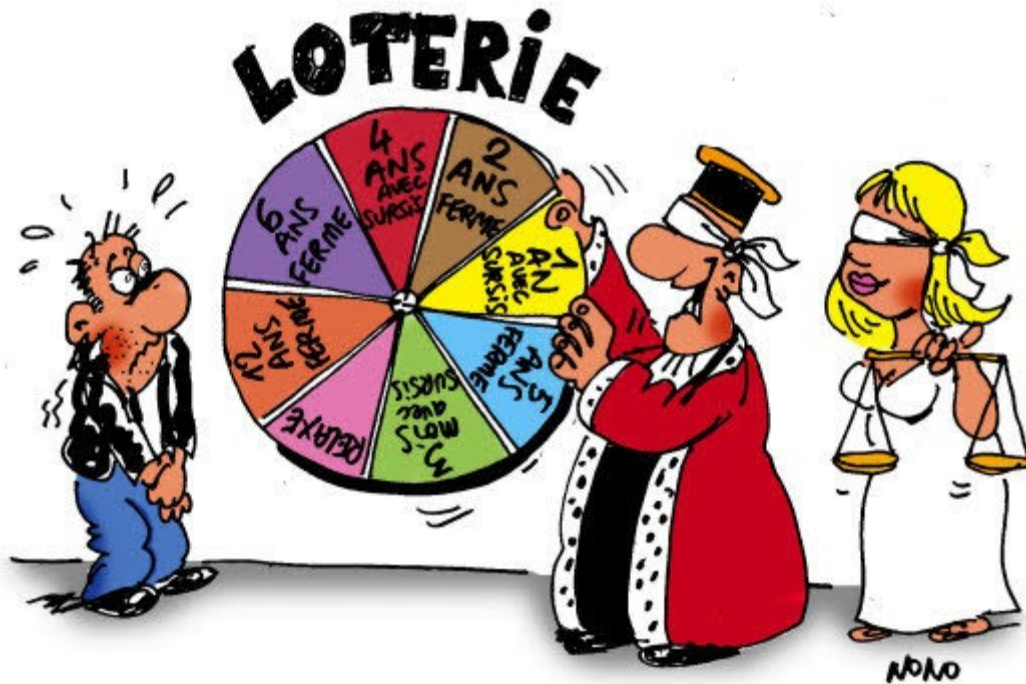


## COLLOQUE 6 MAI 2022. LA FIN DE L'ÉTAT DE DROIT EN FRANCE, UNE REALITE ?

SAF (syndicat des avocats de France), SM (syndicat de la magistrature), SNJ (syndicat national des journalistes).

**"ÉTAT DE DROIT, ETAT DE QUEL DROIT ?" E. SIRE-MARIN, président de chambre honoraire, membre de la LDH**



Les droits fondamentaux prévus par la Déclaration des droits de l'homme de 1789 et dans le préambule de la Constitution de 1946, puis par la CEDH fixent les contours actuels de l'État de droit : séparation des pouvoirs, légalité des délits et des peines, égalité devant la loi, exercice des libertés, comme la liberté de la presse, la liberté d'expression, la liberté d'association, droit à la présomption d'innocence et à un procès équitable et indépendance de la justice. En corollaire, les pouvoirs institutionnels doivent s'équilibrer et se contrôler, afin, comme le disait Montesquieu, que « le pouvoir arrête le pouvoir » : selon ces principes, l'État doit rester sous le contrôle des citoyens qui peuvent faire respecter par des juges indépendants les droits et libertés fondamentaux.

Anne-Cécile Robert revient sur l'histoire de la notion d'État de droit dans « Manière de voir » d'avril-mai 2022, expliquant qu'elle a été élaborée en Allemagne et en Angleterre au 18<sup>e</sup> siècle pour s'opposer à l'État de police et à l'exercice arbitraire du pouvoir, notamment par la possibilité pour le pouvoir exécutif de détenir sans jugement des personnes simplement soupçonnées.

### ***I / L'ÉTAT DE DROIT, UN CONCEPT PLASTIQUE,***

L'État de droit, ce seraient donc des principes généraux et abstraits sans que soit abordées l'effectivité des droits ni la dimension sociale et économique du principe d'égalité juridique.

Yoann Chapoutot montre dans un article de la revue « Délibérée » (N°7, juin 2019) comment la nomination de Hitler comme chancelier en 1933, puis les textes votés par le Reichstag se sont très bien accommodés des dispositions de l'État de droit allemand, issues de la République de Weimar, notamment de la pratique routinière des décrets lois, puis comment

la violence politique des nazis s'est accompagnée pas à pas de la légalité Constitutionnelle allemande. Ce fut la même chose en France, où le statut des juifs de l'État français sous Vichy a pu être appliqué dans le respect apparent de la légalité (1). Ces exemples attestent de la dangerosité de la « théorie pure du droit » prônée par Carl Schmitt, feignant de croire qu'il existerait un État de droit « pur », indépendamment des conditions économiques et historiques qui le fondent. C'est ignorer que le droit moderne issu de la philosophie des lumières et de la Révolution a eu une fonction fondamentale, celle d'unifier les règles du marché pré capitaliste entravé par le régime féodal des corporations et des tenures (B. Groethuysen, philosophie de la Révolution française).

En 1993 la Commission européenne a énoncé clairement le lien entre le marché et l'État de droit en exigeant qu'une « économie de marché viable s'ajoute aux principes juridiques de l'État de droit ».

En France, la disparition de la fonction sociale et régulatrice de l'État sous les assauts du néolibéralisme ne peut être sans conséquence sur l'État du droit, théâtre d'ombre d'une rétraction continue des libertés publiques depuis 2001. De plus, la prééminence des États-Unis sur l'économie mondiale, sur les rapports de force entre États, a étendu son empire sur les normes juridiques internes, et même sur le fonctionnement judiciaire national. Elle signe l'avènement d'un nouveau modèle de droit et de justice : le droit et la justice néolibéraux, emblématiques du libéralisme autoritaire, selon l'expression de Hermann Heller reprise par Grégoire Chamayou (éditions Zones, octobre 2020).

Ils se caractérisent par 5 paradigmes :

#### *Le droit de l'État s'est contractualisé,*

En matière de droit du travail, les accords de branches et même les accords d'entreprise se substituent à la loi dans les domaines essentiels que sont la rémunération, l'organisation du travail et la durée du travail.

Les ruptures conventionnelles du contrat de travail, souvent très défavorables en pratique aux salariés, remplacent, dans 2 cas sur 3, les règles protectrices du licenciement : en 2021, 235 000 licenciements ont été notifiés par l'employeur contre 420 000 ruptures conventionnelles, selon le ministère du travail. Enfin, La chambre sociale de la cour de Cassation vient, par deux arrêts du 11 mai 2022, d'accorder sa bénédiction au retour au déséquilibre originel du contrat de travail entre l'employeur et le salarié, en validant le barème "Macron" de 2017, qui enlève au juge toute possibilité de réparer justement le licenciement abusif d'un salarié : un seul mois de salaire lui sera versé s'il a entre un et deux ans d'ancienneté, quelle que soit la faute de l'employeur. Tout le droit du travail s'était pourtant construit sur la primauté d'un ordre public social et légal, protecteur du salarié.

En matière civile, les énormes stocks de dossiers ont transformé la fonction du juge, incité à faire pression sur les parties pour recourir à la transaction ou à la médiation (en passe de devenir obligatoire en matière familiale) et à la procédure sans audience. Ces nouvelles voies procédurales sont essentiellement des moyens de limiter l'accès au juge pour lui permettre de faire face à la masse de dossiers à juger.

Même en matière pénale, la composition pénale et le plaider coupable, venus tout droit du système judiciaire américain, sont emblématiques du recul du droit régalien au profit d'une négociation de la peine entre 2 parties très inégales, le prévenu et le parquet, sorte de contrat pénal léonin. Dans environ 1/3 des affaires pénales, les peines, y compris des peines fermes jusqu'à 3 ans, sont prononcées sans audience collégiale, et par un juge qui se contente d'homologuer ou pas les décisions du parquet. La fonction même du juge s'efface au profit du parquet.

Le projet présenté par la chancellerie pour les États Généraux de la justice, toujours en cours, préempte cette vision d'une justice sans juges, comme aux États-Unis où 90% des décisions pénales sont rendues ainsi, par « négociation » (plea bargaining). La chancellerie semble faire sienne cette orientation, comme l'attestent certaines questions posées aux professionnels, aux citoyens et aux associations sur le site des États généraux de la justice «

Parlons justice » : « *Faut-il réserver l'accès au juge pour les cas les plus complexes ou urgents, et systématiser pour les autres cas une tentative de règlement amiable... ? Faut-il réserver l'audience aux infractions les plus graves... et systématiser pour les autres cas une peine négociée ? Que pensez-vous d'un modèle de justice pénale dans lequel... les victimes et les mis en cause doivent contribuer à apporter les preuves utiles ?* » Il n'est pas précisé que dans ce modèle, dit accusatoire, les frais d'avocats sont très élevés car ceux-ci doivent rechercher les preuves à la place de la police ou du juge d'instruction (expertises, témoignages...). En France actuellement, ces frais sont payés par l'État, au titre des frais de justice. On comprend que, dans un tel système où l'intervention du juge devient marginale, il n'était pas prévu de recruter des magistrats, la plupart des litiges se réglant sans eux, entre les parties et leurs avocats.

*L'État de droit s'est privatisé*: depuis la loi organique relative aux lois de finances (LOLF) de 2001 et la révision générale des politiques publiques (RGPP), même la justice est soumise à la vision technocratique du «new public management», comme d'ailleurs la police: comme pour les services publics de la santé et de l'éducation, les statistiques déterminent l'orientation des procédures et la carrière des magistrats, en fonction des stocks et des flux de dossiers, sur le seul paramètre du rendement, au détriment de la motivation et de la qualité des décisions (Alain Supiot, La gouvernance par les nombres, cours du collège de France, Fayard, Paris).

*Le droit régalien s'est municipalisé* : l'influence des autorités locales sur la justice est désormais intégrée dans la loi dans le domaine de la justice des mineurs (rôle du maire) et de la justice anti-terroriste (rôle du préfet).

*Le service public de la justice s'est précarisé* : beaucoup de sanctions pénales sont prononcées, non pas par des magistrats professionnels, mais par des magistrats dont le statut est précaire et ne garantit pas l'indépendance. Si plus de 2000 contractuels ont été recrutés sur des contrats de 3 ans depuis un an et demi, magistrats titre temporaire, juristes assistant, juge de proximité, aucune doctrine d'emploi a été élaborée par la chancellerie. Ces personnels sont affectés en juridiction dans la précipitation et remplacent parfois les magistrats sans information nécessaire ce qui engendre parfois de la souffrance au travail tant pour eux que pour les ceux qui contrôlent, et en réalité réécrivent les décisions.

*Tout cela dans un contexte de misère du service public de la justice (2)*, comme de celui de la santé, qui rend partiellement ineffectif l'État de droit, puisque la France est classée 14<sup>ème</sup> des 27 pays du conseil de l'Europe pour le budget de la justice, selon la CEPEJ (commission européenne pour l'efficacité de la justice), mais surtout 23<sup>ème</sup> sur 27 en ce qui concerne le nombre de juges et de procureurs. Les présidents de juridictions estiment qu'il faudrait 1500 magistrats en plus sur un total actuel de 9000, et les organisations syndicales considèrent plutôt qu'il faudrait doubler leur nombre.

Une véritable souffrance au travail en résulte pour les personnels de justice comme l'a démontré le mouvement massif de décembre 2021 initié par une tribune dans le Monde «*nous ne voulons plus d'une justice qui n'écoute pas et chronomètre tout*», après le suicide d'une jeune magistrate (3). Mais surtout les délais scandaleux de jugement imposés aux justiciables privent de tout sens les décisions judiciaires (1an à 18 mois à Paris pour des violences conjugales, hors comparution immédiate, 18 mois pour la prise en charge effective d'une mesure d'assistance éducative concernant un enfant en danger à Bobigny...).

## **II / L 'ETAT DE QUEL DROIT ?**

### ***La fabrique de l'Etat de droit, Parlement, Constitution, référendum ou traités ?***

*La première réaction est de penser au Parlement* comme lieu de production de la loi, mais celui-ci est de plus en plus écarté de l'initiative des lois, au profit du gouvernement qui, s'il a la majorité au Parlement, légifère indirectement par projets de lois, alors que les propositions de loi d'origine parlementaire sont marginales (10% des lois).

Mais la légitimité même du Parlement est de plus en plus, sinon contestée, du moins concurrencée, par la proposition, notamment portée par le mouvement des gilets jaunes, d'instituer un référendum d'initiative citoyenne (RIC) pour toutes les questions importantes. Il est vrai que l'abstention croissante des électeurs aux élections locales (57% d'abstention aux législatives de 2017, 65% aux départementales et régionales en 2021) interroge sur la représentativité du Parlement, d'autant plus lorsqu'un scrutin majoritaire à 2 tours élimine implacablement les partis minoritaires, porte-voix de 20 ou 40% des électeurs.

Notons que le même taux d'abstention d'environ deux tiers (62%) frappe également les élections professionnelles des salariés, comités sociaux et économiques, sécurité sociale, caisses de retraite, assurance chômage, conseils de prud'hommes..., qui permettent ensuite aux partenaires sociaux de fabriquer les normes conventionnelles de plus en plus présentes en droit du travail (Dominique Andolfatto, Université de Bourgogne – UBFC, Dominique Labbé, Université Grenoble Alpes (UGA), Anatomie du syndicalisme, PUG).

*La Constitution : le droit au nom du peuple, ou le référendum : le droit du peuple ?* Le référendum d'initiative citoyenne sur la préférence nationale proposé par deux candidats aux présidentielles 2022 illustre la défaillance de la Constitution à protéger l'État de droit: il est établi que le principe de préférence nationale pour l'emploi, le logement ou les prestations sociales serait contraire à la CEDH, au pacte international des droits civils et politiques, aux articles 1 de la DDHC («les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit», et à l'article 2 de la Constitution de 1958 (La devise de la République est « Liberté, Égalité, Fraternité »). Il viderait de son contenu une partie du préambule de 1946 et modifierait au moins six articles de la Constitution, comme l'affirment de nombreux Constitutionnalistes (Anne Levade, Dominique Rousseau...). Ne pouvant s'appuyer sur l'article 89 (référendum Constitutionnel) pour modifier la Constitution – lequel nécessite que le projet soit discuté à l'Assemblée nationale et au Sénat, avant d'être adopté en termes identiques par les deux chambres – ces politiques veulent donc recourir à l'article 11, c'est à dire au référendum législatif pour faire voter la préférence nationale, en arguant que le Général de Gaulle l'a bien utilisé en 1962 (élection du président de la République au suffrage universel) et en 1969 (régionalisation). Or le Conseil Constitutionnel ne peut pas contrôler a priori la Constitutionnalité d'une loi référendaire par la voie de la question prioritaire de Constitutionnalité, comme il le peut pour la loi ordinaire, et se refuse à contrôler la conventionnalité des lois par rapport aux traités.

La préférence nationale pourrait donc être adoptée sans restriction en cas de recours au référendum législatif de l'article 11, illégal mais sans possibilité de sanction. Il s'agirait d'un coup de force Constitutionnel qui, s'il était réalisé, bouleverserait jusqu'à l'héritage de la philosophie des Lumières et de la Révolution française. Vous avez dit État de droit ?

*Le référendum pose une question complexe.*

Il est le droit fait par le peuple, mais beaucoup de Constitutionnalistes estiment qu'il est presque toujours instrumentalisé, transformé en plébiscite, et que la seule réponse possible par oui ou par non le rende dangereux. Cependant la procédure du référendum a permis de rejeter le traité européen en 2005, il est vrai sans aucune conséquence, puisque ses dispositions ont été en grande partie intégrées dans le traité de Lisbonne adopté par la voie parlementaire ....

*\*La lourde procédure du référendum Constitutionnel* de l'article 89 de la Constitution, n'a été utilisée qu'une seule fois sous la 5<sup>e</sup> République pour abaisser en 2000 la durée du mandat présidentiel à 5 ans (réunion du congrès à Versailles, sur initiative du Président de la République et sur proposition du Premier Ministre ou des membres du Parlement, la proposition de révision doit être votée par les deux assemblées en termes identiques). En dehors de ce cas, elle n'a jamais abouti, et notamment pour réformer le statut du parquet et la réduction du nombre de parlementaires.

#### *\*Le référendum législatif*

*Une procédure de création de la loi par référendum est prévue par l'article 11 de la Constitution* a été utilisé à 8 reprises, et souvent à contre-texte. Elle suppose, là encore, l'initiative du président de la République sur proposition du gouvernement ou sur celle des 2 assemblées et ne peut porter que sur l'organisation des pouvoirs publics, les réformes relatives à la politique économique sociale ou environnementale de la nation et aux services publics qui y concourent, ou sur la ratification d'un traité.

*Le RIP législatif* (référendum d'initiative partagée de la loi du 23 juillet 2008) a l'intérêt de contourner le président de la République puisqu'il peut être initié sans son accord. Mais il s'est avéré difficilement applicable. Il n'a pas pu aboutir pour le rétablissement de l'impôt sur la fortune en 2018, ni lors de la mobilisation pour un référendum sur la privatisation de l'aéroport de Paris en 2019, ni pour le bien-être animal en 2020 ou pour l'accès universel à un service public hospitalier de qualité en 2021. Il faut en effet 1/5<sup>ème</sup> des membres du Parlement (185), puis 1/10<sup>ème</sup> des électeurs, soit presque 5 millions, pour déposer une proposition de loi référendaire.

*\* Le RIC (référendum d'initiative citoyenne)*, soutenu par les « gilets jaunes », serait un réel instrument de démocratie directe, qui revitaliserait le politique. Il est approuvé par une majorité de français et est proposé pour voter une proposition de loi, abroger un traité ou une loi votée par le Parlement, pour modifier la Constitution ou révoquer un élu, sans saisir le président de la République ou le Parlement ; la Commune de Paris avait déjà prévu le référendum révocatoire. Plusieurs de ces types de référendums existent dans 41 pays, ils sont utilisés en particulier en Suisse, en Allemagne, à Shanghai, en Bulgarie, en Hongrie, en Italie, en Uruguay et dans de nombreux pays d'Amérique Latine. Un débat porte sur le quorum nécessaire pour déclencher le RIC ; ainsi en Uruguay, 10% des inscrits sont nécessaires pour déclencher le référendum et 35% des inscrits pour qu'il soit adopté comme ce fut le cas pour le référendum sur le droit à l'eau modifiant la Constitution.

#### *Droit régalién ou norme supérieure ?*

Le droit européen n'est pas un droit étranger. C'est un droit fabriqué par les États nations. Cependant toute résistance nationale à ce droit est-elle illégitime ?

Sans doute oui, s'agissant de la CEDH (Cour européenne des droits de l'homme). La France a ratifié en 1974 la convention européenne des droits de l'homme qui la fonde, et sa jurisprudence a permis des avancées considérables en matière de libertés fondamentales, comme la liberté d'expression, la liberté de la presse, les droits de la défense pendant la garde à vue, l'enquête policière et l'instruction judiciaire, les droits des détenus et des étrangers....

Mais l'exemple de la CJUE (cour de justice de l'Union européenne) illustre la complexité du débat. Certes, ce sont les gouvernements des vingt-sept qui élaborent les directives et les règlements. On ne peut donc pas opposer le droit européen au droit national. De plus, il y existe un contrôle en amont du droit européen, puisque la Constitution permet au Parlement français de faire savoir, avant l'élaboration de toute décision européenne, s'il est d'accord avec le projet de directive ou de règlement. Et, en aval, le Conseil Constitutionnel vérifie, s'il est saisi, si les actes européens portent atteinte ou non à l'identité Constitutionnelle de la France.

Mais le statut de la CJUE résulte du très contesté traité de Lisbonne du 13 décembre 2007, alors que la France avait rejeté par référendum la Constitution pour l'Europe prévue par le traité européen, et plusieurs pays d'Europe (Pologne Hongrie, Bulgarie, Allemagne) résistent à la primauté du droit transnational sur leur droit interne.

Le problème est complexe car, s'agissant de la Pologne, de la Hongrie de Victor Orban ou de la Bulgarie, la CJUE a justement condamné les atteintes à la liberté de la presse, à la liberté universitaire et à l'indépendance de la justice, par la limitation de la compétence des juges Constitutionnels, et les poursuites et révocations massives de magistrats. C'est la différence entre un État de droit et un État illibéral, populiste.

La CJUE a également rendu, en matière de droit des étrangers, des décisions favorables aux libertés, telle que la suppression de l'infraction de séjour irrégulier des étrangers (CJUE 28 avril 2011), et très récemment, le 26 avril 2022, une décision condamnant le rétablissement des contrôles aux frontières internes de l'UE par l'Autriche (la France vient également de le rétablir), sauf menace grave pour son ordre public ou sa sécurité intérieure. C'est ainsi que tous les contrôles de police des étrangers de la vallée de la Roya ou du col du Perthus sont en principe illégaux depuis fin avril....

De même, en matière de conservation généralisée des données de connexion d'un téléphone ou d'un ordinateur (appels, consultations internet, adresses IP), pour les besoins des services de renseignement et des enquêtes judiciaires, la CJUE a décidé qu'elle portait une atteinte disproportionnée au respect de la vie privée dans une décision French Data Network d'octobre 2020. C'était une vraie avancée pour les défenseurs des libertés personnelles, comme la quadrature du net. Mais la France avait refusé d'appliquer cette décision, car le Conseil d'État avait validé en avril 2021 l'obligation faites aux opérateurs de conserver les données de connexion de toute la population pendant un an dans le but de lutter contre le terrorisme et la criminalité organisée.

Le conseil Constitutionnel, dans des décisions des 3 décembre 2021 (sur QPC) et du 25 février 2022 a balayé l'arrêt du conseil d'État, estimant que la conservation générale de toutes les données de connexion est trop attentatoire à la protection de la vie privée et requiert l'autorisation d'un magistrat (juge des libertés ou juge d'instruction). Ces décisions sont des bombes à retardement (le conseil a reporté leur effet au 31 décembre 2022) remettant en cause la pratique très répandue de la police et des parquets de recourir pendant l'enquête aux facturations téléphoniques détaillées (fadettes) à l'insu des intéressés. La CJUE est-elle pour autant légitime à se comporter en gardien et même en concepteur suprême de l'État de droit en Europe ?

En Allemagne, la Cour Constitutionnelle de Karlsruhe, créée en 1951 après le nazisme qui jouit d'un prestige considérable. Elle ne cherche nullement à porter atteinte à l'indépendance de la justice ni à l'État de droit, mais conteste la primauté absolue des arrêts de la cour de Luxembourg.

A la différence du Conseil Constitutionnel français, dont les membres sont nommés par les présidents de la République, de l'Assemblée nationale et du Sénat, les seize juges de Karlsruhe sont élus pour moitié par le Bundestag (élu au suffrage universel direct) et le Bundesrat (les membres des gouvernements de chaque Landër), à la majorité des deux tiers. Ce sont des juristes confirmés. Ce mode de désignation les expose moins aux soupçons de conflits d'intérêts, dont le conseil Constitutionnel français a été encore l'objet en février 2022, en raison de 3 nominations fortement contestées, notamment de la directrice de cabinet du Garde des Sceaux, en poste comme procureur général lors du classement du dossier Ferrand, actuel président de l'Assemblée nationale dans l'affaire de prise illégale d'intérêts des Mutuelles de Bretagne.

Cette Cour Constitutionnelle de Karlsruhe conteste, depuis un arrêt du 22 octobre 1986, la primauté absolue des arrêts de la cour de Luxembourg, au nom du principe de l'identité Constitutionnelle de l'Allemagne ; elle estime que la CJUE s'auto-légitime par sa propre jurisprudence depuis l'arrêt Costa/Enel de 1964 proclamant son autorité souveraine sur toute décision des États de l'UE. Pour conforter la position de la cour de Luxembourg, le projet de

traité Constitutionnel européen de 2005 prévoyait de consacrer explicitement la primauté du droit de l'Union mais on se souvient que ce projet a été rejeté par les référendums français et néerlandais, ce qui a conduit à faire disparaître cette disposition du traité de Lisbonne (elle cependant revenue dans une annexe, alors qu'il s'agit d'un enjeu primordial). Cela n'empêche pas la CJUE de continuer à se considérer comme une autorité suprême ayant non seulement le pouvoir de censurer toute disposition nationale qu'elle jugerait incompatible avec l'ordre juridique européen mais aussi celui de définir comme elle l'entend les limites de cet ordre juridique.

Et en Grèce, la CJUE s'est par exemple opposée à une réforme très progressiste de la Constitution, favorable à la liberté de presse, qui aurait permis d'exclure des marchés publics les personnes contrôlant des médias (arrêt Michaniki du 16 décembre 2008). On imagine les répercussions de ce genre de disposition en France sur les groupes Bouygues et Bolloré. Mais ce n'est précisément pas possible puisque la CJUE s'y opposerait (article d'Alain Supiot, *la guerre du dernier mot*).

Alors, que décider quant à la norme suprême qui fonde l'État de droit, lorsque l'exercice démocratique du référendum sur le traité européen (France) ou lorsque l'autorité judiciaire légitime (Allemagne), rejette la primauté de la norme européenne sur le droit national, mais que cette norme européenne prime tout de même ?

### **III / DANS QUEL ETAT EST LE DROIT ?**

Nous avons vécu depuis 2015 en État d'urgence quasi permanent : un État d'urgence anti-terroriste, de novembre 2015 à novembre 2017, puis un État d'urgence sanitaire depuis la loi du 23 mars 2020, prolongé jusqu'au 31 juillet 2022.

Evidemment, cette situation a généré des atteintes considérables aux libertés publiques et individuelles, mais elle ne fait qu'entériner et accentuer une tendance profonde de ces 20 dernières années. Liberté de circulation, liberté de manifestation, liberté d'expression, liberté d'association, ce sont surtout ces respirations essentielles de la démocratie qui se recroquevillent dans une société de contrôle et de surveillance.

En outre, depuis 30 ans, 31 lois "sécuritaires" ont donné davantage de pouvoirs à la police et au parquet et ont diminué les compétences des juges indépendants.

La loi Vaillant du 15 novembre 2001 pour la sécurité quotidienne a été la première de ce long cortège de textes, intégrant dans le droit commun des mesures de contrôle et de surveillance créées au départ dans le cadre de la législation d'exception anti-terroriste. Elle amorçait par exemple l'extension, notamment lors des manifestations, des possibilités de contrôles d'identité et le fait de confier des missions de surveillance (fouille des sacs, palpation de sécurité et interdiction d'accès à des lieux publics par des agents de sécurité). Comme souvent ces dispositions étaient temporaires mais elles ont été pérennisées par la loi du 18 mars 2003.

En 2020, on est allé plus loin en permettant le contrôle du pass sanitaire (désormais levé) par des personnes privées, les gérants de bars et restaurants.

Et depuis 2021, en généralisant l'armement des polices municipales et la constatation d'infractions dans certaines conditions par les policiers municipaux.

Enfin, La liste des infractions qui entraînent un fichage des personnes soupçonnées, sans être pour autant condamnées, au FNAEG (le fichier national des empreintes génétiques) a été étendue et est devenue un énorme réservoir de plus de 5 millions d'empreintes.

Les 5 lois contenant des dispositions pénales votées en 2021 ont accéléré ce processus liberticide. Elles entraînent des atteintes graves aux libertés d'expression, d'association et à la liberté d'aller et venir et créent plusieurs nouveaux délits, alors qu'il en existe déjà 15400. Elles illustrent le constat qu'il n'existe pas de retour à un régime de libertés lorsque sont prises des dispositions d'exception, mais au contraire que le droit d'exception mithridatise le droit commun, comme c'est aussi le cas en Angleterre ou aux États Unis (4).

- *la loi sécurité globale du 25 mai 2021* contient des dispositions permettant aux policiers municipaux d'exercer les compétences de la police nationale, comme la fouille des bagages et supprime les réductions de peines en cas d'infraction contre les forces de l'ordre. Son article 52 punissait de 5 ans de prison ceux qui cherchent à identifier des policiers violents a heureusement été annulée par le Conseil Constitutionnel, à la suite d'une forte mobilisation ; mais la loi séparatisme du 24 août 2021 a en partie recréé ce délit (appelé désormais mise en danger d'un policier).

- *La 30 ème loi depuis 30 ans comportant des mesures antiterroristes date du 31 juillet 2021* (liste complète de ces lois sur le site « vie publique ») généralise la surveillance de masse lors des connexions internet et permet d'assigner à résidence des personnes qui n'ont commis aucune infraction. Comme souvent, qu'il s'agisse des fouilles de véhicules, de la surveillance préventive, ou des assignations à résidence, elles font entrer dans le droit commun un droit d'exception qui était prévu par la loi sur le renseignement de 2015, puis par la loi du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme. Elle permet la conservation généralisée des données téléphoniques et d'internet à des fins d'enquête judiciaire et de renseignement, ainsi que des mesures individuelles de contrôle administratif et de surveillance (MICAS). Ces mesures peuvent être appliquées après qu'une personne condamnée pour terrorisme ait effectué sa peine et incluent l'interdiction de sortir d'un périmètre donné, l'obligation de se présenter aux forces de l'ordre et surtout des dispositions de surveillance, bref elles récrément la rétention de sûreté en matière antiterroriste que le Conseil Constitutionnel avait censurée le 7 août 2020.

- *la loi séparatisme renommée "confortant les principes républicains" du 24 août 2021* a en partie recréé le délit d'identification de l'image d'un policier, annulé dans la loi sécurité globale, en prévoyant une peine de 5 ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende en cas de diffusion d'information relative à la vie privée ou professionnelle d'un policier, si cette information peut le "mettre en danger", même sans aucune conséquence réelle.

Elle permet la dissolution administrative des associations qui ne respectent pas le contrat d'engagement républicain (qu'elles doivent signer si elles veulent continuer à percevoir des subventions et donc à rémunérer leur personnel). Mais surtout, il suffit que des propos condamnables soient tenus sur les réseaux sociaux par un membre de ces associations, échappant au contrôle de leurs dirigeants, pour qu'elles soient dissoutes.

Un collectif de 60 associations s'est constitué contre l'application de cette loi et regroupe des associations aussi diverses que la LDH, le planning familial, France Nature Environnement, Greenpeace, ATTAC, et des syndicats (Sud Solidaires, CGT SAF, SNJ, syndicat de la magistrature...).

Le ministre de l'Intérieur a déjà procédé à une dizaine de dissolutions depuis quelques mois, notamment d'associations de défense du peuple palestinien, comme les décrets de dissolution du 9 mars 2022 des associations Palestine vaincra et comité action Palestine, fondés sur le fait qu'elles appelaient au boycott de produits d'Israël, alors qu'en 2020 la CEDH a reconnu que l'appel au boycott relevait de la liberté d'expression.

Après le rejet des recours en référé-suspension ou en référé liberté contre les précédentes dissolutions, le conseil d'État vient de suspendre en référé, le 24 avril 2022, la dissolution de ces 2 associations pro palestiniennes, en l'attente de statuer sur le fond du recours pour excès de pouvoir. Il a estimé que la mesure de dissolution portait une atteinte grave et manifestement illégale à la liberté d'association et d'expression et que les prises de position de ces associations ne pouvaient être regardées comme provoquant la discrimination à la haine ou à la violence, ni qualifiées d'agissements en vue de provoquer des actes de terrorisme. C'est un véritable camouflet pour le ministère de l'Intérieur.



- La loi confiance en la justice du 22 décembre 2021 présente certes des aspects positifs pour les droits de la défense et ceux du mis en cause pendant l'enquête, mais elle supprime les réductions automatiques de peine des détenus malgré la surpopulation carcérale et le rappel à la loi, obligeant les parquets à augmenter encore le taux de réponse pénale, qui est déjà de plus de 90%. En généralisant les cours criminelles départementales sans jurés, cette loi annonce la mort des cours d'assises qui sont pourtant l'exemple même de la démocratie participative tant vantée par le politique.

- la loi responsabilité pénale et sécurité intérieure du 24 janvier 2022 revient sur un principe acquis avant la Révolution française, celui de l'irresponsabilité pénale des personnes dont le discernement est aboli, en prévoyant qu'en cas de consommation de substance psychoactive, elles seront déclarées coupables et condamnées si cet usage a facilité le passage à l'acte. Si le Conseil Constitutionnel a censuré au printemps la disposition phare de la loi sécurité globale sanctionnant le fait pour tout citoyen de pouvoir faire circuler l'image de policiers lors de manifestations, souvent seul moyen d'établir des violences policières, ainsi que l'usage de drones de surveillance, ces dispositions censurées par la grande porte sont, là encore, revenues par la fenêtre d'une autre loi: on a retrouvé dans la loi responsabilité pénale et sécurité intérieure de l'automne les drones de surveillance, les caméras dans les cellules de garde à vue et la répression accrue de violences commises à l'encontre de policiers, pourtant déjà sévèrement sanctionnées de 3 à 10 ans de prison. Le conseil Constitutionnel n'a cette fois pas censuré ces dispositions comme il l'avait fait un an avant lors de l'examen de la loi « sécurité globale ».

. Le problème de la police, c'est la justice ?

Les manifestations de policiers en mai 2021, qui ont suivi des appels de militaires à piétiner l'État de droit, ont proclamé que « le problème de la police c'était la justice ».

La réalité est tout autre.

Aucune protestation ne s'est élevée de la part du président de la République ou du garde des Sceaux pour contredire ces discours factieux. Bien au contraire puisque, sur demande des policiers au « Beauvau de la sécurité » en 2021, le rappel à la loi a été supprimé dans la loi responsabilité pénale et sécurité intérieure et les peines sanctionnant des violences volontaires contre les forces de l'ordre, même sans aucune incapacité totale de travail, ont encore augmenté (5 ans d'emprisonnement encourus au lieu de 3).

Pourtant rien n'a freiné la brutalité de la répression policière des manifestations des gilets jaunes, restées bien souvent sans sanction (même s'il est vrai que 1800 policiers ont été blessés), tandis que, du côté des gilets jaunes, les audiences correctionnelles ont tourné à plein régime.

Selon le ministère de la justice, sur plus de 10 000 gardes à vue, 3 166 au total se sont déroulées à Paris dont 1 459 gardes à vue n'avaient débouché sur aucune poursuite, *Le Monde*, 8 novembre 2019. Beaucoup de ces gardes à vue avaient donc bien une fonction préventive de rétention des classes dangereuses et étaient contraires aux critères des articles 62 et suivants du code de procédure pénale (raisons plausibles de soupçonner que la personne a commis ou tenté de commettre une infraction).

En un an, il y eut autant de manifestants blessés par la police (2 500), et parfois mutilés à l'œil ou aux mains par des tirs de lanceurs de balles de défense (144 blessés graves), que pendant les 20 ans précédents. Pour autant, seules 378 procédures ont été ouvertes à l'IGPN.

Le traitement judiciaire du mouvement des « gilets jaunes », entre novembre 2018 et fin 2019, est un exemple de ce qu'on aurait nommé jadis « une justice de classe ». Selon le bilan de la chancellerie, 3 100 « gilets jaunes » ont été condamnés, et, pour un millier d'entre eux, à des peines de quelques mois à 3 ans de prison ferme, chiffre inédit pour un mouvement social.

A Paris, où furent concentrées le tiers des gardes à vue, la moitié de celles-ci se sont

terminées par une remise en liberté et un classement sans suite, confirmant l'usage préventif de la garde à vue et sa fonction d'intimidation des manifestants.

. *Des contre-pouvoirs faibles,*

La justice n'est plus, dans la nouvelle conception des pouvoirs publics, qu'une « chaîne pénale » qui doit homologuer les initiatives policières. Pourtant, ce n'est pas le rôle qui lui est assigné par la Constitution qui énonce dans son article 66 que « l'autorité judiciaire est gardienne de la liberté individuelle ». Cela suppose que les magistrats contrôlent la validité des procédures policières et s'interrogent sur la culpabilité et les preuves avant de condamner, fonction de plus en plus contestée tant par les policiers que par certaines victimes, notamment en matière d'infractions sexuelles.

Contrairement aux clichés sur son prétendu « laxisme », la justice pénale, fonctionne à plein régime. Le taux de réponse pénale, c'est à dire le nombre d'affaires auxquelles elle a donné une suite, rapporté au nombre de celles dont elle est saisie, est de 91% contre 35% il y a trente ans. Les 9% restants consistent en des classements sans suite de dossiers « non élucidés » ou ne relevant pas de sa compétence.

La justice a donc presque réponse à tout.

Ce nombre sans cesse croissant de condamnations s'explique par la conjonction d'une idéologie sécuritaire et d'un accroissement de la fonction répressive d'un État néo libéral qui délaisse son rôle d'opérateur économique et social et sa mission redistributive.

En France le nombre de détenus a doublé en 20 ans : de 40 000 en 2000 à 86 000 détenus, soit 71 000 personnes incarcérées, en mai 2022, auxquelles s'ajoutent les peines de détention à domicile sous surveillance électronique, simple modalité d'emprisonnement remédiant à la surpopulation carcérale. Ce chiffre n'avait jamais été atteint depuis la seconde guerre mondiale, alors que la population carcérale est en baisse depuis plusieurs années dans la plupart des pays de l'Union européenne, comme l'Allemagne, l'Italie, les Pays Bas et les pays du Nord de l'Europe.

Selon un rapport « Statistiques pénales annuelles du Conseil de l'Europe » publié le 8 avril 2021, le taux d'incarcération en France avait augmenté en 2020 à 105,3 pour 100 000 habitants, tandis qu'il baissait à 76 en Allemagne et à 101 en Italie ; les Pays Bas, la Belgique, la Norvège et la Suède ont des taux compris entre 50 et 60 détenus pour 100000 habitants.

Les Pays Bas, la Belgique, la Norvège et la Suède ont même fermé plusieurs prisons depuis 5 ans, faute de détenus. Si la France fait partie avec la Turquie des cinq pays parmi les quarante-sept membres du Conseil de l'Europe à afficher la densité carcérale la plus élevée, l'accroissement de la population pénale n'est pas lié à l'évolution de la délinquance. Il est dû à la poursuite systématique de petites infractions par les Parquets, à la suppression de fait des lois d'amnistie, au durcissement continu de la loi pénale et des peines

Or, la politique pénale actuelle et sa traduction judiciaire sont socialement discriminantes. Cela s'explique d'abord par le fait que les audiences de comparutions immédiates explosent dans les tribunaux. Et les peines prononcées dans ces conditions sont beaucoup plus sévères à délit égal, en raison de la faible place accordée à la défense, de l'urgence, du manque d'éléments informant sur la personnalité du prévenu et de la justice d'abattage imposée aux magistrats. Mais surtout la situation socio-économique de ces petits délinquants génère des peines de prison ferme, car ils n'ont, comme l'écrivent les juges dans nombre de décisions, « *pas de garantie de représentation* », c'est-à-dire pas de logement permettant la pose d'un bracelet électronique au lieu de la prison, pas d'argent pour payer une amende, pas de proches pour soutenir une démarche de soins ou d'insertion professionnelle.

Dominique Simonnot, aujourd'hui contrôleuse générale des lieux de privation de liberté, a relaté chaque semaine pendant 14 ans cette pénalisation de la misère dans ses chroniques du *Canard Enchaîné*. Ainsi, pour l'audience banale du 14 octobre 2016 au tribunal judiciaire

de Nanterre, sur les 7 prévenus qui comparaissaient, un seul avait le bac, 2 avaient vécu dans des foyers de l'Aide sociale à l'enfance, l'un était sans domicile fixe (SDF), un autre bénéficiaire du revenu de solidarité active (RSA), deux au chômage, deux en contrats précaires, et un seul en contrat à durée indéterminée (CDI). Tous étaient français. Exemple de peine prononcée : 2 mois de prison ferme avec mandat de dépôt pour le vol de 2 montres de 35 et 20 euros dans un magasin Décathlon. En 2019 à Versailles, 6 mois ferme pour vol d'un sandwich et de deux jus d'oranges pour vol de sandwich en récidive suivie d'insultes à l'encontre du vigile du supermarché.

Le retentissement médiatique des affaires politico-financières, qui représentent à peine 1% des condamnations pénales et sont le plus souvent assorties d'une peine de prison aménageable, ne doit pas occulter cette réalité du fonctionnement quotidien de la justice, à coup d'audiences de comparutions immédiates et d'expulsions locatives.

#### *Droit des victimes, victimes du droit,*

Lorsqu'un irresponsable pénal est criminalisé (dossier Halimi) et devient un coupable, lorsqu'une meurtrière condamnée par une cour d'assises est proclamée victime de la justice, puis graciée (dossier Jacqueline Sauvage), lorsque l'assassin d'un préfet de la République est érigé en héros, lorsque des accusations de viol suffisent à éliminer socialement et professionnellement une personne ou lorsque des policiers s'estiment victimes des juges laxistes, que signifie désormais la qualité de victime?

Il est très positif que les femmes victimes de violences conjugales et sexuelles soient désormais entendues et que les auteurs soient poursuivis, d'autant que les textes relatifs aux infractions sexuelles se sont énormément durcis depuis 10 ans jusqu'à la loi Schiappa du 21 avril 2021.

Une loi est promulguée tous les 2 ans dans ce domaine depuis 2010. Cette inconstance législative interroge l'État de droit notamment au regard des règles de la prescription (de 30 à 40 ans après la majorité de la victime). Les victimes ont l'illusion d'être protégées par le droit alors que l'impossible preuve des faits si longtemps après (pour des faits allégués de viol durant la minorité, la plainte pourra être déposée 30 ans après la majorité, soit jusqu'à l'âge de 48 ans pour la victime) entraînera souvent des relaxes ou des acquittements. Enfin, dans certaines matières, comme les violences conjugales, la politique pénale des parquets crée une inégalité devant la justice, puisque le parquet poursuit systématiquement les auteurs masculins en cas de légers conflits au sein du couple, sans en faire autant pour les femmes auteures de violences conjugales, même s'il s'agit de violences réciproques.

De plus en plus, des baillons sont utilisés pour décourager le cours normal des investigations de la justice ou des enquêtes contradictoires des journalistes, laissant peu de place à la présomption d'innocence, ou pour contester l'existence même des principes judiciaires, comme la nécessité de la preuve de la culpabilité ou le droit de recours. Ainsi, dans une affaire récente contre le cinéaste Luc Besson, où la juge d'instruction a rendu une ordonnance de non-lieu du chef de viol, l'une des parties civiles a par exemple porté plainte contre ce magistrat pour faux en écriture publique par dépositaire de l'autorité publique (incrimination criminelle relevant de la cour d'assises), usage de faux altération de documents publics de nature à faciliter la découverte d'un crime escroquerie au jugement, au motif qu'il était écrit dans l'ordonnance de non-lieu que la matérialité des faits, à savoir des relations sexuelles, n'était pas contestée, et qu'une expertise psychiatrique du témoin assisté avait été refusée. Tout cela malgré l'exercice légitime du droit d'appel sur le non-lieu par la plaignante devant la chambre d'instruction de Paris. Les magistrats, dans ce domaine sont constamment sommés de s'aligner sur la parole des plaignantes, à la différence des violences policières ou des affaires politico-financières, pour lesquelles ils sont accusés d'être a priori hostiles aux auteurs présumés.

D'autres victimes sont au contraire ignorées ou très peu protégées par le droit (étrangers venus de certains pays en guerre, Syrie, Afghanistan, discriminations, victimes de violences

policières ou accidents du travail : en avril 2022, une chambre sociale de la Cour d'appel de Versailles a par exemple justifié le licenciement d'un salarié par le fait qu'il habitait en Bretagne à 400 km de son lieu de travail et que si l'employeur l'avait licencié, c'était pour protéger sa santé....

### ***Conclusion, la France une démocratie imparfaite***

Dans son rapport annuel sur l'année 2021, Amnesty International estime que la France « fait partie » des 67 pays au monde qui ont « adopté en 2021 des lois qui restreignent la liberté d'expression, d'association et de réunion ». L'ONG cite la promulgation fin juillet 2021 de la loi sur la prévention du terrorisme, qui entérine notamment les mesures individuelles de contrôle administratif et de surveillance (Micas).

La loi sur la responsabilité pénale et la sécurité intérieure du 24 janvier 2022, autorisant les captations d'images de manifestations par les drones, constitue, elle, selon Amnesty, « un pas de plus vers la surveillance de masse ». Enfin, la loi dite « séparatismes » du 24 août 2021 « risque d'ouvrir la voie à des pratiques discriminatoires » sous couvert de lutte contre l'islamisme radical, estime l'organisation.

Selon Amnesty, la France n'est plus une démocratie de plein exercice (full democracy) : pays dans lesquels non seulement les libertés politiques fondamentales et les libertés publiques sont respectées, mais qui tendent aussi à s'appuyer sur une culture politique propice à l'épanouissement de la démocratie avec un système efficace de contre-pouvoirs et un pouvoir judiciaire indépendant.

La France est devenue une « démocratie imparfaite » (flawed democracy) : Ces pays ont aussi des élections libres, et où, même s'il y a des problèmes (tels que les atteintes à la liberté des médias), les libertés publiques fondamentales sont respectées. Pourtant, il existe d'importantes faiblesses dans d'autres aspects de la démocratie, notamment des problèmes de gouvernance, une culture politique sous-développée et de faibles niveaux de participation politique.

Telle la grenouille de la fable que l'on plonge dans une marmite d'eau froide et qui ne s'aperçoit pas que l'eau frémit déjà, nous nous habituons bien trop vite à ces restrictions des libertés. Ce qui était impensable hier devient aujourd'hui le désespérant quotidien de nos vies.

C'est bien simple, depuis les années 2000, aucune limitation des libertés publiques n'a été levée. Le problème n'est pas que nous ayons vécu des périodes exceptionnelles (Attentats terroristes de masse, COVID) qui ont pu justifier ces restrictions de liberté. Le problème réside dans l'impossibilité de sortir d'un régime d'exception. La tendance que l'on observe ne semble pas près de changer. Plus inquiétant est qu'elle s'accompagne en France d'une concentration des pouvoirs toujours plus poussée au sein de la fonction présidentielle. C'est d'ailleurs ce qui caractérise la situation française par rapport à nos voisins européens. Il existe dans ces derniers des contre-pouvoirs institutionnels encore opérants, qu'il s'agisse du Parlement dans une perspective de séparation horizontale des pouvoirs politiques, ou des régions et autres Länder dans une perspective verticale ; on pense ici à l'Espagne, à la Grande-Bretagne, à l'Italie, et bien sûr à l'Allemagne. En France, rien de tout cela. Comme le dit l'avocat et écrivain François Sureau, c'est cela, la « démocrature ».

(1) Alain Bancaud, une exception ordinaire, la magistrature en France 1930-1950, Gallimard, Liora Israël robes noires, années sombres chez Fayard, Marc Olivier Baruch, le Conseil d'État sous Vichy, Fayard.

(2) Jean-Michel Dumay, « Une justice au bord de l'implosion », *Le Monde diplomatique*, mai 2021.

(3) le Monde du 23 novembre 2021

(4) En Angleterre le criminal justice Act de 2003 impose des peines obligatoires et minimales et réduit la capacité des juges à adapter la sanction, le terrorism Act de 2005 permet des

restrictions de liberté des personnes impliquées dans des activités terroristes et l'inquiries act de 2005 limite l'indépendance des juges chargé de la direction des enquêtes. Aux États-Unis depuis 2001, l'exécutif américain s'est arrogé des pouvoirs considérables en piétinant les traités internationaux, en lançant des guerres préventives et en créant un système carcéral (Guantanamo) et judiciaire parallèle en matière de terrorisme.