fait l'unique gage d'une véritable effectivité. ■

Contrôle au faciès : de la promesse à la condamnation ?

INTRODUCTION « Je lutterai contre le délit de faciès dans les contrôles d'identité par une procédure respectueuse des citoyens ».

Ainsi, s'exprimait le candidat Hollande dans son engagement numéro 30.

Cet engagement a motivé une partie importante des « quartiers » à voter pour lui et a fortement contribué à le porter au pouvoir... pour quel résultat ? Aucun... à ce jour.



Pourtant, le Premier ministre en juin 2012 (il est vrai entre les 2 tours des élections législatives), de nombreux ministres (Christiane Taubira, Arnaud Montebourg, Cécile Duflot, François Lamy...), ainsi que le Défenseur des Droits, ont exprimé la nécessité de voir mettre en place un récépissé de contrôle, celui-ci établissant la matérialité de l'acte de contrôle d'identité.

Mais c'était sans compter la lecture particulière de l'engagement numéro 30 et de la pratique du pouvoir, pour le moins surprenante, de l'actuel ministre de l'Intérieur.

Monsieur Manuel Valls s'opposait à la mise en place du récépissé de contrôle, mais également à toute réforme du dispositif du contrôle d'identité.

Ainsi, il se faisait l'écho des syndicats de policiers qui considèrent que tout changement de la réglementation constituerait l'expression d'une défiance à leur égard. Cependant, au regard du contexte et de la mobilisation, cette opposition est une impasse.

En effet, à la suite de la mise en lumière de la pratique généralisée du contrôle au faciès par de nombreux rapports et témoignages (voir, notamment le rapport « Police et minorités visibles : les contrôles d'identité à Paris », Open Society Institute, 2009) et de l'absence de mesures prises pour y mettre fin, un mouvement a émergé, fédérant des associations et collectifs de quartiers avec les associations connues pour leur engagement dans la lutte pour l'égalité.

Un collectif de 8 organisations nationales et internationales (Gisti, Graines de France, Human Rights watch, LDH, Maison pour un développement solidaire, Open Society Justice Initiative, le Syndicat de la Magistrature et le Syndicat des Avocats de France) milite pour un changement de la réglementation du contrôle d'identité auprès des institutions et de la représentation Nationale et, pour ce faire, présente ce que pourrait être le contenu de l'engagement numéro 30.

Partant du principe que la police et la gendarmerie devraient être perçues comme des institutions protectrices des libertés et de la sécurité de la population, l'engagement regrouperait les mesures clefs suivantes :

- ▶ Réforme de l'article 78-2 du Code de procédure pénale ;
- ▶ Encadrement juridique de la pratique des palpations de sécurité ;
- ▶ mise en place du récépissé de contrôle ;



PAR Slim BEN ACHOUR
SAF Paris

- ▶ organisation d'un dialogue police/citoyens (permettant de mieux cerner les pratiques policières notamment grâce aux formulaires de contrôle) ;
- ▶ renforcement de la

formation des policiers à la non discrimination, tant au regard de la formation initiale que la formation continue ;

- ▶ modification des critères d'évaluation et de promotion des policiers

Par ailleurs, conscient que le « lobbying » en matière de libertés et droits fondamentaux reçoit en général un écho « relatif » en comparaison du lobbying organisé en matière économique et financière, le Syndicat des Avocats de France contribue à des actions contentieuses.



Certaines concernent des QPC visant à invalider les dispositions de l'article 78-2 du Code de procédure pénale.

D'autres concernent des actions engageant la responsabilité de l'État à la suite de contrôles subis par une dizaine de personnes, les dits contrôles ne pouvant s'expliquer que par le biais discriminatoire (critère de l'origine).

Ces procédures sont en cours.

Nous ne manquerons pas de vous tenir informés du sort que le législateur et la justice réserveront à nos actions.

To be continued ! ■

Un bien long chemin vers la liberté

INTRODUCTION C'est peu de dire que les Tsiganes sont l'objet de stéréotypes : voleurs de poule, criminalité itinérante, etc.

Ces stéréotypes sont de fait principalement véhiculés par des membres des forces de l'ordre devenant écrivain sur le tard : auréolés d'une compétence avérée, ils assènent du haut de celle-ci des contre-vérités. Ils ont été à l'origine d'une législation très fortement discriminatoire : contrôle des allées et venues, obligation de se rattacher à une commune dans la limite de 3 % de la population de celle-ci, impossibilité de stationner une caravane, d'abord totalement, puis ponctuellement, selon que la commune dispose ou non d'une aire de stationnement : les communes de plus de 5 000 habitants ne respectant pas dans leur très grande majorité les obligations auxquelles elles sont soumises.

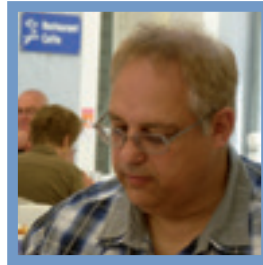


Prétendant mettre en place une législation plus « libérale », l'État a fait voter une loi en 1968 (loi du 03/01/1969) « desserrant » l'étau et prétendant même favoriser l'intégration dans la société des nomades... devenus à partir de 2000 des « gens du voyage » dénomination administrative destinée à éviter de reconnaître l'existence d'une minorité ethnique pour laquelle l'État aurait l'obligation internationale de mettre en place une protection.



Ce libéralisme affiché se traduit tout de même actuellement par l'obligation de se faire délivrer un titre de circulation : carnet ou livret selon que l'on dispose de ressources régulières ou non ou bien que l'on soit un commerçant ou un forain. En pratique, les plus pauvres devaient se faire délivrer un carnet de circulation sous peine de commettre un délit passible d'un an de prison, le faire viser tous les trois mois auprès de la gendarmerie ou du commissariat et le présenter à tout moment lors d'une demande ou d'un contrôle sous peine d'une amende de 1500 €. Les plus « riches » d'entre eux ne risquaient, eux, qu'une peine d'amende de 1500 € faute de se faire délivrer le titre... dès l'âge de 16 ans ou bien une amende de 750 € à défaut de le présenter immédiatement au moment d'un contrôle inopiné. À ces atteintes à la liberté d'aller et venir et au principe d'égalité, s'ajoutent de nombreuses discriminations, notamment lorsque les intéressés veulent devenir semi-sédentaire : l'achat d'un terrain pour y mettre une caravane étant impossible car la législation exige un permis de construire pour obtenir les raccordements d'usage (sic)...

Aussi, la commission « discrimination » a-t-elle décidé d'apporter une aide à la FNASSAT (fédération



PAR Laurent CYFERMAN

SAF Nancy, Membre du Conseil Syndical

d'aide aux associations de tsiganes) se matérialisant par l'assistance d'un avocat qui a déposé une QPC au Mans dans le cadre d'une procédure pénale, tandis que, peu après, une autre QPC était déposée par un forain de Marseille qui attaquait la loi à travers le décret d'application 70-708 modifié.

La première n'a pas abouti en raison de la formulation des poursuites (trop vague selon la Cour de cassation) tandis que la seconde a fait l'objet d'une transmission par le Conseil d'État au Conseil Constitutionnel, lequel a estimé qu'« en imposant aux personnes visées d'être porteur d'un titre de circulation, le législateur n'a pas méconnu le principe d'égalité ; que l'atteinte portée la liberté d'aller de venir qui en résulte est justifiée par la nécessité de protéger l'ordre public et proportionnée à cet objectif », mais a néanmoins déclaré non conforme à la Constitution l'article 5 qui obligeait les tsiganes à se faire délivrer un carnet de circulation sous peine d'une peine privative de liberté, considérée comme disproportionnée au but poursuivi...

La loi ainsi réécrite laisse subsister le livret et les livrets spéciaux avec les sanctions pénales contraventionnelles qui y sont attachées. Le dossier revenant au Mans, une exception d'illégalité a été soulevée à laquelle il a été fait droit dans un jugement du 9 avril 2013 : le tribunal a en effet jugé que les peines d'amende respectivement de 750 € et 1500 € édictées par le décret de 1970 modifié n'étaient pas en adéquation avec l'article R 610-5 du nouveau code pénal en ce qu'elles auraient dû être de 1^{re} classe (soit de 11 euros) et non de 4^e ou 5^e classe selon les cas.

En pratique et faute pour le législateur de modifier la loi et son décret d'application, les obligations ne sont plus assorties de sanctions pénales (objectif fixé avec la FNASSAT) et les tsiganes ne peuvent plus être poursuivis pour défaut de détention de titre.

Il faut croire que les pouvoirs publics sentaient venir cette évolution, puisque le Premier Ministre a nommé récemment M. Hubert DERACHE avec mission « notamment » de supprimer le livret de circulation.

Ce n'est pas tous les jours qu'il est permis à un avocat de mettre fin à une oppression multiséculaire ! ■

SOS HÉBERGEMENT D'URGENCE

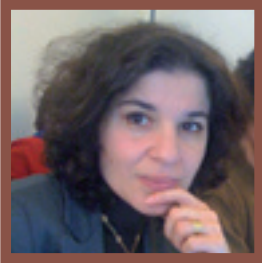
INTRODUCTION Le printemps est arrivé et avec lui le nouveau colloque de la commission consommation-logement, qui a eu lieu à Nantes, le 23 mars.

Son nom « SOS Hébergement d'urgence ».

Ce ne sont pas les oiseaux, sortis de leur torpeur hivernale, qui virevoltent autour de l'ambulance de l'hébergement sur l'affiche présentant le colloque, mais les fantômes de la justice : où est-elle, que fait-elle ?

Mais ne lui tirons pas dessus !!!





PAR Noura AMARA-LEBRET

SAF Angers, membre du Bureau

Nous avons convié Monsieur Nicolas Bernard, Professeur de Droit à l'Université de Bruxelles, espérant l'exposé d'un exemple belge qui deviendrait un modèle pour la France, pays des droits et libertés, qui – est-il nécessaire de le rappeler ? – consacre dans le préambule de la Constitution de 1946, dans l'article 1^{er} de la loi du 06 juillet 1989 le droit au logement comme droit fondamental !

Mais le constat fut rapide : selon lui, en Belgique « à défaut de loger, il faut héberger ».

C'est sûr, en la matière, la Belgique ne sera pas l'exemple à suivre : 115 inexistant, désengagement étatique, établissements d'accueil qui abusent de leur autorité sur les sans-abris, pratique de prix d'hébergement inacceptables, contrats d'accompagnement inadaptés, ...

Ne lui tirons pas dessus !!

À sa suite, Claude Charrier¹ du DAL 49, après nous avoir dressé un petit historique du DAL, a dépeint la population des sans-abris : nombre (3600 000 personnes), diversité (ceux qui dorment dans la rue, ceux qui dorment chez des tiers, ceux qui dorment dans leur voiture,...).

Puis Monsieur Gouban, ancien salarié du 115, nous a fait l'état des lieux d'une pratique alarmante, où le sans-abri est sans logement, voire pire : sans toit, ni droits.

Il nous a alertés sur la souffrance au travail de ceux, qui, pensant s'engager dans une œuvre sociale, font tous les jours de l'antisocial à coup de : « il n'y a plus de place, vous resterez dormir dehors ».

De son expérience, il garde un sentiment d'injustice sociale.

Mais, il nous l'a dit : sa souffrance, qu'est-ce à côté de celle de ces parents et de leurs trois enfants, auxquels on explique gentiment que cette nuit encore, ils dormiront dans ce joli parking tout confort ??? Voyons, L'État est si généreux !

Je regarde dehors, le soleil rayonne sur Nantes et revigore notre moral militant.

Mais pour militer, il faut être armé, mais pas pour tirer sur l'ambulance !

Cela tombe bien, notre confrère Loïc Bourgois, Président du SAF Nantes, est là : il nous développe les différents recours en matière civile (juge de l'Exécution, tribunal d'Instance) et administrative (référé suspension, référé liberté).

À nos armes ! mais encore faut-il savoir les utiliser...

C'était sans compter sur Monsieur Castagné, Juge de l'Exécution à Nantes, et Monsieur Millet, ancien Président de Chambre au Tribunal Administratif de Lyon qui, forts de leur expérience, nous ont déroulé d'intéressantes pistes de travail et de réflexion et de courageuses jurisprudences.

Selon Monsieur Castagné, « on dégringole plus vite qu'on ne se reconstruit ».

C'est la raison pour laquelle sa juridiction ne perd jamais de vue qu'en matière d'expulsion, derrière la notion de délai, se cache une problématique humaine. C'est ainsi qu'il use d'une pratique : celle de la décision probatoire.

Celle-ci consiste à constater des engagements, pris par les parties à l'audience, qui ont pour conséquence de surseoir à l'expulsion et de renvoyer à une audience où les débats seront rouverts pour faire le point sur la situation.

Le constat est là : majoritairement cela fonctionne, les engagements sont tenus et les expulsions évitées.

Monsieur Millet, quant à lui, nous a avoué n'avoir jamais été saisi par un sans-abri, mais toujours par des étrangers « demandeurs d'asile ».

Ces derniers connaissent déjà la justice pour l'avoir préalablement saisie de la question de leur séjour.

Nous avons donc réfléchi à l'accès au droit des sans-abri : nul ou trop peu ne les informent de leurs droits, des recours possibles.

Selon lui, la procédure la plus adaptée est le référé-liberté, dans lequel l'absence de toit présume l'urgence.

Monsieur Millet poursuit en nous rappelant que l'ordonnance Fofana rendue par le Conseil d'État le 10 février 2012 nous oblige à faire le point des diligences de l'administration pour loger le requérant, mais aussi de l'état de détresse de ce dernier.

Nous faisons un constat commun : se trouve exclu du système le sans-abri célibataire et en bonne santé...

Nous avons tous travaillé et beaucoup échangé.

Tout cela, je vais essayer de le compiler dans un nouveau tome des actes de la « commission consommation logement du SAF » : on ne sait jamais, cela peut nous servir, à sortir au moins quelques oiseaux -mais 3 600 000, c'est déjà si peu...- de la cage de l'isolement, à leur rendre leur dignité en les logeant... à défaut d'hébergement ! ■

1 - À notre ami Claude Charrier, Président du DAL 49, intervenant à notre colloque et si ravi de ce dernier : tu n'as pas passé le printemps, tes oiseaux 49 te pleurent.

La position du SAF sur l'ANI

(À propos du communiqué du conseil syndical du 9 février 2013)

INTRODUCTION Lorsque le 12 janvier 2013, a été publié l'ANI, signé par deux organisations patronales et trois organisations de salariés, la CGT et FO ayant manifesté leur opposition, le SAF s'est trouvé dans une situation assez inédite compte tenu des rapports entre ses adhérents et dirigeants avec les syndicats ayant signé et ceux n'ayant pas signé.

Le conseil syndical du SAF a eu à résoudre deux problèmes :

- ▶ Devait-il ou non prendre position ?
- ▶ Si oui, quelle forme devait prendre sa prise de position ?

C'est en réponse à cette double question qu'a été voté le 9 février 2013 le communiqué intitulé : « ANI DU 11 JANVIER 2013 : UN ACCORD QUI NE SAURAIT FAIRE LOI »

Dans la mesure où le texte que nous avons analysé (l'accord lui-même) n'est pas le fruit d'une décision gouvernementale ou parlementaire, mais le résultat d'une négociation entre les organisations syndicales et le patronat et qu'il a été signé par la majorité, alors requise pour qu'il soit valable, notre position ne pouvait qu'être spécifique, dans le cadre du débat qui allait s'ouvrir pour la transposition de l'accord dans la loi.

C'est bien la raison pour laquelle le communiqué indique en « ouverture » : « En se fondant sur sa propre analyse de syndicat d'avocats **sans volonté de se substituer à quiconque**, le SAF décide d'informer le plus largement possible, **non pour apprécier l'équilibre global de l'accord qui divise les organisations syndicales de travailleurs**, mais pour apporter sa contribution au débat public qui se poursuit. »

Le fait que certains d'entre nous soient avocat d'une organisation syndicale signataire ou non signataire de l'accord est sans incidence sur notre position collective.

Nous n'avons pas et n'avons pas à porter un jugement « moral » sur les syndicats signataires de l'accord.



PAR Pierre BOUAZIZ

Membre du bureau, Commission sociale du SAF

Notre indépendance vis-à-vis des organisations syndicales est totale, même si nous les conseillons et les défendons.

Nous n'avons jamais été « inféodés » à une organisation syndicale et notre indépendance nous permet de faire des actions syndicales communes avec elles, comme celle contre l'État en raison du dysfonctionnement des Conseils des Prudhommes ...

En revanche, nous avons l'obligation, et cela est clairement indiqué dans le communiqué, d'attirer l'attention de tous, et en l'occurrence du législateur, principalement sur les risques d'inconstitutionnalité ou de non conventionnalité.

C'est ce que précise le communiqué :

« Le SAF entend peser dans le débat... pour que le texte à intervenir soit conforme au droit positif, aux règles protectrices internationales et constitutionnelles, aux principes du droit et à la réalité des situations juridiques auxquelles sont confrontés, sur le terrain, les salariés ».

Nous avons relevé, « fort(s) de l'expérience alarmante de la rupture conventionnelle, qu'aucune avancée sociale ne s'est construite positivement sur l'opposition entre catégories : chômeurs et salariés, salariés précaires et titulaires de CDI ».

Nous considérons « que la véritable sécurité pour le salarié est de conserver son emploi, ou d'en retrouver un, pérenne et digne, dans des délais très brefs et qu'il

est dangereux de lier la conquête du maintien de droits sociaux en cas de perte d'emploi à l'acceptation d'une rupture facilitée ».

L'accord et le projet de loi induisent une réforme profonde des relations de travail, bouleversant durablement les droits individuels et collectifs des salariés et les conditions de règlement des litiges.

Nous étions donc légitimes à critiquer le projet de loi et à proposer des amendements.

C'est au demeurant ce que nous avons fait, en proposant aux groupes parlementaires 22 amendements sur le projet de loi qui, sans remettre en cause l'équilibre global de l'accord, en limitaient les effets les plus dangereux pour les salariés et les institutions représentatives du personnel.

Enfin, lorsque le texte sera promulgué, nous serons à l'œuvre pour conseiller et assister les organisations syndicales, les institutions représentatives du personnel et les salariés qui auront à se défendre dans un contentieux contre leur employeur, sous le contrôle du juge. ■

SAF

ANI du 11 janvier 2013 - un accord qui ne saurait faire loi

Le Syndicat des Avocats de France a analysé l'accord signé le 11 janvier 2013 ainsi que ses probables conséquences sur le droit du travail puisqu'il doit être transcrit dans un projet de loi qui devrait être soumis au Parlement en mars prochain.

En se fondant sur sa propre analyse de syndicat d'avocats sans volonté de se substituer à quiconque, le SAF décide d'informer le plus largement possible, non pour apprécier l'équilibre global de l'accord qui divise les organisations syndicales de travailleurs, mais pour apporter sa contribution au débat public qui se poursuit. Le SAF entend peser dans le débat qui va s'ouvrir afin que le législateur puisse prendre toute sa place et tienne compte des propositions des acteurs de la défense des salariés pour que le texte à intervenir soit conforme au droit positif, aux règles protectrices internationales et constitutionnelles, aux principes du droit et à la réalité des situations juridiques auxquelles sont confrontés, sur le terrain, les salariés.

Le SAF interviendra pour que ce que pense avoir obtenu le MEDEF n'entre pas dans la loi et notamment tout ce qui consiste à :

- ▶ museler les représentants du personnel en leur imposant la confidentialité sur les informations qu'ils reçoivent, et des délais préfixés pour entendre leurs experts et rendre leur avis ;
- ▶ licencier sans avoir à justifier d'un motif économique le salarié qui aura refusé une modification de son poste ou de son lieu de travail dans le cadre d'une réorganisation, et de s'exonérer par là même de toute mise en place d'un plan de sauvegarde de l'emploi et des règles encadrant le licenciement économique ;
- ▶ licencier sans contrôle les salariés refusant les modifications de leur rémunération ou de leur temps de travail issues des accords dits « de maintien dans l'emploi », en se libérant là aussi de toutes les règles propres au licenciement pour motif économique ;

▶ lorsque l'obligation de mettre en œuvre un plan de sauvegarde de l'emploi n'aura pu être contournée, de s'affranchir par accord collectif de toutes les règles encadrant sa présentation, ou de se prémunir de tout contrôle judiciaire sur ce plan, par le jeu d'une homologation du DIRECCTE qui n'en a ni les moyens ni les compétences, homologation pouvant être simplement implicite et excluant tout contrôle sur le motif des licenciements ;

▶ enfermer la conciliation dans une barémisation injuste, globalisant tous les préjudices nés de la rupture du contrat sans autre nuance que la prise en compte de l'ancienneté, critère unique insuffisamment pertinent.

▶ tenter d'échapper à tout contrôle judiciaire et au débat contradictoire qui s'attache à l'intervention du juge, et, au risque de sanction notamment par des délais de prescription exceptionnellement brefs.

Pour le SAF, fort de l'expérience alarmante de la rupture conventionnelle, aucune avancée sociale ne s'est construite positivement sur l'opposition entre catégories : chômeurs et salariés, salariés précaires et titulaires de CDI. La véritable sécurité pour le salarié est de conserver son emploi, ou d'en retrouver un, pérenne et digne, dans des délais très brefs. Il est dangereux de lier la conquête du maintien de droits sociaux en cas de perte d'emploi à l'acceptation d'une rupture facilitée. La réforme profonde des relations du travail qui serait induite par l'ANI bouleverserait durablement les droits individuels et collectifs des salariés et les conditions de règlement des litiges. Le SAF prendra sa place dans le débat et quelle que soit l'issue législative, ses membres, avocats, seront à l'œuvre pour conseiller et assister les organisations syndicales, les institutions représentatives du personnel et les salariés qui, demain, auront à se défendre dans un contentieux contre leur employeur, sous le contrôle du juge.

Paris le 9 février 2013

Propos décalés sur les retraites

INTRODUCTION Depuis des années, on nous dit que le système des retraites par répartition est à bout de souffle, et qu'il va bientôt tomber en faillite.

Un peu étonnant, quand on se rappelle qu'un régime de retraite par répartition distribue en pensions ce qu'il reçoit en cotisations, et qu'il ne peut donc faire faillite quelles que soient les circonstances.

Voyons plus loin.

On a fini par le comprendre, l'allongement de la durée de la vie a modifié les conditions de l'équilibre financier de notre régime de retraites.

À la généralisation de la Sécurité Sociale, en 1946, l'espérance de vie était de soixante-cinq ans, ce qui veut dire qu'une personne sur deux seulement était encore en vie à l'âge de la retraite, et qu'elle percevait cette retraite en moyenne pendant cinq ans. On connaît l'heureuse évolution qui s'est produite depuis. Il ne faut pas oublier non plus que, à cette époque, la majorité des gens commençait à travailler à treize-quatorze ans et que, au moment de la retraite, ils n'étaient pas rares ceux qui portaient avec la médaille du travail vermeil, décernée à l'époque après cinquante-deux ans de service chez le même employeur. N'oublions pas non plus que le nombre de chômeurs était de 0,5 % de la population active. La situation actuelle n'est plus tout à fait la même !

L'augmentation de l'espérance de vie, et celle de l'âge du début de la vie active ne datent pas du début du siècle, avec leurs conséquences sur l'équilibre du budget des caisses de retraite. Il n'avait pas été nécessaire pour autant de changer les règles, du fait de l'augmentation du nombre d'actifs, et donc de cotisants (baby-boom, et surtout augmentation du nombre de salariés), et de la hausse du taux des cotisations (à l'époque, ce n'était pas considéré comme obscène).

On a donc compris que, pour financer des retraites plus longues, on pouvait agir sur le montant des cotisations, sur l'âge du départ en retraite ou sur



PAR Guy DUPAIGNE

SAF Evry, Membre du conseil syndical

le montant des pensions servies aux retraités. Les gouvernements ont choisi de ne s'intéresser qu'aux deux derniers paramètres¹.

Et, bien entendu, pas au quatrième paramètre, le nombre de cotisants (c'est-à-dire de ceux qui ne sont pas au chômage !). On peut quand même remarquer que, si le chômage revenait au niveau d'avant 1973, les recettes des caisses vieillesse suffiraient à équilibrer les besoins.

Mais on n'a peut-être pas compris le changement radical de philosophie induit, peut-être involontairement, par les réformes des dix dernières années.

En 1946, lorsque la durée moyenne de cotisation était de cinquante ans, il ne fallait que trente-sept ans et demi pour obtenir une retraite « à taux plein ». Autrement dit, quelqu'un qui avait interrompu une activité salariée pendant une dizaine d'années, par exemple pour élever des enfants, ou pour exercer une activité indépendante, ou pour des raisons de santé, ... percevait la même retraite que s'il ne l'avait pas fait.

1 - L'augmentation du nombre d'années de cotisation conduit naturellement au recul de l'âge de départ ; le calcul de la pension par rapport aux vingt-cinq meilleures années et non plus aux dix meilleures années entraîne mathématiquement une baisse du montant de la pension (33 % d'après l'INSEE).



On retrouve là un de ces compromis qui ont fondé notre système de Sécurité Sociale : c'est un principe de solidarité, non entre tous les citoyens, mais entre ceux que l'on peut considérer comme travailleurs.

Toujours suivant le principe de solidarité, on calculait le montant de la retraite par rapport au salaire moyen des dix meilleures années de cotisation. Autrement dit, on éliminait les périodes de bas salaire, de travail à mi-temps ou intermittent, toutes les irrégularités de parcours.

On voit donc que notre régime de retraite est un régime de solidarité, où tous cotisent selon leurs moyens (jusqu'au plafond toutefois), pour assurer à l'ensemble des salariés, quelles que soient les vicissitudes de leur carrière, de percevoir la moitié de leur salaire « normal » (dans la même limite).

Apparemment, cette logique n'est plus vue, ou a été abandonnée, y compris par des dirigeants syndicaux. Lorsqu'un secrétaire de confédération ouvrière, parlant des « carrières longues », excédant donc la durée minimale de cotisations, dit que ces gens-là ont cotisé « pour rien », on ne peut manquer d'être atterré. Ils n'ont pas cotisé pour rien, puisque l'on cotise pour payer la pension des retraités, et que leur cotisation, même une fois dépassés les fameux trente-sept ans et demi, a effectivement servi à payer ces pensions. Lorsque les partenaires sociaux conviennent de négocier le principe d'une retraite « à points », se rendent-ils compte qu'ils jettent aux orties le principe de solidarité, que l'on ne demande plus aux actifs de payer les pensions des retraités, comme ceux-ci leur ont payé leur éducation et leurs études, mais qu'ils se placent dans une logique de consommation, chacun achetant par ses cotisations la retraite dont il va profiter plus âgé ?

Allons jusqu'au bout de cette logique consumériste : si un salarié décède avant de prendre sa retraite, il faut qu'on lui rembourse, ou plutôt que l'on rembourse à ses héritiers, les cotisations qu'il a payées, puisqu'il n'a pu « profiter » en contrepartie de sa pension de retraite !

Et si un retraité a l'outrecuidance de survivre après l'âge moyen, il va donc percevoir plus que ce qu'il a acheté : il faudra qu'il rembourse les prestations reçues après l'âge correspondant à l'espérance de vie moyenne.

Je trouve particulièrement vicieux de transformer un régime de solidarité en régime de consommation sans le dire, sans que cette transformation soit débattue, le tout sous couvert de mesures techniques d'équilibre budgétaire.

Plutôt que d'adopter sans discussion les théories libérales, il faut assurer la viabilité de nos régimes de retraite en conservant le principe de solidarité qui l'a fondé au temps des jours heureux.

Rappelons que les problèmes budgétaires actuels seraient assez bénins s'il n'y avait pas tant de chômage, ou si l'on sortait de la situation de néoténie actuelle, où un jeune n'a pratiquement pas d'espoir de trouver un emploi régulier avant l'âge de vingt-cinq ans.

Rappelons également qu'il n'y a aucun obstacle sérieux à une augmentation modérée des cotisations, si ce n'est un parti pris idéologique. Les partenaires sociaux ont fini par accepter une augmentation minime des cotisations aux régimes de retraite obligatoires AGIRC-ARRCO.

Convenons qu'énoncer cette évidence ne suffit pas à apporter un remède à ces difficultés, mais il convient de la rappeler d'abord.

En attendant de résoudre ces questions, on voit mal comment ne pas reculer l'âge du départ en retraite. Mais il ne faut pas abandonner la solidarité entre ceux qui ont eu la chance d'avoir une carrière complète et ceux dont le parcours a été plus heurté. La retraite ne s'achète pas, ce n'est pas une marchandise, mais une obligation pour ceux qui peuvent travailler de permettre à leurs aînés de continuer à vivre dignement, de même que c'est une obligation pour eux de nourrir et d'éduquer les jeunes.

Et il n'y a aucune nécessité de stériliser vingt pour cent des salaires (c'est à peu près l'effort nécessaire pour obtenir une retraite convenable) pendant plus de quarante-cinq ans, c'est-à-dire près de cinq ans de P.I.B., pour le seul profit de ceux qui jonglent avec l'argent des autres.

Finalement, la retraite par répartition n'est pas à l'agonie, et elle peut sans difficulté continuer pendant cent-cinquante ans de plus, pour peu qu'on renonce à la démagogie et qu'on avance dans la clarté avec lucidité. ■

Mariage pour tous : quels enjeux pour le couple de même sexe ?

INTRODUCTION Le début de l'année 2013 a été marqué par le débat, particulièrement vif, qui a accompagné la présentation de la loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe¹ puis son adoption par le parlement le 23 avril dernier à une large majorité.



PAR Aurélie LEBEL

*SAF Lille, Maître de conférences
à l'université libre de Bruxelles,
Coprésidente de la commission
famille du SAF*

1 - Projet de loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe : suite et non fin du feuilleton législatif, Dr Fam., déc. 2012.



Ce projet, qui concrétise une promesse de campagne de François Hollande, a en effet provoqué de vives réactions au sein de la doctrine juridique qui s'est fendue d'une production prolifique¹. Si la question continue de faire polémique, il faut cependant y voir essentiellement les débordements de quelques personnages en mal de notoriété et d'avenir politique² comme de la frange conservatrice de l'université française³ : leur opposition⁴ n'est pas sans rappeler celle qui avait accompagné l'évolution du droit des femmes⁵ et apparaît d'avantage comme l'expression de convictions personnelles qui font un bien étrange écho à la tolérance des écrits sur l'homosexualité de Jérémy Bentham⁶ dès le XVIII^e siècle. « Quels fantasmes peuvent bien habiter les partisans de tels arguments » s'étonne Cyril Ripeyre, d'autant qu'entre « 25 000 et 40 000 enfants seraient élevés actuellement par des couples de même sexe... » suivant l'étude d'impact qui accompagnait le projet de loi, chiffre porté à 300 000 selon les associations de familles homoparentales.

1 - S. le Grach-Pech, Halte aux bouleversements du droit de la famille, *RJPF*, nov. 2012. 52 ; C. Neirinck, Faut-il tenir compte du sexe des êtres humains, *Dr fam.*, déc. 2012. 1 ; Le mariage homosexuel ou l'arbre qui cache la forêt, *Dr fam.*, oct. 2012, repère 8 ; Jean Hauser, Le paradoxe de la tortue d'Achille, *JCP* 2012, doctrine. 1185 ; L. Aynes « Le projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe : trop ou trop peu », *D.* 2012. 2750 Comme le relève l'étude d'impact qui accompagne le projet de loi, J. Carbonnier, G. Cornu, P. Malaurie ou J. Hauser considèrent que le mariage ne peut être que l'union d'un homme ou d'une femme. Pour Philippe Malaurie, « on peut tout faire avec une loi, dès lors que le droit n'est plus qu'un instrument mis au service d'aspirations individuelles et de mouvements collectifs plus ou moins réfléchis. Mais quel est le sort d'une telle union au regard de la nature du mariage ? », Ph. Malaurie et L. Aynès, *La Famille*, Defrénois, 3e éd., p. 54. Le Lexique des termes juridiques, dans sa dernière version, définit précisément le mariage comme l'union d'un homme et d'une femme et rappelle la position adoptée par le Conseil constitutionnel sur le sujet (décis. n° 2010-92 QPC, 28 janv. 2011). Dalloz, 20e éd., v° Mariage.

2 - Virginie Tellene, alias Frigide Bardot ou Béatrice Bourges, porte-parole du collectif pour l'enfant et du collectif Printemps français, qui vient de la « doubler sur sa droite ». *Le magazine du Monde*, 20 avril 2013, p. 22.

3 - Conf. Raisons publique.fr, « Juristes, saisons-nous », 20 mars 2013, par E. Millard, P. Brunet, S. Hennette-Vauchez, V. Champeil-Desplats.

4 - On hésite même à citer les propos de Marie-Anne Frison Roche sur son blog <http://www.mafr.fr> autour du mariage pour tous : « pourquoi, dès lors, les enfants ne pourraient-ils pas se marier entre eux si « tous » peuvent se marier ? Pourquoi un adulte ne pourrait-il pas épouser un enfant ? » Et voilà agité, insidieusement, le spectre odieux de l'inceste et de la pédophilie avancé comme argument nauséabond par une partie de l'opposition au mariage entre homosexuels.

5 - Pothier affirmait sans être contredit « qu'il n'appartient pas à la femme, qui est une inférieure, d'avoir inspection sur la conduite de son mari, qui est son supérieur », Coutume d'Orléans, p. 238, n° 516. Voir également C.-J. de Ferrière, *Dictionnaire de droit et de pratique*, tome I, p. 695. Irène Théry rappelle également son étonnement face à l'opposition à l'adoption du PACS : « le spectacle d'une France hors de ses gonds était très étonnant au plan sociologique ». Couples de même sexe, mariage et filiation : par-delà la critique des DD de la rhétorique antidiscriminatoire, op. cit., p. 2.

6 - Défense de la liberté sexuelle, rédigé entre 1774 et 1828 et C. Ripeyre, Le poids des mots, le choc des homos, *Gaz. Pal.*, 25 oct. 2012, p. 6.

Malgré le tapage médiatique orchestré par les opposants au mariage pour tous, le texte a été adopté le 23 avril par l'assemblée nationale avec une majorité qui ne laisse place à aucune contestation⁷ : la nature spécifique du mariage lui permet en effet d'évoluer suivant les besoins et la volonté de la société pour assurer à tous les couples un accès identique aux différentes formes de conjugalités (I). Le SAF a donc salué cette avancée significative vers l'égalité des droits, qui offre de surcroît aux époux de même sexe un véritable accès à la parenté. Par l'effet de la loi, les époux de même sexe sont en effet autorisés à adopter dans les mêmes formes (adoption par le couple, adoption de l'enfant du conjoint) que les couples hétérosexuels. Reste cependant une multitude de questions ne sont pas tranchées ni même soulevées : quid de l'ouverture de l'insémination avec donneur aux couples de femmes, mariées ou non, et du recours à une gestation pour autrui en sus pour les couples d'hommes ? Quid d'une réforme d'ampleur des règles d'établissement de la filiation, avec création comme certains le réclament, d'une présomption de parenté au sein des couples de même sexe pour les enfants nés pendant le mariage ? Quid d'une réforme de l'adoption plénière, qui est actuellement organisée de manière à singer la filiation biologique et pose d'évidentes questions d'accès aux origines⁸ ? La nécessité d'harmoniser le droit aux mutations sociales et à l'évolution de la famille a conduit le syndicat des avocats de France à organiser, le 29 mars 2013, un colloque intitulé « quelle filiation pour demain »⁹ à partir notamment de l'exemple de la Belgique. Car si les Pays-Bas apparaissent comme les précurseurs en Europe de l'ouverture du mariage à tous les couples¹⁰, la Belgique est en effet allée particulièrement loin dans sa démarche puisqu'après avoir autorisé le mariage aux couples homosexuels dès 2003, soit 10 ans avant la France, elle a progressivement réformé ses règles de filiation qui n'ont désormais plus guère à voir avec le Code Civil français qui lui avait pourtant servi de modèle. La France, elle, est au bord du gué, mais demeure engluée dans le poids de ses traditions et ce que Serge Portelli nomme le « fait religieux » (II).

7 - 331 voix pour, 10 abstentions et 225 voix contre.

8 - Laurence Brunet, L'adoption au sein des couples de même sexe : une « falsification de la réalité » ?, *Rapport de l'EHESS*, Op. cit., p. 30.

9 - Ce colloque a rassemblé Nicole Gallus, avocate au Barreau de Bruxelles et chargée de cours à l'université libre de Bruxelles, Françoise Cailleau, psychologue, maître de conférences à l'université libre de Bruxelles, Valérie Depadt-Sebag, maître de conférences à l'université du Val de Marne, Irène Théry, Directeur d'Étude à l'EHESS, Anne Sophie Juan, Pédiopsychiatre à l'hôpital de Versailles, enfin Alice Laplume, vice-président au Tribunal de Grande instance de Bobigny.

10 - S. Portelli, *Panorama international et constats, Mariage des personnes de même sexe et filiation. Le projet de loi au prisme des sciences sociales*, rapport de l'EHESS, sous la direction d'I. Théry, 2013, p. 17.

I - l'ouverture du mariage à tous les couples, avancée historique

L'ouverture du mariage aux couples de même sexe est conforme à la nature et à la finalité du mariage (A) et leur permet de bénéficier, enfin, de ses effets largement plus protecteurs que ceux du concubinage ou du PACS (B)

A) Le mariage et « l'ordre général du moment »

Le code civil, dans sa version actuelle, ne définit pas le mariage mais se limite à en fixer les conditions, les effets ou les causes de dissolution et ne comporte aucune condition quant au sexe des époux. Comme l'avait cependant confirmé le Conseil constitutionnel, il se trouvait réservé aux couples hétérosexuels¹¹, jusqu'à ce que par la loi adoptée le 23 avril dernier, il soit mis fin à ce principe. Cette évolution est conforme à la nature du mariage, dont la doctrine s'accorde à dire qu'elle représente une institution¹² au sens « d'organisation sociale, créée par un pouvoir, dont l'autorité et la durée sont fondées sur l'acceptation par la majorité des membres du groupe de l'idée fondamentale qu'elle réalise » et « parce qu'elle est établie en correspondance avec l'ordre général des choses du moment »¹³, qui « dépend des structures sociales » et dont le régime et la définition « ne sont pas partout les mêmes » : le mariage est donc une institution réglementée en fonction des besoins spécifiques des sociétés et dont les formes et conditions sont propres à chaque État, suivant son « ordre général du moment », qui peut ainsi valider polyandrie ou polygamie¹⁴, réprimer l'adultère ou le dépénaliser, imposer l'indissolubilité du mariage, limiter ou au contraire tolérer et même favoriser le divorce¹⁵ en fonction de l'objectif poursuivi¹⁶. Le mariage est dès lors une institution évolutive, polymorphe, qui n'a jamais cessé de se transformer pour répondre aux besoins

de son époque¹⁷ et qui ne peut être figée à un instant donné. Il ne peut être imposé qu'il demeure interdit aux couples de même sexe au motif « qu'il implique un bouleversement profond du droit, du mariage et surtout, de la parenté », si l'ordre social du moment réclame qu'il leur soit autorisé. Or près de 65 % de la population se déclare actuellement favorable à l'autorisation du mariage aux couples de même sexe et, partant, valident leurs conséquences s'agissant des questions de filiation. Le Conseil constitutionnel n'a par ailleurs jamais affirmé que la différence de sexes au sein du mariage était protégée par la Constitution : il a seulement rappelé que la différence de situation entre les couples de même sexe et les couples de sexes différents pouvait justifier une différence de traitement quant aux règles du droit de la famille et qu'il ne lui appartenait pas de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, en cette matière, de cette différence de situation¹⁸. Xavier Dupré de Boulois et Diane Roman contestent à cet égard l'argument suivant lequel « une simple loi ne saurait déroger à un principe à valeur fondamentale reconnue par les lois de la République : le mariage comme l'union d'un homme et d'une femme... », La Constitution réservant selon eux à la loi de fixer les règles relatives à l'état et la capacité des personnes et d'établir des choix en matière matrimoniale, notamment quant à la question de l'autoriser aux couples de même sexe. Dès lors le législateur est bien compétent pour réformer, à l'instar de bon nombre de pays, le code civil sur ce point. Ils soulignent par ailleurs que le principe du caractère hétérosexuel du mariage n'est mentionné nulle part dans la constitution et que rien ne s'oppose à l'ouverture du mariage aux couples du même sexe mais qu'au contraire, « tout y incite », le droit constitutionnel précisant « qu'il existe une liberté du mariage et un droit au respect de la vie privée et familiale et un principe d'égalité et de non-discrimination... et que la conjonction des deux devrait au contraire aboutir à reconnaître la possibilité pour un couple de pouvoir bénéficier de cette garantie constitutionnelle¹⁹ ». On ajoutera que

11 - Cons. const., 28 janv. 2011, n° 2010-92 QPC, AJ fam. 2011. 157, obs. Chénédy ; Dr fam. 2011, n° 32, obs. Ouedraogo ; Gaz. Pal. 2011. 870, note Chemla ; RLDC 2011/80, n° 4175, obs. Gallois.

12 - Ph. Malaurie et L. Aynès, op. cit., p. 57.

13 - Lexique des termes juridiques, op. cit., 8e éd. et 20e éd., v° « Institution ».

14 - La polygamie est ainsi admise par le droit musulman et reconnue par de nombreux pays. La Turquie l'a cependant interdite en 1926 et la Tunisie en 1957.

15 - Conf. A. Lebel-Clueteux, Le consentement des époux à la séparation, l'officialité de Cambrai à la croisée des influences, XIV-XVIII^e siècles, thèse de doctorat, introduction.

16 - Rappelons par exemple qu'à Rome, le mariage est aussi une union politique et stratégique entre deux familles et qu'il doit donc pouvoir être anéanti au besoin ; à l'inverse, sous l'Ancien Régime, la famille est devenue un instrument au service de l'ordre politique, qui considère que la famille personnifie l'État et privilégie sa stabilité. A. Lebel-Clueteux, op. cit., p. 333 et 343.

17 - J. Gaudemet rappelle qu'au sein de l'Empire romain, « où sont réunis des peuples de traditions très différentes, les usages matrimoniaux varient selon les lieux, les peuples et les groupes sociaux » et « que la bigarrure des droits est extrême, à l'image de la diversité de la population », op. cit., p. 21.

18 - La Cour d'appel de Rennes vient, en ce qui la concerne, d'autoriser le changement de sexe d'un transsexuel marié, même si elle a refusé la modification de l'acte de mariage, 16 oct. 2012, RG n° 11/08743).

19 - Le mariage, Napoléon et la constitution, Le Figaro, 19 nov. 2012. Conf. Également D. Rousseau, Le « mariage pour tous », Gaz. Pal., 13 déc. 2012, pp. 5 et suivantes. Bertrand Pauvert indique en ce qui le concerne que « bien que les critères d'identification d'un PFRLR s'appliquent sans hésitation à l'exigence d'altérité sexuelle des époux, rien ne garantit qu'elle soit reconnue comme telle... L'importance de l'altérité sexuelle des époux mérite... d'être mise hors d'atteinte du vote d'une simple majorité politique », Sur une disputatio contemporaine et brûlante : considérations

le Conseil constitutionnel espagnol a rejeté le 6 nov. 2012 le recours introduit par le parti populaire qui estimait contraire à la Constitution l'utilisation du mot « mariage » pour une union entre personne de même sexe.

Les opposants au mariage pour tous invoquent la finalité du mariage pour s'opposer à son évolution. La finalité qui est prêtée au mariage est cependant, elle aussi, la traduction de « l'ordre général du moment » et apparaît comme la conséquence de l'objectif que se fixe l'autorité qui la détermine. Elle est donc aussi flexible que l'institution matrimoniale elle-même : c'est ainsi que la théologie catholique traditionnelle a fait de la procréation la fin primaire du mariage, faisant ainsi coïncider les objectifs du mariage avec la finalité qu'elle poursuivait, à savoir imposer autant que possible la continence, mais qu'à l'époque romaine, en revanche, le but du mariage était la constitution d'alliances stratégiques et que l'on n'y imposait même pas l'union charnelle pour la validité des mariages. Si la finalité du mariage a ensuite été de « garantir la filiation », c'est-à-dire l'identification du père des enfants issus d'une femme à une époque où elle était conditionnée au mariage, science et jurisprudence lui ont aujourd'hui conféré une valeur purement résiduelle²⁰. Comme le relève Irène Théry, le mariage n'est donc plus le support et la condition de la filiation, et sa finalité est désormais d'assurer l'union d'un couple et de lui permettre de bénéficier de ses effets spécifiques.

B- Les effets du mariage

Le mariage produit des effets qui excèdent ceux du concubinage et du PACS, dont pourront désormais bénéficier l'ensemble des couples, sans que certains s'en trouvent exclus sans autre raison que le refus de ceux qui y ont seuls accès.

Pour mémoire et contrairement au PACS, le mariage permet aux conjoints de faire usage du nom de l'autre, crée une vocation successorale en l'absence de disposition testamentaire, emporte un effet sur la nationalité et la délivrance de plein droit d'un titre de séjour²¹, emporte un droit à la perception d'une

pension de réversion ; il permet également l'adoption simple de l'enfant du conjoint, avec partage de l'autorité parentale²², l'adoption plénière de celui-ci, avec maintien exceptionnel de la filiation au profit du parent biologique, enfin l'adoption par les époux ; la rupture du mariage, contrairement à celle du PACS est encadrée et elle s'accompagne le cas échéant de la compensation des disparités qu'elle provoque et de la réparation du préjudice causé par les conditions et les responsabilités respectives dans la rupture. Il aurait certes été envisageable « d'améliorer le régime du pacs, d'instaurer une union civile réservée aux couples de même sexe, ou de substituer au mariage et au pacs une union civile ouverte à tous », cependant aucune de ces propositions n'apparaît satisfaisante comme le relève l'étude d'impact. Relevons tout d'abord que le PACS tel qu'il existe déjà, avec ses effets peu contraignants en termes d'obligations et de conditions de dissolution, satisfait une partie des couples en leur ouvrant une voie médiane entre le concubinage, qui n'accorde aucune protection, et le mariage. S'agissant de la création d'une union civile identique au mariage mais n'en portant pas le nom, réservée aux couples de même sexe, le « CUC » - contrat d'union civile -, elle est essentiellement proposée par ceux qui ne sont pas opposés à une extension des droits des couples homosexuels mais qui demeurent englués dans la conception chrétienne du mariage et refusent d'y voir une institution laïque susceptible d'évolution. Le remplacement du mariage et du PACS par un régime commun ouvert à tous les couples ne serait pas plus satisfaisant, puisque nul ne souhaite leur disparition, a fortiori s'agissant du mariage. La loi, qui propose que les couples soient, quelle que soit leur orientation sexuelle, placés sur un pied d'égalité quant à l'accès au mariage, est donc la seule solution offerte au législateur pour offrir aux couples de même sexe un choix identique à celui dont disposent les couples hétérosexuels.

Si le projet de loi, qui permet l'ouverture du mariage aux couples de même sexe constitue une étape considérable dans la reconnaissance, par la France, du couple homosexuel, l'accès à la parenté demeure une question cruciale à laquelle il n'a pas été, pour l'heure, apporté de réponse véritablement satisfaisante.

II - La filiation dans le couple de même sexe, presque statu quo ante ?

sur la reconnaissance de l'altérité sexuelle des époux comme principe fondamental reconnu par les lois de la République, Dr fam., janvier 2013, p. 37.

20 - I. Théry rappelle que depuis que l'on a aboli la distinction entre famille naturelle et famille légitime, la présomption de paternité n'est plus le cœur du lien matrimonial. Pour la sociologue, le mariage, c'est désormais l'union d'un couple : V. le compte-rendu de son audition à l'Assemblée sur <http://forum-famille.dalloz.fr> billet du 8 nov. 2012.

21 - Le statut de conjoint ouvre droit à une carte de séjour « vie privée et familiale » dès la conclusion du mariage.

22 - Pour mémoire, l'adoption simple emporte transfert de l'autorité parentale à l'adoptant, sauf dans le cadre de l'adoption de l'enfant du conjoint par mariage.



La filiation se définit comme le lien de droit qui unit un individu à son père et à sa mère, fait naturel que le droit transforme en fait juridique²³. Le droit français connaît deux types de filiations, le premier qui résulte de la procréation et s'établit pour la mère par le certificat de naissance, pour le père par la présomption de paternité ou par la reconnaissance ; le second qui résulte de l'adoption, c'est-à-dire d'un acte de volonté consacré par jugement : c'est donc une fiction légale qui produit par imitation les effets de la filiation biologique. La procréation médicalement assistée avec don de gamètes se trouve à la charnière de ces deux mécanismes, puisqu'issue de la volonté, elle singe la filiation par procréation en créant un lien biologiquement faux mais qui ne peut être attaqué. La loi adoptée le 23 avril dernier constitue en termes de filiation un progrès puisqu'elle permet au couple de même sexe d'adopter dans les mêmes conditions que le couple hétérosexuel, cependant l'avancée demeure extrêmement limitée (A) a fortiori au regard de ce qui peut se pratiquer dans les autres pays et notamment en Belgique (B).

A- La France au milieu du gué

La loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe constitue incontestablement un progrès : à l'heure actuelle en effet, seul l'un des membres du couple peut voir sa filiation établie à l'égard d'un enfant comme l'a rappelé Valérie Depadt-Sebag. Il n'est pas possible d'adopter l'enfant de son partenaire ou de son concubin de même sexe et s'il existe l'alternative de la délégation partage de l'autorité parentale, elle n'emporte pas création d'un lien de filiation, demeure susceptible d'être remise en cause par la séparation, le décès, ou la sévérité de la Cour de cassation²⁴ et n'offre dès lors aucune sécurité juridique. Il n'est pas non plus possible pour un couple de même sexe de réaliser une adoption conjointe, même s'il demeure possible d'adopter seul. Quant à la PMA, elle est interdite aux femmes seules et aux couples de même sexe, même si elle est pratiquée à l'étranger sans conséquence pour la mère puisque la filiation est établie par le seul fait de l'accouchement s'agissant de la femme inséminée. Sa compagne ne dispose en revanche d'aucune solution pour établir un lien de filiation avec l'enfant, sauf recours à la délégation partage de l'autorité parentale. Les choses sont plus compliquées pour les hommes qui ont recours à la GPA à l'étranger, également interdite en France, dans la mesure où ils peuvent se trouver confrontés au refus de transcription de la reconnaissance de l'enfant sur les actes de l'état-civil ou à la contestation ultérieure de celle-ci par le Ministère Public. Reste enfin la solution de la coparentalité, dans laquelle deux couples homosexuels conçoivent et élèvent un enfant en commun, mais cette formule ignore totalement les compagnons respectifs des parents et ne permet pas au couple de fonder une famille.

Au lendemain de l'adoption de la loi, la situation se révélera incontestablement plus favorable pour les couples de même sexe qui voudront s'inscrire dans un projet parental commun, à la condition qu'ils soient mariés. Les effets légaux du mariage leur permettront l'adoption simple de l'enfant du conjoint - sous réserve d'obtenir aussi le consentement du second parent biologique, s'il existe et que l'enfant est mineur - ou l'adoption plénière de l'enfant dont la filiation ne serait établie qu'envers leur conjoint, avec maintien exceptionnel du lien de filiation préexistant au profit de ce dernier. Les couples de même sexe mariés pourront également réaliser une adoption plénière conjointe, mais cette dernière possibilité est inexistante en pratique, les États d'origine des enfants

23 - L. Aynes, La famille, 3e édition, p. 355.

24 - Civ. 1re, 8 juill. 2010, n° 09-12.623.

refusant de les confier aux couples homosexuels. En matière d'adoption, les couples de même sexe unis par le mariage sont donc placés sur un pied d'égalité avec les couples de sexes différents²⁵.

Là s'arrêtent pour l'heure les réformes s'agissant des modes d'accès à une filiation conjointe au sein du couple de même sexe, le texte n'instaurant pas de présomption de parenté au sein du couple de même sexe marié : les enfants issus de l'un des membres du couple de même sexe pendant le mariage ne seront pas réputés les enfants du couple. Cette solution ne paraît cependant pas critiquable et se trouve juridiquement fondée, s'agissant d'un mode d'établissement présument l'existence d'un lien biologique et ne résultant pas de la volonté : l'enfant ne peut effectivement être conçu par deux personnes de même sexe et l'une d'entre elles ne peut donc être unie à l'enfant par un lien biologique, tandis qu'un tiers de sexe différent a nécessairement participé à la génération de l'enfant. Or prévoir une présomption de parenté, comme le réclament certains²⁶ exclurait de facto le second parent biologique, ce qui se révélerait contraire au droit à l'accès aux origines. Cette présomption fragiliserait les filiations, puisqu'elle serait le fruit d'une fiction juridique qui ne résisterait à aucune expertise sanguine, désormais de droit, sauf à rendre la présomption irréfragable, par assimilation aux règles actuellement applicables à la PMA, ce qui serait pour le moins curieux et contraire aux interrogations autour de sa pérennisation sous sa forme actuelle, par exemple par le docteur Frydman : s'il y a sur ce point traitement inégal entre les couples hétérosexuels et les couples de même sexe, il résulte de différences biologiques que la loi ne semble pouvoir supprimer et par le fait que l'établissement de la filiation a pour but d'établir un lien de droit entre un enfant à ses géniteurs. Le droit du parent non biologique étant garanti par la possibilité dont il dispose de procéder par la voie de l'adoption simple de l'enfant du conjoint, il n'y aurait donc pas lieu de modifier le texte sur ce point, d'autant plus que tous les couples de même sexe ne souhaitent pas nécessairement cette filiation automatique et que s'il faut réserver une place à la volonté dans l'établissement de la filiation, elle ne peut cependant primer le lien biologique. S'agissant des enfants issus d'une procréation médicalement assistée, la question ne se pose pas en termes identiques puisque, si elle

fait intervenir un tiers, ce dernier est volontairement exclu du lien de filiation par l'art. 311-19 c. civ., qui précise que « en cas de procréation médicalement assistée avec tiers donneur, aucun lien de filiation ne peut être établi entre l'auteur du don et l'enfant issu de la procréation ». L'enfant, dès lors, est réputé issu du couple, marié ou non mais de sexe différent, sans qu'aucune action ne puisse être engagée quant à la filiation suivant l'art. 311-20, de telle sorte que, par une fiction juridique, il est réputé issu d'un couple qui sait - mais pas nécessairement l'enfant - que l'un des deux ne l'a pas enfanté. Le lien de filiation n'est donc pas triple, mais seulement double, ce qui laisse cependant entier la question du droit à l'accès aux origines de l'enfant conçu dans de telles conditions. Il pourrait dès lors tout à fait être envisagé de prévoir, comme y réfléchit actuellement la Belgique, une extension des règles applicables au couple de sexes différents au couple de même sexe, avec la création d'une présomption de parenté au bénéfice des « auteurs du projet parental », incontestable mais ne laissant aucun doute sur le caractère artificiel du lien de filiation ainsi créé.

Cette question n'est cependant pas d'actualité, puisque l'autorisation de la gestation pour autrui a été expressément exclue, tandis que l'ouverture de la procréation médicalement assistée aux couples de même sexe n'est ni prévue ni même abordée par l'étude d'impact. Si cette dernière question ne figurait effectivement pas dans l'engagement 31 de François Hollande, il s'est cependant exprimé positivement sur ce point durant la campagne et le ministre de la justice a récemment rappelé y être favorable, tandis qu'un amendement avait été envisagé par le groupe socialiste au parlement. Le Gouvernement a éludé la question en affirmant la nécessité d'extraire cette problématique de la question du mariage pour l'inclure dans une révision plus globale du droit de la famille, annoncée pour le mois de mars 2013 et dans une éventuelle révision des lois de bioéthique. Il semble qu'il s'agissait en réalité d'une manœuvre dilatoire lui permettant d'éviter d'aborder cette question sensible. L'absence d'intervention gouvernementale pourra cependant être contournée puisque l'épouse de la femme ayant accouché d'un enfant conçu par PMA à l'étranger pourra désormais l'adopter tandis que le mari du père biologique d'un enfant issu d'une GPA pourra également l'adopter si la transcription est intervenue et n'a pas été contestée. Il s'agit cependant d'un pis-aller qui une nouvelle fois n'apporte aucune sécurité juridique, notamment parce qu'il existe une période de non droit entre la naissance et le caractère définitif de l'adoption, et qui témoigne de l'anachronisme de la position française au regard de celle qui est dégagée

25 - À noter que parmi les pays ayant institué un partenariat civil, la Finlande, l'Allemagne et la Slovénie autorisent l'adoption de l'enfant du partenaire et le Royaume-Uni autorise l'adoption conjointe par le couple non marié. Le Danemark, qui ne prévoit aucune forme d'union pour les couples de même sexe, autorise par ailleurs depuis 2009 l'adoption par les concubins de même sexe.

26 - Conf. I. Théry, op.cit., p. 7, qui cite le juriste Daniel Burillo ou le sociologue Eric Fassin.



par ses voisins et notamment par la Belgique, dont le droit de la famille et la jurisprudence se sont réellement adaptés aux besoins des couples de même sexe et à l'intérêt des enfants qui en sont issus, faisant primer le « socio-affectif » sur le biologique.

B- Quelle filiation pour demain ?

La violence du débat qui a accompagné l'ouverture du mariage aux homosexuels et leur accès à une certaine forme de parenté conjointe²⁷, inédite en Europe, laisse à craindre un renvoi sine die de l'épineuse question de la PMA et a fortiori de celle de la gestation pour autrui. Il a pourtant été l'occasion d'un formidable travail de réflexion qui a révélé la conception obsolète de la filiation conservée par la France au regard de l'évolution des autres pays : Irène Théry, insiste par exemple sur la nécessité d'ouvrir la PMA aux couples de femmes, dont elle rappelle qu'il est faux de prétendre qu'elle « laisserait désormais croire qu'il est possible de naître de deux personnes de même sexe » car « cette solution ne donne l'illusion que l'enfant est issu de ses deux parents et donc, en l'espèce, de deux femmes, qu'en raison du régime juridique actuel de la PMA, le père stérile devenant le père incontestable de l'enfant »²⁸. De fait, les travaux qui ont été menés

ont révélé la nécessité de revoir, au-delà de la PMA et de la GPA, la filiation dans sa globalité, notamment s'agissant de la création de fictions juridiques, telle la présomption irréfutable de paternité au profit du couple ayant eu recours au don de gamète ou de l'adoption plénière ou du droit d'accès aux origines. Car si l'adoption simple ne pose aucune difficulté, en ce qu'elle rajoute un lien supplémentaire qui n'emporte aucune fiction juridique et laisse à l'enfant des informations sur sa filiation biologique, il n'en va pas de même pour l'adoption plénière ou « filiation par greffe », qui « assimile totalement l'enfant adopté à un enfant biologique et fait disparaître pour toujours sa filiation originaire : elle « a pour effet de substituer irrévocablement une nouvelle filiation à la filiation d'origine ». Cette nouvelle filiation est exclusive, absolue et irrévocable, l'acte de naissance original étant considéré comme nul et le nouvel acte ne pouvant comporter aucune référence à la filiation antérieure et à son changement. La création de cette fiction juridique, qui résulte de l'évolution du droit à partir de 1923, est une innovation puisqu'à aucun moment dans l'histoire l'adoption n'avait ainsi généré de telles conséquences, en privant l'enfant de toute information sur l'accès à ses origines : l'enfant est né d'un jugement²⁹. Cette forme d'adoption limite par ailleurs le nombre d'enfants adoptable, puisqu'il se trouve restreint aux

27 - Conf. par exemple la position d'A. Mirkovik, Les dommages pour tous du mariage de quelques-uns et La situation juridique des enfants élevés par des personnes de même sexe, Dr Fam., janvier 2013, pp. 5 et 6.

28 - Mariage des personnes de même sexe et filiation. Le projet de loi au prisme des sciences sociales, rapport de l'EHESS, sous la direction d'Irène

Théry, op. cit.

29 - Sur les critiques opposées à l'adoption plénière, voir le rappel de J. Hauser, Le mariage des couples de même sexe et le notaire : une réforme par préterition et procrastination, Gaz. Pal., janvier 2013, p. 24.



seuls pupilles de l'État. La question se pose, dès lors, d'un réexamen complet de ces questions, suivant les propositions particulièrement novatrices qui ont pu être réalisées par l'équipe rassemblée sous la présidence de Geneviève Delaisi de Parseval et de Valérie Depadt-Sebag au sein de la fondation terra nova dans le cadre de la révision de la loi bioéthique initiée en 2010³⁰, même si cette dernière s'interroge néanmoins sur la pertinence d'une réforme de l'adoption plénière. On pourra également s'interroger sur la pertinence de la limitation de l'adoption conjointe aux seuls couples mariés, qui apparaît comme une résurgence de la primauté donnée par le Code Civil en 1804 à la famille légitime qui a pourtant totalement disparu à ce jour. Ces questions, qui résultent d'une réflexion autour

du droit à l'accès à la parenté, soulèvent par ailleurs celles de l'intérêt de l'enfant, notion complexe, elle aussi fonction de l'évolution de la société puisque pendant longtemps, on a considéré que l'intérêt de l'enfant était d'être légitime. C'est cette notion d'intérêt de l'enfant qui semble avoir primé dans l'esprit du législateur Belge. Comme le rappelle en effet Annick Bateau, « la filiation est la notion première à partir de laquelle se construit le droit de la famille... et a pour objet d'institutionnaliser la reproduction de l'espèce humaine selon des règles jugées nécessaires à la société, c'est dès lors une question purement politique »³¹. Et si la France a dégagé une organisation de la filiation qui privilégie la filiation biologique, au

30 - Accès à la parenté : AMP et adoption et synthèse du rapport

31 - La part de la biologie dans le nouveau droit de la filiation : énigme ou ambiguïté voulue ?

détriment de la filiation juridique, qui lorsqu'elle est tolérée, doit prendre une forme telle qu'elle pourra être confondue avec une filiation biologique, tel n'est plus le cas en Belgique où les révisions successives des règles de filiation ont été réalisées de façon à permettre au droit de s'adapter à l'évolution de la famille et à privilégier le « socio-affectif », tout en garantissant le droit à l'accès aux origines.

Nicole Gallus, chargée de cours à l'université libre de Bruxelles, a dressé le bilan de l'évolution du droit de la filiation en Belgique. On y retrouve classiquement trois sortes de filiations, la filiation naturelle, au sens de filiation par procréation, la filiation issue de la PMA et de la GPA, enfin l'adoption, deux réformes successives en 1987 et 2006 ayant assuré l'égalité des filiations, étant précisé que l'exception qui avait été maintenue pour les enfants incestueux a fait l'objet d'une condamnation par la Cour constitutionnelle au cours de l'été 2012 qui l'a déclarée discriminatoire : les tribunaux belges ne peuvent donc plus refuser d'établir la filiation incestueuse. Pour les femmes, l'acte de naissance qui mentionne obligatoirement le nom de la mère suffit à établir la maternité. La filiation paternelle peut être établie par la loi (présomption de paternité du mari), par la reconnaissance volontaire pour les enfants nés hors mariage, enfin par l'action judiciaire en recherche de paternité. S'il existe une présomption de paternité, la présomption de parenté n'existe pas. Depuis la loi de 2006, l'adoption conjointe, simple comme plénière, est ouverte aux couples de même sexe ou de sexes différents mariés, en concubinage depuis trois ans ou cohabitants légaux. L'adoption par une personne seule est possible quelle que soit son orientation sexuelle. Enfin l'adoption simple ou plénière de l'enfant du conjoint, du cohabitant légal ou du concubin est possible, sans rupture avec la famille d'origine en cas d'adoption plénière et avec partage de l'autorité parentale en cas d'adoption simple. L'accès aux origines est garanti pour toute forme d'adoption, l'acte de naissance de l'enfant n'étant pas modifié, mais complété par la mention de l'adoption en marge de l'acte de naissance. L'accouchement sous X n'existe pas et s'agissant de la PMA, le principe est celui de l'anonymat du don, sauf accord entre donneur et receveur.

Le recours à la PMA y est autorisé aussi bien aux couples hétérosexuels qu'aux couples de lesbiennes ou aux femmes seules. Comme en France, on organise un mécanisme juridique délibérément mensonger, la filiation de l'enfant ne pouvant être établie qu'à l'égard de ceux que la loi appelle « les auteurs du projet parental », toute action des enfants étant interdite. Cependant cette présomption ne vaut que

pour le couple hétérosexuel et la Belgique, confrontée à certaines difficultés inédites telles la séparation du couple ou le décès de l'accouchée avant la régularisation de l'adoption, s'interroge actuellement sur la possibilité de créer une présomption de parenté au profit de la mère d'intention dans le cadre de la PMA, c'est-à-dire de celle qui n'a pas accouché mais qui s'est inscrite dans le projet parental. Le droit belge a en revanche conservé un silence prudent sur la question de la GPA qui n'est donc ni autorisée, ni interdite, et dès lors, non encadrée. Elle est pratiquée par les institutions hospitalières qui conservent cependant la possibilité de s'abriter derrière une clause de conscience et en principe réservée aux hypothèses médicales, mais elle est pratiquée au profit des couples d'hommes, avec reconnaissance par le parent biologique et adoption plénière par son conjoint, lesquelles sont validées par les Tribunaux, la jurisprudence adoptant, les concernant, une position radicalement différente de celle que l'on relève en France et faisant primer l'intérêt de l'enfant en le dotant du lien juridique conforme à son vécu socio-affectif.

Il ne reste donc bien peu de ce qui faisait le droit de la famille belge d'avant 1995, le législateur belge estimant qu'il a pour mission de fournir un droit qui adapté aux besoins de la société. Le Gouvernement semble aujourd'hui éloigné de cette conception dont il a pourtant été démontré qu'elle correspondait à la fois aux attentes de la société, à la nature du mariage et à son évolution³². L'ouverture du mariage aux couples de même sexe, qui permet à tous les couples mariés d'adopter, soit ensemble, soit l'enfant du conjoint, était porteuse de promesse d'un renouveau attendu du droit de la famille qui aurait permis à la France de s'inscrire de nouveau dans une démarche moderne d'adaptation du droit à la société et non dans celle, passiste et mortifère, de la société au droit. Où est passée la France des Lumières, de la Révolution et du progrès juridique ? Cette démarche risque déjà de priver la France de la possibilité d'effectuer des recherches sur les embryons humains, la plaçant dans une situation d'anachronisme scientifique au regard du reste du monde. Elle s'explique évidemment par la place qui a pu être celle de l'Église en France et par le fait que ces matières y ont longtemps relevé du droit et des juridictions de l'Église et qu'elle éprouve dès lors les plus grandes difficultés à adopter une vision totalement neutre de la matière. Il est temps, cependant, pour la France de cesser de se comporter comme la « fille aînée de l'Église » et de s'exonérer de la conception de la famille véhiculée par celle-ci. ■

32 - A. Lebel, Le mariage, le couple de même sexe et l'historien du droit, AJ famille, février 2013.

Pas de printemps pour... la Justice pénale et les droits de l'Homme ?

INTRODUCTION Le 25 avril 2013 (Arrêt *Canali c/ France*) la Cour Européenne des Droits de l'Homme a -à nouveau- condamné l'État français pour les conditions inhumaines et dégradantes qu'il impose à la très grande majorité de ceux qui - présumés innocents, innocents, ou condamnés - peuplent ses prisons. On aspirerait à ce que le temps qui sépare le fait de la condamnation du fait lui-même ait permis à la France de faire entrer la prison, et plus généralement tous les lieux de détention et de privation de liberté, dans une modernité qui rime avec dignité et qui permettent à ceux qui accomplissent leur peine d'y trouver les ressorts d'une resocialisation et d'une réintégration dans le monde des hommes libres.

I n'en est rien, hélas. L'hiver a été rude pour ceux qui subissent l'avilissement, la dégradation, l'humiliation, autant de peine et de charge ajoutées à la privation de liberté. Il a fallu les recommandations urgentes – procédure exceptionnelle – du Contrôleur Général des lieux de privation de liberté, publiées au Journal Officiel le 6 décembre 2012, « illustrées » de photos qui disent parfois plus crûment les réalités et la brutalité des situations, pour que l'Etat ouvre – entr'ouvre ? – les yeux sur l'indignité et l'indicible de ses prisons. La question n'est pas tant de savoir ou de croire que l'Etat français sera à nouveau condamné dans un an, dans deux ans ou dans cinq ans grâce à la ténacité d'un détenu ; elle est de savoir si les images qui ont franchi les murs des Baumettes, les paroles libérées sont annonciatrices d'une prise de conscience définitive et d'une volonté effectivement traduite dans les faits de conduire une politique novatrice et ambitieuse : l'enfermement carcéral est une réponse mais pas la seule et, lorsqu'elle s'impose comme l'inévitable réponse, cet enfermement ne doit pas être source d'une violence ajoutée à la violence nécessaire



PAR Bruno REBSTOCK
*Membre du bureau, Président de la
commission pénale*

de la peine au risque de conforter la désocialisation.

Faut-il s'extasier devant le ripolinage hivernal de quelques cellules, le remplacement des ampoules et la pose de vitres sur les ouvertures de cellules qui en étaient dépourvues depuis des mois ? Faut-il être admiratif devant les campagnes de dératisation et la mise à distance convenable des ordures ? L'arrêt rendu par la CEDH ce 25 avril constitue, paradoxalement, une avancée indéniable en ce qu'au-delà de la promiscuité liée à la superficie des cellules sur-occupées, la Cour prend en compte « d'autres aspects des conditions de détention », notamment « la possibilité d'utiliser des toilettes de manière privée, le mode d'aération, l'accès à la lumière, la qualité du chauffage et le respect des exigences sanitaires de base ». Pour la Cour « l'effet cumulé de la promiscuité et des manquements relevés aux règles d'hygiène ont provoqué chez le requérant



des sentiments de désespoir et d'infériorité propres à l'humilier et à le rabaisser ».

Seule la vigilance collective – celle de l'OIP et du SAF notamment – conjuguée à l'exercice effectif de tous ses pouvoirs par un Contrôleur Général des Lieux de privations de Liberté qui honore sa fonction, des Juges administratifs parfois meilleurs gardiens des libertés individuelles que le Juge judiciaire, aura permis d'obtenir un frémissement des autorités étatiques. Contre les contorsions et arguties juridiques de l'Etat, le Juge des référés administratif (TA Marseille, 13 décembre 2012) puis plus encore le Juge des référés du Conseil d'État (Ordonnance du 22 décembre 2012) annonçaient les termes à venir de l'arrêt du 25 avril 2013. Mais le Centre pénitentiaire des Baumettes n'est pas une exception. Saint Briec, Nuutania en Polynésie : à tous les points cardinaux de la Terre des Droits de l'Homme s'élèvent les mêmes indignités ; elles appellent au même sursaut. Durant les mois qui viennent, nous devons veiller à rester vigilants afin que les recommandations urgentes du Contrôleur Général des Lieux de privation de liberté n'aient pas été un cri inutile dont on redécouvrira le bien fondé à la prochaine décennie.

Rappelons-nous qu'à l'aube des années 90 le Comité Européen pour la Prévention de la Torture avait déjà sévèrement tancé les autorités françaises (Rapport au Gouvernement de la République française relatif à la visite effectuée par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants en France du 27 octobre au 8 novembre 1991, situation des Baumettes, §§ 91-92). À cet avertissement, faisait écho quinze ans

plus tard celui du Commissaire européen aux Droits de l'Homme du Conseil de l'Europe, Alvaro Gil-Robles. Et depuis ? Regardons les photos annexées aux Recommandations publiées le 3 décembre 2012 et mesurons l'immobilisme qui aura marqué ces vingt dernières années. Immobilisme ? Peut-être pas. Ce serait oublier la politique d'enfermement conduite durant ces dix dernières années par l'effet conjugué de l'accroissement du champ pénal et des situations de récidives sanctionnées d'une réponse pénale toujours plus orientée vers la prison. Accroissement exponentiel du nombre de détenus, facilité de la réponse pénale, résultat inexistant en matière de lutte contre la récidive. Pouvait-il en être autrement ? Certainement pas avec une politique axée sur l'apparence et l'affichage et qui aura consacré la dangerosité passée, présente et à venir, souvent supposée ou imaginée faute de critères scientifiques sérieux, comme l'alpha et l'oméga de la Justice pénale : peines-plancher, rétention de sûreté, création des Juridictions interrégionales spécialisées, multiplication des circonstances aggravantes.

Un printemps sans bourgeon ?

Abolition des peines plancher, politique pénale ambitieuse marquée par une réflexion sur le sens de la peine, l'efficacité de la sanction, les visages de la sanction. Ces promesses, ces esquisses ambitieuses ont nourri les incorrigibles optimistes et ont suscité l'attention bienveillante des sceptiques. L'abrogation de la loi du 10 août 2009 instaurant les peines plancher était une promesse forte et attendue. Sa mise en œuvre ne ressort d'aucune considération économique. Et pourtant, le bilan est inquiétant : une circulaire prise en septembre 2012 invitant à ne plus requérir cette peine

inefficace et attentatoire à la liberté du Juge dont le respect est à géométrie variable selon l'humeur et les orientations de tel ou tel parquet. De loi d'abrogation, il en est encore question, mais quand ? Et puis des voix s'élèvent, parmi lesquelles on entend aussi, en tendant l'oreille, celle qui avait promis et qui chante l'air du « oui mais », « il faudra voir »...

Puis vient l'ambitieuse démarche de la Conférence de consensus sur la lutte contre la récidive : personnalités qualifiées, experts, travaux préparatoires dont chacun a pu mesurer la qualité. La Conférence elle-même les 14 et 15 février 2013, rares moments d'échanges raisonnés, loin des agitations populistes. Des recommandations qui osent bousculer le totem de la prison, qui ambitionnent de repenser le sens de la peine, qui éclairent d'un jour nouveau la prise en charge du détenu lorsque l'enfermement a été la première réponse possible, qui veulent donner une effectivité et une réalité à des évidences si longtemps négligées, voir niées : le condamné détenu a vocation à retrouver la liberté, il reste toujours un homme. Certes, ces recommandations sont récentes, certes, les pouvoirs publics sont confrontés à une situation sociale et économique difficile, mais cependant, seule notre vigilance permettra de traduire législativement des recommandations qui ouvrent enfin d'autres perspectives.

Est-ce trop dire combien nous aurions souhaité et attendons toujours impatiemment de voir soumis au Parlement le projet de loi d'abrogation des peines plancher ainsi qu'un ambitieux projet de loi, qui s'inspirant des recommandations et conclusions de la Conférence de consensus, concrétiserait enfin la volonté annoncée de lutter contre la récidive et, partant, contre l'enfermement carcéral, désocialisant et facteur de cette récidive, dans des conditions qui condamnent et qui déshonorent la France ? Il y a urgence. Il y a toujours urgence.

Pas de printemps pour... la loi pénale ?

Nul n'a évidemment oublié cette mécanique angoissante qui fût à l'œuvre durant ces dix dernières années notamment et qui aura consisté à concevoir et faire adopter dans l'urgence, dans le souffle brûlant d'une opinion publique excitée, des lois de circonstance, réponse inefficace, inadaptée mais voyante aux pires faits divers. Ces lois ont été souvent redondantes, s'épuisant dans des surqualifications pénales sans enjeu effectif, censurées par le Conseil constitutionnel : tel fut le sort de la consécration dans notre droit pénal du crime d'inceste alors même que par le jeu des circonstances aggravantes, ce crime

était déjà incriminé et réprimé en tant que tel et dans sa spécificité.

Depuis le dernier printemps, le torrent impétueux semblait s'assagir... Jusqu'au dérapage d'un homme, Jérôme CAHUZAC. L'exigence d'une réponse immédiate, l'appétit ressuscité de l'opinion publique, a conduit le Président de la République à annoncer dès le 10 avril 2013 la création d'un Parquet à compétence nationale et la création de règles de procédure spécifiques, outre l'aggravation des peines encourues et la peine complémentaire d'inéligibilité pour mieux lutter et réprimer la corruption et les grandes fraudes fiscales. Un projet de loi a été présenté en Conseil des ministres dès le 24 avril 2013 pour une discussion parlementaire dans les prochaines semaines.

Est-ce oublier que la lutte contre la délinquance économique et financière a été la première forme de délinquance à susciter la création d'un parquet, de juridictions d'instruction et de jugement spécialisées ? Les pôles financiers ont été créés avant même que ne soient créés des pôles judiciaires de santé publique ou de lutte contre les crimes contre l'humanité. Ces pôles financiers ont bénéficié de moyens conséquents au regard de ceux alloués à la justice « ordinaire ». Ces pôles spécialisés sont rapidement devenus des enjeux de petites politiques judiciaires pour qui voudra bien se souvenir de l'affaiblissement notoire et rapide de la saisine des juges d'instruction spécialisés lorsque le pouvoir politique préfère l'enlèvement des enquêtes préliminaires.

Derrière cet événement, s'ouvre à nouveau la crainte de la poursuite d'une politique pénale qui se construit et s'épanouit sur la multiplication des législations particulières et des procédures dérogatoires. Cette orientation doit nous inquiéter, nous alerter et nous révolter à l'heure où des voix toujours plus nombreuses s'élèvent pour dénoncer les dérapages des juridictions spécialisées, la multiplication des régimes dérogatoires et le recours déraisonnable à des surqualifications pénales dont le seul intérêt est de permettre la mise en œuvre de régimes particuliers de garde à vue, de détention provisoire et de tous autres moyens d'investigation, souvent, hélas, au prix d'une marginalisation croissante d'un exercice effectif des droits de la défense.

En cette année 2013, l'hiver semble s'attarder. Ni les horizons célestes, ni les horizons politiques ne semblent porteurs d'espoir. Vigilance de chacun et de tous : nos combats syndicaux restent plus que jamais nécessaires et indispensables. ■

Agenda ²⁰¹³

PROGRAMMES ET BULLETINS D'INSCRIPTION À TÉLÉCHARGER SUR NOTRE SITE :
LESAF.ORG RUBRIQUE ÉVÉNEMENTS À VENIR

SAMEDI 8 JUIN 2013

Colloque Administratif

LA JUSTICE ADMINISTRATIVE - EVOLUTIONS, RÉVOLUTION

Ecole des Avocats de la région Rhône Alpes
20 Rue général Dayan 69100 Villeurbanne

SAMEDI 5 OCTOBRE 2013

Colloque Famille

DROIT PÉNAL DE LA FAMILLE

Maison de l'Avocat Versailles

SAMEDI 19 OCTOBRE 2013

Formation Pénale

Maison de l'Avocat Bobigny

**VENDREDI 8, SAMEDI 9
ET DIMANCHE 10 NOVEMBRE 2013**

40^e Congrès du SAF - Lyon

SAMEDI 7 DÉCEMBRE 2013

Colloque Social

Université Paris Dauphine - Paris

« L'Indépendance du parquet en question »

INTRODUCTION C'était le thème d'un colloque organisé le 5 avril 2013 par le SAF Bordeaux avec la participation de l'Ordre, de l'Université et du monde judiciaire.



Question maintes fois posée faute de réponse définitive, l'indépendance est une notion dynamique qui s'apprécie et se réévalue en fonction de l'évolution des pouvoirs dont le Parquet voudrait s'abstraire : cette indépendance ne saurait être définitivement acquise car toujours en mouvement.

Six ans après un précédent colloque pénal du SAF sur le même thème à Marseille le 12 mai 2007, après le scandale d'Outreau, la question connaît une actualité renouvelée depuis les derniers arrêts de la CEDH¹, contestant au ministère public français la qualité d'autorité judiciaire, et l'évolution, voire la scission jurisprudentielle française entre le conseil constitutionnel² et la cour de cassation³.



PAR Isabelle RAFFARD

*Présidente SAF BORDEAUX,
Membre du Conseil Syndical*

L'ensemble de ces juridictions, en dépit de fondements textuels et analyses apparemment divergents, aboutissent au constat de l'incompatibilité du statut du parquet, en raison de son absence d'impartialité et d'indépendance à l'égard de l'exécutif, avec les fonctions quasi juridictionnelles qui lui sont désormais dévolues dans des domaines touchant aux libertés individuelles (CRPC, garde à vue, hospitalisation sous contrainte, mesures pénales alternatives aux poursuites, composition pénale, mandat d'arrêt européen...)

Or la question du statut est liée à celle des missions : il n'est pas reproché au parquet d'être partial ou dépendant de l'exécutif, tant qu'il ne sort pas de ses

1 - CEDH : 10 juillet 2008 et 29 mars 2010 - Medvedyev c/ France ; 23 novembre 2010 - France Moulin c/ France

2 - Conseil Constitutionnel Décision 2004-492 du 02 mars 2004 ;

3 - Cass Crim 15 décembre 2010

fonctions traditionnelles de choix des poursuites et de réquisition ; ce qui pose problème est le constat unanime d'un rapport défavorable en France entre l'importance des pouvoirs croissants donnés au parquet et la fragilité de son statut.

Cette place particulière et ambiguë des magistrats du parquet au sein des pouvoirs, judiciaire et exécutif, pose désormais la question de savoir si le lien doit être coupé avec le pouvoir exécutif ou avec le pouvoir judiciaire...

Questionner l'indépendance des magistrats du parquet, et ce qu'on en attend, c'était s'interroger sur l'émergence d'un pouvoir autonome, à la légitimité éventuellement contestable, ou moins radicalement poser les jalons d'une indépendance mieux garantie à l'égard des abus, en un mot répondre à la suspicion et à la crise de confiance constatée.

L'enjeu est considérable en ce qu'il relève du principe de la séparation des pouvoirs, exigence démocratique ancienne interdisant la concentration des fonctions législatives, exécutives et judiciaires, et de laquelle procède l'indépendance des juges.

Indépendance et impartialité des juges : principes fondamentaux de sûreté - séparation des pouvoirs - procès équitable

Les textes fondamentaux et internationaux⁴ consacrent le lien nécessaire entre libertés et sûreté, forme des institutions politiques et autorité de la loi, comme autant de garanties qui protègent le citoyen dans son rapport volontaire ou contraint avec la justice.

La crise de confiance actuelle met en cause la conception française très particulière d'une séparation qui ne concerne en réalité que les pouvoirs législatifs et exécutifs.

Les institutions françaises se sont en effet construites en limitant les attributions de l'autorité judiciaire à l'égard de la puissance publique :

D'abord en instituant une juridiction administrative, pour soustraire les actes du pouvoir législatif ou exécutif du contrôle des tribunaux judiciaires⁵ ;

Puis par la hiérarchisation des magistrats du parquet sous l'autorité directe du pouvoir exécutif, qui nous intéresse ici.

Cette construction semble difficilement compatible avec l'exigence d'une justice indépendante et impartiale, que la Cour Européenne des Droits de l'Homme exige cumulativement pour reconnaître la qualité d'autorité judiciaire, garantie du procès équitable⁶.

Cette impartialité s'apprécie doublement : impartialité subjective (et présumée) du juge ou du tribunal (ce qui fonde le secret des délibérés, et les possibilités de récusation, d'abstention et de dépaysement) ; impartialité objective, statutaire et organique, mais aussi fonctionnelle (séparation des fonctions d'instruction, de poursuite et de jugement, et double degré de juridiction).

En vertu de la théorie des apparences, cette impartialité objective ou fonctionnelle est la condition de la « confiance légitime que doivent inspirer les tribunaux d'une société démocratique ».

Or c'est précisément le critère de l'impartialité objective qui fait défaut pour les magistrats du parquet.

Perspectives ?

Cependant au-delà du constat la question reste ouverte et les avis divergent sur les solutions possibles, plus ou moins radicales (si l'on écarte les pistes, que personne n'évoque sérieusement, de juges élus ou de simples fonctionnaires).

Le maintien du statut actuel de dépendance à l'égard du gouvernement est majoritairement justifié par l'exigence de cohérence nationale d'une politique pénale qui relève de la responsabilité du gouvernement et dont le parquet, garant d'une égalité des citoyens devant l'application de la loi, reste à ce jour le levier principal.

Ce statu quo impliquerait alors une réduction des missions et pouvoirs du parquet, peu probable, bien qu'elle s'impose logiquement sauf à s'exposer à des condamnations plus précises, de la CEDH notamment.

D'autres proposent alors d'abandonner la fiction de l'unité judiciaire, en séparant les corps, la formation et les carrières du siège et du parquet ;

4 - Articles 5 (§1 a et c, § 3), et 6 de la CEDH ; article 14 -1 du Pacte international relatifs aux droits civils et politiques

5 - Conseil constitutionnel 23 janvier 1987, « conception française de la séparation des pouvoirs »

6 - CEDH : 1^{er} juillet 1978 - Lawless c/ Irlande ; 4 décembre 1979 - Schiesser c/ Suisse ; 23 octobre 1990 - HUBER c/Suisse ; 10 juillet 2008 et 29 mars 2010

Notre confrère Alain Molla, brillant pénaliste du SAF, revendique depuis longtemps d'avoir un adversaire institutionnel clairement identifié, et qui assume sa partialité inéluctable de défense de l'intérêt général, pour redonner à la défense des intérêts particuliers toute sa place face au juge qui trancherait dégagé de toute connivence institutionnelle.

Cette idée a été fortement évoquée suite au scandale d'Outreau⁷, mais porte le risque de dérive accusatoire, le mythe de l'égalité des parties ne résistant pas aux inégalités économiques de la défense et à la réalité pathétique de l'aide judiciaire.

Les réformes en cours dessinent une voie intermédiaire : maintien de l'unité du corps judiciaire, et des missions actuelles du parquet, mais avec un statut plus indépendant : réforme du Conseil Supérieur de la Magistrature et rapprochement des garanties apportées sur les nominations et l'indépendance dont jouit seul le Siège.

Il apparaît déjà que ces garanties, certes indispensables, seront insuffisantes comme elles le sont déjà pour les magistrats du siège : tous réclament un pouvoir de proposition sur les nominations, et non seulement d'avis, même conforme, du CSM, pour enlever la gestion quasi exclusive des carrières au garde des Sceaux.

Urgence d'une vraie réponse

Or, il est important de souligner que le problème n'est pas tant dans les solutions, multiples, qu'on peut donner au problème, mais dans le fait que la question se pose : la crise de confiance est certaine, et il faut y répondre.

Nous sommes dans un moment de l'histoire des libertés publiques où l'État est devenu omniprésent, dans tous les domaines de la vie sociale, et plus particulièrement dans le domaine du maintien de l'ordre et de la protection contre la délinquance et le terrorisme, au prix de restrictions des libertés.

L'équilibre des pouvoirs est fragile, et le problème essentiel vient de leur propension naturelle à l'expansion. Le questionnement survient avec plus d'acuité aujourd'hui du fait de la suprématie de l'exécutif, et on peut d'ailleurs lire l'accroissement du



rôle et des missions du parquet comme l'expression de cet excès d'emprise.

La mainmise du Garde des Sceaux paraît cependant moindre que l'hypertrophie hégémonique du ministère de l'Intérieur sur la Justice, contribuant à brouiller les repères de l'opinion quand de surcroît l'institution judiciaire est évaluée, voire attaquée, à l'aune d'objectifs politiques sécuritaires.

Dans ce contexte, l'engagement de Mme TAUBIRA, devant le congrès du SAF en Novembre dernier à Caen, de restaurer les frontières de son ministère contre toute immixtion dans la sphère de compétence judiciaire paraît essentiel, contre la tendance contraire lourdement portée depuis 10 ans en France, mais généralement constatée dans un monde obsédé par le sécuritaire.

Quand le Parquet apparaît comme le bras armé de l'exécution des politiques pénales, qu'il ne cautionne pas nécessairement tant elles procèdent trop souvent de l'affichage volontariste ou démagogique, on peut concevoir son aspiration à l'indépendance.

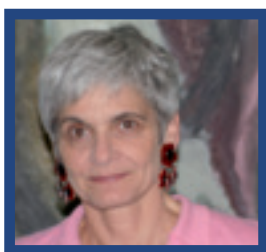
Mais se pose alors la question, encore impensée, d'une légitimité nouvelle à trouver : à défaut il risque d'être difficile de représenter l'intérêt général en postulant qu'il n'est pas le même que celui actuellement monopolisé par le pouvoir démocratiquement élu. ■

⁷ - Proposition n° 65 de la commission d'enquête parlementaire relative aux dysfonctionnements de la justice : « séparer les fonctions des magistrats du siège et du parquet à l'expiration d'un délai maximal de 10 ans à l'issue de sortie de l'ENM »



(Re) Créer une commission au SAF

INTRODUCTION La Coalition française pour la Cour pénale internationale (CFCPI), regroupant 43 ONG et présentée par son Président, Simon Foreman, comme un « aiguillon auprès des pouvoirs publics français », organisait un colloque le 13 décembre 2012, « la CPI 2002-2012, regard sur ces dix premières années ». L'objectif était de mobiliser le public sur la défense d'une jeune institution fragilisée par les critiques qui ont accompagné ses premiers pas, mais qui constitue un progrès considérable de la justice pénale internationale. Le colloque a été, pour les confrères « safistes » qui s'y sont retrouvés, l'occasion de découvrir le travail de la CFCPI - dont le SAF est membre, et de renouer avec le désir de créer au sein de notre syndicat une commission qui serait dédiée à la justice pénale internationale.



PAR Dominique MAUGEAIS
SAF Caen, Membre du Conseil Syndical

Une telle commission a déjà tenté de voir le jour, en 2007, autour de Régine Barthélémy, Marianne Lagrue, Didier Liger, Françoise Mathe, Laurence Roques,

François Roux et Pascale Taelman. Il ressort d'un compte-rendu de réunion du 6 juillet 2007 que l'adhésion du SAF à la CFCPI date de cette époque. Pascale Taelman était initialement désignée pour représenter le SAF à la coalition et Guillaume Traynard lui a succédé dans cette fonction. Depuis 2007, la participation a été effective et efficace puisque le SAF fait partie du bureau de la CFCPI.

► Pourquoi étendre le champ d'action de notre syndicat à la justice pénale internationale ?

Le SAF ne s'est-il pas engagé en devenant membre de la CFCPI ? À ce titre, il doit à la coalition une participation au travail commun qui sera mieux assurée collectivement, au sein d'une commission – à condition que les échanges s'instaurent entre notre représentant à la CFCPI et la commission.

En outre, la justice pénale internationale est encore à construire et le colloque CFCPI de décembre 2012 a mis en lumière la dynamique de chantier des acteurs de la justice pénale internationale qui ont bien conscience d'en construire les principes en édictant des règles de fonctionnement. Le SAF peut travailler à définir une position politique pour œuvrer à cette construction (conquête d'une réelle compétence universelle pour les tribunaux français et promotion de la compétence des juridictions internationales).

En troisième lieu, la place de l'avocat, en défense comme au soutien des victimes, est à « inventer » au sens où les divers systèmes judiciaires présents sur le globe ont vocation à régir les situations de ces procès à dimension internationale. La Cour pénale internationale de La Haye et toutes les juridictions ad hoc constituées sous l'égide des Nations Unies (Tribunal pénal international pour la Yougoslavie et pour le Rwanda, Tribunal spécial pour

le Liban, pour le Cambodge, pour la Sierra Leone, Tribunal spécial irakien) élaborent leur fonctionnement procédural au fur et à mesure.

Enfin, sur notre créneau purement professionnel, il faut parfois assurer la défense de la Défense : protection des avocats et des membres des équipes de défense et il convient de se préoccuper de la formation des avocats à ce nouveau champ de compétence (défense pénale et assistance des victimes dans les poursuites contre les crimes internationaux). Le SAF, qui participe déjà à la veille de protection de la défense pénale internationale, peut encourager la formation à cette activité, l'accompagner, voire y participer.

► L'intérêt de la justice pénale internationale mérite que le SAF lui consacre du temps, de la réflexion et de l'énergie. Ce travail serait à mener en concertation avec la commission pénale du SAF et en lien avec Avocats Sans Frontières.

Quels objectifs pour la commission ?

Le débat au Conseil syndical, lors de sa réunion d'avril dernier, a permis d'identifier les difficultés suivantes, susceptibles de devenir des thèmes de réflexion et d'action pour le SAF :

- Droits de la défense, reconnaissance et statut du témoin-victime, sort de l'accusé acquitté
- Indépendance et impartialité des juges, statut du procureur et moyens de la défense devant les juridictions internationales
- Mécanismes de la compétence universelle du juge français.

Il appartiendra à la commission elle-même de circonscrire son champ :

- Perspectives de travail
- structuration de la synergie SAF- CFCPI et coopération SAF /ASF
- inventaire des ressources et constitution d'un réseau ■

Nouvelle chronique de La Lettre du SAF, le SAF S’AFFICHE entend présenter des associations et autres organisations dont le chemin croise ou suit celui du SAF.

Avocats Sans Frontières, là où la Défense n’a plus la parole

INTRODUCTION Ouvrir cette rubrique avec une association d’avocats dont l’objet est d’assurer la défense de toute personne privée de recours à un avocat libre et indépendant et des avocats et défenseurs des droits de l’Homme victimes de menaces ou agressions en raison de leur exercice professionnel, et dont le SAF est membre fondateur, s’est imposé naturellement.

La direction d’ASF-France

Aujourd’hui, ASF-France est présidée par Catherine Mabilie¹, avocate au barreau de Paris (membre du SAF), pour un mandat de 3 ans. Elle succède à Philippe Moriceau, avocat et ancien bâtonnier du barreau de Bayonne. Lui-même avait eu la lourde tâche de remplacer François Cantier, Président fondateur d’ASF-France, avocat au barreau de Toulouse (membre du SAF).

1 - Avocate de l’ex-chef de milice congolais Thomas Lubanga devant la Cour Pénale Internationale



PAR Marianne LAGRUE
SAF Paris, Élu(e) SAF au CNB

Catherine Mabilie² précise qu’« ASF France intervient à différents niveaux : en donnant l’alerte sur des cas de personnes en danger, aux côtés d’un confrère sur place pour plaider un dossier lorsqu’il existe une convention bilatérale ou en

2 - Avocate sans frontière, La Semaine Juridique Édition Générale n° 8, 18 février 2013, 194



soutien à la préparation d'un dossier. Pour 2013, une dizaine de programmes sont en cours, subventionnés par l'Union européenne et l'Agence française de développement mais aussi par des personnes privées (organisations professionnelles, cabinets ou avocats individuels), au Cambodge, Laos, Nigéria, Mali, Cameroun, Nicaragua et Birmanie ».

Les avocats, tous bénévoles

Si ASF-France dispose d'une équipe de salariés au siège historiquement situé à Toulouse³, tous les avocats, acteurs des missions, sont bénévoles.

Ce bénévolat répond au choix des fondateurs d'ASF-France. Les acteurs entendent ainsi, d'une part, continuer à exercer leur profession et, d'autre part, ne pas devenir des professionnels de l'« humanitaire ». Ce choix éthique a pour corollaire que les missions sont organisées et coordonnées par un avocat - chef de projet.

L'autre corollaire est de travailler en partenariat avec les confrères locaux pour leur laisser la place : les aider lorsqu'ils sont en danger -comme en Colombie, mission dirigée par Françoise Mathe, membre fondatrice d'ASF, avocate à Toulouse et élue SAF au CNB- ; les assister dans la réorganisation des barreaux après un conflit, comme au Kosovo -mission extraordinaire assurée par Annie Delahaie, avocate à Toulouse et Françoise Gautry, avocate à Brive-.

3 - 8 rue du Prieuré 31 000 Toulouse

Les équipes d'ASF-France se dégagent des missions dès que possible.

Un exemple : le Cambodge et la défense des victimes devant les Chambres Extraordinaires créées au sein des Tribunaux Cambodgiens (CETC).

Martine Jacquin, chef de projet de la mission Cambodge depuis dix ans y a développé plusieurs actions :

- ▶ la formation à destination des élèves avocats à l'heure où le barreau du Cambodge se reconstruisait,
- ▶ le renforcement de l'aide judiciaire au Cambodge,
- ▶ la défense des victimes devant les Chambres Extraordinaires créées au sein des Tribunaux Cambodgiens (CETC). Cette action a pour objectif de faire reconnaître le statut des victimes du régime des Khmers Rouges, en tant que parties civiles, devant les CETC.

Les Chambres Extraordinaires créées au sein des Tribunaux Cambodgiens⁴, par le gouvernement Cambodgien sous l'égide de l'ONU, afin de juger les principaux responsables des crimes - trois millions de personnes sont mortes - commis sous le régime des

4 - Site internet des CETC : <http://www.eccc.gov.kh/fr>



Khmers Rouges entre 1975 et 1979, sont entrées en fonction en juillet 2007.

Aucun fonds n’avait été prévu pour la représentation légale des victimes, pourtant autorisées à participer au procès.

Martine Jacquin a agi aux côtés d’autres groupes d’avocats cambodgiens et internationaux afin de faire entendre la voix des victimes, qui ont ainsi eu la possibilité de se faire représenter pour la première fois devant un tribunal international ad hoc, en tant que partie civile.

Avec une équipe d’avocats membres d’ASF-France, - Philippe Canonne, avocat à Aurillac, Laure Desforges, avocate à Epinal, Hervé Diakiese, avocat à Paris, Isabelle Durand, avocate à Toulouse, Marie-Dominique Flouzat, avocate à Paris, Françoise Gautry, avocate à Tarbes, Christine Martineau, avocate à Paris, Barnabé Nekui, avocat à Douala (Cameroun), Ferdinand Djammen Nzepa, avocat à Toulouse, Elisabeth Rabesandretana, avocate à La Rochelle, Fabienne Trusses, avocate à Tarbes -, Martine Jacquin a très vite recueilli les premières plaintes des victimes, les a aidées à constituer leurs dossiers et les a défendues dès le premier procès introduit contre Duch, dossier n° 001.

Lors du procès de Kaing Gueg Eav, alias Duch, ancien Directeur du Centre de détention et de torture S 21, responsable de la mort de plus de 12 000 personnes, l’équipe d’ASF-France a représenté 28 des 90 parties civiles.

Des avocats d’autres barreaux européens et l’Ordre de Paris avec Pierre-Olivier Sur⁵, ont également assisté des victimes.

Le 3 février 2012, la Chambre de la Cour Suprême des CETC a condamné Kaing Gueg Eav à une peine de réclusion à perpétuité.

Pour coordonner la défense des parties civiles représentées par de multiples avocats, l’Unité des Victimes aujourd’hui Section d’Appui aux Victimes du Tribunal (SAV) a été créée, malgré, à l’époque, l’opposition des avocats redoutant une discrimination des droits de la défense des parties civiles. Notre consœur du barreau de Montpellier, Elisabeth Simonneau-Fort⁶, nommée co-avocate principale des parties civiles, a pris la tête de cette Section.

Ainsi que le révèle Martine Jacquin, Elisabeth Simonneau-Fort a réussi à donner sa place à chacune des équipes défendant les parties civiles.

Martine Jacquin a alors réorganisé l’équipe d’ASF-France en vue de continuer la défense des parties civiles à l’occasion du second procès. Cette équipe est constituée d’avocats cambodgiens et est animée par Christine Martineau⁷, qui travaille à Phnom Penh depuis le mois de juin 2012 et suit le dossier n° 002, autrement dit le procès des quatre anciens hauts responsables du régime encore en vie : Khieu Samphan, Nuong Chea, Ieng Sary – décédé le 14 mars 2013 - et Ieng Thirith – déclarée irresponsable pour cause de maladie mentale-.

Lorsque les parties civiles arguent de l’urgence, elles ne se trompent pas : terminer le procès est un impératif au risque de voir les accusés disparaître tour à tour avant l’échéance : le verdict.

L’équipe d’ASF France représente aujourd’hui 1135 parties civiles sur un total de 3867. Toutes ont foi dans le processus pédagogique d’un procès serein et abouti.

La diversité des missions

D’autres missions vous attendent aussi :

- ▶ au Cameroun avec Charlotte Lévy, avocate à Montauban : pour la dignité en détention ; respect des garanties pour les personnes privées de liberté
- ▶ au Laos avec Martine Jacquin, avocate à Paris : pour le renforcement du rôle des avocats
- ▶ au Mali avec Jean-Claude Nicot, magistrat : pour le respect des droits des personnes privées de liberté
- ▶ au Nigéria avec Jean-Sébastien Mariez et Cécile Ostier, avocats à Paris : pour la lutte contre la torture et contre la peine de mort
- ▶ en Tunisie avec Yvan Paneff, avocat à Paris : pour le renforcement des capacités institutionnelles de l’Institut Supérieur de la Profession d’Avocat
- ▶ en défense d’urgence avec Nathalie Muller Sarallier, avocate à Nanterre.

Il suffit d’adhérer⁸ et de suivre une formation de deux jours sur l’utilisation des outils internationaux. C’est moins risqué que certaines missions... ■

<http://avocatssansfrontieres-france.org/>

5 - Dans les yeux du bourreau de Pierre-Olivier Sur, JC Lattès, 194 pp.

6 - Elisabeth Simonneau-Fort, avocate au barreau de Montpellier, membre fondateur de l’association « l’Avocat et l’Enfant » et membre d’un groupe d’avocats bénévoles au service des jeunes délinquants.

7 - Christine Martineau a succédé à Barnabé Nekui, qui a assuré la mission de janvier à juin 2012

8 - <http://avocatssansfrontieres-france.org/web/fr/55-adherer.php>

Poursuite du procès des avocats turcs et kurdes

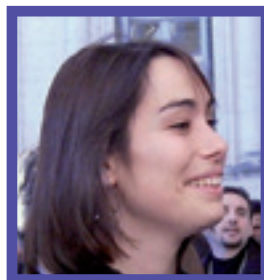
INTRODUCTION Le procès des avocats turcs et kurdes, arrêtés pour avoir exercé leur fonction de défense depuis le 21 novembre 2011, et dont les audiences ont débuté les 16, 17 et 18 juillet 2012 n'en finit pas de se poursuivre : 22 confrères sont toujours en détention provisoire, sous « régime terroriste ».

Les 46 avocats d'OCALAN¹, arrêtés sur le fondement des écoutes des entretiens « confidentiels » avec celui qu'ils défendent, sont poursuivis pour participation à une organisation terroriste ou pour être membres du comité dirigeant d'une entreprise terroriste, dénommée KCK (communauté des communes du Kurdistan), ou pour avoir transmis des ordres : ils se sont réunis, c'est donc une organisation ; ils défendent un terroriste et parlent kurde, détiennent des livres autorisés mais politiques, ils sont donc terroristes ; il y a eu 178 morts du fait de la guérilla, de 2005 à 2011 période incriminée, c'est donc qu'ils ont transmis des ordres...

Le procès précédemment accueilli dans des conditions indignes (les avocats étaient assis à terre) dans une salle minuscule du très moderne, vaste et imposant Palais de Justice d'ISTANBUL a été délocalisé à SILIVRI, plus grand centre pénitentiaire au sein duquel la plus grande salle d'audience de Turquie a été construite pour les grands procès.

SILIVRI présente plusieurs avantages : gardé par l'armée, derrière des barbelés, situé à 80 km d'Istanbul, sans desserte de transports, difficile d'accès pour les familles ; SILIVRI est loin de la presse et des observateurs.

La crainte de l'enlèvement du procès est confirmée : les audiences sont perlées au rythme d'une journée tous les trois mois. Les observateurs avocats et organisations d'avocats, dont le SAF, et de défense des Droits de l'Homme de plusieurs pays d'Europe sont présents à toutes les audiences.



PAR Sophie MAZAS

*SAF Montpellier,
Membre du Conseil Syndical*

L'audience du 6 novembre 2012, qui n'a duré que deux heures, a été essentiellement axée autour de la demande de s'exprimer en kurde, les confrères prévenus refusant désormais de s'exprimer en turc. Il faut relever que les enregistrements et courriers en kurde à charge ont, eux, été traduits en turc... Un confrère incarcéré en est à son 24^e jour d'une grève de la faim qui concerne également des centaines de prisonniers kurdes (y compris des élus). Leur demande : s'exprimer en kurde devant les juridictions et la fin de l'isolement d'OCALAN, qui n'a pas vu ses avocats depuis juillet 2011².

En rupture du fait du rejet de la demande de s'exprimer en kurde, la défense quittera la salle et le Président continuera à interroger les prévenus, qui refusent en kurde ou turc de répondre, et se permettra de modifier les propos du dernier confrère interrogé, lorsqu'il les fera acter au PV d'audience.

Le 3 janvier 2013, le procès prend sa dimension réelle, de procès politique de masse, de type stalinien, dans la grande salle d'audience de SILIVRI, double gymnase agrémenté de deux colonnes pour la symbolique et de barrières de sécurité en plus des militaires, pour la symbolique également.

Un confrère prévenu, s'exprimant, en turc, en début d'audience, pour l'ensemble des prévenus, insiste sur le fait qu'ils sont les avocats d'OCALAN, que

1 - Leader du PKK (Parti des Travailleurs du Kurdistan), fondé en 1978, qui depuis 1984 a mené une lutte armée pour revendiquer les droits des kurdes, OCALAN a été arrêté en 1999 et condamné pour terrorisme. Il est incarcéré en régime d'isolement dans l'île prison d'IMRALI.

2 - Dans le cadre des pourparlers engagés depuis le 3 janvier 2013, seuls des députés du BDP ont été agréés par le gouvernement pour le rencontrer. Ses avocats continuent de se voir opposer des refus toutes les semaines.



c'est à ce titre qu'ils l'ont rencontré et refusent de livrer le contenu des entretiens, qui pourtant ont été enregistrés. Il rappelle que c'est le Procureur Général qui les obligeait à faire leur demande par le biais du Cabinet ASRIN pour aller sur l'île-prison d'IMRALI rencontrer OCALAN. Et ce cabinet est présenté aujourd'hui comme la pierre angulaire de l'organisation terroriste... Il dénonce un procès politique.

Les autres confrères s'expriment en kurde ; leur interrogatoire dure 30 secondes. La stratégie a été de limiter le temps de parole des prévenus pour que la défense puisse avoir le temps de plaider !

Lors de l'audience du 28 mars, la loi autorisant l'usage du 'kurmanci' a été votée et le Président accepte désormais les auditions en kurde, les interprètes étant bien sûr à la charge de la défense...

Systématiquement la défense fait appel aux principes de l'État de droit, rappelle la nécessité de l'immunité de la défense dans un État de droit et le traité de La Havane sur les droits de la défense. Elle finit par en appeler à la moralité du juge, à la place qu'aura le procès dans l'Histoire.

Sur un plan plus technique, la défense dénonce l'illégalité des écoutes des entretiens entre un avocat et celui qu'il défend, la nécessité d'éléments matériels et d'adéquation entre les faits retenus et l'incrimination. Ainsi, pour un confrère, la seule écoute téléphonique à charge est celle d'un entretien avec un membre de BDP³ : « Bonjour ça

va ? Oui et toi ? Oui. Hier il n'y a pas eu d'entretien ? Non il n'y en a pas eu, merci. Au revoir »...

La défense demande que les écoutes téléphoniques à caractère privé ou non couvertes par des autorisations régulières soient écartées, tout comme les pièces issues des perquisitions des cabinets et des domiciles en violation des règles (présence des avocats, du Bâtonnier, autorisation du Procureur, règles techniques sur les saisies de matériel informatique modifiables. Elle dénie toute crédibilité aux propos du confrère sous procédure de repent⁴, qui incrimineraient les confrères prévenus. Son propre procès est toujours en cours.

Les confrères détenus dénoncent l'absurdité de l'incrimination et indiquent ne pas pouvoir se défendre face à l'absence de cohérence du dossier. L'accusation leur reproche ce qui constitue le rôle de l'avocat, ils ne peuvent que plaider coupable : ils sont avocats ! L'accusation leur reproche des activités politiques légales mais ils assument d'être des avocats engagés. Un des avocats prévenus rappelle que la jurisprudence de la Cour de Cassation turque indique que lorsqu'un avocat va voir un détenu c'est pour le défendre : cela ne peut pas être considéré comme rencontrer un membre d'une organisation terroriste et donc être un terroriste.

Les confrères détenus dénoncent le fait que les dossiers saisis à leurs cabinets et les pièces de leurs dossiers soient désormais des pièces à charge. Des faits pour lesquels ils ont été relaxés sont à nouveaux repris dans l'acte d'accusation (un confrère évoque 8 mises en examen et 8 relaxes...). Des livres autorisés et leur présence à des fêtes désormais autorisées (tel que le New Roz, nouvel an kurde) sont retenus à charge.

Un confrère a, retenu à charge à son encontre, la saisine qu'il a effectuée de la CEDH, un autre la lettre adressée aux avocats de Nelson Mandela !

Lors de la dernière audience, la partialité du juge a été ouvertement dénoncée, parfois avec humour, un humour triste qui n'essaie plus de masquer le théâtre que constitue ce procès. Procès politique, où tous ont espéré que la reprise de pourparlers entre le gouvernement turc (AKP, islamo-conservateur) et OCALAN depuis le 3 janvier 2013 conduirait à la

décembre 2009, après la dissolution du DTP, lui-même succédant aux DEHAP, HADEP, DEP et HEP (fondé en 1990).

4 - Lors des arrestations et placement en détention provisoire de novembre 2011, un des avocats membre du cabinet ASRIN a témoigné contre les confrères. Il n'est pas détenu et fait l'objet d'une procédure dissociée toujours en cours et n'est pas poursuivi dans la présente procédure.

3 - BDP : Parti pour la Paix et la Démocratie, parti légal kurde, fondé en

libération des confrères ; mais procès politique dans une situation complexe où les confrères sont un moyen de pression durant les négociations.

Tous les confrères, détenus ou de la défense, dénoncent l'arrestation et l'incarcération de neuf avocats de la défense qui étaient présents et plaidaient jusqu'à l'audience du 3 janvier 2013 pour la défense. Membres du CHD (Association des Avocats Contemporains/Modernes) ils étaient également les avocats de membres du DHKPC⁵, organisation d'extrême gauche, classée terroriste. Ils ont conseillé à ceux qu'ils défendent de ne pas signer les PV avec lesquels ils étaient en désaccord et leur ont rappelé leur droit à garder le silence... Ils seraient poursuivis pour terrorisme, l'acte d'accusation n'est pas encore connu.

Les confrères détenus ont aussi rappelé que la seule organisation à laquelle ils appartiennent est leur barreau ! Mais la répression de la liberté d'expression et de la défense, qui commence souvent par des minorités, s'élargit désormais.

Et c'est le Bâtonnier d'ISTANBUL, kémaliste⁶ revendiqué, opposant donc au pouvoir actuel comme ont pu l'être les kurdes, qui est attaqué, pour sa fonction de Bâtonnier. Bâtonnier des confrères en charge de la défense des militaires, qui font l'objet de grands procès depuis que la société civile a repris les rênes de la Turquie en 2002, il a joué son rôle dans un conflit entre ces confrères et les magistrats.

Il encourt pour cela de deux à quatre ans de prison, pour tentative d'influence du procès et des juges. Il passera devant le tribunal correctionnel de SILIVRI le 17 mai 2013. Deux autres poursuites pénales sont en cours à son encontre.

Le Bâtonnier d'ISTANBUL a été en première ligne lors de l'arrestation des avocats du CHD et est désormais présent au procès des confrères turcs et kurdes, avocats d'OCALAN. Et réciproquement ceux-ci étaient présents lors de l'assemblée générale extraordinaire du Barreau d'ISTANBUL du 18 mars 2013 qui a confirmé le Bâtonnier et le Conseil de l'Ordre, lesquels faisaient l'objet de demandes de destitution de la part de députés et d'avocats membres ou proche de l'AKP⁷ au pouvoir. Le clivage demeure entre les kémalistes,

les kurdes et la gauche mais la nécessité d'une justice impartiale est désormais une revendication commune. Prochaine audience le 20 juin 2013 : 22 confrères sont encore en détention provisoire.

Ce que nous faisons ici

Le SAF a pris toute sa part dans l'alerte effectuée, le 26 février 2013, auprès de la commission des Affaires Étrangères qui devait examiner le projet de loi de ratification des accords de coopération sur la sécurité intérieure, signé le 20 octobre 2011 par Claude Guéant, le ministre de l'Intérieur, avec son homologue turc. Ce texte permettrait d'échanger informations et savoir-faire, notamment pour lutter contre le terrorisme et pour le contrôle démocratique des foules. L'étude d'impact, incomplète, soulevait des questions, sans y répondre, sur la protection des données qui existerait au niveau de la CNIL. Aucune mention des procès en cours et de l'utilisation systématique de l'incrimination de terrorisme contre les avocats, les journalistes, les étudiants, les élus etc. Pourtant de nombreux documents, outre les rapports de la FIDH sur l'ensemble des défenseurs des droits de l'Homme, de RSF sur les journalistes, du SAF, du CNB, de la Conférence des Bâtonniers, de Barreaux pour les avocats, font état de l'utilisation dévoyée et abusive de l'incrimination de terroriste afin de limiter la liberté d'expression, tel que les résolutions de l'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe -dernier en date Résolution 1925, de 2013-.

Laurent Fabius, interpellé le 17 avril 2013 lors de son audition par la Commission des Affaires Étrangères de l'Assemblée Nationale, indiquait : « S'agissant de la Turquie, il est vrai à la fois que le PKK a décrété une « trêve » et que certains cas dont nous avons connaissance sont préoccupants. Est-il prévu de renégocier l'accord en matière de sécurité intérieure ? Je ne le pense pas. L'inscription de ce texte à l'ordre du jour de vos travaux dépend de la volonté de votre commission. L'article 2 de cet accord prévoit des garde-fous et nous devons en effet être vigilants quant au respect des droits de l'Homme ».

Malheureusement les garde-fous allégués sont inexistants, la procédure CNIL étant tellement obscure qu'elle n'a pas réussi à être comprise et expliquée dans l'étude d'impact de la loi. Et, en tout état de cause, la CNIL intervient a posteriori avec au mieux, après saisine, un pouvoir d'injonction consistant à cesser de transférer des données. Quant à celles déjà transmises, le mal sera fait. Difficile dans ces conditions de continuer à inviter des confrères turcs à témoigner, si ces conférences peuvent ensuite constituer des charges à leur encontre... ■

5 - DHKPC : Parti / Front Révolutionnaire de Libération du Peuple.

6 - Les kémalistes, au pouvoir par le biais du CHP (Parti Républicain du Peuple) jusqu'à l'arrivée de l'AKP en 2002, se reconnaissent dans la politique mise en place par le fondateur de la République Turque Kémal ATATURK et dans ses grands principes : turcité du territoire et des peuples, laïcité, place primordiale de l'armée.

7 - AKP : Parti pour la justice et le développement, au pouvoir depuis 2002, islam-conservateur.

NUMERUS CLAUSUS

Quid (what about) du numerus clausus ?

INTRODUCTION L'heure est grave. La GRANDE profession d'avocat s'interroge. Doit-elle réduire son accès, car l'heure est à l'ascèse et prévoir d'imposer un numerus clausus ?



PAR Marianne LAGRUE

SAF Paris, élue SAF au CNB

Poser seulement cette question perturbe l'esprit de l'avocat-profession-libérale.

Il tente, toutefois, de lutter contre la pensée unique¹ et manie plusieurs langues, voire plusieurs langages.

La langue latine fixe le bloc des grands principes et enracine la culture juridique. La langue anglaise dit la modernité et les affaires.

Les réformistes de la profession, pourtant, recourent au numerus clausus comme la solution du prétendu trop plein d'avocats.

Ab initio, rappelons que cette locution latine se comprend d'abord comme la « *limitation d'une catégorie de personnes à l'accessibilité à une fonction, un grade ou une profession, en vertu d'une loi ou d'une disposition réglementaire* »².

D'aucuns pourraient penser qu'il s'agit, seulement, de distinguer alors qu'il s'agit, aussi, de discriminer.

1 - Contre la pensée unique, Claude Hagège, chez Odile Jacob

2 - Le nouveau Petit Robert de la langue française

Le Dictionnaire historique de la langue française, nous le confirme : *Numerus clausus, n. m., est une expression latine attestée depuis 1908 en français, qui signifie « nombre fermé, clos » (de claudere, clausus « fermer »). Le terme désigne une limitation appliquée de manière discriminatoire à une catégorie de personnes, d'abord aux étudiants d'origine juive en Europe centrale (le terme pouvant avoir été formé en allemand), puis à toute mesure de sélection autoritaire*³.

Le *numerus clausus* est donc une **locution** latine. Locution, c'est-à-dire un syntagme, une suite de mots séparés mais qui forment **une unité de sens**. "Langue de bois", « langue de vipère », sont autant d'exemples de locutions nominales, que ne pratique pourtant pas l'Avocat qui respecte tact, délicatesse et courtoisie.

Pas plus que Monsieur Philippe Bilger, qui s'y connaît pourtant en « langue de p... » - soyons rassurés je sacrifie au plaisir de la formule comme exemple de locution nominale -. Dans son article⁴ intitulé « trop d'avocats » - pour un procureur quoi de plus normal ? - qui, en passant, nous apprend qu'il ne se trouvait pas assez talentueux⁵ pour devenir avocat et que « son rapport à la vérité [lui] semble un clivage essentiel entre le métier de défendre et le profane qui aspire à une vision moins tolérante et relativiste des choses et des êtres, autre chose de fondamental [l']aurait détourné du barreau, il cite huit avocats⁶ -cherchez la femme, calculez la moyenne d'âge - et nous conseille « Si on est lucide sur soi, on fait autre chose ». Magistrature, par exemple ?

Pas avocat, mais avocat général. *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.

La linguistique est une « science auxiliaire dans les disciplines juridiques »⁷. Nous le savions déjà.⁸

Le Conseil d'État en est également conscient qui a publié le guide de légistique⁹, pour nous alerter sur la portée de la locution « sous réserve » (à distinguer de celle de « sans préjudice ») qui indique l'ordre de prééminence entre deux dispositions en conflit, soit

qu'elles appartiennent à deux textes différents, soit qu'elles se situent à l'intérieur d'un même texte : la disposition ne joue que lorsque le texte réservé ne trouve pas à s'appliquer.

Les avocats prient Saint Yves (c'est de saison¹⁰) et Sainte Rita (pour la même raison¹¹) pour que le *numerus clausus* soit introduit dans la profession d'avocat sans préjudice pour les justiciables et les usagers du droit.

Car l'Avocat-profession-libérale répond à une utilité sociale : défendre, conseiller, assister dans tous les domaines du droit -je sais-je plaide pro domo- ; n'en déplaise à Monsieur Philippe Bilger qui apparemment ne connaît que le droit pénal. Et encore qu'une partie : celle de la cour des grands -pense-t-il-.

Mais l'Avocat -qui a la robe large- doit être présent en permanence (locution adverbale signifiant sans interruption) en garde-à-vue¹², en retenue des étrangers¹³, en permanence pénale, en permanence de droit des étrangers, en permanence mineurs, en permanence familiale...

L'Avocat doit assumer l'aide juridictionnelle devant les tribunaux d'instance, les tribunaux correctionnels, les conseils de prud'hommes, les tribunaux administratifs, devant les tribunaux de police, les tribunaux des affaires de sécurité sociale, devant la cour nationale du droit d'asile, le tribunal des pensions...

L'Avocat doit être accessible aux justiciables : au Palais, en mairie, et même en bus.

Plus qu'hier, la Chancellerie s'accroche à la Robe, qui a pour « objectif... de rapprocher les justiciables de la justice et, donc, d'en renforcer l'accessibilité et la proximité ».

Bien moins que demain, date à laquelle l'avocat devra affronter la justice du 21^e siècle.

Mais sans avocat, il est difficile de rendre la justice accessible.

Les avocats sont partagés, certains, *mutatis mutandis*, sont mêmes schizophrènes :

Numerus clausus ou proximité avec les justiciables ? Coupes claires à l'entrée de la profession ou entrée de la justice dans le 21^e siècle ?

3 - Dictionnaire historique de la langue française, Le Robert

4 - Justice au singulier, le blog de Philippe Bilger

5 - Cela ne l'a pas empêché de créer l'Institut de la parole dont il est président-fondateur pour former, entre autres, les avocats.

6 - Henri Leclerc, Thierry Lévy, Hervé Témime, Jean Veil, Thierry Herzog, Jean-Louis Pelletier, Eric Dupond-Moretti ou Georges Kiejman

7 - La linguistique comme science auxiliaire dans les disciplines juridiques, Georges Mounin, article paru dans *Meta : journal des traducteurs*, vol. 24, n° 1, 1979, p. 9-17

8 - Voir la Lettre du SAF numéro d'avril 2011, p. 36

9 - qui a pour objet de présenter l'ensemble des règles, principes et méthodes qui doivent être observés dans la préparation des textes normatifs (lois, ordonnances, décrets, arrêtés).

10 - Le 19 mai

11 - Le 22 mai

12 - La loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue prévoit la présence de l'avocat

13 - La loi instaurant une retenue pour vérification du droit au séjour et modifiant le délit d'aide au séjour irrégulier a été publiée au Journal officiel du mardi 1^{er} janvier 2013.

Monsieur Jacques Attali et sa commission¹⁴, constatant que la profession d'avocat avait su évoluer et, « dans l'optique de moderniser l'offre de services afin de valoriser le droit et les juristes français », avaient conclu à la réglementation des conditions de diplôme ou d'expérience pour l'exercice de certaines des professions juridiques réglementées, à la suppression du *numerus clausus*, de la vénalité des charges, des restrictions liées à la détention du capital.

La Commission Attali avait justifié cette réforme des professions juridiques réglementées, notamment, par le maintien de l'égal accès au droit et à la justice et la fin des mécanismes de restriction de l'offre qui freinent dans certaines professions juridiques le développement de l'innovation et de l'emploi.

À la suite du rapport Attali, les membres du Conseil national des barreaux, lors de l'assemblée générale des 11 et 12 avril 2008, ont adopté une délibération en faveur de la constitution d'une grande profession du droit avec les avoués, les avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation et les notaires, dans le respect des valeurs essentielles communes, soit par la voie de l'unification, soit par la voie du cumul d'activités. Exit le *numerus clausus*.

D'autres continuent de proposer d'appliquer ce *numerus clausus* à l'entrée de la profession d'avocat. Au moment où se discutait le projet de loi sur la modernisation des professions du droit, les mercredis 23 et jeudi 24 juin 2010 à l'Assemblée nationale, la ministre de la justice, Michèle Alliot-Marie, accusait dans Les Echos « les avocats (...) de plus en plus nombreux avec des revenus très faibles pour certains d'entre eux. Il faudra d'ailleurs que la profession se penche sur la question d'un *numerus clausus* ». ¹⁵

Cela n'a pas empêché le gouvernement auquel elle appartenait - faisant fi de la résolution adoptée par le Conseil national des barreaux lors de l'assemblée générale des 23 et 24 mars 2012 fixant les conditions d'accès à la profession pour les ministres et parlementaires - de considérer que le décret « passerelle » permettant aux ministres en mal de poste d'intégrer notre profession n'aurait pas d'effet sur la paupérisation de la profession. Sag warum ?

Réjouissons-nous, le décret du 15 avril 2013 a abrogé ces dispositions consistant à faciliter l'accès à la

profession d'avocat aux ministres et députés. Vade retro satanas.

Le président du CNB avait rappelé que « notre profession a toujours été ouverte, refusant toute barrière excessive à l'entrée et tout *numerus clausus*. C'est son honneur. Elle n'a jamais fait obstacle à ce que des juristes ayant une expérience professionnelle sérieuse dans d'autres métiers rejoignent le Barreau, dès lors que les anime le désir de servir dans le respect de notre indépendance, du secret que nous devons à ceux qui se confient à nous et de notre exigeante déontologie

Telle est la raison pour laquelle il est nécessaire de définir les critères précis qui permettront ensuite aux barreaux, en vertu de la maîtrise souveraine de leur tableau, d'admettre ou de refuser l'inscription de tel ou tel candidat à la profession d'avocat. »¹⁶.

Si vis pacem para bellum

Mais Christiane Feral-Schuhl, bâtonnière de Paris, évite le casus belli. Interrogée par Le Figaro, elle avoue ne pas être « favorable au *numerus clausus*, mais on ne peut pas rester les bras croisés. Plusieurs pistes peuvent être explorées. Comme celle d'un examen national plus sélectif. Ou la création d'une grande profession du droit. Mais cela ne suffira pas. En attendant, il faut prendre des mesures provisoires limitant l'arrivée de nouveaux avocats sur le marché pendant quelques années ». ¹⁷

Fluctuat nec mergitur¹⁸, comme on dit en parisien.

La limitation du nombre d'avocats est historiquement et par essence discriminatoire.

Cette limitation n'aura aucune conséquence sur l'emploi des diplômés en droit, ni sur la qualité des avocats. L'effet en sera, au contraire, doublement néfaste : élitisme - financier ou de naissance et non pas intellectuel ou moral - encore plus prononcé dans le recrutement ; défaut d'avocats dans certaines zones géographiques - comme en médecine -, dans certains champs du droit - litiges locatifs, expropriation, droit des étrangers... - et dans les sphères sociales défavorisées.

Le *numerus clausus* a déjà fait la démonstration de son inefficacité : les médecins en sont malades et constatent les effets indésirables de cette solution : le manque de médecins. Aujourd'hui même, ils réclament sa mise à mort. De natura rerum

In fine, Saint-Yves l'a dit : le *numerus clausus* : ad patres. ■

14 - Vers une grande profession du droit : rapport de la Commission pour la libération de la croissance française, présidée par Jacques Attali créée par décret du 27 août 2007

15 - repris par Le Monde du 23 juin 2010

16 - À propos du décret « passerelle » du 3 avril 2012 relatif aux conditions particulières d'accès à la profession d'avocat, Editorial du président du CNB, le 5 avril 2012

17 - Il faut limiter l'arrivée de nouveaux avocats, Le Figaro.fr, le 13 août 2012

18 - Devise de la ville de Paris, flotte mais ne coule pas

Lectures recommandées par Jean Jacques GANDINI

La République en souffrance

L'état des Droits de l'Homme en France - Édition 2013 - Ligue des Droits de l'Homme



Le 6 mai 2012, la France se prononce pour "le changement, maintenant". La présidentielle tourne une longue page autoritaire, xénophobe et désastreuse au regard des droits, des libertés, du vivre ensemble.

Mais la victoire de la gauche est courte et les défis redoutables. Au poids d'un héritage éthique sulfureux s'ajoute une conjoncture financière qui menace la démocratie et fragilise la construction européenne. À cela s'ajoute l'offensive de leaders de la "droite républicaine" qui, lorgnant trop souvent vers le Front national, assimilent les projets du gouvernement à un chaos social, voire à l'"anti-France" - qu'il s'agisse de la police et de l'ordre public, de la place des étrangers et de l'islam, du rôle de la justice et de la famille. Dans ce climat tendu, la Ligue des droits de l'Homme insiste sur la nécessaire revalorisation du débat public et

de la représentation politique, sur l'amélioration des rapports citoyens/police, sur l'approfondissement de la démocratie. Autant de mesures constitutives d'un "changement maintenant" dont l'adoption ne doit pas être ajournée sous prétexte de difficultés économiques.

Or, les attermoissements du gouvernement, en particulier sur les terrains où la droite se montre la plus agressive, nourrissent impatiences, doutes et déceptions. Au vu des attentes et des urgences démocratiques et sociales, la République reste en souffrance.

Ni bilan ni anticipation, ce livre bienvenu revient sur quelques-uns des dossiers phares de la période, en restitue la trame pour en éclairer les contradictions et les issues possibles afin d'aider aux nécessaires mobilisations citoyennes. ■

Les mystères de la Gauche

De l'idéalisme des Lumières au triomphe du capitalisme absolu - Jean-Claude Michéa

Que peut bien signifier aujourd'hui le vieux clivage droite-gauche tel qu'il fonctionne depuis l'affaire Dreyfus ? Il me semble que c'est avant tout le refus de remettre cette question en chantier -et de tirer ainsi les leçons de l'histoire de notre temps- qui explique en grande partie l'impasse dramatique dans laquelle se trouvent à présent tous ceux qui se reconnaissent encore dans le projet d'une société à la fois libre, égalitaire et conviviale. Dans la mesure, en effet, où la possibilité de rassembler le peuple autour d'un programme de sortie progressive du capitalisme dépend, par définition, de l'existence préalable d'un nouveau langage commun -susceptible, à ce titre, d'être compris et accepté par tous les "gens

ordinaires"-, cette question revêt forcément une importance décisive.

Je vais donc essayer d'expliquer pour quelles raisons j'en suis venu à estimer que le nom de gauche -autrefois si glorieux- ne me paraît plus vraiment en mesure, aujourd'hui, de jouer ce rôle fédérateur ni, par conséquent, de traduire efficacement l'indignation et la colère grandissantes des classes populaires devant le nouveau monde crépusculaire que les élites libérales ont décidé de mettre en place. ■ Paris, éditions Climats/Flammarion, 2013



ADN superstar ou superflic ? Catherine Bourgain - Pierre Darlu

En soixante ans d'existence, l'ADN s'est échappé des laboratoires de génétique pour devenir un acteur essentiel des séries télévisées de police scientifique. Il est désormais présent au premier plan dans nombre de questions de société. L'ADN est là pour parler d'identité, de liberté individuelle, de sécurité et de gestion de populations par le fichage. L'ADN est encore là pour promettre une nouvelle médecine personnalisée, pour proposer ses réponses aux interrogations sur les origines familiales et sur les

mouvements migratoires. En illustrant par de nombreux cas les enjeux sociaux, économiques et politiques qui entourent ces usages, les auteurs, tous deux chercheurs en génétique humaine, souhaitent remettre l'ADN à sa place, pour mieux libérer l'espace démocratique des débats. ■ Paris, éditions du Seuil, Collection Science ouverte, 2013

