Les cahiers de la justice 2017 p.563

Les pratiques de la vérité

Parmi les sujets de prédilection des juristes, la question de la vérité est sans doute la plus clivante. Quoi de plus opposées que les conceptions anglo-saxonne et continentale. Celle-ci confie à un juge (le juge d'instruction) la recherche de la vérité (modèle inquisitoire), l'autre laisse le soin aux avocats de deux parties de réunir et confronter les preuves devant un juge arbitre (modèle dit « accusatoire » ou *adversary*). C'est du moins la différence que l'on fait habituellement entre les deux systèmes de procédure. L'article de Marie-Sophie Baud qu'on lira ci-dessous montre que de nombreux points de convergence viennent nuancer cette différence. Les États-Unis regardent avec intérêt le système pénal français (avec parquet et juge d'instruction) ; de notre côté, nous pratiquons désormais la justice négociée ou encore les « deal » de justice. Est-ce, pour autant, la fin de la conception française de la vérité pénale ?

Rien n'est moins certain. Pour cerner la matière, nos intrépides comparatistes devraient s'ouvrir à d'autres disciplines, notamment l'ethnologie et l'histoire. Le récent livre de Christiane Besnier *« La vérité côté cour : une ethnologue aux assises »* (1) montre à quel point la culture du procès aux États-Unis est imprégnée du l'idée du combat judiciaire. *« On rassemble les munitions, on ira au combat quand nos armes seront chargées et ensuite on se battra »*, y déclare un avocat dans cet ouvrage. Dans cette guerre procédurale, il s'agit surtout de marquer des points pour gagner la partie. À l'issue du combat où deux approches de la vérité s'affrontent, le juge doit déclarer le vainqueur. Alors qu'en France les émotions sont pondérées par son intervention, ici elles sont mobilisées de part et d'autre de la barre au profit des thèses défendues. À bien des égards, le modèle français, fondé sur la parole de l'accusé, est aux antipodes du modèle américain où les avocats sont les seuls maîtres du prétoire.

Cette différence culturelle appartient à une histoire de longue durée qui remonte au XIIe siècle. À cette époque, comme l'a montré l'historien Robert Jacob (2), les hommes renoncent à s'en remettre à la justice divine au profit de celle des hommes. Dès lors, deux « pratiques de la vérité » (Michel Foucault) émergent. L'une en *common law* passe par le verdict du jury, l'autre sur le continent laisse au seul juge le soin de chercher le vrai préalablement au débat. L'une conçoit la vérité comme un « devoir être » issu de la compétition procédurale ; l'autre s'en remet à un « avoir été » révélé par l'enquête. Rome puis l'Église développent un système centré sur la figure du juge diseur de vérité dont nous sommes les héritiers. Là où les comparatistes repèrent des convergences procédurales « courtes », les historiens et les anthropologues soulignent la puissance des schémas de longue durée. L'ingénierie des juristes à elle seule ne suffit donc pas à épuiser la comparaison des systèmes juridiques. Une approche pluridisciplinaire est indispensable pour saisir dans leur épaisseur des pratiques de la vérité inscrites dans l'histoire et la culture. L'ambition d'une revue comme la nôtre est de relever ce défi.

Mots clés :
JUSTICE * Justice

(1) Publié aux éditions La Découverte (2017). V. La recension de cet ouvrage par Me G. Latour dans le précédent numéro des Cahiers 2017. 559

(2) R. Jacob, *La grâce du juge, l'institution judiciaire et le sacré en Occident*, PUF, 2014.

Les cahiers de la justice 2017 p.569

La cour d'assises, souvenirs et enjeux

Robert Badinter, Avocat honoraire, Ancien garde des Sceaux.

Je suis certainement de tous ceux qui sont présents dans cette salle le plus ancien à avoir pénétré dans une cour d'assises. C'était pour la première fois en 1951, et c'est dire que beaucoup de temps s'est écoulé : plus de 60 ans ! J'ai fréquenté la cour d'assises pendant une trentaine d'années mais, contrairement à ce que beaucoup pensent, je ne suis pas pour autant devenu un criminaliste. J'étais un spécialiste en matière de droit d'auteur et de droit de la presse et, ainsi vont les hasards de la vie, l'affaire *Buffet-Bontems* m'a ramené - je salue au passage la mémoire de maître Philippe Lemaire - à ce qui avait été une passion de ma jeunesse. À cause de la question majeure de l'abolition de la peine de mort, la plupart croient que j'ai été toute ma vie un avocat d'assises. Pas du tout ! J'ai tenu un jour le compte : dans les neuf années entre l'affaire *Buffet-Bontems* (1972) et l'abolition (1981), j'ai plaidé en tout huit affaires criminelles. Cela n'est pas beaucoup, on le reconnaîtra.

La transformation de la justice à laquelle j'ai oeuvré à la Chancellerie, et que j'ai observée depuis lors, comporte des changements évidents qui sont pour la plupart très positifs, y compris s'agissant de la cour d'assises. On ne se rend pas assez compte de ce qu'était la justice en 1951 : les juridictions d'exception fleurissaient ; on avait encore, à Fresnes, des « collabos » qui attendaient de comparaître ; et je n'ai pas besoin de rappeler ce qu'était la peine de mort à cette époque. Les choses ont beaucoup changé, mais qu'est-ce qui a profondément modifié le procès d'assises ? Ce qui a changé par rapport à ce lointain passé, c'est d'abord la disparition de la peine de mort et le double degré de juridiction, qui ont eu une influence décisive.

À propos de la peine de mort, la France a simplement rattrapé en 1981 un retard inqualifiable au regard des autres démocraties. Nous avons été, je le rappelle, le dernier État de la Communauté européenne à abolir la peine de mort. Pour un pays qui proclame *urbi et orbi*, par la voix de ses représentants, qu'il est la patrie des droits de l'homme, ce n'est guère glorieux. En réalité, la France n'est pas la patrie des droits de l'homme mais le pays de la Déclaration des droits de l'homme. Dès lors, si nos responsables politiques ne mesurent pas ce que cette éminente dignité implique au regard des courants populistes, nous sommes là pour le rappeler. C'est un grand honneur d'avoir produit, à une lointaine époque, ce texte admirable. Pour les héritiers de la Déclaration des droits de l'homme, il faut seulement défendre ses principes.

Rien dans ma vie politique et professionnelle n'a été comparable aux procès dans lesquels la vie de l'accusé était en jeu. Il faut avoir vu autour des palais de justice des foules hurlant « à mort » à l'arrivée des fourgons d'accusés pour comprendre le degré de haine primitive auquel on assistait. Je ne parlerai pas des audiences elles-mêmes, mais je voudrais situer spatialement le cadre de ce qui se jouait là. Dans un palais de justice de province, la distance qui sépare les avocats de la défense des jurés est de quelques mètres. Mais il n'y a pas que cela. Vous avez, de l'autre côté du banc de la défense, les parents des victimes, de l'enfant assassiné qui vous regardent et vous écoutent ; ils sont dans un état de détresse humaine que vous-même ressentez tant il est fort. Vivre cela pendant des heures, c'est d'une intensité que je n'ai connue dans aucune autre fonction que j'ai remplie. Parce que vous entendiez derrière vous le souffle du « misérable » - comme aurait dit Hugo - qui écoutait l'avocat général expliquer pourquoi, « à son regret », il se voyait contraint de demander la vie de celui qui était derrière vous. Cela durait longtemps et c'était des moments d'une tension extrême.

Je savais que si l'avocat peut atteindre le coeur et la sensibilité des jurés, leur attention et émotion ne peuvent rester fixées longtemps. Dans une plaidoirie, vous ne pouvez pas simplement vous borner à discuter les faits, il y a nécessairement un rapport humain à établir. C'est la vérité humaine que l'avocat doit faire passer aux jurés pour leur faire comprendre que eux aussi, ils sont impliqués et que s'ils choisissent la mort, toute leur vie leur responsabilité sera engagée. Dans ces moments, la mort, invisible, mais toujours présente, rodait dans la cour d'assises.

La décennie 1970-1980 a été la grande époque du combat contre la peine de mort. Moi-même, à six reprises pendant cette période, j'ai défendu et sauvé la vie d'accusés, coupables de crimes atroces. La dernière fois, c'était à Toulouse ; mon collaborateur m'a dit « ça ne passera plus la prochaine fois, car on attend trop de vous et vous décevrez ». C'était certainement vrai, parce que ces affaires elles-mêmes portaient cette intensité qui consumait quiconque avait déjà emmené son client à la guillotine ; évidemment, cela ne s'accommodait pas de la moindre forme de théâtre ou d'éloquence apprêtée. J'avais dit à Elisabeth « c'est très simple : ou Mitterrand sera élu et il abolira ou Giscard sera élu et moi, je mourrai du coeur à l'audience ». J'en étais absolument convaincu. On n'a pas bien mesuré, notamment pour les jeunes avocats, ce que cela pouvait signifier. Du côté du parquet, c'était terrible aussi parce qu'on ne requiert pas de gaîté de coeur la tête d'un homme et quand on est astreint par sa fonction - et par le code - à le faire, je savais par des amis au parquet ce que signifiaient pour eux les nuits d'avant et celles d'après l'exécution.

Un correspondant m'a remis récemment une lettre que sa mère lui avait confiée en disant « quand je mourrai, remets-la à Monsieur Badinter ». Il était donc venu s'acquitter de cet office. Ce document est le procès-verbal de la Doyenne des juges d'instruction de Marseille, revenant d'une exécution (la dernière ayant eu lieu en France) à laquelle elle était présente pour pouvoir, le cas échéant, recueillir une ultime déposition du condamné. Elle, qui était abolitionniste, devait assister à la mise à mort d'un homme qu'elle n'avait jamais vu auparavant. De retour chez elle, avec un grand degré de précision, elle a livré ce qu'elle avait ressenti. Sans pathos, sans éloquence, sans effet de style, mais comme dans un bon document judiciaire, avec le souci de ne rien négliger. Ayant lu ce document, je me suis dit que le mieux était de le donner à l'École nationale de la magistrature pour que les jeunes magistrats sachent ce qu'avaient vécu leurs prédécesseurs et ce que la peine de mort signifiait pour eux. Ainsi fut fait ; il est désormais dans une vitrine de la bibliothèque de l'École.

Le second changement radical, c'est la numérisation de la justice. Quelles que soient les précautions que l'on prendra, la numérisation emportera toute la justice de demain. Pourquoi ? Parce que le nombre d'affaires augmente toujours - depuis soixante ans, je n'ai jamais vu une baisse - et que le meilleur moyen de diminuer les délais et les trop longues audiences est de recourir à la numérisation. Nous aurons donc une justice numérisée. Si vous allez au Québec, vous verrez comment cette justice numérisée prend lentement mais sûrement possession de l'institution. Vous y verrez ce qui s'annonce - et je suis d'ailleurs favorable à ce que l'on poursuive et multiplie les expériences chez nous le plus vite possible.

Que se passera-t-il quand les deux avocats seront chacun devant leur ordinateur, le ministère public devant le sien et que le président préviendra qu'il veut avoir une conversation avec eux par e-mail ou vidéoconférence ? Après ce que j'ai vu dans différents pays, le président interpellera maître X, le demandeur qui aura envoyé l'assignation au greffe, et maître Y, qui se sera constitué comme défendeur. La question sera : « Maître, dans votre assignation, au troisième paragraphe, il faudrait que vous précisiez plus complètement que vous ne l'avez fait l'état du droit. Et si vous pouvez apporter aussi quelques compléments d'information au tribunal sur tel ou tel point, ce serait mieux pour tout le monde ». Ce dialogue n'est pas shakespearien, et l'on n'a pas besoin d'avoir le talent de Proust pour écrire ces phrases-là. On cherchera le bon argument et, à la pièce demandée, on en ajoutera éventuellement deux ou trois autres. L'autre avocat ripostera tandis que le représentant du ministère public préparera ses arguments. À quoi bon dès lors un Palais de justice aux dimensions majestueuses ? À quoi sert-il, que deviendra-t-il ? Les concours d'éloquence qu'affectionnent les jeunes avocats, à la Conférence du stage, auront-ils encore un sens ? Est-ce que véritablement, même si on tape très vite sur son clavier d'ordinateur, il est une source d'inspiration ? Pour les romans policiers oui, mais je ne suis pas sûr que, pour l'éloquence judiciaire, cela soit la même chose. Tout le procès se déroulera par transmission électronique de considérations précises, d'éléments de fait et d'arguments.

J'espère voir ce que cela donnera dans vingt ans, mais ce qui me paraît inévitable compte tenu de la pression sur l'institution et des moyens modestes dont elle dispose, c'est le développement pour les affaires quotidiennes, ordinaires, de cette pratique-là. Si l'ordinateur vous prépare tout - il peut même, paraît-il, vous préparer à devenir un très bon avocat - est-ce que, pour autant, on pourra encore parler d'éloquence judiciaire ? Est-ce que les audiences criminelles auront lieu par voie de vidéoconférence ?

Comment opèrera-t-on la sélection des jurés ? Mystère encore. On tâtonne et je me permets de dire ici, dans cette maison qui m'est chère pour bien des raisons, que c'est le moment de saisir l'occasion de sauter un pas en avant : plus on ira vers l'exploration de cette voie-là, mieux on réussira à être en position d'avant-garde.

La révolution numérique est en cours. À nous de la mettre le mieux au point en imaginant cette justice de demain. Cela doit aller vite, car d'autres États qui n'ont pas une moins bonne justice que la nôtre s'y attèlent et je ne souhaite pas que, dans ce domaine, nous prenions du retard. J'ajoute, pour les praticiens, que ce sera une expérience parce que faire valoir ses arguments clans une vidéoconférence, c'est difficile. Bientôt, la plupart des séances d'instruction ne se passeront plus au Palais mais par vidéoconférence. Les comparutions de témoins seront peut-être maintenues, mais pour combien de temps ? Il faut un an ou deux ans d'expérimentation, ici, avec de grands ingénieurs informaticiens et des magistrats plus jeunes que moi pour réussir à faire naître cette justice numérique « made in France ».

Quand vous analysez l'élaboration des grands codes napoléoniens, vous voyez à quel point elle était novatrice et audacieuse. À bien des égards, c'est à nous de saisir maintenant cette chance. Sinon ce sera le modèle américain qui triomphera, avec les conséquences que l'on sait. Ne vous laissez pas prendre de vitesse ! Il faut penser l'avenir de la justice dans ce cadre numérisé. Vous n'y échapperez pas, ce progrès technologique est décisif pour toute la société française, et particulièrement pour l'activité judiciaire. Je vous souhaite bonne chance.

Mots clés :
JUSTICE * Justice

Les cahiers de la justice 2017 p.575

La cour d'assises au XXIe siècle

Denis Salas

L'essentiel

S4il fallait faire une infographie de la cour d'assises comme une scène où montent des acteurs, l'un d'eux est omniprésent à sa naissance lors des débats de la constituante de 1790 et 1791 : *le jury*. C'est lui à l'époque l'acteur majeur. Il fait l'objet de débats passionnés dans la presse et la doctrine. Ils sont mythiques, ces douze jurés comme les douze apôtres de l'Évangile. Pourquoi ? Parce qu'ils sont le reflet du peuple souverain qui s'impose dans l'appareil d'État, le gouvernement, le parlement, l'administration, la justice. Et, de fait, dans ce premier moment, le jury décide seul de la culpabilité d'un accusé, et même de sa mise en accusation. Seul le peuple peut rendre la justice car « pour juger il ne faut que des yeux » (Montesquieu). Il décide seul et souverainement de l'application d'une loi qu'il pourra même écarter avec les circonstances atténuantes depuis 1832. *Vox populi vox dei.* Impossible d'envisager l'appel qui serait un outrage au peuple souverain.

Avec le temps, les régimes politiques (monarchiques ou césariens au XIXe) vont se méfier du jury. On redoute la force indomptable du nombre. On se méfie de la houle des émotions collectives. Au XIXe, on trouve les jurés aléatoires, mouvants, imprévisibles. C'est le thème des « acquittements scandaleux » et de « la pitié dangereuse ». Un second acteur entre en scène : il va être chargé de diriger le jury : *le magistrat* et plus exactement *le président de la cour d'assises*. Les régimes politiques postrévolutionnaires veulent en faire le maître du prétoire. On lui donne le pouvoir de « résumer » les débats avant le délibéré et même d'entrer dans la salle des jurés ; on donne aux préfets le pouvoir de choisir ceux-ci parmi les notables ; on veut, en somme, des jurés propriétaires terriens ; on modifie les règles de vote favorables à l'accusé... Une réforme sonne le glas de la toute-puissance du jury. En 1941 puis en 1945, il devra partager son pouvoir avec les juges puisqu'ils devront délibérer ensemble sur la culpabilité et la peine.

C'est alors qu'un troisième acteur entre en scène : l'avocat. À l'origine, il n'a qu'un atout : plaider en dernier lieu. Voilà qu'il entre par la petite porte du dossier : fin XIXe, il pointe le bout de son nez dans le cabinet du juge d'instruction (présent lors des interrogatoires et accès au dossier, loi de 1897) au terme d'une très longue bataille parlementaire. À l'audience, il obtient le droit de récusation des jurés comme le procureur. Il pourra même accompagner le président dans la salle des jurés. Il entre aussi par la grande porte de la presse qu'il sait prendre à témoin et qui lui reconnaît une place éminente (sous la IIIe République les délits de presse sont jugés aux assises). Nous vivons à cette époque « l'âge d'or » de l'avocat. Ce rôle ne cessera de croître depuis lors dans la phase policière (présent à garde à vue) au cours de l'instruction (il peut demander des actes) et naturellement dans l'audience.

Face au jury qui reste la voix du peuple, l'avocat va porter la voix de deux acteurs présents mais qu'on n'entendait pas : l'accusé et la victime. Nous sommes dans ce moment historique. C'est la fin du cycle long et l'entrée dans un cycle nouveau. On pourrait dire que l'avocat va particulariser un peuple abstrait en portant ses voix singulières. On y sent le souffle de la Cour européenne des droits de l'homme qui infuse dans notre droit un esprit - celui du *« due process »*, qui ébranle notre vieux modèle inquisitoire. Nous allons désormais penser le procès pénal dans la référence aux droits de l'homme comme les textes de ce dossier le montrent.

Le jury passe au second plan. Il est écarté de certains contentieux (comme le terrorisme). Le nombre des jurés est réduit (six membres en 1re instance, neuf en appel aujourd'hui en France). Des droits nouveaux sont reconnus à d'autres acteurs - l'accusé (ou le ministère public) - qui vont délégitimer la légitimité charismatique de la souveraineté populaire. Il en est ainsi du droit d'appel (« l'appel de seconde chance ») mais aussi de la motivation des arrêts justifiés par le besoin de rendre intelligibles *pour l'accusé* les verdicts des cours d'assises (v. textes de Philip Milburn, Vanessa Perrocheau et Djoheur Zerouki-Cottin). Il est de même pour la partie civile soutenue par les politiques publiques d'aide aux victimes, qui aura une position plus active au cours des débats et dans l'espace médiatique. Ainsi l'acteur collectif initial (le jury) ne disparaît pas mais il n'a plus le même rayonnement. Dans certains pays, il disparaît totalement (en Suisse au niveau fédéral), dans d'autres il est marginalisé (pratique de la correctionnalisation en Belgique). On lira sur ce point ci-dessous les textes de Sandrine Zientara-Logeay, Christiane Besnier, Anne Jolivet ainsi que le compte rendu de la table ronde avec Karin Gérard et Xavier Borremans pour la Belgique, Laurent Moreillon pour la Suisse et Edmondo Bruti-Liberati pour l'Italie.

Dans notre pays, bien que le jury ne soit plus au centre du prétoire, il reste le seul ancrage de notre justice dans la démocratie. Le président reste l'axe central mais dans un débat bien plus contradictoire que par le passé. Il n'est plus « le monarque républicain » qu'on y voyait au XIXe siècle. Il instruit toujours à l'audience mais d'autres *co-instruisent* le procès avec lui dès l'instruction : le ministère public et les avocats. Les réflexions actuelles (v. les textes d'Alain Blanc, Caroline Nisand et Christine Lazerges) montrent que nous cherchons un équilibre entre l'office du juge et un respect des standards du procès équitable, notamment celui du délai raisonnable.

Au total, il semble bien que le centre de gravité du procès d'assises se soit déplacé. Le législateur donne un rôle décisif à ces protagonistes que sont l'accusé mais aussi la partie civile. Ce qui explique que les professionnels s'orientent vers la construction d'une oeuvre commune (v. la table ronde avec Pascale Robert-Diard, Geneviève Ceyrac, François-Louis Coste, Hervé Stephan, Dominique Bourget, Marie Dosé). Il y a bien deux légitimités qui portent cette juridiction désormais : l'une historique incarnée par le jury mais qui n'a plus sa force d'antan ; une autre démocratique - celle des droits de l'homme - qui donne aux parties une place centrale.

Les Cahiers de la justice, dans son numéro 4/2017, a publié un dossier intitulé « La cour d'assises au XXIe siècle », constitué des articles suivants :

- I) La motivation des verdicts - Les motivations des décisions de cours d'assises : les pratiques des tribunaux, par P. Milburn, V. Perrocheau, D. Zerouki-Cottin, p. 577 ;

- I) La motivation des verdicts - Pour une typologie analytique des motivations criminelles, par V. Perrocheau, p. 587 ;

- I) La motivation des verdicts - Vers une motivation de la peine par la cour d'assises en France ?, par D. Zerouki-Cottin, par M. Grosset, p. 601 ;

- I) La motivation des verdicts - Table ronde Le procès d'assises du point de vue des acteurs : regards croisés, par H. Stéphan, F.-L. Coste, D. Bourget, M. Dosé, G. Ceyrac, P. Robert-Diard, p. 615.

- II) La justice criminelle en Europe - Le devenir de la cour d'assises : perspectives comparées, par S. Zientara-Logeay, p. 635.

- II) La justice criminelle en Europe - L'avenir de l'audience criminelle : France, Belgique, Suisse, par C. Besnier, p. 639 ;

- II) La justice criminelle en Europe - Quels enseignements tirer de l'étude du procès criminel suisse ?, par A. Jolivet, p. 653 ;

- II) La justice criminelle en Europe - Table ronde Mutations européennes (Belgique, Suisse, Italie), par K. Gérard, X. Borremans, L. Moreillon, E. Bruti Liberati, p. 665 ;

- III) Vers une réforme en France ? - Quelles exigences formuler aujourd'hui pour la procédure criminelle ?, Témoignage d'Alain Blanc, p. 675 ;

- III) Vers une réforme en France ? - La Cour d'assises des mineurs : quelle réforme ?, par C. Lazerges, p. 689 ;

- III) Vers une réforme en France ? - Un état des travaux de la Direction des affaires criminelles et des grâces, par C. Nisand, p. 697 ;

Mots clés :
JUSTICE * Justice

Les cahiers de la justice 2017 p.577

I) La motivation des verdicts - Les motivations des décisions de cours d'assises : les pratiques des tribunaux

Philip Milburn, Processeur de sociologie à l'université de Rennes 2
Vanessa Perrocheau, Maître de conférences, Université de Lyon, (Saint-Étienne) Cercrid-CNRS.
Djoheur Zerouki-Cottin, Maître de conférences, Université de Lyon, (Saint-Etienne) Cercrid-CNRS.

L'essentiel

Résumé

Suite à un travail de recherche empirique sur les motivations des décisions des cours d'assises, inaugurées en 2012, l'article entre dans le détail des pratiques et des usages de ces documents sur la base d'interviews auprès des magistrats et avocats. Ils sont rédigés par les présidents, mais le jury et les assesseurs jouent également un rôle. Cette rédaction tient compte de différents destinataires potentiels : accusés, parties civiles et public. Les motivations contribuent en outre à faire évoluer quelque peu le fonctionnement des assises.

Summary

Following an empirical survey concerning newly created written reasoned orders in Assize courts since 2012, the paper looks into of practices and usages of these documents, with interviews of judges and barristers. They are written by the courts' presidents but the jury and the assessors play a role too. The drafting aims at various potential recipients : the accused, the victims and the public. The writing of reasoned orders contributes to some evolutions in the courts' functioning.

Cet article, comme les suivants consacrés à la motivation des décisions d'assises dans ce dossier, présente les résultats d'une étude scientifique menée sur cet objet, celui de la mise en oeuvre de cette disposition nouvelle dans la procédure pénale française (1). En effet, la loi du 10 août 2011 a inséré dans le code de procédure pénale français un article 365-1 prévoyant que les décisions des cours d'assises doivent désormais être motivées. Les raisons de cette évolution seront examinées ailleurs dans ce dossier.

Ce travail de recherche, mené par une équipe de sociologues et de juristes, a interrogé aussi bien le contexte juridique que la mise en pratique concrète. Pour ce faire, un échantillon significatif de présidents d'assises, mais aussi d'avocats, a été interviewé sur la base d'un guide commun. En outre, 317 décisions d'assises sur deux années (2012-2013), échantillonnées sur sept juridictions variées, ont été analysées, notamment quant au contenu et à la structure des feuilles de motivation. Ce premier article s'attarde sur la question des modalités concrètes d'élaboration de ces motivations (I) mais aussi celle de la destination que leur attribuent leurs rédacteurs au regard de leurs récepteurs, incarnés ici par les avocats (II).

I - L'élaboration des feuilles de motivations

La question des modalités effectives de l'élaboration des motivations renvoie à celle de la traduction des délibérés et du résultat du vote dans un texte destiné à être lu et utilisé par un large public. Le rédacteur des motivations est ainsi amené à la fois à préserver le secret des délibérations et à rédiger un texte qui rende compte de ses résultats de la manière la plus fidèle possible. Quelles sont donc ces modalités concrètes ? La législation prévoit simplement que les motivations doivent être rédigées sous leur forme définitive à l'issue des délibérations, qu'elles doivent être signées par le président et par le premier juré et que la Cour dispose d'un délai de trois jours pour déposer ces motivations, ce délai devant rester exceptionnel. En revanche, elle ne prévoit pas de rôle spécifique pour les assesseurs, pour les autres jurés, quant à la présentation de ces motivations lors de la lecture finale à l'audience de la réponse aux questions et l'annonce des peines prononcées après les délibérations. Ceci offre une certaine latitude aux présidents concernant la manière d'élaborer les motivations, de les valider et de les présenter à l'audience.

Délai légal, délai réel

Dans la quasi-totalité des situations, les motivations sont rédigées dès que les délibérations sont terminées et prêtes lors du prononcé de la sentence. Les présidents d'assises que nous avons interrogés déclarent tous qu'ils n'ont jamais eu l'occasion d'avoir recours au délai de trois jours prévu par le code, ou à titre très exceptionnel pour quelques-uns. En effet, les procès d'assises se déroulent le plus souvent en sessions, où se succèdent plusieurs audiences. Dès lors, à l'exception du dernier procès de cette session, les présidents sont à nouveau en train de présider ou de préparer l'audience suivante durant ce délai de trois jours qu'ils ne peuvent donc consacrer à la rédaction des motivations de l'affaire précédente. Le délai oblige en outre à faire revenir le premier juré pour prendre connaissance des motivations et les contresigner. Par ailleurs, une présidente interrogée suggère que le recours au délai constitue un risque en termes de sécurité juridique pour l'arrêt rendu, risque de cassation notamment.

Toutefois, au-delà de ces problèmes de commodité et de sécurité, il semble que la plupart des présidents sont soucieux de soumettre le texte de ces motivations à l'ensemble des jurés et aux assesseurs. Certains d'entre eux souhaitent également pouvoir le lire à la fin de l'audience pour que les justiciables et les avocats puissent en prendre connaissance oralement. Le recours exceptionnel tient, dans la pratique, à des affaires très particulières, du fait de leur complexité interne, de leur médiatisation, ou de l'exceptionnalité juridique du procès (cour d'assises spéciale).

La notion de complexité reste à l'appréciation du président. Cette magistrate évoque une affaire où elle a pris ce délai : *« [J'ai dû] remotiver tout à fait différemment de ce que j'avais peut-être envisagé dans un premier temps. [Dans ce] dossier, en matière de viol dans une famille d'accueil sur trois pensionnaires successifs, finalement, on est arrivé à un acquittement pour tout. J'ai terminé un vendredi et j'ai rendu ma motivation un lundi. [...] Je ne sais pas si c'est exceptionnel parce qu'il y a une complexité particulière, mais après tout c'est une question d'appréciation. Si j'estime que c'est complexe c'est complexe. »* La difficulté justifiant le recours au délai tient ici principalement à la réception de la décision et des motivations auprès des parties civiles et du public. Les affaires jugées en cour d'assises spéciale, et notamment pour les raisons de terrorisme, combinent ces deux caractéristiques que sont la complexité et les enjeux de la réception par le public.

Dans les cas ordinaires, les présidents disposent donc d'un temps fort réduit pour réaliser ce travail de rédaction qu'ils vont présenter avec le prononcé de la sentence. Dès lors, il n'est pas exclu de penser qu'ils puissent réunir les éléments qui vont figurer dans la motivation avant même les délibérés et durant ceux-ci, afin d'établir un projet qu'il n'y aura plus qu'à finaliser.

La préparation avant les délibérés

L'analyse comparée des propos des différents présidents, nonobstant quelques divergences mineures, laisse apparaître un scénario relativement général : celui d'une préparation du contenu des motivations sous la forme d'une prise de notes plus ou moins formalisée, qui peut donner lieu chez certains à un brouillon, voire un projet de motivation. Les propos suivants traduisent la position consistant à prendre de simples notes qui sont ensuite retravaillées durant ou après des délibérations.

La notion de *« projet »* est au reste présente dans les propos de plusieurs magistrats, ce qui laisse penser que l'ébauche de rédaction préalable est prête avant les délibérations. La question pendante est alors celle de la décision du jury sur la culpabilité, la possibilité d'un acquittement total ou partiel devant rester normalement ouverte. Aussi certains d'entre eux déclarent-ils préparer *deux projets*, notamment si la possibilité d'acquittement émerge durant les débats. En d'autres termes, les présidents considèrent avoir, par expérience, une capacité d'anticipation des résultats des délibérations qui ne consistent pas pour autant à les pré-orienter. Ils restent en effet assez conscients du soupçon qui pourrait peser en la matière, voire de la tentation d'y avoir recours.

La question de la requalification des faits durant l'audience ou lors du délibéré constitue également une possibilité d'évolution de l'accusation que les présidents doivent savoir anticiper. *« Il m'est arrivé également de préparer, dans des affaires plus compliquées, deux projets différents de motivation sur la qualification des faits. [...] L'un des avocats de la défense ou plusieurs accusés vont [peut-être] demander une requalification des faits et donc poser des questions subsidiaires sur lesquelles va devoir se pencher le jury. Dans ce cas, je pense déjà, de façon parfois assez élaborée, à une motivation admettant la requalification ».*

Les magistrats se munissent par conséquent d'éléments qui vont leur permettre de rédiger le texte définitif après celles-ci, et qu'ils retiendront ou non selon les éléments qui seront évoqués par le jury pour établir la culpabilité. La possibilité d'un acquittement reste donc ouverte, notamment si des éléments de doute apparaissent durant les débats à l'audience. Si l'on en croit les président-e-s interviewé-e-s, cet exercice ne prédispose en aucune manière de la décision qui sera prise durant les délibérations quant à la culpabilité du ou des accusé(s). *« J'ai toujours considéré que l'audience était un moment où on remettait tout à zéro, tout sur l'établi, et que tout était possible. Le fait d'avoir à préparer la motivation, cela vous oblige, après avoir préparé le dossier, à examiner, à chercher tous les arguments qui peuvent aller éventuellement à l'encontre de cette pré-intime conviction, pré-jugement que vous avez pu vous forger en préparant le dossier. Souvent, finalement, on se rend compte qu'il y a des arguments auxquels on n'aurait pas forcément réfléchi profondément sans avoir préparé ce projet de motivation. »*

Dès lors que les présidents rédigent les motivations avant la proclamation de la sentence, la question se pose des modalités pratiques de cette rédaction, et notamment celle de la collaboration des assesseurs

et des jurés. L'immense majorité de ceux que nous avons interrogés déclare se retirer à l'issue des délibérés pour consacrer un temps à la rédaction définitive des motivations. Les délibérations ayant lieu en deux phases - sur les questions de culpabilité puis sur l'établissement du quantum de la peine -, les magistrat-e-s se livrent à l'exercice de rédaction à la fin de l'ensemble des délibérations, une coupure trop longue entre les deux phases risquant d'interrompre une dynamique des débats entre des jurés qui sont déjà fatigués. En effet, les délibérations se déroulent souvent en soirée et durent parfois jusqu'à une heure avancée de la nuit. Les effets de fatigue et d'impatience chez les jurés constituent un facteur qu'ils doivent prendre en compte.

Le rôle des jurés

Pour de multiples raisons pratiques, les jurés ne contribuent pas directement à la rédaction de la formulation des motivations. Celle-ci doit toutefois refléter au mieux les éléments qui se sont dégagés lors des délibérations pour établir la culpabilité. Dès lors, les présidents déclarent tous s'attacher à associer le jury à ces motivations dans la mesure du possible, en obtenant *a minima* son approbation, voire en sollicitant son opinion pour d'éventuelles améliorations. Ce magistrat, par exemple, nous indique qu'il lui soumet son projet de motivation à l'issue des délibérations avant d'aller les rédiger dans son bureau. *« À partir de ce projet, je le lisais [au jury], on en discutait ensemble avec tous les jurés. C'était assez facile parce qu'ils avaient un point de départ, certains disaient : « Il faut peut être ajouter telle chose ». C'était au-delà d'une simple discussion avec le premier juré : je n'ai jamais pratiqué comme cela. »* Comme il le souligne, il n'existe aucune obligation à associer de la sorte le jury à la préparation de la motivation : sans doute cela contribue-t-il de cette manière à l'approbation du premier juré lors de la signature que celui-ci doit porter sur le document.

Le rôle des assesseurs

Si le jury ne contribue pas directement à la rédaction des motivations, qui doivent néanmoins refléter leurs délibérations, qu'en est-il du rôle des assesseurs ? Cette question introduit celle plus générale du rôle des assesseurs durant l'audience et les délibérés, voire de la position que leur assignent les jurés. Les présidents aiment à rappeler que les assesseurs n'ont pas toujours une telle expérience des assises ou même des juridictions pénales. Ce sont des juges qui occupent diverses fonctions au sein de la juridiction de première instance, certains au pénal (présidents de correctionnelle, juges d'application des peines), d'autres au civil (juges aux affaires familiales notamment). Ils assistent le président durant l'audience et les délibérations, mais lui laissent la maîtrise de la procédure et donc de la rédaction des motivations. En revanche, ils peuvent jouer un rôle d'intermédiaire entre le président et les jurés dans le processus de traduction entre exigences juridiques et expression de l'intime conviction. C'est en tout cas le rôle que certains présidents leur attribuent parfois. Une minorité des présidents qui se sont exprimés dans le cours de notre enquête indiquent pour leur part partager la rédaction avec leurs assesseurs.

En somme, il apparaît que les présidents des cours d'assises rédigent de manière assez unilatérale le texte des motivations, mais qu'ils sollicitent des apports de leurs assesseurs pour établir les éléments, pour approuver le texte dans sa première version, voire parfois pour leur demander de participer à la rédaction proprement dite. Cette phase étant complétée, ils soumettent le document au jury pour qu'il en prenne connaissance, qu'il approuve ou qu'il apporte d'éventuelles suggestions de modifications.

II - La fonction effective des motivations

La motivation des décisions de justice, plus particulièrement des arrêts de cour d'assises, est susceptible de poursuivre différents objectifs. La *rationalisation de la décision criminelle* est l'un d'entre eux. La Cour de cassation, dans l'un de ses rapports annuels, définit cet objectif assigné à la motivation : *« Moralement, la motivation est censée garantir de l'arbitraire, mais ses vertus sont aussi d'ordre rationnel, intellectuel, car motiver sa décision impose à celui qui la prend la rigueur d'un raisonnement, la pertinence de motifs dont il doit pouvoir rendre compte. »* (2)

Il n'en demeure pas moins que cet effet de rationalisation attribué à la motivation n'est pas celui qui vient en premier à l'esprit des professionnels interviewés dans notre étude. Un très grand nombre d'entre eux voit principalement dans la motivation une volonté de faire oeuvre pédagogique. Selon eux, les jurés seraient d'ailleurs désireux d'expliquer ce sur quoi ils se sont fondés pour condamner ou pour

acquitter. Alors, à qui s'adresse cette volonté de faire oeuvre de pédagogie ? Cette visée explicative de la motivation est destinée en premier lieu à l'accusé, mais aussi aux parties civiles, voire à la société dans son ensemble.

La dernière étape dans le processus d'élaboration des motivations dans le cadre de l'audience renvoie à sa restitution lors de la proclamation du prononcé de la décision du tribunal. En la matière, les pratiques sont assez diversifiées. Certains présidents estiment que la lecture des motivations, après avoir proclamé les réponses aux questions et la hauteur de la peine, est nécessaire pour répondre à un objectif pédagogique à l'attention des accusés, mais aussi des parties civiles. D'autres considèrent qu'une telle lecture n'a guère de sens, car elle n'est pas écoutée et comprise par des accusés et des parties civiles qui sont focalisés sur la culpabilité et la peine, dont la proclamation a des effets puissants qui rendraient la lecture des motivations dérisoire.

Expliquer aux accusés

Mais au-delà de la proclamation à l'issue des délibérations, quelle est la destination principale du contenu des motivations ? La grande majorité des présidents interrogés (douze sur quatorze) estiment que la motivation s'adresse en premier lieu, voire exclusivement, à l'accusé, dans un objectif pédagogique. Selon eux, la motivation est un *« service rendu à l'accusé »*. Elle lui permet de *« connaître les éléments sur lesquels il a été condamné »*, d'appréhender *« le sens de la décision »*. Il s'agit en cela *« du minimum que la Cour puisse faire »* (3).

Cet intérêt pédagogique de la motivation est également mis en avant par certains des avocats rencontrés pour qui cette nouvelle obligation de motivation est effectivement le minimum requis en matière criminelle. La motivation permet *« quand elle est bien faite, par des gens qui ont le souci de bien faire les choses, de savoir ce qui a été décisif »*. Un autre avocat souligne que, lors du prononcé du verdict, l'accusé est très tendu et, de ce fait, *« ne perçoit pas grand-chose... Il a vu passer l'audience sans parfois se rendre compte de tout ce qui s'était dit, ce qui avait pu être fait »*. La motivation permet alors à l'avocat, après coup, de dire : *« Les points saillants pour vous juger, cela a été cela. »* La motivation est donc bien utilisée, tout au moins par certains avocats, pour expliquer à leur client ce qui a emporté la conviction de la juridiction.

Toutefois, certains présidents estiment que, dans certaines circonstances, la motivation peut être défavorable à l'accusé. Tel pourrait être le cas lorsque la motivation est détaillée et que la décision fait l'objet d'un appel. L'audience devant la cour d'assises d'appel commence en effet par l'exposé de la teneur de la décision rendue en premier ressort accompagné de la lecture de la feuille de motivation (4) rédigée par la cour d'assises de première instance. Le fait de lire cette motivation peut alors *« constituer un piège »* dans la mesure où cela peut *« avoir pour effet de verrouiller les débats »*, ce qui peut *« mettre l'avocat un peu en porte-à-faux, en tout cas en difficulté dès qu'il y a une motivation un peu bétonnée »*, selon l'un d'entre eux.

Au reste, pour certains avocats, la motivation a peu d'intérêt, voire aucun. Certains estiment ainsi que l'introduction de l'exigence de motivation n'a strictement rien changé, qu'il s'agit simplement d'une nouvelle formalité à laquelle on a astreint les cours d'assises. L'un d'entre eux explique ainsi qu'il ne communique pas la motivation à son client pour lequel ce serait la dernière des préoccupations.

Préparer un appel ?

Pourtant, la motivation a pour objectif de donner, notamment à l'accusé et à son avocat, les éléments leur permettant de se déterminer sur l'opportunité de faire ou non appel. Plusieurs magistrats et avocats interrogés dans le cadre de notre étude relèvent effectivement cet intérêt de la motivation quant à l'appel : *« Si on veut donner un peu de pertinence à l'appel, c'est très important de savoir : "J'ai été condamné pour..." »* (5). Il apparaît en effet essentiel pour celui qui souhaite *« contester sa culpabilité, sa participation à certaines circonstances aggravantes, une partie de sa culpabilité [...] de savoir sur quelle base le juge a décidé autrement »* (6), ce qui lui permet d'apprécier les chances de succès d'un appel. Un avocat indique ainsi discuter de la motivation avec son client avant de prendre la décision d'interjeter ou non appel. D'autres défenseurs admettent ne pas prendre vraiment connaissance

de la motivation tout en admettant qu'ils le devraient afin d'apprécier l'opportunité de l'appel. Ils expliquent manquer de temps.

Du côté des présidents, la plupart considèrent que le fait que la motivation soit écrite amène à convaincre certains de faire appel ou au contraire les dissuader d'exercer ce recours. Cependant, cet effet reste limité si l'on se souvient que, dans la grande majorité des cas, l'appel n'a pas pour objet de contester tout ou partie de la culpabilité. Le plus souvent il s'agit d'un « appel au quantum » n'ayant d'autre objectif que d'obtenir, devant la cour d'assises de second ressort, une peine moins sévère.

Expliquer aux parties civiles et aux victimes

Les présidents de cour d'assises nous ayant accordé un entretien sont tout aussi nombreux à estimer que le texte de motivation doit être destiné aux parties civiles. Selon eux, la victime a le droit de savoir pourquoi l'accusé a été condamné, quels sont les éléments qui ont emporté la conviction de la cour et du jury. Mais c'est surtout sur l'hypothèse particulière de l'acquittement que les présidents de cour d'assises mettent l'accent. Un acquittement peut en effet résulter de deux situations bien distinctes : soit les accusations de la victime sont jugées peu convaincantes, voire mensongères, soit ces déclarations sont jugées crédibles, mais la cour est face à une insuffisance de charges lui interdisant de retenir la culpabilité de l'accusé. Si l'acquittement est toujours une décision douloureuse pour les parties civiles, il sera d'autant plus difficile à supporter lorsque la victime a le sentiment de ne pas avoir été crue. La plupart des présidents déclarent ainsi vouloir faire comprendre à la victime le sens de la décision, si *« cela la met en cause ou pas »* (7), ce qui bien sûr est différent pour elle. Les exemples donnés par les magistrats sont pour l'essentiel des dossiers de viols, affaires dans lesquelles les déclarations des victimes jouent un rôle primordial et sont souvent contestées. D'où le fait que les présidents de cour d'assises se font fort, le cas échéant, d'inscrire dans la motivation que la cour n'a pas mis en doute l'authenticité des propos de la victime.

En revanche, concernant ces verdicts d'acquittement, il est relevé par certains avocats qu'ils sont tellement mal vécus par les parties civiles que la motivation ne peut alors leur être d'aucun secours. D'autres défenseurs déclarent qu'il ne leur viendrait même pas à l'esprit de communiquer aux victimes la feuille de motivation. L'un d'entre eux explique ainsi que, à l'issue d'un procès d'assises, les victimes sont dans un état psychologique assez compliqué : *« le fait de se dire que c'est quasi terminé [engendre] un état de décompression pour eux. Ils ne retiennent strictement rien de ce que vous leur dites. Il faut leur expliquer plein de choses : on va saisir la CIVI, il va y avoir l'arrêt sur intérêts civils, on va discuter des dommages et intérêts maintenant, etc. »* Les informer de la motivation à ce moment serait donc *« particulièrement inutile pour eux parce que, psychologiquement, ils n'en ont rien à faire. »* De plus, *« s'il y a un appel, vous leur annoncez quand même une nouvelle terrible et [alors] l'aspect technique de la motivation, ce n'est pas audible. ».*

Une adresse au grand public et aux médias

La motivation est également perçue et utilisée par certains magistrats comme le moyen de faire passer des messages à la société dans son ensemble. Ces messages peuvent être de différentes sortes. Il peut s'agir, par exemple, de proclamer à la vue de tous l'innocence d'un accusé. Dans l'hypothèse où le procès d'assises est sous les feux de l'actualité, les magistrats prennent-ils plus de précautions en rédigeant la motivation ? Interrogés à ce sujet, les réponses des présidents de cour d'assises sont contrastées.

Certains affirment ne pas changer leur pratique eu égard au caractère médiatique d'une affaire. D'autres sont moins catégoriques et reconnaissent accorder davantage d'importance à la rédaction, sans pour autant que la médiatisation ne vienne en changer le contenu général et ils précisent tenir compte avant tout de l'adresse à l'accusé et aux parties civiles. L'un d'entre eux indique ainsi que la réaction des journalistes présents dans la salle d'audience peut l'amener à prêter une plus grande attention à certains éléments, ceux qui ont suscité une réaction chez eux. Une autre rappelle que, compte tenu de l'importance historique de l'affaire, ses motivations pourront être lues par de nombreux lecteurs, y compris de futurs historiens, ce qui justifie alors un surcroît de précision.

Remarques conclusives

Une première remarque renvoie au constat d'une variation significative des pratiques quant à l'élaboration des feuilles de motivation des décisions d'assises, qui semble tenir aux méthodes que retiennent les présidents quant à la conduite des délibérations et au rôle qu'ils attribuent aux assesseurs. De plus, sans pour autant disposer d'éléments probants à ce sujet, on peut néanmoins émettre l'hypothèse qu'il existe des variations y compris dans la pratique du même président, en fonction des affaires ou des assesseurs auxquels il est confronté. En outre, les variations de méthodes propres à chaque magistrat président de cour se confirment dans l'analyse du contenu et de la structure des motivations, qui seront détaillées dans un autre article de ce dossier, issu de la même étude scientifique. Notons bien cependant que l'étude a porté sur les premières années de mise en place des motivations, ce qui explique en partie le manque d'homogénéité.

Second point, il semble que les présidents utilisent l'enjeu de la préparation des motivations comme un élément permettant de cadrer le fonctionnement du jury durant l'ensemble de la délibération. C'est ce qui ressort du propos de plusieurs d'entre eux. Une magistrate assure ainsi utiliser la perspective de la motivation comme argument pour inciter les jurés à *« prendre des notes »* et à mieux étayer leurs arguments dans l'expression de leur intime conviction. *« Je leur explique bien que la motivation [sera élaborée] à partir des arguments qu'ils vont donner. Évidemment, cela les amène à en amener peut-être davantage qu'avant. On a encore des habitudes du style : « Voilà, je pense qu'il est innocent/coupable, mais je ne peux pas bien dire pourquoi ». Cela arrive encore, mais c'est assez rare, c'est de plus en plus étayé par les personnes qui délibèrent. »*

Ce souci d'associer le jury à la rédaction des motivations et surtout, par ce biais, de renforcer la liberté et la solidité de la décision issue de ses délibérations vient certainement en réponse au préjugé qui circule souvent dans le milieu judiciaire, présupposant que le procès est entièrement maîtrisé par le président et que l'issue des délibérés est parfaitement prévisible dans la plupart des cas. Ce préjugé est notamment présent parmi les avocats, comme cela s'est vérifié dans nos interviews.

Un troisième point vise la question de la définition de la notion d'intime conviction, dont l'intitulé même en fait une boîte noire impénétrable. La question des éléments de preuve et du *« doute raisonnable »* que retient la procédure américaine vient peut-être s'immiscer avec les motivations et introduire la question de la rationalité et de la crédibilité de la culpabilité au-delà d'une pure subjectivité postulée par la notion d'intime conviction. Aussi, le système juridique qui s'est imposé en Belgique, avec le développement des motivations sur la culpabilité mais également sur le *quantum* de la peine, a-t-il conduit à l'abandon de cette notion.

Mots clés :
JUSTICE * Justice

(1) Cette recherche a été financée par la e service de recherche de l'École nationale de la magistrature (ENM). V. Perrocheau, D. Zerouki-Cottin, (Cercrid-CNRS), P. Milburn (Eso-CNRS), *La motivation en actes Analyse empirique de la motivation des décisions de cours d'assises*, CERCRID et École nationale de la magistrature, janv. 2017. V. http://www.enm.justice.fr/travauxdepartement-recherche-et-documentation.

(2) Cour de cassation, *Rapport annuel* 2010, 3e partie : le droit de savoir.

(3) Citations de plusieurs présidents d'assises.

(4) Article 327 CPP : « Le président donne connaissance du sens de la décision rendue en premier ressort, de sa motivation et, le cas échéant, de la condamnation prononcée. »

(5) Une avocate.

(6) Avocat belge.

(7) Présidente de cour d'assises.

Les cahiers de la justice 2017 p.587

I) La motivation des verdicts - Pour une typologie analytique des motivations criminelles

Vanessa Perrocheau, Maître de conférences, Université de Lyon (Saint-Étienne) Cercrid-CNRS.

L'essentiel

Résumé

L'article présente l'analyse d'un échantillon important (317) de feuilles de motivations dans leur contenu. Elle a consisté à effectuer une typologie en six grandes catégories des motivations, selon leur volume, leur structure générale, les éléments qui les composent et les formulations spécifiques. Ces types de motivations sont rapportés aux attentes des textes et de la jurisprudence mais aussi aux fonctions qu'elles sont amenées à remplir vis-à-vis des protagonistes. Pour cela, les interviews réalisées auprès des magistrats offrent une clé de compréhension.

Summary

The paper presents the analysis of the contents of an important sample (317) of written reasoned orders of Assize courts. It achieves a taxonomy in six major categories of the latter, according to their volume, their general pattern, the elements they include and specific phrasings. These different types of reasoned orders are weighed with legal and jurisprudential provisions but also with the functions they are to fulfil for the various players. In this respect, interviews of judges and prosecutors provide relevant clues.

La première source de données retenue lors de cette recherche portant sur la motivation des décisions de cour d'assises est le résultat de la collecte de différentes pièces contenues dans les dossiers criminels (1), dont les feuilles de motivation, issues de six juridictions. L'échantillon s'est porté sur la totalité des décisions rendues pour chaque juridiction choisie du 1er janvier 2012, date d'entrée en vigueur de la réforme imposant la motivation des décisions de cour d'assises, au 31 décembre 2013, soit deux années complètes. Ce sont au total 317 motivations qui ont fait l'objet d'une analyse. Cette analyse statistique croisée s'est employée à réaliser un examen comparatif des cooccurences entre plusieurs variables (2), principalement le volume général des motivations et leur structure argumentative. Concernant cette dernière variable, ont été codés les différents éléments à charge contenus dans ces feuilles de motivation (3). En règle générale effectivement, et conformément à ce qu'a prévu le législateur de 2011, seuls des éléments à charge sont présents dans la motivation. L'article 365-1 CPP indique en effet que « la motivation consiste dans l'énoncé des principaux éléments à charge qui, pour chacun des faits reprochés à l'accusé, ont convaincu la cour d'assises ». La circulaire du 15 décembre 2011 (4) précise à ce propos qu'il n'est besoin de mentionner dans la feuille de motivation que les éléments à charge dont il est apparu, au cours de la délibération, qu'ils avaient convaincu l'ensemble des membres de la juridiction ou, tout au moins, une majorité qualifiée. On trouvera donc dans ces motivations des éléments probatoires tels que des déclarations, des éléments matériels, ou

bien encore des conclusions d'expertise.

Mais lors de cette analyse statistique, il nous est très vite apparu que certaines feuilles de motivation de notre échantillon contenaient des éléments que nous n'avions pas codés car ne constituant pas des éléments à charge. Par exemple, sont inclues dans certaines motivations des remarques préliminaires précisant le contexte dans lequel le crime a été commis. D'autres motivations ne présentent que de rares éléments probatoires sous la forme d'un inventaire alors que certaines développent une véritable argumentation juridique. Nous avons donc repris l'ensemble des 317 feuilles de motivation afin de procéder à une analyse qualitative. Celle-ci nous a permis d'identifier six modèles de motivation, c'est-à-dire présentant des récurrences, des caractéristiques similaires. Cette classification en modèles n'est bien évidemment pas hermétique et certaines motivations relèvent de plusieurs modèles, motivations que nous avons qualifiées d'hybrides.

Le graphique ci-dessous renseigne sur la fréquence de ces différents modèles de motivation.

Le présent, article propose donc de présenter cette typologie analytique des motivations en s'appuyant sur cette partition entre les motivations ne contenant que des éléments à charge (I) et celles présentant un contenu plus varié (II).

I - Les motivations ne contenant que des éléments à charge

Fort logiquement donc, dans la plupart des cas, seuls des éléments à charge, plus ou moins détaillés, figurent dans la motivation. Deux modèles de motivation ne contenant que des éléments à charge, à l'exclusion de tout autre élément, peuvent être identifiés : la motivation sommaire et la motivation recensement qui à elles deux représentent 65 % des motivations composant notre échantillonnage.

A - La motivation recensement

Cette catégorie de motivation contient uniquement des éléments à charge ayant emporté la conviction de la cour et du jury. Peuvent ainsi figurer dans ce type de motivation les déclarations de l'accusé, celles des victimes, des éléments matériels ou bien encore des conclusions d'expertises. Ces éléments à charge sont listés et détaillés avec un degré de précision variant d'une motivation à l'autre mais, en tout état de cause, il ne s'agit pas uniquement de viser la catégorie juridique - aveu, expertise psychologique, etc. - mais aussi de préciser leur teneur. La motivation ci-dessous reproduite en constitue une illustration.

Extraits de motivation recensement (dossier de viol)

- l'expertise médico-légale de la victime a établi dès le 17/9/2009 et alors que celle-ci était âgée de 15 ans, l'existence d'une défloration ancienne alors que rien dans le dossier et dans les débats n'a permis

de l'attribuer à une autre personne qu'à celle de A :

- la perquisition effectuée au domicile de l'accusé a permis de découvrir des préservatifs et un calendrier décrit par la victime et portant mention notamment des dates des règles de celle-ci :

- les constatations dans l'expertise pédopsychiatrique conduite par le Dr ... font état :

- d'une absence d'antécédents de troubles mentaux ;

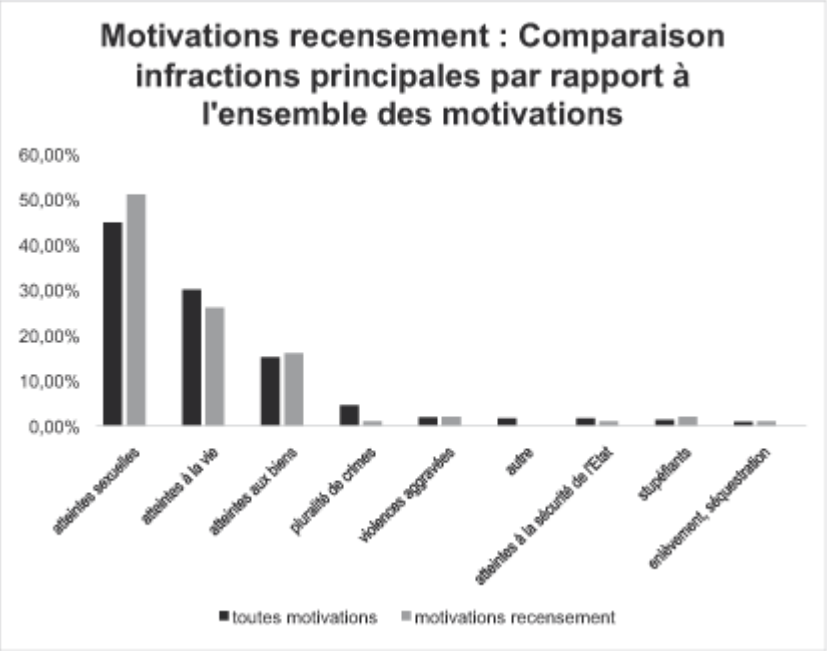
- d'une absence de tendance psychologique à l'affabulation ;

- de l'existence de l'empreinte d'une effraction psychique liée à des abus sexuels ; et décrivent une jeune fille enfantine et pas sexualisée ;

- ces conclusions sont globalement confirmées par la seconde expertise psychologique réalisée par un autre expert, plus d'un an après la première, et selon laquelle la mineure présente un tableau clinique classique des abus sexuels ainsi que des éléments à caractère post traumatiques nettement repérables compatibles avec les faits dénoncés ;

- l'accusé a, à de multiples reprises, tant dans ses 4ème, 5ème et 6ème auditions par la police, qu'aux interrogatoires du juge d'instruction, que dans ses déclarations à l'expertise psychiatrique et médico-psychologique, enfin dans plusieurs correspondances adressées à ce dernier, reconnu la réalité d'abus sexuels répétés commis par lui sur la jeune victime ;

Contrairement à d'autres catégories de motivation plus fréquemment utilisées pour certaines infractions, les motivations recensement ne présentent pas de particularités véritablement remarquables par rapport à notre échantillonnage global. Comme dans l'ensemble des motivations que nous avons analysées, les motivations recensement concernent en premier lieu des crimes sexuels et, en second rang, des atteintes à la vie, puis des atteintes aggravées aux biens.



Le fait que la motivation recensement soit utilisée pour tous les crimes est une des raisons nous amenant à considérer que ce type de motivation constitue en quelque sorte le droit commun de la motivation. À cela s'ajoute la fréquence de son utilisation. Les motivations recensement constituent 54

% de notre échantillonnage (168 sur les 317). Cette façon de motiver est en outre pratiquée, plus ou moins systématiquement, par les vingt-cinq magistrats constituant notre échantillonnage, ce qui contribue également à faire de cette motivation recensement le droit commun de la motivation.

B - La motivation sommaire

Comme le modèle précédent, la motivation sommaire ne comprend que des éléments à charge mais elle se distingue par sa brièveté. Ce sont des motivations très courtes, moins d'une page lorsqu'il n'y a qu'un seul accusé, le plus souvent seulement quelques lignes. Outre la classique phrase introductive, identique ou similaire à celle proposée dans la circulaire de présentation de la réforme (5), seuls les éléments à charge, peu nombreux, figurent dans ces motivations sommaires. Deux ou trois éléments sont listés sans que leur contenu ne soit détaillé. Il est seulement fait état de la catégorie juridique à laquelle appartient l'élément à charge : aveu, déclarations de la partie civile, preuve scientifique, etc.

Exemple de motivation sommaire (viol)

La cour d'assises a été convaincue de la culpabilité de... pour le crime de viol sur mineur de 15 ans, pour les délits d'agressions sexuelles sur mineur de 15 ans et corruption de mineurs de 15 ans en raison des éléments à charge suivants qui ont été discutés lors des débats et qui ont constitué les principaux éléments à charge exposés au cours des délibérations menées par la cour et le jury préalablement au vote des questions : S'agissant des faits de viols sur mineur de 15 ans :

- les aveux de l'accusé réitérés lors des débats devant la cour d'assises,

- les déclarations de la partie civile réitérées devant la cour d'assises.

S'agissant des faits d'agressions sexuelles sur mineur de 15 ans :

- les aveux de l'accusé réitérés lors des débats devant la cour d'assises,

- les déclarations de la partie civile réitérées devant la cour d'assises.

S'agissant des faits de corruption de mineur de 15 ans :

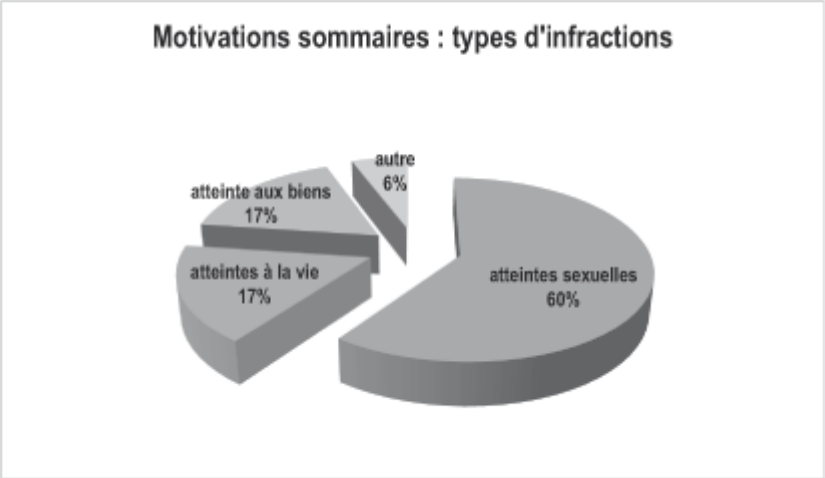
- les aveux de l'accusé réitérés lors des débats devant la cour d'assises.

En cas de pluralité d'infractions ou d'accusés, la motivation sommaire peut faire plus d'une page, sous chaque accusé étant listés deux ou trois éléments à charge. Parfois, certaines motivations renvoient, pour chaque accusé successif, à la motivation figurant sous le premier accusé.

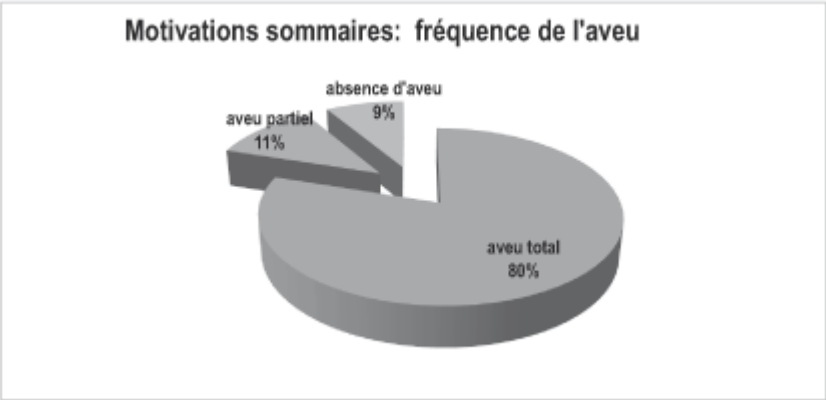
Comme l'illustre l'exemple ci-dessus reproduit, la lecture de la motivation, à elle seule, ne permet pas de connaître, même seulement de manière superficielle, les faits de l'espèce. On est bien loin de la motivation circonstanciée. Au contraire, ce type de motivation, dépersonnalisée et laconique, est transposable d'une affaire à une autre. Ces motivations minimalistes se rapprochent à cet égard des anciens arrêts tampons (6) de la Cour de cassation se caractérisant par « les caractères répétitif et dépersonnalisé d'arrêts, qui reproduisent invariablement des formules maintes fois employées, et qui ne se distinguent que par les noms des parties et l'indication de la décision attaquée » (7).

Ces motivations minimalistes sont loin de constituer la majorité des cas, mais nous en avons tout de même recensé 36 sur un total de 317 motivations, ce qui représente un peu plus de 11,4 % des dossiers étudiés.

Dans cette catégorie, comme le montre le graphique ci-dessous, il est possible de constater une surreprésentation des atteintes sexuelles (21 motivations). Viennent ensuite à égalité les atteintes aux biens et les atteintes à la vie (6 motivations chacune).



Sans grande surprise, il apparaît également que, dans la quasi-totalité des cas, la motivation est elliptique dans des affaires dans lesquelles l'accusé a avoué sa culpabilité soit totalement, cas de loin le plus fréquent (28 motivations sur 36), soit au moins partiellement (4 cas sur 36).



Au total donc, ces motivations sommaires concernent dans près de 90 % des cas des dossiers dans lesquels au moins une partie des faits est reconnue et, dans 80 % des cas, des faits reconnus dans leur intégralité.

Ces motivations elliptiques en présence d'aveux de l'accusé s'inscrivent *a priori* dans les préconisations formulées par la circulaire du 15 décembre 2011 (8), laquelle suggère en effet que la motivation « pourrait être beaucoup plus concise si l'accusé a reconnu les faits qui lui sont reprochés, cette reconnaissance constituant alors le premier des éléments à charge, dont il pourra ensuite indiquer de façon particulièrement succincte qu'il est corroboré par tels ou tels éléments ». Il est indéniable que certains présidents de cours d'assises font, consciemment ou non, une application extrêmement zélée de cette circulaire en rédigeant des motivations « particulièrement succinctes ».

Mais, peut-on encore considérer que l'on est, en l'espèce, en présence d'une motivation véritable ? Si, comme l'expriment plusieurs des présidents de cours d'assises interrogés lors de cette étude (9), motiver c'est expliquer les raisons qui ont amené la cour à statuer dans un sens ou dans l'autre, force est de constater que dans ce type de motivation le souci pédagogique est inexistant. Il est indéniable que ces motivations sommaires n'atteignent pas non plus l'objectif de donner à l'accusé, voire au ministère public, les éléments permettant d'apprécier l'opportunité d'interjeter appel. Certes, dans la plupart de ces motivations elliptiques, l'accusé a avoué, il n'a donc *a priori* pas de raisons de faire appel

pour contester sa culpabilité. En cas d'appel au *quantum*, la peine n'étant pas motivée, la motivation, quel que soit son modèle, ne lui sera d'aucune aide. Enfin, l'indigence de ces motivations ne peut permettre une quelconque rationalisation de la prise de décision criminelle. On ne peut alors que conclure à l'inutilité de ces motivations elliptiques qui n'apportent rien de nouveau par rapport à ce qui a été débattu lors de l'audience et pas plus par rapport au dossier de la procédure. Il est en outre possible de douter du fait qu'une présentation aussi elliptique que celle-ci reflète véritablement les principaux points qui ont été débattus lors du délibéré, ce qui est pourtant l'exigence posée par l'article 365-1 CPP.

Dès lors, comment expliquer que certains présidents, puisque c'est eux qui rédigent les motivations, soient si économes de leurs mots ?

Les entretiens menés avec ces magistrats (10) nous permettent d'avancer quelques explications. L'une d'entre elles réside dans le fait que certains présidents ont vécu la réforme de 2011 comme une contrainte, comme une « surcharge de travail » qui leur a été imposée. « Cela a rajouté une strate de complication dans le fonctionnement de la cour d'assises ». Motiver de façon aussi sommaire leur permet de se conformer formellement à l'exigence légale tout en minimisant la contrainte que constitue, selon eux, cette obligation de motivation.

Certains magistrats invoquent également la crainte d'une censure par la Cour de cassation. La longueur étant considérée comme un risque, l'idée est d'être concis afin de minimiser les risques de censure. Il est pourtant possible de penser que ce caractère extrêmement elliptique n'interdit pas que la Cour de cassation, dans un avenir plus ou moins proche, prononce une censure sur ce motif.

Les motivations sommaires et les motivations recensement représentent à elles deux 65 % de notre échantillonnage. À côté de ces motivations ne contenant que des éléments à charge, ont été identifiés d'autres modèles de motivation au contenu plus varié.

II - Les motivations à contenu varié

Si l'article 365-1 CPP envisage seulement la présence d'éléments à charge dans les feuilles de motivation, force est de constater que certaines d'entre elles contiennent d'autres éléments, soit à la place, soit, le plus souvent, en plus de ces éléments à charge. Plusieurs modèles peuvent ainsi être distingués : la motivation démonstrative, péremptoire, pédagogique et narrative.

A - Les motivations démonstratives

Ces motivations ont ceci de caractéristique qu'elles procèdent toutes par démonstration, soit en fait par l'utilisation notamment de présomption de faits (est déduit d'un élément connu un élément inconnu), soit en droit pour lesquelles est effectué un véritable travail de qualification juridique. La motivation reproduite ci-dessous illustre un tel raisonnement juridique, en l'espèce le rejet d'un fait justificatif, la légitime défense.

Extrait de motivation démonstrative (dossier de meurtre)

SUR LA LEGITIME DEFENSE

Considérant que le fait justificatif tiré de la légitime défense, ne saurait prospérer s'il existe une disproportion manifeste entre le moyen de défense employé, en l'occurrence un coup de couteau au coeur, et la gravité de l'atteinte, présentée par l'accusé comme un seul coup de poing, reçu avant le coup de couteau ;

Considérant qu'en l'espèce, s'il est constant, eu égard au conflit préexistant entre les quartiers Dupleix et Commerce du XVe arrondissement de Paris, aux circonstances de la venue sur les lieux de S... et au nombre des individus présents face à celui-ci, que le contexte était menaçant, il y a lieu de constater que la majorité des témoins, atteste que les principales violences sur l'accusé ont été commises postérieurement au coup de couteau ;

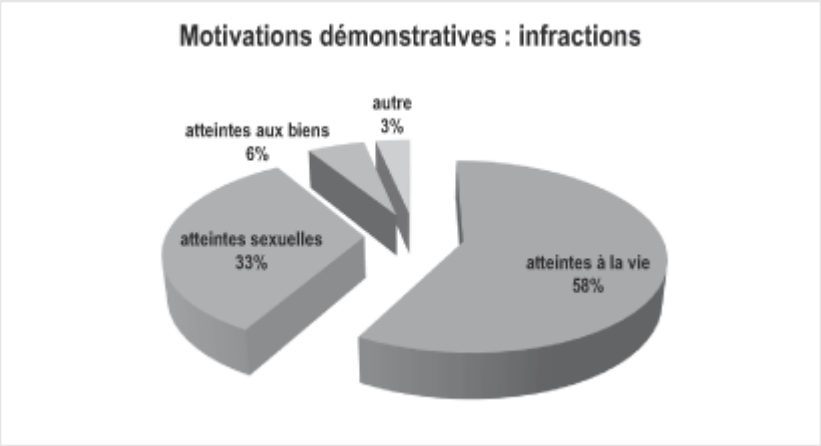
Considérant qu'il résulte de l'ensemble des témoignages, tant à l'instruction qu'à l'audience de cette

Cour, que bien que D... ait saisi S... par le col de son pull et que pour certains, celui-là ait demandé à ce que certains de ses amis aillent chercher des bombes lacrymogènes, il est établi que D..., n'était porteur d'aucune arme et n'avait pas frappé l'accusé ;

Considérant au surplus, tant à la confrontation devant le juge d'instruction qu'à l'audience de cette Cour, les témoins, à l'exception d'A... ont affirmé que personne n'avait touché S... l'avant le coup de couteau, hormis D... qui l'avait saisi par le col ;

Considérant qu'en toutes hypothèses, et à supposer que soit établi, que des violences aient été exercées sur S... antérieurement au coup de couteau, il ne résulte pas des débats, que la vie de ce dernier ait été mise en danger par ces éventuelles violences, de sorte que sa réplique, consistant à diriger son couteau dans une zone vitale de D... s'est avérée disproportionnée ave la menace ou l'atteinte commise ; qu'il s'ensuit que doit être écarté le fait justificatif tiré de la légitime.

Quant au domaine de ces motivations démonstratives, il ressort de notre recherche que le recours à ce type de motivation concerne principalement les atteintes à la vie (21 motivations sur 38, soit 58 %), viennent ensuite les atteintes sexuelles (12 motivations, soit 33 %). Ceci est spécifique aux motivations démonstratives puisque les atteintes à la vie constituent dans l'ensemble de notre échantillonnage seulement 30% des infractions, loin derrière les atteintes sexuelles lesquelles représentent 44,8% des infractions principales de nos dossiers.



Concernant les atteintes à la vie, plusieurs éléments constitutifs de l'infraction ou circonstances aggravantes nécessitent effectivement un travail de qualification : l'intention homicide en premier lieu mais aussi, le cas échéant, la préméditation pour la qualification d'assassinat en sus d'éventuels faits justificatifs, tels que, on l'a vu, la légitime défense. Quant aux atteintes sexuelles, la démonstration consiste dans la plupart des hypothèses à qualifier la contrainte, l'extrait de motivation ci-dessous en constitue un exemple.

Extrait de motivation démonstrative (dossier de viol)

(...) La contrainte résulte de la différence de taille, de force et d'âge entre l'accusé et la victime, de l'endroit obscur, clos et isolé où il l'a entrainée et où elle ne pouvait espérer aucun secours extérieur, de son insistance bien qu'il reconnaisse qu'elle lui a dit non au départ, et des propos menaçants qu'il lui a tenus. L'emprise sur la victime a été d'autant plus forte qu'elle est décrite comme influençable et immature par les experts, étant en outre âgé de seulement 13 ans et demi.

B - Les motivations péremptoires

Ces motivations, pratiquées par seulement six des vingt-cinq présidents constituant notre échantillonnage, se caractérisent par le fait qu'elles contiennent toutes des affirmations non étayées, en

plus ou en remplacement d'éléments à charge. Pour ce type de motivation, on constate en effet que peu d'éléments à charge, voire aucun, autre que l'aveu, sont exposés.

Certaines formulations, comme « il ressort des débats que.. », « il est constant que...» sont caractéristiques, sans que pour autant elles soient systématiquement employées dans toutes ces motivations que nous avons qualifiées de péremptoires. Est reproduit ci-dessous un exemple de motivation péremptoire.

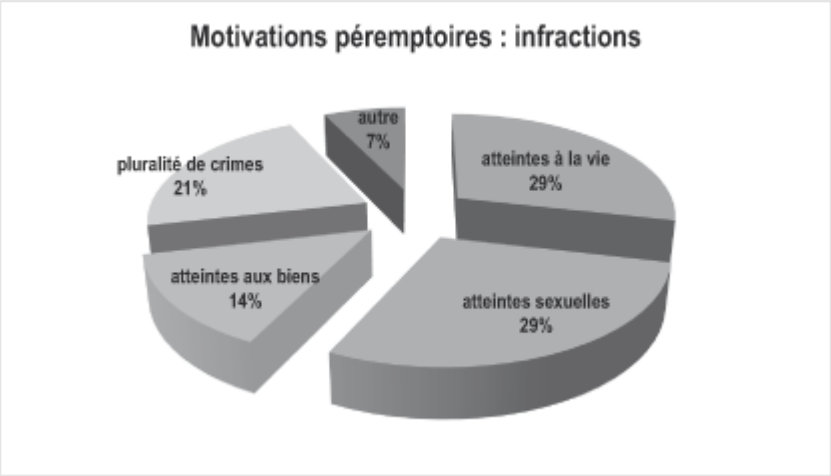
Exemple de motivation péremptoire (dossier de viol)

Accusé : ..., accusé de viol sur mineur de 15 ans par ascendant légitime

...a reconnu avoir commis sur sa fille...âgée de trois ans les faits qui lui sont reprochés, et il ressort des autres éléments exposés au cours des débats que ces faits peuvent effectivement lui être imputés.

Par ailleurs l'élément intentionnel de l'infraction ressort également des débats.

Sa culpabilité pour ce crime est donc établie.



Quant aux infractions faisant l'objet de ces motivations péremptoires, aucune ne domine véritablement même si les atteintes sexuelles et les atteintes à la vie sont les plus représentées.

Le fait que ces motivations péremptoires soient rares -5 % de notre échantillonnage - et pratiquées par relativement, peu de présidents de cour d'assises s'explique aisément. Motiver, en effet, consiste à exposer les raisons qui ont emporté la conviction de la cour et du jury. Ce type de motivation semble bien davantage relever de l'affirmation que de l'explication. À maints égards, ces affirmations péremptoires ne constituent pas une motivation véritable, mais sont tout au contraire la négation de la motivation.

C - Les motivations pédagogiques

Les motivations que nous avons qualifiées de pédagogiques sont peu nombreuses - seulement quatre motivations sur les 317 analysées - mais il nous a semblé néanmoins important de les distinguer compte tenu de leur typicité.

Ces quatre motivations ont en effet pour point commun de contenir, soit dans un préambule, soit dans le début du corps proprement dit de la motivation, une sorte de « mise au point », de développement à valeur particulièrement pédagogique. Indéniablement en rédigeant ces motivations, les magistrats ont souhaité faire oeuvre de pédagogie et transmettre un message particulièrement explicite à tous,

accusés, parties civiles mais aussi opinion publique. La teneur de ces messages à vertu pédagogique diffère, bien sûr, selon l'affaire : viols répétés sur des enfants, terrorisme ou meurtre commis par un militaire.

Compte tenu de la longueur de ces motivations - 21 pages pour la plus longue, 5 pages pour la plus brève - nous ne reproduisons ci-dessous que les extraits les plus significatifs de ces motivations.

Exemple de motivation pédagogique (dossier de meurtre)

La décision d'exécuter X n'a pas été le fruit d'un geste instinctif dans un contexte d'urgence et de confusion mais bien un choix réfléchi et délibéré.

Le respect de la hiérarchie militaire, même en temps de guerre et *a fortiori* dans le cadre d'une opération de maintien de la paix ordonnée par l'ONU, ne peut justifier qu'un militaire supprime un homme blessé et ligoté quand bien même il serait responsable d'exactions répétées à l'égard des populations civiles.

En outre loin d'avoir été contraint d'exécuter un ordre à l'évidence illicite, l'adjudant chefR a en réalité toujours pleinement revendiqué le bien fondé de son geste criminel et défendu la légitimité de cet ordre à ses yeux, compte tenu des crimes imputés à X et de l'impuissance de la justice ivoirienne à y mettre un terme.

Son adhésion assumée à l'ordre de tuer X, en violation de toutes les règles nationales et internationales régissant les conflits armés et le traitement des prisonniers, a gravement porté atteinte aux valeurs fondamentales de la République française qu'il était pourtant censé représenter et défendre.

Extrait de motivation pédagogique (dossier d'infractions sexuelles)

Cour d'Assises des Mineurs de statuant en première Instance

FEUILLE DE MOTIVATION

Affaire L... F, B... E et G articles 365-1 du code de procédure pénale

1. Observations liminaires sur la responsabilité pénale de

Si l'Ecole ... a pu développer un projet pédagogique original, les dérives pédophiles qui l'ont accompagnées dès sa création ont réduit à néant ce projet pour ceux qui en ont été victimes.

La Cour d'Assises ne peut en outre que constater, au vu des faits commis sur B... dès 1965, que l'attirance pédophile de L... est bien antérieure à l'Ecole ... et aux événements de mai 1968.

Dès lors, les viols et les agressions sexuelles commis sur de très jeunes garçons pendant plus de 20 ans ne s'inscrivent nullement dans le contexte d'une époque prétendument permissive mais bien dans le cadre d'une sexualité déviante et profondément traumatisant pour les victimes.

Par ailleurs, dès le début des années 1980, plusieurs parents avaient fait par à I... de leur inquiétude vis à vis de la pédophilie et donc de leur profond désaccord sur les relations sexuelles entre adultes et enfants.

Il savait donc parfaitement que son comportement n'était ni accepté socialement ni toléré par les parents dont il a gravement trahi la confiance.

L'éloignement des enfants de leur environnement familial, leur isolement affectif pendant des mois parfois des années, le recours à la nudité et aux massages dérivant vers des caresses sexuelles, le discours permissif sur la pédophilie inspiré de la Grèce antique, la mise en cause systématique des valeurs sociales et parentales, les mises au point collectives parfois humiliantes, caractérisent un

conditionnement quasi-sectaire à l'égard d'enfants particulièrement vulnérables dont l'objectif principal était à l'évidence pour lui, non pas d'atteindre un idéal pédagogique utopique dont il aurait l'architecte, mais en réalité d'assurer son emprise psychologique et d'assouvir ses pulsions sexuelles au détriment de leur épanouissement et du projet éducatif affiché par l'association.

Si ceux qui ont échappé à ces dérives pédophiles ont retiré un indéniable bénéfice de leur séjour au sein de l'Ecole..., les enfants qui ont été utilisés comme objets sexuels pendant des années et qui avaient pourtant investi en L... toute leur confiance ont été profondément culpabilisés, déstructurés et meurtris.

Enfin, la Cour relève la lenteur avec laquelle il a finalement admis une partie des fait des dénoncés.

Ces motivations pédagogiques sont toutes intervenues, au sein de la même cour d'assises, dans des affaires à retentissement médiatique exceptionnel. Ceci explique pour une part pourquoi ces présidents ont eu la volonté de motiver de la sorte. L'auteur de deux de ces motivations pédagogiques confie ainsi que, lorsqu'il y a un débat de société important, il s'efforce dans sa motivation « d'expliquer quel est le positionnement de la cour d'asises dans le débat de société qui est soulevé par [l']affaire ». Il ajoute concernant la motivation adoptée dans le dossier d'infractions sexuelles dont un extrait est reproduit ci-dessus que la lecture du dossier ne lui avait pas permis de « sentir à quel point ce dossier était le reflet d'une évolution sociétale fondamentale. C'était un miroir de l'évolution de la société » qui lui est « apparu important d'introduire dans la motivation ». Sont ainsi explicités dans cette motivation pédagogique le contexte de l'époque, post mai soixante-huit, libéral mais n'autorisant pas pour autant la pédophilie, ainsi que l'ambiance sur le bateau amenant au conditionnement des enfants victimes des viols.

D - La motivation narrative

La motivation narrative a ceci de particulier qu'elle contient une explication du contexte de l'infraction. Comme son nom l'indique, il s'agit de raconter l'histoire. Les éléments à charge sont restitués dans leur contexte factuel. Le déroulement des événements jusqu'à la commission de l'infraction, puis parfois le cheminement de l'enquête ayant conduit à l'arrestation du ou des accusés sont repris de manière souvent très détaillée. Quant aux éléments à charge, ils sont présentés soit au fur et à mesure de la narration, tant des faits que de l'enquête, soit après la narration du déroulement chronologique des faits. Les faits se comprennent alors à la seule lecture de la motivation. Ce sont souvent des motivations longues dans des affaires complexes. L'extrait de motivation narrative reproduit ci-dessous l'atteste.

Exemple de motivation narrative (dossier de tentative de meurtre)

Cour d'assises de...

Le mardi 19 mars 2013

Feuille de motivation article 365-1 du Code de procédure pénale

Accusé :

Crime : - d'avoir, à... (Loire) le 8 juin 2012 en tous cas sur le territoire national et depuis temps n'emportant pas prescription, tenté de donner volontairement la mort au Brigadier J... ladite tentative, manifestée par un commencement d'exécution, en l'espèce en ayant tiré sur le policier en face à face au niveau du coeur, avec cette circonstance que les faits ont été commis à l'encontre d'un fonctionnaire de la police nationale dans l'exercice de ses fonctions et n'ayant ainsi manqué son effet que par suite d'une circonstance indépendante de sa volonté (port d'un gilet pare-balles du policier).

Fait prévu et réprimé par les articles 121-5, 221-4, 221-8, 221-9, et 221-9-1 du Code Pénal.

Motivation : la cour d'assises a été convaincue de le culpabilité de l'accusé pour le crime ci-dessus spécifié, en raison des éléments à charge suivants qui ont été discutés lors des débats et qui ont constitué les principaux éléments à charge exposés au cours des délibérations menées par la cour et le

jury préalablement au vote sur les questions :

- l'accusé a fait plaider sa cause en admettant qu'il était bien coupable des faits qui lui étaient reprochés à ce titre, même s'il a soutenu qu'il n'avait pas eu l'intention de donner la mort à J...

- cette reconnaissance a été corroborée par les autres éléments à charge ci-dessous :

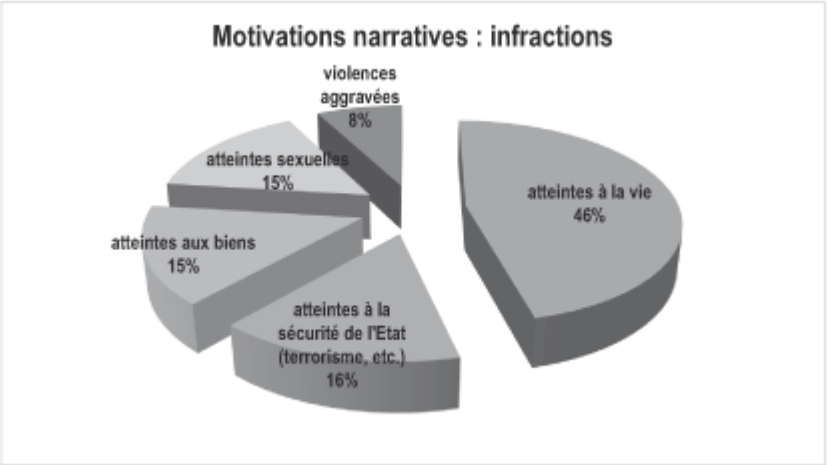
- les policiers J... F... P... et D... ont déclaré à l'audience de la cour, de façon concordante et conformément à ce qu'ils avaient déjà indiqué au cours de l'enquête et de l'instruction, qu'à la demande de leurs supérieurs hiérarchiques et à celle de sept habitants du quartier de l'Hôtel Dieu de..., ils étaient intervenus en ce lieu dans la nuit du 8 au 9 juin 2011 et avaient constaté la fin d'une bagarre sans gravité opposant un nombre indéterminé d'hommes, variant de 5 à 7, qui s'étaient enfuis à leur vue ;

- ayant débuté le contrôle d'identité de certains d'entre eux, ils se sont aperçus qu'un homme s'enfuyaient en courant voulant échapper à ce contrôle ;

- poursuivi par J... qui l'a déséquilibré à l'intersection du quai de la Rive et la rue de la Charité, cet homme a fait feu dans sa direction et dans celle de R..., à deux reprises, puis après s'être retourné et placé de face par rapport aux poursuivants, a encore trié dans leur direction avec un pistolet, à une distance d'environ 1,50 m, en atteignant J... à la partie gauche de la poitrine, la balle ayant été arrêtée par son gilet pare-balles ; J... a contourné le tireur et tandis que R... lui faisait un balayage au niveau des jambes, ce qui entraînait sa chute au sol, le premier policier a réussi à maintenir l'individu interpellé à personnellement vu l'accusé tirer en direction de ses collègues ;

- s'il est donc acquis que Y... a bien volontairement tiré en direction de J... et de R... il ne résulte pas de circonstances matérielles de la cause que la preuve soit rapportée qu'il avait, à ce moment là, des intentions homicides ;

- comme précédemment, la cour a considéré comme constant que J... et R... étaient bien, au moment des faits, fonctionnaires de police dans l'exercice de leurs fonctions, qu'ils étaient revêtus de leurs uniformes, lesquels comportaient des inscriptions réfléchissantes sérigraphiées « police », qu'ils avaient fait des sommations à l'accusé à de nombreuses reprises, ainsi que leurs collègues présents à proximités de véhicules sérigraphiés et dont les gyrophares étaient allumés, de sorte que l'accusé ne pouvait pas ignorer leur qualité de policiers;



Parmi les 13 motivations narratives recensées, soit environ 4 % de notre échantillonnage, a été relevée une surreprésentation des atteintes à la vie.

Quelques professionnels rencontrés, particulièrement des avocats généraux, sont assez sceptiques face

à ce type de motivation (11). Ils ne sont pas loin de penser que, parfois, la motivation n'est en rien une oeuvre originale. Plus précisément, elle ne serait que la reprise du rapport préalable ou de certains éléments de l'ordonnance de mise en accusation (OMA), voire la reprise du rapport préalable qui ne serait lui-même qu'un copier-coller de cette OMA. Certains ajoutent que l'OMA elle-même reprendrait en grande partie le réquisitoire du parquet. Si tel est le cas, la motivation ne peut prétendre se conformer aux exigences légales. La motivation doit en effet contenir les principaux éléments à charge, exposés au cours des délibérations (12). Comme l'explicite un magistrat, elle doit être « le reflet [...] des débats judiciaires, du procès, cela ne peut pas être le reflet de l'instruction ou alors cela signifie que le procès n'a pas de sens, n'a pas d'utilité et après tout dispensons-nous du procès et jugeons sur dossier avec des conclusions écrites ! » (13). Assurément, on ne peut espérer cela pour le devenir de la cour d'assises.

Mots clés :
JUSTICE * Justice

(1) Pour chaque dossier ont été collectés et analysés l'arrêt pénal, la feuille de questions, l'ordonnance de mise en accusation et la feuille de motivation.

(2) Sur ce point v. *La motivation en actes. Analyse empirique de la motivation des décisions de cours d'assises*, p. 70 « Analyse des données statistiques ».

(3) Les éléments à charge identifiés à l'intérieur des feuilles de motivation sont les suivants : aveu de l'accusé, déclarations de la partie civile, autres déclarations ou témoignages, expertises médico-légales, preuves éléments matériels hors expertise, présomption de faits, expertise psychologique ou psychiatrique de la partie civile, contradictions entre les déclarations de l'accusé et les éléments du dossier, expertise ADN, déclaration du coauteur, contradiction dans les déclarations de l'accusé, expertise psychologique ou psychiatrique de l'accusé, expertise autre (balistique, etc.), expertise psychologique ou psychiatrique de la victime (non constituée).

(4) Circulaire du 15 déc. 2011 relative à la présentation des dispositions de la loi n° 2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs, relatives à la cour d'assises applicables au 1er janv. 2012, NOR : JUSD1134281C.

(5) Circulaire du 15 déc. 2011, *op. cit.*

(6) Ces arrêts ont en effet disparu depuis qu'a été créée par la loi organique n° 2001539 du 25 juin 2001 relative au statut des magistrats et au CSM une procédure de non admission des pourvois. V. M. Cottin, « La Cour de cassation se dote d'une procédure d'admission des pourvois en cassation », D. 2002. 748.

(7) A. Perdriau, Des « arrêts brévissimes » de la Cour de cassation, *JCP* 1996, I, 3943, n° 40 et s. ; V. Vigneau, Le régime de la non-admission des pourvois devant la Cour de cassation, D. 2010. 102 et s., spéc. p. 108.

(8) Circulaire du 15 déc. 2011, *op. cit.*

(9) *La motivation en actes. Analyse empirique de la motivation des décisions de cours d'assises*, p. 83.

(10) *La motivation en actes. Analyse empirique de la motivation des décisions de cours d'assises, op. cit.*, p. 84.

(11) *V. La motivation en actes. Analyse empirique de la motivation des décisions de cours d'assises*, p. 99.

(12) Art. 365-1 CPP.

(13) Un président de cour d'assises interroge, *in La motivation en actes. Analyse empirique de la motivation des décisions de cours d'assises*, p. 99.

Les cahiers de la justice 2017 p.601

I) La motivation des verdicts - Vers une motivation de la peine par la cour d'assises en France ?

Djoheur Zerouki-Cottin, Maître de conférences, Université de Lyon, (Saint-Étienne) Cercrid-CNRS.

L'essentiel

Résumé

La loi du 10 août 2011 qui instaure l'exigence de motivation cantonne celle-ci à la culpabilité. L'article 365-1 du code de procédure pénale dispose en effet que, « en cas de condamnation, la motivation consiste dans l'énoncé des principaux éléments à charge qui (...) ont convaincu la cour d'assises » sans faire nulle mention de la peine. La chambre criminelle de la Cour de cassation, quant à elle, proscrit de manière dépourvue de toute ambiguïté le recours à une telle motivation dans trois arrêts récents du 8 février 2017 (1). Pourtant, les entretiens menés avec les professionnels révèlent un intérêt croissant pour cette question et nombreux sont ceux qui s'y montrent favorables. La présente contribution a pour objet d'exposer les enjeux et les perspectives dont une telle évolution serait porteuse.

Summary

The 10 august 2011 Act making written reasoned orders mandatory for Major Crime (Assize) courts narrows its scope to the issue of the guilt and not the penalty. The article 365-1 of the French penal procedure Code stipulates that « reasoned orders are to mention the major prosecution elements that contributed to the court's conviction », with no mention to the penalty sentence. The criminal chamber of the supreme Court rules out such reasoned orders concerning the latter in three jurisprudential orders (Feb. 8th, 2017). However, interviews with law professionals show a growing interest for this and many among them are in favor. The paper points out the stakes and perspectives of such a potential evolution.

En l'état du droit positif, la motivation de la peine n'est imposée ni par les textes ni par la jurisprudence. L'article 365-1 du code de procédure pénale (CPP) précise que, « en cas de condamnation, la motivation consiste dans l'énoncé des principaux éléments à charge qui (...) ont convaincu la cour d'assises » et il n'est nullement question de la peine. Si le code est silencieux sur le sujet - silence qui pourra être interprété de diverse manière par les magistrats -, la circulaire du 15 décembre 2011 est plus explicite

sur la question(2). Elle considère en effet que « l'objet de la réforme est de permettre à l'accusé condamné de connaître les principales raisons pour lesquelles il a été déclaré coupable, mais non pas de lui permettre de connaître les raisons ayant conduit la cour d'assises à prononcer telle ou telle peine ». Il faut ainsi souligner que le deuxième alinéa de l'article 365-1 n'exige nullement que la motivation porte sur le choix de la peine. La motivation imposée par la loi concerne les faits reprochés à l'accusé et porte donc uniquement sur la culpabilité de ce dernier. En tout état de cause, la motivation sur la peine est présentée dans la circulaire comme ne présentant aucun intérêt dans la mesure où les modalités de vote telles qu'elles sont décrites à l'article 362 CPP et le fait que la décision émane d'une collégialité de neuf à douze personnes « rendent inutile une motivation spéciale »(3).

Pourtant, pour des raisons diverses qui seront détaillées plus bas, la possibilité d'une évolution est pressentie et des praticiens ont été interrogés sur ce point dans le cadre de notre étude(4). Trente et un professionnels ont été rencontrés, parmi lesquels des présidents d'assises, des avocats généraux et des avocats. La très grande majorité d'entre eux étaient français mais des praticiens belges ont été également sollicités pour leur expérience plus ancienne sur ces questions(5). La question qui leur était posée était, en substance, de savoir si une motivation sur la peine leur paraissait possible et/ou souhaitable. De manière générale, très peu de praticiens se déclarent véritablement hostiles à l'égard d'une telle motivation. Sur les quatorze présidents interrogés, un seul déclare véritablement s'y opposer(6), alors qu'à l'inverse un autre nous déclare l'avoir déjà pratiquée(7). Entre ces deux positions opposées, la plupart ne sont néanmoins pas aussi tranchées et les professionnels relèvent davantage des difficultés, voire des impossibilités, mais sans qu'il ne s'agisse vraiment d'une opposition de principe. D'autres - magistrats et avocats - se révèlent en revanche résolument favorables à une telle évolution et vont jusqu'à détailler certains des aspects de sa mise en oeuvre. L'objectif de cette contribution n'est pas d'analyser l'intégralité des enjeux théoriques et pratiques de la question mais bien de livrer l'essentiel des réactions du monde judiciaire. Celles-ci permettent-elles d'analyser tant le principe d'une motivation sur la peine (I) que ses modalités (II).

I - Motivation de la peine - Principe

Face à la question de savoir si une motivation de la peine par la cour d'assises paraît dès aujourd'hui possible ou souhaitable, divers arguments ont été développés. On distinguera selon qu'ils s'opposent ou au contraire selon qu'ils militent en faveur d'une telle motivation.

A - Les arguments faisant obstacle à une motivation sur la peine

Les principaux arguments présentés contre une motivation de la peine ont été l'absence de fondement textuel, la difficile compatibilité entre cette motivation et l'existence du vote sur la peine, ainsi que la collégialité, et enfin le caractère stéréotypé qui serait nécessairement attaché à une telle motivation.

1. Absence de fondement textuel

Si l'absence de texte imposant une motivation sur la peine paraît être un argument de forme, voire de circonstance, elle n'en constitue pas moins pour certains un obstacle infranchissable. Un président nous déclare que : « aux assises, il y a une règle pratiquement écrite : il ne faut pas considérer que ce qui n'est pas interdit est permis » et « tant que ce n'est pas prescrit, il ne faut absolument pas motiver sur la peine »(8). La prudence incite le magistrat à en dire le moins possible, pour éviter de prêter le flanc à une censure par la Cour de cassation. « La motivation sur la peine peut donner des arguments pour attaquer la décision, donc je ne tiens pas à motiver sur la peine tant qu'il ne sera pas demandé aux cours d'assises de motiver leurs décisions sur la peine »(9). Dans cette optique, il convient donc pour le magistrat de ne pas aller au-delà de ce qui est commandé par le texte. Mais cette attitude n'est pas celle de tous et certains vont jusqu'à nous déclarer exactement le contraire : « ce n'est pas parce que ce n'est pas prévu par la loi que c'est interdit »(10). Il se trouve que la chambre criminelle donnera raison au premier dans trois arrêts du 8 février 2017, estimant dans un attendu de principe formulé de manière fort explicite que « la motivation consiste dans l'énoncé des principaux éléments à charge qui l'ont convaincue de la culpabilité de l'accusé ; en l'absence d'autre disposition légale le prévoyant, la cour et le jury ne doivent pas motiver le choix de la peine qu'ils prononcent »(11). Les présidents devront ainsi tous attendre que le législateur s'empare de cette question avant de se risquer à justifier le

choix de la peine et sans doute est-ce la condition d'une pratique homogène sur ces questions ; à défaut de précisions législatives expresses, le risque est celui d'une trop grande hétérogénéité, préjudiciable pour la lisibilité des décisions criminelles.

2. Le vote sur la peine et la collégialité

Le système de vote sur la peine qui existe aujourd'hui, conséquence d'une collégialité en grand nombre, est perçu comme un obstacle important à une motivation sur la peine par ses détracteurs. Parfois, c'est le principe même du vote qui est mis en avant. Parfois, c'est davantage le grand nombre de décisionnaires qui paraît problématique.

L'idée que le vote sur la peine exclut toute motivation sur celle-ci revient à plusieurs reprises. L'argument n'est pas neuf. Il est également soulevé dans la circulaire pour justifier l'absence de motivation sur la peine(12). Il est aussi celui qui avait été retenu par la chambre criminelle refusant de transmettre au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité sur ce point(13). Dans cette perspective, le vote sur la peine suffit à la justifier - comme une sorte de justification arithmétique en somme - et c'est ce qui est expliqué au jury au début de la discussion : « vous allez discuter entre vous, vous allez faire plusieurs votes autour de la table et il y en a une qui va tomber. Ce sera la bonne parce que ce sera la vôtre. Ce sera la nôtre parce que ce sera la vôtre et pour ce seul motif »(14).

Mais au-delà de la question du vote qui peut paraître assez technique, c'est aussi la question du collectif qui soulève des difficultés, *a fortiori* lorsque ce collectif mêle professionnels et profanes dont on peut sans peine imaginer la variabilité des évaluations respectives de ce que serait une « juste peine ». Il paraît ainsi difficile pour certains présidents de savoir pourquoi tel ou tel membre de la cour et du jury en particulier a retenu telle ou telle peine. « Non, à mon avis c'est impossible », déclare un président(15). « Je pense que c'est impossible », en ajoute une autre(16). À cet égard, la disparité entre les seuils proposés constitue un argument supplémentaire : « c'est impossible de motiver une peine, notamment une peine en cour d'assises parce qu'en cour d'assises, pendant les quarante fois où j'ai été assesseur, j'ai vu, au premier tour de vote, aller de trois ans à dix-huit ans sur la même affaire entre le juré le plus bas et le juré le plus haut »(17).

3. Le caractère stéréotypé de la motivation

Le caractère stéréotypé de la motivation est ressenti comme l'écueil essentiel, qui revient le plus souvent dans les témoignages, aussi bien ceux des détracteurs de la motivation sur la peine que ceux de ses partisans, lesquels le pressentent alors comme une difficulté à venir. Appuyant ses propos sur une comparaison avec le tribunal correctionnel, un président nous déclare ainsi : « il faut bien reconnaître que la plupart du temps la motivation est assez formelle. On vous demande finalement d'écrire des mots magiques et, une fois que les mots magiques sont écrits, la peine est motivée. Ces mots magiques, ce sont ceux « du code de procédure pénale ; si on prononce les mots magiques, c'est bon. On n'a pas forcément besoin de motiver beaucoup plus. C'est quand même un apport bien marginal. Cela ne me paraît pas fondamental »(18).

Pour certains, ce caractère stéréotypé serait une conséquence de la difficulté de savoir ce que chacun pense et rejoint ainsi la question de la collégialité : « qu'est-ce qu'ils vont mettre ? Comment ils vont motiver ? Je veux bien ! Vous allez avoir la motivation langue de bois. (...) Quand on est trois magistrats pour délibérer en matière correctionnelle (...) c'est facile de savoir ce que chacun des deux autres pense. Quand vous êtes onze, c'est un peu compliqué. S'il faut une motivation, vous aboutirez à une motivation langue de bois »(19).

La décision sur la peine apparaît ainsi comme le résultat d'un cheminement intellectuel spécifique dont il est difficile de rendre compte au travers d'une motivation. Pour certains présidents, « il y a là une grande perplexité [de la part des jurés]. C'est toujours très difficile la décision sur la peine »(20). Un autre ajoute plus précisément : « j'ai peur que cela soit une motivation un peu bateau sur la peine. (...) Il y a un processus mental qui peut difficilement être restitué dans une motivation comme on le fait pour

une motivation de peine correctionnelle »(21). Cela peut être encore dit de manière un peu plus abrupte : « c'est trop difficile pour les jurés, sur la peine ils sont en plein brouillard », parce que l'évaluation de la peine c'est « une question de *feeling* » (22).

Certains avocats se rangent également à cet avis, invoquant « la part de fiction intellectuelle inhérente à la motivation sur la peine »(23). Un autre estime même que ce caractère stéréotypé ôte tout intérêt à la motivation sur la peine : « Je ne vois pas comment ils motiveraient la peine. Ils motiveraient la peine toujours de la même façon et cela ne vous éclairerait pas sur le risque que vous prenez à aller en appel. Les éléments de la peine sont toujours un peu les mêmes. Je pense que cela n'est pas utile, une motivation sur la peine ne changera pas la vie »(24).

Mais tous ne voient pas dans cette difficulté un obstacle incontournable. Pour un grand nombre des praticiens interrogés, cela ne doit pas empêcher l'adoption d'une motivation sur la peine, considérant que, « de toutes façons, cela fera un travail... et que [la motivation] sera là pour la transparence »(25). Un autre président estime que, de toutes façons, « il n'appartient qu'au juge de motiver de manière individualisée la peine qu'il prononce », d'autant « que c'est une justice de luxe et qu'on peut vraiment entrer dans les détails, pourquoi on le ferait sur la culpabilité et pas sur la peine ? »(26). Enfin, pour un avocat, l'argument n'est pas vraiment sérieux soulignant que « l'on disait la même chose pour la culpabilité »(27).

B - Les arguments plaidant en faveur d'une motivation sur la peine

Il y a d'abord un argument d'ordre général, inhérent - consubstantiel(28) - à l'oeuvre de justice. « J'aime bien motiver », nous déclare ainsi un président. « Je trouve qu'un juge c'est l'essence même de son travail : on admet ou pas ce qu'il a fait mais on sait pourquoi, il explique ce qu'il a fait »(29).

Au-delà, deux types d'arguments plus spécifiques à la cour d'assises sont présentés en faveur d'une motivation sur la peine, les premiers sont d'ordre organisationnel, rationnel, les autres plutôt d'ordre humaniste et mettent en lumière la difficile question du sens de la peine.

1. Arguments organisationnels tenant à la cohérence du fonctionnement de la justice pénale

Trois considérations ressortent plus particulièrement de nos entretiens. La motivation de la peine s'imposerait d'abord parce qu'il convient de motiver en matière criminelle comme en matière correctionnelle, ensuite parce qu'elle est nécessaire pour apprécier l'opportunité d'un appel, enfin parce que, en tant que message également adressé au juge d'application des peines, elle permettrait d'assurer la continuité du procès pénal entre sa phase sentencielle et sa phase post-sentencielle.

- Motiver au criminel comme en correctionnelle

Aujourd'hui inscrite à l'article 132-19 al. 3 du code pénal, la motivation d'une peine d'emprisonnement ferme non aménagée par le tribunal correctionnel est exigée depuis1994. Malgré les difficultés d'interprétation suscitées par ce texte qui a évolué au gré de différentes réformes(30), on sait aujourd'hui, depuis un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 6 janvier 2016(31) qui met fin aux divergences d'interprétation, que lorsque le juge correctionnel prononce une peine d'emprisonnement ferme sans aménagement, il doit doublement et spécialement motiver son choix. Le juge qui prononce une peine d'emprisonnement sans sursis doit d'abord en justifier la nécessité au regard des faits, de l'espèce, de la gravité de l'infraction, de la personnalité de son auteur, de sa situation matérielle, familiale et sociale ainsi que du caractère inadéquat de toute autre sanction. Ensuite, s'il décide de ne pas aménager la peine, il doit spécialement motiver ce choix, soit en établissant que la personnalité et la situation du condamné ne permettent pas un tel aménagement, soit en constatant une impossibilité matérielle.

C'est donc dire si les exigences légales qui concernent la matière correctionnelle paraissent sophistiquées au regard de l'absence de motivation sur la peine exigée en matière criminelle et la contradiction - sinon le paradoxe - est relevée. « Après tout, on motive la culpabilité, pourquoi est-ce

qu'on ne motiverait pas la peine alors que les juridictions correctionnelles le font ?»(32). « Ce qui est curieux », ajoute un président, « c'est que la Cour de cassation exige de plus en plus de motivation sur la peine dans sa jurisprudence, notamment lorsqu'on recourt à l'incarcération. Depuis quelques années, il y a plein d'arrêts sur ces questions (...) il ne serait pas anormal que le législateur, un jour, modifie le texte concernant la motivation pour motiver aussi sur la peine »(33). Cette position est partagée par le parquet : « de toutes façons, la motivation sur la peine est bien faite en correctionnelle, pourquoi elle ne serait pas faite aux assises ? »(34). Et le barreau n'est pas en reste : « il faut revendiquer l'égalité de tous devant la justice ». Par conséquent les garanties qu'il y a en justice dans le domaine correctionnel doivent être appliquées en matière criminelle(35).

Toutefois, la comparaison a ses limites et l'argument est parfois nuancé. Un des présidents relève ainsi que la situation qui se présente devant le tribunal correctionnel n'est pas tout à fait la même que celle qui se présente devant la cour d'assises. Dans son optique, la motivation de la peine correctionnelle s'explique principalement par le fait que le prononcé d'une peine ferme non aménagée a un caractère doublement exceptionnel. Or « ces questions sont un peu théoriques devant la cour d'assises : s'il y a une peine d'emprisonnement, par hypothèse, il y a souvent un *quantum* important (...)»(36). Pour ce magistrat, la motivation de la peine semblerait donc avoir pour principal objectif de permettre aux juridictions supérieures de contrôler que son prononcé obéit aux critères posés par le code mais ne paraît pas vraiment destinée au condamné lui-même.

- Motiver pour apprécier l'opportunité d'un appel

Même si elle reste limitée à la culpabilité, l'appréciation de l'opportunité d'interjeter appel fait partie des objectifs de la motivation affichés dans l'exposé des motifs de la loi et la circulaire(37). Si l'efficacité du dispositif s'agissant de la motivation de la culpabilité reste très incertaine(38), il faut noter que s'agissant de la motivation de la peine, il peut être difficile pour un avocat d'apprécier l'opportunité d'un appel, et notamment d'un appel au *quantum*, si les éléments qui ont présidé au choix de la peine ne figurent pas dans la motivation.

- Motiver pour le juge d'application des peines

Parmi les magistrats interrogés en France, un seul, avocat général, fait véritablement ce lien de manière explicite, sans doute parce qu'il a également en charge l'exécution des peines. « La motivation sur la peine serait quand même beaucoup plus à l'usage du juge d'application des peines, de l'administration pénitentiaire (...). On a mis cette peine comme cela parce qu'on veut cela, parce qu'on a pensé cela de la personnalité du mec. On lui a claqué telle peine, on lui a mis un suivi socio judiciaire pour tel et tel motif. Donc toi le juge d'application des peines tu sais ce que l'on veut, tu sais notre commande. Tu sais d'où on s'est placé quand on a pris notre décision. C'est la difficulté parce que je fais l'exécution des peines, je travaille tous les jours avec les juges d'application des peines et notre problème principal, puisqu'on exécute essentiellement des peines correctionnelles, c'est de comprendre la commande de nos collègues en correctionnelle. Les fichus bougres qui nous motivent un jugement sur huit, ils nous laissent un peu dans la pampa »(39).

Dans les entretiens réalisés avec les praticiens belges, ce lien entre motivation sur la peine et application des peines est établi de manière plus systématique et fait l'unanimité des personnes interrogées. Une présidente déclare ainsi : « il y a quand même des messages qui sont donnés dans l'arrêt pour le tribunal d'application des peines pour voir justement les conditions qu'ils vont imposer. Quelqu'un par exemple qui commet les faits quand il a bu, quand il est drogué, qui a un suivi psychologique vraiment important, etc. C'est mis dans l'arrêt sur la peine que c'est par ces efforts-là qu'il parviendra à intégrer la société dont il s'est momentanément exclu. Il y a comme cela des indications dans l'arrêt pour le tribunal d'application des peines quand il le remettra en liberté provisoire »(40).

Le parquet se range à cet avis : « au niveau de la peine on a parfois de très belles motivations, à la fois un message de sévérité mais un message aussi d'espoir. On lance des perches. Il faut savoir que c'est utilisé à ce moment-là par le tribunal d'application des peines »(41).

Un avocat belge ne dit pas autre chose : « la motivation sur la peine revêt un intérêt supplémentaire [par rapport à celle sur la culpabilité] au niveau de ce qui va suivre, au niveau de l'exécution des peines, au niveau de la procédure devant ce qui est chez nous le tribunal d'application des peines. Souvent la cour, dans sa décision sur la peine, donne des pistes un peu à l'accusé pour dire : « voilà sur quoi il faudra travailler durant votre détention et l'exécution de votre peine ». C'est une chose à laquelle on va s'attacher dans l'exécution de la peine, d'essayer de répondre à la motivation de la cour sur la peine ». Et à la question posée de savoir si les tribunaux d'application des peines tiennent compte de ces messages, cet avocat répond qu'ils « y sont attentifs »(42). Une présidente de cour d'assises le pense aussi. Sur le point de savoir si les messages adressés au tribunal d'application des peines sont, plus que des messages, des conditions subordonnant par exemple l'octroi de la liberté conditionnelle, elle précise : « je ne peux pas leur imposer, au moins ils savent qu'au moment où on a prononcé [la peine] il fallait que ce type, cette femme se soigne (...). Cette personne n'a fait aucun effort et donc dans son dossier il est mis que son reclassement va prendre plus de temps avant de demander une libération conditionnelle »(43).

Parce qu'elle tracerait des lignes directrices au reclassement de l'auteur, la motivation sur la peine pourrait ainsi être le chaînon manquant entre la phase sentencielle et la phase post-sentencielle qui fait défaut aujourd'hui.

II - Motivation de la peine - Modalités

Deux aspects saillants des entretiens ont été relevés. Il faut d'abord envisager le contenu d'une motivation de la peine (A). De manière plus marginale, la question de l'auteur de la motivation a également été abordée (B).

A - Le contenu de la motivation

La motivation de la privation de liberté est naturellement le point vers lequel toutes les préoccupations convergent (1), mais celle d'autres éléments de la peine fournit également des éléments intéressants (2).

1. La privation de liberté.

Au regard de la gravité des faits jugés, la motivation de la nature de la peine semble assez théorique tant la privation de liberté paraît le plus souvent s'imposer. La plupart des propos se concentrent donc plutôt sur le *quantum* de la peine et souvent, nonobstant une position plutôt favorable à une motivation sur la peine, les praticiens jugent difficile de motiver le *quantum* de la privation de liberté.

Au-delà de questions de culture judiciaire, est souvent en cause l'échelle des peines en droit français « qui, quand même, permet difficilement de motiver une peine », considérant par exemple que, si la perpétuité est encourue, il est tout de même possible de prononcer une peine de deux ans d'emprisonnement(44). Il ne s'agit pas, ajoute un avocat général, « de motiver treize ou onze ans. C'est sûr qu'il ne s'agit pas de motiver le *quantum* lui-même de l'arrêt, c'est plus le format global »(45).

L'ampleur de la fourchette et l'absence de seuils intermédiaires sont véritablement vécues comme une difficulté. Certains déplorent la disparition des circonstances atténuantes : « les anciennes circonstances atténuantes auraient été plus faciles à motiver. Le fait qu'on reconnaisse à quelqu'un des circonstances atténuantes se comprenait aisément. La femme qui tue son bourreau, la mère qui tue son enfant dans un accès intense de dépression, le gamin mal aimé qui finalement accomplit un crime épouvantable. Les circonstances atténuantes, on comprend aisément que la vie, la toile de fond dans laquelle s'inscrit un crime, soit à l'origine de la reconnaissance de circonstances atténuantes. En revanche, le fait qu'on mette le curseur sur trente ans plutôt que dix ans, plutôt que vingt ans, je trouve que c'est impossible »(46).

Toutefois, tous ne partagent pas cet avis. Interrogé sur cette question, un président estime qu'affirmer l'impossibilité de motiver le *quantum* « est un peu réducteur parce que, dans chaque cas, vous pouvez trouver des éléments favorables ou défavorables qui font que vous avez pris cette décision »(47).

Cette opinion est partagée : « on choisit une peine en fonction des circonstances, de la personnalité (...) et de la situation familiale et sociale de l'auteur. (...) Lorsque la décision de la cour d'assises est prise, cela ne me dérangerait pas d'expliquer pourquoi. Il faudrait reprendre les mêmes éléments : la personnalité, les éléments qui vont dans le sens d'un aménagement de peine ou au contraire d'un alourdissement de la peine point par point »(48).

De manière plus précise encore, et se référant aux articles 130-1 et 132-1 du code pénal(49), qui sont expliqués lors du délibéré aux jurés et qui contiennent les objectifs de la peine, un autre président pense « qu'il faudrait effectivement dire en quoi cette peine nous paraît protéger la société, compatible avec la réinsertion future du condamné, compatible avec les intérêts de la victime ; éviter la réitération et le renouvellement ». Il s'agit, en somme, de « faire caler un peu en miroir le *quantum* avec les objectifs que la peine doit poursuivre au vu de ces deux articles »(50).

2. Les autres éléments de la peine

La peine prononcée ne se réduit pas à la seule question du *quantum* de la peine privative de liberté et l'obligation d'une motivation sur la peine pourrait amener à motiver d'autres éléments.

Ainsi, par exemple, l'état de récidive pourrait-il être un critère de motivation de la peine(51). Le trouble psychique ou neuropsychique fait, quant à lui et au moins dans la loi, d'ores et déjà l'objet d'une motivation spécifique(52). « On dit en quoi il y a une diminution de peine. C'est vrai que c'est un cas où on va motiver sur la peine, il faut dire en quoi il est irresponsable pénalement partiellement en raison de son état mental »(53).

Par ailleurs, certaines peines - ou mesures -paraissent relativement aisées à motiver. Ainsi un président estime qu'il faudrait que la motivation « tienne plus sur les mesures qui accompagnent la peine, c'est-à-dire les mesures de sûreté »(54). Il en va ainsi, par exemple, s'agissant du suivi socio-judiciaire : « le suivi socio-judiciaire sera peut-être la peine qui sera la plus aisée à motiver ». La raison avancée est que la loi en donne des conditions relativement précises : « la loi, le législateur, nous y aide puisqu'il nous dit que le suivi socio-judiciaire doit être mis en place si la personne a besoin d'un suivi, de soins »(55).

L'idée générale qui se dégage de ces observations est que ces magistrats, qui se montrent dans l'ensemble plutôt favorables à une motivation sur la peine, se sentent d'autant plus à l'aise sur la question que la loi, non seulement les y autorise, mais également les y aide en prévoyant un certain nombre de conditions à la mesure qui doit être motivée. Dans cette perspective, la motivation, qui consiste alors en l'examen et la caractérisation des conditions posées par la loi, devient pour eux plus facilement envisageable.

B - L'auteur de la motivation

Si à première vue l'auteur naturel de la motivation paraît sans doute être celui de la décision, les données sont plus complexes. Elles le sont d'abord parce que la cour d'assises se prononce au regard d'une peine qui a préalablement été requise par le parquet, elles le sont ensuite parce que, comme pour la culpabilité, l'existence du jury rend l'exercice particulièrement délicat.

Sur le premier point, un des présidents interrogés estime que le travail sur la motivation de la peine est avant tout la tâche du parquet : « je le dis souvent aux collègues du ministère public. Si tu veux requérir vingt ans, c'est quand même extrêmement lourd, donc explique-le. (...) Il y a déjà un travail à faire à ce niveau-là. Il n'y a que lui qui peut faire ce type de travail et personne d'autre »(56). Mais pour un autre président, « même les parquetiers arrivent difficilement à motiver la peine. La motivation sur la peine est toujours quelque chose (...) d'un peu bâclé pendant les réquisitions, parfois on s'aperçoit que cela tombe comme une pierre »(57). Pourtant certains avocats généraux nous ont expliqué avec force détails les éléments les amenant à requérir un *quantum* plutôt qu'un autre. Ainsi, afin de justifier le *quantum* qu'il propose, un parquetier met en avant dans son réquisitoire des éléments relatifs tant au crime et à ses circonstances qu'à l'accusé : « je raconte [aux jurés] l'histoire de l'infraction, [...] si elle a évolué dans le temps, je leur raconte un petit peu. Je leur dit surtout que cette infraction a sa base et

ensuite ses aggravations. (...) Je prends le viol par exemple et je leur dis que le viol peut aller de là à là en fonction qu'il est commis avec la mort, des actes de barbarie ou qu'il est simple. Je m'empare de plus en plus du dossier et je vais leur dire : « cette femme n'a été violée qu'une fois, qu'un soir, ou bien elle a été violée pendant dix ans ». Cela tombe sous le sens que même si une fois est déjà une fois de trop, c'est quand même pas tout à fait la même chose peut-être. Je rajoute un certain nombre de critères et puis je leur dis qu'entre un type dans un box qui reconnaît et un type qui ne reconnaît pas, entre un type dans le box qui comparaît pour la première fois ou en récidive, entre un type qui est seul ou qui a une famille, entre un type dont le discernement est altéré ou pas, entre un type qui bosse ou pas, entre un type qui est *addict* ou pas, il y a une différence. À la fin je leur dis : « Ok cela valait vingt ans mais cela a été une fois, ce type a reconnu les faits, il travaille, il s'est soigné, etc. Moi j'arrive à cinq ou sept ans » ou bien « ce type cela vaut vingt ans mais cela fait deux fois, on voit que son parcours est de délinquance, il ne travaille pas, il est *addict*, il ne se soigne pas, il ne reconnaît rien, cela va être dix-huit ans ». Il est indéniable que ces différents éléments peuvent être pris en compte par la cour et les jurés afin de motiver la peine. De même, la plaidoirie de la défense pourra aller dans le même sens que le parquet ou au contraire contrebalancer ses réquisitions en mettant l'accent sur d'autres éléments qui pourront également contribuer à forger la conviction du jury.

En second lieu, sur la question de la présence du jury, l'expérience belge serait sans doute riche d'enseignements. La culpabilité et la peine donnent lieu à deux décisions, deux délibérés et deux motivations distinctes. La première, qui prend la forme d'une qualification juridique des éléments constitutifs de l'infraction est réalisée par le président, qui tente autant qu'il lui est possible de reprendre les éléments listés par le jury. Il considère cette motivation comme étant celle du jury puisque jusqu'à une récente loi du 5 février 2016 (58), il n'assistait pas au délibéré, il s'approprie en revanche davantage celle de la peine, même s'il discute de son contenu avec le jury. Pour les magistrats belges, cette motivation est « moins technique, plus humaine » (59) et il faut « motiver longuement, ce sont des phrases essentiellement destinées à l'accusé » (60) en vue de sa réinsertion.

Pour conclure, il faut penser au contrôle qu'exercerait la Cour de cassation sur une éventuelle motivation de la peine, car il ne faut pas oublier qu'obliger à motiver c'est aussi permettre de contester. Comme le déclare un avocat : « le problème [de la motivation de la peine] ce n'est pas de dire « ah oui, comme c'est intelligent ce qui est écrit dans la motivation », c'est de permettre un contrôle de la Cour de cassation et donc de réguler la jurisprudence (...) des cours d'assises. C'est cela le sujet ».

Naturellement, tout dépendrait de l'intensité de ce contrôle. Il peut d'abord s'agir simplement d'un contrôle disciplinaire limité à l'existence de la motivation, notamment si la motivation consiste dans l'énoncé des objectifs de la peine ou si le prononcé de la peine est soumis à des conditions particulières (61). La haute juridiction pourrait alors se contenter de vérifier que la motivation a bien été rédigée sans se livrer à un contrôle plus approfondi de sa qualité (62). Mais il peut également s'agir d'un contrôle plus poussé confinant au contrôle de proportionnalité qui suscite tant de débats aujourd'hui. Il contiendrait alors en germe les prémisses de l'établissement d'une jurisprudence. Le même avocat ajoute : « je suis favorable à la création d'une jurisprudence criminelle, ce qui est totalement incongru pour bien des magistrats aujourd'hui - mais il faut quand même s'attacher à la variabilité des peines prononcées » (63). En effet, c'est bien cela le sujet.

Mots clés :
JUSTICE * Justice

(1) Crim., 8 févr. 2017, trois espèces, n° 16-80.391 (D. 2017. 1557, chron. G. Guého, E. Pichon, B. Laurent, L. Ascensi et G. Barbier ; *ibid*. 1676, obs. J. Pradel), n° 16-80.389 (D. 2017. 355 ; *ibid*. 1557, chron. G. Guého, E. Pichon, B. Laurent, L. Ascensi et G. Barbier ; *ibid*. 1676, obs. J. Pradel), n° 15-86.914 (D. 2017. 1557, chron. G. Guého, E. Pichon, B. Laurent, L. Ascensi et G. Barbier ; *ibid*. 1676, obs. J. Pradel).

(2) Circulaire du 15 déc. 2011 relative à la présentation des dispositions de la loi n° 2011-939 du 10

août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs relatives à la cour d'assises applicables au 1er janvier 2012. NOR : JUSD1134281C.

(3) *Ibidem.*

(4) P. Milburn, V. Perrocheau et D. Zerouki-Cottin (dir.), *La motivation en actes, Analyse empirique de la motivation des décisions de cours d'assises*, recherche menée avec le soutien de l'École nationale de la magistrature par le Centre de recherches critiques sur le droit (CERCRID), CNRS 5137, université Jean Monnet Saint-Étienne, janv.. 2017. Ci-après « v. rapport ».

(5) Sur la question de la motivation, le droit belge s'est construit à l'inverse du droit français puisque le législateur a d'abord imposé la motivation de la peine par une loi du 30 juin 2000, avant d'exiger celle de la culpabilité dans une loi du 21 décembre 2009 faisant suite à l'*arrêt Taxquet* de la Cour européenne des droits de l'homme (GC, 13 janv. 2005). En réalité, cette motivation avait été préconisée par la Commission pour la réforme de la cour d'assises. V. Rapport du 23 déc. 2005, v. également M. Preumont, Contexte socio-historique de la réforme de la cour d'assises, *in* C. Guillain et A. Wustefeld (dir.), *La réforme de la cour d'assises*, Anthémis 2011, coll. du jeune barreau de Charleroi, p. 11.

(6) Président de cour d'assises, v. rapport, p. 233.

(7) Président de cour d'assises, v. rapport, p. 234.

(8) Président de cour d'assises, v. rapport, p. 233.

(9) Le même, v. rapport, vol. 2, p. 120.

(10) Président de cour d'assises, v. rapport, p. 234.

(11) Crim., 8 févr. 2017, trois espèces, n° 16-80.391 (D. 2017. 1557, chron. G. Guého, E. Pichon, B. Laurent, L. Ascensi et G. Barbier ; *ibid*. 1676, obs. J. Pradel), n° 16-80.389 (D. 2017. 355 ; *ibid*. 1557, chron. G. Guého, E. Pichon, B. Laurent, L. Ascensi et G. Barbier ; *ibid*. 1676, obs. J. Pradel), n° 15-86.914 (D. 2017. 1557, chron. G. Guého, E. Pichon, B. Laurent, L. Ascensi et G. Barbier ; *ibid*. 1676, obs. J. Pradel).

(12) « D'une manière générale, la précision de la procédure prévue par l'article 362 sur la détermination de la peine et le fait que la décision émane d'une collégialité de neuf ou douze personnes apportent des garanties suffisantes, rendant inutile une motivation spéciale ».

Circulaire du 15 déc. 2011 relative à la présentation des dispositions de la loi n° 2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs, relatives à la cour d'assises applicables au 1er janvier 2012. NOR : JUSD1134281C.

(13) Crim., 26 juin 2013, n° 12-87.863 : Crirn., 4 mars 2015, n° 14-85.321.

(14) Avocat général, v. rapport, p. 234.

(15) Président de cour d'assises, v. rapport, p. 234.

(16) Présidente de cour d'assises, v. rapport, p. 234,

(17) Avocat général, v. rapport, p. 234.

(18) Président de cour d'assises, v. rapport, p. 235.

(19) Président de cour d'assises, v. rapport, p. 235.

(20) Président de cour d'assises, v. rapport, p. 235.

(21) Président de cour d'assises, v. rapport, p. 235.

(22) Présidente de cour d'assises, v. rapport, p. 235.

(23) Avocat, v. rapport, p. 236.

(24) Avocat, v. rapport, p. 236.

(25) Présidente de cour d'assises, v. rapport, p. 236.

(26) Président de cour d'assises, v. rapport, p. 236.

(27) Avocat, v. rapport, p. 236.

(28) « La motivation est consubstantielle à l'activité déjuger : « je juge donc je motive ». L'obligation de motivation est au coeur de la justice au sens fonctionnel et non seulement organique du terme », W. Mastor et B. de Lamy, *À propos de la motivation de la non-motivation des arrêts d'assises*, D. 2011, p. 1154.

(29) Président de cour d'assises, v. rapport, p. 237.

(30) A. Mihman, *La motivation spéciale des peines d'emprisonnement*, Gazette du Palais, 26 avr. 2016, n° 16, p. 77.

(31) Crim., 6 janv. 2016, n° 14-87.076, D. 2016. 2424, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé, C. Ginestet, M.-H. Gozzi, L. Miniato et S. Mirabail ; Rev. sociétés 2016. 382, note B. Bouloc ; RTD com. 2016. 348, obs. B. Bouloc ; JCP E 2016, 1100, obs. R. Salomon. V. également Crim., 4 mai 2016, n° 15-80.770, Dr. pénal juill. 2016, comm. 119, E. Bonis-Garçon, Crim. 11 mai 2016, n° 15-82.600, 11 mai

2016, n° 15-80.895, 18 mai 2016, n° 15-84.531.

(32) Président de cour d'assises, v. rapport, p. 238.

(33) Avocat général, v. rapport, p. 238.

(34) Avocate générale, v. rapport, p. 238.

(35) Avocat, v. rapport, p. 238.

(36) Président de cour d'assises, v. rapport, p. 238.

(37) « La motivation permettra au condamné comme au ministère public d'apprécier en connaissance de cause l'opportunité ou non d'interjeter appel contre les décisions du premier degré, ou de comprendre pourquoi la cour d'assises statuant en appel a rendu une décision différente de celle statuant en premier ressort ». Circulaire du 15 déc. 2011 relative à la présentation des dispositions de la loi n° 2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs, relatives à la cour d'assises applicables au 1er janv. 2012. NOR : JUSD1134281C.

(38) V. rapport, p. 51 et s.

(39) Avocat général, v. rapport, p. 247.

(40) Présidente de cour d'assises, Belgique, v. rapport, p. 249.

(41) Avocat général, Belgique, v. rapport, p. 248.

(42) Avocat, Belgique, v. rapport, p. 248.

(43) Présidente de cour d'assises, Belgique, v. rapport, p. 249.

(44) Président de cour d'assises, v. rapport, p. 245.

(45) Président de cour d'assises, v. rapport, p. 242.

(46) Présidente de cour d'assises, v. rapport, p. 242.

(47) Président de cour d'assises, v. rapport, p. 242.

(48) Président de cour d'assises, v. rapport, p. 242.

(49) Art. 130-1 du code pénal : Afin d'assurer la protection de la société, de prévenir la commission de nouvelles infractions et de restaurer l'équilibre social, dans le respect des intérêts de la victime, la peine a pour fonctions :

1° de sanctionner l'auteur de l'infraction ;

2° de favoriser son amendement, son insertion ou sa réinsertion.

Art. 132-1 du code pénal : Lorsque la loi ou le règlement réprime une infraction, le régime des peines qui peuvent être prononcées obéit, sauf dispositions législatives contraires, aux règles du présent chapitre. Toute peine prononcée par la juridiction doit être individualisée. Dans les limites fixées par la loi, la juridiction détermine la nature, le *quantum* et le régime des peines prononcées en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur ainsi que de ses situations matérielle, familiale et sociale, conformément aux finalités et fonctions de la peine énoncées à l'article 130-1.

(50) Président de cour d'assises, v. rapport, p. 240.

(51) Président de cour d'assises, v. rapport, p. 243.

(52) Art. 122-1 du code pénal.

(53) Président de cour d'assises, v. rapport, p. 243.

(54) Président de cour d'assises, v. rapport, p. 244.

(55) Présidente de cour d'assises, v. rapport, p. 24.

(56) Président de cour d'assises, v. rapport, p. 244.

(57) Présidente de cour d'assises, v. rapport, p. 245.

(58) Dite loi Pot-Pourri II.

(59) Présidente de cour d'assises, Belgique, v. rapport vol. 2, p. 156.

(60) *Ibid.*

(61) On songe notamment à l'interdiction du territoire qui ne peut pas être prononcée à l'égard de certaines catégories de personnes (art. 131-30-2 du code pénal). À ce sujet, un président s'interroge : « quel contrôle on a si la cour d'assises a prononcé cette peine ? Est-ce qu'elle s'est penchée sur la situation ? Est-ce qu'elle a exclu que la personne en question se soit trouvée dans l'un des cas visés par ce texte ? ». Président de cour d'assises, E06-008, v. rapport, p. 240.

(62) Un peu à l'image du contrôle qu'elle exerce aujourd'hui sur la motivation de la culpabilité. Sur ce

point, v. rapport, p. 219.

(63) Avocat, E18-010.V. rapport, p. 236.

Les cahiers de la justice 2017 p.615

I) La motivation des verdicts - Table ronde. Le procès d'assises du point de vue des acteurs : regards croisés

Hervé Stéphan
François-Louis Coste
Dominique Bourget
Marie Dosé
Geneniève Ceyrac
Pascale Robert-Diard

L'essentiel

Résumé

Cette table ronde réunit les principaux acteurs de la cour d'assises (président avocat de la défense, juré, greffier, chroniqueur judiciaire). Elle souligne plusieurs points clés de cette audience : le rôle pondérateur du président au regard des jurés (loin du cliché de sa toute-puissance), l'importance de la motivation de la peine quand elle existe (y compris pour l'avocat de la défense), la spécificité des audiences en cas de révision et la dimension émotionnelle et citoyenne de l'expérience du juré.

Summary

This round table brings together representatives of the different parties involved in the Assize Court (President, defence lawyer, juror, clerk, court reporter). It emphasises several key points about this type of trial : the President's stabilising role as regards the jury (far from the cliché of the all-powerful judge), the importance of the justification of the sentence when one is given (including for the defence lawyer), the specific nature of the hearings in retrials and the emotional and civic dimension of the experience of jury service.

Hervé Stéphan, Conseiller à la Cour de cassation, ancien président de cour d'assises à Paris

« J'ai passé dix ans à présider la cour d'assises, dont quatre à Versailles puis six à Paris, en lien, pour la gestion du service, avec Olivier Leurent. J'en ai tiré quelques réflexions sur la motivation, et tout d'abord concernant son utilité. Je prendrais un exemple pour la démontrer : l'affaire *Colonna*. Au moment du procès, nous étions en effet, à cet égard, dans une situation très particulière : nous agissions sur renvoi de la Cour de cassation, car l'arrêt en appel avait été cassé ; il y avait par ailleurs en discussion, dans la navette parlementaire, la loi du 10 août 2011 qui n'était pas encore votée ; de surcroît, au milieu du procès, la Cour de cassation a rendu un arrêt [affaire *Rachid Ramda*] énonçant que, même quand la cour d'assises était spécialement composée, il n'y avait pas lieu de motiver la décision. Malgré cette situation, nous avons décidé, pour la toute première fois en France, de manière très officielle et avec une certaine solennité, de motiver notre décision. Grâce à cela, nous avons pu dire ce que nous n'aurions pas pu exprimer autrement, à savoir qu'Yvan Colonna était bien le tireur lors de l'assassinat du préfet Claude Érignac. Nous n'aurions pas pu le dire par les réponses aux questions posées à la cour d'assises, qui étaient les mêmes pour tous les accusés. C'est donc par le biais de cette motivation que nous avons pu dévoiler, dans la conclusion, la conviction de la cour d'assises sur ce point. Il nous paraissait à l'époque

important de l'indiquer, à l'égard à la fois de l'accusé, des parties aux procès et de l'opinion publique. Je n'ai pas souvenir que nous ayons pris l'initiative de rendre publique cette motivation, mais elle a pu être très largement diffusée et mise à disposition de l'ensemble des conseils des parties.

La deuxième réflexion que je souhaiterais faire concerne la préparation de la motivation, et d'ailleurs faut-il préparer cette motivation ? Personnellement, j'établissais toujours plusieurs projets à l'avance, amendés au fil des débats en cas de nécessité. C'est une pratique courante, chacun le sait, à la Cour de cassation. Dans l'absolu, il est vrai que le mieux serait de rédiger la motivation après l'audience de la cour d'assises. Mais, à l'issue de celle-ci, la fatigue est présente et tous attendent le verdict. Or, la décision nécessite parfois des rédactions très complexes, eu égard au nombre de faits notamment, qui impliquent des attentions toutes particulières dans la rédaction de la motivation. Si la Cour de cassation a adopté un contrôle spécifique sur ce point, différent de celui existant en matière correctionnelle, trois arrêts de cassation sont intervenus à ce jour. Dans un premier cas, a été relevé un probable « mélange » de projets opéré par le président de la cour d'assises lui-même. Dans un deuxième cas, a été sanctionnée l'utilisation de gardes à vue auto-incriminantes sans avocat. Le troisième cas, enfin, concernait une affaire dans laquelle deux crimes différents étaient reprochés à l'accusé (tentative de meurtre et viol) et seul l'un d'eux avait fait l'objet d'une motivation. Cette pratique de préparation à l'avance a un inconvénient évident : il faut expliquer cette démarche aux jurés et leur expliquer que cette manière de faire ne peut en aucun cas être considérée comme une « pré-décision ». Outre que cette démarche, expliquée, était tout de même facilement comprise, cette situation était largement compensée par la discussion toujours très riche sur la rédaction de la motivation avec l'ensemble des participants au délibéré. J'ai pu ainsi amender, à diverses reprises, le projet de motivation retenu, au vu des propositions très pertinentes qui étaient faites.

S'agissant de la motivation de la peine, je n'insisterais pas trop car nous avons rendu, le 4 février dernier, quatre décisions importantes, en prononçant des arrêts de cassation. Ces décisions sont diversement appréciées, il est vrai, sinon critiquées, parce que nous avons sanctionné toute motivation de la peine, quelle qu'elle soit - y compris pour une simple mention indiquant que la gravité des faits nécessitait le prononcé d'une peine importante. Cette position de la Cour est fondée sur les textes, notamment celui de l'article 365-1 du code de procédure pénale, lesquels, bien évidemment, peuvent toujours évoluer. Cette jurisprudence ne paraît pas contraire à celle de la cour de Strasbourg qui, en l'état actuel, ne paraît pas exiger de motivation sur la peine. Certes, le parallèle est fréquemment fait avec la Belgique, mais la situation y est toute différente, sinon inversée. Il est à signaler d'ailleurs que le projet initial de réforme de la cour d'assises, dit « projet Toubon », prévoyait une motivation fondée sur « les motifs de l'arrêt », ce qui est une notion plus large qui aurait sûrement intégré la motivation de la peine. Mais tel n'est pas le cas actuellement, et c'est en fonction de la législation précitée que nous nous sommes prononcés.

À propos, à présent, du rôle du président de la cour d'assises, je souhaiterais tout d'abord indiquer que j'ai participé il y a quelques mois à une rencontre au barreau de Paris, au cours de laquelle une avocate pénaliste connue et reconnue au plan national a indiqué qu'à la cour d'assises le président décidait de tout et qu'il lui était arrivé de voir certains jurés venant s'en plaindre auprès d'elle après le prononcé du délibéré. J'avoue ne pas faire mien un tel point de vue, très éloigné de mes propres pratiques, même si je ne nie pas pour autant la possibilité qu'elles puissent exister dans certains cas. Comme dans toute communauté humaine, nous n'avons pas forcément tous la même vision. Cependant, il faut, je crois, se garder de penser que de telles attitudes constituent la majorité des pratiques professionnelles : il s'agit de situations isolées, peut-être assez datées d'ailleurs, émanant de praticiens dont les compétences ne sont peut-être pas en adéquation avec celles requises pour ces fonctions si particulières et souvent difficiles. Ainsi, la très grande majorité des présidents de cours d'assises que j'ai pu côtoyer adoptent une posture qui n'est pas celle de la toute puissance. Le président de la cour d'assises, avant d'exercer ce pouvoir très important que lui donne la loi, doit en effet respecter un devoir : celui consistant à amener les jurés - que rien ne prédispose à une telle mission et qui, de surcroît, vont découvrir des faits que, souvent, ils n'imaginaient même pas - à une réflexion approfondie, afin de pouvoir prendre une décision libre et éclairée. Si la décision était en effet celle du seul président, la cour d'assises n'aurait plus aucun intérêt et il n'y aurait plus lieu de maintenir une juridiction, dont le fondement essentiel se trouve précisément dans la participation des citoyens à la décision.

Ce devoir spécifique du président débute avec la séance d'information - ou réunion préparatoire -, qui est de nature contradictoire. Il se poursuit lors des débats, à l'occasion des questions pouvant être posées par les jurés. C'est un point important : comment celles-ci peuvent-elles être posées ? Est-ce que les jurés peuvent interroger directement la personne concernée ou indirectement, via des papiers qu'ils font passer au président ? La manière dont ceci est pratiqué n'est pas neutre, bien au contraire. Pour ma part, j'ai eu successivement différentes pratiques et ai évolué. Lorsque j'ai débuté dans ces fonctions, j'ai laissé des jurés - parfois enflammés - se lancer dans des conversations avec l'accusé. Ceci étant toutefois assez « dangereux », j'ai préféré par la suite utiliser la technique des « questions écrites » - au point qu'un avocat m'a rangé dans la catégorie qu'il appelait celle des présidents « petits papiers ». Cette critique, je l'ai entendue et ai modifié ma pratique au fil du temps, en disant aux jurés qu'ils pouvaient certes poser des questions (directement ou bien en me passant un document à cette fin) mais qu'ils devaient toujours être conscients des enjeux et des conséquences éventuelles pour eux. Il y a, en définitive, un seul cas où j'ai été amené à remplacer un juré - j'en ai d'ailleurs pris l'initiative parce que la défense, sans doute un peu surprise de l'attitude de celui-ci, ne l'avait pas sollicité immédiatement - mais le cas était extrême. Au-delà de ce point et des difficultés de langage, liées à l'usage de termes juridiques qui peuvent parfois gêner les jurés - ce à quoi magistrats et avocats sont eux attentifs -, je n'ai pas connu de problèmes particuliers, autre que celui indiqué. L'audience de la cour d'assises est ainsi vivante et l'image donnée de la justice est beaucoup plus satisfaisante que si le président paraissait tout maîtriser.

À l'issue des débats, il y a enfin le délibéré et la question de son déroulement. Pour ma part, je ne faisais pas d'exposé introductif, estimant le risque trop grand de faire passer, même inconsciemment, des messages. Il convient, à mon sens, d'être bref, s'en tenir aux questions et à des explications sur le déroulement du délibéré, puis donner immédiatement la parole au premier juré. Les assesseurs, généralement placés parmi les jurés, peuvent s'exprimer dans le tour ainsi constitué ou après l'ensemble des jurés, comme ils le souhaitent. Qu'en est-il de l'avis du président ? Celui-ci prend part au vote et, à ce titre, doit pouvoir exprimer son opinion, mais il faut être ici très prudent car, souvent, les jurés attendent de savoir ce que pense le président. Lorsque chacun s'est exprimé, le président peut avoir une idée de la décision vers laquelle penche la cour d'assises. Il n'y a alors aucune difficulté pour le président à donner son avis. Par contre, si la décision de la cour paraît incertaine, alors, clairement pour moi, il ne faut pas que le président donne son avis. Ceci m'est arrivé, dans certaines affaires - et non des moindres -, où les avis étaient partagés et où j'avais le sentiment que celui que j'allais exprimer était susceptible de l'emporter. Or, si le président fait pencher la décision, alors la justice n'est pas rendue comme elle le devrait.

Toutes ces idées exprimées constituent certes un idéal, car il est vrai que, dans le quotidien, les situations sont très différentes et souvent complexes. Il y a aussi des procès beaucoup plus difficiles que d'autres. Mais j'ai toujours cherché à mettre en oeuvre cet idéal, en espérant y être, assez souvent, parvenu. »

François-Louis Coste, Magistrat, ancien avocat général près la cour d'appel de Paris

« Jusqu'à la loi du 10 août 2011, les réquisitions se devaient d'être d'autant plus éclairantes que d'elles dépendait, lorsqu'elles étaient suivies, la compréhension de l'arrêt de la cour d'assises. Désormais, ces arrêts sont motivés. Pour autant, les réquisitions restent toujours aussi essentielles dès lors qu'il y va du respect des principes de notre démocratie.

L'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 énonce que « la Société a le droit de demander compte à tout Agent public de son administration ». Donner à l'audience les raisons de ses réquisitions, c'est déjà rendre compte devant la société de la façon dont est exercé le pouvoir de mettre en mouvement et de poursuivre ou d'abandonner l'action publique.

Et puisque, selon l'article 6 de la même déclaration, la loi est l'expression de la volonté générale, l'accusé doit être considéré, avec la partie civile, les juges et le représentant du ministère public, comme coauteur de la loi qui définit son crime. Ce qui fonde alors l'accusation, ce n'est pas la spécificité du crime, c'est d'abord et principalement le manquement à la parole donnée, cette parole *inter-dite*, la loi qui fait trait d'union entre les citoyens, les liant en peuple et les tenant simultanément à distance les uns

des autres.

De ce point de vue, le ministère public est d'abord l'avocat de la loi ; il dit comment elle est blessée, comment a été déchiré le lien qui, ici et maintenant, intéresse de façon tangible toutes les personnes concernées par l'audience. Même en nombre restreint, quel que soit leur statut, celles-ci représentent symboliquement la société confrontée à l'infraction. Elles attendent que soit restauré le lien de citoyenneté entre l'accusé, la partie civile et la société dont les juges, eux-mêmes, sont membres. Pour l'accusé et la partie civile, cette restauration passe par la soumission à la décision de justice. Mais pour tous les citoyens dont les juges, elle passe par la soumission à la loi. Précisément, en requérant l'application de la loi, le ministère public exprime la nécessité d'en réaffirmer la primauté. Bien plus que de demander une peine ou l'acquittement, sa fonction et son rôle sont d'abord destinés à rappeler que, dans une société démocratique, la force du droit l'emporte sur le droit du plus fort et que cette règle est valable également pour ceux à qui est confiée la charge de juger: que la décision ne procède et n'ait d'autre fondement que la loi et que la peine, s'il y a lieu d'en prononcer une, ne soit jamais que celle *strictement et évidemment nécessaire.*

Ce rappel de la soumission à la loi est donné à l'occasion d'une affaire pour le jugement de laquelle le ministère public est invité, par l'article 33 du code de procédure pénale, non pas à dire sa conviction mais à « développer librement les observations orales qu'il croit convenables au bien de la justice ». Et pour la justice, le premier des biens consiste évidemment à ne pas commettre d'erreur.

Quel était le bien de la justice dans l'affaire *Patrick Dils ?* Qu'il soit acquitté. Mais comment y parvenir ? La question se posait car, après la procédure de révision, la cour d'assises de renvoi devant laquelle le représentant du ministère public avait explicitement requis l'acquittement l'avait pourtant à nouveau condamné. Il ne suffisait donc pas de le demander pour l'obtenir.

Le bien de la justice n'est pas dans les réquisitions, il est dans le verdict. Par réaction à l'horreur des « aveux », des réquisitions explicites d'acquittement n'étaient-elles pas susceptibles de provoquer une sorte de rébellion des indécis ? Patrick Dils jouant en appel sa dernière chance, il était certainement plus prudent de faire admettre, par ceux qui n'étaient pas convaincus de l'innocence, qu'il y avait de toute façon matière à douter.

À l'inverse, lorsqu'il s'agit de soutenir la culpabilité de l'accusé, il faut des preuves. Et celles-ci ne sont pas mécaniques. Prouver impose au ministère public de démontrer, de raisonner avec des arguments qui touchent l'intelligence des juges et des jurés. Requérir la condamnation c'est les amener à se forger positivement une intime conviction.

Trois articles, dans le code de procédure pénale, font référence à l'*intime conviction* des juges et des jurés. L'article 427 rappelle aux juges correctionnels que l'*intime conviction* est nécessairement liée à la preuve. Les deux autres, articles 304 et 353, s'adressent plus directement aux jurés. Les termes du serment qu'ils prêtent aussitôt après leur tirage au sort et l'instruction dont il leur est donné lecture avant qu'ils ne se retirent pour délibérer sont révélateurs. À l'ouverture des débats, ils doivent jurer que leur *intime conviction* ne sera liée à rien d'autre qu'à la qualité des *charges* qu'ils devront examiner *avec l'attention la plus scrupuleuse.* À la clôture des débats, lorsque des charges étudiées, discutées, critiquées, peuvent résulter les preuves, ils sont invités à les peser, à dire comment elles ont fait *impression sur leur raison*, donc à livrer leur *intime conviction.*

Tant qu'il n'est pas réécrit dans la langue du XXIe siècle, il est important d'examiner de près ce dernier texte dont le sens paraît s'être évaporé avec le temps et sous l'effet de réformes qui ont nui à sa cohérence. Sans doute, d'ailleurs, veut-il trop en dire, si bien qu'après sa lecture par le président on n'en retient que la dernière question en oubliant que son véritable sens lui est donné par ce qui la précède.

Il s'agit d'un extrait de la *Loi en forme d'instruction pour la procédure criminelle donnée à Paris le 21 octobre 1791.* Avant l'extrait figurant encore à l'article 353 du CPP, le texte précisait les éléments sur lesquels se fondait l'intime conviction :

« Les jurés doivent examiner l'acte d'accusation, les procès-verbaux, et toutes les autres pièces du procès, à l'exception des déclarations écrites des témoins, des notes écrites des interrogatoires subis par l'accusé devant l'officier de police, le directeur du jury et le président du tribunal criminel.

C'est sur ces bases, et particulièrement sur les dépositions et les débats qui ont eu lieu en leur présence, qu'ils doivent asseoir leur conviction personnelle : car c'est de leur conviction personnelle qu'il s'agit ici ; c'est cette conviction que la loi les charge d'énoncer ; c'est à cette conviction que la société, que l'accusé, s'en rapportent ».

Cet avertissement a déjà son importance : les constatations ou expertises sont mises à la disposition des jurés car elles constituent des références objectives ; en revanche, les dires des témoins et ceux de l'accusé qui ont été retranscrits lors de l'enquête et de l'instruction ne sont pas de même nature. Seuls ne doivent servir à forger la conviction des jurés que les déclarations faites à l'audience. Le législateur de 1791 savait déjà très bien combien les retranscriptions peuvent être éloignées des paroles et des pensées. D'autant que le sens d'une déclaration n'est pas seulement donné par les mots ; il dépend aussi du regard, des silences, des hésitations, des bégaiements, etc. En d'autres termes, les procès-verbaux de déclarations ne sont pas et ne sauraient être lus comme des actes notariés..

La suite de l'instruction dans sa version d'origine disait :

« La loi ne leur demande pas compte des moyens par lesquels ils se sont convaincus ; elle ne leur prescrit point de règles desquelles ils doivent faire particulièrement dépendre la plénitude et la suffisance d'une preuve : elle leur prescrit de s'interroger eux-mêmes dans le silence et le recueillement et de chercher, dans la sincérité de leur conscience, quelle impression ont faite sur leur raison les preuves rapportées contre l'accusé et les moyens de sa défense. La loi ne leur dit point: Vous tiendrez pour vrai tout fait attesté par tel ou tel nombre de témoins. Elle ne leur dit pas non plus : Vous ne regarderez pas comme suffisamment établie toute preuve qui ne sera pas formée de tel procès-verbal, de telles pièces, de tant de témoins ou de tant d'indices. Elle ne leur fait que cette seule question qui renferme toute la mesure de leurs devoirs : Avez-vous une intime conviction ? »

Autrement dit, l'objectif premier de ce texte visait à rompre avec l'ancien système, rigide et formel, des preuves légales. La dernière interrogation n'était destinée qu'à résumer sommairement l'idée générale. Mais il n'était et n'est toujours pas question de permettre de s'affranchir des preuves, bien au contraire.

À l'époque, le dictionnaire de l'Académie française définit le terme « impression » comme « l'effet que l'action d'un corps fait sur un autre. [...] en termes d'Imprimerie, de Gravure, & autres talens semblables, [l'impression] est l'art de tirer des empreintes d'une surface plane...». Le même article ajoute encore : « impression, se dit figurément de l'opinion, du sentiment qui s'imprime dans l'esprit : « Cela a fait une forte impression sur lui »...»

Autrement dit, le terme a d'abord un sens directement tiré de l'imprimerie ou de la gravure. Le langage juridique se méfiant du sens figuré des mots autant que de l'analogie, l'instruction contenue dans l'article 353 du code de procédure pénale signifie essentiellement que l'intime conviction procède non pas de la subjectivité, d'un sentiment évanescent, d'un ineffable élan émotif mais d'une marque tangible, d'une trace laissée par les preuves sur la raison. Après les débats, les preuves de la culpabilité sont-elles acérées ou sont-elles émoussées ? Gravent-elles le mot « coupable » sur la raison, comme le stylet creuse le marbre pour être déchiffré par le regard *sincère* de la *conscience ? »*

Que la raison soit présentée comme le ressort de l'intime conviction dans ce texte de 1791 n'est pas neutre. C'est l'époque à laquelle est en germe le Culte de la Raison. Les disciples de Diderot, mais ils ne sont pas les seuls, opposent très clairement la raison au dogme religieux. Depuis toujours, d'ailleurs, la conviction et la foi se disputent la légitimité du discours sur la vérité. Dans cette perspective, la conviction doit être comprise comme l'aboutissement de cette démarche de l'esprit qui ne tient pour vrai que ce que des preuves donnent à comprendre et à recevoir pour certain. La foi, au contraire, s'attache à une vérité révélée par une autorité extérieure, comme si cette dernière tenait lieu de preuve. L'intime conviction est donc le déchiffrement de la trace que les preuves ont laissée sur la raison et que, dans le silence et le recueillement, la conscience examine et questionne. Peut-elle y lire sincèrement la

culpabilité ; ou la gravure - l'impression - est-elle incertaine ? La formulation de notre code est assurément plus compliquée que la question des Anglo-Saxons lorsqu'ils s'interrogent sur le *doute raisonnable*, mais ne tend-elle pas au même résultat ?

Aujourd'hui, nombreux sont ceux qui interprètent le *système de l'intime conviction* comme celui qui serait fondé sur de vagues sentiments, une impression au sens figuré du terme. On oublie le langage et l'intention des rédacteurs du code qui liaient preuve et raison pour en faire le socle de la conviction. Un certain laisser-aller de la réflexion et la pratique de quelques magistrats y ont sans doute fâcheusement contribué. Pour autant, il a toujours été permis de considérer ce lien comme une exigence à la fois méthodologique et déontologique. Désormais, et tant que l'article 353 n'est pas réécrit, la motivation des arrêts des cours d'assises oblige à reprendre au sérieux le sens premier de ce texte.

Dominique Bourget, Greffier à la cour d'assises de Paris

« À la cour d'assises, le rôle du greffier est relativement périphérique parce que nous ne participons absolument pas aux décisions prises au cours du procès. Nous sommes essentiellement les garants de la procédure et nous veillons au respect du code. Pour le bon déroulement du procès - qui parfois dure plusieurs jours -, nous faisons en sorte que toutes les conditions soient réunies. À l'issue de ce procès, c'est nous qui rédigeons le procès-verbal des débats qui sera co-signé par le président de la cour, ainsi que l'arrêt final. Nous ne participons pas du tout à la motivation, dont nous ne rédigeons d'ailleurs même pas la feuille. Nous ne sommes pas présents en salle de délibéré, où ne siègent que le président et les jurés ; la feuille de motivation ne relevant que du président et du premier juré. En revanche, au moment du prononcé du verdict, lorsque le président n'a pas lu la feuille de motivation, il nous demande généralement de la mettre à disposition des parties. Lorsque l'arrêt final est rédigé, signé et communiqué aux parties, la feuille de motivation y est généralement jointe afin que les parties puissent, le cas échéant, exercer les voies de recours autorisées. La feuille de motivation est enfin annexée à l'arrêt définitif en vue de l'exécution de la peine par le condamné. À un moment, la question s'est posée de savoir si on allait intégrer cette feuille de motivation à l'arrêt ou bien la laisser, comme le texte le prévoit, annexée à la feuille de questions ; c'est toujours, actuellement, cette seconde solution qui prévaut. Le greffier, par ailleurs, a un rôle de communication, notamment avec les avocats. Il fait en sorte de créer du lien entre les différentes parties, de bien huiler les rouages, et parfois même d'arrondir les angles ».

Marie Dosé, Avocat pénaliste au barreau de Paris

« Si j'ai été invitée à m'exprimer durant ce colloque, c'est moins, me semble-t'il, pour les quelques dossiers dits médiatiques qui me sont confiés [affaires *Karachi, Boulin, Tarnac*] que pour le livre que j'ai co-écrit avec un juré [Pierre-Marie Abadie], intitulé *Cour d'assises : quand un avocat et un juré délibèrent*. Peut-être n'est-il d'ailleurs pas inintéressant de revenir sur la genèse de cet ouvrage, tant l'anecdote éclaire ce qui peut se passer entre un avocat et un juré à l'occasion d'un procès d'assises. J'assistais donc un accusé devant une cour d'assises d'appel (l'appel étant en l'espèce à l'initiative du parquet) condamné en première instance à cinq ans d'emprisonnement pour coups mortels. Ce procès s'est soldé par un échec cuisant pour la défense puisque la peine a été doublée. Quelques jours plus tard, ce juré m'a envoyé un petit mot au cabinet pour me dire qu'il avait été extrêmement choqué par ce qu'il s'était passé au cours du délibéré, qu'il respecterait scrupuleusement le secret des délibérations et qu'il ne m'en dirait donc pas plus, mais qu'en revanche, pour tenter d'apaiser ce sentiment prégnant d'injustice qui le hantait, il souhaitait, d'une façon ou d'une autre, aider la personne que j'avais défendue. Après l'avoir éconduit, j'ai cédé à ses relances et l'ai rencontré. Ancien haut fonctionnaire à la commission européenne, diplômé de Sciences Po, il avait été, malgré ce solide bagage intellectuel et la présence d'un entourage familial fort, complètement traumatisé par cette expérience de la cour d'assises. Nous avons rapidement décidé de correspondre sur notre vécu de l'audience criminelle ; lui me donnant à lire ses impressions d'audience - il avait été tiré au sort à quatre reprises, et moi tentant de faire entendre la place de la défense dans cette enceinte. Ce livre « à quatre mains » est rapidement devenu une charge contre la main mise du président sur les jurés, parce que c'est précisément ce qui avait le plus marqué Pierre-Marie Abadie.

S'agissant plus précisément de la motivation des arrêts de cours d'assises, j'avoue l'avoir longtemps

attendue et espérée, tout simplement parce que le concept d'intime conviction est impossible à expliquer à l'accusé. L'image de la gravure ou de l'imprimerie évoquée précédemment est audible pour les professionnels du droit ou les historiens, mais elle est imperceptible pour celui qui, dans la violence du délibéré, reçoit en quelques secondes une peine, ou même le bénéfice d'un acquittement. Le concept d'intime conviction revenait, dans les faits, à expliquer à l'accusé que, précisément, rien de tangible ni de palpable ne pouvait lui être expliqué. La pédagogie de l'inexplicable revenait ainsi à l'avocat de la défense qui n'avait aucunement participé à la décision. Il s'agissait donc là d'un exercice nécessairement brouillon et maladroit, auquel ni le défenseur ni son client ne pouvaient être préparés. La situation a quelque peu changé avec la mise en place de la réforme [celle consistant à expliciter la motivation], mais pas autant que je l'escomptais.

D'abord parce que, dans les affaires criminelles qui me concernent, celles où les bancs de la presse sont vides, la motivation nous est transmise au moment du délibéré et se résume à quelques lignes. Et j'ai beaucoup de mal à confier à l'accusé cette feuille de motivation *« peau de chagrin »* dans la foulée du délibéré, compte tenu notamment de l'histoire judiciaire de l'accusé. Après deux ou trois ans de détention provisoire et d'instruction, après des débats en audience criminelle où l'oralité règne en maître absolu, je ne peux pas me tourner vers l'accusé et lui dire : « Voyez, c'est écrit ici, vous avez été acquitté ou vous avez été condamné pour les raisons *développées* au sein de ces quelques lignes ». C'est tout simplement impossible. Et je me souviens encore de la réaction de mon client, acquitté après deux ans d'instruction et un an de délai d'audiencement : « Attendez Maître, on a déposé des demandes de mises en liberté pendant deux ans, des mémoires devant la chambre de l'instruction, vous avez écrit une note à fin de non-lieu de près de dix pages. Tout a été écrit cent fois mieux, cent fois plus, et là, l'acquittement est expliqué sur quelques lignes ! Trois ans d'attente et un an de détention provisoire pour ça ! ». Je parviens certes à faire oeuvre de pédagogie cinq ou six jours plus tard, à faire entendre raison à mon client en lui expliquant la genèse et le sens que revêt la feuille de motivation, mais pas dans l'instant du verdict, pas dans ce si court instant d'une rare intensité où, un peu comme un cheveu sur la soupe, cette feuille de motivation nous tombe nécessairement des mains.

À la lecture des rapports qui nous ont été confiés avant ce colloque, j'ai constaté avec un certain agacement que quelques-uns de mes confrères jugeaient le délai de trois jours trop court, en expliquant qu'ils ne pouvaient se rendre en maison d'arrêt dans un laps de temps aussi bref après l'audience. Personnellement, je ne peux pas entendre ce type d'arguments ; je ne connais d'ailleurs pas, autour de moi, de confrères qui ne s'empressent pas, lors que leur client a été condamné par une cour d'assises, d'aller en détention le lendemain ou le surlendemain, et avant même l'expiration du délai de trois jours si la feuille de motivation est communiquée avant ce délai. Ce qu'il faut comprendre c'est que les avocats de la défense n'ont le temps de rien en audiences de comparution immédiate et ont si peu de temps en audiences correctionnelles. Lutter contre l'empressement à juger et tenter de contraindre la juridiction correctionnelle à prendre le temps de connaître celui ou celle qu'elle juge est trop souvent la première mission de l'avocat. Et c'est en cela que l'audience criminelle représente un immense confort pour nous. Parce que la plupart du temps, enfin, la cour d'assises prend le temps de poser des faits, une personnalité, et que les débats se déroulent avec une solennité incompatible avec des marques d'empressement outrancières. La défense se voit enfin débarrasser du fardeau de cette course contre le temps, ce qui n'a pas de prix.

Cette maîtrise temporelle qui favorise le contradictoire et l'apaisement rend d'autant plus violent le temps du délibéré. L'accélération temporelle que constitue l'annonce du verdict contraste nécessairement avec les précautions prises durant des jours et va souvent de pair avec la violence de la proclamation d'une peine infligée. C'est un ouragan qui s'abat sur l'accusé et son avocat, un ouragan nécessairement incompatible avec la lecture sereine et réfléchie d'une feuille de motivation.

Récemment, un confrère avec lequel je discutais du sujet de ce colloque me disait : « Moi, la motivation à venir je la plaide, et je la plaide à l'intention des jurés en m'adressant indirectement aux magistrats en ces termes : « vous ne pourrez pas écrire ceci ou cela dans la feuille de motivation » ». Pour ma part, je n'ai jamais plaidé de la sorte; cela reviendrait, dans cet inventaire à la Prévert des éléments à charge et à décharge, à préjuger de ceux ou de celui d'entre eux censé(s) faire basculer les jurés. Or, il est impossible de savoir et de ressentir, au cours de l'audience, où se situe un jury populaire, ce sur quoi il a été et sera le plus sensible, ou ce qui finira par le convaincre. En défense, décider d'anticiper le

contenu d'une feuille de motivation c'est préjuger d'une information qui nous échappe nécessairement et faire un pari auquel je ne me risquerai pas. J'ai d'ailleurs été très surprise d'apprendre qu'en Belgique, avant la réforme dite « Pot-pourri II » [autrement dit, la loi de février 2016 modifiant le droit pénal et la procédure pénale], les jurés délibéraient ensemble et les magistrats rédigeaient ensuite la décision arrêtée par ces derniers. Comment les magistrats belges peuvent-ils formaliser par écrit une décision qui ne leur appartient pas, une décision à laquelle ils n'ont aucunement participé ? Comment peut-on admettre qu'un jury populaire est assez mature et réfléchi pour prendre une décision aussi grave, mais pas pour la justifier correctement par écrit ?

Je voudrais maintenant évoquer l'opportunité ou non d'interjeter appel d'une condamnation infligée par une cour d'assises car, à cet égard, la feuille de motivation - lue au tout début d'audience devant la cour d'assises d'appel - a changé beaucoup de choses dans ma pratique professionnelle. La plupart du temps, le travail d'un avocat - contrairement aux fantasmes trop souvent véhiculés - consiste à convaincre son client de reconnaître les faits qui lui sont reprochés. Et ce travail se fait en disséquant avec lui et en détention le dossier d'instruction. En lui assénant deux ans durant les éléments à charge accumulés à son encontre ou l'élément à charge décisif qui conduira nécessairement à une déclaration de culpabilité, l'avocat de la défense accomplit la tâche la plus ingrate qui soit mais également la plus efficace pour l'audience criminelle à venir. Rien de pire en effet dans le box des accusés qu'un homme niant l'évidence, buté dans ses dénégations, empêtré dans le mensonge... et donc mal préparé par son avocat. Mais ce n'est malheureusement pas si simple. Certains accusés supportent difficilement le poids de l'accusation, et plus encore lorsque ce qu'ils ont fait est exposé aux yeux de tous, en audience publique, loin du huis clos feutré d'un cabinet d'instruction. Et quand l'accusé, après avoir persisté dans une ligne de défense aussi absurde qu'indécente, se voit déclaré coupable et condamné à une lourde peine, la feuille de motivation vient à point nommé freiner toute velléité de sa part d'interjeter appel. Parce que ce qui est écrit, même en quelques lignes, l'accusé l'a nécessairement entendu à maintes reprises dans la bouche de son avocat. Parce qu'il ne pourra plus se réfugier derrière l'opacité de l'intime conviction pour se persuader encore et encore qu'il a une chance de s'en sortir en niant les faits. Parce que, finalement, cette feuille de motivation, même brouillonne, le place enfin et définitivement face à la preuve figée, inéluctable, de sa culpabilité. Je ne dis pas que la feuille de motivation permet alors à l'avocat de prouver à son client qu'il avait raison et que celui-ci aurait été mieux inspiré de l'écouter, mais que, dans le silence qui suit le départ de la cour d'assises, dans cette solitude à laquelle tout accusé en voie de devenir condamné définitif est confronté, ces quelques lignes l'empêchent nécessairement de persister à se mentir.

Contrairement à nombre de mes confrères, je pense que la motivation de la peine est une réforme qu'il va nécessairement falloir engager. Il me semble en effet extrêmement important de réaffirmer la prépondérance du principe de l'individualisation de la peine face à cette fâcheuse tendance du législateur à céder au populisme pénal. Nous en avons eu la preuve avec la réforme dite des peines planchers : le principe de l'individualisation de la peine tend à être décrié et malmené par ceux là même, de plus en plus nombreux, qui se servent de la justice pénale à des fins purement électorales.

Les jurés doivent se pencher sur le sens de la peine. Ils doivent expliquer la peine qu'ils infligent en se penchant sur le passé (et pas seulement le casier) judiciaire de l'accusé, son comportement durant l'instruction, la façon dont il a décidé de s'amender ou non, sa capacité à investir ou non sa détention. C'est sur tout cela que doit être fondée la peine ; sur des éléments objectifs d'individualisation. C'est aussi important pour le juré que pour l'accusé, qui peut difficilement s'approprier une peine sans quelques lignes d'explication. Qu'il soit d'accord ou non avec la motivation du *quantum* infligé n'a pas d'importance. L'important est que la motivation donne du sens, un socle, et un fondement à la peine prononcée. Et puis, je n'oublie pas les parties civiles sur ce point précis. Et j'ai personnellement beaucoup de réticence avec la place qui est désormais consentie aux victimes dans un procès d'assises. D'une place de parents pauvres de la procédure pénale les parties civiles sont devenues les reines de cette arène. Nous sombrons dans une victimisation outrancière qui paralyse trop souvent l'audience criminelle. L'émotion est totalement confisquée, et la défense se sent confinée, coincée, prise en otage.

Certains confrères de parties civiles excitent la douleur de leurs clients et semblent avoir fait commerce d'un contentieux qui mériterait tellement mieux. Nous sommes un certain nombre à avoir tiré la sonnette d'alarme, considérant que les confrères de parties civiles ont de plus en plus tendance à se

prendre pour des procureurs et à outrepasser la place qui leur est réservée dans le procès pénal. À titre d'exemple, dernièrement, je me trouvais seule sur les bancs de la défense tandis que de nombreux confrères de parties civiles constituées se serraient les uns contre les autres sur les bancs opposés. Un de mes confrères est venu s'installer derrière moi - ce que j'ai trouvé malgré les circonstances un peu gênant. Puis, sa cliente est venue le rejoindre, et ils se sont tous deux mis à discuter dans mon dos. Lui faisant part de mon étonnement et de mon refus de voir une partie civile derrière moi tout au long de ce procès, ce confrère m'a rétorqué tout de go : « la place de ma cliente est partout dans cette salle ! » C'est ce type de comportements de la part des confrères qui conduit les parties civiles à considérer qu'elles n'existent que parce qu'elles sont victimes, à les conforter dans ce statut, et donc à les empêcher de s'en sortir. Ainsi est-ce à la fois contre-productif et dangereux. Et à force de l'écrire et de le dire, les choses vont peut-être évoluer dans le bon sens mais, pour l'instant, je crains une forme de commercialisation de tout cela, au détriment de la partie civile et de la victime.

Pourquoi ai-je évoqué ce sujet ; tout simplement parce que je crois que le sens de la peine doit aussi être expliqué aux parties civiles, et que cela passe nécessairement par un travail de motivation. Quel que soit le *quantum* de la peine infligée, il ne convient jamais aux victimes, qui sont nécessairement dans l'attente d'une peine rétributive, tout particulièrement lorsque leur avocat n'a pas fait oeuvre de pédagogie avant le procès d'assises à leur endroit.

Or, il me semble important qu'elles puissent, une fois la peine prononcée, en débattre sur la base d'une motivation qui prendra en considération d'autres éléments que leur douleur, parce qu'un procès d'assises n'est pas le procès de la douleur des victimes et ne doit pas céder à la dictature de l'émotion. J'ai assisté à un délibéré au terme duquel un accusé, que je défendais, a été déclaré coupable d'homicide volontaire et a été condamné à une peine d'emprisonnement avec sursis alors que le parquet avait requis entre sept et dix ans d'emprisonnement. Ce verdict avait du sens. Cette décision était juste et courageuse, mais c'est aussi faire oeuvre de justice que d'expliquer cette peine à la famille de la personne décédée.

Enfin, dernière petite anecdote - car elle me tient à coeur - sur cette motivation de la peine. Un de mes clients détenu depuis trois ans comparaissait devant la cour d'assises pour des faits d'homicide volontaire et de séjour irrégulier. Cette infraction, sanctionnée par une peine d'un an d'emprisonnement, a été supprimée par la loi du 31 décembre 2012. Au terme du procès, mon client a été acquitté du meurtre, mais condamné au maximum légal, soit à la peine d'un an d'emprisonnement, pour le séjour irrégulier ! Cette peine n'avait qu'une seule motivation ô combien contestable : minimiser l'indemnisation de la détention provisoire injustifiée de cet homme innocent, incarcéré pendant trois ans. Et je doute que le président aurait réussi, par écrit, à justifier et à motiver ce tour de passe-passe consternant, d'autant que la détention provisoire est impossible pour un délit puni d'un an d'emprisonnement. L'obligation de motiver la peine aurait nécessairement empêché une telle absurdité.

Geneviève Ceyrac, témoignage d'un juré

« Mon propos ne constitue qu'un simple témoignage, un ressenti personnel *a posteriori*, avec toute la subjectivité que cela suppose. J'ai participé à une session d'assises en novembre 2016. Entre le moment où j'ai su que j'étais tirée au sort sur la liste provisoire et ma convocation définitive, il s'est passé un an, de septembre 2015 à septembre 2016, pour une session qui allait durer quinze jours et comporter trois affaires (violence en réunion ayant entraîné la mort sans intention de la donner ; meurtre ; viol). Ma première réaction a été d'espérer ne pas être tirée au sort ; c'était d'ailleurs l'avis de tout mon entourage, à une exception près : ma directrice, qui est magistrat, et pour qui une telle expérience était une grande chance pour moi. J'ai d'abord été dubitative, puis je me suis préparée comme on prépare un voyage en terre inconnue. Certes pas en terre si inconnue que cela, car je suis juriste de formation et je travaille à la Mission de recherche Droit et Justice. Mais malgré tout, je ne suis pas une spécialiste des assises et j'ai alors entrepris de relire *La tête des autres* de Marcel Aymé, de me replonger dans *Souvenirs de la cour d'assises* d'André Gide, et j'ai regardé pour la énième fois *Douze hommes en colère* [de l'Américaine Reginald Rose] qui m'avait marqué lorsque j'étais plus jeune.

J'avoue que des doutes et des questionnements m'ont envahie ; j'étais partagée entre des questions existentielles (Pourquoi moi ? De quel droit vais-je juger ? Suis-je compétente ?) et l'envie de participer

à une expérience qui me paraissait exceptionnelle. Tel était l'état d'esprit dans lequel je me suis présentée à la session d'assises. La première matinée a été consacrée aux formalités administratives et à une information relativement succincte des jurés. J'ai eu là une déception : celle de ne pas aller visiter de prison puisque celle de la Santé était en travaux. L'après-midi a commencé par le tirage au sort des jurés par le président ; et là, celui-ci a indiqué « T12 : premier juré », c'était moi ! À cet instant je me suis levée et suis allée m'asseoir, mais de ce court laps de temps je n'ai plus aucun souvenir ; c'est un véritable trou noir, car j'étais comme dans une sorte d'état second, à la fois paralysée et consciente d'être investie d'un rôle très important. Dès le début, j'ai eu une certitude : je devrais juger en mon âme et conscience. Sans doute est-ce banal de dire cela, mais j'ai tout à fait conscience du fait que, derrière ces affaires, il y a des êtres humains, qu'il s'agisse des victimes, des accusés et de leurs familles ; je devrais donc faire mon travail sérieusement, comme une bonne élève ; je devrais écouter et noter. Durant les sessions, j'ai d'ailleurs toujours beaucoup noté - et beaucoup de choses inutiles ! La veille du délibéré, dans la première affaire où j'ai siégé, j'ai repris ces notes et je me suis ainsi aperçue que j'avais noté tous les os du crâne et du visage de la victime qui avait été massacrée, et Dieu sait s'il y en a !

Avant cette expérience, beaucoup dans mon entourage m'ont demandé quelles étaient mes attentes. En fait, je n'en avais aucune, mais j'éprouvais beaucoup de craintes. Je craignais d'abord d'être trop expressive, mais l'ampleur des enjeux a fait que je suis restée figée pendant tous les débats ; par exemple, quand un accusé répond au président en disant : « Quand je suis parti, le défunt était toujours vivant », en d'autres temps cela m'aurait fait sourire mais, en l'occurrence, je n'ai pas souri du tout ; de la même manière, lorsque j'ai assisté au déballage de la misère humaine, avec un cumul de pauvreté, de violence, d'alcool, d'absence d'affection, qui était vraiment très dur à supporter. Ensuite, je craignais les autres jurés ; je craignais beaucoup d'être face à des personnes avec des convictions très arrêtées, qu'elles soient trop laxistes ou à l'inverse trop répressives. Mais en fait, je me suis retrouvée face à des gens qui étaient à l'écoute. Que ce soit pendant les délibérés, pendant les discussions avec le président ou bien tout simplement lors des discussions entre nous, j'ai trouvé des jurés qui avaient un grand respect de l'autre ; il y a toujours eu une grande dignité dans nos échanges et jamais un juré n'a coupé la parole à un autre. Enfin, deux autres choses me tracassaient : d'une part, la peur de l'erreur judiciaire, mais par chance tous les accusés que j'ai eu à juger avaient avoué ! ; d'autre part, la détermination du *quantum* de la peine, qui me faisait très peur car je ne voyais pas comment me positionner face à un accusé qui risquait la réclusion criminelle à perpétuité. De surcroît, je m'interrogeais ainsi : comment moi, en tant que premier juré, je vais pouvoir m'exprimer lorsque je vais devoir prendre la parole avant le président et les autres jurés lors des délibérés ? Comment vais-je m'y prendre pour indiquer une peine et la justifier ? C'est quelque chose que j'appréhendais et que j'ai trouvé très dur.

Une dernière crainte, et non des moindres, c'était celle d'être manipulée par des professionnels de la justice. Mon propos va peut-être manquer d'objectivité, mais je l'assume totalement : je craignais un avocat général répressif et j'ai trouvé un avocat général brillant, avec des réquisitoires détaillés et précis, des réquisitions modérées qui m'ont permis de me situer dans l'échelle des peines ; quant au président, je craignais qu'il cherche à me conduire, à nous conduire là où il voulait aller ; mais que ce soit lors des interruptions de séances ou des délibérés, j'ai vu au contraire un président régulateur qui m'a permis de disposer des clés pour mieux me positionner, en attirant mon attention sur des faits qui auraient pu passer inaperçus ou me paraître sans importance. Je dis toujours que j'ai eu beaucoup de chance de participer à cette session, mais il est vrai que j'ai été impressionnée par le travail des professionnels, qui sont capables de faire preuve de beaucoup d'humanité avec les victimes, les témoins et les accusés lorsque c'est nécessaire, mais de faire preuve également d'une grande fermeté quand cela s'impose. Je ne citerais qu'un seul exemple : celui où le président et l'avocat général se sont adressés, avec douceur, à la mère d'un accusé - une petite femme meurtrie par la vie -, mais également à un accusé qui semblait terrorisé et tremblait de tout son corps. Il y a réellement de l'humain derrière l'institution judiciaire.

Mon entourage me dit souvent que j'ai été manipulée ; rétrospectivement, je me dis que j'ai en effet peut-être été manipulée, mais j'ai surtout le sentiment d'avoir été orientée. Et quand bien même j'aurais été manipulée, je ne le regrette pas ; cela prouve au moins que j'avais raison lorsque je disais que j'étais face à des professionnels. Il y a enfin deux points que je n'ai pas abordés : le premier, c'est la

récusation. J'avais parfaitement intégré le fait qu'il ne fallait pas que je prenne ombrage d'une éventuelle récusation ; j'ai été tirée au sort dans les trois affaires et, lorsque dans l'une d'entre elles j'ai été récusée comme quatrième femme et cinquième juré, mon seul regret a été de ne pas participer au procès. Quant au second point non encore évoqué, il s'agit des avocats. Je les ai trouvés très décevants ; était-ce parce que les accusés avaient avoué ? Était-ce parce que ces avocats étaient commis d'office ? Ou est-ce parce que tout simplement je m'attendais à de brillantes plaidoiries ? Je n'ai pas la réponse. Quoiqu'il en soit, une fois la session terminée, il a fallu retourner à la vie ordinaire. Je m'étais interdit de parler pendant toute la durée de la session, de peur de trahir le secret des délibérés. Ensuite, la parole était libre ; elle était posée, réfléchie et moins sous le coup de l'émotion. Comme tout juré, j'ai eu besoin de parler de mon expérience. J'ai un regret, pour l'un des accusés : le sentiment de ne pas avoir assez défendu ma position lors du délibéré ; et à un des magistrats qui me demandait comment, après cette expérience, je percevais la justice, je lui ai répondu : « humaine ! » J'ai donc peut-être été manipulée, mais si c'est par l'humanité de la justice, alors tant mieux »

Pascale Robert-Diard, Journaliste au *Monde*

« Je souhaiterais débuter mon propos par une parenthèse, qui rejoindra le témoignage précédent [de Madame Ceyrac, juré], en évoquant un souvenir : celui de l'affaire *Jacqueline Sauvage*, affaire qui a suscité une polémique et dans laquelle les deux jurys de cour d'assises ont condamné cette femme. Les jurés étaient les seuls que l'on n'entendait pas, et pourtant, c'était les seuls que l'on aurait aimé entendre. Je pense que cela n'a pas été simple pour eux de constater que s'exprimaient des gens qui n'avaient pas participé au procès, pas assisté à une semaine entière de débats, aux échanges de l'accusation à la défense, alors qu'eux-mêmes avaient tout examiné et que la parole leur était interdite hors du palais. Aussi est-il important à mes yeux que l'ENM en ait invité un aujourd'hui, à l'occasion de ce colloque.

Je referme cette parenthèse pour préciser que j'ai commencé la chronique judiciaire en 2002. Dès cette époque, le texte que je considérais comme le plus beau qu'il m'avait été donné de lire était l'article 353 du code de procédure pénale. Or, aujourd'hui, les ajouts successifs apportés à cet article en ont dénaturé l'équilibre. La formule qu'il contient, « sous réserve de la motivation de la cour d'assises », annihile tout ce qui est mentionné par ailleurs sur l'impression, sur la raison et sur l'intime conviction. Il est intéressant de constater que la rupture prétendument introduite par la motivation en cour d'assises n'a été ni pensée ni théorisée. On arrive même à une absurdité dans le fonctionnement de la cour d'assises, avec une motivation dont on attend presque qu'elle soit celle des tribunaux correctionnels !

En tant que chroniqueur judiciaire, je trouve que les motivations sont indigentes dans les trois quarts des affaires ; elles se composent généralement de quatre lignes, sans intérêt pour nous. Sur la publicité, j'en ai compris les aspects juridiques, mais je ne vois pas pourquoi la motivation ne serait pas ouverte à la presse. Selon moi, cela devrait au contraire être une exigence car, lorsqu'on a assisté à un procès, il me semble naturel de pouvoir avoir accès à cette motivation. On a assisté à un débat oral et tout suivi, mais elle nous est refusée ; j'avoue ne pas bien comprendre dans la mesure où la justice est rendue publiquement et où nous faisons partie de ceux qui peuvent précisément la rendre publique. Personnellement, je demande communication de la motivation de la cour d'assises.

À titre d'exemple, je mentionnerai une affaire qui m'a particulièrement touchée : l'affaire *Agnelet.* François Saint-Pierre, avocat, a en effet obtenu la condamnation de la France pour défaut de motivation, alors même qu'elle n'existait pas à l'époque, lorsque l'accusé a été reconnu coupable et condamné par la cour d'Aix-en-Provence. En d'autres termes, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que celui-ci n'était pas en mesure de savoir sur quels éléments il avait été condamné. Quand un troisième procès a lieu en 2014, Maurice Agnelet comparaît mais il y a au terme du procès une motivation de la cour d'assises. Or il se trouve que, lors des audiences, son fils, qui n'avait jamais parlé, vient déposer pour dire qu'il a gardé un secret de famille depuis trente ans et qu'il est convaincu de la culpabilité de son père. Cela se passe au début de la quatrième semaine d'audience ; c'est un moment absolument incroyable.

Si j'évoque ce point, c'est parce que, dans la motivation de l'arrêt rendu par la cour d'assises - motivation qui comporte six pages -, le plus grand soin est mis (puisque l'on est dans une affaire sans

cadavre et qui date de 1977) à expliciter la décision de la cour et des jurés ; ce d'autant qu'il y a eu le précédent de la CEDH entretemps. Maurice Agnelet avait été acquitté une première fois à Nice, puis condamné en appel à Aix-en-Provence à vingt ans de réclusion criminelle et cette condamnation était donc confirmée lors de ce troisième procès à Rennes. Avec son avocat, le débat était centré sur l'intime conviction, c'est-à-dire ce sur quoi les jurés allaient condamner puisque le corps de la victime avait disparu, qu'un laps de temps très long s'était écoulé depuis la commission des faits, etc. Or la motivation représente un aspect essentiel de cette affaire, parce que, point par point, la cour va écrire ce qui l'a convaincue. C'est une vraie motivation, presque une motivation de tribunal correctionnel. Et surtout, elle met en dernier point la déposition du fils.

Il y avait là une double vertu : d'une part, signifier au fils de Maurice Agnelet que ça n'était pas lui qui avait emporté la décision de la cour et des jurés - ce qui revenait ainsi à ne pas faire porter sur un fils la condamnation de son père ; d'autre part, montrer que la condamnation était justifiée par un ensemble d'éléments qui avait déjà emporté la décision de la cour d'Aix-en-Provence. La motivation du dernier procès explique donc ce qu'est l'intime conviction ; et ce n'est pas un débordement d'émotions ni un coup d'audience - comme a pu être perçue la déposition du fils de Maurice Agnelet - qui l'ont seuls forgée. Comme l'a remarquablement montré Christiane Besnier dans son ouvrage *[La vérité côté cour]*, l'intime conviction est une construction. L'audience, petit à petit, structure la conviction en éliminant des choses qui ne tiennent pas et en cristallisant des moments clés ; là se situe tout le travail de la cour d'assises.

Quels que soient ses défauts, la motivation est fondamentale en cas d'appel des verdicts. C'est une véritable aide à l'avocat, qui peut alors expliquer à son client qu'il n'a pas convaincu sur tel ou tel point. Défenseurs et magistrats, tout le monde converge d'ailleurs vers la feuille de motivation. Toutefois, on est actuellement dans quelque chose de totalement hybride, avec tantôt des motivations de six pages, tantôt des motivations de quatre lignes. Il faut changer cette situation.

Il y a un dernier point que je souhaiterais évoquer : celui du rapport entre la presse et les présidents de cours d'assises. Les relations sont généralement courtoises, mais nous n'avons pas besoin les uns des autres. Bien sûr qu'en tant que journaliste je les croise et je vais les saluer. Mais, de fait, nous ne nous parlons pas. À la cour d'assises, le principe est celui de l'oralité des débats, et tout se joue dans la salle d'audience ; certainement pas sur les marches du palais, même si les procès y sont souvent refaits par les uns et par les autres ! Mon travail c'est la salle d'audience, toute la salle d'audience, rien que la salle d'audience. Je ne sors pas de cela, donc je n'ai pas à entretenir de rapports particuliers avec les présidents. Avec l'avocat général et les défenseurs, c'est différent, car on se voit régulièrement. D'une manière générale, je ne suis pas sûre que notre influence soit très grande. Je suis même convaincue que beaucoup de jurés, lorsqu'ils siègent à un procès, sont assez affligés des comptes rendus de presse.

Mots clés :
JUSTICE * Justice

Les cahiers de la justice 2017 p.635

II) La justice criminelle en Europe - Le devenir de la cour d'assises : perspectives comparées

Sandrine Zientara-Logeay, Magistrate, directrice du GIP mission de recherche Droit et Justice.

La cour d'assises est-elle condamnée à mort ? Si l'interrogation empruntée au titre d'un article de la presse belge paru en 2015 (1) surprend en France, force est de constater qu'à l'aune des expériences étrangères de suppression ou de réduction du champ de la cour d'assises, la question peut se poser de savoir s'il faut - et comment - conserver le modèle français de la cour d'assises.

De façon paradoxale, cette question se pose au moment même où la cour d'assises française atteint un certain degré de maturité. Les nouvelles manières de présider et l'allongement du temps moyen d'audience (passé à 3,2 jours (2)) favorisent la recherche contradictoire de la vérité (3) et une réelle écoute des parties, de l'accusé et de la victime, dont la montée en puissance dans le procès pénal est, on le sait, récente. Cette évolution permet d'assurer une véritable formation à la maïeutique des jurés (4). Ardent défenseur du jury, Tocqueville n'estimait-il pas que « le jury sert à donner à l'esprit de tous les citoyens une partie des habitudes de l'esprit du juge ; et ses habitudes sont précisément celles qui préparent le mieux le peuple à être libre » (5) ?

Les réformes procédurales, en particulier celle de l'appel et celle de la motivation, assurent en outre désormais au procès d'assises les garanties du procès équitable. Denis Salas (6) a pu montrer que la cour d'assises française avait acquis désormais une double légitimité démocratique. Du fait en particulier des mutations procédurales, le jury populaire a une légitimité démocratique renforcée, celle de l'origine (7), et celle qui, selon l'expression de Pierre Rosanvallon, doit se soumettre à la justification et à l'argumentation.

Et pourtant, le maintien de la cour d'assises interroge aujourd'hui.

Certes le débat n'est pas nouveau. Au XIXe siècle déjà, le jury populaire est contesté, on dénonce ses carences, sa propension à l'acquittement, sa perméabilité à l'art rhétorique de la plaidoirie, à l'émotion plutôt qu'à la raison ; et, contre une justice de citoyens, s'élève la voix de ceux qui défendent une justice de professionnels, spécialement formés.

Cependant, la remise en cause de la cour d'assises revêt aujourd'hui une acuité particulière du fait des évolutions majeures que connaît la justice du XXIe siècle. Le rituel judiciaire, cette « domestication de la violence par le rite », selon l'expression d'Antoine Garapon (8), trouve sa forme la plus aboutie dans le procès d'assises. Bien que la fonction originaire de ce rituel ait consisté en l'affirmation de la puissance du souverain, le crime étant alors d'abord perçu comme injure à la loi commune, il avait jusqu'alors résisté et permis au procès de remplir sa fonction sociale de renforcement symbolique des normes (9). Mais avec l'émergence d'une justice pénale néolibérale, contractualisable ou négociée, sous l'influence des systèmes de *common law*, puis l'introduction d'une rationalisation gestionnaire et managériale de la justice, qui vise l'efficacité et tend à assigner à la justice pénale pour finalité unique celle de prévenir le risque et de garantir la sécurité, et ce dans l'économie d'un rapport coût/avantage, c'est l'existence même d'un procès, systématique, ritualisé, long et coûteux, qui interroge quant à son utilité.

Dans ce contexte, force est de constater que le vent des réformes qui souffle en Europe n'est pas favorable à la cour d'assises et au jury populaire, y compris dans les États où le jury populaire a pourtant un fondement constitutionnel, comme en Belgique.

Le modèle du jury populaire, tiré au sort, reste évidemment dominant dans les pays de *common law*, qui ne semblent pas impactés par ces réformes. Mais la philosophie du jury y est différente puisqu'il est appréhendé plutôt sous l'angle d'un droit individuel (10), face à l'arbitraire possible du juge, que sous l'angle de la participation des citoyens à la justice, en démocratie. En outre, la place du plaider coupable y est largement dominante ; au Royaume-Uni par exemple 1 % seulement des affaires criminelles sont jugées par un jury.

Dans les pays de droit continental coexistent des modèles différents, avec jury populaire, échevins ou juges professionnels. Le jury populaire existe par exemple en Espagne, en Russie, en Turquie, en Italie, en Suisse ou en Belgique. Mais pour ces trois derniers pays, qui ont connu, ou connaissent un système très proche de la cour d'assises françaises, celui-ci est en pleine mutation.

En Belgique d'abord, la réforme de 2016 dite « loi Pot-pourri », dans un souci principalement de réduction des temps d'audience, a restreint considérablement le champ de la cour d'assises en permettant la correctionnalisation d'une grande partie des affaires jusqu'alors renvoyées devant une cour d'assises. Benoit Frydman, très critique sur cette réforme, y voit une victoire du modèle technocratique de justice sur le modèle démocratique (11).

En Suisse, le code pénal unifié de 2011 a, à la fois, introduit une procédure accusatoire et supprimé le jury populaire dans ceux des cantons qui avaient conservé un tel système. En outre, le principe dit de l'oralité limitée est venu réduire considérablement la durée des audiences.

En Italie, l'introduction d'une procédure allégée en matière criminelle a, de la même manière, limité très nettement le nombre des procès d'assises classiques. En outre, l'introduction d'une procédure accusatoire dans le cadre du procès d'assises en a modifié profondément les contours : le procès d'assises, très technique, est discontinu et s'étale sur plusieurs semaines ; la règle des trois unités de temps, de lieu et d'action qui caractérise le rituel judiciaire a ainsi éclaté.

En France, dans un même mouvement de réforme, la commission Léger avait, en 2009, considéré qu'il était inutile de consacrer une large partie de l'audience au débat sur la matérialité et l'imputabilité des faits lorsque ceux-ci n'étaient pas contestés. La commission Léger proposait l'introduction d'une convocation sur reconnaissance préalable de culpabilité criminelle : en cas de reconnaissance des faits par l'accusé, les débats en cours d'assises ne porteraient que sur la peine.

Plus récemment, un groupe de travail(12), associant la direction des affaires criminelles et des grâces et la direction des services judiciaires, en juin 2016, chargé d'examiner la situation des cours d'assises et plus particulièrement la question de l'allongement des délais d'audiencement, notamment pour des affaires en appel(13), a donné quelques pistes de réforme possibles, en faveur de la correctionnalisation, de l'élargissement du champ de compétence des cours d'assises professionnalisées, de l'allégement de l'oralité des débats ou de la mise en place d'un circuit court.

Ces travaux français et le retour sur expérience des acteurs judiciaires européens(14), qui ont vu leurs procédures criminelles remises en cause, qu'ils soient contempteurs ou ardents défenseurs de la cour d'assises, doivent nous inciter à mener un vrai débat sur le devenir de la cour d'assises.

La réduction du champ de la cour d'assises ou la création d'un circuit court de type reconnaissance préalable de culpabilité criminelle risque de porter en germe la suppression à terme du jury populaire, alors même que la disparition de cette institution démocratique priverait le corps social d'un lien vital avec sa justice(15) et remettrait en cause durablement les fonctions classiques, sociale, pédagogique, restauratrice et symbolique de la justice pénale.

Pour autant, on ne saurait faire l'économie d'une réflexion sur les réformes susceptibles d'améliorer et de moderniser le fonctionnement de la cour d'assises et d'en alléger la procédure, qu'il s'agisse des aménagements possibles au principe de l'oralité des débats, de la motivation de la peine, ou même de la césure de l'audience sur la culpabilité et sur la peine(16). C'est certainement à ce prix qu'on pourra sauver la cour d'assises à la française.

Mots clés :
JUSTICE * Justice

(1) J.-Cl. Matgen « Pourquoi la cour d'assises est-elle condamnée à mort » La Libre Belgique, 6 oct. 2015.

(2) Observatoire des cours d'assises du Pôle évaluation des politiques pénales, OCASSIS.

(3) V. à cet égard, C. Besnier, *La vérité : une ethnologue aux assises, côté cour*, Éditions La Découverte, mai 2017.

(4) Environ 20 000 personnes sont appelées chaque année à siéger en cours d'assises.

(5) *De la démocratie en Amérique*, tome 2, deuxième partie, chap. 8.

(6) *La cour d'assises, actualité d'un héritage démocratique*, La Documentation française, Doc' en poche - Regard d'expert, 2016.

(7) Selon laquelle une part de la puissance de juger appartient au peuple.

(8) A. Garapon, *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, Paris, Odile Jacob, 2010.

(9) Selon Durkheim, la fonction de la peine, de renforcement des États forts de la conscience collective, n'est assurée que si un tribunal est établi pour la prononcer. *(De la division du travail social*, livre 1, chapitre 2).

(10) En vertu des 5e et 6e amendements de la Constitution américaine, tout individu, qui encourt une peine, peut demander à être mis en accusation et à être jugé par un jury criminel.

(11) B. Frydman, *La contestation du jury populaire. Symptôme d'une crise rhétorique et démocratique*, Questions de communication, 12/2007.

(12) Ce groupe de travail, dont le rapport n'a pas été rendu public, a fait suite à une mission de l'inspection de la justice consécutive à la libération d'un prévenu dont l'affaire en appel se trouvait en attente d'audiencement. C. Nisand présente les conclusions du groupe dans le présent numéro des Cahiers de la justice.

(13) Le taux d'appel est de 28 %.

(14) V. notamment les articles de K. Gérard, de L. Moreillon ou d'E. Bruti Liberati dans le présent numéro des Cahiers de la Justice.

(15) V. à cet égard le témoignage de G. Ceyrac, jurée d'assises, dans le présent numéro des Cahiers de la justice.

(16) V. à cet égard les articles de D. Zerouki-Cottin sur la motivation de la peine, de C. Lazerges sur la cour d'assises des mineurs ou de A. Blanc dans le présent numéro des Cahiers de la justice.

Les cahiers de la justice 2017 p.639

II) La justice criminelle en Europe - L'avenir de l'audience criminelle : France, Belgique, Suisse

Christiane Besnier, Ethnologue (laboratoire Canthel, Université Paris Descartes Sorbonne) auteur de La Vérité côté cour. Une ethnologue aux assises, La Découverte, 2017.

L'essentiel

Résumé

L'accélération du temps judiciaire gagne tout autant la Suisse, la Belgique que la France. La question des « moyens » est récurrente dans le discours des acteurs professionnels, qu'ils soient sur le terrain ou en amont. Il s'agit de changer le modèle de justice pour le rendre toujours plus efficace et moins coûteux. L'audience criminelle française est aujourd'hui menacée. Or, les procédures brèves éludent la compréhension de l'acte, elles tournent le dos à une justice « restaurative ». Il s'agit de s'interroger sur le sens de l'audience, sur la justice que nous souhaitons rendre. Le travail du juge n'est jamais vain car le souci de mettre tout en oeuvre pour produire une vérité contribue à la restauration du lien social.

Summary

The acceleration of judicial proceedings is a phenomenon that affects Switzerland, Belgium and France. The question of « resources » is a recurrent theme in the discourse of all the professionals involved, both those at the coalface and those involved in the system further upstream. It is all about changing the model of the justice system to make it evermore efficient and less expensive. The French criminal trial is under threat. But shorter proceedings elude any comprehension of the criminal act and turn their back on « restorative » justice. We need to ask ourselves what the meaning of the hearing is, what type of justice we wish to render. The judge's work is never in vain, for the concern to do everything possible to arrive at the truth contributes to the restoration of the social bond.

L'héritage de la Révolution française a façonné durablement la pratique inquisitoire du président à l'audience dans les pays européens. Alors qu'en France et en Belgique, le président de la cour d'assises poursuit l'enquête menée par le juge d'instruction, en Suisse, le président du tribunal criminel poursuit la recherche des preuves initiée par le procureur. Depuis l'application du code de procédure pénale unifié en 2011, bien que l'enquête soit dirigée par le ministère public, le président suisse reprend à l'audience le pouvoir de l'instruction à l'image du président de la cour d'assises français et belge. La poursuite de l'instruction orale par le président reste ainsi le dénominateur commun des audiences françaises, belges et suisses, qui rend pertinent la comparaison des pratiques judiciaires. Dans le cadre de la recherche réalisée pour la Mission de recherche Droit et Justice : *La construction de la motivation des décisions criminelles à l'audience : France, Belgique, Suisse* (1), la problématique de départ fut la suivante : les cours criminelles françaises, belges et suisses remplissent-elles les garanties du droit de l'accusé de comprendre sa condamnation comme le réclame la Cour européenne des droits de l'Homme ? En effet, sa jurisprudence réitère de manière constante, depuis *l'arrêt Taxquet* du 13 janvier 2009, le respect, du droit de l'accusé de comprendre sa condamnation : « Pour que les exigences d'un procès équitable soient respectées, le public et, au premier chef, l'accusé doivent être à même de comprendre le verdict qui a été rendu. C'est là une garantie essentielle contre l'arbitraire (2) ». Cette jurisprudence implique que la décision soit comprise par son auditoire dont, en premier lieu, ceux qu'elle condamne.

Les enseignements de la recherche

Les motivations recueillies en France, en Belgique et en Suisse assurent la transparence de la décision par la formulation de motifs argumentes et intelligibles. La rédaction du jugement dans ces trois pays traduit un processus intellectuel où apparaît l'énumération d'éléments à charge et à décharge en lien avec l'enquête et l'audience accessibles à la compréhension de tous (3). Si les motivations garantissent le respect du droit du condamné à comprendre sa condamnation en expliquant les raisons pour lesquelles il a été déclaré coupable, elles présentent néanmoins des limites. Les jugements répondent certes aux exigences de la Cour européenne des droits de l'Homme mais leur contenu est peu ou pas consulté par les condamnés. En revanche, l'oralité des débats touche directement les intéressés. La publicité des débats livre à l'auditoire les éléments de preuves qui forgent la conviction des juges et plus tard leur décision. La puissance de l'audience est d'exposer au travers du débat les composantes de la décision. Après avoir présenté la méthode ethnographique qui caractérise la recherche menée en France,

en Belgique et en Suisse, nous montrerons en quoi les audiences françaises, belges et suisses participent de l'élaboration de la décision et de sa compréhension auprès de l'auditoire.

La démarche ethnographique

L'immersion dans les salles d'audiences associée aux entretiens menés auprès des acteurs de la procédure - présidents, assesseurs, avocats - et aux motivations recueillies dans les juridictions constituent le corpus de la recherche. L'observation des audiences s'est déroulée de décembre 2014 à novembre 2016. Alors qu'en France et en Belgique les sessions d'assises sont régulières, en Suisse les audiences sont plus rares car la grande majorité des affaires pénales se règlent par une procédure écrite sans audience. Dans les trois pays, le choix des affaires a été réalisé par la prise de contact avec les présidents et les greffiers qui nous ont communiqué les dates d'audience.

En France, une dizaine de procès ont été suivis, soit au total vingt-six journées d'observation dans les cours d'assises de la région parisienne (Bobigny, Créteil, Paris), du sud-ouest de la France (Toulouse, Montauban, Foix) et du sud-est (Aix-en-Provence, Nice). En Belgique, nous avons suivi exclusivement des audiences francophones mais nous avons réalisé des entretiens avec des magistrats qui président les deux cours d'assises francophone et flamande à Bruxelles. Selon ces présidents, la procédure et les pratiques sont les mêmes, seule la langue diffère. Les affaires jugées devant les cours d'assises belges durent en moyenne six à dix jours pour une affaire ordinaire, contre deux à trois jours en France pour le même type d'affaire, et une à deux journées en Suisse.

À la cour d'assises de Bruxelles, la première année de la recherche, vingt-cinq jours d'audience ont été suivis concernant quatre affaires. La deuxième année, nous avons privilégié l'observation d'affaires criminelles jugées par le tribunal correctionnel en application de la réforme du 19 février 2016 pour apprécier la différence avec le traitement en cour d'assises. Nous avons assisté en mai et juin 2016 aux premières affaires criminelles jugées par des tribunaux correctionnels de Bruxelles et de Liège.

En Suisse, nous nous sommes rendus dans les juridictions du canton de Vaud, à Lausanne et à Vevey, dans les tribunaux du canton du Tessin, à Locarno, à Lugano, et dans le canton de Genève, soit trois des vingt-six cantons de la Confédération helvétique. Nous avons suivi des audiences en première instance et en appel afin d'avoir une vision complète du traitement des affaires criminelles d'une partie de la Suisse romande. Au total, seize journées ont été consacrées à l'observation des audiences.

La fin de la cour d'assises en Belgique ?

Trois lois réforment la justice criminelle belge dans les années 2000. *La loi du 30 juin 2000* introduit dix ans avant la motivation de la culpabilité, la motivation de la peine. Elle prévoit que tout arrêt de condamnation prononcé par une cour d'assises fera mention des motifs ayant conduit à la détermination de la peine infligée. La formulation de ces motifs est décidée sur proposition du président, à la majorité absolue des jurés et des magistrats de la Cour réunis pour délibérer sur la peine. *La loi du 21 décembre 2009* introduit l'obligation de motiver la décision en cas de condamnation ou d'acquittement. *La loi du 19 février* 2016 associe les magistrats aux jurés dans la délibération sur la culpabilité et généralise la « correctionnalisation » des affaires criminelles.

Supprimer ou maintenir les jurés ?

La cour d'assises belge a toujours donné lieu à des débats passionnés entre partisans d'une justice participative qui revendique la légitimité du jury populaire et les adversaires d'une justice non professionnelle. Jusqu'en 2016, les jurés en Belgique formaient une entité à part comme en France avant 1941 (4). Les douze jurés délibéraient seuls sur la culpabilité puis, si la culpabilité était retenue, ils délibéraient sur la peine avec les trois magistrats professionnels. Depuis 2010, l'obligation de motiver la culpabilité complexifiait la situation jusqu'à menacer l'institution du jury. La motivation imposait aux magistrats de rejoindre les jurés à l'issue du délibéré sur la culpabilité pour rédiger les motifs d'une décision à laquelle ils n'avaient pas participé. Les magistrats belges dénonçaient une « bizarrerie » procédurale. Les magistrats devaient en effet motiver une décision dont ils ne comprenaient pas tous les ressorts, ou encore une décision avec laquelle ils étaient en total désaccord. Le président et les assesseurs étaient fréquemment confrontés à des raisons contradictoires, sans pertinence sur le plan de

l'argumentation qu'ils ne pouvaient mettre en mots selon une logique juridique implacable. Le fait que la motivation vienne habiller *a posteriori* un verdict issu d'un vote secret était un dispositif hybride insatisfaisant. Pour autant, l'hypothèse d'associer les magistrats à la délibération était perçue comme une négation de la notion même de jury populaire. Selon les magistrats, le délibéré conjoint - au même titre que la juridiction d'appel - porte atteinte aux caractères essentiels de la cour d'assises. La suppression de la cour d'assises a d'ailleurs été envisagée en 2005 pour les mêmes raisons par la Commission de réforme de la cour d'assises composée d'universitaires, de magistrats et d'avocats : « Si le jury ne délibère plus seul et si l'appel est instauré alors la cour d'assises est vidée de sa substance, sa légitimité n'est plus fondée ; dans ce cas, il faut la supprimer ». Dix ans plus tard, à l'incohérence d'une décision qu'il fallait motiver sans y avoir participé s'ajoutait la longueur des débats. Un procès programmé sur deux jours en France est jugé en six à dix jours en Belgique. En 2015, la cour d'assises belge est asphyxiée par une procédure qu'elle n'a jamais réformée en profondeur. Le ministre de la Justice Koen Geens exprime alors la nécessité de répondre à un besoin de modernisation de l'institution et de réduction du coût d'une justice devenue trop onéreuse et peu efficace. La loi du 19 février 2016 modifie radicalement la juridiction à deux niveaux : l'organe délibérant et la nature des affaires jugées.

La loi du 19 février 2016, entrée en vigueur le 29 février 2016, associe les magistrats aux jurés dès le premier délibéré sur la culpabilité, à l'image du modèle français (5). La motivation s'inscrit désormais dans la continuité d'un processus décisionnel qui associe les jurés aux professionnels. Les magistrats participent à la délibération et aux arguments sans pour autant prendre part au vote. Néanmoins, la participation à cette discussion les dote d'arguments pour rédiger une motivation dont ils saisissent la cohérence même s'ils n'en partagent pas le fond. Si la cour d'assises belge est sauvegardée avec le maintien du jury populaire, symbole de la représentation démocratique, elle est cependant vidée de sa substance par l'orientation systématique des affaires criminelles vers les tribunaux correctionnels.

La correctionnalisation des affaires criminelles

L'article 121 de la loi du 19 février 2016 prévoit la possibilité, sans exception, de correctionnaliser tous les crimes. La loi modifie fondamentalement la loi du 4 octobre 1867 sur les circonstances atténuantes. Il appartient aux juridictions d'instruction d'estimer, dans chaque cas, s'il y a lieu ou non d'admettre les circonstances atténuantes ou, dans les cas prévus par la loi pénale, une cause d'excuse pour correctionnaliser le crime (6). Le ministère public peut aussi correctionnaliser tous les crimes lorsqu'aucune instruction n'aura été requise. Désormais, le recours à la cour d'assises devient exceptionnel, la juridiction ne connaît que les faits criminels les plus graves comme ceux commis contre les policiers ou impliquant des mineurs et les actes de terrorisme. Cette loi étend la correctionnalisation des crimes initiée par la loi du 21 décembre 2009. En effet, depuis le 1er mai 2010, les affaires de moeurs, les coups et blessures volontaires ayant entraîné la mort sans intention de vouloir la donner ou encore les tentatives d'homicide sont déjà jugés par le tribunal correctionnel. En étendant la liste des crimes correctionnalisables, le législateur a voulu alléger les cours d'assises, résoudre le problème de surcharge récurrent des juridictions (7). La loi du 19 février 2016 vise à diminuer la charge de travail de la justice et à rendre les procédures plus efficaces tout en gardant intacts les droits fondamentaux des parties. Les affaires jugées par les tribunaux correctionnels sont traitées dans un délai plus court : huit mois après les faits contre deux ans devant une cour d'assises. L'audience devant le tribunal correctionnel se déroule sur une journée contre six à dix jours devant une cour d'assises. En Belgique, les avocats et les magistrats du parquet sont satisfaits de cette justice rendue par des magistrats professionnels qui, selon eux, épargne le justiciable de « la loterie du jury populaire » (8). En outre, le tribunal correctionnel offre la garantie d'un double degré de juridiction et fournit une motivation plus complète : une quinzaine de pages contre cinq pages en cour d'assises.

Au Palais de justice de Bruxelles trois chambres correctionnelles siègent simultanément pour juger les affaires criminelles « correctionnalisées ». Une chambre est dédiée aux affaires de moeurs, agressions sexuelles, viols et incestes et deux chambres examinent les crimes punissables d'une peine excédant vingt ans de réclusion (9). Parmi ces infractions, on trouve la catégorie générale des tentatives d'assassinat et de meurtre ; le vol avec violences ou menaces avec circonstances aggravantes ou ayant entraîné la mort sans intention de la donner ; l'entrave « méchante » à la circulation ayant causé la mort ; la prise d'otages. Dès le mois de mai 2016, nous avons suivi les premières affaires d'homicides jugées par les tribunaux correctionnels de Bruxelles et de Liège. Voici les enseignements que nous

pouvons tirer de la comparaison du traitement des affaires avec les cours d'assises. Outre le rituel moins solennel, l'audience s'apparente à une séance de travail entre professionnels. L'affaire est examinée en une journée avec le réquisitoire et les plaidoiries, de 9 h à 17 h 30. La matinée est consacrée à l'instruction des faits, l'après-midi aux plaidoiries. L'audience commence de la manière suivante : après la vérification de l'identité du prévenu, la présidente interroge l'intéressé :

- Vous savez ce que l'on vous reproche ?

- Oui.

- Vous continuez à nier les faits ?

- Oui.

« Mais de quels faits s'agit-il ? » s'interroge le public. L'absence de jurés élude la nécessité de tout réexpliquer. Les débats ne s'adressent plus à des citoyens qui ignorent tout des faits mais à des magistrats qui connaissent le dossier et qui pourront à nouveau le consulter avant de rendre leur jugement plusieurs jours ou semaines après l'audience. Les experts de la cour d'assises devront s'adapter aux nouvelles règles de l'oralité du tribunal correctionnel. Le président au médecin légiste : « Ce n'est pas comme à la cour d'assises. Il faut que vous parliez plus lentement pour que le greffier puisse noter. » Le président interrompt régulièrement l'expert pour que le greffier puisse taper sa déclaration. L'oralité est saccadée pour les besoins de la transcription. Le président adopte alors une autre méthode, il résume au fur et à mesure les explications de l'expert. Le greffier ne retient que les grandes lignes de la déclaration.

La rationalisation du temps judiciaire

L'absence de témoin est sans doute l'élément le plus frappant lorsque l'on passe de la cour d'assises au tribunal correctionnel. Aucun témoin n'est convoqué par le tribunal pour réitérer sa version des faits ou apporter des éléments de personnalité concernant l'accusé. Le prévenu donne sa version des faits sans que celle-ci soit confrontée à celle des témoins qui affirment le contraire. Les dires de l'accusé ne sont pas contestés ou validés par d'autres déclarations. L'absence de témoins conduit le président à lire les déclarations du dossier. Cette carence ne donne plus lieu à des instants d'audience inattendus, à des revirements de témoignages que seule la spontanéité des échanges est en mesure de produire. La non-présence des témoins est un gain de temps qui appauvrit considérablement l'oralité des débats. L'omniprésence du dossier se substitue à la déposition des témoins. Les pièces du dossier s'imposent comme preuves acquises au cours de l'enquête. L'audience confirme les éléments recueillis au cours de l'enquête sans susciter l'émergence de nouvelles hypothèses. Le public et les parties civiles sont les grands perdants de l'audience. Les victimes sont certes conviées à s'exprimer mais elles refusent d'intervenir car leurs déclarations sont malvenues dans un dialogue exclusif entre le président et l'accusé. Sans être exclue la partie civile a dû mal à s'insérer dans le débat par la place prédominante qu'occupe l'interrogatoire de l'accusé. Au sein de cette configuration les avocats sont en retrait du débat et endossent davantage le rôle de spectateurs que d'acteurs. Nous sommes loin de l'audience pédagogique de la cour d'assises qui prend le temps de tout expliquer aux jurés d'autant plus que les jurés en Belgique délibéraient seuls sur la culpabilité jusqu'en 2016. Un effort d'explication constant était réalisé par le président, l'avocat général et les avocats. À la fin de chaque témoignage, le procureur et les avocats soumettent aux jurés un court commentaire sur l'analyse de la procédure ou sur les faits (10). Ces prises de parole enrichissaient l'oralité des débats, recentraient le débat sur les faits, elles exposaient clairement la position des parties à un instant du procès pour aider les jurés à se forger une conviction.

La correctionnalisation des affaires criminelles a été la solution retenue en Belgique pour réduire de manière drastique le temps d'audience de dix jours devant une cour d'assises à une journée devant le tribunal correctionnel. Cette justice, composée de trois magistrats professionnels, juge désormais les affaires criminelles en l'absence d'enquêteurs, de témoins et d'experts. La professionnalisation de la justice par le recours au tribunal correctionnel, la réduction du temps d'audience et la prédominance de la procédure écrite sur l'oralité des débats rapprochent la justice pénale belge de la justice suisse dont les objectifs en matière de justice pénale sont clairement affichés : gagner du temps et réduire les

coûts.

La Suisse : le principe de l'oralité limitée

Le nouveau code de procédure pénale de 2011 introduit le principe de « l'oralité limitée » qui privilégie la procédure écrite dans la formation du jugement à l'audience(11). La phase préliminaire de l'instruction menée par le ministère public est considérée comme la phase la plus importante de la procédure. Ainsi, lors de l'audience, le juge n'est pas tenu de réitérer la preuve si elle a été régulièrement collectée et admise durant l'instruction. Ainsi, un témoignage acquis par l'instruction, c'est-à-dire supposé ne plus varier, ne nécessite pas sa réitération à l'audience. Concrètement cela évite la convocation du témoin et le temps consacré à sa déposition. Le tribunal se concentre sur la recherche de nouvelles preuves insuffisamment étayées au cours de l'enquête :

« Je vous interromps, annonce le président à l'expert, tout ça on l'a dans le dossier. On a votre rapport, nous connaissons votre expertise et vos conclusions, répondez à nos questions ».

Cette pratique consiste ainsi à compléter les éléments préalablement acquis par l'instruction. L'oralité de l'audience suisse, à l'image du tribunal correctionnel belge, n'apparaît pas sous la forme de la recherche d'un témoignage spontané mais sous la forme d'un récit à confirmer :

« Vous confirmez les déclarations que vous avez faites à la police, demande le président à l'accusé » « Oui ».

La conviction des juges « professionnalisés » passe davantage par la lecture du dossier que par l'observation des débats. Le principe de « l'oralité limitée » exige des juges de prendre connaissance du dossier avant l'audience. Le Conseil fédéral suisse a estimé que les jurés ne sont pas aptes à rentrer dans la complexité des pièces du dossier, d'où la suppression du jury populaire par le nouveau code de procédure pénale. Le tribunal est donc composé de juges professionnels qui connaissent le dossier et épargnent l'auditoire de l'exposé des faits : « Tous les juges ont lu le dossier, on sait tout », annonce la présidente. Cependant, cette pratique prive le public du contexte des faits et des composantes de la décision qui sera prononcée.

L'audience est affaiblie par « l'oralité limitée » mais aussi par la transcription des débats rendue obligatoire par le nouveau code de procédure pénale suisse de 2011. Au cours de l'audience, la spontanéité des déclarations est sans cesse interrompue par la nécessité de transcrire fidèlement ce qui vient d'être déclaré. Le président annonce, à l'issue de chaque témoignage : « Nous devons protocoler », autrement dit « nous devons transcrire la déclaration du témoin, la faire lire à son auteur pour qu'il la valide et la signe ». Nous retrouvons cette pratique dans le cadre des audiences correctionnelles belges. Pour ces deux pays, la règle de la transcription des débats va dans le sens d'un gain de temps pour la procédure en cas d'appel. L'écrit se substitue à l'oralité des débats, seuls les points litigieux de la transcription des débats de première instance et de la motivation sont discutés en appel. Ainsi, les procès en appel en Suisse sont très courts, ils durent une vingtaine de minutes en moyenne, deux à trois heures pour les plus longs. La réduction du temps d'audience modifie la nature des débats et par là-même affaiblit la lisibilité de l'acte de juger. Le temps consacré au débat par la convocation des témoins et les questions croisées des parties sont autant d'éléments qui participent du processus de formation de la conviction des juges. L'accusé, la partie civile ou encore le public perçoivent, au travers des échanges, l'autocorrection des hypothèses qui parvient à l'émergence d'une certitude. Cette « vérité judiciaire » acquise à l'issue des débats contient en elle-même les composantes de la décision. Faire l'économie du temps d'audience c'est amputer à l'acte de juger sa dimension pédagogique qui rend le verdict compréhensible et donc acceptable.

Vers une justice managériale

L'accélération du temps judiciaire en Europe a gagné la justice criminelle belge et suisse. Dans un souci de gestion managériale, ces juridictions s'inscrivent dans le mouvement d'une justice qui cherche à réduire les coûts tout en rendant plus efficace l'acte de juger. La Belgique et la Suisse illustrent une tendance irréversible vers une gestion plus administrative et technique de la justice criminelle. La question des « moyens » est récurrente dans le discours des acteurs professionnels, qu'ils soient sur le terrain ou en amont(12). La justice européenne est entrée depuis les années 2000 dans un

mouvement de rationalisation où les principes d'efficacité et de rentabilité sont désormais les principes clefs des réformes de la justice : « C'est ainsi que les réformes de la justice en Europe ont souvent comme point commun celui de la managérialisation »(13). Le concept de « management » est entendu ici comme « mode de gestion fondé sur une logique à dominante économique dans le cadre d'une société libérale. Il fait référence aux économies de moyens, de temps et à la gestion des flux, reliés à une logique entièrement fondée sur la rationalité économique et devenue l'alpha et l'oméga de la performance judiciaire »(14). Néanmoins, comme le souligne Jacques Commaille, la justice a longtemps fait figure de bastion de résistance face aux autres institutions publiques en matière de rationalisation de son activité. Elle a longtemps revendiqué une action de nature « a-économique », « a-marchande », en cultivant des valeurs aux antipodes de la rationalisation telle que la lenteur de la justice, justifiée par la majesté et la grandeur de la fonction. Désormais, elle se trouve happée par le « processus de managérialisation au risque de s'exposer à la perte de l'exceptionnalité de sa fonction si farouchement cultivée en France dans son histoire (...) »(15). Le passage à un temps managérial est présent aussi en France depuis plusieurs années dans les affaires civiles et correctionnelles(16). Désormais, face à des préoccupations budgétaires, le fonctionnement de la justice criminelle, en France, s'inscrit à son tour au coeur des problématiques de rentabilité. La justice criminelle française doit-elle pour autant céder à la rationalisation du temps judiciaire à l'image de ses pays voisins ?

Quelles leçons pour la France ?

La cour d'assises française reflète un certain équilibre dans la durée de l'audience avec un temps des débats raisonnable (deux à trois journées en moyenne), cet équilibre est aujourd'hui menacé. L'économie de la procédure est présente dans la politique pénale en France depuis plusieurs années. En 2009, on envisageait déjà d'introduire une procédure allégée devant la cour d'assises(17). Peut-on penser la rationalisation de la justice seulement sous l'angle de la donnée temps/argent en réduisant la durée de l'audience, c'est-à-dire en passant outre l'émotion et les instants de vérité que produisent les procès d'assises ? Que perdrions-nous à évincer la recherche de la vérité en cour d'assises au moyen d'une abréviation de la durée de l'audience ? Quand l'accusé endosse la responsabilité des faits avérés, ni la culpabilité ni la peine ne sont l'enjeu du débat mais la matérialité des faits est attendue pour dénouer l'inconcevable, pour redonner un peu d'humanité à l'innommable. Le débat de la cour d'assises contribue à satisfaire un besoin de compréhension autant pour les victimes que pour l'accusé et l'auditoire. Le débat humanise le criminel et répond à la souffrance des familles. Or, les procédures brèves éludent la compréhension de l'acte par un raccourci qui conduit directement à la peine prononcée par le juge. La réduction de la durée de l'audience annihile le processus de compréhension du comportement de l'accusé produit par la temporalité longue de l'audience. La question des circonstances de l'acte est esquivée. Cette économie de temps procédural supprime tout débat sur les faits et donc toute tentative d'explication du passage à l'acte par l'accusé lui-même. Même dans les cas où les preuves sont avérées, la reconnaissance des faits n'exonère pas l'accusé de leur récit. L'audience allégée tourne le dos à une justice qualifiée de restaurative autant pour l'accusé que pour la victime lorsque les faits sont reconnus. Les aveux d'un accusé collaborant à la recherche de la vérité apportent une dimension cathartique à l'audience favorable à l'ensemble des acteurs.

La comparaison des pratiques judiciaires en Belgique et en Suisse conduit à s'interroger sur le sens de l'audience en France. Quelle justice souhaitons-nous rendre ? Veut-on une justice expéditive, à moindre coût, qui ne prenne en compte ni les intérêts de l'accusé ni ceux des plaignants ? Ou tenons-nous à une justice qui prend le temps d'entendre l'accusé et les plaignants, d'envisager une juste peine dans une perspective de réinsertion, d'inscrire la partie civile dans un travail de reconstruction ? La France doit-elle préserver la prééminence de l'oralité dans l'acte de juger les crimes ou bien, à l'image de la Belgique et de la Suisse, doit-elle réduire le temps d'audience et faire confiance seulement au dossier pour gagner du temps ?

Quel avenir pour la cour d'assises française ?

Les recherches menées sur la feuille de motivation en France soulignent certaines faiblesses : des motivations parfois trop sommaires ou encore l'absence d'une motivation de la peine(18). Tous les acteurs de la cour d'assises sont associés à la recherche de la vérité. Son émergence est une oeuvre collective à laquelle les professionnels associent l'accusé et le plaignant(19). La recherche graduelle de

la vérité contient en elle-même le processus qui aboutit à la décision. Le temps consacré aux débats produit les arguments qui fondent la décision des juges. À l'annonce du verdict, après avoir formulé les réponses des jurés, le président ajoute parfois un bref commentaire. Dès les années 2000, avant l'obligation de motiver, certains présidents formulaient déjà cette motivation orale à l'égard de l'accusé ou de la partie civile. Par ce commentaire concis, le président établit un lien entre le résultat du vote, la discussion du délibéré et la démonstration des preuves à l'audience. Ce n'est pas une motivation au sens strict mais une clarification de la décision qui contribue à en faire admettre le bien-fondé. Cette pratique se confirme aujourd'hui, sans doute encouragée par la motivation écrite qui, à elle seule, ne peut révéler toute la profondeur de la décision. Les présidents apportent alors un complément d'explication à l'accusé et à la partie civile en lien avec le vécu de l'audience. Il expose sommairement ce que les membres du jury ont retenu des arguments exposés devant la Cour. Il explique par des mots simples pourquoi en dépit des doutes existants le jury est parvenu à un verdict de culpabilité. Le cadre solennel du prononcé du jugement, la tension palpable des débats, les témoignages toujours présents dans la mémoire de ceux en attente du verdict sont autant d'éléments qui renforcent la puissance de cette explication improvisée. Même si elle n'est ni systématique ni obligatoire, cette pratique doit être encouragée pour les effets bénéfiques que nous avons constatés. Nous savons par les avocats que les paroles inclusives du président, celles avec lesquelles l'accusé part en prison, font leur chemin dans le parcours du condamné. La peine n'apparaît plus comme un mal rendu pour un mal, elle découle d'une discussion qui prend en compte les arguments démontrés concernant les faits et la personnalité de l'accusé. Les explications qui justifient la décision des juges prennent ancrage dans les débats dont l'accusé a été le témoin à l'audience. Cette motivation, hors procédure, dont il n'existe aucune trace, participe de la restauration du lien social. Les bienfaits procurés par cette motivation sont en lien direct avec la temporalité de l'audience : l'interrogatoire de l'accusé, l'écoute des témoins, la déclaration de la partie civile, les questions des parties soumises au débat contradictoire. La justice se caractérise par une fonction sociale qui correspond au rôle dévolu au juge. Ce rôle conduit à s'interroger sur le lien entre justice et société. Le juge est un faiseur de paix en ce qu'il assure une mission de régulation des conflits sociaux. La décision qu'il rend est amenée à produire du lien social : « Juger, c'est fonder un nouveau contrat social »(20). À cet égard, la fonction sociale conférée au juge recèle une importance capitale : à l'intérieur des frontières dressées par la loi, elle présente les apparats d'une mission humaine. Le juge, en cherchant la paix, lie le passé à l'avenir. Dans ce cadre-là, la finalité de la décision de justice trouve ici tout son sens. On retrouve l'une des thématiques chères à Paul Ricceur qui distingue la finalité courte et la finalité longue du jugement(21). La première consiste à départager des intérêts et à mettre fin aux incertitudes et le juge attribuera la part qui revient à chacun, en application du vieil adage romain « *suum cuique tribuere ».* La décision prise à cet effet deviendra définitive par l'écoulement des délais des voies de recours et devra être exécutée. L'aspect concret de l'objet de la finalité courte du jugement tranche avec celui de la finalité longue du jugement, qui recèle une conception plus large et plus abstraite de l'acte de juger. Cette conception apparaît comme un acte dont le caractère réparateur entre le conflit antérieur et la situation future est la finalité recherchée. Il incombe alors au juge de renouer des liens. C'est entre les mains du juge, à travers la manifestation des effets de la décision de justice, que se joue l'avenir des justiciables et plus largement du bien vivre ensemble. Cette mission passe par le temps consacré à l'audience, à l'écoute accordée aux protagonistes, c'est-à-dire à la construction de la vérité à laquelle toutes les parties contribuent. La durée des audiences ne doit pas être trop brève, ni trop professionnalisée, afin de laisser une chance au lien social de se restaurer entre les parties.

Mots clés :
JUSTICE * Justice

(1) Recherche réalisée au sein du Centre d'anthropologie culturelle (Canthel) de l'Université Paris Descartes, sous la direction de F. Affergan, C. Besnier et A. Jolivet (2014-2016).

(2) Arrêt du 10 janv. 2013, § 57, affaire *Agnelet.*

(3) V. rapport : *La construction de la motivation des décisions criminelles à l'audience : France, Belgique, Suisse.* http://www.gip-recherche-justice.fr/publication/la-construction-de-la-rnotivation-des-

decisions-crirninelles-a-laudience-france-belgique-suisse/

(4) Depuis 1941, les magistrats français et les jurés délibèrent conjointement sur la culpabilité et sur la peine. V. l'article de B. Fayolle et C. Besnier, « Le procès criminel entre permanence et réformes ». D. Salas (sous la dir.), *La cour d'assises. Actualité d'un héritage démocratique*, La Documentation française, 2016.

(5) « Les questions étant posées, les jurés se rendent avec la cour dans la chambre des délibérations. Le collège ainsi constitué, présidé par le président de la cour, délibère sur la culpabilité. » Art. 327 du code d'instruction criminelle.

(6) La juridiction d'instruction apprécie le choix de renvoyer l'affaire devant la cour d'assises ou devant le tribunal correctionnel. Il existe un double degré d'examen de la cause au stade du règlement de la procédure (chambre du conseil et chambre des mises en accusation} pour retenir le tribunal compétent : tribunal correctionnel ou cour d'assises. L'article 150 de la Constitution belge du 17 février 1994 dispose que « le jury est établi en toutes matières criminelles » ; néanmoins, en évoquant les « circonstances atténuantes », la chambre des mises en accusation affaiblit la qualification des faits en transformant les « crimes » en « délits » et parvient ainsi à renvoyer l'affaire devant le tribunal correctionnel.

(7) En 2016, dès l'application de la réforme, la Belgique a connu une forte diminution du nombre d'affaires devant les cours d'assises. À Anvers on est passé de treize à quatre affaires de 2015 à 2016, à Gand de onze à une affaire, à Bruxelles de vingt-deux à cinq, à Liège de dix-sept à douze et à Mons de quatorze à dix pour la même période (source : Belga, le 3 sept. 2017).

(8) À l'inverse de la France où le jury populaire est une institution plébiscitée par les magistrats et les avocats, en Belgique et en Suisse les jurés ont une image négative auprès des professionnels. Le jury belge, qui statuait seul sur la culpabilité de l'accusé jusqu'en février 2016, était régulièrement accusé de rendre des décisions incohérentes par les magistrats et les avocats. En Suisse, certains avocats, comme Laurent Moreillon, dénoncent l'absence de compétences juridiques des juges non professionnels et sont favorables à une professionnalisation de la justice pénale (« La procédure d'appel manque d'immédiateté », in Plaidoyer, 5/15, *Revue juridique et politique*, oct. 2015.)

(9) Pour ces crimes, le tribunal correctionnel peut prononcer une peine allant jusqu'à vingt ans de réclusion (art. 150 de la Constitution). Depuis la loi du 19 février 2016, en cas de correctionnalisation d'un crime puni de la réclusion à perpétuité, la peine maximale est de quarante ans d'emprisonnement (art. 25 du code pénal).

(10) Depuis la loi du 30 juin 2000, le droit de commentaire est maintenu et légalement organisé pour tous les intervenants.

(11) Avant l'adoption du code de procédure pénale unifié en2011 il y avait en Suisse autant de codes que de cantons. Le nouveau modèle suisse est considéré par le législateur comme le plus efficace en Europe. Il est présenté comme « le système de l'avenir » selon A. Kuhn, *Procédure pénale unifiée : reformatio in pejusaut in melius ?*, éditions La Question, Charmey, 2008, p. 21.

(12) La députée Kristien Van Vaerenberg se réjouit des conséquences de cette réforme controversée. Elle souligne qu'une affaire plaidée devant la cour d'assises coûte cinq fois plus cher au contribuable qu'un procès correctionnel (source : Belga, 3 sept. 2017).

(13) J. Commaille, *À quoi nous sert le droit ?*, éditions Folio Essais, Paris, 2015, p. 228. Sur ce thème v. également C. Vigour, « Justice : l'introduction d'une rationalité managériale comme euphémisation des enjeux politiques », *Droit et Société*, 63/64, 2006, pp. 425-465.

(14) A. Blanc, note de lecture de J. Danet, « La justice pénale entre rituel et management », 2010, *Droit et Société*, 83, 2013.

(15) J. Commaille, *op. cit.*, p. 229.

(16) Concernant notamment les divorces et les délits V. B. Bastard, D. Delvaux, C. Mouhanna, F. Schoenaers, *Justice ou précipitation. L'accélération du temps dans les tribunaux*, Presses Universitaires de Rennes, Rennes, 2016.

(17) Rapport sur « la réforme de la justice pénale et de la procédure pénale » rédigé par le Comité « Léger » et remis à Nicolas Sarkozy, président de la République, le 1er septembre 2009. Les membres du Comité proposaient dans certains cas une « procédure simplifiée » par laquelle la peine maximale encourue par l'accusé serait minorée. L'accusé abandonne le débat sur la preuve et la chance d'être acquitté contre la garantie que sa peine soit réduite.

(18) V. dans ce numéro V. Perrocheau, *Pour une typologie analytique des motivations criminelles*, et D. Zerouki-Cottin, *Vers une motivation de la peine ?*

(19) C. Besnier, *La vérité, côté cour. Une ethnologue aux assises*, La Découverte, 2017.

(20) D. Salas, *Les cent mots de la justice*, Que sais-je ? PUF, 2011.

(21) P. Ricoeur, « L'acte de juger », *in Le Juste*, Paris, Édition Esprit, 1995, pp. 185-192.

Les cahiers de la justice 2017 p.653

II) La justice criminelle en Europe - Quels enseignements tirer de l'étude du procès criminel suisse ?

Anne Jolivet, Chercheur associé au laboratoire d'anthropologie culturelle (CANTHEL).

L'essentiel

Résumé

La Suisse, confédération politique composée de vingt-six cantons, a introduit en 2011 un nouveau code de procédure pénale. Une recherche internationale entre la France, la Belgique et la Suisse, portant sur la construction de la motivation des décisions criminelles à l'audience, nous a donné la possibilité de découvrir et d'explorer le terrain suisse dans trois cantons (Genève, Vaud et Tessin). Forts de nos observations d'audience et des entretiens menés avec les acteurs du procès, cet article a pour objectif de confronter

l'exemple suisse avec les problématiques internes qui se posent actuellement en France concernant la cour d'assises et son avenir.

Summary

Switzerland, a political confederation made up of twenty-six cantons, introduced a new Criminal Procedure Code in 2011. An international project involving France, Belgium and Switzerland concerning the construction of the justification of criminal rulings at the trial, provided an opportunity to discover and explore Swiss practice in three cantons (Geneva, Vaud and Ticino). Based on observations of trials and interviews with those involved in them, this article aims to confront the Swiss example with the internal issues currently faced by the French system with regard to the Assize Court and its future.

Dans le cadre d'une recherche intitulée « La construction de la motivation des décisions criminelles à l'audience : France, Belgique, Suisse », nous avons réalisé une étude ethnographique comparative des cours criminelles françaises, belges et suisses (1).

Je me chargerai dans cet article de rendre compte uniquement du terrain suisse afin de mettre en avant ses caractéristiques propres et d'en dégager les enseignements principaux. La confrontation des terrains nous a permis de tirer des conclusions concernant la question de la motivation des décisions criminelles dans les trois pays étudiés, mais nous laissons le lecteur se référer au rapport de recherche pour approfondir cette question.

Je tiens tout d'abord à souligner la richesse incroyable du terrain suisse pour l'observateur étranger, qui plus est pour le sociologue du droit qui privilégie une méthodologie de recherche ethnographique. Rappelons que la Suisse est divisée en vingt-six cantons qui forment la Confédération helvétique. Ce petit pays, qui n'appartient pas à l'Union européenne, dénombrant, un peu plus de huit millions d'habitants, se caractérise par une stabilité politique exceptionnelle et une économie solide. La société suisse est multi culturaliste et multi linguiste, aspects qui en font un objet d'étude particulièrement riche pour qui s'intéresse aux questions culturelles et développe une approche de type anthropologique.

Une des particularités de la Suisse provient de son système politique fédéral qui a des conséquences au niveau de l'organisation et du fonctionnement des institutions. Depuis 1848, la Suisse dénombre vingt-six cantons, soit autant de mini-États disposant d'une constitution propre et donc souverains dans bien des domaines qui vont au-delà du droit (organisation judiciaire mais également éducation, fiscalité, etc.). C'est la Constitution fédérale qui règle la répartition des compétences entre Confédération et cantons en matière de droit pénal et de procédure pénale. Selon André Kuhn et Yvan Jeanneret (2), il existe quatre principaux types de législations pénales en Suisse : le droit pénal (droit de fond), la procédure pénale (droit de forme), le droit de l'exécution des sanctions et enfin l'organisation judiciaire. Les deux premières législations sont de la compétence fédérale alors que les deux dernières relèvent de la compétence des cantons.

Avant l'introduction du nouveau code de procédure pénale en 2011, on dénombrait vingt-six codes de procédure pénale. Le modèle choisi est qualifié de modèle du « Ministère public II » et est fortement inspiré du modèle de procédure pénale allemand. Il est centralisé sur une vision d'efficacité, de respect du contradictoire et des grands principes du procès équitable. Il apparaît comme un modèle qui dépasse la distinction traditionnelle accusatoire/inquisitoire, se donnant comme objectif de rechercher la vérité avec des parties actives aux procès. La question de « la recherche de la vérité » apparaît fondamentale dans la procédure pénale suisse (3). À la différence des modèles de procédure anglo-saxons de *common law*, où les deux parties s'affrontent autour de deux versions, le modèle suisse reste proche du modèle inquisitoire où prédomine la recherche de la vérité au cours de l'enquête puis des débats à l'audience publique. La procédure suisse pourrait être qualifiée *d'accusatoire en trompe-l'oeil*.

Bien que la procédure pénale ait été unifiée en 2011, les cantons gardent une autonomie en matière d'organisation judiciaire. Loin des catégories juridiques, l'organisation judiciaire peut être qualifiée comme étant la « composante culturelle » qui différencie les cantons les uns des autres. Les lois d'organisation judiciaire cristallisent avec plus ou moins d'intensité les pratiques judiciaires qui relèvent

de l'histoire de chaque canton, bien que l'introduction du nouveau code de procédure pénale tende peu à peu à les uniformiser.

Notre méthodologie de recherche est innovante dans la mesure où notre objectif est d'étudier le droit à l'aide des outils ethnographiques. Nous étudions simultanément les textes juridiques (codes, organisation judiciaire, lois, etc.) et la pratique judiciaire en nous rendant sur le terrain, c'est-à-dire que nous assistons à des audiences criminelles en première instance et en appel et nous réalisons des entretiens avec les acteurs professionnels du procès. Rares sont les recherches qui choisissent un tel parti pris lorsqu'il s'agit d'étudier le droit, les tribunaux et la pratique judiciaire. Lors des observations, nous n'hésitons pas à engager des discussions informelles avec des personnes présentes dans la salle d'audience, qu'elles soient ou non acteurs du procès. Cette approche est imparfaite, variable, parfois même fragile, mais elle nous permet de recueillir quantité d'informations inédites et surtout elle nous donne la possibilité de saisir « la chair » du procès, les émotions, les non-dits, la tonalité des audiences « l'âme du procès pénal ».

Invoquer les points forts de notre méthodologie n'a de sens que si nous en évoquons également les points faibles. L'approche ethnographique est coûteuse en temps, elle est complexe dans la mesure où les contraintes du terrain sont nombreuses (déplacements, calendrier des audiences, disponibilité des acteurs de terrain, etc.). En Suisse, sur les vingt-six cantons, nous nous sommes rendus dans seulement trois d'entre eux. Il est évident que notre recherche se présente plus comme une première ébauche d'un travail qui pourrait être approfondi à l'ensemble du pays, en mobilisant une équipe de recherche plus vaste et ayant la maîtrise linguistique nécessaire à un tel projet.

Afin de rendre compte des enseignements qui se dégagent de l'étude du procès criminel suisse, tant sur le plan théorique que suite à l'observation des audiences criminelles, j'exposerai les points suivants : les étapes historiques qui ont amené au nouveau code de procédure pénale, les grands principes du code de procédure pénale, le déroulement du procès pénal suisse et enfin les enseignements issus directement du terrain et du travail ethnographique réalisé dans les cantons de Genève, Vaud et Tessin.

Il m'importe de transmettre l'idée selon laquelle les comparaisons internationales apportent un éclairage nouveau sur des questions centrales que se posent tous les pays concernant le fonctionnement du procès pénal. Le cas de la Suisse offre des réponses intéressantes concernant une série de points actuellement discutés en France (suppression du juge d'instruction, suppression du jury, avenir de la cour d'assises, etc.). Certes, il faut bien se garder de penser que les modèles juridiques puissent être transposés à l'identique d'un pays à l'autre. Le poids des cultures juridiques est un facteur central à prendre en compte lorsque l'on observe le droit et sa mise en oeuvre au-delà de nos frontières (4). S'ouvrir aux pratiques judiciaires telles qu'on peut les observer dans d'autres pays, se confronter à d'autres approches et mises en pratique du droit développées ailleurs se révèlent être d'une grande richesse et permet de donner de la profondeur à des débats souvent stériles lorsqu'ils sont cantonnés au niveau national.

Les étapes historiques de l'évolution du procès pénal suisse

L'héritage de la Révolution française, la cour d'assises française et son jury ont influencé aux XIXe et XXe siècles les procédures pénales et la pratique judiciaire suisses (Suisse romande et Tessin). Mais la Suisse a réalisé au cours du XXe siècle d'importantes réformes, glissant du modèle inquisitoire au modèle accusatoire. Historiquement, la Suisse romande et le Tessin appartiennent à la famille de droit dite « romano-germanique ». Ces pays ont une origine commune, celle du droit romain dont la procédure relève de la *civil law* par contraste avec les pays anglo-saxons de *common law* (5). Les pays de *civil law* traduisent le modèle inquisitoire où la figure du juge est centrale : il recherche la vérité, c'est à lui que reviennent les fonctions d'enquête à charge et à décharge et de jugement ; les parties, le ministère public et la défense sont relégués au second plan. Dans le modèle accusatoire que connaissent les pays de *common law* la figure du juge est celle d'un arbitre impartial, qui veille au respect des règles de procédure. Les parties dirigent le procès en apportant les preuves.

La doctrine et le politique ont nourri de nombreuses réflexions qui ont abouti à de « nouveaux » systèmes en matière de procédure pénale. L'histoire du droit pénal (6) et des institutions pénales

suisses comprend des influences culturelles provenant de France et d'Allemagne. Les cantons romands (comme le canton de Vaud et de Genève) ainsi que le Tessin ont connu l'influence des Lumières, de la pensée de Montesquieu, de Beccaria et du code d'instruction criminelle français de 1808. Les cantons germanophones ont connu l'influence de penseurs allemands tels que Von Feuerbach ou encore Von Zeiller marqués par les idées libérales de Kant. D'où la création d'une multiplicité de législations cantonales avec des systèmes et des sanctions différents. En pratique, on note une sensibilité pénale différente entre les cantons romands et les cantons alémaniques, les premiers étant plus sévères. Cette différence reflète les disparités que l'on retrouve dans le traitement de la sanction entre les pays du nord de l'Europe et les pays du sud de l'Europe.

La naissance de la Confédération avec la rédaction de la Constitution en 1848 marque le premier pas vers l'unification des législations juridiques (7). Vers 1890, le pluralisme juridique exprime le souhait d'unifier le droit pénal. Cette tâche est confiée au juriste Cari Stooss, et les avant-projets aboutissent à l'adoption du code pénal en 1937, qui entrera en vigueur en 1942. Aujourd'hui, le droit pénal suisse est majoritairement influencé et structuré par le droit germanique. La partie générale du code pénal a été réformée en 2002 et est entrée en vigueur en 2007. La Suisse, en adoptant la réforme du code de procédure pénale en 2007 (entrée en vigueur en 2011), a pris une autre direction.

L'unification du code de procédure pénale (appelé « code de procédure fédérale ») appliqué depuis 2011 est également d'inspiration germanophone même si l'organisation judiciaire reste toujours de la compétence des cantons (8). Jusqu'à cette date, chaque canton affirmait sa souveraineté en matière de procédure pénale. Cette disparité, autant de procédures que de cantons, était complexe et devenait absurde notamment lorsqu'une infraction avait lieu sur plusieurs cantons. Après avoir établi un concordat d'entraide judiciaire et de coopération intercantonale en matière pénale qui permettait à l'enquêteur d'accomplir des actes de procédure en dehors du canton, une « votation populaire » (ou référendum) du 12 mars 2000 a permis de modifier l'article 123 de la Constitution fédérale. Désormais, la législation en matière de droit pénal et de procédure pénale relève de la Confédération. Cette modification constitutionnelle est entrée en vigueur le 1er avril 2003. Ce long processus législatif a permis d'obtenir le texte définitif du 5 octobre 2007 et le nouveau code de procédure pénale unifié qui est entré en vigueur le 1er janvier 2011.

Le code de procédure pénale unifié et ses grands principes

Le nouveau modèle suisse est considéré par ses théoriciens comme le plus efficace et le plus rapide en Europe. Il est présenté comme le système de « l'avenir » selon André Kuhn (9). Le code de procédure pénale de 2011 impose des obligations aux cantons en matière d'organisation judiciaire : tous les cantons doivent prévoir la suppression du jury populaire et du juge d'instruction. Désormais, le pouvoir de l'instruction revient au ministère public. Parallèlement, un tribunal des mesures de contrainte a été créé et la présence de l'avocat est obligatoire dès la première heure de garde à vue. La motivation était déjà en vigueur dans l'ensemble des cantons avant la réforme de 2011 ; néanmoins l'appel est devenu obligatoire dans tous les cantons.

La suppression du jury populaire et l'introduction de juges laïcs et d'échevins

Les membres du tribunal doivent consulter le dossier avant les débats. L'obligation de prendre connaissance du dossier avant l'audience rend incompatible, selon le Conseil fédéral, la présence du jury populaire au sens strict du terme. De plus, le « principe de l'immédiateté limitée » (ou oralité limitée) conduit au nonreexamen de la preuve à l'audience quand celle-ci a été valablement admise durant l'instruction. Ces deux réformes fondamentales ont conduit à la suppression de l'institution du jury. Bien que la présence de jury populaire avant la réforme ne concernât que quelques cantons, cette appellation a aujourd'hui définitivement disparu. Si l'institution du jury au sens strict a été écartée, pour autant « les juges laïcs » gardent leur pertinence au sein de cette nouvelle organisation judiciaire.

À Genève, le jury populaire a été supprimé suite à un référendum. Les juges laïcs des tribunaux et des cours criminelles sont appelés « juges assesseurs ». Ils perpétuent symboliquement le rôle du jury populaire de l'ancien droit et donnent une plus grande légitimité aux décisions de justice tout en se conformant aux exigences posées par le nouveau code de procédure pénale. Comme les magistrats

professionnels, les juges laïcs sont élus directement par le peuple pour une durée de six ans et sont présentés par un parti politique. Ils sont indemnisés à l'heure pour le travail sur dossier et la préparation des débats ainsi que pour les heures passées en audience. Il s'agit donc d'un emploi à temps partiel sur une durée de six années. Ils n'ont pas de formation particulière et acquièrent une expérience au fil de l'exercice de leur mandat. Dans le canton du Tessin, un référendum a été favorable au maintien officiel des jurés ; cependant, il s'agit plutôt d'une formation mixte(10). Les jurés populaires appelés *assessori giurati* (jurés assesseurs) sont proposés par les partis politiques proportionnellement au nombre de voix obtenues lors de l'élection du Grand Conseil (parlement du canton). Ils ne sont donc pas tirés au sort sur les listes électorales. Une liste publique et consultable sur le site Internet du canton est réalisée pour une période de dix années. C'est le Grand Conseil qui procède à leur élection. Deux listes distinctes sont constituées : une de quatre-vingt-dix personnes concernant les juridictions pénales de premières instances, une seconde composée de soixante personnes concernant les juridictions d'appel et de révision. Les jurés assesseurs prêtent serment une seule fois lors de leur nomination devant le parlement. Dans le canton de Vaud, les juges laïcs sont considérés comme des juges assesseurs, ce sont des citoyens qui postulent à des offres d'emploi de « juges laïcs » qui représentent généralement vingt à trente pour cent des juges. Ils sont nommés pour une durée de cinq ans renouvelable et n'ont pas de formation juridique particulière. Il s'agit d'une forme d'échevinage puisqu'ils représentent la société civile et, dans le même temps, ils acquièrent une certaine expérience judiciaire.

La suppression du juge d'instruction et la création du tribunal des mesures de contrainte

Désormais, le ministère public se substitue au juge d'instruction et dirige seul l'enquête. Il dresse éventuellement l'acte d'accusation. Il se présente devant le tribunal pour requérir (comme aux USA, en Allemagne, en Italie et devant les tribunaux pénaux internationaux). La police est entièrement subordonnée au ministère public. Mais ce dernier connaît un important contrepoids à son pouvoir par l'introduction du tribunal des mesures de contrainte. La création du tribunal des mesures de contrainte provient de la volonté de ne pas cumuler dans les mains d'une seule autorité, le ministère public, l'ensemble des pouvoirs liés à l'instruction pénale. La compétence de ce tribunal est de condamner les principales atteintes aux droits fondamentaux des prévenus. C'est une juridiction qui fournit des garanties supplémentaires aux prévenus et qui statue généralement dans les 48 heures pour la détention provisoire lors du déroulement, de l'instruction. « Le terme « mesures de contrainte » recouvre tous les actes de procédure effectués par les autorités pénales qui portent atteinte aux droits fondamentaux des personnes (art. 196 du CPP). »(11) Le tribunal des mesures de contrainte représente l'autorité qui statue sur la détention provisoire en phase d'instruction, la détention pour des motifs de sûreté tant que l'affaire se trouve devant le tribunal de première instance, sur des questions d'hospitalisation du prévenu à des fins d'expertise. Il a également la possibilité d'ordonner d'autres mesures de contrainte demandées au préalable par le ministère public (limitation temporaire des relations entre le prévenu et son défenseur lorsqu'il existe des risques fondés d'abus, surveillance de la correspondance, surveillance des relations bancaires, etc.). Le tribunal des mesures de contrainte statue généralement de manière définitive sauf lorsqu'il est possible d'exercer une voie de recours en matière de détention provisoire.

L'avocat dès la première heure (art. 306 du CPP)

La présence de l'avocat dès la première heure de garde à vue renforce les garanties du prévenu dès le début de l'instruction. Ce principe est une garantie importante pour le recueil des premières dépositions par la police.

La transcription obligatoire des débats et l'introduction de l'appel

Toutes les déclarations des témoins, de l'accusé et de la partie civile sont notées au fur et à mesure de l'audience par le greffier, relues et signées par leur auteur. Cette transcription des débats est versée au dossier pour être consultée en cas d'appel. La nouvelle règle de la transcription des débats va dans le sens d'un gain de temps de la procédure en cas d'appel. Seuls les points litigieux de la transcription des débats de première instance et de la motivation sont discutés en appel. Alors qu'en France l'audience ré-instruit oralement l'intégralité du dossier en convoquant l'ensemble des témoins, en Suisse l'écrit se substitue à l'oralité des débats.

Le déroulement de la procédure pénale

Lors de la dénonciation ou de la découverte d'une infraction, la police débute l'enquête en procédant aux premières investigations afin de récolter les faits constitutifs et de mettre en sûreté les traces et autres moyens de preuve. Elle tente alors d'identifier l'auteur de l'infraction puis l'appréhende si nécessaire. Dans le cadre de l'enquête policière, un avocat peut prendre part aux interrogatoires du prévenu qui est autorisé à tout moment à être assisté d'un défenseur.

La police a l'obligation d'informer le ministère public sur tous les événements sérieux, et ce dernier peut donner des directives et confier des mandats à la police. Il lui revient également la décision d'ouvrir l'instruction qui aura pour but d'établir les faits et de mettre le dossier en état d'être jugé, tant sur la question de la culpabilité que sur celle de la peine. Le cas échéant, le ministère public dirige l'instruction, qu'il mène aussi bien à charge qu'à décharge, et ordonne les mesures de contrainte nécessaires - c'est-à-dire les actes de procédure qui portent atteinte aux droits fondamentaux des intéressés - à l'exception des mesures les plus graves, telle la détention avant jugement, qui relèvent du tribunal des mesures de contrainte. Un recours pourra en outre être déposé contre les décisions et les actes de procédure de la police et du ministère public. Les phases d'investigation policière et d'instruction forment ensemble la procédure préliminaire.

Lorsque la procédure porte exclusivement sur des infractions issues d'une plainte, le ministère public peut initier une conciliation entre le prévenu et le plaignant dans le but d'aboutir à un arrangement à l'amiable et à un retrait de plainte. De même, si une exemption de peine au titre de réparation (au sens de l'art. 53 du code pénal) est envisageable, le ministère public tente une conciliation dans le but d'aboutir à une éventuelle réparation. Lorsque l'instruction est terminée, le ministère public décide de la clôturer. Il a alors le choix entre classer l'affaire, émettre une ordonnance pénale ou engager l'accusation devant le tribunal compétent lorsqu'il estime que les soupçons sont suffisamment établis.

Le renvoi de l'affaire devant le tribunal marque le début de la procédure de première instance, qui fait suite à la procédure préliminaire. La direction de la procédure passe alors des mains du ministère public à celles du tribunal, le premier devenant simple partie au procès. Il y aura ensuite l'audience devant le tribunal de première instance qui peut, sous certaines conditions, être composé d'un juge unique. Les débats se clôturent par un jugement qui se traduit par un acquittement ou une condamnation qui pourra faire l'objet d'un appel. Cette phase de débats de première instance peut être remplacée par des procédures spéciales, parmi lesquelles l'ordonnance pénale et la procédure simplifiée. Ces procédures offrent au ministère public et au prévenu la possibilité de négocier sur le verdict de culpabilité et la sanction pour autant que la peine envisagée ne dépasse pas cinq ans de privation de liberté. Une telle procédure sera possible, sur proposition du prévenu qui a reconnu les faits et les prétentions civiles. Le tribunal sera ensuite amené à avaliser l'accord passé entre le ministère public et le prévenu. Le cas échéant, l'accord sera assimilé à un jugement. Si les négociations n'aboutissent pas, la procédure ordinaire suit son cours et les déclarations faites par les parties dans le cadre de la procédure simplifiée deviennent caduques.

Les enseignements de l'étude de la pratique judiciaire suisse

L'étude de la pratique judiciaire s'est faite au travers des observations de terrain. Lorsque l'on s'intéresse aux audiences criminelles, des différences subsistent entre les trois cantons étudiés. Cette richesse ethnographique corrobore l'idée selon laquelle l'audience est un moment « à part » dans l'ensemble des étapes de la procédure pénale, un moment qui a d'une part une fonction concernant la recherche de la vérité à proprement parler, mais également concernant « l'humanité » du procès, autrement dit la dimension sociale faite d'échanges, de paroles et de gestes.

Il se dégage des lignes précédentes un point central concernant le fonctionnement de la procédure pénale suisse : désormais l'écrit domine toutes les étapes de la procédure et l'oralité est reléguée au second plan. L'audience en subit une transformation immédiate. Durant l'audience, la retranscription des débats est faite systématiquement par l'intermédiaire du président qui reformule les débats. Le fait, de « protocoler », pour reprendre la terminologie employée dans les cantons romands, hache les audiences, leur enlève de la fluidité. Autre exemple de la prédominance de l'écrit sur l'oral : dans de nombreuses affaires pénales, lorsque la peine encourue est inférieure à cinq ans d'emprisonnement, il n'y a pas de

verdict oral, la décision est rendue par écrit. De même, dans le canton de Vaud, l'appel n'existait pas avant 2011 et les audiences que nous avons pu observer sont très brèves puisque le dossier reste le support central pour les juges et que l'appel se limite aux points contestés.

Ainsi toutes les audiences que nous avons pu observer, quels que soient les cantons, sont encore fortement marquées par le « compromis inquisitoire » et rappellent encore les audiences criminelles françaises. Mais les audiences sont difficiles à suivre car seulement une partie des preuves sont discutées durant l'audience, et la narration de l'affaire telle qu'elle peut être observée en France est très morcelée.

Le rituel judiciaire existe encore, bien que la structure du procès, telle qu'elle est désormais conçue par le code de procédure pénale unifiée, tende à réduire la place de l'oralité au profit de l'écrit. Si des caractéristiques propres aux pratiques judiciaires de l'avant 2011 subsistent, les différences entre les cantons vont peu à peu s'atténuer. Certes, l'organisation judiciaire reste de la compétence des cantons, certaines marges dans l'organisation des rôles et des noms des institutions resteront cantonales puisque des différences culturelles, qui vont au-delà de la culture judiciaire, sont irréductibles. On peut donner comme exemple celui du port de la robe, encore d'actualité dans le canton de Vaud alors qu'il n'est plus de mise dans le Tessin. La temporalité du procès diffère également d'un canton à l'autre. Dans le Tessin, la continuité de la délibération et du rendu de la décision sont toujours d'actualité, tout comme dans le canton de Genève. Dans le canton de Vaud, plusieurs jours de délibération sont prévus après l'audience et ensuite le verdict est rendu.

Le point le plus important observable dans la pratique judiciaire suisse est la question de la motivation des décisions criminelles. La motivation écrite existait déjà avant la réforme du code de procédure pénale. Le texte de motivation est important (plusieurs dizaines de pages) et reprend l'affaire depuis l'acte d'accusation jusqu'au verdict. Ce sont généralement des textes clairs et pédagogiques qui expliquent en détail la décision prise par les juges. Quant à la pratique de la motivation orale suite au verdict, elle s'est révélée être un exercice fort intéressant à observer. Ce type de motivation est laissé à la discrétion des présidents. À la cour d'appel pénale de Locarno, dans le Tessin, j'ai assisté aux longues motivations orales de la Présidente qui s'adresse aux parties entre une demi-heure et trois quart d'heure, selon les affaires, afin d'expliquer en détail la décision rendue. Elle le fait immédiatement après la délibération et ce type de motivation nous est apparu d'une grande clarté.

Conclusion

Le modèle suisse de procédure pénale nous donne à voir une justice efficace, rapide, qui répond bien aux exigences du procès équitable selon les requêtes de la CEDH. La réforme du code de procédure pénale de 2011 s'inscrit dans le mouvement global de rationalisation et de managérialisation de la procédure pénale tel que le décrit Jean Danet (12). Ce mouvement est européen et ses promoteurs sont présents dans tous les pays.

Mais comme l'exemple suisse le prouve, le coût symbolique d'une telle justice passe par l'abandon du « temps » de l'audience et par conséquent de la « parole judiciaire » qui se délie dans le prétoire au profit d'une « justice de dossiers », désincarnée. Il apparaît important donc de se demander avec précision ce que l'on attend de la justice criminelle afin d'effectuer des choix en matière de politiques pénales. Si l'audience disparaît, c'est l'oralité qui disparaît avec elle. Or nous savons combien l'oralité peut avoir un rôle important dans la recherche de la vérité (13).

Mots clés :
JUSTICE * Justice

(1) Recherche réalisée avec le soutien de la mission de recherche Droit et Justice, sous la direction scientifique de F. Affergan, C. Besnier, A. Jolivet, *La construction de la motivation des décisions criminelles à l'audience : France, Belgique, Suisse*, déc. 2016.

(2) A. Kuhn et Y. Jeanneret, *Précis de procédure pénale*, éditions Stämpfli, Bern, 2013, p. 5.

(3) C'est ce que démontre C. Chanez dans son ouvrage *Épistémologie de la vérité dans le code de procédure pénale suisse*, éditions Schulthess, Genève, 2009.

(4) A. Garapon, D. Salas, *Les nouvelles sorcières de Salem. Leçon d'Outreau*, éditions du Seuil, Paris, 2006.

(5) R. David, C. Jauffret-Spinosi, *Les grands systèmes de droit contemporain*, éditions Dalloz, 11e édition, Paris, 2002, pp. 16-19.

(6) L. Gschwend, « Droit pénal » *in Dictionnaire historique de la Suisse*, éd. Gilles Attinger, Bern, 2006.

(7) Rappelons que la Constitution de 1848 donne naissance à « l'État fédéral » suisse qui constitue la première étape de la formation de la Confédération suisse.

(8) L'organisation judiciaire règle les questions relatives à l'organisation des juridictions, la composition des tribunaux, la fixation des modalités de l'élection des magistrats et des juges laïcs, l'attribution des sanctions pénales.

(9) A. Kuhn, *Procédure pénale unifiée : reformatio in pejusaut in melius ?*, éd. La Question, Charmey, 2008, p. 21.

(10) Le modèle de participation citoyenne tessinois ne correspond pas à un véritable jury populaire. L'appellation d'*« assessori giurati »* laisse entendre que l'on se situe entre le juré et le juge assesseur plutôt que face à la figure du juré *stricto sensu*. Les jurés assesseurs ne détiennent que deux caractéristiques des jurés : ils sont issus de la société civile et sont tirés au sort avant le début des débats. En revanche, ils remplissent l'ensemble des caractéristiques des échevins et des juges laïcs, à l'exception du tirage au sort. A. Kuhn, A. Mancuso, Y. Jeanneret, N. Aminian, L. La Sala, *op. cit.* Ares Bernasconi (dir.) *Geschworenengerichte - der unbequemeMythos/ Giuricpopolari - il mitoscomodo/ Jurys populaires - le mythe inconfortable*, éditions Helbing Lichtenhahn, Basel, 2014, pp. 99-112.

(11) A. Kuhn et Y. Jeanneret, *op. cit.*, p. 153.

(12) J. Danet, *La justice pénale entre rituel et managment*, Presses universitaires de Rennes, Rennes, 2010.

(13) C. Besnier, *La vérité côté cour, une ethnologue aux assises*, éditions La Découverte, Paris, 2017.

Les cahiers de la justice 2017 p.665

II) La justice criminelle en Europe - Table ronde. Mutations européennes (Belgique, Suisse, Italie)

Karin Gérard
Xavier Borremans

Laurent Moreillon
Edmondo Bruti Liberati

L'essentiel

Résumé

Mis à part l'Italie qui reste attachée à une conception démocratique de la cour d'assises, la Belgique et la Suisse (au niveau fédéral) ont fait le choix récent d'écarter le jury au profit d'un tribunal correctionnel aux compétences élargies (en matière criminelle, en Belgique) et du concept d'oralité limité en Suisse. Ce qui n'est pas sans susciter l'inquiétude des professionnels sur le devenir de cette juridiction.

Summary

Apart from Italy, which remains attached to a democratic conception of the Assize Court, Belgium and Switzerland (at federal level) have recently chosen to abandon jury trials in favour of a correctional court with a panel of judges with a wider remit (in criminal matters) in Belgium and the concept of « limited orality » in Switzerland. Which has given rise to some concern among professionals on the future of this type of court.

Karin Gérard, Présidente de chambre à la cour d'appel de Bruxelles, présidente de cour d'assises

« L'institution de la cour d'assises remonte aux tribunaux criminels créés sous la Révolution française. Maintenu dans le code d'instruction criminelle de 1808, le jury fut aboli par un arrêté du prince souverain des Pays-Bas en date du 6 novembre 1814 et rétabli par l'article 98 de la Constitution du 7 février 1831, reproduit sous l'article 150, le 17 février 1994 : « Le jury est établi en toutes matières criminelles et pour délits politiques et de la presse ».

Dès l'institution de la cour d'assises, celle-ci a été perçue comme une intrusion de l'irrationnel dans la Justice. D'aucuns ont voulu y porter remède en restreignant le recrutement du jury à certaines catégories de citoyens considérés comme particulièrement « éclairés ». Ainsi, lors des débats à l'Assemblée constituante, Sieyès proposa - sans succès - que les jurés soient choisis exclusivement parmi les praticiens du droit. Dans une optique analogue, les auteurs de la loi belge d'organisation judiciaire du 18 juin 1869 organisèrent la formation des listes de jurés sur une base à la fois censitaire et capacitaire, en privilégiant ce deuxième critère (puisque les titulaires de certains mandats publics ou de certains diplômes universitaires étaient exemptés des conditions de cens). Il n'est pas inutile de relever que la démocratisation complète du jury n'a été réalisée que par la loi du 21 décembre 1930.

En créant la cour d'assises, les législateurs de la Révolution française avaient décidé de faire prévaloir la raison commune sur la compétence technique. L'acte de juger n'était pas conçu comme le produit d'un formalisme étroit mais comme l'exercice d'une liberté fondée sur la raison, c'est-à-dire sur la capacité de soumettre des intuitions subjectives à un concept, à savoir la norme juridique. Cette opération intellectuelle est décrite de manière particulièrement expressive dans l'instruction aux jurés contenue dans l'article 342 du code d'instruction criminelle d'alors.

En 1919, le jury a été associé aux magistrats professionnels en vue de la délibération et du vote sur la peine. Il ne faut pas perdre de vue que le jury ne constitue pas une entité désincarnée mais qu'il est un des acteurs du procès pénal, lequel repose sur une interaction parfois complémentaire, parfois conflictuelle, d'une série d'intervenants (président et assesseurs, ministère public, défense, partie civile, experts, témoins, etc.)

Dans cette optique, la vérité judiciaire était alors exprimée par la réponse - affirmative ou négative - des jurés aux questions relatives à la culpabilité, qui n'est pas le produit d'une confrontation abstraite entre

un organe de la *vox populi* et des faits bruts. Née de la contradiction, elle prend forme dans *« la sincérité de la conscience »* - par-delà la confusion propre à tout drame humain, dans ce dépassement intérieur qu'est toute oeuvre de raison.

La cour d'assises a été réformée en 2000 et 2009 (entrée en vigueur le 21 janvier 2010). Nous avions, dès 1998, travaillé à un projet de loi tendant à simplifier et rationnaliser cette procédure, avec mes collègues de la cour d'appel de Bruxelles, Monsieur De Le Court et Monsieur Pierre Morlet. Nous préconisions, vu la technicité croissante de certains procès, une délibération conjointe de la cour et du jury, notamment sur la culpabilité. Finalement, le législateur a retenu tout sauf cette délibération conjointe, vu l'opposition farouche d'alors, d'une partie de l'avocature. Ce que nous avions préconisé est aujourd'hui d'actualité depuis la loi du 5 février 2016.

Comme il a été précisé précédemment, la modification majeure apportée par cette loi réside dans la participation des trois magistrats professionnels avec le jury à la délibération quant à la culpabilité ou non de l'accusé.

Il est important de noter qu'avant la loi « Pot-pourri 2 », le jury était livré à lui-même afin de déclarer une personne accusée coupable ou non d'un fait criminel. Il était fort compliqué pour les magistrats de rentrer dans la salle des jurés, après leur délibération et de motiver une décision à laquelle la cour n'avait pas participé. Les magistrats devaient être à même de motiver l'excuse de provocation, alors que seuls deux des quatre critères jurisprudentiels de la provocation étaient réunis, ou encore disqualifier un homicide volontaire en coups et blessures volontaires ayant entrainé la mort sans intention de la donner, alors que l'intention homicide est évidente.

L'expérience a démontré qu'il n'est en effet pas sain de voir un jury confronté seul en délibération à des questions juridiques complexes, et ce pendant parfois 24 heures d'affilée ou plus.

D'autre part, le 7/5 pouvait encore rallonger la délibération. En effet, lorsque le jury devait répondre à plusieurs questions principales (et principales subsidiaires), la procédure s'allongeait *de facto*, lorsqu'à chaque question le jury répondait oui par sept voix contre cinq : ceci avait pour conséquence d'envoyer la cour en délibération afin de se rallier à la majorité ou la minorité des votes.

Aujourd'hui, la cour participe enfin à la délibération sur la culpabilité avec le jury, mais elle ne peut cependant pas voter. Cette expérience est positive : elle pallie le risque d'erreur juridique mais le jury garde la souveraineté quant à la décision puisque ses membres votent à bulletin secret. La rédaction, reprenant les motifs qui ont amené le jury à répondre oui ou non ou de ne pas répondre aux questions, est plus aisée à élaborer pour les magistrats professionnels dès lors qu'il y a une délibération préalable à laquelle ont participé le président et les deux assesseurs, ce qui leur permet de comprendre les motifs à charge et à décharge, évoqués par ce jury lors de la délibération conjointe.

Pour le reste, il n'y a pas de véritable changement : dans le cas du 7/5, la cour délibère sur une question principale ou principale subsidiaire. De plus, la cour, à l'unanimité, par arrêt distinct, peut renvoyer l'affaire à la session suivante, au motif que les jurés se sont manifestement trompés concernant les principales raisons pour lesquelles ils ont déclaré l'accusé coupable ; il y a toujours la tenue d'un double débat (culpabilité et peine) ; la composition de la cour reste inchangée ; le jury est toujours composé de douze jurés et de jurés suppléants (toutefois, il n'y a plus de chef du jury) ; le droit de récusation des jurés est maintenu et il participe à l'exercice équilibré des droits des parties ; l'oralité des débats est toujours la règle.

C'est ce qui permet à la cour d'assises d'être la justice rendue par les hommes c'est-à-dire les jurés et pour le peuple (publicité des débats) destinataire par la publicité des débats du message que constitue le procès a une image lisible de la justice de son pays même si ce n'est qu'une partie de la justice. Et peu importe que tous les citoyens ne soient pas amenés à faire partie un jour d'un jury, voire même que certaines catégories en soient de fait le plus souvent exclues. Ce qui importe, c'est que les jurés soient, aux termes de leur serment, des hommes et des femmes probes et libres. Le nouveau serment (depuis la loi de 2009, entrée en vigueur le 21 janvier 2010) : « la loi prévoit qu'une condamnation ne peut être prononcée que s'il ressort des éléments de preuve admis que l'accusé est coupable au-delà de tout

doute raisonnable des faits qui lui sont incriminés ». La peine qui reste motivée où le jury et la cour délibèrent et votent à une majorité de huit voix.

Ce qu'il faudrait pour l'avenir, c'est maintenir cette réforme qui permet l'association de la cour au jury dans la délibération sur la culpabilité, qui pallie les risques de contradictions ou d'erreurs technique que peuvent susciter chez des non-juristes le libellé des questions et la problématique ardue des causes d'excuse, de la loi de la défense sociale, des questions principales accessoires et subsidiaires.

La prééminence du jury pourrait être maintenue par les mesures suivantes : la délibération sur la culpabilité resterait distincte de la délibération sur la peine, qui devrait toujours être précédée d'un débat spécial ; le jury resterait composé de douze jurés ; l'autonomie décisionnelle des jurés serait sauvegardée par le vote à bulletin secret sur la culpabilité ; lors de la composition du jury, au maximum deux tiers des membres du jury sont du même sexe (art. 289 du code d'instruction criminelle) ; le jury demeure un corps distinct et apporte une association de deux facteurs positifs, le regard neuf de juges non professionnels exprimant directement la conscience sociale, et l'expérience des magistrats de carrière. Cette prééminence permet la suppression d'un double risque : celui de la routine des gens de métier et le risque pour les jurés de commettre une erreur purement technique qui altérerait le sens de leur décision.

Ce qu'il faudrait aussi, c'est maintenir l'oralité des débats - et supprimer la généralisation généralisation de la correctionnalisation vu la surcharge des chambres correctionnelles et la dénaturation de l'infraction.

En conclusion, la cour d'assises est un baromètre de l'adéquation de la loi répressive à la conscience sociale et donne ainsi des avertissements et des signes précieux au législateur. Elle a le mérite de voir une affaire suivie de manière continue avec la mobilisation de l'attention des jurés. En cour d'assises, il n'y a pas de mise en continuation à une autre audience comme en correctionnelle. Elle force les magistrats et les parties au procès à rendre leur langage accessible ».

Xavier Borremans, Greffier d'audience, responsable de service auprès de la cour d'assises de Bruxelles

« La loi du 5 février 2016 porte le doux nom de « Pot-pourri II » et fait partie du grand projet de réforme de la justice voulu par le gouvernement ; elle a du reste été accompagnée de différentes lois touchant notamment la procédure civile, la défense sociale et le statut juridique des détenus (ces textes étant, respectivement, les lois « Pot-pourri » I, III et IV). Cette loi « Pot-pourri II » a grandement modifié la procédure pénale, en augmentant par exemple le délai de prescription pour certains crimes, en instaurant la reconnaissance préalable de culpabilité, en mettant en place des changements dans la procédure par défaut et l'opposition, en modifiant les délais en matière de détention préventive et en introduisant aussi une nouvelle échelle des peines comprises entre 30 et 40 ans de réclusion. Le ministre de la Justice actuel, ayant considéré la cour d'assises comme coûteuse et chronophage, a souhaité en réduire l'importance ; ainsi, l'un des effets négatifs de la loi de 2016 a été une correctionnalisation quasi systématique des affaires (hors délits de nature politique et de presse, sauf lorsqu'ils sont inspirés par le racisme et la xénophobie).

Depuis l'instauration de cette loi, on a pu constater un désengorgement de la juridiction, notamment dans l'arrondissement administratif de Bruxelles-capitale. Ainsi, en 2012, on a comptabilisé jusqu'à 22 sessions (qui, en moyenne, duraient chacune au moins une semaine), 15 en 2013, 16 en 2014, 15 en 2015 et 12 en 2016. Parallèlement à cette loi, le ministère public a laissé pour directive à son office de ne requérir les renvois des dossiers devant la cour d'assises que dans les cas où les faits commis exigeaient une peine de réclusion à perpétuité ; par conséquent, les circonstances atténuantes ne pouvaient pas être retenues. Ceci a engendré un phénomène de correctionnalisation devenue systématique qui porte atteinte à la cour d'assises (puisque trois dossiers seulement ont été renvoyés depuis la mise en application de la loi). De fait, on assiste à une disparition progressive de la cour d'assises, vidée en quelque sorte de sa substance. Mais, dès lors, on est en droit de s'interroger, notamment sur le traitement des dossiers relatifs aux attentats terroristes perpétrés à Bruxelles (y compris au musée juif) ; les procès se tiendront-ils à la cour d'assises ? ou bien, entre temps, une nouvelle mouture de cette juridiction aura-t-elle vu le jour ? avec un jury populaire allégé, composé de

quatre jurés, des assesseurs experts, psychologues, criminologues etc. ? »

Laurent Moreillon, Avocat, professeur de droit, Doyen de la Faculté de droit, des Sciences criminelles et d'Administration publique de l'université de Lausanne

« Mon propos sera tout autre que celui qui a précédé et je vais même probablement apparaître comme le fossoyeur de la cour d'assises, car j'étais dans la commission d'experts qui, en Suisse, a mis sur pied, il y a quelques années déjà, un code unifié et préconisé la suppression de cette juridiction. Cela résulte d'une loi que certains ont intitulée « De la diversité à l'unité de la procédure pénale » car, avant le 31 décembre 2010, il existait 26 codes de procédure pénaux différents sur le territoire helvétique (en langues française, allemande et italienne), auxquels s'ajoutait un 27e au niveau fédéral. Pour certaines infractions graves, comme par exemple les actes terroristes, la corruption ou le blanchiment international, on avait ainsi des cours avec leur propre code ; autrement dit, il y avait de réels problèmes procéduraux et de communication. Il y avait une urgente nécessité de réformer.

La Suisse est un pays de traditions fort différentes ; coexistent ainsi une tradition alémanique (présente dans une majorité de cantons), inspirée des procédures pénales allemandes et autrichiennes, une tradition italienne (essentiellement dans le canton du Tessin) et une tradition française (dans les cantons romands). Dans les travaux de la commission d'experts évoquée précédemment, qui a tenté d'unifier les codes, les Romands étaient plutôt pour le maintien d'une juridiction d'assises, alors que les Suisses alémaniques - qui se prétendaient ancrés dans la réal politique - étaient partisans de sa suppression. Une grande révolution a donc eu lieu le 1er janvier 2011, puisqu'un nouveau code de procédure pénale fédéral a été mis en place, qui est venu abroger les précédents et qui est désormais identique quelle que soit la cause (autrement dit qu'elle soit de la compétence du canton ou de la Confédération).

Depuis cette date, la Suisse dispose d'un code unifié s'appliquant sur tout le territoire, avec les mêmes règles ; un élément mérite d'ailleurs d'être signalé : d'une part, les magistrats qui appliquent le nouveau code appartiennent à une génération ayant l'habitude des anciens codes, ce qui les contraint, de fait, à opérer une révolution culturelle ; d'autre part, le recrutement géographique s'est nettement diversifié et les candidats ne sont désormais plus systématiquement des candidats locaux. Quelles sont les raisons qui ont guidé la construction de ce code unifié ? D'abord, la nécessité d'unifier la procédure pénale et d'adapter le droit suisse à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) ; le substrat des décisions de celle-ci a ainsi été repris dans une perspective d'harmonisation afin d'imposer les mêmes règles et une approche commune des dossiers judiciaires sur l'ensemble du territoire.

En second lieu, il s'est agi de rendre intelligibles aux justiciables les décisions judiciaires ; et, pour ce faire, on a convenu qu'il fallait motiver les jugements et arrêts de manière aussi claire que possible. Cette volonté d'explication fut le premier coup de hache porté à la cour d'assises. On a en effet jugé nécessaire que la motivation englobe à la fois les faits et leur qualification juridique, la culpabilité (gravité de la faute) et la sanction. Pour chronophage que soit la rédaction d'une telle motivation (qui parfois comporte plus de cinquante pages), elle assure la compréhension des décisions par les parties et permet par ailleurs d'éviter un certain nombre d'appels ; le rôle de l'avocat étant ici d'expliquer à son client le peu de chance d'un tel recours au vu des éléments contenus dans la motivation. Certains diront que c'est une justice de riches, car il faut du temps pour rédiger (et cela implique de payer des fonctionnaires en conséquence). Mais, d'une part, l'encombrement des juridictions suisses est moindre que dans certains pays européens et, d'autre part, on se donne ainsi les moyens de mieux expliciter à la personne condamnée ce qui lui est reproché.

Autre élément qui a été soulevé lors des débats : pourquoi vouloir supprimer le procès populaire ? En premier lieu, il est apparu en Suisse que le procès d'assises était parfois très émotionnel ; la présence de jurés « locaux » n'étant pas de nature à amoindrir cet état de fait. En deuxième lieu, les citoyens percevaient bien souvent leur participation au jury Autre élément qui a été soulevé lors des débats : pourquoi vouloir supprimer le procès populaire ? En premier lieu, il est apparu en Suisse que le procès d'assises était parfois très émotionnel ; la présence de jurés « locaux » n'étant pas de nature à amoindrir cet état de fait. En deuxième lieu, les citoyens percevaient bien souvent leur participation au jury comme une obligation civique astreignante et peu motivante ; or, une justice de professionnels - ou

disons de « technocrates » - a, entre autres avantages, celui d'être plus rapide et plus « complète » dans les décisions rendues. En troisième lieu, l'abolition de la cour d'assises pouvait laisser place à un système inspiré des modèles allemand et anglo-saxon, *via* le basculement de l'instruction au stade de l'enquête préliminaire et la mise en place d'une procédure simplifiée ; dispositif permettant notamment un désencombrement des tribunaux.

La compétence des juridictions répressives dépend du niveau de risque auquel est exposé l'intéressé en ce qui concerne la peine : juge unique pour les affaires contraventionnelles et de peu de gravité passibles d'une peine maximale de 2 ans ; tribunal correctionnel, avec un juge et deux assesseurs (juristes ou non juristes, mais qui ont suivi une formation et sont nommés pour six ans) en cas de délits passibles d'une peine inférieure à six ans ; tribunal criminel (composé d'un président et de quatre assesseurs) pour les affaires plus graves. En Suisse, on a aussi imposé un degré de juridiction de deuxième instance ; les tribunaux d'appel pouvant revoir l'intégralité des affaires, de l'état de fait, comme de la qualification à la sanction.

Le système suisse a des avantages et des inconvénients. Dans la première catégorie figure le nouveau code de procédure, qui n'a que six ans d'existence mais est aligné sur la jurisprudence de la CEDH; cela permet un renforcement des droits de la défense, une multiplication des possibilités de recours (y compris au stade de l'instruction), ainsi qu'une forme de codification des preuves licites et illicites. Dans la seconde catégorie peuvent être regroupées la lenteur et la complexité de la procédure préliminaire (qui peut parfois prendre plusieurs années avant que le dossier ne soit déféré devant une juridiction de jugement) ; la quasi disparition de l'immédiateté des débats devant les tribunaux chargés de juger les infractions (avec une procédure écrite qui est lourde et des plaidoiries qui deviennent très techniques) ; enfin, signalons que le tribunal saisi de l'acte d'accusation ne peut en aucun cas le modifier (il doit, pour ce faire, le renvoyer au ministère public en sa qualité d'autorité d'instruction) ».

Edmondo Bruti Liberati, Magistrat, ancien procureur de la République à Milan

« L'organisation de la justice italienne est inspirée du modèle napoléonien. Cependant, la structure de la cour d'assises a changé après la chute du régime fasciste, notamment en 1951. La cour d'assises du premier degré se compose d'un président, d'un magistrat et de six jurés désignés de manière aléatoire ; la même composition est prévue pour la cour d'assises d'appel. Il n'y a pas un rôle propre à la cour et au jury, car les uns comme les autres forment un collège unique. Le ministère public et l'accusé n'ont aucun pouvoir de récusation des jurés sans motivation. Les cas de récusation sont les mêmes pour les magistrats et pour les jurés. À Milan on n'a pas souvenir de récusation d'un juré.

Comme la plupart de mes collègues, je suis favorable au maintien de la cour d'assises ; nous en avons tous une bonne expérience. La procédure en premier degré et en appel est identique à celle du tribunal correctionnel ; procédure pénale de type accusatoire après la réforme de 1989, fondée sur l'exclusion des résultats des investigations du ministère public et sur la formation de la preuve lors de l'audience dans le respect du contradictoire. Au cours du délibéré, la décision sur la culpabilité, la peine et l'action civile est adoptée par les magistrats professionnels et les jurés, formant un collège unique (échevinage). Les magistrats professionnels ont un rôle très important, y compris celui qui ne préside pas les assises, car il s'agit bien souvent d'anciens magistrats qui ont une longue expérience et une parfaite maîtrise de la procédure et ils se chargent généralement d'expliquer les règles juridiques aux jurés. Toute décision est acquise à la majorité simple, mais en cas de parité des voix la décision favorable à l'accusé l'emporte. En règle générale, un consensus s'opère à cet égard, mais il y a un cas, que l'on m'a récemment signalé, où les magistrats professionnels avaient été mis en minorité par les jurés.

La rédaction du texte de la motivation sur la décision de culpabilité, les circonstances atténuantes et sur le quantum de la peine prononcée incombe au président ou à l'autre magistrat. La motivation - aux assises comme en correctionnelle - n'est pas rédigée à l'issue du délibéré mais dans un délai dont le maximum est établi par la loi de procédure pénale (trois mois). Il arrive que des jurés demandent copie de la motivation. Quant au volume de la motivation, aucune différence par rapport aux autres juridictions et donc, selon l'usage italien, motivations assez (trop) longues et de nature à la fois narrative et démonstrative : le nombre de pages peut être de quelques dizaines à quelques centaines. Il n'en demeure pas moins que la motivation reste particulièrement précieuse pour les juges de

l'application des peines. Il faut rappeler l'art.111 alinéa 6 de la Constitution : « Toutes les décisions juridictionnelles doivent être motivées ».

Dans la pratique, suite à la tendance à la correctionnalisation des affaires, qui remonte au milieu des années 1970, la quasi-totalité des infractions soumises à la Cour d'assises sont les atteintes à la vie (le meurtre et l'assassinat), le crime d'esclavage et le terrorisme interne et international.

Le trafic de stupéfiants, l'association de malfaiteurs et l'association mafieuse sont de la compétence de la Cour d'Assises seulement s'il y a aussi meurtre ou assassinat, ce qui arrive assez fréquemment dans le cas de l'association mafieuse.

La procédure du jugement abrégé (à ne pas confondre avec celle du plaider coupable) vise à éliminer l'audience des débats par un jugement anticipé : elle est applicable aux infractions de compétence de la Cour d'assises, à l'initiative de l'accusé. Le jugement abrégé est du ressort du juge de l'enquête préliminaire (juge unique). Le jugement intervient en l'état du dossier, mais on peut avoir un supplément d'information à l'audience. Puisqu'il s'agit d'un accord sur la procédure et non sur le fond, le juge prononce soit un acquittement soit une décision de condamnation. Dans ce cas la peine déterminée par le juge est diminuée d'un tiers. Au lieu de la peine de perpétuité il y aura une peine de trente ans. En raison de la diminution d'un tiers de la peine, dans la majorité des cas (surtout en cas d'aveux, qui doivent être corroborés par des preuves) l'accusé choisit le jugement abrégé. En Cour d'assises, depuis plusieurs années on a donc très peu de jugements, mais toujours pour des cas difficiles. En première instance, à Milan, une douzaine de cas ont ainsi été recensés ces dernières années, alors que le tribunal correctionnel de cette même ville a rendu en 2016 - à composition collégiale - 800 jugements et - à composition juge unique - 13 000.

Il n'y a pas en Italie une cour d'assises spéciale pour le terrorisme, ni pour la mafia. Pour ce qui concerne les procès de terrorisme la situation de danger des jurés (et pas seulement des jurés) était avérée, mais on a gardé soit la compétence de la Cour d'assise soit la procédure pénale ordinaire. À Turin en 1976 au début du procès devant la Cour d'assises, les accusés, dirigeants des Brigades Rouge, refusent tous leurs conseils. La présence de l'avocat défenseur étant obligatoire, le bâtonnier M. Fulvio Croce accepte d'être lui-même défenseur d'office en même temps que des membres du Conseil de l'Ordre. Cinq jours avant la première audience M. le bâtonnier est tué par un commando des Brigades Rouge. Entre temps des jurés refusent leur désignation. Une reforme approuvée par le Parlement prévoit alors la nomination de jurés supplémentaires. On doit procéder à plusieurs nouveaux tirages au sort et il faudra attendre deux ans pour avoir suffisamment de jurés. Un rôle important a été joué par la mobilisation de la société civile et aussi par la décision de Mme Adelaide Aglietta, secrétaire générale du Parti Radical, qui, suite au tirage à sort, accepte la nomination de juré.

Pour ce qui concerne les procès de la mafia dans l'Italie du sud jusqu'à la fin des années 70, il arrivait assez fréquemment des acquittements avec le bénéfice du doute, formule prévue par le code de procédure de 1930, à l'époque en vigueur. Beaucoup de cas ont fait scandale. Il s'agissait certainement d'une situation de danger des jurés, mais aussi du manque de courage des magistrats professionnels et de la mauvaise qualité de l'instruction. À l'époque on pouvait écouter des Procureurs Généraux à Païenne qui dans des discours solennels prétendaient que « La Mafia n'existe pas ». Le problème n'était pas les jurés mais la société civile et la magistrature, surtout au niveau des chefs de juridiction.

À la fin des années 70 la situation est changée : un nouveau fort engagement des magistrats plus jeunes et de la police à Palerme suscitent une réaction furieuse de la mafia avec une série d'assassinats. À la suite de l'instruction des juges d'instruction de Palerme (dont Giovanni Falcone et Paolo Borsellino) la Cour d'assises de Palerme en décembre 1985 termine ce qu'on avait appelé le « maxi procès » avec le délibéré. Le problème ne venait pas des jurés.

Le fait de conserver la cour d'assises avec jury contre le terrorisme et la mafia a suscité la mobilisation de la société civile. Il y a consensus sur ce point en Italie.

En guise de conclusion, je dirai que, d'une manière générale, on craint les préjugés socio-culturels des jurés et leur attitude répressive. Mais, de mon point de vue, la question devrait également se poser à

l'égard des magistrats professionnels. « Que parfois grincent certains rouages de la machine à rendre la justice, on ne peut pas le nier. Mais on semble croire aujourd'hui que le seul grincement vient du côté du jury ; du moins on ne parle que de ceci. J'ai dû pourtant me persuader à plusieurs reprises, et pas seulement à cette session où j'ai siégé comme juré, que la machine grince souvent aussi du côté des magistrats » (André Gide, *Souvenirs de la cour d'assises).*

Mots clés :
JUSTICE * Justice

Les cahiers de la justice 2017 p.675

III) Vers une réforme en France ? - Quelles exigences formuler aujourd'hui pour la procédure criminelle

Alain Blanc, Témoignage. Magistrat honoraire, ancien président de cour d'assises, président d

Résumé

Le souci de réformer la cour d'assises et la procédure criminelle existe depuis de nombreuses années. Il est envisa
tutélaire et sanctionnateur. Tout en procédant à un inventaire des modifications susceptibles d'être apportées (aud
les réformes à opérer devront - dans un contexte marqué par une tendance aux économies de temps et de ressourc
les

Summary

*There has been a desire to reform the Assize Court and criminal procedure for many years. The issue is examined
role, tutelary and sanctionary role. Whilst drawing up a catalogue of the potential changes (scheduling of hearings,
to which the reforms to be implemented must - in a context marked by increasing pressure to save time and hum
crimes*.

Mon propos sera ici de tenter de tirer profit de trois expériences : celle de président de cour d'assises, à la cour d'ap
criminologie, entre 2005 et 2016, dont je reste vice-président, et celle de la CPMS de Lille, que je préside depuis
récidive des condamnés à de longues peines et sur les situations susceptibles de donner lieu à une

Plutôt que d'énumérer les domaines sur lesquels je pourrais, à la lumière de ces expériences, suggérer des réforme
des différents *offices du juge* tels qu'ils ont été recensés et décrits dans le récent ouvrage paru au moment du collo
manifestement aux économies de temps et de ressources humaines, et si des réformes doivent être faites, elles d
pénale en charge de

Mais auparavant je voudrais formuler quelques observations liées à ce que je tire des débats sur la cour d'assises e
ou sont encore faites à la cour d'assises, qui relèvent de préoccupations très différentes : les critiques émanant d'
régit le fonctionnement et qui est étroitement liée à notre système inquisitoire dans lequel le juge n'est pas canto
recherche de la vérité ; le constat - encore valable aujourd'hui - de la durée s'écoulant entre la décision définitive d
jugement ; les critiques « extérieures » venant principalement d'avocats, de chercheurs ou d'intellectuels portan
concernant donc son caractère faussement démocratique.(3) ; celles enfin venant du corps judiciaire lui-même
temps et en moyens

On se souvient du rapport, remis le 1er septembre 2009, par l'avocat général Philippe Léger au président de
d'instruction de notre système judiciaire(4). Ce rapport proposait de répondre de manière plus ou moins explicit
d'assises à la seule fonction de responsable de la police de l'audience. De fait, les seules réformes qui ont suiv
d'audience en la remplaçant par la lecture d'un rapport sur l'affaire établi par le président, ce qui, on en conv
l'introduction de la motivation sur la culpabilité, apport considérable sur lequel nous reviendrons. Mais auss

De ce rappel des critiques, des débats et des récentes réformes, nous retirerons déjà une préconisation de méthode apparents, et veillons à procéder aux « études d'impact » en principe préalables à toute nouvelle loi en recourar compte pour mesurer tous les effets indui

Pour mieux en mesurer l'intérêt, nous évoquerons donc les réformes envisageables en fonction des objectifs qu'ell qu'analysés dans l'ouvrage cité précédemment : l'office de vérité, l'office processuel et l'office tutélaire et sanctionn à la

Mais auparavant, je voudrais insister sur un point : selon les seuls chiffres que j'ai trouvés (6), les cours d'assises de leurs affaires ; autrement dit, 93 % des procès d'assises se traduisent par des peines de réclusion criminelle de d'éviter les erreurs judiciaires. Mais elle est aussi de rendre une justice à l'égard de ceux qu'elles condamnent qu dossiers de ces condamnés, à souligner tout ce qui peut être fait en amont et au cours du procès pour que ces anné lequel il retournera

Des réformes oui, mais à quelles fins et par rapport à quelles fonctions du juge ?

L'office de vérité

On serait tenté de dire que c'est là le coeur du sujet. Pour la justice en général, mais en particulier pour le pénal questions de choix de procédure on touche ici à un domaine qui introduit le *tragique* et impose d'aborder la questio

Les conditions dans lesquelles s'effectue la recherche de la vérité dans la procédure criminelle

Sans revenir sur le rapport Léger et la question de la suppression du juge d'instruction, mais en référence à l' conclusion de l'analyse développée dans cet ouvrage sur « l'évolution de l'office de vérité ». Certes, la clarification partie civile, ministère public et président) est un objectif qu'il ne faut cesser de poursuivre, mais le constat selo *tradition, une plus grande place doit pouvoir être clairement accordée par les textes à une organisation plus accus* pas dit comment. Il me semble que nous sommes

Le *droit au silence* introduit par la loi du 27 mai 2014 (9). Nous voici précisément devant le cas de figure où a ét disposition inspirée d'une logique relevant du système accusatoire et qui perd tout son sens dans la réalité du fonct prévenu est une garantie essentielle de notre procédure durant l'enquête préliminaire puis en première comparuti est absolument sans enjeu. Je dirais même, ironiquement, par goût du paradoxe et pour assumer complètement l est à ce stade, et pour que l'audience soit

On sait que depuis plusieurs années, pour désengorger les audiences correctionnelles - mais aussi par rapport à des d'assises, en particulier pour les parties civiles - a été développé le recours à la « troisième voie » et à la correction si la comparution en audience publique peut être parfois inutilement pénible et stigmatisante, le « parcours vers l civile et des témoins. Et ce qu'apporte l'audience publique aussi au pub

Quant à penser qu'on peut, les faits ayant été « établis et avoués », ne consacrer l'audience et le débat qu'au cho nécessairement fonction du « rapport aux faits », qui se révèle tout au long

Enfin - mais nous ne quittons pas ici « l'office de vérité » même si nous rejoignons les pages consacrées à « l'office des dossiers que j'examine pour préparer les avis que nous donnons à la CPMS de Lille. Tous les condamnés à des tous passés par une instruction puis une, voire deux, cours d'assises. Comme je l'avais noté en étudiant les dossiers du travail réalisé sur plus de 80 dossiers (13), beaucoup d'instructions ne rendent pas vraiment compte du *sens d* ai étudié maintenant plus de 240. Or n'est-ce pas là que se trouve le fond du sujet et donc de la *vérité*, au-delà de *de la peine* à prononcer, puis, ensuite, le sens de celle qui a été finalement prononcée par la cour d'assises, san crime, mais bien de ce qui peut expliquer le passage à l'acte de l'auteur et qui devra donc ensuite être travaillé ave réduire le risque de récidive. Certes notre procédure est conçue de telle sorte que le juge d'instruction doit se consa examen avant de le renvoyer devant la juridiction de jugement. Rien ne l'oblige donc à aller au-delà et il est mê chose que sur *ce qui est établi* et justifiera le renvoi devant la juridiction de jugement. Mais tout de même, sa personnalité n'a été sollicitée pour situer les faits dans leur contexte, la différence est perceptible à la seule lectu cherché à comprendre, au-delà des faits eux-mêmes, ce qui a contribué à leur commission et, disons-le, à savoi dossiers où ce souci n'apparaît pas. Or, à l'audience, il sera souvent trop tard. Et au stade de la fin de l'exécution d la liberté après « avoir tourné la page », on voit bien ce qu'a pu lui apporter, quand il en a bénéficié, ce souci des ju

tout au long de son parcours judiciaire

D'autant qu'ensuite, sur cette *vérité*-là, compte-tenu du caractère oral de la procédure, rien ne restera

L'oralité des débats devant la cour d'assises

C'est ce qui la caractérise et lui confère à la fois ses atouts mais aussi ses limites : plus de traces de ce qui a
respectives de l'oral et de l'écrit au regard de la preuve, d'autant que je suis pour ma part convaincu de ce que, co
authentique à « la vérité ». Mais ce n'est vrai qu'à certaines conditions qu'il serait fastidieux de rappeler ici et qu'
loyal et équilibré, conduit et maîtrisé (14)

Mais pour sauvegarder l'intérêt de cette oralité, de la spontanéité, mais aussi compenser la volatilité de ce qui se d
carences. Nous n'évoquerons ici que deux soucis : celui tenant à la « qualité » de la parole, développée à l'audie

Sur le premier point, tout a été dit sur la dramaturgie de l'audience, sur les émotions qui y surviennent. Mais c
accusés (15) à s'y exprimer librement et convenablement, comme ils le souhaiteraient. Ce serait une erreur de
suffisamment. Je tenais juste à signaler à ce propos le travail remarquable engagé par une association créée pa
détenus qui attendent leur procès à s'exprimer à l'audience. Il s'agit d'un travail qui n'est ni celui de l'avocat ni celu
En complément de cette référence, je citerais le texte publié par Jean Danet sur les émotions à l'audience de la
s'agit pas ici de « réforme », mais de piste de progrès

Sur « l'après audience », j'y suis confronté à l'examen de chaque dossier soumis à la CPMS : comment savoir ce qu
dossiers antérieurs à l'obligation de motiver les verdicts, introduite en 2011, il est même impossible, quand le co
l'audience, sinon en se fiant à ce qu'il en dit lui-même ensuite au cours de son parcours pénitentiaire

Avant de conclure ce développement sur *la vérité*, je voudrais rappeler une évidence qui ne doit pas être perdue
rapport à la vérité, même sinon surtout en matière de justice pénale, est une question *anthropologique*. Comme
l'appareil judiciaire sont dans chaque pays, dans chaque culture, le résultat d'équilibres fragiles et toujours
Besnier (18) le montrent très bien et il faut prendre garde à ne transposer des dispositions d'un système à l'autre
anglo-saxon et le nôtre il y a une différence fondamentale. Chez eux, si l'accusé - dont l'aveu à lui seul vaut « preu
ensuite menti aux juges. Chez nous, je le sais depuis l'ENM, le juge peut dire au prévenu ou à l'accusé qu'il a le dr
droit de ne pas le croire. Et quant à la question de savoir, à partir de là, quel est le meilleur des deux systèmes, c
des libertés individuelles, je me garderai bien de me pronon

La procédure et les garanties : l'office processuel

La qualité et la légitimité de la justice qui est rendue dépend du respect d'un certain nombre de principes qui, s'il
moins respectés dans la pratique. C'est le cas du principe de l'impartialité de la juridiction et du respect de sa
président, les assesseurs et les jurés qui vise, à partir de modalités très subtiles, tout à la fois à guider et inform
motivation des décisions qui est une exigence fondar

L'impartialité du président à l'audience et son apparence

Je me bornerais ici à relever l'évolution que je perçois dans le débat public autour de cette question qui, en réalité,
sur le positionnement du président dans notre procédure à dominante inquisitoire, sinon pour dire que je me
journalisme et lui préfère celui d'*honnêteté*. Mais je ne vois pas quelle réforme pourrait accroître cette exigen
président, par le fait qu'il est en charge, comme le juge d'instruction, de la recherche de la vérité (19). L'audien
jurés ne sont plus ceux d'André

S'agissant de ce débat sur les pouvoirs « exorbitants » du président et sur l'emprise qu'il exercerait sur les juré
d'assises qui se sont succédé ces dernières années et qui me semblent traduire plusieurs évolutions, à la fois sur
par les universitaires - et donc par « l'opinion » - sur la justice criminelle : la thèse de Françoise Lombard *(Les*
Dominique Vernier *(Jury et cour d'assises, une liaison fructueuse ?*, 2007) ; celle d'Anne Jolivet *(La participation*
Christiane Besnier

Il est évidemment impossible de rendre compte ici de la richesse de ces différents travaux, qui atteste déjà de ce q
relever ce que la succession des analyses de ces quatre thèses, toutes passionnantes, révèle à mes yeux, évidemm

la première d'entre elles est centrée sur le « pouvoir » du président et son « influence » sur le vote des jurés, ce s
deux suivantes, c'est que « l'ère du soupçon » n'est plus un souci majeur. C'est l'apport « démocratique » de la pa
la juridiction criminelle. Ce qui frappe également c'est l'élargissement et l'ouverture de la « focale » de ces travaux
populaire est riche d'enseignements, comme l'est le recours aux grilles d'analy

La motivation des arrêts sur la culpabilité mais aussi de lege ferenda sur la peine

Il ne fait aucun doute que l'obligation de motiver les arrêts d'assises introduite en 2011 dans l'esprit de l'arrêt ulté
novembre 2016, « aux fins de permettre à un accusé de comprendre sa condamnation », est un progrès considér
présidents de cour d'assises qui étaient « réservés » (à nos yeux, chaque accusé comme toute personne, et pas
tenir), la situation n'était pas tenable au regard des grands principes, et ce d'autant plus depuis q

Maintenant que, depuis plus de cinq ans, les arrêts d'assises sont motivés, qu'en est-il de la pratique ? Des ex
centaines de dossiers. Pour ma part, et depuis mon observatoire de la CPMS, je voudrais souligner un ou deux poi
motivations et surtout à leur enrichissement. Quelle est, ou plutôt quelles sont les fonctions de la motivation d'un a
elle rédigée

Le rapport annuel 2010 de la Cour de cassation consacre un long développement à la motivation - en général - des
rappelé qu'en l'état seule la culpabilité, si elle

Le nombre d'arrêts motivés auxquels j'ai pu avoir accès à partir des dossiers soumis à la CPMS est très limité, p
sollicitent une libération conditionnelle ont presque tous été jugés avant le 1er janvier 2012. Mais les rares arrêts
peines - d'apprendre (mais pas toujours) *via* la motivation que l'accusé avait reconnu à l'audience les faits qui lui
qualité », nous y trouvions des éléments déjà évoqués, le plus souvent dans la décision de renvoi, mais « renf
l'expression d'une conviction partagée par la cour et le jury qui

Je suis pour ma part convaincu, pour répondre à la question de savoir « pour qui ? » est rédigée la motivation, qu'e
à-dire pour ceux qui assument la responsabilité de la décision, et pour lesquels il est utile, voire indispensable, de
parties, et d'abord pour le condamné, afin qu'il sache à quoi s'en tenir de ce qui a été retenu du débat et justifi
l'intérêt de faire appel. Pour l'ensemble des professionnels qui vont ensuite être en charge de l'exécution et de l'am
la motivation de la culpabilité permet de mieux comprendre ce qui s'est joué lors du procès, et donc

On aura compris que je suis très favorable par conséquent à ce que, comme c'est maintenant le cas pour les délits
la cour d'assises soit aussi motivée. Si le *sens de la peine* prononcée subit une mue une fois la condamnation deve
vers la perspective de retour à la vie libre sans récidive, reste lié à cette peine prononcée dont les motifs restent u
ne pouvant à lui seul constituer un alibi pour éviter cette

L'office tutélaire et sanctionnateur

Je ne reviendrai pas ici sur les trois fonctions - retributive, protectrice et éducative - de la peine, telles que dé
l'aménagement de la peine une fois prononcée me paraît justifier un approfondissement particulier s'agissant d
dommages et du trouble à l'ordre public qu'il a créé, les peines prononcées sont souvent liées à la volonté de la cou
» l'emportant sur l'effet « éducatif ». Tout simplement, et ce n'est pas illogique dans de nombreux procès, parce qu
et du mandat qui leur est conféré « au nom du peuple français » est ce qui domine à ce moment-là.

C'est là que plusieurs questions se posent avant de proposer des réformes dont on verra qu'elles ne so

Les sens successifs de la peine

Je conçois tout à fait, pour l'avoir pratiqué, que l'audience puis le délibéré de la cour d'assises ne soit donc pas le
Mais si ce souci est retenu comme légitime - et il l'est par la loi - il faut accepter dans notre culture judiciaire de co
correspond un sens de la peine qui répond principalement à la question de savoir quelle est la peine « juste » pour
de l'exécution de cette peine prononcée, dont le sens est cette fois-ci tourné vers l'avenir, en conjuguant la néce

Et il va de soi que dans cette logique, la motivation de la peine est essentielle. Elle permet aux professionnels e
l'administration pénitentiaire), de mieux définir leur propre projet, par rapport à la décision de condamnation et au

définit - enfin - les principes et l'architecture

La fonction de la peine

Je pense vraiment qu'on a un problème en France, dans notre culture imprégnée - heureusement - du souci de prot
« changer le condamné ». Nous restons très marqués - et là aussi heureusement - par la critique du « contrôle
dispositifs pour proposer à un délinquant de sortir de la délinquance est *a priori* suspecte. Difficile d'aller au-delà su
l'université française et de la plupart des chercheurs travaillant sur le pénal - avec la criminologie en France. Mais
repérer, parmi 83 dossiers, ce qui avait pu le plus contribuer à la commission du crime mais aussi ce qui en rend
Droit et Recherche » pour

Quelles réformes pour la cour d'assises ?

Je ne peux ici que formuler quelques propositions, espérant que les

Toute réforme substantielle de la procédure devra, à mon sens, être précédée d'un « audit » sur la situation actuell
On sait que les crimes ne cessent de diminuer et que la tendance à la correctionnalisation est constante. Sait-on
(homicides, viols, vols aggravés, etc.) ? Il est possible que les travaux auxquels il est fait référence

Des moyens de réduire le temps entre la décision de renvoi et la

Mais tout ce qui tendrait à correctionnaliser certains crimes pour réduire le nombre des dossiers et donc des audie
enjeux de gestion interne il convient de sauvegarder la vocation de la cour d'assises à faire en sorte que les citoye
complexité des dossiers ni la crainte de voir des non professionnels soumis à une quelconque « influence ext
démocratie.

Il faut avancer sur la motivation de la peine, ce qui implique, à mon sens, de profiter de la recherche dont il vient
les facteurs ayant généré des motivations *riches* ou

Il faut examiner dans quelles conditions pourraient être mises en oeuvre les préconisations du rapport Cotte sur le
d'assises, mais il serait temps de penser que le processus pénal doit être cohérent et que, depuis l'instr

Quelques suggestions pour améliorer la qualité de

La loi du 15 août 2014 (25) - qui ne concerne que les délits - commande aux juges de fixer la peine en tenant cor
psychologiques ou psychiatriques. On voit mal au nom de quoi ce principe ne devrait pas s'appliquer aux crim
comprendre le *sens du crime* évoqué plus haut. Encore faut-il qu'ell

Mon expérience à la cour d'appel de Paris m'a convaincu - grâce à l'animation assurée à l'époque par mon collègue
présidents de cours d'assises. Pour échanger sur les textes, la jurisprudence, le fonctionnement des juridictions du
le parquet général et d'assurer une véritable indépendance du siège sur des questions aussi stratégiques que l'auc
dans ce cadre que nous avions instauré le principe des visites de maisons d'arrêt du ressort par les jurés en déb
l'administration pénitentiaire pour tout accusé comparaissant détenu, le principe de réunions avec les avocats péna
des départements du ressort de la cour. Je suis convaincu que ce travail collectif est de nature à améliorer la qualit
la plupart sont présidées par des conseillers de la cour d'app

Pour finir, un conseil : dans son discours de rentrée solennelle de la Cour de cassation de 2006, après l'affaire d'
terre ? »), avait dit : *« nous ne rendons justice que les mains tremblantes »*. Pui

Mots clés
JUSTICE * Justice

(1) Par A. Garapon, S. Perdriolle et B. Bern

(2) Je laisse de côté ici les débats sur l'appel en cour d'assises, tranchés comme on le sait par la loi du 15 juin 2000,
apportaient des réponses à certaines

(3) V. « La cour d'assises, bilan d'un héritage démocratique », Association français
(http://www.ladocumentationfrancaise.fr/catalogue/9782110100917/index.shtml).

(4) http://www.justice.gouv.fr/art_pix/sg_rapport_le-ger2_20090901.pdf. Sur l'analyse de ce rapport nous

(5) Disposition critiquée par les auteurs de « La prudence et l'autorité », qui selon eux po

(6) V. *Le Parisien libéré* citant des chiffres de 2011 fournis par le ministère : http://www.leparisien.fr/espace-p
2452867.php

(7) V.

(8) V.

(9) Art. 328 du CPP. Modifié par la loi n° 2014-535 du 27 mai 2014, art. 8 (loi portant transposition de la directive 2
droit à l'information dans le cadre des procédures pénales) : « Après l'avoir informé de son droit, au cours des déba
de se taire, le président interroge l'accusé et reçoit ses déclarations. Il a le devoir

(10) Il reste que les développements sur la différence entre les deux systèmes tels que décrits dans le chapitre
questionnements.

(11) V. à ce sujet le dossier du numéro de juin 2017 d'AJ pénal sur la correctionnalisation des procédures de

(12) *Op. cit.* p. 80 et suiv. (v. les pages consacrées à la nécessité de « traiter

(13) V. « Les longues peines, au risque de l'oul

(14) Je ne m'étendrai pas ici sur ces procès d'assises où, y compris avec l'aval de certains avocats, des procès sont «
doivent être trouvées dans le respect des règles d

(15) Ce constat est sans doute valable aussi pour les parties civiles, mais elles sont « li

(16) H. Castel a créé cette association, LAPAC (pour « La parole à l'accusé »), après avoir fait part de son expérie

(17) V. « L'avocat, le juge et l'émotion », *Les Cahiers de la justice*, 201

(18) V. Christiane Besnier, *La vérité côté cour. Une ethnologu*

(19) Art. 81 CPP : « Le juge d'instruction procède conformément à la loi à tous les actes d'information qu'il juge ut
d'assises] est investi d'un pouvoir discrétionnaire en vertu duquel il peut, en son honneur et en sa conscience, pre

(20) Art. 365-1 : Le président ou l'un des magistrats assesseurs par lui désigné rédige la motivation de l'arrêt. E
éléments à charge qui, pour chacun des faits reprochés à l'accusé, ont convaincu la cour d'assises. Ces éléments sor
jury en application de l'article 356, préalablement aux votes sur les questions. La motivation figure sur un documen
conformément à l'article 364. Lorsqu'en raison de la particulière complexité de l'affaire, liée au nombre des acc
immédiatement la feuille de motivation, celle-ci doit alors être rédigée, versée au dossier et déposée au greffe de la
de la

(21)
https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2010_3866/etude_droit_3872/e_droit_3

(22) Les parties civiles, elles, doivent se contenter de la seule explication possible en cas d'acquittement ; la ma
culpabilité de l'accusé n'a

(23) Crim. 1er févr. 2017, n° 15-83.984 (D. 2017. 961, note C. Saas ; *ibid*. 1557, chron. G. Guého, E. Pichon, B.
Garé, C. Ginestet, M.-H. Gozzi, S. Mirabail et E. Tricoire), 15-85.199 (D. 2017. 961, note C. Saas ; *ibid*. 2501,
Tricoire) et 15-84.511 (AJDA 2017. 256 ; D. 2017. 961, note C. Saas ; AJ pénal 2017. 175, note E. Dreyer
2017. 1557, chron. G. Guého, E. Pichon, B. Laurent, L. Ascensi et G. Barbier ; *ibid*. 1676, obs. J. Pradel), n° 16-8
Ascensi et G. Barbier ; *ibid*. 1676, obs. J. Pradel) et 16-80.391 (D. 2017. 1557, chron. G. Guého, E. Pich

(24) V.

(25) L'article 132-1 : « Toute peine prononcée par la juridiction doit être individualisée (...) Dans les limites fixées p
prononcées en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur ainsi que de sa situatio
peine, énoncées à l'a

Les cahiers de la justice 2017 p.689

III) Vers une réforme en France ? - La Cour d'assises des mineurs : quelle réforme ?

Christine Lazerges, Présidente de la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH), professeur émérite de l'université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.

L'essentiel

Résumé

Après un bref rappel historique des juridictions appelées à juger les adolescents criminels, cet article examine la jurisprudence du Conseil constitutionnel et la réponse qu'elle peut apporter à la question de l'abandon ou non de la spécificité du droit pénal des mineurs. Mais il s'interroge également sur le devenir possible de la cour d'assises des mineurs dans l'intérêt supérieur de l'enfant et en conformité avec les exigences internationales, notamment les préconisations de la Convention internationale des droits des enfants.

Summary

After a brief historical reminder of the courts that have judged adolescent criminals, this article examines Constitutional Court case law and the response it can bring to the question of whether or not to abandon the specific juvenile criminal law. But it also considers the possible future of the Juvenile Assize Court with

regard to the best interests of children and in line with international requirements, in particular the recommendations of the International Convention on the Rights of the Child.

S'il est une cour d'assises délaissée par les chercheurs et qui semble peu préoccuper les magistrats malgré ses spécificités et les critiques dont elle peut faire ponctuellement l'objet, c'est bien la cour d'assises des mineurs, peu contestée aujourd'hui. Il en est question en toute fin de ce colloque pour démontrer combien cette juridiction déroge au droit pénal des mineurs. À contre-courant d'un mouvement insidieux d'abaissement de la majorité pénale à 16 ans (1), nous tenterons de convaincre que la cour d'assises des mineurs mérite d'être remise en question comme l'ont été les tribunaux correctionnels pour mineurs désormais abrogés (2). L'avenir de la cour d'assises des mineurs est-il le maintien de son présent ? Cette question était déjà au coeur d'une thèse publiée en 1973 (3).

Quel est l'avenir que nous souhaitons pour le jugement des mineurs criminels de 16 à 18 ans ? La cour d'assises des mineurs est-elle adaptée, ne serait-ce que par la longueur de la procédure d'assises ? En quoi est-elle spécifique, spécialisée ? Régulièrement, et à nouveau pendant la dernière campagne électorale pour les élections présidentielles, certains candidats n'ont pas hésité à revendiquer un abaissement de la majorité pénale à 16 ans, ce qui évidemment supprimerait les interrogations que l'on peut avoir sur la cour d'assises des mineurs. La stigmatisation de l'adolescent délinquant, devenu une des figures de la dangerosité, peine à être déconstruite. Ce mouvement incontestable de durcissement du droit pénal des mineurs français de fond et de forme, concrétisé dans de nombreux textes, est en contradiction avec les engagements internationaux souscrits par la France qu'il s'agisse des règles de Ryad ou de la Convention internationale des droits de l'enfant en particulier. La contradiction est réelle aussi avec nombre de recommandations du Conseil de l'Europe.

Une des premières révisions de l'ordonnance de 1945 relative à l'enfance délinquante résulte d'une loi du 24 mai 1951 (4) substituant, entre autres dispositions, au tribunal pour enfants élargi au jury cette cour d'assises des mineurs dorénavant prévue à l'article 20 de l'ordonnance. La nouvelle juridiction, appelée à juger les mineurs renvoyés pour crime ainsi que leurs complices et coauteurs majeurs, est composée de trois magistrats et du jury populaire. Deux des trois magistrats doivent être des juges pour enfants sauf impossibilité. Monsieur Rollin, rapporteur du projet de loi à l'Assemblée nationale, notait qu'il s'agissait uniquement par ce texte de remédier à certains inconvénients de l'ordonnance que la pratique avait décelés. L'inconvénient majeur constaté pour le tribunal pour enfants complété par le jury, créé par l'ordonnance de 1945, était celui de la disjonction des causes lorsque mineurs et majeurs sont impliqués dans une même affaire. En effet, le tribunal pour enfants élargi au jury n'était pas compétent pour juger les majeurs coauteurs ou complices ; un tel dispositif ne mettait pas à l'abri de contrariétés de décisions.

Après un rappel rapide des juridictions qui ont été appelées à juger les adolescents criminels, nous nous interrogerons sur le devenir possible de la cour d'assises des mineurs dans l'intérêt supérieur de l'enfant et en conformité avec les exigences constitutionnelles.

Les hésitations du droit concernant les juridictions compétentes pour juger les mineurs de plus de 16 ans, suspectés de crime

Un rappel des textes de loi successifs précédera l'analyse par le Conseil constitutionnel de la spécificité de notre droit pénal des mineurs.

La loi du 22 juillet 1912 *relative aux tribunaux pour enfants et la mise en liberté surveillée* dans son article 18 prévoyait très simplement de déférer les mineurs de 16 à 18 ans suspectés de crime devant la cour d'assises de droit commun. C'était presque un retour en arrière, étant donné que, pendant une courte période, qui va de 1906 à 1914 (la loi de 1912 est entrée en vigueur en 1914), les mineurs criminels jusqu'à 18 ans, qui n'encouraient pas la peine de mort ou une peine perpétuelle, et qui n'avaient pas de complices ou de coauteurs majeurs, ne relevaient pas de la cour d'assises mais du tribunal correctionnel.

Une remise en cause de la loi de 1912 est intervenue par la loi du 27 juillet 1942, mais celle-ci n'est

jamais entrée en vigueur. Cohabitaient dans ce texte de Vichy des dispositions réactionnaires par rapport au système antérieur et d'autres par contre progressistes. On y trouve un essai de collaboration entre des magistrats professionnels et des laïcs mais non des jurés, même en matière criminelle ; ceux-ci préfiguraient les futurs assesseurs auprès des tribunaux pour enfants. Était prévue pour tous les mineurs criminels, qu'ils aient moins ou plus de 16 ans, une juridiction spéciale composée de trois magistrats et de deux laïcs. Ce système, qui n'est pas celui du jury populaire, existait déjà dans plusieurs pays étrangers. Ainsi les *« juvenile courts »* en Angleterre étaient déjà présidées par un magistrat assisté de deux personnes dont une femme. La loi du 27 juillet 1942 s'était inspirée également d'un voeu, émis au congrès de Prague de 1930(5) : « Le tribunal pour enfants et adolescents doit se composer autant que possible d'un juge unique spécialisé dans les affaires concernant la délinquance juvénile, ou comporter la présence d'assesseurs parmi lesquels le choix doit principalement porter sur des médecins, des pédagogues, des assistants sociaux ». Le modèle protectionniste de réponse à la délinquance des mineurs prenait forme dès les années 30. Il irradie l'ordonnance fondatrice du 2 février 1945 jusqu'à son tribunal pour enfants élargi au jury pour les mineurs criminels de16 à 18 ans.

Sur le plan procédural et non plus de la composition des juridictions, un certain nombre de spécificités ont été introduites dès la fin du XIXe siècle, d'abord coutumièrement à l'initiative du Comité de soutien des enfants traduits en justice, comme la soumission à l'instruction de toutes les affaires concernant des mineurs. Le principe de l'instruction obligatoire est consacré par la loi de 1912 mais il n'est pas prévu que le juge d'instruction soit spécialisé. La publicité restreinte ne date, elle, que de l'ordonnance de 1945 et sera complétée par la loi du 24 mai 1951. Elle fait l'objet de critiques récurrentes mais demeure préservée par l'article 14 de l'ordonnance, hormis son alinéa 3 remplacé pour la cour d'assises des mineurs par la disposition suivante : « Après l'interrogatoire des accusés, le président de la cour d'assises des mineurs pourra, à tout moment, ordonner que l'accusé mineur se retire pendant tout ou partie de la suite des débats » (art. 20, al. 9).

En termes de désignation du jury et de déroulement de l'audience, l'article 20, alinéa 7 de l'ordonnance, renvoie à la procédure pénale de droit commun : « Le président de la cour d'assises des mineurs et la cour d'assises des mineurs exerceront respectivement les attributions dévolues par les dispositions du code de procédure pénale au président de la cour d'assises et à la cour ». Cet article 20 de l'ordonnance de 1945, issu de la loi de 1951, ainsi que les articles suivants posent la question de l'abandon ou non de la spécificité du droit pénal des mineurs pour les adolescents criminels de 16 à 18 ans. La jurisprudence du Conseil constitutionnel éclaire la réponse qui peut être apportée.

Nous nous en tiendrons à deux décisions majeures de la Haute juridiction relatives au droit des mineurs, celle du 29 août 2002(6) et celle du 4 août 2011(7). Chacun sait que, le 29 août 2002, le Conseil constitutionnel a posé un 10e principe fondamental reconnu par les lois de la République (PFRLR). Ce dernier est formulé dans les termes suivants au considérant 26 de la décision : *« Considérant que l'atténuation de la responsabilité pénale des mineurs en fonction de l'âge, comme la nécessité de rechercher le relèvement éducatif et moral des enfants délinquants par des mesures adaptées à leur âge et à leur personnalité, prononcées par une juridiction spécialisée ou selon des procédures appropriées, ont été constamment reconnues par les lois de la République depuis le début du vingtième siècle ; que ces principes trouvent notamment leur expression dans la loi du 12 avril 1906 sur la majorité pénale des mineurs, la loi du 22 juillet 1912 sur les tribunaux pour enfants et l'ordonnance du 2 février1945 sur l'enfance délinquante ; que toutefois la législation républicaine antérieure à l'entrée en vigueur de la Constitution de 1946 ne consacre pas de règle selon laquelle les mesures contraignantes ou les sanctions devraient toujours être évitées au profit de mesures purement éducatives ; qu'en particulier les dispositions originelles de l'ordonnance du 2 février 1945 n'écartaient pas la responsabilité pénale des mineurs et n'excluaient pas, en cas de nécessité, que fussent prononcées à leur égard des mesures telles que le placement, la surveillance, la retenue ou, pour les mineurs de plus de treize ans, la détention ;que telle est la portée du principe fondamental reconnu par les lois de la République en matière de justice des mineurs. »*

Ce PFRLR constitutionnalise le droit pénal des mineurs et consacre le modèle protectionniste, sans exclusion ni de la responsabilité pénale ni de la peine pour certains mineurs.

La spécificité du droit pénal des mineurs en est-elle ou non renforcée ?(8) Le PFRLR consacre-t-il le modèle protectionniste de justice des mineurs, y compris pour les mineurs les plus âgés, auteurs de crime ? Rien n'est dit explicitement à leur sujet, si ce n'est que l'atténuation de la responsabilité pénale est fonction de l'âge du mineur et que les mesures adaptées à leur âge et à leur personnalité doivent être prononcées par une juridiction spécialisée ou selon des procédures appropriées. Le Conseil constitutionnel ne fait pas explicitement de différence entre les mineurs de moins de 16 ans et ceux de plus de 16 ans. Doit-on considérer la cour d'assises des mineurs comme une juridiction spécialisée, la procédure appliquée est-elle appropriée ?

La décision du Conseil constitutionnel du 4 août 2011, à propos du tribunal correctionnel des mineurs introduit par *la loi relative à la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs*, apporte une réponse partielle à cette double question dans ses considérants 51 et 52 : *« Considérant, en premier lieu, que le tribunal correctionnel des mineurs est composé de trois magistrats du tribunal de grande instance ainsi que, pour les délits mentionnés à l'article 399-2 du code de procédure pénale, de deux assesseurs citoyens ; que, s'il est présidé par le juge des enfants, il est majoritairement composé de personnes qui ne disposent pas de compétences particulières sur les questions de l'enfance ; qu'en lui-même, le principe fondamental reconnu par les lois de la République en matière de justice pénale des mineurs ne fait pas obstacle à ce que le jugement des mineurs soit confié à une juridiction composée de trois magistrats ou de trois magistrats et deux assesseurs dont seul le président est un magistrat spécialisé dans les questions de l'enfance ; que, toutefois, une telle juridiction ne peut être regardée comme une juridiction spécialisée au sens de ce principe fondamental ; que, par suite, ce dernier impose que le tribunal correctionnel des mineurs soit saisi selon des procédures appropriées à la recherche du relèvement éducatif et moral des mineurs ;*

Considérant que les 2° et 3° de l'article 24-2 prévoient que le tribunal correctionnel des mineurs peut être saisi selon les modalités prévues aux articles 8-3 et 14-2 de l'ordonnance du 2 février 1945 qui permettent de faire convoquer ou comparaître directement le mineur devant la juridiction de jugement sans instruction préparatoire ; que ces dispositions conduisent, en méconnaissance des exigences du principe fondamental en matière de justice pénale des mineurs, à ce que les mineurs ne soient jugés ni par une juridiction spécialisée ni selon des procédures appropriées ; que, par suite, les 2° et 3° de l'article 24-2 doivent être déclarés contraires à la Constitution ;

Le considérant 51 nie que le tribunal correctionnel des mineurs soit une juridiction spécialisée au sens du PFRLR, au motif que seul le président est un magistrat spécialisé dans les questions de l'enfance et qu'il est en conséquence majoritairement composé de personnes qui ne disposent pas de compétences particulières sur les questions de l'enfance. Pire est la situation de la cour d'assises des mineurs où il arrive que seul un des assesseurs soit un magistrat spécialisé puisque le second juge des enfants prévu par les textes peut se trouver sans incidence sur le fonctionnement de la cour d'assises dans l'impossibilité de siéger. Dans ce cas, un seul membre de la juridiction sur les trois magistrats et les six jurés en première instance ou les neuf jurés en appel est spécialisé. Le plus souvent, les deux juges des enfants siègent, il n'en demeure pas moins que cela ne fait pas de la cour d'assises des mineurs une juridiction spécialisée. Concernant la procédure, le Conseil constitutionnel exclut la possibilité de comparaître devant ce tribunal correctionnel pour enfants sans instruction préparatoire. Ce n'est pas une critique que l'on peut faire à la cour d'assises des mineurs mais il est légitime de s'interroger sur l'adéquation d'une procédure qui souvent dure des années sans même qu'il y ait appel. Il peut arriver qu'un mineur auteur d'un crime à 16 ans ne soit jugé définitivement que cinq ans plus tard, alors qu'il est marié et père de famille ! Quel sens alors pour la peine prononcée à l'égard de quelqu'un qui ne se reconnaît plus dans l'adolescent qu'il fut ?

Malgré la spécificité de certaines règles procédurales applicables à la cour d'assises des mineurs, comme celles relatives à la publicité restreinte, il est difficile d'analyser globalement la procédure comme appropriée. L'une des règles procédurales propres à la cour d'assises, interdisant que le dossier soit entre les mains des magistrats et des jurés lors du délibéré, est en contradiction absolue avec l'ambition du droit pénal des mineurs de juger en connaissance aussi approfondie que possible non seulement de l'acte mais aussi de la personne ; cet impératif suppose de ne pas être privé du dossier pendant le délibéré. En bref, à notre sens, la cour d'assises des mineurs ne répond pas aux exigences du 10e PFRLR

complété par la décision du Conseil constitutionnel du 4 août 2011 en ce qui concerne sa compétence, la réponse concernant la procédure est à peine plus nuancée. En conséquence, quel est le devenir possible pour la cour d'assises des mineurs si on le souhaite plus conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant et aux exigences constitutionnelles ?

Quel devenir possible pour la cour d'assises des mineurs dans l'intérêt supérieur de l'enfant et en conformité avec les exigences constitutionnelles ?

Nous ne retiendrons pas la solution de la suppression pure et simple de la cour d'assises des mineurs et le jugement des mineurs criminels de plus de 16 ans par le tribunal pour enfants compétent pour les mineurs de moins de 16 ans, estimant que les infractions les plus graves commises par des adolescents de 16 à 18 ans doivent être jugées par trois magistrats assistés d'un jury sous une forme ou une autre. Nous ne retiendrons pas non plus comme impératif la non-disjonction du dossier si le mineur de 16 à 18 ans a des complices ou coauteurs majeurs malgré les inconvénients de la disjonction. En effet, le droit à un procès spécifique pour les mineurs, au regard aussi bien de la Convention internationale des droits de l'enfant que du 10e PFRLR en matière d'enfance délinquante, prime à l'évidence sur les avantages procéduraux de la non-disjonction des causes.

En matière de composition de la cour d'assises, rappelons qu'il existe aujourd'hui une cour d'assises spéciale sans jury, composée de sept magistrats en première instance et de neuf magistrats en appel pour une série d'infractions (actes de terrorisme, trafic de stupéfiants, trahison, espionnage, atteinte à la défense nationale) ; il ne devrait pas y avoir d'obstacles à mettre en place une cour d'assises des mineurs qui puisse répondre aux caractéristiques de la spécialisation énoncées par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 4 août 2011 : la juridiction doit être majoritairement composée de personnes qui disposent de compétences particulières sur les questions de l'enfance. Il ne suffirait donc pas que les deux assesseurs soient systématiquement des juges des enfants en supprimant dans l'article 20 de l'ordonnance les deux mots « sauf impossibilité ». Le jury doit être pensé différemment pour en faire un jury de spécialistes ou à tout le moins de connaisseurs de la spécificité de l'adolescence et de la délinquance des mineurs. Deux solutions au moins sont possibles, soit un jury technique ou d'experts, soit un jury composé d'assesseurs auprès du tribunal pour enfants (9).

Déjà Gabriel Tarde et, à sa suite, l'école positiviste proposaient de remplacer le jury classique par un jury technique pour les majeurs comme pour les mineurs. Bien avant l'ordonnance de 1945, en 1925, Samuel Stem, dans sa thèse sur le jury technique (10), présente de la façon suivante la composition de ce que pourrait être un jury technique préconisé pour les affaires de mineurs : un magistrat spécialiste dans les questions de l'enfance, expert dans les questions de droit, de procédure, et d'établissement de la matérialité du fait ; deux médecins (un légiste, un aliéniste) ; quatre membres de l'enseignement ; deux directeurs des établissements de mineurs ; un représentant d'une société de patronage (section pour mineurs) ou du comité de défense des enfants traduits en justice ; deux experts de spécialité dans les affaires nécessitant des connaissances spéciales (par exemple toxicologues) ; deux experts facultatifs (magistrats ou médecins).

On arrive à un jury de douze ou quatorze personnes et non à une véritable juridiction. Un tel dispositif est plus celui d'une commission administrative appelée à statuer sur des cas qu'une institution judiciaire compétente également pour connaître des intérêts de la victime.

Plus pertinente serait la solution d'une cour d'assises comportant trois magistrats dont obligatoirement deux juges des enfants et quatre assesseurs auprès des tribunaux pour enfants choisis par le premier président de la cour d'appel dans son ressort. Une majorité de membres de cette cour d'assises seraient spécialisés comme l'exige le Conseil constitutionnel pour toute juridiction pour mineurs. En appel, le nombre des jurés, assesseurs auprès du tribunal pour enfants, pourrait être de six.

Sur le plan procédural, la motivation des décisions rendues par les cours d'assises est une avancée considérable et capitale pour les mineurs comme pour les majeurs. Plus encore qu'un adulte, un mineur, parce qu'il est en construction inachevée de sa personnalité, a impérativement besoin de comprendre au mieux son acte, sa gravité, le sens de sa peine et la nécessaire réparation de la victime si victime il y a. Non seulement toutes les décisions le concernant doivent être motivées textuellement, mais encore

expliquées. En outre, cette compréhension de la gravité de l'acte devrait interdire une procédure trop longue. La juste durée de la procédure est une question majeure en droit pénal des mineurs et supposerait des aménagements de la procédure lorsque des mineurs sont en cause. Enfin, le retrait du dossier pendant le délibéré n'est pas acceptable pour des raisons régulièrement évoquées.

La cour d'assises, vieille institution de plus de 200 ans, comme le dit le programme de notre colloque, a su se réformer par deux grandes réformes, d'une part celle du 15 juin 2000, introduisant l'appel des décisions des cours d'assises et, d'autre part celle du 10 août 2011, consacrant la jurisprudence *Taxquet* du 13 janvier 2009, instaurant la motivation des décisions rendues en matière criminelle. Demeure la nécessité de ne pas oublier de réformer la cour d'assises des mineurs autant sur le plan de sa composition que de sa procédure afin de la rendre conforme aux préconisations de la Convention internationale des droits des enfants et du Conseil constitutionnel.

Mots clés :
JUSTICE * Justice

(1) C. Lazerges, Mélanges, R. Koering-Joulin, *L'abaissement insidieux de la majorité pénale à 16 ans*, p. 423 (Anthémis, 2014).

(2) V. la loi du 18 nov. 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle.

(3) C. Lazerges, *La cour d'assises des mineurs et son fonctionnement, Étude sociologique et juridique*, Paris, LGDJ, 1973.

(4) Henri Donnedieu de Vabres, « Commentaire de la loi du 24 mai 1951 », *Dalloz* 1951, p. 115.

(5) V. *Revue pénitentiaire*, 1931, p. 20.

(6) CC n° 2002-460 du 29 août 2002 (loi d'orientation et de programmation de la justice).

(7) CC n° 2011-635 du 4 août 2011 (loi sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs).

(8) C. Lazerges, « Les limites de la constitutionnalisation du droit pénal des mineurs », *Archives de politique criminelle. Justice des mineurs*, n° 30, p. 7 et s. Pedone 2008.

(9) Thèse précitée, p. 286 et s.

(10) S. Stem, *Le jury technique*, thèse de droit, Paris, 1925.

III) Vers une réforme en France ? - Un état des travaux de la Direction des affaires criminelles et des grâces

Caroline Nisand, Magistrat, adjointe au directeur de la DACG (Direction des affaires criminelles et des grâces - ministère de la Justice).

L'essentiel

Résumé

Le ministère de la Justice a mené une réflexion sur la cour d'assises dans le cadre d'un groupe de travail sur l'audiencement des procédures criminelles. Entamés fin 2015, ses travaux ont permis de dresser un état des lieux de la politique menée en la matière, mais également des pratiques et du fonctionnement de ces juridictions. Au-delà de l'opportunité d'une réforme, des pistes de modifications législatives ont été évoquées, qui sont ici rapportées.

Summary

The Ministry of Justice has carried out a review of the Assize Court as part of the work of a working group on the scheduling of criminal trials. The group began work at the end of 2015 and has taken stock of current policy in this area, but also of the practices and functioning of these courts. Beyond the issue of the timeliness of a reform, options have been put forward for possible legislative changes, which are reported here.

Aucune juridiction judiciaire n'appartient autant à l'Histoire, et notamment à celle de notre démocratie, que la cour d'assises. Les spécificités de cette juridiction reflètent la période révolutionnaire : institution d'un jury-citoyen, adoption du système de l'intime conviction et d'une procédure accusatoire pour abolir la toute-puissance royale.

Aujourd'hui encore la cour d'assise conserve un très fort particularisme procédural, lié principalement à Paraître des débats et aux règles spécifiques complexes de procédure. Il en résulte que l'instruction du procès à l'audience est minutieuse et souvent longue.

La singularité de cette juridiction fait l'objet depuis plusieurs années de controverses. De nombreuses critiques se font entendre quant à la lenteur, au poids et au coût des cours d'assises. Le temps consacré aux audiences criminelles peut sembler un luxe alors que l'institution judiciaire s'inscrit dans un système de plus en plus contraint, d'une part financièrement mais également juridiquement, notamment pour le respect des exigences de jugement dans un délai raisonnable, et qu'elle s'astreint à réduire le temps d'audience correctionnelle.

De fortes inquiétudes sont également formulées quant à la charge de travail des cours d'assises et à son impact sur le fonctionnement des juridictions. Ainsi, l'étude des données statistiques disponibles sur les cours d'assises met en évidence une diminution sensible et régulière, depuis 2005, de l'activité des cours d'assises (1), mesurée par le nombre d'arrêts rendus et le nombre de jours d'audience, qui ne se traduit pas pour autant par une baisse de la charge représentée par les assises. En effet, il est également relevé une augmentation du stock des affaires en attente de jugement depuis 2011 (2) et une augmentation du délai théorique d'écoulement des stocks (3).

La mise en oeuvre de l'appel des décisions criminelles, à moyens constants, notamment humains, semble avoir eu un impact sur l'audiencement. Or, cette charge d'activité a des conséquences sur les délais d'audiencement des cours d'assises, trop souvent excessifs, qui nuisent alors au jugement des affaires criminelles, tant pour les accusés détenus ou libres que pour les victimes. Dans le cadre de procédures criminelles distinctes, deux personnes accusées de crimes et condamnées en première instance à des peines de réclusion criminelle (4) ont été remises en liberté en raison du dépassement du délai raisonnable de la détention provisoire.

Face à ce constat, tant factuel que statistique, le garde des Sceaux a saisi, fin 2015, ses services compétents (DACG et DSJ)(5) pour réaliser, dans le cadre d'un groupe de travail, une analyse de la situation des cours d'assises, identifier leurs difficultés et, à l'issue, définir des axes d'amélioration, notamment les moyens susceptibles de réduire les délais de jugement criminel.

Les travaux du groupe de travail

Conformément à la mission qui lui a été assignée, le groupe de travail a dressé un état des lieux de la politique d'audiencement devant les cours d'assises et de ses incidences sur les délais de jugement ; ce point l'a conduit à examiner les pratiques et le fonctionnement de ces juridictions en s'intéressant au nombre de dossiers en attente d'audiencement, de sessions fixées, de jours d'audience par affaire, ainsi qu'aux relations entre les acteurs et aux modalités de désignation des cours d'appel de renvoi. Le groupe de travail a également examiné la pratique de la correctionnalisation des procédures criminelles, plus particulièrement sous l'angle de son éventuelle harmonisation dans chaque ressort. Enfin, il a envisagé l'opportunité d'une réforme ainsi que les modifications législatives susceptibles de réduire les délais d'audiencement.

Pour mener à bien leurs travaux, les membres du groupe de travail se sont appuyés sur le témoignage et les avis d'un large panel de professionnels - magistrats, greffiers, avocats - qui ont exercé leur activité en cour d'assises, ainsi que sur la présentation par les juridictions de leurs pratiques et de leurs outils et méthodes de suivi, mais également de leurs propositions de réforme.

À l'issue des échanges, il a pu être mis en évidence que les critiques, tendant à remettre en cause le fonctionnement de la cour d'assises, devaient être nuancées. En effet, les cours d'assises sont unanimement considérées comme des juridictions produisant une justice de grande qualité, qualifiée parfois de *« justice de luxe »* par opposition aux moyens dont disposent les juridictions correctionnelles, et fonctionnant dans des conditions relativement satisfaisantes.

Cependant, les critiques et inquiétudes ne peuvent être écartées. Les délais d'audiencement sont collectivement jugés trop longs, voire déraisonnables. Ce constat ne traduit pas, pour autant, une gestion défaillante de l'audiencement criminel. Celui-ci est, par nature, un exercice complexe, en raison de nombreux facteurs en jeu : nombre limité de dossiers pouvant être jugés par session, durée des procès, nombre important d'acteurs concernés, contraintes procédurales. L'exploitation des données locales montre une activité inégale et des délais peu uniformes entre les juridictions. Les situations inquiétantes relèvent essentiellement de motifs conjoncturels et de blocages résultant de contraintes procédurales.

Néanmoins, l'accroissement général de la durée des audiences a un impact direct sur l'augmentation des stocks et, *in fine*, sur l'allongement des délais d'audiencement. Cet allongement résulte pour partie de l'augmentation du temps consacré par dossier, en raison de la complexification et de la technicité des dossiers criminels. Une attention particulière semble devoir être portée à l'évaluation du temps d'audience consacré pour chaque dossier, souvent surestimé, qui doit tenir compte des différents paramètres propres au dossier, mais également de la nécessité de garantir la qualité d'écoute des jurés.

Par ailleurs, ni la politique de correctionnalisation ni l'augmentation du nombre de jours d'audience ne peuvent être, à eux seuls, des moyens suffisants pour assurer la maîtrise du volume du contentieux. L'amélioration du traitement de l'audiencement criminel suppose davantage une capacité d'anticipation et de réactivité, reposant sur une connaissance précise de la situation du ressort.

Dans son rapport conclusif, rendu au garde des Sceaux en juillet 2016, le groupe de travail a identifié deux leviers pour réduire les délais de jugement des crimes - la gestion de l'audiencement des cours d'assises et la simplification de la procédure criminelle -, à partir desquels plusieurs préconisations (14 au total) ont été formulées.

Ces recommandations portent à la fois sur les méthodologies à appliquer, les acteurs à spécialiser, ainsi que sur les outils et les circuits d'information à développer pour faciliter l'audiencement criminel, mais également sur les évolutions de la procédure criminelle.

Peuvent ainsi être citées, pour les orientations en ternies de méthode de gestion : la mise en oeuvre d'un co-audiencement criminel effectif entre le parquet et le siège, reposant sur le respect des dispositions des articles 236, 237 et 238 du code de procédure pénale ; l'implication des chefs de cour dans le respect de leurs attributions légales respectives, que ce soit en matière d'audiencement criminel ou pour harmoniser la politique pénale en matière de correctionnalisation ; la généralisation des réunions d'audiencement prévisionnel dans l'ensemble des ressorts.

S'agissant de la spécialisation des acteurs : la désignation de magistrats référents, tant au siège qu'au parquet ; la fidélisation des présidents d'assises sur un ressort et dans leurs fonctions.

En ce qui concerne les outils et les nouveaux circuits : l'information en amont des avocats des dates d'audiences retenues et la définition des règles relatives aux demandes de renvois de dossiers criminels ; le développement d'outils de pilotage harmonisés et partagés, pour faciliter la visibilité et la gestion des stocks mais également pour permettre une meilleure évaluation du temps à l'audience.

Enfin, s'agissant des évolutions de la procédure criminelle : la définition légale d'un délai maximal d'audiencement en appel de deux ans pour les accusés détenus ; la réforme du délai de dépôt de la liste des témoins ; la poursuite d'une réflexion approfondie sur certains points de la procédure criminelle.

En effet, dans le cadre de ces travaux, de nombreuses propositions d'évolutions remettant en cause les grands principes régissant les procès d'assises ont pu être recensées. Elles concernent notamment le délai d'audiencement, l'oralité des débats, la procédure de renvoi et la mise en place d'une procédure criminelle allégée.

La définition légale d'un délai maximal d'audiencement en appel pour les accusés détenus. Il est préconisé de prévoir dans la loi une durée maximale de détention provisoire pour les personnes mises en accusation pour des faits de nature criminelle et en attente de jugement en appel pour éviter les remises en liberté fondées sur le dépassement du délai de détention raisonnable et gagner en prévisibilité poulies accusés quant aux délais de jugement.

L'allégement des effets du principe de l'oralité des débats. Il est envisagé l'accès au dossier, dans le cadre du délibéré et lors de l'audience, pour les assesseurs, notamment pour permettre une préparation collégiale du dossier, et pour les jurés, pour faciliter la motivation des verdicts.

La mise en place d'une procédure de renvoi à une chambre spécialisée concernant l'audience sur intérêts civils. En matière d'intérêt civil, la cour d'assises, se voyant contrainte de rendre sa décision immédiatement, statue dans des conditions peu satisfaisantes alors que les questions juridiques posées sont complexes. Il est proposé de prévoir la possibilité pour la cour de mettre sa décision en délibéré et de rendre sa décision par dépôt au greffe ou de renvoyer l'audience sur intérêts civils à une chambre spécialisée.

La mise en place d'une procédure criminelle allégée. Les praticiens auditionnés ont souligné l'intérêt de raccourcir la durée des débats devant la cour d'assises en recourant à une procédure allégée et accélérée. Plusieurs options sont envisagées. Il peut s'agir de la mise en place d'une procédure en circuit court, dans l'hypothèse où l'architecture générale de la cour d'assises ne serait pas remise en cause, allégeant le nombre d'auditions de témoins et d'experts dès lors que toutes les parties sont d'accord et que les faits et les qualifications sont admis. Il a également été évoqué l'élargissement de la procédure de plaider coupable à la matière criminelle pour les affaires simples, dans lesquelles les faits sont reconnus. La reconnaissance de culpabilité pourrait être, actée par le juge d'instruction et la peine proposée par le parquet puis validée par la cour d'assises, siégeant sans jurés. Enfin, la création d'une nouvelle juridiction, le tribunal criminel, a été énoncée. Toutefois, ce tribunal recouvre, sous une appellation commune, des réalités diverses, tant concernant son mode d'organisation que sa composition (magistrats professionnels uniquement, échevinage, persistance de jurés), la procédure applicable, sa place dans l'organisation judiciaire ou son champ d'application (compétent pour tous les crimes, seulement pour certains contentieux ou selon le *quantum* maximum de peine encouru). Ainsi le tribunal criminel pourrait être une juridiction de première instance venant s'intercaler entre le tribunal correctionnel et la cour d'assises, ou une nouvelle juridiction de première instance remplaçant la cour

d'assises.

Ces propositions ayant suscité des débats, voire des oppositions affirmées, leur examen imposait, avant d'envisager de mettre en oeuvre une éventuelle réforme, une analyse approfondie, qui sortait du cadre de la mission du groupe de travail, pour étudier leur impact réel, tant en terme procédural que sur l'évaluation des besoins supplémentaires, humains et matériels.

Dès lors, les préconisations du groupe de travail ne proposent pas une refonte de la procédure pénale en matière criminelle, conformément aux avis des professionnels entendus qui estiment que l'actuelle procédure donne satisfaction pour le jugement de la majeure partie des affaires soumises.

Les avancées

Les travaux du groupe de travail ne sont pas restés lettre morte, que ce soit sur le plan de la simplification de la procédure criminelle ou sur celui des instructions de politique pénale données pour améliorer et faciliter la gestion de l'audiencement.

Ainsi, parmi les propositions de simplification de la procédure étudiées par le groupe de travail, celles retenues comme susceptibles de faciliter l'audiencement criminel, voire de limiter les procès sur renvoi ou les délais induits par la procédure, ont été intégrées dans le code de procédure pénale par la loi du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale.

Ces dispositions concernent le délibéré (modification de l'article 296 du CPP qui permet la présence des jurés suppléants pendant le délibéré jusqu'au verdict) ; le défaut criminel (modification des articles 379-2 et 379-7 du CPP pour limiter le défaut criminel et ses conséquences en termes d'audiencement) ; l'acquiescement à la condamnation criminelle rendue par défaut (modification de l'article 379-4 du CPP) ; la désignation de la cour d'assises d'appel (modification des articles 380-1 et 380-14 du CPP pour limiter les délais inhérents à la procédure de désignation par la Cour de cassation).

Au-delà de ces évolutions législatives, la modification des pratiques paraissait également être de nature à favoriser un audiencement maîtrisé. Une circulaire relative à l'audiencement des procédures criminelles a été diffusée aux juridictions le 11 mai 2017 pour présenter les recommandations du groupe de travail et définir les principes devant guider la politique d'audiencement des procédures criminelles. Son objectif est que soient mises en place des pratiques davantage uniformisées sur l'ensemble du territoire, tout en prenant en compte les nécessaires adaptations aux particularités locales.

Ces orientations reposent sur quatre points : une politique d'audiencement criminel concertée ; une implication et une spécialisation des acteurs ; l'organisation de la concertation ; une meilleure gestion des stocks, par l'emploi d'outils de gestion adaptés.

L'audiencement criminel nécessite en effet la définition conjointe, par le parquet et par le siège, conformément aux dispositions du code de procédure pénale, d'une politique organisée et concertée. Or réflectivité de celle-ci suppose l'affirmation du rôle de chacun des acteurs concernés par l'audiencement (rappel du rôle, majeur des chefs de cour pour assurer l'articulation de l'activité ; désignation de magistrats référents « criminel » dans chaque juridiction pour coordonner l'activité d'audiencement). La politique d'audiencement repose également sur la fluidité et la qualité des relations entre les différents intervenants concernés. Des circuits efficients de transmission d'informations relatives aux procédures criminelles doivent être mis en place pour optimiser l'établissement du rôle des assises ; il est ainsi suggéré aux juridictions de mettre en place des réunions d'audiencement prévisionnel des assises, dont l'efficacité pour consolider la coordination et pérenniser les relations entre les intervenants a été soulignée, et d'informer les avocats des dates d'audiences retenues pour prendre en compte leurs disponibilités. S'il ne s'agit pas de les associer à la définition de la politique d'audiencement, il s'avère essentiel de les prendre en compte dans la fixation des rôles pour limiter les demandes de renvoi, anticiper leur indisponibilité et audiencer un autre dossier. Enfin, une meilleure gestion des stocks est préconisée ; pour faciliter l'audiencement, la circulaire propose ainsi des outils d'aide au calibrage des audiences en vue de rationnaliser et d'optimiser l'évaluation du temps d'audience et de permettre une meilleure communication entre le service de l'instruction et celui de l'audiencement des assises. Elle

propose également des outils de pilotage, notamment de suivi des stocks et des dispositifs d'alerte pour faciliter la veille et leur traitement, le plus en amont possible, afin d'assurer une gestion proactive des dossiers criminels à audiencer.

Les perspectives

La mise en oeuvre des réflexions du groupe de travail sur l'audiencement des procédures criminelles n'a pas abouti à une réforme d'ampleur de la cour d'assises, les travaux de ce groupe de travail n'ayant pas conduit ses membres à proposer une refonte de la procédure criminelle.

Le ministère de la justice a fait le choix de s'en tenir aux avancées citées précédemment portant, pour quelques dispositions, sur la procédure et, principalement, sur la définition et la mise en oeuvre de la politique d'audiencement.

Néanmoins, le débat et la réflexion sur le sujet ne sont pas clos, et le ministère reste attentif aux évolutions à envisager pour continuer à garantir une justice criminelle de qualité.

Mots clés :
JUSTICE * Justice

(1) Selon les cadres du parquet : 2096 arrêts rendus en 2014, contre 2990 en 2005 et 2502 en 2010 ; 6625 jours d'audience en 2014 contre 7230 en 2010.

(2) Selon les cadres du parquet, la durée d'écoulement du stock (soit le nombre d'affaires en attente au 31 déc. par rapport au nombre d'arrêts rendus sur une année) était de 9,1 mois en 2010 et de 13,3 mois en 2014. Le stock d'affaires en attente était de 1891 en 2010 et de 2321 en 2014.

(3) En 2014, pour la première fois, le nombre d'arrêts rendus au cours de l'année est inférieur au nombre d'affaires en attente. Le délai théorique d'écoulement de ces stocks augmente de 11,7 mois en 2013 à 13,3 mois en 2014.

(4) Arrêt du 16 sept. 2015 de la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris concernant un homme condamné à vingt ans de réclusion criminelle du chef d'homicide volontaire sur un fonctionnaire de police ; arrêt du 21 sept. 2015 de la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Grenoble concernant une femme condamnée à trente ans de réclusion criminelle des chefs d'assassinat et de tentative d'assassinat.

(5) Lettre de mission du 13 nov. 2015 du garde des Sceaux saisissant conjointement la Direction des affaires criminelles et des grâces et la Direction des services judiciaires.

Les cahiers de la justice 2017 p.707

Juger ailleurs, juger autrement - La manifestation de la vérité dans le procès pénal : une étude comparée entre la France et les États-Unis

Marie-Sophie Baud, Avocate au barreau de Paris et doctorante à l'université Paris 2 Panthéon-Assas.

L'essentiel

Résumé

La justice pénale américaine s'attache, traditionnellement, plus à la vérité formelle, en garantissant le respect du *due process*, qu'à la vérité matérielle. Pourtant, depuis quelques décennies, la découverte de nombreuses erreurs judiciaires amène les juristes américains à s'interroger sur les excès de la procédure accusatoire. À l'inverse, sous l'influence de la Convention européenne des droits de l'homme, la France remet progressivement en cause les principes de la procédure inquisitoire en valorisant le procès équitable et l'égalité des armes au détriment de la vérité matérielle. Ainsi, de part et d'autre de l'Atlantique, d'aucuns sont en quête d'un nouveau modèle procédural.

Summary

American criminal law traditionally strives more towards the formal truth, guaranteeing respect for due process, *than to the material truth. However, over the last few decades, the discovery of numerous miscarriages of justice has led many American legal experts to question the excesses of the adversarial procedure. Conversely, under the influence of the European Convention on Human Rights, France has progressively been calling into question the principles of the inquisitorial procedure, placing greater value on the notions of the fair trial and equality of arms to the detriment of the material truth. And so, on both sides of the Atlantic, there are those who are in search of a new procedural model.*

« Justice must not only be done, it must be seen to be done » (1). Au cours des dernières décennies, plusieurs affaires célèbres ont ébranlé outre-Atlantique ce vieil adage de la *Common law*, laissant penser à l'opinion publique que la justice n'avait pas été rendue au regard des faits (2). Mais pour autant, la vérité matérielle est-elle vraiment celle recherchée par la procédure pénale américaine?

La doctrine s'accorde pour dire le contraire. Alors que la procédure française, de type inquisitoire, confie la recherche des preuves au juge en vue de la manifestation de la vérité factuelle (3), la procédure américaine, de type accusatoire, assure un cadre processuel juste et équitable, dans lequel les parties peuvent présenter au jury les preuves qu'elles ont recueillies (4). Il existe donc des modes de production de la vérité différents: l'un cherchant la vérité matérielle, l'autre se contentant d'une vérité formelle (5).

Cette dichotomie est cependant remise en cause depuis quelques années en raison de la découverte de nombreuses erreurs judiciaires. Ainsi, les deux systèmes semblent converger vers un but commun, produire *« le moins d'erreurs judiciaires possible »* (6). Certains auteurs parlent même d'*« innocentrisme »* (7).

Mais dans cette quête de justice, les orientations choisies sont antagonistes. Alors que la doctrine américaine lorgne sur les tendances inquisitoires de la procédure de droit continental, la doctrine française s'interroge sur la suppression du juge d'instruction au nom de l'égalité des armes (8).

Il s'agira donc, dans un premier temps, d'analyser la nature de la vérité judiciaire (I) avant d'étudier ses conséquences processuelles (II).

I. Deux conceptions différentes de la vérité judiciaire?

Les finalités du procès pénal en France (A) et aux États-Unis (B) connaissent des évolutions contraires.

A. L'avènement du procès équitable en France

La procédure pénale française (2) intègre progressivement les principes du *due process* anglo-saxon sous l'influence de la Convention européenne des droits de l'homme (9) (1).

1. L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme (10)

Les dispositions de la CEDH ont profondément influencé la procédure pénale française. Elles proclament de nombreux droits fondamentaux *« constituant le soubassement de tout procès respectueux des droits de l'homme »* (11). La notion de procès équitable, prévue à l'article 6 de la Convention, a été enrichie par la jurisprudence de la Cour EDH. Elle prévoit notamment l'indépendance du juge, l'impartialité, le respect du contradictoire, la présomption d'innocence et renforce surtout l'égalité des armes (12).

L'influence de la CEDH s'explique en partie par le fait qu'elle est directement invocable par le justiciable devant le juge national mais surtout par le fait que la violation de ses dispositions peut être sanctionnée (13) par la Cour EDH. Cette dernière ne statue pas comme une cour constitutionnelle, en appréciant la conformité de la législation aux principes fondamentaux, mais examine si, *in concrete*, les droits garantis par la Convention ont été respectés dans un procès donné (14).

Les droits garantis par la CEDH s'apparentent à ceux prévus par le *due process* appliqué en *common law* (15). Ainsi, tout comme en droit anglo-saxon, la philosophie de la CEDH est d'assurer un procès équitable entre les parties. La *« priorité est le rite procédural, investi d'une valeur en soi »* (16). Les droits garantis entrent donc en conflit avec la recherche de la vérité matérielle (17) puisque le modèle européen *« vise à organiser le combat judiciaire (et l'égalité des « armes ») pris en lui-même et pour lui-même, et non en fonction de ses résultats »* (18). La modification des finalités du procès pénal s'est ainsi opérée en silence sans véritable débat.

2. Le droit interne

L'influence de la CEDH a été renforcée par l'instauration d'un recours en droit interne visant à demander le réexamen d'une affaire devant les juridictions nationales lorsqu'une violation des droits garantis par la Convention a été constatée (19). Ce recours a *« pratiquement intégré la Cour de Strasbourg dans notre organisation judiciaire. »* (20).

L'incidence des droits garantis par la Convention se fait également de manière indirecte puisque la Cour de cassation invite les juridictions nationales à respecter les décisions de la Cour EDH sans attendre d'avoir été attaquées devant elle et même si les modifications législatives ne sont pas encore intervenues (21).

La consécration des droits processuels a enfin été confortée par la constitutionnalisation de la procédure pénale (22). En effet, le Conseil constitutionnel, en se fondant principalement sur la Déclaration de 1789, a reconnu le droit à un recours juridictionnel effectif, le droit à un procès équitable ainsi que les droits de la défense lorsqu'est en cause une sanction ayant le caractère d'une punition (23). Le législateur a pris acte de ces évolutions et a proclamé les principes directeurs de la procédure pénale dans l'article préliminaire du code de procédure pénale (24). Cet article consacre les principes de la CEDH puisqu'il évoque dès la première phrase le caractère « équitable » de la procédure pénale (25).

Tandis que la vérité formelle s'impose progressivement comme étant la finalité principale du procès pénal en France, la jurisprudence américaine s'interroge sur sa pertinence.

B. De la vérité formelle à la vérité factuelle : l'évolution récente de la jurisprudence aux États-Unis

Deux évolutions jurisprudentielles ont conduit à réorienter la procédure pénale vers la vérité matérielle: l'*harmless error* (a) et l'*actual innocence* (b).

1. L'harmless error: le repli de la vérité formelle au profit de la culpabilité matérielle

La Cour suprême a consacré le principe de l'*harmless error* en considérant que certaines violations des droits de la défense sont « inoffensives » et ne peuvent pas justifier un nouveau procès. Pour évaluer le caractère dommageable des atteintes au procès équitable, la Cour apprécie les preuves matérielles versées au dossier (26). Si la culpabilité est évidente, la condamnation sera maintenue quand bien même certaines preuves auraient été obtenues en violation des droits constitutionnels du

condamné(27). Cette doctrine va à l'encontre des principes du système accusatoire qui supposent que seule une confrontation « en règle » des deux parties peut permettre de faire jaillir la vérité(28).

Dès lors, la vérité judiciaire américaine n'est plus *« certifiée par le respect scrupuleux des règles de procédure »* (29) mais résulte d'une appréciation des preuves matérielles opérée *a posteriori* par le juge. La vérité formelle s'incline face à la démonstration de la culpabilité et c'est désormais la vérité matérielle qui compte plutôt que *« le contexte procédural dans lequel elle est recherchée »* (30).

Depuis les années 1960, la Cour suprême a étendu la jurisprudence de l'*harmless error* à la plupart des garanties constitutionnelles(31). Or, certains juges se sont inquiétés du message négatif adressé aux procureurs(32). L'appréciation de l'*harmless error* se faisant *in concreto*, au regard des autres éléments du dossier, les policiers et les procureurs risquent de ne pas respecter les garanties constitutionnelles des suspects s'il existe de nombreux éléments à charge dans le dossier(33). Par ailleurs, à la suite d'erreurs judiciaires, les juridictions civiles ont accordé des réparations sur le fondement d'atteintes aux droits de la défense qui avaient pourtant été jugées « inoffensives » par les juridictions pénales(34). Le caractère bénin de ces « erreurs » apparaît donc fortement discutable dans un système où la manifestation de la vérité repose sur le *due process.*

2. L'actual innocence: culpabilité formelle v. innocence matérielle

L'*actual innocence* signifie que la personne qui a été condamnée n'a pas commis les faits qui lui sont reprochés(35). Il y a donc une distorsion entre la vérité matérielle et la vérité judiciaire. L'*actual innocence* est un avatar du système accusatoire. Elle est devenue une problématique centrale du système judiciaire américain depuis quelques décennies(36). La difficulté vient du fait que, contrairement au système français, le droit de révision n'est en principe possible aux États-Unis que lorsqu'une garantie procédurale a été violée, ce qui n'est pas le cas en matière d'innocence factuelle. La question s'est donc posée de savoir si la découverte de la vérité matérielle pouvait remettre en cause la vérité formelle.

Dans la décision *Herrera v. Collins* (37), la Cour suprême a rejeté un recours en *habeas corpus* fondé sur l'*actual innocence* au regard des faits d'espèce mais ne s'est pas véritablement prononcée sur l'existence d'un droit constitutionnel en cas de démonstration de l'innocence factuelle. Lorsque l'on étudie les opinions dissidentes, on s'aperçoit qu'une large majorité des membres de la Cour ont indiqué que l'exécution d'une personne dont l'innocence a été démontrée après son procès serait inconstitutionnelle(38). Pourtant, dans des décisions plus récentes, la Cour suprême a, à nouveau, refusé de se prononcer sur l'existence d'un droit constitutionnel fondé sur l'innocence factuelle(39).

La jurisprudence *Herrera* a malgré tout ouvert la voie et certaines juridictions fédérales(40) et étatiques(41) ont fait droit à des recours fondés sur l'*actual innocence*. Par ailleurs, le législateur, au plan tant fédéral qu'étatique, a développé des possibilités de recours sur le fondement de l'innocence factuelle(42). Au niveau fédéral, le condamné peut introduire une *motion for a new trial* et demander à être rejugé si de nouvelles preuves sont découvertes après la condamnation(43). Au niveau étatique, quarante-neuf États(44) autorisent désormais les recours fondés sur l'*actual innocence* (45). Cependant, ces recours demeurent exceptionnels en raison du degré élevé d'exigence en matière de preuve(46).

Les condamnations d'innocents se présentent désormais comme un problème systémique(47) qui nécessite des réformes structurelles(48).

II. Les conséquences procédurales de l'évolution des finalités du procès

Le droit processuel a évolué afin d'améliorer la justesse des verdicts (A) mais le développement massif des procédures de *plea barganing* représente un nouveau danger (2).

A. L'organisation du procès

Alors que les réformes s'orientent vers des procédures à tendances inquisitoires aux États-Unis (1), la France est séduite par la procédure accusatoire (2).

1) La réorientation de la procédure américaine vers la vérité matérielle?

L'exacerbation du duel entre le procureur et l'avocat, qui valorise la victoire plutôt que la recherche de la vérité est très critiquée aux États-Unis (49). La Cour suprême a tenu à rappeler que le rôle du procureur est de combattre les méthodes abusives pour obtenir des verdicts justes (50). Mais les procureurs sont soumis à une pression importante car ils sont la plupart du temps élus ou à la recherche d'une promotion et le nombre d'affaires qu'ils ont gagnées devient un sujet de campagne ou de valorisation professionnelle (51). Afin de lutter contre les méthodes abusives des procureurs, certains auteurs ont proposé la pérennisation de la fonction à l'image du parquet français (52). Quant à l'avocat de la défense, il est désormais tenu de dénoncer tout parjure ou preuves illicites (53).

L'intervention accrue du juge est également envisagée. En principe, le droit américain n'impose pas aux juges l'obligation de rechercher la vérité et leur prescrit seulement de contrôler que les droits de l'accusé ont été respectés (54). Pour lutter contre la présentation partielle et partiale des preuves faites par les parties, la doctrine américaine s'est interrogée sur la possibilité de doter le juge américain des mêmes compétences que le juge français pour mener les débats (55). Cela supposerait que le procureur établisse un dossier plus étayé et que la défense produise ses preuves en amont, afin que le juge puisse préparer son audience et demander des investigations supplémentaires (56). Certains souhaitent même créer un juge d'instruction à la française (57) ou réinstaurer un *justice of the peace*, qui était un magistrat investigateur jusqu'à la guerre de Sécession (58).

La constitution d'un dossier écrit est également liée à la problématique des témoins puisqu'en application du principe du contradictoire, le témoignage n'est admissible que si le témoin peut être interrogé par la partie adverse (59). La *cross examination* est un pilier de la procédure accusatoire. Si le témoin qui soutient l'accusation disparaît au moment du procès, l'accusation s'effondre (60). C'est la raison pour laquelle les procureurs refusent de dévoiler la liste des témoins avant le procès afin d'éviter les risques d'intimidation (61). La doctrine souhaite donc s'inspirer du système continental qui permet de verser aux débats les déclarations faites par le témoin lors de l'enquête. La *cross examination* se ferait dès lors au stade de l'enquête (62). Cette évolution s'inscrit dans la jurisprudence de la Cour suprême en matière d'alibi (63).

2) L'avènement d'une vérité formelle en France?

La France connaît une évolution inverse à celle des États-Unis puisqu'elle assiste à la montée en puissance du procureur. Cette ascension se traduit en particulier par le développement des enquêtes préliminaires et des pouvoirs d'investigation accrus. Depuis la loi du 3 juin 2016 (64), il lui appartient désormais de veiller à ce que les *« investigations tendent à la manifestation de la vérité et qu'elles soient accomplies à charge et à décharge »* (65), une approche schizophrénique qui avait pourtant été reprochée au juge d'instruction (66). Cette évolution est problématique car le procureur demeure une partie soumise à l'exécutif (67) et non reconnue comme une autorité judiciaire (68). De plus, le contrôle opéré par le juge des libertés et de la détention demeure nécessairement limité dans la mesure où il n'est souvent pas en mesure d'avoir une connaissance exhaustive et approfondie du dossier (69).

L'accroissement des pouvoirs du procureur se fait *proprio motu* au détriment du juge. Alors que la loi qui prévoyait l'instauration de la collégialité de l'instruction (70) a récemment été abrogée (71), les ouvertures d'informations judiciaires diminuent en matière délictuelle (72). Cette évolution a des conséquences sur l'audience pénale puisque les juges du siège prennent connaissance d'un dossier qui a été établi par le procureur. Le juge peut certes ordonner un supplément d'information (73), mais cette pratique sera limitée par des contraintes temporelles et matérielles. Le dossier pénal devient donc le vecteur d'un parti pris, celui de l'accusation.

En application du principe de l'égalité des armes (74), l'augmentation des pouvoirs du procureur aurait

dû s'accompagner du développement des droits de la défense, mais ceux-ci demeurent limités en pratique. L'utilité du droit « de se taire » (75), pierre angulaire du droit anglo-saxon, semble discutable dans un système où toute la procédure est organisée autour de la parole du mis en cause. De plus, dans le cadre d'une enquête préliminaire, l'avocat n'a accès au dossier qu'une fois que la citation a été délivrée (76) et ne peut faire une demande de supplément d'information que devant le tribunal correctionnel (77). Ces demandes de supplément sont d'autant plus tardives que l'enquête privée défensive n'est pas développée en France (78). De plus, la défense de la personne mise en cause sera désormais tributaire de l'investissement de l'avocat, qui sera souvent proportionnel aux capacités financières de son client.

Les effets de ces réformes processuelles apparaissent cependant limités par la montée en puissance de la justice consensuelle.

B. Les défis de la justice négociée

Avec le développement accru des *plea bargaining* (1) et des *deals de justice* (79) (2), les décisions judiciaires résultent désormais d'un consensus entre les parties.

1. Le plea bargaining et le plaider coupable: deux procédures distinctes, une philosophie commune

Le *plea bargaining* est une reconnaissance de culpabilité précédée d'une négociation, que d'aucuns qualifient de « marchandage sur la peine ». Cette procédure s'est considérablement développée aux États-Unis (80) et la France s'en est inspirée (81) pour introduire la procédure de « comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité » (82). Il s'agit d'une procédure accélérée dans laquelle le mis en cause admet sa culpabilité avant d'être jugé en échange d'une peine allégée. Le procureur voit donc une nouvelle fois ses compétences augmentées. Il dispose du pouvoir de sanction, soumis certes à l'homologation du juge, alors que le contrôle juridictionnel se réduit à un contrôle de légalité. Bien que le *plea bargaining* américain se différencie des conditions procédurales du plaider coupable français, la philosophie de l'accord est la même. Le mis en cause renonce tant à la vérité formelle, au sens traditionnel, qu'à la vérité matérielle.

À la vérité formelle tout d'abord. Le mis en cause renonce à bénéficier d'un procès équitable (83). Aux États-Unis, la renonciation aux garanties de la Constitution se justifie par l'exercice de la liberté individuelle. En application de la doctrine *Law and Economics* une personne mise en cause peut disposer librement de ses droits processuels et les échanger afin d'obtenir une peine plus clémente (84). Le juge a simplement l'obligation de vérifier la sincérité du consentement (85). À l'inverse en France, la justice est appréhendée comme un service public. Pourtant, le Conseil constitutionnel et la CEDH ont validé la procédure sous réserve que le juge exerce pleinement son office (86).

À la vérité matérielle ensuite. Le juge américain doit s'assurer de l'accord réel et éclairé du mis en cause (87). Mais la Cour suprême a jugé qu'à partir du moment où la personne peut librement refuser la proposition du procureur, il y a peu de chance que les personnes innocentes s'autoaccusent (88). Le contrôle semble donc théorique. Le juge français, quant à lui, est en principe tenu de s'assurer de *« la réalité des faits »* (89). Cependant, l'absence du procureur à l'audience d'homologation laisse planer le doute sur la réalité du débat sur les faits (90). La recherche de la vérité est ainsi écartée au profit d'une bonne administration de la justice. Mais, même si l'aveu se révèle être efficace au niveau procédural, il représente un danger sur un plan substantiel (91). Le danger est de voir se développer des mesures de rétorsion à l'encontre des personnes mises en cause qui font valoir leurs droits au procès ou d'augmenter le risque de voir condamner des innocents (92). Les policiers et le procureur pourraient en effet laisser espérer un traitement de faveur en l'échange d'une reconnaissance de culpabilité (93).

2. Les deals de justice: l'épilogue de la vérité pénale?

De nouvelles pratiques judiciaires se sont développées dans le cadre de la mise en oeuvre du *Foreign*

Corrupt Practices Act (94). Le *Department of Justice* (95) et la *Securities and Exchange Commission* (96), qui sont chargés de mettre en oeuvre le FCPA (97), ont multiplié les poursuites au cours de la dernière décennie (98). Cependant, après la chute d'Arthur Andersen (99), le DOJ et le SEC ont favorisé (100) le recours aux *Deferred Prosecution Agreements* (DPA) (101) et aux *Non-Prosecution Agreements*. Il s'agit d'accords conclus avant le procès dans lesquels le gouvernement s'engage à différer ou à supprimer certaines charges en échange de la coopération des entreprises (102). Ainsi, contrairement au *plea agreements*, l'entreprise évite une condamnation pénale (103).

Bien qu'elles permettent de réaliser des économies en termes de temps et d'argent (104), ces procédures sont critiquées en raison de l'étendue de la discrétion (105) du procureur dont le rôle est prépondérant (106). Le juge n'intervient pas dans la négociation et doit se contenter de vérifier que la procédure a été respectée (107). Ainsi, certains juges se sont interrogés sur l'absence de reconnaissance de culpabilité et sur le caractère juste, raisonnable et adéquat de ces procédures, notamment par rapport à l'intérêt général (108). La vérité pénale, qu'elle soit formelle ou matérielle, semble en effet avoir disparu puisque les poursuites sont éteintes. Enfin, certains dénoncent (109) l'indulgence dont bénéficient les sociétés qui ne font pas l'objet de poursuites pénales et qui sont condamnées à des amendes jugées insuffisantes (110).

La France a récemment introduit une procédure inspirée du DPA, la « convention judiciaire d'intérêt public » (111). Désormais, le procureur de la République peut proposer à une personne morale mise en cause pour certains délits de verser une amende d'intérêt public et/ou de se soumettre à un programme de mise en conformité. L'accord doit être validé par le président du tribunal. Cette convention ne comprend pas de déclaration de culpabilité et n'est donc pas inscrite au casier judiciaire mais elle fait l'objet d'un communiqué de presse (112). Il est à noter que la loi parle de convention, *« ce qui tend à témoigner de sa nature de contrat »* (113). Bien que ces procédures témoignent de l'adaptation du droit français aux évolutions internationales, elles doivent cependant demeurer exceptionnelles car elles ne permettent *« pas à la justice pénale d'assurer pleinement sa mission (...) et la recherche de la vérité s'en trouve affectée »* (114).

* * *

Ainsi la France renforce les droits des personnes accusées sur le modèle du *due process* alors que les États-Unis s'interrogent sur les excès du système accusatoire en observant les procédures de droit continental.

Cependant, les greffes en matière de droit comparé ne sont jamais évidentes et risquent bien souvent de gangréner toute la procédure si le système n'est pas appréhendé dans sa globalité. Dès lors, l'évolution des finalités du procès amène à *« une réflexion globale sur le sens qu'une société veut donner à sa justice pénale et sur le rôle de ses différents acteurs »* (115).

Cette réflexion (116), il faudra la mener en prenant en compte les particularités de chaque culture juridique tout en gardant à l'esprit qu'*« il n'est de justice que dans la vérité »* (117).

Mots clés :
JUSTICE * Justice

(1) S. Guinchard et alii, Droit processuel, Dalloz, 2015, p. 969, n° 399.

(2) La consécration aux Oscars du documentaire *O.J. made in America* et les records d'audience des séries *The people v. O. J. Simpson et Making a murderer* attestent de l'intérêt que suscitent les condamnations judiciaires qui ne semblent pas correspondre à la vérité matérielle.

(3) Art. 39-3 et 81 du code de procédure pénale.

(4) A. Garapon, I. Papadopoulos, *Juger en Amérique et en France*, Paris, Odile Jacob, 2003, p. 124.

(5) C. Ambroise-Casterot, *De l'accusatoire et de l'inquisitoire dans l'instruction préparatoire*, thèse Bordeaux IV, Bordeaux, 2001, p. 23.

(6) A. Fabri, C. Guery, « La vérité dans le procès pénal ou l'air du catalogue », RSC, 2009. 343 ; W. T. Pizzi, *Trials without truth: why our system of criminal trials has become an expensive failure and what we need to do to rebuild it*, New York University press, 1999, p. 69: « (...) *citizens need to feel confident that the trials will determine guilt or innocence with a high degree of accuracy and that the punishments meted out are fair and just* ».

(7) D. S. Medwed, « Innocentrism », *University of Illinois Law Review*, 2008, p. 1549: *« American criminal law is undergoing a transformation due to increasing of issues related to actual innocence in coortrooms, classrooms and newsrooms ».*

(8) P. Leger, *Rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale*, La Documentation française, Paris, 2009, 59 p.

(9) Ci-après: CEDH.

(10) Ci-après: Cour EDH.

(11) F. Desportes, L. Lazerges-Cousquer, Traité de procédure pénale, Economica, 4e éd., 2015, p. 90.

(12) C. Guery, B. Lavielle, *Le guide des audiences correctionnelles*, Dalloz, 2016-2017, p. 918.

(13) Art. 34 de la CEDH.

(14) F. Desportes, L. Lazerges-Cousquer, *op. cit.*, p. 92.

(15) F. Girard, *Essai sur la preuve dans son environnement culturel*, Presse universitaire d'Aix-en-Provence, 2013, p. 721.

(16) P. Conte, « Les propositions du pré-rapport du comité de réflexion sur la justice pénale », Droit pénal n° 6, juin 2009, étude 11.

(17) R. S. Frase, « The Search for the Whole Truth About American and European Criminal Justice », *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 3, 2000, p. 820: « [Foreign systems] *traditionnally placed a high value on the goal of truth-seeking* (...). [However] *competing values have in recent years received increased emphasis in Europe, due in part to the steadily-expanding scope of procedural protections under the European human rights convention* ».

(18) P. Conte, « La loyauté de la preuve dans la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation: vers la solution de la quadrature du cercle? »,*Dr. Pen*. 2009, Étude 8, p. 13.

(19) Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000, modifiée par la loi n° 2014-640 du 20 juin 2014 qui a créé l'article 622-1 du code de procédure pénale.

(20) F. Desportes, L. Lazerges-Cousquer, *op. cit.*, 4e éd., 2015, p. 92.

(21) Ass. plén. 15 avr. 2001, n° 10-17.049 (D. 2011. 1080, et les obs. ; *ibid*. 1128, entretien G. Roujou de Boubée ; *ibid*. 1713, obs. V. Bernaud et L. Gay ; *ibid*. 2012. 390, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot ; AJ pénal 2011. 311, obs. C. Mauro ; Constitutions 2011. 326, obs. A. Levade ; RSC 2011. 410, obs. A. Giudicelli ; RTD civ. 2011. 725, obs. J.-P. Marguénaud), n° 10-30.316 (D. 2011. 1128, entretien G. Roujou de Boubée ; *ibid*. 1713, obs. V. Bernaud et L. Gay ; *ibid*. 2012. 390, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot ; Constitutions 2011. 326, obs. A. Levade ; RSC 2011. 410, obs. A. Giudicelli ; RTD civ. 2011. 725, obs. J.-P. Marguénaud) et n° 10-30.313(D. 2011. 1128, entretien G. Roujou de Boubée ; *ibid*. 1713, obs. V. Bernaud et L. Gay ; *ibid*. 2012. 390, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot ; Constitutions 2011. 326, obs. A. Levade ; RSC 2011. 410, obs. A. Giudicelli ; RTD civ. 2011. 725, obs. J.-P. Marguénaud).

(22) S. Guinchard et *alii, op. cit.*, p. 340, n° 158.

(23) Décision n° 2010-38 QPC du 29 sept. 2010.

(24) Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000.

(25) J. Larguier, P. Conte, *Procédure pénale*, Dalloz, 23e éd., 2014, p. 2.

(26) *Chapman c/ California*, 386 US 18,1967.

(27) B. L. Garrett, « Innocence, Harmless Error, and Federal Wrongful Conviction Law », *Wisconsin Law Review*, 2005, vol. 35. p. 36.

(28) *United states v Cronic*, 466 US 648, 655, 1984: *« (t)ruth is best discovered by powerful statements on both sides of the question »* (citation de Lord Eldon reprise par l'arrêt); *Polk County v. Dodson*, 454, US 312, 1981: *« The system assumes that adversarial testing will ultimately advance the public interest in truth and fairness »*

(29) A. Garapon, I. Papadopoulos, *Juger en Amérique et en France*, Paris, Odile Jacob, 2003, p. 129.

(30) *Ibid.*, p. 131.

(31) *Brecht v. Abrahamson*, 507 US 619, 637, 1993, opinion dissidente de *Justice* O'Connor.

(32) *Brown v. Allen*, 344 US 498, 1953, opinion du juge Frankfurter.

(33) *Rose v. Clark*, 478 US 588-89, 1986, opinion concordante de *Justice* Stevens.

(34) B. L. Garrett,, *op. cit.*, p. 36.

(35) D. M. Risinger, « Unsafe Verdicts : The need for Reformed Standards for the Trial and Review of Factual Innocence Claims », *Houston Law Review 1281*, 2004, vol. 41, p. 16: *« (...) particularly, cases where the defendant was not the perpetrator of the crime, and someone else was ».*

(36) S. R. Gross, M. Shaffer, *Exonerations in the United States, 1989-2012 Report by the National Registry of Exonerations*, The National Registry of Exonerations, 2012, p. 1: entre 1989 et 2012, 873 personnes ont été exonérées après avoir été condamnées par erreur. Ce chiffre est en constante augmentation. Il est régulièrement actualisé et s'élève en août 2017 à 2086.

(37) *Hererra v. Collins*, 506 US 390,1993: M. Herrera avait été reconnu coupable de meurtre et condamné à la peine capitale. Il avait par la suite introduit une requête en *habeas corpus* au niveau fédéral en se fondant sur la découverte de nouvelles preuves qui attestaient de son innocence.

(38) M. Aglialoro,, « A Case for Actual Innocence », *Cornell Journal of Law and Public Policy*, vol. 23, 2013-2014, p. 636.

(39) *McQuiggin v. Perkins*, 2013, US 133: « [The Court has not resolved yet] *whether a prisoner may be entitled to habeas relief based on a freestanding claim of actual innocence ».*

(40) *Royal v. Taylor*, 188 F.3d 239, 243 (4th Cir. 1999).

(41) *Amrine v. Roper*, 102 S.W.3d 541, 543 (Mo. 2003).

(42) B. Fiorini, « Les voies de recours contre les condamnations injustes aux États-Unis », *Les nouveaux problèmes actuels de sciences criminelles*, PUAM, 2014, p. 117.

(43) Federal Rule of Criminal Procedure, Title VII, Rule 33: ce recours est cependant limité puisqu'il ne peut intervenir que dans les trois ans suivants la condamnation.

(44) Auquel il faut ajouter le *District of Colombia.*

(45) B. L. Garett, « Claiming Innocence », *Minnesota Law Review*, 2008, n° 92, p. 1629.

(46) B. Fiorini, *op. cit.*, p. 118.

(47) L. Garett, « Judging Innocence », *Columbia Law Review*, 2008, vol. 55, p. 108.

(48) J. Dwyer, P. Neireld, B. Scheck, *Actual innocence : when Justice goes wrong and how to make it right*, New American Library, 2003, (407 p.).

(49) P. Alldridge, Scientific Expertise and Comparative Criminal Procedure, *International Journal of Evidence & Proof*, 1999, vol. 3, p. 141.

(50) *Berger v. United States*, 295 US 78, 88 (1935).

(51) G. Van Kessel, « Adversary Excesses in the American Trial », *Notre Dame Law Review*, 1992, vol. 67, p. 442.

(52) R. S. Frase, « Comparative Criminal Justice as a Guide to American Law Reform: How do the French do it, How can we Find out, and Why Should we Care », *California Law Review*, 78 Cal. L. Rev. 539, mai 1990, p. 563.

(53) *Nixv. Withside*, 475 US 157, 1986.

(54) *Boykin v. Alabama*, 395 US 238, 1968.

(55) A. W. Alschuler, « Impleting The Criminal Defendant's Right to a Trial: Alternatives to the Plea bargaining System », *University of Chicago Law Review*, 1983, p. 931.

(56) W.T. Pizzi, *op. cit.*, p. 40-41.

(57) J. H. Langbein, L. L. Weinreb, « Continental Criminal Procedure: « Myth » and Reality », *Yale Law Journal*, 1978, vol. 87, p. 1549.

(58) D. M. Risiger, L. C. Risinger, « Innocence is Different: Taking Innocence into Account in Reforming Criminal Procedure », *New York Law School Law Review*, 2011-2012, vol. 56, p. 882.

(59) VIe Amendement de la Constitution des États-Unis: *« In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right (...) to be confronted with the witnesses against him »*.

(60) *California v. Green*, 399 US 149, 1970.

(61) L. A. Seabrook, J. Stewart, « Snitches Get Stitches: Combating Witness Intimidation in Gang-Related Prosecutions », *United States Attorney's Bulletin*, mai 2014, p. 83.

(62) G. Van Kessel,, *op. cit.*, p. 498.

(63) *William v. Florida*, 399 US 78, 1970.

(64) Loi n° 2016-731 du 3 juin 2016.

(65) Art. 39-3 du code de procédure pénale.

(66) V. Sizaire, « L'autre réforme de l'instruction », *RPDP*, 2010, n° 4, p. 821.

(67) Art. 30 du code de procédure pénale; Audition de B. Louvet devant la Cour de cassation, 11 févr. 2016.

(68) Crim., 15 déc. 2010, n° 10-83.674, D. 2011. 338, obs. S. Lavric, note J. Pradel ; RSC 2011. 142, obs. A. Giudicelli.

(69) T. Cassuto: « La fin du collège de l'instruction : beaucoup de bruit pour rien ou la Comédie des erreurs », Dalloz actualité, 31 juill. 2017.

(70) Loi n° 2007-291 du 5 mars 2007.

(71) Loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016.

(72) Les entretiens de Royan, « Le juge d'instruction : échec et mat? », Larder, 2009, p. 41.

(73) Art. 394 du code de procédure pénale.

(74) CEDH, 27 juin 1968, *Neumeister c/ Autriche.*

(75) Art. 63-1, 116 et 406 du code de procédure pénale.

(76) Art. 388-4 du code de procédure pénale, à l'exception du cas particulier prévu à l'article 77-2 du code de procédure pénale.

(77) Art. 394 du code de procédure pénale.

(78) B. Fiorini, « L'enquête pénale privée : étude comparée des droits français et américain », thèse Lyon, 2016, p. 435.

(79) A. Garapon, P. S. Servan-Schreiber (Dir.), *Deals de justice*, PUF, 2013, p. 199.

(80) Elle concerne aujourd'hui plus de 97,1 % des affaires pénales à l'échelle fédérale.

(81) J. Leroy, « L'aveu de culpabilité dans la composition pénale et le plaider coupable », *Gazette du Palais*, 2014, n° 123.

(82) Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004.

(83) B. Niang, *op. cit.*, p. 96.

(84) B. Niang, *op. cit.*, p. 98.

(85) *Boykin v. Alabama*, 395 US 238, 1969.

(86) Cons. const., 2 mars 2004, n° 2004-492 DC, D. 2004. 2756, obs. B. de Lamy ; *ibid*. 956, chron. M. Dobkine ; *ibid*. 1387, chron. J.-E. Schoettl ; *ibid*. 2005. 1125, obs. V. Ogier-Bernaud et C. Severino ; RSC 2004. 725, obs. C. Lazerges ; *ibid*. 2005. 122, étude V. Bück ; RTD civ. 2005. 553, obs. R. Encinas de Munagorri, Cons. 107; CEDH, 29 avr. 2014, *Natsvlishvili et Togonidze c/ Géorgie*.

(87) *Walker v. Johnston*, 312 US 275, 1941.

(88) *Bordenkircher v. Hayes*, 434 US 357, 1978.

(89) Art. 495-9 du code de procédure pénale.

(90) J. Danet, *Défendre - Pour une défense pénale critique*, Paris, Dalloz, 2e éd., 2004, p. 226.

(91) S. M. Cabon, « L'aveu dans la procédure accusatoire américaine », *in* A. Bergeaud-Wetterwald, J.C. Saint-Pau (Dir.), La preuve pénale, Problèmes contemporains en droit comparé, L'Harmattan, 2013, p. 118.

(92) R. S. Frase, *op. cit.*, p. 626.

(93) J. Danet, *op. cit.*, p. 224.

(94) Ci-après FCPA, cet acte, initié dans le sillage de l'affaire du *Watergate* réprime la corruption des agents publics à l'international.

(95) Ci-après DOJ.

(96) Ci-après SEC.

(97) L. Guidice, « Regulating corruption: analyzing uncertainty in current foreign corrupt practices act

enforcement », *Boston University Law review* 2011, vol. 91, p. 358.

(98) F. J. Warin, « 2016 Year-End FCPA Update », *Harvard Law School Forum on Corporate Governance and Financial Regulation*, janv. 2017.

(99) *Arthur Andersen LLP v. United States*, 544 US 696, 2005. Dans cette affaire, le département de la justice a poursuivi le cabinet d'audit Arthur Andersen pour entrave à la justice. Il lui reprochait d'avoir détruit des documents importants dans le cadre d'une enquête fédérale qui concernait l'un de ses clients. L'entreprise a été condamnée et des milliers de personnes ont perdu leur emploi, ce qui a suscité de nombreuses critiques. La condamnation a, par la suite, été infirmée par la Cour suprême.

(100) L. D. Thompson, « Principles of Federal Prosecution of Business organizations », *Memorandum to the Heads of Department Components*, 20 janv. 2003.

(101) Ci-après DPA.

(102) C. R. Alexander, M. A. Cohen, « The Evolution of Corporate Criminal Settlements : an Empirical Perspective on Non-prosecution, Deferred prosecution, and plea-Agreement », *American Criminal Law Review*, 2015, vol. 52, p. 538.

(103) L. Guidice, *op. cit.*, p. 358: *« After the fall of Arthur Andersen, the SEC and DOJ have increasingly used deferred prosecution agreements (DPAs) and non-prosecution agreements (NPAs) (collectively, pre-trial diversion agreements), under which the government either defers or omits formal charges but requires the corporation to comply with the terms of the agreement (...). DPAs and NPAs are distinct from plea agreements, which involve a court proceeding and the formal conviction of the corporation. »*.

(104) Ce type d'accord permet également aux entreprises d'éviter l'exclusion des marchés de contrats publics.

(105) W. A. Kaal, T. A. Lacine, « The Effect of Deferred and Non-Prosecution Agreements on Corporate Governance : Evidence from 1993-2013 », *The Business Lawyer*, nov. 2014, vol. 70, p. 1.

(106) P. Reilly, « Negociating Briber : Toward Increased Transparency, Consistency, and Fairness in Pretrial Bargaining under the Foreign Corrupt Practices Act », *Hastings Business Law journal*, vol. 10, p. 349.

(107) *SECv. Citigroup Global Markets, Inc.*, 752 F3d 285 (2d. Cir. 2014).

(108) *US Securities and Exchange Commission v. Citigroup Global Markets Inc.*, 827 F. Supp. 2d 328, 329 (S.D.N.Y. 2011).

(109) *Crime Without Conviction: The Rise of Deferred and Non Prosecution Agreements*, Corporate. Crime Reporter, 2005.

(110) C. Ford, D. Hess, « Can Corporate Monitorships Improve Corporate Compliance? », *The Journal of*

Corporation Law, 2009, vol. 34, p. 680.

(111) Loi n° 2016-1691 du 9 dec. 2011.

(112) Art. 41-1-2 du code de procédure pénale.

(113) D. Rebut, « Les entreprises au service de la lutte contre la corruption: commentaires des mesures anticorruption de la loi Sapin 2, *Bulletin Joly Bourse*, 2017, n° 01, p. 48.

(114) Avis consultatif sur le projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, CE, avis, 30 mars 2016, spec. p. 11.

(115) S. Dupont, « Le plaider coupable dans les systèmes anglo-saxon et romano-germanique », *Les Cahiers de la justice*, Dalloz, 2015, p. 77.

(116) Thèse en préparation, M. S. Baud, « La manifestation de la vérité dans le procès pénal: une comparaison entre la France et les États-Unis ».

(117) E. Zola cité dans B. Niang, *op. cit.*, p. 128.

Les cahiers de la justice 2017 p.721

La croisée des savoirs - Moins de droit. Propositions pédagogiques subversives

Ruth Sefton-Green, Maître de conférences, École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1 - Panthéon-Sorbonne, ISJPS (UMR-8103)., **Je remercie Angela Campbell et Shauna van Praagh pour leurs observations perspicaces et précieuses.**

L'essentiel

Résumé

Selon l'adage *« less is more »*, cet article examine de manières critique et comparative l'enseignement universitaire du droit en France, à la lumière de la formation juridique en *common law*. Suivant un double constat quantitatif et qualitatif, l'auteur remet en cause la longueur de la durée des études, à travers un paradoxe du droit comparé. Quant aux méthodes pédagogiques, l'article critique et la surcharge d'heures et de matières et la prépondérance de la transmission de connaissances en cours magistraux trop scolaires. Se voulant constructif l'auteur propose des modèles alternatifs d'éducation juridique ayant pour but de rendre les étudiants autonomes, engagés, ouverts d'esprit et créatifs.

Summary

Following the adage « less is more », this article critically examines legal studies in French universities comparing them with legal education in the common law. Using a quantitative and qualitative analysis the author questions the length of time of legal studies, with the help of a comparative law paradox. As far as teaching methods are concerned, the article criticises both the comparatively high number of contact hours and subjects and the preponderant transmission of knowledge in top-down lectures. Aiming to be constructive, the author proposes alternative models of legal education striving to enable students to be autonomous, involved, open minded and creative.

« La subversion haït le désordre. Elle est elle-même ordre vertueux opposé à un ordre réactionnaire. »

Edmond Jabès (1)

Introduction

À l'instar de l'adage, *« less is more »*, d'après un poème de Robert Browning *« The Faultless Painter »* (2), à propos du peintre Andrea del Sarto *(senza errorï)*, on peut extraire deux idées clés : premièrement, moins c'est plus ; deuxièmement, moins c'est mieux. Les effets du « moins » peuvent donc être de nature différente : quantitative, qualitative et morale. Dans ce poème, Browning décrit un peintre sans faille qui exécute des tableaux merveilleusement, voire parfaitement, mais sans âme. De plus, il est lucide sur le manque de ses vraies qualités artistiques ; c'est pourquoi il dit : *« less is more »* car, ayant exécuté beaucoup d'oeuvres, il sait qu'il lui manque le talent d'artiste. Par analogie, voudrions-nous produire des juristes, qui ne sont que de bons exécutants, sans imagination, sans âme, sans talent créatif ? Je crois que non.

Moins peut vouloir dire une moindre quantité, que ce soit temporel ou autre. Remarquons que les études en droit en *common law* sont plus courtes et ne durent que trois ans (3). Cela ne semble pas pourtant affecter ni la qualité ni la réputation des juristes anglo-américains. La durée des études en droit est-elle liée à la nature du droit, voire au système juridique (droit codifié, *common law*, etc.), à la nature de la formation, ou les deux ? Est-ce une question d'oeuf et de poule ?

Les explications épistémologiques du savoir juridique (4) sont imbriquées dans celles qui sont d'ordre systémique, mais ne sont pas au coeur de mon propos. Je ne vais pas m'attarder ni sur les causes historiques ni sur d'autres causes institutionnelles, puisque je veux mettre l'accent sur une réflexion proprement pédagogique. Je pense que la méthode - de formation - est déterminante et que ce n'est pas l'objet, c'est-à-dire l'objet ou le type de droit, qui détermine la méthode. Cette dernière conception nous oblige à réifier le droit, à se focaliser sur son contenu et sur sa masse, et c'est bien à partir de là que nous avons créé le problème de l'enseignement du droit en France. Il me semble que nous avons augmenté les connaissances du droit et le pouvoir corrélatif des détenteurs de ces connaissances, c'est-à-dire les professeurs de droit, pour renforcer l'autorité de la doctrine (5). Par conséquent, les professeurs du droit ont surélevé le savoir juridique en une science. Ce faisant, on a dérivé de notre mission d'éduquer et de former les étudiants en droit : notre devoir s'est déplacé de celui de la formation de la personne, c'est-à-dire l'étudiant, intrinsèque à l'éducation (6), sur la transmission des connaissances du droit. Aujourd'hui, cela ne suffit pas ; on ne peut plus - on ne peut jamais - se fier à la transmission des connaissances pure pour faire une bonne formation juridique. Du reste, les connaissances ne nous suffisent pas pour fonder la base d'une formation juridique, car elles débordent et nous dépassent, par leur complexité, leur technicité et leurs mutations. Puisque nous n'avons pas la maîtrise des connaissances en droit, nous devons concevoir la formation des juristes autrement. À partir de cette transformation conceptuelle, on devra réfléchir à ce qu'on pourrait faire à la place de ce que nous faisons actuellement. Moins de droit ne veut pas forcément dire moins d'étudiants, ou moins de professeurs, ou moins d'avocats dans l'avenir. Toutefois, on devra s'efforcer à dissocier l'éducation juridique universitaire de la formation des avocats. Tous les étudiants en droit n'ont pas envie de devenir ni avocats ni juristes : un constat que nous ignorons trop souvent. C'est une raison supplémentaire pour faire moins de droit pur et formel.

J'ai deux propositions simples et enchevêtrées, que je traiterai successivement. D'abord, je plaiderai pour des études moins longues (I). Ensuite, j'expliquerai qu'en formant les étudiants moins on les formera mieux (II). Ces propositions me viennent à l'esprit grâce à ma propre formation en tant que juriste de *common law*. Toutefois, ma formation est une source d'inspiration et ne relève aucunement d'une volonté d'imitation ou de greffe. Pour résumer simplement mon propos, je m'efforce à démontrer qu'en effet moins c'est plus.

I. Moins dans la durée : une question de quantité

En France, l'exigence de l'obtention d'un master 1 pour pouvoir accéder aux concours et aux professions juridiques crée une barrière temporelle faisant en sorte que souvent on étudie le droit pour au moins quatre, si ce n'est pas cinq, ans. Cet obstacle étant de nature contingente pourrait être modifié. Actuellement, la durée d'études rapporte plus à la quantité et non pas forcément à la qualité, c'est pourquoi je propose qu'on raccourcisse la durée d'études juridiques. Autrefois, la longueur des études était liée à l'idée qu'il y avait une corrélation entre la quantité de connaissances à transmettre et le temps passé à l'université pour les recevoir. Cette conception est totalement dépassée : on sait que les connaissances auraient changé entre la première année et la fin des études, que ce soit en 3e, 4e ou 5e année : que les connaissances mêmes deviennent volatiles(7). Compte tenu du fait qu'on ne peut plus espérer de tout transmettre, que les connaissances en droit peuvent être appréhendées autrement qu'encours magistral à travers la parole du professeur, qui n'est ni bouche ni oracle de la loi(8), nous devrions arrêter d'imaginer que ce soit le cas. Les étudiants ont aujourd'hui largement accès aux sources de droit. C'est pourquoi je pense que la longueur des années d'études ne fait que dupliquer l'apprentissage, ou l'augmenter de manière seulement quantitative, alors que la progression qualitative ne suit pas à la même allure. Au cas où les critiques suggèrent qu'un étudiant en première année n'ait pas encore appris la langue du droit et ne puisse pas former son opinion ou raisonner comme il faut, je rétorquerais que les enfants de bas âge continueront à boire au biberon tant qu'on ne leur donne pas une tasse ou un verre ! Je propose donc de rendre les étudiants plus actifs, plus autonomes et responsables plus tôt(9). Les études sur l'apprentissage expérientiel, c'est-à-dire quand on permet à l'étudiant d'apprendre en faisant à travers l'expérience, sont pertinentes à cet égard(10). À partir du moment où on envisage que le cours est un échange entre professeur et étudiant, et non une transmission de matière *ex cathedra*, on peut avancer plus vite. Par conséquent, on a besoin de moins de temps d'études. Je pense que trois ans suffisent et que l'on doit rendre à la licence ce qui lui est dû.

Rappelons que des efforts ont été faits dans ce sens : l'École de droit de Sciences Po, par exemple, propose un diplôme de droit en deux ans(11). N'oublions pas - pour comparer le comparable - que les étudiants à l'École de droit de Sciences Po sont sélectionnés à l'entrée, contrairement à l'université, étant déjà diplômés de l'enseignement supérieur(12). Dans la même veine, soulignons que des professeurs de droit des universités américaines réputées ont proposé de raccourcir la durée totale d'un *Juris Doctor (« JD »)* à un diplôme de deux ans seulement(13). Toutefois, cette proposition doit être reliée à son contexte, notamment au fait que les frais élevés de scolarité produisent de nombreux étudiants incapables de rembourser leurs dettes(14). Mes propositions sont, par contraste, pédagogiques et ne sont pas centrées autour d'enjeux économiques, liés au marché et à la concurrence - qu'elle soit nationale ou internationale.

Pourquoi la durée d'études en droit est plus courte dans les pays de *common law* qu'aux pays de droit codifié ? Le droit, est-il plus compliqué à apprendre parce que le système juridique est codifié ? Une fois la question posée, elle relève d'un paradoxe. *A priori*, il serait plus simple d'apprendre le droit dans un système codifié, car le droit est plus accessible et prévisible, au moins en théorie. Selon cette logique fondée sur l'accès aux sources du droit(15), les études devront être plus longues dans un système juridique de *common law*, alors que c'est l'inverse. Cette comparaison rapide nous permet de constater que la longueur d'études en droit n'est pas liée à l'objet même, ni à sa difficulté inhérente - pourquoi le fait d'apprendre le droit français serait véritablement plus difficile que celui d'apprendre le droit anglais ou américain, par exemple ? Il semblerait que la longueur d'études relève davantage d'une idéologie masquant notre attitude et nos objectifs de l'enseignement du droit. Si nous disons que les étudiant sont besoin de plus que trois ans de droit, c'est un discours(16) : le message implicite étant que la durée d'études renforce le pouvoir des professeurs du droit. C'est pourquoi nous avons besoin d'une épistémologie juridique(17) et d'une critique du droit(18) différentielles, qui savent discriminer entre les avoir juridique et ses modes de production.

Je peux renverser la description. Ce n'est sans doute pas une coïncidence si, dans les pays de droit codifié (la France, l'Italie, l'Allemagne...), la présence d'une doctrine forte est carrelée à de longues études de droit. Cela était vrai, même avant la Déclaration de Bologne en 1999, qui n'a pas réussi *in fine* à harmoniser la durée d'études universitaires. Inversement, ce n'est pas un hasard non plus si le pouvoir

de la doctrine est moins fort dans les pays de *common law* et la durée des études du droit plus courte. De plus, la profession juridique était responsable pour la formation des juristes en Angleterre pendant très longtemps et l'enseignement universitaire du droit n'a commencé qu'à partir du milieu du XIXe siècle (19).

Il me semble que ce rapport culturel et institutionnel est susceptible de changement. Si la durée d'études en droit dépend d'un rapport - de maîtrise - entre professeurs et étudiants, celui-ci n'est pas immuable. Le bon sens nous indique que nous inculquons les comportements que nous donnons comme modèles. Je voudrais suggérer par là que les étudiants en droit - en France - sont souvent dociles, voire « soumis, (20) » puisque, au moins ou en partie, on les traite ainsi. Par conséquent, les étudiants manquent souvent d'autonomie et d'initiative. Ce faisant, nous avons crée une attente des étudiants, qu'ils revendiquent ensuite comme solution de facilité. Toutefois, nous pouvons facilement modifier le rapport entre professeur et étudiant si nous le désirons. Le professeur n'est plus indispensable - l'était-il auparavant ? - ni ses ouvrages. Les étudiants n'ont pas besoin d'aller en cours si le professeur lit son traité ou son manuel (21). En revanche, les enseignants (22), n'étant pas simplement un puits de connaissances, ont, ou devraient avoir, des compétences hors commun, dont les étudiants ont besoin. Dorénavant, nous devrions réfléchir comment transformer la matière brute du droit en matière digeste pour que celle-ci devienne attirante et saisissable. On propose donc de mettre l'accent davantage sur l'outillage du raisonnement juridique et sur la transmission du discernement (savoir-faire) que sur les connaissances et le savoir juridique en tant qu'objet. L'enseignement n'est pas simplement le transfert des connaissances et du savoir et, à partir de là, on comprend qu'on doit et peut partager cette métamorphose afin de donner plus de place à l'écoute, à l'échange et au respect d'autrui réciproque : cela appartient autant aux enseignants qu'aux étudiants (23).

En proposant de diminuer la durée d'études, on obligera les étudiants à grandir et à mûrir plus vite. L'étudiant est capable d'avoir sa propre opinion dès son premier jour à l'université. L'enseignement universitaire n'est pas - et ne devrait pas être - exclusivement dogmatique et techniciste ou « technologique », à l'instar de l'image monolithique peinte par ses détracteurs (24). Nous devons encourager les étudiants à aiguiser leurs opinions et leurs argumentations (25), ainsi qu'à développer plus d'autonomie et d'initiative personnelles.

On a compris que le temps n'est pas suffisant pour tout apprendre. La prémisse qu'on va tout apprendre est un leurre, donc mieux vaut passer moins de temps à apprendre, mais en apprenant mieux...

II. Moins c'est mieux : la qualité prévaut

Moins peut aussi vouloir dire mieux : comme dit l'adage c'est la qualité et non la quantité qui compte. Ce n'est pas tant quoi, mais comment on apprend qui importe, et ceci du point de vue de l'enseignant et de l'étudiant. Dans les pays de *common law*, la formation des juristes se résume par une consigne simple : *« think like a lawyer »*, ce qui est intéressant car déjà la formation professionnelle est intrinsèque à la formation universitaire, et ceci pour des raisons historiques. Rappelons que les étudiants en chimie ne se disent pas être des chimistes, ceux en philosophie ne sont pas des philosophes non plus, mais il semblerait que ceux en droit sont des juristes... en devenir. C'est pourquoi il faut apprendre à penser comme une, ou un, juriste (26).

Voici trois idées pédagogiques concrètes pour améliorer la qualité de l'apprentissage, avec la contrainte temporelle. Mes propositions sont simples : nous devrions enseigner moins de matières (1), faire moins d'heures de cours (2) et enseigner moins ou autrement (3).

1) Moins de matières

Pour les raisons expliquées ci-dessus, je crois qu'il faille réduire le nombre de matières que nous enseignons actuellement, ce qui sera nécessaire si la durée des études est moins longue. En réduisant le nombre de matières, d'autres effets positifs suivront, car cela pourrait améliorer la qualité et la profondeur de l'apprentissage. Cela impliquera moins de bourrage de crâne, moins d'apprentissage mécanique et routinier par coeur, moins de fragmentation (27) et de cloisonnement de matières - et

par là même, plus de cohérence dans les diplômes. Nous convenons tous que la semestrialisation, en réduisant le nombre d'heures par matières, a empiété sur le temps nécessaire pour assimiler une matière, alors que la courbe d'apprentissage requiert un temps ou un processus de digestion. Cependant, il ne suffit pas de déplorer la situation actuelle(28), mon propos se voulant plus constructif.

En France, un étudiant en licence en droit étudie beaucoup de matières. Par exemple, à l'École de droit de la Sorbonne(29), un étudiant en première année de licence (L1) fait huit matières par semaine et par semestre. En deuxième année (L2), le labeur de l'étudiant atteint une moyenne de sept matières et demi par semaine et par semestre, pour diminuer en troisième année (L3) à sept matières par semaine et par semestre. Cela fait seize matières par an en L1, quinze matières en L2 et quatorze matières en L3(30) ! À cet égard, nous pouvons noter, à titre de comparaison seulement, que les études en droit anglais, que l'on peut suivre en Angleterre et au Pays de Galles(31), comportent environ huit matières fondamentales pendant la licence(32). Souvent, les étudiants suivent ces matières appelées « du noyau » pendant leurs deux premières années, suivies par une troisième année de matières exclusivement facultatives(33). En moyenne, les étudiants apprennent quatre matières par année, soit deux par semestre(34). En Angleterre, les étudiants étudient douze matières sur trois ans, contre quarante-cinq matières en France, c'est-à-dire trois et demi fois plus.

Après ce tour comparatif très sommaire, il va de soi que le système anglais ne vise ni l'exhaustivité ni l'exclusivité de transmission de savoir juridique à la faculté de droit. Si les étudiants étudient moins de matières, ils les approfondissent davantage. De plus, ayant acquis une vision moins parcellaire, les étudiants seraient capables de faire des liens entre les matières, ce qui me paraît vital.

En favorisant la quantité par la multiplication de matières et de spécialisations, l'enseignement du droit en France me semble rencontrer trois écueils. Premièrement, le morcellement de matières ne permet pas aux étudiants d'assimiler véritablement les connaissances. Combien d'enseignants ont eu l'expérience de se rendre compte que les étudiants ne se souviennent pas de sa matière une fois apprise et recrachée lors de l'épreuve finale ? Deuxièmement, la fragmentation de matières cloisonne la compréhension cognitive. Combien d'enseignants constatent que les étudiants, submergés par la masse de transmission de connaissances, n'arrivent pas à articuler les matières entre elles ? Troisièmement, cet enseignement du droit est néfaste - et pour les étudiants et pour le droit. Quelle représentation du droit(35) véhiculons-nous si les matières universitaires ne correspondent aucunement à la réalité sociale(36) ? Voulons-nous vraiment produire des juristes schizophrènes(37) ? La spécialisation et l'éclatement de matières les rendent encore plus abstraites renforçant le gouffre entre *law in books* et *law in action* décrié il y a fort longtemps par Roscoe Pound en 1910(38). Ainsi, les étudiants ne parviennent pas à acquérir les outils - et les savoir-faire - fondamentaux : hiérarchiser, discerner(39), analyser et critiquer.

La première proposition ayant diminué le nombre de matières, la deuxième vise à réduire le nombre d'heures de cours.

2) Moins d'heures de cours

Si on accepte d'enseigner moins de matières pendant la licence en droit, les étudiants auront en conséquence moins d'heures de cours. Actuellement, un étudiant en licence en France passe entre 22 heures et 24 heures hebdomadaires, selon l'année des études(40), en cours magistraux et travaux dirigés ensembles(41). À titre de comparaison, en Angleterre, un étudiant passe environ 12 heures, calculées comme des *« contact hours »*, pour suivre les cours et les séminaires et parfois, selon l'encadrement universitaire, les tutorats(42). Il est évident qu'en plus d'heures passées en cours, le travail hebdomadaire des étudiants se cumule avec le travail personnel d'assimilation et de préparation. À l'université d'Oxford, par exemple, un étudiant étudie 11/2 du volume (de deux matières) par trimestre et par semaine, accompagné par des tutorats *(« tutorials »)* individuels, ou en binôme, de 1 à 2 heures par semaine. Parfois, les matières en tutorat sont augmentées par des séminaires. De plus, l'étudiant suivra trois matières par trimestre (et par semaine) en cours magistraux, ce qui veut dire les deux matières à tutorat plus une troisième en amont pour le trimestre suivant, ce qui revient à un

volume hebdomadaire de 6 à 10 heures. Cela veut dire qu'au total un étudiant va avoir douze heures de cours magistraux et de tutorat ou de séminaires hebdomadaires. Ces calculs ont été faits pour imaginer le travail hebdomadaire des étudiants, par rapport aux 35 heures des salariés. En plus de la quantité de cours s'ajoute la question du rythme de l'année universitaire, qui est un facteur très important. En France, la durée d'un semestre est de douze semaines en général. À titre d'exemple, à l'École de droit de la Sorbonne, on enseigne pour douze semaines du semestre et par conséquent un cours vaut généralement 36 heures au total en licence. Notons qu'à l'École de droit de Sciences Po on pratique le semestre de quatorze semaines, commun en Amérique du Nord. Dans les établissements qui pratiquent un semestre plus long, le volume s'accroit en conséquence. À titre de comparaison, à la faculté de droit, université McGill, une matière se divise en deux cours de 3 heures hebdomadaires pendant 13 semaines, soit un total de 39 heures. Un étudiant en droit fera généralement cinq matières par semestre, soit 15 heures de cours hebdomadaire. En Angleterre et au Pays de Galles, l'année universitaire est également découpée en deux semestres de 12 semaines, à part certaines universités qui découpent en trimestres de huit semaines, telles à Oxford, Cambridge et London School of Economies. Tous ces facteurs jouent sur le processus de digestion de matières et affectent, par exemple, le temps disponible entre la fin du cours et les examens pour assimiler et s'approprier les connaissances, etc.

Je pense qu'il faut diminuer le nombre d'heures de cours pour réajuster l'équilibre actuel et pour attribuer aux étudiants plus de travail personnel et autonome. Si on renforce le travail préparatif avant toute rencontre pédagogique, on met en marche les fonctions cognitives que l'on qualifie en ternies didactiques de *« active learning* (43) ». Des nouvelles méthodes évoluent dans ce sens, grâce aux technologies permettant de diffuser des cours et des vidéos en ligne, notamment à travers la méthode dite « classe inversée (44) ». Ainsi, l'étudiant apprendrait à travailler de manière autonome en le faisant, ce qui est essentiel pour sa vraie compréhension.

En diminuant le nombre d'heures de cours pour les étudiants, je ne propose pas que les enseignants aient moins d'heures de travail. Sans entrer dans les aspects logistiques, organisationnelles et budgétaires, je suggère qu'on envisage moins d'heures de cours comme un nouveau principe majeur. Les étudiants n'ont pas besoin d'être en cours du matin au soir tous les jours pour (bien) apprendre. Ils doivent apprendre autrement et pas exclusivement en présence de l'enseignant. À titre d'exemple, les étudiants en magistère à l'École de droit de la Sorbonne, filière sélective d'excellence à partir de la troisième année, n'ont pas 24 heures hebdomadaires, comme le reste de leurs camarades, mais 30 heures (45) ! Nous avons déjà relevé qu'un étudiant en droit en Angleterre, dans une faculté sélective renommée, telles les universités d'Oxford, de Cambridge ou de Londres, passe environ 12 heures en cours par semaine. Pourquoi la filière d'excellence à l'École de droit de la Sorbonne se traduit par plus d'heures et de présence en cours ? Cette vision étriquée semblerait dire qu'on n'apprend qu'en cours et que le bourrage de crâne formerait les meilleurs juristes, ce qui reste à démontrer.

Les propositions de diminuer le nombre de matières et le nombre d'heures correspondant en cours englobent une idée maîtresse, liée à la méthode d'enseignement pratiquée.

3) Enseigner moins ou autrement

Albert Einstein est réputé avoir remarqué qu'il n'enseignait pas mais tentait de créer des conditions d'apprentissage pour ses étudiants (46). Peut-être Einstein était-il un génie et non un bon professeur : c'est possible. Cependant, cette affirmation me semble révélatrice. Selon la tradition anglo-américaine, on envisage les universités comme des lieux où les étudiants apprennent à apprendre : le point focal est donc sur la méthode et non sur le contenu, en l'espèce l'objet du savoir juridique. En effet, je suggère qu'on doive déplacer le curseur du contenu de connaissances à transmettre vers une méthode d'apprentissage expérientiel et actif, en motivant davantage les étudiants à apprendre par eux-mêmes. Si on met l'accent davantage sur l'apprentissage des étudiants, on enseignera moins, au sens classique, ou tout autrement. Voici donc la subversion que je propose : un renversement de l'ordre réactionnaire. Il est temps de bouleverser la façon dont on envisage le savoir juridique, l'apprentissage et l'enseignement du droit, pour se diriger vers une éducation juridique.

À partir du moment où on ne conçoit plus la transmission du savoir juridique comme étant la clé de voûte de l'enseignement du droit, les fondations du système s'écroulent. Je ne dis rien de neuf, car la

pédagogie centrée sur la transmission de connaissances est considérée comme obsolète dans la plupart des domaines depuis fort longtemps (47). Je crois sincèrement qu'il faille mettre l'accent beaucoup plus sur la méthode et le raisonnement du droit que sur les connaissances comme propre objet de transmission. Il s'agirait plutôt d'une question d'apprentissage ; si on exige moins quantitativement, l'étudiant apprendra plus et mieux (48). Et si on imaginait le corps enseignant comme une aide pour les étudiants afin d'acquérir et de développer des compétences et des savoir-faire, plutôt que de transférer des connaissances pures (49) ? C'est pourquoi j'ai parlé de méthodes d'éducation, du comment on enseigne, au lieu de parler de ce que l'on enseigne : cela nous permet de donner une nouvelle signification au savoir juridique dont le savoir-faire est une partie intrinsèque. Pour bien former les juristes de toutes sortes, je pense qu'il faut davantage faire travailler le raisonnement, l'argumentation, la rhétorique, la négociation, la médiation...

Par exemple, lorsque j'enseigne le droit anglais, je fais plaider les arrêts phares d'une matière par les étudiants afin de leur permettre de vraiment comprendre et apprendre le raisonnement et les règles de droit sur le thème donné. Cet exercice a plusieurs avantages : les étudiants travaillent en groupe et collaborent ; ils n'apprennent pas dans l'abstrait mais comprennent concrètement les tenants et les aboutissements du litige ; ils perfectionnent leurs expressions orale et écrite ; ils jouent des rôles (50). Dans chaque groupe de trois étudiants, l'un prend le rôle du demandeur, l'autre du défendeur et le dernier du juge. Ils apprennent donc à jouer l'avocat du diable et mettre la réversibilité de l'argumentation en oeuvre. Ce faisant, ils relativisent le savoir juridique et apprennent activement comment utiliser l'analyse et le discernement en droit.

Voici une suggestion, on pourrait en lister bien d'autres, pour faire face à un public qui a des difficultés à lire attentivement, à hiérarchiser les sources, à renverser les arguments, car apprendre la règle par coeur induit une incapacité à la relativiser ou à l'instrumentaliser. En somme, il faut chasser le spectre du « dogmatisme technologique » (51) et rendre nos étudiants plus opérationnels, plus dynamiques et actifs dans leur propre apprentissage. Je ne peux pas tout résoudre ici mais voici quelques propositions face à ces obstacles pédagogiques que nous rencontrons tous. Je crois sincèrement qu'on doit obliger les étudiants à lire en amont avant de venir en cours magistraux. En lisant tout seul avant de venir en cours, afin de pouvoir suivre le cours, l'étudiant s'approprie le texte, et ce faisant se pose des questions. Selon la mentalité juridique de la *common law*, le bon juriste est celui qui sait poser les bonnes questions (52). En devenant plus autonome, l'étudiant deviendra plus critique : les deux allant de pair. Dans le souci d'éviter de former des techniciens purs, on a besoin d'éveiller les capacités analytiques et critiques des étudiants. On pourrait également lire davantage pendant les cours (53), pour analyser et décoder la langue des textes. Ainsi, on pourra se concentrer mieux sur un corpus plus réduit mais avec des résultats supérieurs, ce qui constitue en quelque sorte une vision plus cartésienne.

De surcroît, il faut surtout initier les étudiants à la méthodologie juridique - s'il y en a une - concrètement, en la reliant à une pratique active. Nous pourrions chercher activement en cours comment trouver les sources, discerner celles qui sont utiles et pertinentes, apprendre à faire les catégories en les hiérarchisant... Ainsi, on implémentera ce que les didactiques appellent un mode d'apprentissage « expérientiel et actif (54) ». Il faut imaginer plus et plus souvent des petits exercices en cours, à faire en petits groupes, ce qui est déjà pratiqué dans les grands amphithéâtres en matières scientifiques, par exemple. Si on applique l'apprentissage immédiatement, cela facilite beaucoup la qualité et la longévité de la compréhension cognitive. Nos pratiques pédagogiques sont pour la plupart trop abstraites et insuffisamment contextualisées. Si on rend les cours magistraux plus interactifs, on permettra aux étudiants de devenir plus actifs dans leur apprentissage, plus engagés dans ce qu'ils font, donc plus motivés et plus autonomes.

Ainsi, avec une meilleure qualité d'apprentissage progressif et plus en profondeur, des attitudes et des pratiques qui rendent les étudiants plus autonomes, plus actifs, plus motivés, des effets bénéfiques apparaîtront, notamment sur le plan humain. Un étudiant plus curieux et enthousiaste apprendra mieux, car la motivation est imbriquée dans la compréhension de la matière. Un étudiant motivé a plus de chance de réussir et par là on pourra éviter ou diminuer l'énorme gâchis en termes humains vécu par trop d'étudiants en France qui échouent à leurs examens (55). Mon propos n'est pas naïf : je ne propose ni de réduire la qualité ni l'ambition des exigences. Je souhaite que les étudiants s'épanouissent

en faisant des études de droit et qu'ils n'aient ni le sentiment d'être enfermés mentalement ni d'être brisés par l'échec(56).

Après avoir réduit la quantité de matières et d'heures, tout en ayant amélioré la qualité de l'apprentissage, j'arrive à ma conclusion : moins c'est plus. Pour conclure, ma dernière proposition est potentiellement la plus subversive et sans doute la plus utile. Je souhaite que les étudiants en droit aient une ouverture intellectuelle plus édifiante que le droit tout seul, arrêtons de n'enseigner que du droit. Ma réflexion pédagogique est ainsi épistémologique et critique. Je propose donc une ouverture plurielle, diversifiée et personnelle. Je pense qu'il faut donner plus de confiance aux étudiants pour qu'ils se libèrent et s'épanouissent. Qu'ils deviennent plus créatifs et talentueux.

En ayant dégagé de l'espace et du temps, mon espoir - mon objectif - est de permettre aux étudiants à se développer par eux-mêmes. Qu'ils cultivent leur curiosité et développent leurs expériences personnelles. Qu'ils voyagent - pour de vrai et/ou intellectuellement - pour s'ouvrir à d'autres études d'humanités (et autres), afin de comprendre les facteurs historiques, philosophiques, politiques, économiques, sociologiques, linguistiques, culturels, littéraires, esthétiques...(57) du droit.

Nous - les juristes - mettons les limites à la pensée et au savoir juridique, qui ne sont rien d'autre qu'une construction intellectuelle. Remodelons le savoir juridique avec imagination et subversivement, en ouvrant les horizons intellectuels des juristes en devenir à une approche critique(58) ! Voici donc quelques propositions subversives(59) pour faire moins de droit...

Mots clés :
JUSTICE * Justice

(1) E. Jabès, *Le petit livre de la subversion hors de soupçon*, Gallimard, 1982, p. 12.

(2) R. Browning, Andrea del Sarto (called « The Faultless Painter »), paru in *Men and Women*, Chapman and Hall, 1855.

(3) En Angleterre et au Pays de Galles - on fait trois ans de droit *(Bachelor of Laws*, « LL.B ») équivalent à une licence. Aux États-Unis, ou au Canada, pour la plupart (exception faite pour le Québec), le droit est un diplôme post gradué *Juris Doctor* (« JD »), également d'une durée de trois ans, c'est-à-dire après une licence dans une autre discipline universitaire.

(4) V. C. Atias, *Épistémologie juridique*, Dalloz, 2002, qui a mené une enquête critique sur le savoir juridique.

(5) V. P. Jestaz et C. Jamin, *La doctrine*, PUF, 2004.

(6) V. R. Sefton-Green, « Introduction », *in* R. Sefton-Green (dir), *« Démoulages : du carcan de l'enseignement du droit vers une éducation juridique »*, Société de législation comparée, 2015, pp. 17-24.

(7) M. Vogliotti, « L'urgence de la question pédagogique pour le droit postmoderne », *RIEJ* 2014.72, pp. 73-85.

(8) V. J. P. Dawson, *The Oracles of the Law*, Ann Arbor, 1968. L'attribution est empruntée à. W.

Blackstone, *Commentaires on the Laws of England*, vol I, (Oxford : Clarendon Press, 1765, facsimile version Legal Classics Library, 1983), Section III, § 69, qui a appelé les juges « *the depositaries of the laws, the living on oracles* ».

(9) Sur la passivité et l'irresponsabilité, v. la subordination des étudiants, v. J.-J. Gleizal, « L'enseignement du droit dans la formation sociale française », *in* M. Bourjol, P. Dujardin, J.-J. Gleizal, A. Jeammaud, M. Jeantin, M. Miaille et J. Michel, *Pour une critique du droit : du juridique au politique*, Maspero & Presses universitaires de Grenoble, 1968, pp. 69-113 not. pp. 79-80 ; 99s ; R. Encinas de Munagorri, « Quelle critique pour l'enseignement du droit ? » *Clio@thémis*, n° 5, 2012, n° 22s.

(10) V. pour une étude sur l'apprentissage expérentiel en général, J. Chevrier et B. Charbonneau, « Le savoir-apprendre expérientiel dans le contexte du modèle de David Kolb », *Revue des sciences de l'éducation*, 2000.26(2), 287-324 ; en droit, v. par exemple, G. F. Hess, « Seven principles for good practice in Legal Education : Principle 3 : Good Practice Encourages Active Learning, » 49 (3), *Journal of Legal Education*, 367, 1999.

(11) C. Jamin, *La cuisine du droit, l'École de Sciences Po, Une expérimentation française*, Lextenso 2012.

(12) *Idem* p. 171s.

(13) B. Z. Tamanaha, *Failing Law Schools*, Chicago University Press, 2012.

(14) Pour une critique du double profil proposé par Tamanaha, qui s'appuie sur une vision étroite du marché, v. B. G. Garth, « Crises, crisis rhetoric, and competition in legal education : a sociological perspective on the (latest) crisis of the legal profession in legal education », 24 *Stanford Law & Policy Review*, 503-531, 2013. Le double profil consisterait, d'une part, d'un JD de trois ans pour les *law schools* dans la *Ivy League* ; d'autre part, de celui de deux ans pour les *law schools* moins renommées, ce qui renforcerait les discriminations et les clivages existants.

(15) À ce propos, on sait qu'aucun système juridique a adopté volontairement la *common law*, compte tenu, entre autres, des difficultés d'accès aux sources.

(16) M. Foucault, *L'ordre du discours*, Gallimard, 1971.

(17) C. Atias, *loc. cit.*, passim.

(18) V. le manifeste en préface in M. Bourjol, P. Dujardin, J.-J. Gleizal, A. Jeammaud, M. Jeantin, M. Miaille et J. Michel, *loc. cit. ;* M. Miaille, Une *introduction critique au droit. Textes à l'appui*, François Maspéro, 1976.

(19) F. H. Lawson, *The Oxford Law School* 1860-1965, Clarendon, 1968.

(20) J.-J. Gleizal, *loc. cit.* ; R. Encinas de Munagorri, *loc. cit.*

(21) V. O. Moreteau, *Le juriste français : entre ethnocentrisme et mondialisation*, Lextenso, LGDJ 2014.

(22) J'utilise le terme générique « enseignant » qui englobe tous les enseignants universitaires, tous statuts confondus.

(23) V. R. Sefton-Green, Conclusion, *in* R. Sefton-Green (dir.) *Démoulages : du carcan de l'enseignement du droit vers une éducation juridique*, Société de législation comparée, 2015, pp. 233-255.

(24) V. C. Jamin, *loc. cit.* Cette vision est critiquée pour être un peu trop « monolithique », v. P. Ancel, Compte rendu [de l'ouvrage] de C. Jamin, *La cuisine du droit*, RTD Civ. 2013. 212 ; *adde* C. Jamin et M. Xifaris, « De la vocation pour les facultés de droit (françaises) de notre temps pour la science et l'enseignement », *RIEJ* 2014.72, 107-140, not. p. 135.

(25) V. la jolie expression de Hervé Crozé, qui se réfère au « labyrinthe d'argumentations », *in* H. Crozé et C. Jamin, JCP Ed. G, 2012, « Formation des juristes ; dialogues entre cuisinier et gastronome », *JCP* Ed G. 2012, 928 ; H. Crozé et C. Jamin, « Formation des juristes 2 : échange électronique avec un schizophrène juridique », *JCP* Ed G. 2013, 433.

(26) R. Sefton-Green, « Le regard d'une juriste du *common law* sur les disciplines en droit », *in* F. Audren et S. Barbou des Places (dir.), *Qu'est-ce qu'une discipline juridique ? Fondations et recompositions des disciplines dans les facultés de droit*, Lextenso, à paraître.

(27) Cette critique est loin d'être neuve, v. par exemple, J.-J. Gleizal, *loc. cit.*. ; et plus récemment, O. Moreteau, « Bilan de santé de l'enseignement du droit en France », *in Le juriste français entre ethnocentrisme et mondialisation*, Dalloz, 2014, chap. 4, pp. 55-84.

(28) O. Beaud et R. Libchaber, « Où va l'université - les chemins de liberté », *JCP* Ed G. 2014, 1264.

(29) Université Paris 1 - Panthéon - Sorbonne, disponible au <http;//ecolededroitdelasorbonne.univ-paris1.ft/> (consulté le 8 sept. 2017).

(30) Un descriptif sommaire des cours pour les trois années de licence se trouve dans « Maquettes Licence en droit 2014-2018 CFVU du 04.06.2015 » disponible au <https ://www.univ-paris1.fr/jp/ufr/ufr26/> sous la rubrique « Documents officiels » (consulté le 12 sept. 2017).

(31) Le droit anglais englobe l'Angleterre et le Pays de Galles ; le droit écossais étant distinct est enseigné en Écosse et ne fait pas partie de cette étude. V. pour une introduction générale, A. Guigue et R. Sefton-Green, *Royaume-Uni : Angleterre & Pays de Galles*, Jurisclasseur, Droit comparé, Lexis-Nexis, 2015.

(32) Ces matières fondamentales consistent en les matières suivantes : le droit public (parfois sous-divisé en droit constitutionnel et administratif, parois non), le droit des contrats, le droit de la responsabilité civile *(« torts »)*, le droit pénal, le droit des biens, le droit des *« trusts »*, le droit européen, y compris parois les droits fondamentaux, la philosophie du droit et parois le droit romain.

(33) Par exemple, à la Dickson School of Law, Kings College, London, un étudiant en LL.B. fait quatre matières fondamentales en première année, trois matières fondamentales, plus une matière facultative en deuxième année et une matière fondamentale et trois matières facultatives en troisième année. Une description sommaire du programme est disponible au <https;//www.kcl.ac.uk/study/undergraduate/courses/law-llb.aspx> consulté le 11 sept. 2017. À l'University College of London, un étudiant en LL.B. étudiera au même rythme, c'est-à-dire 12 matières au total dont huit obligatoires, soit quatre matières par an. Une explication de la structure du programme est disponible au <https://www.laws.ucl.ac.uk/study/undergra-duate/llb-degrees/> consulté le 12 sept. 2017.

(34) Comme déjà indiqué, il est commun pour un étudiant en LL.B. d'étudier deux matières par semestre ; à l'université d'Oxford, l'année universitaire est divisée en trimestres et l'étudiant, préparant *la Bachelor of Arts in jurisprudence* (équivalent au LL.B) fera une matière et demi par trimestre en première année, avec un rythme qui s'accélère, v. le descriptif disponible au <https://www.law.ox.ac.uk/admissions/undergraduate/ba-jurisprudence> consulté le 12 sept. 2017. À l'université de Cambridge, qui pratique également des trimestres, un étudiant étudie cinq matières par an, v. le descriptif du programme disponible au <http://www.undergraduate.study.cam.ac.uk/courses/law> consulté le 12 sept. 2017.

(35) V. C. Atias, *Épistémologie juridique*, Dalloz, 2002 ; A. Bailleux, « Quelle formation pour quel juriste et pour quel droit ? Libération et responsabilisation de l'étudiant bruxellois », *in* M. Voliotti, (dir.), *Pour une nouvelle éducation juridique, coll. Logiques juridiques*, Paris, L'Harmattan, à paraître.

(36) V. G. Conrad et J. Lazare, « The Lawyer in context : Reimagining « Legal » Education » in R. Sefton-Green (dir), *op. cit.*, pp. 45-65.

(37) Pour reprendre l'auto-appellation de Hervé Crozé, v. H. Crozé et C. Jamin, 2013, *loc. cit.*

(38) R. Pound, « Law in books and Law in action », 44 *American Law Review* 12, 1910.

(39) Pour une discussion comment faire apprendre la qualité de discernement aux apprentis - qu'ils soient conducteurs de bateaux à vapeur ou juristes, v. P.D. Carrington, « Of Law and the River » 34 *Journal of Legal Education* 222-228,1984.

(40) En L1, un étudiant a une moyenne de 22 heures de cours hebdomadaires, 23 heures 30 en L2, et 24 heures en L3 !

(41) Rappelons qu'à l'École de droit de la Sorbonne, par exemple, une matière obligatoire veut dire 3 heures de cours magistral plus 1h30 de travaux dirigés en général ; une matière facultative compte 3 heures de cours magistraux hebdomadaires.

(42) Aux universités d'Oxford et de Cambridge, un étudiant en droit aura 1 à 2 heures de tutorat individuel ou en binôme hebdomadaire qui exige un travail personnel conséquent.

(43) G.F. Hess, « Heads and Hearts : The Teaching and Learning Environment in Law School » 52 *Journal of Legal Education* 75, 2002, qui énumère sept principes de code de bonne conduite pour l'éducation juridique dont le troisième promeut l'apprentissage actif : « 3. *Encourages Active Learning. Learning is not a spectator sport. Students do not learn much just sitting in classes and listening to*

teachers, memorizing pre-packaged assignments, and spitting out answers. They must talk about what they are learning, write about it, relate it to past experiences, and apply it to their daily lives. They must make what they learn part of them selves. » (p. 85).

(44) A. Upchurch,, « Optimizing the Law School Classroom Through the 'Flipped' Classroom Mode ! » Law Teacher, Fall 2013 disponible au SSRN : <http://ssm.com/abstract=2325195> consulté le 12 sept. 2017 ; P. Sankoff et C. Forcese, « The Flipped Law Classroom : Retooling the Classroom to Support Active Teaching and Learning » Canadian Legal Education Annual Review 2014 disponible au SSRN : <http://ssrn.com/abstract=2402379> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2402379> consulté le 12 sept. 2017.

(45) Par conséquent, les étudiants du magistère étudient dix matières par semestre, au lieu de sept ; la plaquette du MDAE est disponible au <https://www.univ-paris1, fr/diplomes/mdae/> consulté le 12 sept. 2017.

(46) A. Einstein : *« I never teach my pupils. I only attempt to provide the conditions in which they can learn*. » La citation, devenue légendaire, est attribuée à Einstein, mais la première référence publiée se trouve dans D. King, *Training within the organization : a study of company policy and procedures for the systematic training of operators and supervisors*, Social Sciences Handbooks, Tavistock Publishers, 1968, p. 126.

(47) On pourrait relier la prise de conscience de l'insuffisance de la transmission de savoir comme méthode didactique à la crise des universités en mai 1968, par exemple.

(48) Pour trois significations d'apprendre, à savoir i) apprendre que ii) apprendre à et apprendre (intransitivement) v. O. Reboul, *Qu'est-ce qu'apprendre ?* Pour *une philosophie de l'éducation*, PUF, 1980, recensé par G. Avanzini, *Revue française de pédagogie* 1981. 56,79-80.

(49) V. pour un diagnostic critique du système actuel, O. Moreteau, « Bilan de santé de l'enseignement du droit », *in, Le juriste français entre ethnocentrisme et mondialisation*, Coll. Esprit du droit, Dalloz, 2014, pp. 55-81, not. p. 66 s qui propose un jeu celui de « retrousser ses manches et retourner la chaussette ».

(50) Pour une étude sur le rôle de la représentation et du jeu dans l'éducation juridique, v. M. Gren, « Qu'est-ce qu'enseigner le droit ? Réflexions sur une transmission des codes des juristes au service de l'égalité des chances ou comment l'habit ne fait pas le moine mais il fait le juriste », *in* R. Sefton-Green (dir), *op. cit.*, pp. 29-44.

(51) V. C. Jamin et M. Xifaris, *loc. cit*, pp. 113-114, qui proposent à la place un enseignement d'« humanités juridiques ».

(52) V. l'entretien avec Shauna Van Praagh, « Asking Good Questions » disponible au <https ://www.mcgill.ca/lawAea-ching/asking-good-questions> consulté le 12 sept. 2017.

(53) V. B. Latour, *Cogitamus*. Six lettres sur les humanités scientifiques, La Découverte, 2010, pp. 75-106, not. pp. 81s où l'auteur explique l'utilisation du surligneur pour aider les étudiants à décortiquer les différentes strates d'un texte.

(54) K. Trigwell, M. Prosser et F. Waterhouse, « Relations between teachers' approaches to teaching and students' approaches to learning », 37(1) *Higher Education* 57-70, 1999.

(55) Pour un échange récent sur l'opportunité de la sélection à l'entrée de l'université, V. H. Croze et C. Jamin, 2012, *loc. cit*.

(56) Parmi les récits légendaires sur les malheurs d'étudier le droit, on peut évoquer, à titre d'exemple, celui de Flaubert. Pour un récit contemporain, v. R. Encinas de Munagorri, *loc. cit.*, n° 22-30.

(57) V. pour une expérimentation faite à l'University Queen's College, Londres, liant la représentation théâtrale et les arts plastiques à la lecture d'un cas, afin d'aider et de développer le sens du regard et de l'ouïe des étudiants en droit, M. Del Mar, « Learning how to read a case : resources from the visual and dramatic arts » *in* B. van Klink et U. de Vries (dir), *Academic Learning in Law : Theoretical positions, teaching experiments and learning experiences*, Edward Elgar, 2016, pp. 244-266.

(58) C. Atias, *op. cit.*, p. 226 *in fine*.

(59) V. E. Jabès, *op. cit.*, p. 9, qui, en réponse à la question « Qu'est-ce que la subversion ? », suggère : « Peut-être, de la rose qui te fascine, la plus discrète épine. »

Les cahiers de la justice 2017 p.737

Justice en situation - Évolutions récentes dans la profession d'avocat

Karim Berthet, Avocat à la Cour, Docteur en droit.

L'essentiel

Résumé

Il nous est proposé un point sur certaines réformes de la profession d'avocat et sur quelques-uns des débats qui agitent les barreaux et la techno-structure. Partant de la disparition de la profession d'avoué, l'auteur évoque les nouvelles missions que les avocats peuvent maintenant accomplir (fiducie, conseil en investissements, mandataire de sportifs, mandataire d'artistes, mandataire en transactions immobilières). Outre les réformes de l'accès à la profession et de la formation des avocats, une réflexion prospective nous est proposée sur la revendication d'un statut d'avocat pour les juristes d'entreprise. Il est enfin évoqué la perspective d'un avocat correspondant informatique et liberté et acteur des modes amiables de résolution des différends. Cette approche clairement libérale de la profession d'avocat a le grand mérite de mettre en lumière certaines évolutions déjà mises en oeuvre, ou en projet, qui modifie parfois substantiellement ce que devient l'avocature.

Summary

Here we are offered an overview of certain reforms to the law profession and some of the issues being vigorously debated in Bar associations and the technostructure. Starting with the disappearance of the profession of « avoué », the author goes on to discuss the new tasks that lawyers are now allowed to take on (trusts, investment advice, sports agent, performer's agent, property transactions agent). In addition to the reforms relating to access to the profession and legal training, the author considers potential future developments with the claim for full lawyer status for in-house legal experts. Finally, the article considers the prospect of the lawyer as data protection officer or actor in amicable modes of dispute settlement. This

frankly liberal approach to the law profession has the great merit of highlighting some changes that have already been implemented, or that are planned, which in some cases substantially alter the meaning of lawyerdom.

La profession d'avocat est en proie à de nombreux changements et a fait l'objet il y a quelques mois encore de moult débats et polémiques en passant par des grèves à répétition et une refonte de l'accès à la profession.

Et pour cause la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite loi Macron, entrée en vigueur le 1er août 2016, a suscité les plus vives inquiétudes au sein de la profession d'avocat mais également de l'ensemble des professions réglementées (qu'il s'agisse des notaires, des huissiers de justice, des pharmaciens ou des médecins).

Nous reviendrons plus longuement sur cette loi Macron plus en avant de cette étude. Ces changements ne sont que le reflet des profondes mutations qui traversent le monde du droit.

Nous assistons depuis le milieu des années 1980 à une libéralisation constante du droit, ce qui pousse les principaux acteurs concernés à entrer dans une vive concurrence les uns les autres pour finalement se concentrer sous la forme de regroupement des intérêts capitalistiques. Cela amène la profession à repenser son mode de fonctionnement et aussi et surtout à revoir son organisation.

C'est la raison pour laquelle la profession d'avocat a fait l'objet de plusieurs réformes successives :

- la « petite fusion » par la loi du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, qui a réuni les professions d'avocat, d'avoué près un tribunal de grande instance et d'agréé près un tribunal de commerce ;

- la « grande fusion » par la loi du 31 décembre 1990, qui a réuni les professions d'avocat et de conseil juridique ;

- la loi du 25 janvier 2011 portant disparition des avoués devant les cours d'appel ;

- la loi du 28 mars 2011 sur la modernisation des professions judiciaires ou juridiques et de certaines professions réglementées, qui met en oeuvre les préconisations du rapport sur les professions du droit remis au président de la République par la commission présidée par maître Jean-Michel Darrois et qui prévoit de nouvelles dispositions en faveur des avocats.

La création de l'acte contresigné ainsi que celle d'une interprofessionnalité de nature capitalistique sont des préconisations majeures du rapport de la commission Darrois ;

création ensuite d'une interprofessionnalité de nature capitalistique.

La loi du 28 mars 2011 permet aussi aux avocats d'exercer la mission de fiduciaire - la fiducie étant un mécanisme juridique permettant le transfert de patrimoine - traduisant déjà une nouvelle conception de leur rôle.

Les avocats sont désormais autorisés d'exercer, dans le cadre de leur statut, l'activité de mandataires de sportifs et donc de représenter des sportifs. Dans cette perspective, ils peuvent percevoir de leurs clients jusqu'à 10 % d'honoraires sur les montants négociés au nom du sportif qu'ils représentent.

Aujourd'hui, l'avocat peut ainsi exercer à titre accessoire l'intermédiation, donc toutes les prérogatives d'un agent sportif sans avoir besoin d'une licence. Dans l'exercice de cette activité, l'avocat mandataire sportif n'est pas soumis au pouvoir disciplinaire de la fédération puisque, dans le cadre de l'activité d'intermédiation d'agent sportif ou d'avocat mandataire sportif, bien évidemment les contrats négociés doivent être homologués par les fédérations. Également, si une fédération détecte une potentielle

irrégularité, la fédération ne peut que renvoyer au bâtonnier dont dépend l'avocat. La seconde particularité touche au secret professionnel : il existe une entorse à ce principe déontologique puisque l'avocat mandataire sportif doit communiquer pour homologation le contrat à la fédération (1).

Le texte simplifie également le régime des spécialisations des avocats. Intégrée en 1990 à la profession d'avocat, la notion de spécialité n'a pas connu le succès escompté. En 2010, sur environ 52 000 avocats inscrits à un barreau français, on compte seulement un peu plus de 11 000 mentions de spécialisation (2).

Ce texte modifie également la procédure d'arbitrage du bâtonnier et donne un fondement législatif à l'institution du vice-bâtonnier. Les bâtonniers doivent faire face à des tâches toujours plus nombreuses. Pour simplifier le fonctionnement des barreaux, la loi permet aux bâtonniers de déléguer leurs compétences en matière d'arbitrage aux anciens bâtonniers ainsi qu'aux membres et anciens membres du conseil de l'ordre. Elle consacre également au niveau législatif la fonction de vice-bâtonnier, fonction créée suite à une heureuse initiative du barreau de Paris. Le vice-bâtonnier sera élu en même temps que le bâtonnier, dans les mêmes conditions et pour la même durée. Il sera chargé de seconder le bâtonnier dans les tâches de plus en plus nombreuses et de plus en plus lourdes qui lui sont confiées (3).

Enfin, ce texte facilite le travail en commun entre les avocats français et ceux des autres pays de l'UE. La loi favorise ainsi l'exportation des cabinets d'avocats en leur permettant de s'associer avec des avocats exerçant dans un autre État membre de l'Union européenne.

Force est de constater que les règles de la profession sont sujettes à de nombreuses évolutions ; aussi, qu'on le veuille ou non, devons-nous nous adapter en permanence à ces nouveaux changements. Comme dirait Shakespeare, *ce qui ne peut être évité, il faut l'embrasser*.

Cela étant dit, doit-on rester fidèle à une vision archaïque de notre métier datant de la fin du XIXe siècle que je qualifierais pour ma part de combat d'arrière-garde ou de dépassée plutôt que de s'adapter en permanence à l'évolution de notre temps et être à l'avant-garde des progrès et de la modernité de notre société ? Le réseau privé virtuel des avocats (RPVA), à cet égard, est un bel exemple d'adaptation de notre profession aux NTIC.

Il reste que, sous couvert de marchandisation du droit, notre métier ne doit jamais perdre de vue ce qui fait toute sa noblesse, à savoir la défense des libertés. C'est pourquoi l'offre de services juridiques à un client ne peut se limiter à une simple relation de producteur de droit à consommateur, cela serait faire fi de ce qui constitue notre engagement moral envers lui, engagement qui lui confère la garantie de la qualité de notre prestation.

Si l'avocat joue un rôle de rempart contre toute forme d'atteinte aux libertés dans notre société en tant qu'auxiliaire de justice, il n'en demeure pas moins également un entrepreneur car ce dernier exerce bel et bien une fonction commerciale avec tous les risques financiers qu'une telle entreprise comporte.

Le métier d'avocat est un métier particulièrement exigeant aussi bien sur le plan économique (vivre du métier) que pour la teneur et l'exercice de ses fonctions (garantie des droits du justiciable et qualité des services rendus).

Dès lors, le droit à l'accès au droit ou le droit au droit est jugé suffisamment fondamental pour que cette tâche soit confiée à un professionnel dûment formé et doté d'une déontologie exigeante, dont l'ordre professionnel garantit qu'il va fournir la meilleure prestation possible, sans abuser de l'avantage que lui confère sa position (4). Nous devons en permanence garder à l'esprit ce qui constitue la base de notre métier, à savoir : l'engagement de servir l'État de droit, la justice, de promouvoir les droits de l'homme et du citoyen et l'accès au droit et à la justice.

En tout état de cause, la profession d'hier n'est pas la profession d'aujourd'hui et encore moins celle de demain. En effet, de profondes mutations l'accompagnent et celle-ci doit s'adapter en permanence à de nouvelles exigences.

Qu'il s'agisse des nouvelles règles du marché, des règles de l'Union européenne, des exigences d'innovation, de la réforme de la formation ou encore de stratégies professionnelles revisitées, toutes ces évolutions participent de la refonte complète des règles d'organisation de la profession, de son statut, de ses usages.

Il est donc primordial pour nous professionnels du droit, de cerner les contours de l'exercice de la profession d'avocat, fruit d'une longue évolution (I), avant de s'intéresser aux perspectives d'avenir de celle-ci au regard des exigences nouvelles auxquelles elle doit faire face, tout en veillant au bon respect des questions déontologiques de base (II).

I. Les évolutions nécessaires de l'exercice de la profession

La nouvelle profession d'avocat a fait l'objet d'une refonte complète de son organisation. Cette évolution s'est traduite par deux changements majeurs : d'une part, l'importante fusion entre les avocats et les avoués (1), d'autre part, les modifications incessantes des conditions d'accès à la profession d'avocat (2).

A] La disparition de la profession d'avoué au bénéfice de la profession d'avocat

La disparition, depuis le 1er janvier 2012, de la profession d'avoué à la cour fusionnant avec celle de la profession d'avocat marque le début d'une nouvelle ère pour les avocats.

Pour rappel, l'avoué était un officier ministériel chargé devant les cours d'appel d'effectuer tous les actes nécessaires à la procédure, de faire connaître les prétentions de son client et de conclure en son nom.

Les avoués étaient nommés par le garde des Sceaux et prêtaient serment devant la cour d'appel.

Au 1er janvier 2011, il y avait 444 avoués regroupés en 235 offices (SCP ou offices individuels) qui employaient 2 100 salariés (5).

Une première réforme avait entraîné en 1971 la fusion entre les avocats et les avoués de première instance.

Cette dernière réforme n'est que le prolongement de la première et provient des préconisations du rapport « Attali » du 23 janvier 2008, lequel estimait que : *dans l'immense majorité des cas, les avoués ne rédigent plus des conclusions devant les cours d'appel, leurs honoraires sont fixés en fonction du montant du litige et sont perçus indépendamment de l'issue de la procédure, ce qui crée un surcoût artificiel à l'accès à la justice*, et que *leur valeur ajoutée par rapport aux avocats est de plus en plus difficile à justifier pour les justiciables*

Il faut également signaler ici que cette réforme s'inscrit dans le prolongement de la directive « Services » adoptée par l'Union européenne le 12 décembre 2006, organisant la libre prestation des services en abolissant les monopoles et en ouvrant les professions réglementées à la concurrence.

La distinction entre avoué et avocat n'a donc plus lieu d'être de nos jours et c'est finalement une bonne chose, puisque cette réforme a permis d'apporter au justiciable une clarification des règles de représentation devant les juridictions tout en simplifiant la procédure et en permettant au justiciable d'être représenté par un seul auxiliaire de justice tant en première instance qu'en appel.

Le décret n° 2012-634 du 3 mai 2012 relatif à la fusion des professions d'avocat et d'avoué a mis un point final à tous les débats qui avaient pu entourer le projet de fusion entre les deux professions.

L'avoué est désormais définitivement supprimé. Tous les textes faisant référence au terme « avoué » sont remplacés par le terme « avocat ». Néanmoins, la chambre nationale des avoués n'a définitivement disparu que depuis le 1er janvier 2015, date à laquelle son patrimoine a été transféré au Conseil national des barreaux.

Il faut encore noter que le coût de cette réforme est directement financé par... le justiciable ! Celui-ci doit en effet débourser la somme de 150 euros pour toute procédure d'appel, et ceci jusqu'en 2032 environ !

En tout état de cause, la nouvelle profession d'avocat a donc absorbé et finalement fait sienne les anciennes compétences historiquement dévolues aux avoués près les cours d'appel.

Du reste, si la profession d'avocat a effectivement vu son champ de compétences élargi en matière de procédure civile d'appel, elle se caractérise également par ses incessantes modifications quant aux conditions d'accès à la profession.

B] Des conditions d'accès à la profession d'avocat sans cesse modifiées

Les articles 11 et suivants de la loi du 31 décembre 1971 énumèrent les conditions requises à l'accès à la profession d'avocat. Cette loi a été modifiée par la loi du 31 décembre 1990 ainsi que par le décret du 27 novembre 1991.

La loi prévoit ainsi qu'en principe nul ne peut accéder à la profession d'avocat s'il ne remplit pas certaines conditions de nationalité, de compétence (à savoir l'obtention d'une maîtrise en droit ou d'un titre équivalent, du suivi d'une formation théorique et pratique, et être titulaire du CAPA), de moralité.

Toutefois, force est de remarquer que les conditions d'accès à la profession ne sont pas les mêmes pour tous les impétrants et c'est un point sur lequel il est intéressant de s'y attarder.

En effet, il suffit de rappeler que l'article 98 du décret de 1991 prévoit des exceptions à ces conditions protectrices en ce qu'il dispose notamment que :

Sont dispensés de la formation théorique et pratique et du CAPA, les fonctionnaires et anciens fonctionnaires de catégorie A, ou des personnes assimilées aux fonctionnaires de cette catégorie, ayant exercé en cette qualité des activités juridiques pendant huit ans au moins, dans une administration ou un service public ou une organisation internationale.

a) Le décret passerelle du 3 avril 2012 et son contenu

Il faut savoir que, jusqu'à la promulgation du décret n° 2012-441 du 3 avril 2012, relatif aux conditions particulières d'accès à la profession d'avocat, le fonctionnaire, souhaitant bénéficier d'une dispense à la formation d'avocat, devait avoir réellement exercé des tâches juridiques pendant au moins huit ans, du moins à titre principal.

Le 26 janvier 2012, le ministère de la Justice a transmis au Conseil national des barreaux, organe représentatif des intérêts de la profession, un projet de décret réformant les règles d'accès à la formation d'avocat et instituant une « passerelle professionnelle » en faveur des membres du gouvernement ainsi que des députés et sénateurs et leurs assistants et collaborateurs parlementaires. Par la suite, de manière très discrète (en d'autres termes sans consultation aucune des organes représentatifs de la profession), et dans un minimum de temps le décret du 3 avril 2012 est venu modifier le décret du 27 novembre 1991 relatif à l'organisation de la profession d'avocat.

Ce décret du 3 avril 2012 est venu assouplir un peu plus encore les conditions d'accès à la profession d'avocat. C'est aussi la raison pour laquelle ledit décret a été abrogé par un décret du 15 avril 2013. Et pour cause, un nouvel article 97-1 avait été inséré au sein du décret du 27 novembre 1991 ainsi rédigé :

Les personnes justifiant de huit ans au moins d'exercice de responsabilités publiques les faisant directement participer à l'élaboration de la loi sont dispensées de la formation théorique et pratique et du certificat d'aptitude à la profession d'avocat.

Ce texte, à l'origine, était clairement destiné à faciliter la reconversion professionnelle des ministres qui

s'apprêtent à quitter le gouvernement. Les ministres, les députés et les sénateurs pouvaient ainsi devenir avocats sans qu'aucune condition ne leur soit opposée, à part l'exercice de responsabilités publiques (et non juridiques) pendant huit années. Mais qu'entendons-nous par « l'exercice de responsabilités publiques » ou par « les faisant directement participer à l'élaboration de la loi ? »

b) Une abrogation du décret sollicitée par l'ensemble de la profession au nom du respect des règles déontologiques

Le décret « passerelle professionnelle » (il s'agit en fait plutôt d'un viaduc) vers le barreau a finalement été abrogé par le gouvernement Ayrault, lequel a mis fin à cette voie d'accès dérogatoire et privilégiée à la profession d'avocat pour les parlementaires (6).

Cette abrogation est le résultat d'un combat incessant et acharné, depuis le premier jour, du barreau de Paris pour protéger les principes et valeurs de la profession d'avocat dans l'intérêt du justiciable selon l'ancien bâtonnier de Paris, Christiane Féral-Schuhl.

L'abrogation de ce décret est le résultat de plus d'un an de mobilisation, de procédure et de lutte.

Dès la promulgation du décret de 2012, le Conseil de l'Ordre des avocats de Paris avait d'une seule voix rejeté ce texte et décidé de former un recours en annulation contre un décret qui jetait le discrédit sur l'ensemble de la profession et introduisait une grave rupture d'égalité entre les candidats à l'exercice de la profession d'avocat. Le Conseil avait également adopté, à la demande du bâtonnier de Paris, une motion dans laquelle il refusait de se faire dicter par des tiers la maîtrise de son tableau (7).

Pour faire front commun contre le maintien de ce texte, le principal argument déployé était celui non seulement d'une rupture d'égalité mais aussi et surtout d'une méconnaissance des règles déontologiques de la profession (8). Me Caroline Mécary a très justement résumé la situation : *« Avocat, c'est un métier, pas une décoration pour les dîners en ville ! »*.

C] Les évolutions envisageables de l'accès à la profession

Parmi les évolutions à venir de la profession d'avocat et suite aux problèmes rencontrés par celle-ci, il est devenu de plus en plus nécessaire de modifier les conditions d'accès à un CRFPA (a), voire de modifier les conditions d'obtention du certificat d'aptitude à la profession d'avocat (CAPA) (b).

a) L'accès à un CRFPA

Il est important de préciser ici qu'une nouvelle réforme est intervenue sur les conditions d'accès au CRFPA.

À l'heure actuelle, l'examen dit « des IEJ » est composé d'épreuves écrites d'admissibilité et d'épreuves orales d'admission. Le rapport sur « l'avenir de la profession d'avocat » remis au CNB, le 13 novembre 2013, et transmis à l'ancien garde des Sceaux, Jean-Jacques Urvoas, le 2 février 2017, par un membre du Conseil de l'Ordre du barreau de Paris, Me Kami Haeri, sur la réforme de l'accès initial à la profession d'avocat, en critique le contenu et la notation et emporte la conviction sur certains points (9).

L'ancien bâtonnier de Paris, Christiane Féral-Schul, a affirmé qu'était venu *le temps de poser la réflexion pour réformer l'accès à la profession d'avocat*.

Que préconise le rapporteur ?

1. créer un examen national ;

2. transférer vers les barreaux l'organisation de l'examen avec le concours des universités ;

3. limiter à deux le nombre de présentations effectives à l'examen du CRFPA, au lieu de trois actuellement, afin de *« valoriser l'examen et en même temps le rendre plus sélectif »* ;

4. supprimer l'épreuve écrite, de spécialisation lors de la phase d'admissibilité ;

5. supprimer l'épreuve orale de spécialisation lors de la phase d'admission ;

6. fixer une moyenne générale à 12/20 pour la phase d'admission ;

7. instaurer une note éliminatoire pour le grand oral.

b) L'obtention du CAPA

S'agissant à présent de l'obtention du CAPA, la proposition de réforme envisagée s'articule autour de cinq axes principaux :

- modalités d'accès à la formation initiale :

Le Conseil national des barreaux propose que, pour s'inscrire à l'examen, le candidat ait validé préalablement certaines matières au cours de son cursus universitaire. Une réflexion pourra par ailleurs se poursuivre en vue de créer des masters professionnalisés permettant de renforcer les liens entre l'université et le barreau, et ainsi préparer les étudiants à la formation dans les EDA (10). En outre, la réforme de l'examen d'entrée national adoptée par le Conseil national des barreaux serait mise en place en même temps que la réforme de la formation initiale ;

- contenu de la formation initiale :

Le sondage réalisé auprès des élèves par la Fédération nationale des élèves avocats a permis de distinguer la nécessité d'une réforme permettant à des élèves ayant une moyenne d'âge plus élevée qu'auparavant (de 26 à 27 ans) d'accéder plus rapidement à la profession. L'exigence d'une formation plus courte est à présent communément admise. Le caractère professionnel des enseignements doit également être renforcé. Il est en effet inutile d'imposer aux élèves des enseignements qu'ils ont déjà reçus à l'université sur les matières fondamentales. En revanche, il convient de mettre l'accent sur des aspects pratiques pour les préparer au métier d'avocat (11).

Le contenu pédagogique des enseignements serait consacré exclusivement à la pratique professionnelle. Le contrôle continu lors de l'enseignement à l'école prendrait une place importante (70 % de la notation finale), afin d'alléger l'examen de sortie. L'examen de sortie serait réservé à la déontologie et à l'exercice professionnel. La note finale tiendrait compte du contrôle continu avec l'éventualité d'une note éliminatoire et un rang de sortie attribué aux élèves ;

- calendrier des périodes d'apprentissage :

- six mois de stage en cabinet d'avocats, en France ou dans l'Union européenne ;

- deux mois consacrés à des stages de découverte optionnels, aux congés et à la préparation du CAPA ;

- pour l'élève avocat qui le souhaite un projet pédagogique individuel limité à six mois (stages à l'étranger, en juridiction, etc.). L'élève qui le souhaite aurait également, à quelque moment de sa formation, la possibilité de suivre un cursus universitaire hors de France pour revenir ensuite achever sa formation.

À l'issue de cette période de douze mois, l'élève avocat passerait les épreuves du Capar (certificat d'aptitude à la profession d'avocat référendaire et non du CAPA) ;

- le devenir des élèves avocats à l'issue de cette formation initiale d'un an dispensée en CRFPA :

parallèlement au raccourcissement de la formation dispensée à l'EDA, le Conseil national des barreaux propose que soit instituée, après le CAPA et la prestation de serment, une année de collaboration

obligatoire en tant qu'avocat « référendaire » auprès d'un avocat « réfèrent ».

Cette obligation d'exercer son activité comme collaborateur, libéral ou salarié, a fait l'objet d'un large consensus auprès des barreaux.

L'avocat référendaire, inscrit sur une liste spéciale du tableau de l'Ordre (tableau de l'Ordre des avocats référendaires), aura l'obligation de suivre une formation continue renforcée correspondant à l'orientation professionnelle de son choix. L'avocat réfèrent devra par ailleurs parfaire la formation de l'avocat référendaire.

Dans cette perspective, la réforme des centres régionaux de formation professionnelle des avocats (CRFPA), issue d'un décret et d'un arrêté du 17 octobre 2016, a été complétée par un arrêté du 22 décembre.

Les changements s'appliqueront à partir du 1er septembre 2017. Une réforme plus globale de la formation initiale est en cours.

II. L'avenir de la profession d'avocat : une nouvelle approche du métier

À la suite du rapport Darrois, les institutions représentatives de la profession ont élargi le champ d'activité de l'avocat : avocat fiduciaire, mandataire en transactions immobilières, agent sportif, artistique ou lobbyiste.

Face à la demande croissante de droit et à la concurrence très vive entre professions réglementées, il apparaît de plus en plus nécessaire pour les avocats d'investir de nouveaux champs d'activité pour pouvoir exercer librement.

Toutefois, si l'élargissement du champ d'intervention de l'avocat est désormais rendu possible par les textes, c'est sans oublier que l'avocat reste tenu par les principes déontologiques inhérents à sa profession, nous pensons ici en particulier au secret professionnel, aux règles encadrant les conflits d'intérêts et au devoir de compétence. En effet, le respect des principes déontologiques permet aux clients de confier en toute sérénité, dans un réel rapport de confiance, la défense de leurs intérêts à leur avocat. Un célèbre proverbe espagnol a justement pour coutume de dire : *« À ton confesseur, ton avocat et ton médecin, Ne cache jamais rien »*. L'avocat se doit donc d'être à la hauteur des confidences de son client. Il est tenu au respect du silence tout en étant les oreilles et la bouche de son client. Cependant, les principes déontologiques qui s'imposent à l'avocat entrent parfois en contradiction avec les prérogatives de certaines fonctions qui s'ouvrent à lui.

A] La gestion financière par l'avocat

1. La fiducie

La fiducie est l'opération par laquelle une (ou plusieurs) personne(s) transfère(nt) des biens, des droits ou des sûretés à un tiers, appelé le fiduciaire, qui aura pour mission de gérer ces objets au profit d'un bénéficiaire (qui peut également être le constituant).

Initialement réservée aux établissements financiers et aux assureurs, cette activité a été ouverte aux avocats par la loi du 4 août 2008 sur la modernisation de l'économie. Contrairement au trust anglo-saxon, dont elle s'inspire, la fiducie française écarte pour l'heure toute intention libérale. On ne peut donc y recourir à des fins successorales (fiducie-libéralité). C'est aussi la raison pour laquelle le marchand d'art Guy Wildenstein a préféré recourir à de véritables trusts anglo-saxons plutôt qu'à des fiducies de type français pour liquider la succession de son père Daniel, mort en 2001 (12).

Sans trop entrer dans les détails du mécanisme fiduciaire, il faut savoir que la fiducie entraîne un transfert important des prérogatives du constituant au fiduciaire sur les biens objet de la fiducie. En effet, la loi prévoit que les créanciers du constituant ne peuvent pas saisir les biens faisant l'objet d'une fiducie dès lors que le contrat respecte les prescriptions légales. Il y a donc une constitution d'un patrimoine séparé de celui du constituant et du fiduciaire vis-à-vis des tiers.

Quoi qu'il en soit, l'avocat peut revêtir différents rôles dans ce mécanisme fiduciaire :

- il peut jouer le rôle de conseil sous réserve d'éviter de se placer dans une situation de conflit d'intérêt ;

- il peut intervenir comme fiduciaire ;

- enfin, il peut intervenir comme tiers protecteur dans la fiducie (C. civ., art. 2017). Dans ce cas, il n'est pas le fiduciaire, mais il veille à la bonne exécution du contrat de fiducie. Attention, il n'est pas permis à un avocat fiduciaire et à un avocat tiers protecteur de faire partie de la même fiducie.

Pour qu'un avocat puisse exercer en tant que fiduciaire, trois conditions sont requises :

- informer par écrit le Conseil de l'Ordre dont il relève ;

- souscrire une assurance de responsabilité propre à cette activité, avec une garantie d'au moins 1500 000 euros (l'avocat n'est pas garanti par la RCP habituelle) ;

- tenir une comptabilité distincte, propre à cette activité avec un compte spécialement affecté à cette activité à chacune des fiducies.

Au-delà de ces pré-requis, le respect de la déontologie par l'avocat dans ses missions fiduciaires est toujours de rigueur. Il doit même suivre une formation spécifique dans l'exercice de ces missions. De plus, il reste soumis, en cette matière, au secret professionnel.

Enfin, concernant les maniements de fonds, la fiducie n'est pas conciliable avec les règles de la Carpa. Les actifs transmis à l'avocat fiduciaire ne peuvent donc pas transiter par des comptes de la Carpa. Cela explique aussi pourquoi les activités de l'avocat fiduciaire et celle de l'avocat conseil doivent faire l'objet de comptabilités séparées. Il ne serait peut-être pas inopportun de réfléchir à un service commun pour les avocats fiduciaires mais distinct de la Carpa.

2. Le conseil en investissement

L'avocat peut exercer une activité de conseil en investissements financiers dans les limites de sa réglementation, sans pour autant adopter le statut de conseiller en investissements financiers (CIF).

Les avocats ont ainsi la possibilité de donner, dans le cadre de leurs activités, des conseils, qui sont couverts par l'activité de CIF, telle qu'elle résulte de l'article L. 541-1 du code monétaire et financier.

La gestion de patrimoine est à l'heure actuelle une activité complémentaire d'une activité juridique ou fiscale, mais rien n'empêche que, dans un avenir proche, des avocats spécialisés dans la gestion de patrimoine puissent en pratique exercer.

En effet, l'article 6 du RIN ne l'interdit pas et l'article 6.2 du RIN explicite même l'étendue de ces missions. Il faut dire également que la déontologie de l'avocat répond très largement aux obligations du code de bonne conduite des CIF.

Pour autant, il n'en demeure pas moins qu'il convient pour des raisons de transparence de bien délimiter le champ d'intervention de l'avocat et notamment de déterminer avec précision ce qui relève de conseils en activité de gestion de patrimoine. Il faut également veiller à donner des garanties au moins équivalentes à celles du statut de CIF, à savoir l'éventuelle mise en jeu de la responsabilité professionnelle de l'avocat ainsi qu'une garantie financière sur la ou les transaction(s) effectuée(s).

B] L'avocat mandataire

1. L'avocat mandataire sportif

La loi n° 2011-331 du 28 mars 2011 de modernisation des professions judiciaires ou juridiques a posé les principes directeurs permettant à l'avocat d'exercer en tant que mandataire sportif. En application notamment de son article 4, l'avocat est expressément autorisé à représenter en qualité de mandataire l'une des parties intéressées (joueurs, entraîneurs ou clubs) à la conclusion de contrats. L'avocat représente donc son client en tant que mandataire et contrairement à l'agent sportif qui doit détenir une licence pour passer des contrats sportifs (ce qu'il est convenu d'appeler l'intermédiation), il n'a pas besoin d'obtenir cette certification.

Dans le mandat donné à un avocat pour la conclusion d'un contrat, le montant de ses honoraires ne peut excéder 10 % du montant du contrat.

Toutefois, signalons que l'action de courtage à proprement parler reste interdite à l'avocat bien que la loi de 2011 manque de clarté sur ce point.

2. L'avocat mandataire d'artistes

L'avocat a par nature vocation à prêter assistance aux artistes et auteurs sur le plan juridique. Aussi, se voit-il offrir désormais la possibilité d'exercer la mission d'agent d'artiste sous réserve toutefois de ne pas exercer l'activité de producteur d'oeuvres cinématographiques ou audiovisuelles.

Le statut de l'agent d'artistes a été libéralisé par l'article 21 de la loi du 23 juillet 2010 (loi n° 2010-853 relative aux réseaux consulaires, au commerce, à l'artisanat et aux services).

Le décret du 13 mai 2011 a apporté des précisions sur la nature des missions de l'agent le mandat obligatoire entre l'agent et l'artiste et le registre national tenu par le ministère de la Culture.

Le décret de 2011 impose ainsi à toute personne qui exercerait cette activité d'être enregistrée auprès du ministère de la Culture et d'être assurée en tant que telle. Après avoir étudié la question avec l'Ordre, il ressort que l'avocat est couvert dans des activités de mandataire d'artistes ou d'auteurs par l'assurance collective responsabilité civile professionnelle, sauf cas exceptionnels de prise de risque sur des montages extrêmement volumineux mais qui sont assez rares dans la pratique quotidienne... Rien ne s'oppose dans le corpus déontologique à ce que l'avocat pratique cette activité de négociation de contrats, de rédaction de contrats, d'accompagnement (13).

Le statut de mandataire d'artiste n'a à ce jour fait l'objet d'aucun aménagement dans la loi, dans le Règlement Intérieur National de la profession d'avocat (RIN) ou dans le règlement intérieur du barreau de Paris, souvent novateur sur ce type de sujet. Cependant, la commission de déontologie du barreau de Paris a mené une réflexion sur le statut de l'avocat mandataire d'artiste en 2013. Mais pour le moment cela n'a pas donné lieu à un aménagement dans le RIN (14).

Pour celles et ceux qui souhaiteraient se spécialiser en droit de la propriété artistique, il faut savoir que l'avocat a, dans ce domaine, un rôle de premier plan à jouer car les artistes n'ont pas de fédération et donc pas de protection. Or, il existe un réel besoin pour les artistes d'être conseillés en raison des risques importants qui pèsent sur eux de se voir dépossédés de leurs droits sur leurs oeuvres.

3. L'avocat mandataire en transactions immobilières

Les avocats ont la possibilité d'exercer l'activité de mandataire en transactions immobilières sans remplir les conditions exigées pour les agents immobiliers *« en considération du contrôle dont leur activité professionnelle fait l'objet ainsi que des garanties financières qu'ils offrent pour l'exercice de cette activité* (15) ».

Malgré cette possibilité offerte de longue date aux avocats, ces derniers sont restés, jusqu'en 2009, relativement réticents à la pratique de cette mission en raison de son caractère commercial et notamment au regard des règles déontologiques de la profession qui excluent le démarchage.

Le Conseil de l'Ordre des avocats du barreau de Paris, le 21 avril 2009, a adopté un nouvel article au

règlement intérieur autorisant les avocats à exercer l'activité de mandataire en transactions immobilières dans les limites posées par la loi.

L'article 6.3 du RIN autorise ainsi l'avocat à recevoir des mandats en vue d'une transaction immobilière, de négocier et de représenter son client pour la rédaction d'un acte.

Il ne dispose pas en revanche de la même vitrine qu'un agent immobilier.

Dans le cadre de cette activité, l'avocat est assuré par un plafond de garantie qui est de quatre millions d'euros par sinistre et par an. Il s'agit de l'assurance responsabilité professionnelle. À Paris, préalablement à l'activité, il est demandé aux avocats d'adresser un courrier à l'Ordre, qui est une déclaration d'intention, indiquant leur souhait de pratiquer l'activité de mandataire en transactions immobilières. Le champ d'investigation est très large, les choses sont précisées depuis le guide pratique du CNB de janvier 2012 (actualisé en mai 2014) qui décrit les conditions d'intervention de l'avocat en cohérence avec les principes essentiels de la profession d'avocat. Cette nouvelle activité va permettre aux avocats d'accompagner les citoyens dans la transaction immobilière qui, avant toute chose, est un acte juridique.

Attention : cette activité n'est permise à l'avocat que pour autant qu'elle est accessoire d'une activité juridique principale (16).

L'intérêt de recourir à un avocat en matière de négociation de biens à vendre ou à louer réside avant tout dans le fait qu'il est présent à tout instant dans la transaction et peut défendre les intérêts de son client en cas de litige.

C] Les autres rôles de l'avocat

1. L'avocat en entreprise

La discussion sur la création du statut d'avocat en entreprise dure depuis la fin des années 1990. Si, jusqu'à présent, un grand nombre des avocats se déclarait franchement hostile à un rapprochement des juristes d'entreprise à la profession du prétoire, il n'en reste pas moins que malgré les arguments soulevés par les partisans à un tel projet demeure la difficulté de la mise en place des modalités du statut d'avocat en entreprise. En effet, se pose toujours la question de la déontologie et de la définition du « secret professionnel » applicables au statut de l'avocat en entreprise. Il faut savoir que, si le juriste d'entreprise est contraint de respecter le secret professionnel, il ne bénéficie pas pour autant d'une protection juridique quant aux avis juridiques qu'il est amené à rédiger en entreprise, ce qui participe à dissuader les entreprises à solliciter des avis rédigés, comble d'ironie, par leur propre service juridique interne. Face à un tel imbroglio juridique, il apparaît de plus en plus nécessaire de travailler à l'élaboration d'un nouveau concept français du privilège de confidentialité qui pourrait d'ailleurs s'inspirer très largement des concepts anglo-saxons existants de secret professionnel et de *legal privilege*.

Toutefois, il convient de tenir compte également du contexte européen, et notamment de l'arrêt *Akzo*, rendu par la CJUE le 14 septembre 2010, qui précise que les avocats ne bénéficient pas de la protection de la confidentialité, c'est-à-dire qu'il ne peut y avoir de *legal privilege* pour les avocats en entreprise. Il faudra suivre de très près l'évolution de cette jurisprudence à l'avenir pour se faire une idée plus précise de la portée de cet arrêt.

Le rapport Prada de mars 2011 (17) propose, quant à lui, la création d'un statut d'avocat en entreprise qui pourrait revêtir les caractéristiques essentielles suivantes :

• l'avocat en entreprise serait inscrit au barreau sur une liste *ad hoc*. Il serait tenu de respecter les principes déontologiques et éthiques de la profession d'avocat mais ne serait pas titulaire de l'obligation personnelle de respect du secret professionnel d'ordre public réservé aux avocats « libéraux ». Il se verrait en revanche accorder un « privilège de confidentialité » à définir par la loi, permettant de préserver la confidentialité de ses conseils donnés en interne au bénéfice et sous le contrôle de son employeur, comme c'est le cas au Royaume-Uni et aux États-Unis ;

• salarié de l'entreprise, son appartenance au barreau serait un gage de son intégrité et de son indépendance dans la défense du droit et le respect de la conformité ;

• il réserverait l'exclusivité de ses prestations à son entreprise ;

• il n'aurait pas la capacité de plaider devant les tribunaux où la représentation par un avocat est obligatoire (ce qui signifie qu'il pourrait plaider dans les autres cas, tribunal de commerce, conseil de prud'hommes par exemple) ;

• le bénéfice du privilège de confidentialité serait réservé aux rapports entre l'entreprise et son, ou ses, avocat(s) juriste(s) interne(s) ;

• l'intégration des juristes d'entreprise dans la profession d'avocat s'effectuerait en fonction de dispositifs d'équivalence ;

• dans le cas de procédure d'investigation administrative ou pénale, un dispositif juridiquement encadré de levée du « privilège de confidentialité » pourrait être mis en oeuvre, comme c'est le cas au Royaume-Uni et aux États-Unis.

L'ancien ministre de l'Économie et des Finances et actuel président de la République, Emmanuel Macron, qui envisageait à l'automne 2014 d'introduire en France le statut d'avocat en entreprise dans le projet de loi gouvernemental, avait finalement décidé de retirer les dispositions relatives à cette question initialement prévues au projet, suite à la fronde des avocats qui ont vivement contesté la mise en place d'une telle réforme de la profession.

Le projet de loi Macron prévoyait la passerelle qui aurait permis aux juristes qui travaillent en entreprise depuis au moins cinq ans de demander à devenir avocat après avoir passé un examen de déontologie. Ils n'auraient pas eu le droit de plaider mais auraient pu en revanche assister à toutes les discussions stratégiques avec leurs homologues étrangers, puisqu'ils auraient bénéficié, au titre d'avocat, du « privilège de confidentialité ».

2. Le correspondant informatique et libertés (CIL)

Le correspondant informatique et libertés est l'ancien correspondant à la protection des données personnelles. Celui-ci est devenu un acteur incontournable dans le paysage français de la protection des données. Pour rappel, les données personnelles sont tout ce qui identifie une personne physique de quelque façon que ce soit. À la suite du décret du 20 octobre 2005 relatif à l'application de la loi informatique et libertés, la fonction de correspondant informatique et libertés a connu un véritable essor. Le CIL est représenté dans tous les secteurs d'activité et dans tous les types d'organismes. C'est pourquoi le RIN a été modifié en conséquence afin d'introduire ce métier dans les activités de l'avocat.

L'article 6.3.3 du RIN énonce désormais que : *« L'avocat correspondant à la protection des données à caractère personnel doit mettre un terme à sa mission s'il estime ne pas pouvoir l'exercer, après avoir préalablement informé et effectué les démarches nécessaires auprès de la personne responsable des traitements ; en aucun cas, il ne peut dénoncer son client. »*

Il est aussi prévu de rendre compatible ce métier avec le respect du secret professionnel et la gestion des conflits d'intérêt puisque l'article énonce que : *« L'avocat correspondant à la protection des données personnelles doit mettre un terme à sa mission s'il estime ne pas pouvoir l'exercer, après avoir préalablement informé et effectué les démarches nécessaires auprès de la personne responsable des traitements ; en aucun cas, il ne peut dénoncer son client. »*

Dans tous les cas, et comme dans la plupart des activités qui sortent des missions classiques de l'avocat, il semble qu'une information préalable du bâtonnier dont dépend l'avocat soit nécessaire.

3. L'avocat, acteur des modes amiables de résolution des différends

- L'avocat médiateur

L'avocat médiateur est avant tout un professionnel de la négociation et un expert du contentieux juridique. Le médiateur est un tiers, soumis à la déontologie qui est à la fois indépendant, neutre, impartial et loyal. Le médiateur est le garant de la confidentialité des échanges et doit veiller à ce que le consentement des parties soit à la fois libre et éclairé. La médiation pourra se conclure par un accord écrit (protocole), ou non écrit, entre les parties. L'homologation est ensuite possible par le juge.

- Le droit collaboratif

Le droit collaboratif est un mode amiable de résolution des différends qui intervient impérativement avant toute saisine judiciaire. Il s'agit pour les parties, assistées de leurs avocats, de travailler à quatre mains sur un protocole d'accord. L'objectif est de rechercher un engagement contractuel des parties et de leurs avocats, de manière négociée et de bonne foi. Il s'agit d'un outil de négociation raisonnée qui permet de doter d'un cadre contractuel et donc de sécuriser la recherche de solutions amiables par les parties. Les avocats formés au droit collaboratif sont des experts reconnus qui jouent un rôle clé d'aide à la décision.

- La procédure participative assistée par avocat

La procédure participative est régie par le code civil, aux articles 2062 et suivants et à l'article 2238. Il s'agit d'un mode alternatif de résolution des différends débouchant sur une convention de procédure participative. Les parties à un différend, qui n'a pas encore donné lieu à la saisine d'un juge ou d'un arbitre, s'engagent à oeuvrer conjointement et de bonne foi à sa résolution.

Cette convention débouche sur un processus de résolution amiable comprenant deux étapes. La phase conventionnelle va permettre aux parties de rechercher un accord. La phase judiciaire est quant à elle facultative et servira à l'homologation de l'accord par le juge afin de lui donner force exécutoire.

Il s'agit d'un acte juridique signé par les parties assistées de leurs avocats. Le rôle de l'avocat est indissociable de ce mode alternatif, puisque sa présence est obligatoire tout au long du processus (18).

Mots clés :
JUSTICE * Justice

(1) Source : barreau de Paris, Les nouveaux métiers de l'avocat, 29 juill. 2015.

(2) Source : ministère de la Justice.

(3) Source : ministère de la Justice.

(4) T. Wickers, La grande transformation des avocats, Dalloz, 2014.

(5) Chiffres du ministère de la Justice.

(6) Décret n° 2013-319 du 15 avr. 2013 supprimant les conditions particulières d'accès à la profession d'avocat des personnes exerçant des responsabilités publiques.

(7) Source : Ordre des avocats de Paris.

(8) Lettre de C. Féral-Schul, bâtonnier de l'Ordre des avocats de Paris à la garde des Sceaux. *La parfaite connaissance de nos règles professionnelles constitue en effet une garantie essentielle de compétence dans l'intérêt du justiciable (...). L'Ordre a immédiatement engagé un recours contre ce texte. En effet, en quoi l'exercice de fonctions éminentes à la tête des pouvoirs exécutifs ou législatifs permettrait l'exercice de la profession d'avocat ? La pratique effective du droit, la connaissance de nos règles déontologiques et la maîtrise du tableau par les Ordres sont les garants du bon accomplissement de notre mission. Parce qu'il porte atteinte à ces garanties, le « décret passerelle » du 3 avril 2012 est inacceptable*.

(9) Étude par B. Deffains et J.-B. Thierry, *« Faut-il ouvrir ou restreindre les conditions d'accès à la profession d'avocat ? »*, JCP G 2014, n° 1-2, 13 janv. 2014, doctr. 42 ; K. Haeri, *Rapport sur la réforme de l'accès initial à la profession d'avocat : CNB, nov. 2013. - Accès à la profession d'avocat : le barreau de Paris iance un cri d'alerte* : JCP G 2013, prat. 1259.

(10) Source : CNB. Le Conseil national des barreaux, réuni en assemblée générale les 10 et 11 octobre 2014, a adopté, après retour de la concertation, les propositions finales de réforme de la formation initiale dispensée dans les écoles d'avocats. Ces propositions ont immédiatement été transmises à la chancellerie en vue de faire évoluer les textes législatifs et réglementaires en vigueur.

(11) *Idem*.

(12) Sur la question particulière des fiducies en lien avec les risques de fraude fiscale internationale, v. en particulier : K. Berthet, *L'évolution de la lutte contre les paradis fiscaux : Europe, États-Unis*, § 810 et s., 819 et s. et 825 et s., Larcier, 2015, p. 351 et s., 355 et s., 357 et s.

(13) Source : Barreau de Paris, Les nouveaux métiers de l'avocat, 29 juill. 2015.

(14) Source : Village de la Justice, 5 févr. 2014.

(15) *Cf*. Loi n° 70-9 du 2 janv. 1970, dite « loi Hoguet » et son décret d'application n° 72-678 du 20 juill. 1972.

(16) Source : Barreau de Paris, Les nouveaux métiers de l'avocat, 29 juill. 2015.

(17) Rapport sur certains facteurs de renforcement de la compétitivité juridique de la place de Paris, établi par Michel Prada, ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, ministère de la Justice, mars 2011.

(18) Source : Conseil national des barreaux, *L'avocat acteur des modes amiables de résolution des différends*, 2014.

Lire, voir, entendre - Du dèmos dans la justice
À propos du film de Claude Lelouch, *Chacun sa vie*

Alexandra Fabbri, Magistrat, ancien professeur de philosophie.

Dionysos est un juge !

M'a-t-on compris ?

Nietzsche.

Dans une ville de province, le temps d'un festival de jazz, Lelouch filme différents parcours qui se rejoignent, se rencontrent et se défont le temps d'un procès. Dans ce film « Chacun sa vie », on suit une série de personnages qui ne se connaissent pas et qui vont se retrouver fortuitement, tirés au sort pour composer un jury d'assises, où rencontrer des magistrats professionnels. Cet article prend appui sur ce film pour en tirer une réflexion sur l'origine du jury en Grèce, fondement démocratique de notre justice.

Le film de Claude Lelouch, paru en mars 2017, *Chacun sa vie*, s'ouvre sur les paroles sentencieuses qu'un président d'assises (1) assène consciencieusement à ses jurés (2), comme le ferait un sage sur l'Héliée (3)...

Ce sermon inaugural se retrouvera par ailleurs, et à peu de choses près, à la fin du film, au moment où la cour et le jury se retirent pour délibérer...

« De cette discussion collective que nous allons avoir avec mes assesseurs va sortir une vérité que la société va consacrer comme *la vérité*. Quand le hasard vous a fait venir parmi nous - le hasard, disait Einstein, est le costume que le bon Dieu utilise pour circuler parmi nous -, vous ne vous doutiez sans doute pas de quelle ampleur serait votre tâche. On est rentré dans la vie de De Vidas par effraction au fond. Il faut se souvenir de ça. Nous allons, mesdames et messieurs, essayer de le juger le moins mal possible. Vous comprenez la difficulté de notre tâche !

« Alors au fond, vous êtes les six balles dans le barillet de ces délibérations qui peuvent blesser, ou tuer, ou ne servir qu'à peu de chose, n'être que six balles à blanc (4).

« Nous allons respecter votre volonté. Nous allons guider votre délibération mais pas imposer notre vision des choses. Il faut qu'il y ait des échanges. Tout doit être dit, sachant que la règle au fond essentielle doit être celle de l'intime conviction.

« L'intime conviction, d'abord, c'est fondé sur la preuve. Ça n'est pas que ça. L'intime conviction, c'est ce que vous avez ressenti, subi, entendu. Ce que l'on a crié, ce que l'on a tu... Enfin ce qui fait ce que vous êtes. Et c'est à l'aune et sous le prisme de ce que vous êtes que l'on va juger cet homme-là. »

S'ensuivent les sentences, non pas des sept sages mais des protagonistes de cette affaire, qu'ils soient jurés, magistrats ou policiers, un *credo* à usage personnel et tout relatif, décliné de la manière suivante :

- « Mon intime conviction, dit le commissaire, c'est qu'il est coupable... au moins autant que vous et moi ! »

- « Mon intime conviction, dit le chauffeur taxi, c'est que je ne sais pas... En tous cas de ça, j'ai la certitude !

- « Mon intime conviction, c'est qu'il est coupable à 100 % ! Et encore, je me retiens ! », dit une agent du fisc corrompue qui a choisi de partager le sort de son fraudeur. Ce dernier, afin d'éviter un redressement fiscal, lui avait offert un collier précieux et une demande en mariage, comme on se met une corde au cou...

- Pour Gérard Darmon, avocat et défenseur de l'accusé qui est également son ami, maître De Vidas : « Une poule ne chante pas comme un coq et un coq ne pondra jamais d'oeufs. Donc mon intime conviction c'est que les choses ne se passent jamais comme on les avait imaginées ».

- « Mon intime conviction, dit une des juges assesseurs, (dont la pensée devient véritablement abyssale), c'est qu'il n'y a qu'un seul soleil et chacun son ombre » !

- « Mon intime conviction, nous dit la soeur de ce magistrat, dont on aperçoit la gémellité d'esprit, et qui est actrice, c'est que nous sommes tous des intermittents du bonheur ».

- « Mon intime conviction, nous dit encore un juré, sommelier de l'Élysée, c'est qu'il n'y a rien de supérieur à la vérité. Mais comme la vérité est un mensonge qui se dégonfle au dernier moment, je n'ai plus d'intime conviction ».

- « Mon intime conviction, affirme un comédien, c'est, quand on va à la pêche au con, ça mord toujours ! ».

Armée d'axiomes aussi éclatants, telle Athéna jaillissant du crâne de son père, la réflexion ne peut qu'être stimulée, et s'interroger sur la pertinence d'un jury populaire, qui fait se rejoindre momentanément tant de différentes individualités pour se prononcer sur la culpabilité et la peine des accusés. L'interrogation se porte sur la tâche de juger davantage que sur la nature de l'intime conviction, qu'elle omprend et qui est le credo des cours d'assises...

Après *L'Hermine* de Christian Vincent, *Chacun sa vie*, qui se penche sur ces jurés tirés au sort, nous invite aussi à revisiter l'époque d'avant 2000, lorsque le dogme de l'infaillibilité du jury populaire était affirmé avec tant d'arrogance, y compris pour l'accusé condamné à mort...

La pertinence de cette institution, née en France avec la nouvelle société de la fin du XVIIIe siècle et qui a essayé de coïncider avec de nouvelles aspirations politiques, est ainsi mise à mal avec la loi du 15 juin 2000 sur la présomption d'innocence, qui admet désormais la possibilité d'appel pour une juridiction qui ne connaissait auparavant que le pourvoi en cassation.

Cette nouvelle voie de recours, qui semble « mettre en discussion le postulat d'une identité entre souveraineté populaire et infaillibilité du jury (5) », nous amène ainsi à repenser la place, la pertinence et la nature du jury, tout comme elle nous invite à nous interroger sur la nature du « bien juger » et sur l'impératif qui en découle et qui est imparti aux magistrats (6).

Nous verrons d'abord comment Athènes, berceau de la démocratie comme la philosophie, a nourri cette institution du jury populaire et réfléchi à ses avantages comme à ses excès. Platon notamment a pu montrer quelque réticence sur l'aspect « éducable » du peuple et la faculté de penser de ce dernier, dans la mesure notamment où il se laisse séduire par les brillants discours, se laissant dévier hors de la voie de la vérité (I).

Nous verrons ensuite le fondement politique du jury populaire, en tant que cette institution se vit comme un concentré de démocratie : à la fois reflet de celle-ci et révélateur de son essence (II).

Enfin, nous reviendrons sur la tâche de bien juger et l'oeuvre de justice, puisque celle-ci concerne tout homme qui use de sa faculté de juger, qu'il soit homme du peuple, juré populaire ou magistrat professionnel, en rappelant quelle fut la conception grecque de la justice (III).

I - Le fondement historique du jury populaire

Puisque les révolutionnaires se tournèrent vers l'Antiquité pour s'inspirer des modèles de vertus démocratiques qui y florissaient, il est naturel que nos regards se tournent vers la Grèce ancienne pour étayer notre réflexion sur le fondement du jury populaire.

A - L'héritage grec ou la pertinence du peuple

La particularité de la cour d'assises est de présenter, en premier ressort, une juridiction de jugement composée de trois magistrats professionnels assistés de six jurés populaires (7). Mais précisément, la pertinence d'un jury populaire ne va pas de soi, et nul n'ignore la condamnation - à mort - de Socrate par le *démos* athénien siégeant à l'Héliée.

Ne fallait-il pas préférer, en matière de jugement, une assemblée constituée de spécialistes, qui aurait sans doute pris une mesure plus exacte des faits, susceptible d'entraîner l'acquittement de Socrate ? À considérer le procès de Socrate non comme le procès intenté à un philosophe mais plutôt comme celui fait à un *innocent*, on retrouve la problématique qui occupe le procès pénal actuel, avec la présence du jury populaire, institué en France depuis la Révolution (8).

Dans quelle mesure cette exigence d'un jugement droit est-elle du ressort du *démos* dont Héraclite nous dit que la plupart est comme écervelée, allant sans savoir où la dirigent ses pas :

« Qu'est chez eux l'intellect ou la conscience ?

Ils font confiance aux aèdes populaires

Et comme instituteurs se donnent le public

Ne sachant pas que la majorité est mauvaise et la minorité bonne ». (9)

Comment ne pas se poser, à la suite de Platon, le problème du choix - et de la préférence -démocratique ou aristocratique, des gouvernants ou des magistrats, de ceux qui sont chargés de veiller au respect et au maintien des lois, de ceux qui sont les *ministres* - au sens de *serviteurs* - des lois ?

Cette réticence à l'égard du jury populaire et ces interrogations quant à la pertinence de ses jugements est légitimée historiquement par de multiples exemples, de l'issue scandaleuse du procès de Socrate à l'épisode des Arginuses où le peuple, en condamnant ses chefs militaires, se priva lui-même des moyens de sa défense (10). Comment serait-il donc possible d'oublier que les décisions du *démos* ont parfois des effets catastrophiques ? Comment ne pas faire nôtre la préoccupation constante de Platon concernant la *paideia* (11), dans la double perspective d'une nécessité de l'éducation droite et d'une difficulté essentielle liée au caractère « inéducable » du peuple ?

Comment rendre un jugement indépendamment des apparences - au sens platonicien des apparences sensibles -, hors d'atteinte de la séduction de ce qui brille, des beaux discours ? Comment faire confiance à un *démos* connu, le procès de Socrate en est la preuve, pour se laisser prendre aux charmes des belles paroles ? Comment résoudre le problème articulé autour de la parole, de la vérité et dont le noeud est constitué par le peuple chargé de juger ? Comment élaborer un jugement - à la fois *orthos* et *probos*, conforme à la raison, c'est-à-dire libre ? - et comment serait-il accessible au plus grand nombre ?

B - Un démos inéducable ?

Cette difficulté de la mesure à prendre, et de la juste mesure, qui est aussi la difficulté de rendre justice et de bien juger, si elle est la tâche des magistrats, est aussi celle de tout homme qui exerce sa faculté de penser, en l'appliquant au réel. Chez Platon, l'interrogation porte sur la possibilité - ou l'impossibilité - d'une éducation du peuple. Et Platon nous dit clairement dans la *République* qu'il appartient *au philosophe* - et non au peuple - d'atteindre les Idées, par la pratique d'une dialectique ascendante, fondée sur l'abstraction des apparences, aidée d'une conversion du regard, et de communiquer sa vision par le moyen du mythe, seul élément accessible au plus grand nombre. Ainsi la philosophie se trouve réservée à un petit nombre, les *aristoi*, les gardiens supérieurs de la Cité, qui s'opposent ainsi au *démos*.

Il ne va pas de soi, pour Platon, de faire confiance au *démos*, incapable de maîtriser ses passions, incapable donc d'installer la distance critique indispensable au jugement. Penser ou juger implique en

effet la faculté d'installer entre soi et les choses, entre soi et le sentiment des choses, l'abstraction de l'apparence. C'est cela qu'indique la représentation de la justice aux yeux bandés : le détachement des apparences doit être avéré dans la mesure où il constitue la condition de possibilité d'un jugement droit. Et cet arrachement que demande l'abstraction, il n'est pas sûr, pour Platon, que le peuple soit en mesure de l'accomplir.

Au demeurant, la pratique de la correctionnalisation judiciaire (12) n'est-elle pas la preuve que la réticence de Platon était fondée, qui consistait à se méfier de l'opinion du plus grand nombre ? L'histoire de la justice montre en effet que la correctionnalisation, qu'elle soit légale ou judiciaire, n'a pas eu pour seul objet de désencombrer des juridictions trop chargées, mais bien d'assurer une répression que les jurés se refusaient à prendre en charge (13).

On note aussi que la tentative avortée d'introduire des jurés au sein des tribunaux correctionnels tendrait à donner raison à Platon...

À l'inverse cependant, on note que la présence d'une partie du peuple dans une institution judiciaire est aussi le garant de son impartialité et de son indépendance. Des magistrats tirés au sort et renouvelables de manière aussi fréquente sont moins soumis à la pression, moins corruptibles, et l'on remarque que déjà l'obligation existait pour les juges de l'Héliée de « refuser tout présent » de la part d'un tiers (14).

Par ailleurs, la présence de ces « magistrats non professionnels » assure un respect plus strict de la procédure, en évitant le risque de banalisation de l'affaire ou du jugement hâtif. Être confronté à des néophytes présente l'obligation, pour le magistrat, d'un surcroît de rigueur et de pédagogie.

Mais comment expliquer la coexistence paradoxale d'une certaine défiance envers le jury populaire avec le principe révolutionnaire de la *vox populi, vox Dei*, posé comme valeur et critère de la vérité, si ce n'est par le postulat *politique* qui s'exprime à travers l'institution du jury populaire ?

II - Le fondement politique du jury populaire

A - La laïcisation de la parole et l'essor de la démocratie

L'existence du jury populaire doit être entendue comme le signe d'une conception qui attribue au peuple le pouvoir de vérité. Cet idéal révolutionnaire est à son tour redevable d'une conception plus ancienne. Examinons donc quelles sont les vertus de cette « laïcisation de la parole » dont parle Marcel Détienne, qui place la parole sur la place publique, et voyons également de quel point de vue on peut dire que le procès pénal est représentatif de ce genre de parole, et quels sont les enjeux *politiques* de ce choix.

À en croire Détienne, le « procès de laïcisation de la parole (15) » se développe avec la pratique de la *discussion* sur l'agora, mise au jour en pleine lumière, qu'accompagne celle de la *publicité* des débats ainsi que la *« mise au milieu »*, de cela même qui pose problème et dont la solution demande *délibération*. Une parole en procès de laïcisation doit sortir de la sphère *privée*, réservée au Roi (y compris au Roi de Justice), au poète ou au devin. Une telle parole devient *profane*, en se détachant de la sphère sacrée, du mystère de son accomplissement, du secret de sa relation avec les puissances religieuses, elle n'est plus parole inspirée et vraie, *incontestée* et incontestable, mais devient *rationnelle*, réfléchie, mesurée et comme pesée.

Avec la naissance de cette parole, la vérité change de sens et perd sa vertu « aléthique » (16), pour se soumettre à la prévalence de la *preuve*, en se mettant ainsi au niveau de tous, et dans les mains du peuple (17).

Rappelons ici la parole du juge dans *Chacun sa vie* : « L'intime conviction, d'abord, c'est fondé sur la preuve. » (18).

La vertu essentielle du procès pénal nous semble liée à la comparution de deux parties antagonistes : le *dissensus* sur lequel reposent les débats, amène la polémique sur la place publique. La vertu polémique occasionnée par un procès réinstalle le corps politique dans un dialogue où la violence des faits se

transpose en violence de parole, où sont en jeu les réaffirmations des valeurs, où se poursuit l'évitement de l'oubli.

C'est dans les procès historiques que l'on voit le mieux cette importance de la reprise d'un débat amorcé en vue de réaffirmer les valeurs du corps social mises en danger par l'acte criminel. Les grands procès le prouvent : la vivacité, de la polémique est le signe manifeste de bonne santé d'une démocratie qui croit en ses valeurs et qui, en les défendant, les réinvestit de son autorité. Le *polémos* réactive les valeurs sociales qui cimentent le corps politique dans son ensemble.

C'est peut-être dans ce sens qu'il faut comprendre le « temps judiciaire » qui se révèle dans un procès pénal : la longueur du procès ne fait que reprendre la lenteur du temps de la discorde, nécessaire à la reconsolidation sociale.

B - L'essence de la démocratie et le primat de la raison

La nature du procès pénal semble dépasser l'enjeu strictement judiciaire qui se résout avec la détermination de la culpabilité, et celle du quantum de la peine.

Si la finalité de l'institution de la justice est - aussi - la réconciliation sociale, alors on peut penser que la nature de la communauté politique où il s'insère sera révélée par la forme et la nature du procès pénal.

Examiner la forme du procès au regard de la société dans lequel il a lieu, mais inversement, examiner la nature de la société à travers ce qu'enseigne son institution judiciaire devrait être tout à fait significatif.

De ce point de vue, le procès de Socrate, que l'on peut qualifier de politique dans la mesure où sa condamnation est liée au danger que représente son enseignement pour la démocratie athénienne (en tant qu'il éloigne les jeunes gens des affaires de la cité et les plonge dans un questionnement souvent aporétique et dans une inactivité critiquable), demeure cependant éminemment démocratique (sa défense est possible, comme l'appel de témoins, ou la délibération précédant le jugement...).

Si le procès pénal réinstalle le débat et la controverse au sein de la communauté politique, il permet également, par la nature de la réponse qu'il propose à la violence, de prendre la mesure de la démocratie qui se propose d'appliquer au crime, qu'il soit extraordinaire ou banal, les seules et mêmes règles du droit.

Ainsi, le procès, par la réponse qu'il suggère face à cet irreprésentable(19) qu'est le crime, révèle - et réveille - la santé démocratique d'une société, qui n'a au fond que le droit qu'elle mérite.

Microcosme de démocratie, l'audience d'assises en dévoile les éléments constitutifs. On constate en effet la présence du principe de panoptisme(20) - tout doit se donner à voir, les débats sont publics, les verdicts publiés - mais aussi du *méson* - ce qui est placé au centre non seulement se donne à voir, mais est pour ainsi dire neutralisé : la violence du fait devient force de la parole - avec une logique de partage de la parole - *désincarnée* au sens où elle se départit de toute faiblesse proprement humaine. Chargée de se délester de tout affect, lieu véritable du *logos*, cette parole « sans haine ni méchanceté », comme « sans crainte ni affection » - à partir d'un centre directeur et *distributeur* - est maniée par la personne du président, chargé de *neutraliser* la parole en se mettant au service du *logos* (et c'est par cet effort que doit se comprendre l'impartialité), mais aussi la mise en place du contradictoire, dans une structure de face à face évidente, avec enfin le délibéré final chargé de divulguer le jugement dans la conscience d'une intime conviction.

Dans le procès d'assises se manifeste cette réciprocité de la démocratie qui oblige à considérer la relation de l'homme à sa Cité autrement qu'en termes de droits, en plaçant cette fois le contribuable dans une position où il a à assumer son engagement, et où il rend effective sa responsabilité.

Expérience à ce titre tout à fait exemplaire, l'espace du tribunal permet de dégager une conception de la communauté politique, en tant que possibilité d'affirmer la place et l'importance de la loi(21), mais aussi de la liberté qui fonde la pertinence de la loi, et de l'idée, dépassant le cadre de la stricte positivité

du droit, d'une valeur, irréductible, de l'homme, dont le signe le plus manifeste est celui du droit à la défense. La parole déployée dans le cadre de la défense demeure une mise en contact qui sollicite l'écoute, une parole dont le droit est d'être « entendue » par le tiers qui juge(22).

Ainsi le procès d'assises, évoluant autour de l'oralité, peut-il servir à dégager une essence de la communauté politique, centrée elle aussi sur le *logos* et sa mise en place par la délibération, la présence du contradictoire et la place de la parole.

III - Bien juger

Puisque notre réflexion a commencé en Grèce, voyons encore comment les Héliastes, chargés de rendre la justice, comprenaient cette notion.

A - La justice comme mesure

C'est la « mesure » qui, dans la Grèce ancienne, tient lieu de justice. L'injustice réside dans la démesure, dans *l'hubris* qui saisit Antigone dans sa détermination, qui est aussi mépris des dieux de la cité(23) - mise en danger des *dikaia* qui cimentent la communauté politique, au profit seul des *hosia* (24).

L'homme sage est celui qui sait se garder du regard jaloux des dieux, celui qui sait qu'un sort trop enviable demanderait à être redressé, selon le principe de la dette cher à Anaximandre, qui veut que « toutes choses paient mutuellement justice de leur injustice suivant l'ordre fixé du temps »(25).

L'importance de la mesure, du *peiras*, de la limite, comme réponse à l'illimité, à *l'apeiron* (26), au « libre de structure », au fond aorgique, se reconnaît dans l'aphorisme des sept sages, qui résume cette pensée du « rien de trop(27) ». Mise en place contre une pensée du « trop » qui installe l'injustice, la discorde, en rompant la bonne tenue du tout (*l'hexis*), dans son harmonie dynamique et sa tension réglée, la justice doit exclure l'excès, la démesure. Pour sauver l'harmonie de l'ensemble, il faut travailler au maintien de la bonne tenue du tout. Ainsi l'équilibre dans l'âme humaine est-il assuré par une satisfaction mesurée de chacune de ses composantes. À chacun de faire la « tâche qui est la sienne », sans commettre la faute de « vouloir plus ». Pour Platon par exemple, qui l'exprime à travers *l'analogon* entre le « grand texte » et le « petit texte » (pour comprendre la nature de la justice dans l'âme humaine, la *République* se propose en effet d'examiner la nature de la justice dans la cité), on peut dire que l'équilibre de la cité sera assuré si chaque classe, des gardiens supérieurs aux producteurs en passant par les gardiens inférieurs, fait strictement cequi lui est imparti en se gardant du « trop ». C'est le *Philèbe*, de Platon, qui nous met encore en garde contre un statut du trop qui échapperait à la mesure : le trop étant néfaste en ceci qu'il pousse toujours à vouloir plus, il s'agit de le brider en considérant cette limite comme un bienfait et non comme une torture. Pour Platon, l'excès et son corollaire, l'insatisfaction, entraînent les plus graves dangers pour l'âme humaine, mais aussi, à changer d'échelle, pour la cité. Ennemis de l'ordre et de l'équilibre, contrevenant au calcul harmonieux de l'ensemble, ils provoquent une course effrénée vers une satisfaction improbable, vers un terme inassignable, suivant une logique de surenchère agonistique toujours rebondissante.

On le voit, dans la pensée grecque se dégage une conception de la mesure, de la justice, au sens de modération et non de mensuration. La mesure, la justice, n'apparaît pas seulement comme une métrétique quantitative, relevant de l'exact, mais figure aussi comme métrétique qualitative, se réclamant de « l'an-exact », c'est-à-dire d'un ordre autre que celui de l'exactitude, mais qu'il ne faudrait pas concevoir comme synonyme de l'in-exact.

L'application de la justice, le fait de juger accompagné de la nécessité de définir une peine et de la faire appliquer, a ceci de propre qu'elle fait se rejoindre ces deux métrétiques en un point de convergence qui est celui du jugement performatif, celui que constitue le verdict(28).

Pour les Grecs, l'harmonie de la cité sera de se conformer à l'harmonie plus vaste du cosmos qui, bien ordonné(29), présente le modèle de la justice, selon le principe d'une homothétie proportionnée. La justice en Grèce se comprend donc en termes de proportion, de mesure, d'harmonie entre les tensions

contraires, termes redevables à une conception qui voit en Harmonia la fille d'Ares et d'Aphrodite - deux principes à propos desquels la contradiction n'est qu'apparente.

La tâche de rendre la justice revient en somme à se conformer à cet ordre cosmique en parvenant à la juste mesure.

Mais quelle est aujourd'hui la portée de cet héritage ? Et le cas échéant, quelles traces de cette conception est-il possible de retrouver dans nos institutions judiciaires ? Quelle est donc cette tâche si singulière qui est impartie à nos jurés ?

B - Le juge comme « membrane souffrante »

Pour le monde grec, dans l'espace ouvert entre bête brute et divinité, existe cette « membrane souffrante » humaine, tendue vers le meilleur comme vers le pire, sur le mode d'une alternance dont rien ne semble la préserver (30).

La vertu du procès, en tant qu'elle réinstalle les valeurs de la démocratie, n'est possible que parce qu'une certaine commensurabilité du crime est admise, dont la mesure est à trouver à la fois du côté de la règle intangible et générale, qui prévoit les peines correspondant aux délits, mais aussi du côté de la considération de la particularité qui est rendue possible par la présence du jury populaire.

De ce point de vue, il est indéniable que les jurés que nous présente Lelouch offrent une diversité de caractère et de sensibilité qui est le plus à même de saisir la particularité de l'accusé.

En même temps, la prise en compte de la particularité, la part du subjectivisme, doit à son tour être équilibrée par un élément évitant l'excès du subjectivisme. Entre la généralité sans visage de la loi et la conscience trop singulière de la situation, se dresse la procédure qui garantit, par le caractère général et aveugle de ses règles, que la subjectivité ne devienne pas néfaste. Ainsi l'impartialité du juge, qu'il soit issu du peuple ou magistrat professionnel, doit-elle être comprise dans le jeu mêlé d'une subjectivité qui humanise le jugement, et à travers lui l'institution qu'il sert et le droit qu'il applique. C'est ce qui explique que l'autorité du juge doive se manifester en tant qu'autorité et non en tant que pouvoir, dans la mesure où le magistrat n'est qu'un *interprète de la loi dans laquelle la totalité du pouvoir et la totalité de la légitimité du pouvoir sont contenues*.

La faculté - qui est aussi difficulté - de juger, entre la figure du mal et le cri des victimes, s'anoblit du statut d'une dernière parole possible face à l'inhumain. La victoire échappe au mal puisqu'une dernière instance - celle du jugement - lui succède et le dépasse.

L'exigence de réparation, la tension maintenue pour s'acquitter de la dette, l'emportent sur l'aporie de la violence - comme un dernier mot conquis de haute lutte, renforcé de n'avoir pas sombré dans cette déraison.

Victoire de la raison sur l'absence de raison(s), le procès pénal se présente comme un cheminement, où « tout », en effet, « doit être dit ». Étonnement, doute, enquête, estimation, sont communs aux jurés comme aux magistrats professionnels, tout comme au penseur voulu par Platon, ou Parménide avant lui. L'étonnement, comme condition du doute et préalable à l'enquête, aboutit en dernière instance à la construction de « configurations estimables » - les *dokounta* parménidiennes (31) - assises de l'apprenti philosophe qui juge le réel et détermine, après délibération, ses règles de conduite, modelant son *éthos* (32).

La tâche du droit, qui définit des interdits et condamne des conduites, n'est-elle pas aussi d'affirmer, *dans le même temps*, des valeurs ?

Ne faudrait-il pas dès lors rendre justice même à la décision du *démos* athénien qui condamne Socrate, en envisageant ce procès dans la perspective d'une défense des valeurs de la cité, contre les dangers que lui faisait courir le philosophe ? Jugé et condamné pour éloigner la jeunesse athénienne des affaires publiques -le démon de Socrate pousse à la non-action - l'Héliée n'a-t-il pas choisi, avant toutes choses,

la sauvegarde de la cité ? N'est-ce pas le choix d'une valeur qui explique cette condamnation et une valeur jugée la plus haute ?

La tâche qui est assignée aux membres du jury populaire revient à concilier dans le jugement l'idée morale la plus haute et le principe de réalité, malgré une apparente contradiction. Et cela n'est possible que si l'on pense à « épargner de l'humain », selon la belle parole de Rilke. « Préserver quelque chose de l'homme », comme le souhaitait le poète, est possible dans le jugement du jury, même lorsqu'il prononce une perpétuité, du fait de sa composition « populaire ». Aux assises en effet, le verdict doit « sauver quelque chose de l'homme », contre le « vide » et « l'indifférencié » d'un jugement aveugle qui pourrait prendre la forme d'un jugement désincarné, qui a pu prendre la forme orgueilleuse de la condamnation à mort, qui introduisait dans le droit un néant que l'homme ne doit pas s'approprier.

Préserver cela, grâce à la participation du *démos* dans la justice, c'est revenir à une dimension éthique du jugement -au sens où elle détermine un *éthos*, une manière d'être qui implique l'individu dans son ensemble, la manière dont il se tient, à la fois *orthos* et *probos* (33).

La présence du jury populaire nous rappelle que le « silence » et le « recueillement » du juré qui se prononce en son âme et conscience, fidèle à ce que lui dicte son « intime conviction », dans une alliance du coeur et de la raison, est l'héritier de l'appel rousseauiste qui fait de la conscience - cet « instinct divin » - le « juge infaillible du bien et du mal », faisant de l'homme l'*alter ego* de Dieu.

Ce mode de connaissance, déterminé par la raison mais éclairé par le coeur (34), pourrait fonder l'analogie entre les *dokounta* du penseur pré-socratique (35), ces « configuration estimables » qu'élabore le philosophe par ses pensées, et « l'intime conviction » des jurés, dans le voisinage d'une tâche dont la difficulté accroît le mérite.

Mots clés :
JUSTICE * Justice

(1) Incarné en l'occurrence par Éric Dupont-Moretti, avocat.

(2) Hormis quelques contentieux spécialisés, réservés à une cour d'assises composée de magistrats professionnels (notamment les affaires militaires ou de terrorisme), le jury populaire est la règle pour juger des affaires criminelles de droit commun depuis la Révolution française et la loi de 1791, date à laquelle la société civile se réapproprie la fonction de juger.

(3) L'Héliée est en Grèce ancienne le nom du tribunal populaire, composé de 6 000 citoyens de plus de 30 ans, appelés les Héliastes. Chargés de rendre la justice, ses membres étaient désignés par tirage au sort tous les ans par l'Ecclésia. Périclès a institué une indemnité journalière destinée à inciter les citoyens à participer aux tribunaux.

(4) « Vous êtes les six boules gagnantes du loto de la justice », dira également à la fin du film notre sage en mal de métaphores. « Ou les six boules perdantes ! » *(sic !)*.

(5) Denis Salas : « Juger en démocratie », *in La cour d'assises, bilan d'un héritage démocratique*, éd. La Documentation française, Association française d'histoire de la justice, 2001, p. 7.

(6) « Juger c'est cette stabilité au bord de l'abîme, ce mince espace hanté dans la mauvaise conscience où il faut tenir bon, ne pas basculer dans le puissant courant des conflits humains ; bref, une fragilité et une violence mêlées », Denis Salas, *ibid*. p. 13.

(7) Au lieu de neuf auparavant.

(8) La Constituante, de 1789 à 1791, produit un système de justice complet et cohérent : « une justice populaire et proche du justiciable, à peu près gratuite où des juges élus et indépendants des puissances d'État *rendent leur jugement au nom du peuple français*. Il est significatif d'ailleurs qu'en 1792 le transfert de légitimité politique se réalise lors d'un procès équitable, celui de Louis XVI, où l'Assemblée nationale après un débat circonstancié et approfondi affirme solennellement, à travers la peine de mort votée contre le roi, *la nouvelle souveraineté du peuple*. » (Denis Salas, *ibid*., p. 106).

(9) Héraclite, Frag. 104.

(10) La bataille navale des Arginuses est l'un des derniers grands épisodes de la guerre du Péloponnèse, qui opposa Athènes et Sparte pendant près de trente ans. Elle eut lieu pendant l'été -460 dans la mer Égée, au large de l'île de Lesbos, face aux îles Arginuses qui bordent la côte. La flotte athénienne, commandée par huit stratèges, y défit la flotte lacédémonienne et se solda par la victoire athénienne. Toutefois, les généraux grecs victorieux furent condamnés à mort par les Athéniens au motif qu'ils avaient négligé, à la suite d'une tempête, de recueillir et de ramener dans la cité les corps des nombreux naufragés... Ce funeste épilogue illustre les excès de la démocratie athénienne, à travers l'influence des rhéteurs et des démagogues sur le peuple.

(11) Éducation en grec. Ce terme se comprend comme apprentissage moral de la liberté et de la noblesse ou de la beauté. C'est un héritage culturel poursuivi à travers les générations et, à Athènes, la *paideia*, combinée avec l'*ethos*, devait aboutir à l'excellence du citoyen.

(12) La correctionnalisation est une pratique qui consiste, pour le parquet, à sous-qualifier une infraction, de manière à pouvoir juger l'affaire devant la juridiction correctionnelle (où ne siègent que des magistrats professionnels), en ramenant le crime à un délit.

(13) En dehors même de la période antérieure à 1832 et à la généralisation des circonstances atténuantes, on peut penser à l'infanticide qui fut un temps correctionnalisé par le législateur pour éviter de trop nombreux acquittements.

(14) « Je ne recevrai pas le présent à titre d'héliaste... J'écouterai avec une égale attention l'accusation et l'accusé et je ferai porter mon vote sur l'objet précis de la dispute ». Cité par Denis Salas, p. 27, note 30.

(15) Pour reprendre une expression de Marcel Détienne dans *Les maîtres de vérité dans la Grèce archaïque*, éd. Pocket, coll. Agora, 1994.

(16) *Alètheia* est le nom de la vérité conçue comme dévoilement de l'étant, comme évitement de l'oubli (*lèthè* = oubli ; *a* = privatif). Selon Marcel Détienne, « La parole de vérité est du même ordre : comme la main qui donne, qui reçoit, comme les gestes d'imprécation, elle est une force religieuse qui agit en fonction de sa propre efficacité ». Une telle parole n'avait pas besoin de se prouver. La vérité des Maitres de vérité est une vérité qui advient, tout simplement.

(17) Alors même que tous n'avaient pas le même droit à la parole dans la société homérique de l'*Iliade*.

Ainsi Ulysse, qui parle à l'assemblée des chefs avec les siens, les autres hommes « valeureux », les chefs de guerre, il distribue à Thersite, homme du peuple dont l'outrecuidance - l'inconscience - le pousse à prendre la parole de manière tout à fait déplacée, une volée de coups de bâton, plus précisément de *skeptron*, qui est l'instrument investi de puissance, dont la fonction est d'assurer à chacun des chefs à tour de rôle le droit à la parole. Cette parole refusée à Thersite, comme elle sera plus tard refusée aux simples guerriers découragés qui font mine d'abandonner le combat, au profit de sévères remontrances, Ulysse la réserve à ses égaux, aux hommes ayant fait la preuve de leur vaillance, les chefs, qui *méritent* le partage de cette parole.

V. à ce propos les études de Finley *Le monde d'Ulysse* ; Détienne : *Les Maîtres de vérité* ; Gernet : *Droit et prédroit en Grèce ancienne*.

(18) V. *supra*, p. 1.

(19) Le crime est certes *qualifié* par le droit, et entre dans une catégorie déterminée, bénéficiant ainsi d'une représentation ; mais c'est au niveau ontologique, en tant qu'il annule la raison, qu'il est légitime de parler d'un « irreprésentable » de la figure du meurtre.

(20) Ce terme est à comprendre en un sens non carcéral, c'est-à-dire indépendamment de l'usage qu'en fait Foucault. Le panoptisme désigne la « médiété », le *mésotès*, ce qui est au milieu au sens de centre géométrique, centre de partage, permettant la réciprocité d'une relation où ce qui peut voir peut aussi être vu. La publicité et la transparence - le non-secret - sont « au centre » de ce concept qui fonde le principe, équitable et isonomique, de la démocratie.

(21) Héraclite disait la nécessité de combattre pour sa loi comme pour ses murailles, car la loi est la muraille de la cité.

(22) Bien entendu, il faut ici prendre le contre-pied exact de ce qui se passe dans le film de Lelouch, où l'avocat chargé d'assurer la défense de De Vidas se refuse à plaider, à la demande de son client et ami. Pire : lorsque celui-ci a la parole en dernier, il se livre à un véritable réquisitoire contre lui-même, alors que l'avocat général avait au préalable requis quinze ans d'emprisonnement *(sic !)*. « Je remercie l'avocat général pour son remarquable réquisitoire. (...) Je vous demande une peine exemplaire. (...) Je réclame la prison à perpétuité pour réfléchir au mal que j'ai causé. »

(23) *L'hubris* est le fait d'Antigone, cela est admis, mais *l'hubris* est aussi le fait de Créon, dans son aveuglement à ne pas reconnaître les « dieux d'en bas » ni le respect qui leur est dû.

(24) Respectivement : les choses sacrées selon la cité et les choses sacrées selon les dieux.

(25) Anaximandre de Milet, -610 à -546 environ avant J-C, est un penseur grec présocratique, qui a tenté d'expliquer l'origine et l'organisation de tous les aspects du monde. Il dégage ainsi le principe de l'*apeiron* en tant que substance ou principe originel de toutes choses, source ou réceptacle de tout, éternel et indestructible, cause de la génération et de la corruption de toutes choses.

(26) Il y a une grande difficulté à traduire ce terme, qui désigne ce qui ne possède pas de limites, qui n'a pas de contour précis, qui est infini ou indéfini, et qui en tous cas s'oppose aux éléments dont d'autres penseurs présocratiques faisaient l'origine de toutes choses, comme le feu pour Thalès par exemple. L'*apeiron* est inengendré, illimité, indéterminé et cause génératrice.

(27) Hommes politiques, législateurs ou philosophes, ces sept sages étaient connus pour leur sagesse pratique et leurs maximes mémorables, dont ils firent présent à Apollon et qu'ils inscrivirent sur le temple de Delphes. On attribue ainsi la maxime « rien de trop » à Solon d'Athènes, celle de Cléobule de Lindos étant « la modération est le plus grand bien ».

(28) *Veri dicere* = celui qui dit le vrai.

(29) Le radical *Med, qui se retrouve dans la « mesure » mais aussi dans « médecin », permet de considérer la maladie comme désordre, et *a contrario*, la santé comme *remise en ordre* des éléments qui composent le corps.

(30) OEdipe a été défini comme « membrane souffrante entre l'homme et les dieux ».

(31) Dans son poème, *de la Nature*, Parménide d'Elée divise la connaissance en deux parties : la vérité *(alètheia)*, et l'opinion *(doxa)*.

« Apprends donc toutes choses,

Et aussi bien le coeur exempt de tremblement

de la vérité au beau cercle

Que les opinions des mortels, dans lesquelles

il n'est rien qui soit vrai ni digne de crédit. »

À côté de ces deux voies, se trouvent les *dokunta*, qu'il est possible de traduire par « configurations estimables », et que le philosophe peut forger, en éduquant sa pensée.

(32) *L'éthos* désigne à l'origine la manière dont les membres du corps sont agencés, pour désigner ensuite, dans la logique d'un processus d'abstraction, la bonne tenue harmonique de l'ensemble.

(33) Les dispositions de l'article 304 du code de procédure pénale relatif au serment des jurés est libellé de la sorte : « Vous jurez et promettez d'examiner avec l'attention la plus scrupuleuse les charges qui seront portées contre X..., de ne trahir ni les intérêts de l'accusé, ni ceux de la société qui l'accuse, ni ceux de la victime (...) ; de n'écouter ni la haine ou la méchanceté, ni la crainte ou l'affection ; de vous rappeler que l'accusé est présumé innocent et que le doute doit lui profiter ; de vous décider d'après les charges et les moyens de défense, suivant votre conscience et votre intime conviction, avec l'impartialité et la fermeté qui conviennent à *un homme probe et libre* ».

(34) Il s'agit de nommer « l'impression » que le réel fait sur la raison.

(35) Les « configurations estimables » dont parle Parménide dans son poème sur la Nature.

Germain Latour, Avocat, Ancien Secrétaire de la Conférence.

On ne présente pas Henri Leclerc aux professionnels du « judiciaire » (magistrats ou avocats) sauf à ceux qui ont moins de 40 ans et qui n'ont donc pas connu certains temps héroïques ou épiques de notre institution. On écoute Henri Leclerc, notamment quand on en a l'opportunité hors du prétoire, on le lit désormais depuis le 4 septembre dernier. En effet, cette grande et belle figure du barreau de Paris et connue bien au-delà a pris le risque d'un exercice difficile. Nous livrer partie de sa mémoire. La chose est d'importance quand on réalise qu'il a prêté serment en 1955 et, qu'à son corps défendant, courant 2017 il était encore à la Une de la chronique judiciaire notamment dans l'affaire que l'on ne désigne plus que sous ses initiales DSK devant le tribunal correctionnel de Lille. Le lecteur ne se sera pas trompé, ce sont bien 62 années d'histoire et de débats judiciaires, politiques et sociétaux qu'il est invité à revisiter ou à découvrir.

La chose la plus remarquable de cet ouvrage c'est qu'au fil des pages le lecteur finit par oublier qu'il est écrit à la première personne. La maîtrise de la plume (ignorée de la plupart), à l'égale de celle de son verbe, se garde de deux écueils l'hagiographie ou l'égotisme. Plus d'un demi-siècle judiciaire revisité au travers d'un parcours professionnel exemplaire et déroulé sous nos yeux comme une simple chronique du temps qu'il faut pour faire une vie. C'est déjà une remarquable performance, entre bon nombre, que ce travail de mémoire et ce souci de transmettre le goût de l'engagement et de la responsabilité. Tout est déjà dit dans le titre retenu : *la parole et l'action.*

On découvre comment un jeune homme étudiant incertain quant à son désir d'avenir (professionnel) va voir peu à peu se dessiner devant lui, au travers de valeurs familiales et républicaines puis de combats « estudiantins », ce chemin débouchant sur une rue dont il fera une avenue pour la parole au service des autres. C'est beau, c'est ambitieux mais quand on est pas issu du sérail ou d'un milieu privilégié il faut d'abord songer à gagner sa croûte quotidienne. Alors il sera préposé aux écritures, répétitives et rigoureuses chez un avoué jusqu'à ce que la parole le démange, il est tout de même avocat et le propre d'un avoué ce sont les écritures pas la parole dans les tribunaux. Une rencontre, improbable entre toutes comme seule la vie sait vous en réserver, le marquera durablement et lui donnera le goût du droit et de ses principes. Son admission puis progressive intégration au sein du cabinet d'une grande figure de l'époque Maître Albert Naud. Celui-ci avec Maurice Garçon et déjà René Floriot sont des ténors non seulement de la barre pénale mais également de très fins et puissants juristes au civil. Henri Leclerc y fera l'apprentissage de la puissance que recèle la rigueur juridique que la parole ne fait que servir.

Puis viendront mai 68, son lent évanouissement au travers du gauchisme, les affrontements avec les lois pénales taillées sur mesure pour réprimer ces contestataires (loi anticasseurs notamment) qui permettaient de remplir les charrettes correctionnelles avec des militants égarés. Bien sûr il y aura la « veuve » à affronter, la guillotine toujours dans les tiroirs du pupitre d'un avocat général aux assises. On nous dira que c'est ce que l'on imagine ordinairement du parcours d'un avocat pénaliste. Or, c'est ici que se distingue la figure d'Henri Leclerc qui, au-delà d'une pratique exemplaire, dégage du temps pour réfléchir aux évolutions nécessaires de notre système de droit et même des modalités d'exercice de cette profession qu'il aime et incarne passionnément. Le récit de l'aventure « d'Ornano » puis que c'est ainsi que le cabinet qu'il inventera avec Georges Pinet sera connu et reconnu par le barreau de Paris, est une belle leçon de choses sur les hommes et les ambitions.

Plus d'un demi-siècle déroulé ainsi sous nos yeux apprendra à beaucoup et rappellera à d'autres à quoi tiennent les destins qui, sans serment solennel préalable, marquent mieux que d'autres leur passage au milieu de nous. Dans cet ouvrage ni fausse modestie ni encore moins banalisation « surjouée » de soi, formes perverses bien connues d'un orgueil mal placé, mais une relativité humaine rare devant les grandes choses que l'on a traversées et parfois provoquées. Il est moins question pour Henri Leclerc de se singulariser que de nous montrer les diverses étapes par lesquelles il est devenu la figure que nous connaissons.

S'il fallait illustrer ce parcours professionnel d'exception on retiendrait deux affaires, celle du Docteur Diallo - médecin anesthésiste réanimateur du centre hospitalier de Poitiers accusé d'homicide volontaire

sur une patiente (p. 340-351) et, celle connue sous le nom de Omar Haddad - ce jardinier accusé et condamné pour le meurtre de Madame Marchal, demeurée dans les mémoires par cette inscription terrible retrouvée sur place *« Omar m'a tuer »* (p. 381-393). Dans la première affaire Henri Leclerc était l'avocat de l'accusé, dans la seconde celui de la partie civile. Ces deux affaires disent ensemble ce qu'exige l'engagement de l'avocat dans la défense de son client, de l'humilité et du courage. L'humilité de savoir demander de l'aide et de s'astreindre à apprendre des choses extérieures à son champ de compétence est illustrée par l'affaire Diallo. Le courage qui n'est rien s'il n'est pas conforme à une conviction, celui d'accepter d'être partie civile dans un procès qui aurait relevé de la caricature si ces acteurs n'avaient été réels. D'un côté, un travailleur immigré maghrébin vivant de petits boulots de jardinage et de l'autre, la veuve d'un riche industriel morte sous des coups mortels. Dans ce dernier procès outre le risque politique, et professionnel Henri Leclerc affrontera dans un *mono a mono* son confrère Jacques Vergés, combat au sommet de deux figures de proue du barreau de Paris. Il importe moins qu'Henri Leclerc a vu dans ces deux affaires sa conviction partagée par les jurés que de suivre le travail en amont dans le premier procès ainsi que les prolongations du deuxième hors du prétoire. Deux chapitres d'un parcours professionnel riches d'enseignements.

Ce livre écrit en toute discrétion, à l'abri des regards est charnellement authentique dans le souci de vouloir incarner - au sens premier du terme - ce à quoi il croyait et croit toujours. C'est bien là qu'a été son seul souci de soi. La Ligue des Droits de l'Homme après en avoir fait son président a tenu à le distinguer comme président d'honneur de cette institution plus que centenaire au soutien de tous ceux que la République maltraite, malmène ou abandonne en cours de route. L'injustice advient toujours quand personne ne se lève à temps. Henri Leclerc fut rarement en retard.

Seuls de grands esprits ou de grandes figures peuvent imaginer se fondre dans cette fulgurante formule de Jean-Paul Sartre, qu'à l'achèvement de son ouvrage Henri Leclerc aurait pu paraphraser - car telle est son intime conviction : *« Tout un avocat, fait de tous les avocats et qui les vaut tous et que vaut n'importe lequel d'entre eux ».* Sauf que pour y prétendre il faut une force d'âme ou de conscience rare. Et c'est rendre justice à son « petit ange » comme il le nomme, de reconnaître qu'Henri Leclerc appartient à cette catégorie des êtres d'exception. En toute simplicité, apparente. Il suffit juste de *« croire au matin ».*

Mots clés :
JUSTICE * Justice

(1) Henri Leclerc, *La parole et l'action*, Fayard, 2017.

Les cahiers de la justice 2017 p.773

Lire, voir, entendre - « Sang froid »

Sandra Travers de Faultrier, Docteur en droit, docteur es lettres, Diplômée de Sciences-Po Paris où elle enseigne le droit de la propriété littéraire et artistique, Avocate.

Le choix du titre est à lui seul une « enseigne parlante » manifestant les ambitions à l'oeuvre dans cette entreprise éditoriale : *Sang froid*, trimestriel publié par les éditions du Nouveau Monde, résonne d'au moins trois sens. Au sens littéral, il y a bien l'évocation et l'épreuve sensorielle d'une réalité physiologique, celle d'un corps d'où la vie s'est retirée. Au sens figuré, il y a une claire allusion à la maîtrise de l'émotion qu'exigent le suivi et le traitement (découverte, analyse, enquête) d'affaires troublant le cours paisible des choses, rompant avec la norme quelle qu'elle soit. Enfin, il y a le renvoi à l'oeuvre éponyme que Truman Capote publie en 1966. Cette polysémie signe l'identité de cette revue

élégante et riche qui veut mettre en échec la crise de la presse par le choix de l'arme du temps long, c'est-à-dire d'une information qui sait allier faits, réflexions et analyses, contre celui de l'immédiat et de ce que l'on appelle « journalisme (c'est-à-dire) tout ce qui sera moins intéressant demain qu'aujourd'hui »(1)

Son objet, l'univers de la police, de la justice, de l'investigation, du polar. Ainsi circonscrit le domaine de la revue couvre de nombreux sujets. Mais nombreux sont aussi les genres dont relèvent les rubriques. Récits historiques, révélations et entretiens dans le cadre de grands dossiers, enquêtes et témoignages dans le cadre de portraits d'acteurs ou d'institutions, sources iconographiques mais aussi fictions et documents/reportages, conjuguent leurs forces évocatrices et exploratrices pour parvenir à saisir et rendre au lecteur ce « je ne sais quoi et presque rien » qui fait le réel. Aucune recherche de sensationnel, aucune méthode racoleuse : l'horreur ou la trahison, le portrait comme la contextualisation sont toujours au service d'une exigence, celle du regard pluriel et sans concession posé sur les faits. Les nouvelles inédites comme les critiques littéraires publiées dans chaque numéro ne contredisent nullement ce rapport aux faits puisque la littérature et la fiction sont retenues comme de plus que fiables passeurs de réel, puisque le patronage de Truman Capote efface la frontière entre journalisme et littérature, la fiction relevant parfaitement le défi d'Albert Londres qui parlait de « plume dans la plaie ». Ce parti pris éditorial n'est pas sans lien avec celui de la profession de foi du journal *Détective* qui, le 1er novembre 1928, proclamait que « la fiction ramène à la réalité »(2). Il est en effet tentant de rappeler au souvenir cette aventure éditoriale qui, héritière du XIXe siècle littéraire, va incarner le succès du « faits divers » comme matière première essentielle à la presse et à la littérature. Mais si *Détective* allait jusqu'à brouiller les pistes entre reportage et fiction en éditant des reportages romancés, *Sang froid* ne confond pas les registres sans pourtant discréditer l'apport de la fiction dans l'approche de la vérité.

Sang froid est un rappel implicite que l'essor de la presse, l'essor du roman policier, l'essor du fait divers sont consubstantiels les uns aux autres, même si il ne s'agit pas de faire des uns ou des autres des symptômes des uns et des autres. Bien au contraire.

Jacques Rancière dans son dernier ouvrage(3) retrace de façon passionnante et ramassée le chemin de la littérature dite de genre « policier », non sans insister sur le paradoxe qui préside dès l'origine à la naissance du genre. Car en 1841, date à laquelle Poe fait paraître, dans une revue new yorkaise *The murders in the rue Morgue*, les récits qui occupent les gazettes spécialisées dans le crime traduisent une vision rationnelle et logique de ces désordres sanglants : le terreau urbain avec ses rues sombres et insalubres, ses exilés de l'intérieur et la misère qui ravage les corps comme l'esprit. Or Poe prend ses distances dès l'origine avec cette rationalité inféodée à la causalité aristotélicienne. Contrairement au philosophe(4) grec Poe ne fait pas de la fiction un modèle de surcroît de rationalité. Alors que le XIXe et le XXe siècles vont favoriser la montée en puissance d'une foi toute puissante dans la démarche et l'investigation scientifiques qui prennent le relais du raisonnement logique rigoureux mené à partir d'indices matériels et sociologiques, l'oeuvre de Poe, emblématique d'un genre neuf, met en scène « l'élucidation d'un événement ou d'une série d'événements dont la rationalité propre consiste dans son écart radical avec toutes les formes connues d'enchaînement causal des actions humaines qui lui sont comparables. »(5) Autre paradoxe le personnage central du roman policier n'est pas un policier mais un détective, c'est-à-dire « un *outsider*, quelqu'un qui voit autrement parce qu'il est extérieur aux logiques de vision produites par les fonctions sociales de gestion des populations et de maintien de l'ordre public »(6). Autrement dit, la littérature accompagne la réalité sociale comme les idéologies (scientistes, spiritualistes, etc.) avec ce qu'il faut de docilité et d'indocilité pour inviter ses lecteurs à faire un travail nécessaire de décryptage de ce qui advient.

Ce que l'on peut dire de la fiction peut se dire des autres registres d'écritures qui ne sont peut-être que d'autres registres de vérité. En effet, découpés en rubriques dénommées Échantillon, Révélation, Dossier, Enquête, Portrait, International, Témoignage, Enquête, Affaire classée, Nouvelle, Rencontre, Critiques, elles-mêmes réparties en deux parties susceptibles de reprendre l'une ou l'autre des rubriques (portrait, révélation par exemple) de la première partie dans la seconde, les écritures richement accompagnées de dessins, de photographies, déclinent diverses modalités du dire comme de l'enquête sans perdre de vue la dimension mythique ou sociale que ces objets du dire et de l'enquête possèdent.

Transmettre l'information, transmettre l'émotion, prendre appui sur la légitimité de l'écriture référentielle sans évacuer les richesses de la fiction, s'adresser aux professionnels de la justice, de la police, à tous ceux qui ont du quotidien une approche rigoureuse mais aussi à un public plus large accomplissant ainsi l'ambition non atteinte (7) par *Détective* de toucher « cette foule immense » visée par Joseph Kessel qui la définit comme rassemblement des magistrats, avocats, hommes de sciences, foule curieuse et « ceux qui souffrent » (8), dans un même public : tel est le dessein réussi des promoteurs de *Sang froid*, Yannick Déhée directeur de la publication, et Stéphane Damian-Tissot, rédacteur en chef. Pari réussi car la lecture des numéros parus dont le premier date du printemps 2016 ne cesse, de livraison en livraison, d'ouvrir un champ d'intérêts insoupçonnés tant ils étaient abordés auparavant de manières éparses ou spécialisées. Sans opérer de confusion ni favoriser les amalgames, *Sang froid* est créateur et révélateur de liens à travers sa chasse au réel et sa quête de clarté. À défaut de pouvoir citer tous les titres passionnants des précédents numéros (Les avocats qui franchissent la ligne jaune, La guerre secrète de la France contre l'Algérie, Les failles de la médecine légale, La BAC nord de Marseille, Le plus grand crime écologique du XXe siècle, Les abus sexuels du prêtre philosophe sur des religieuses, La drogue française qui dope l'armée américaine, L'art africain nouveau casino des évadés fiscaux, La police craque, Les ratés de la police tunisienne, peut-on changer la prison ? à titre indicatif), mentionnons celui de la livraison de cet automne consacré aux erreurs judiciaires. Cas concrets, analyses et témoignages apportent une passionnante moisson d'informations et de réflexions sur un sujet douloureux.

Présent numériquement *Sang froid* parvient très intelligemment à innover tout en s'inscrivant dans le prolongement d'une histoire.

Nous ne pouvons qu'inviter les lecteurs des *Cahiers de la justice* à puiser dans la lecture des pages de *Sang froid* (9) matière à nourrir leur réflexion, à enrichir leurs connaissances, à éprouver les correspondances à l'oeuvre entre périodes historiques, métiers, personnes, faits et écritures.

Mots clés :
JUSTICE * Justice

(1) *Ibid.*, feuillet p. 720.

(2) Cité par A. Chabrier et M.-È. Thérenty, *Détective, fabrique de crimes*, J. K, 2017. Il s'agit du catalogue de l'exposition du même nom qui s'est tenue en 2016 et 2017 à Montpellier, Nîmes, Paris.

(3) Jacques Rancière, *Les Bords de la fiction*, Seuil, 2017.

(4) Aristote, *Poétique*, chap. 9.

(5) Jacques Rancière, *Les Bords de la fiction*, Seuil, 2017, p. 86.

(6) Jacques Rancière, *Les Bords de la fiction*, Seuil, 2017, p. 86.

(7) « Il est visible que l'on ne cherche aucunement, ce qui à la rigueur se justifierait, l'audience de professionnels, psychologues, moralistes, magistrats, policiers, mais au contraire celle de la foule la moins lettrée et par suite la moins capable de réagir contre les suggestions qui émanent de telles lectures indéfiniment renouvelées », A. Chabrier et M.-È. Thérenty, *Détective fabrique de crimes*, J. K, 2017. Il s'agit du catalogue de l'exposition du même nom qui s'est tenue en 2016 et 2017 à Montpellier,

Nîmes, Paris.

(8) J. Kessel, Détective, n° 16, 14/2/1929, cité par A. Chabrier et M.-È. Thérenty, *Détective, fabrique de crimes*, J. K, 2017, p. 57. Il s'agit du catalogue de l'exposition du même nom qui s'est tenue en 2016 et 2017 à Montpellier, Nîmes, Paris.

(9) *Sang froid*, trimestriel, 15 euros (60 euros les 4 numéros), édité par Le Nouveau Monde, www.revuesangfroid.fr

Les cahiers de la justice 2017 p.IV

Quatrième de couverture

Pendant longtemps un acteur de la cour d'assises fut omniprésent : *le jury*. Il fait l'objet de débats passionnés dans la presse et la doctrine. Les jurés sont le reflet du peuple souverain qui s'impose dans l'appareil d'État. Et, de fait, dans ce premier moment, le jury décide seul de la culpabilité d'un accusé. *Vox populi vox dei*. Impossible d'envisager l'appel qui serait un outrage au peuple souverain.

Avec le temps, les régimes politiques vont se méfier du jury. On redoute la force indomptable du nombre. On se méfie de la houle des émotions collectives. Au XIXe siècle, on trouve les jurés aléatoires, mouvants, imprévisibles. C'est le thème des « acquittements scandaleux » et de « la pitié dangereuse ». Un second acteur entre en scène : il va être chargé de diriger le jury : *le président de la cour d'assises*. Les régimes politiques postrévolutionnaires veulent en faire le maître du prétoire.

Face au jury, l'avocat porte la voix de deux acteurs présents mais qu'on n'entendait pas : l'accusé et la victime. Nous sommes dans ce moment historique. L'avocat va particulariser un peuple abstrait en portant ses voix singulières. On y sent le souffle de la Cour européenne des droits de l'homme qui infuse dans notre droit l'esprit du « due process » qui ébranle notre vieux modèle inquisitoire. Nous allons

désormais penser le procès pénal dans la référence aux droits de l'homme.

Le centre de gravité du procès d'assises s'est déplacé. Le législateur donne un rôle décisif à ces protagonistes que sont l'accusé et la partie civile. Il y a bien deux légitimités qui portent cette juridiction désormais : l'une historique incarnée par le jury mais qui n'a plus sa force d'antan ; une autre démocratique - celle des droits de l'homme - qui donne aux parties une place éminente.

Mots clés :
JUSTICE * Justice

Copyright 2018 - Dalloz – Tous droits réservés