ROGER ERRERA

ET CE SERA JUSTICE…

LE JUGE DANS LA CITÉ

le débat
Gallimard

Extrait de la publication

Extrait de la publication

ET CE SERA JUSTICE…

Extrait de la publication

Extrait de la publication

ROGER ERRERA

Et ce sera justice...

LE JUGE DANS LA CITÉ

le débat
Gallimard

© *Éditions Gallimard, 2013.*

Extrait de la publication

Introduction

Cet essai est né d'une expérience et d'une réflexion. Mon activité professionnelle m'a conduit à m'intéresser de près à la justice et aux institutions judiciaires dans des situations et des contextes très divers. Membre du Conseil d'État jusqu'en 2001, j'ai participé à la préparation et à la discussion de beaucoup de textes concernant la justice et les magistrats et ai été témoin de la façon de faire des gouvernements. Au Conseil supérieur de la magistrature (CSM), lieu de décision et d'observation, j'ai contribué, de 1998 à 2002, à l'application du statut des magistrats en matière de nominations et de discipline ainsi qu'aux réflexions de cet organisme et ai participé à ses débats. De 1988 à 1996, j'ai siégé au conseil d'administration de l'École nationale de la magistrature (ENM) et ai pu mesurer son rôle. J'y ai dirigé, durant quinze ans, une session de formation continue sur le droit des étrangers, ce qui m'a permis de rencontrer des centaines de magistrats et de les écouter. Au ministère de la Justice, j'ai fait partie de deux commissions créées par Robert Badinter, garde des Sceaux de 1981 à 1986 : la commission de réforme du statut de la magistrature et la commission presse-justice, que j'ai présidée. Deux années passées à Londres et une aux États-Unis, jointes à

Extrait de la publication

des contacts réguliers avec des magistrats étrangers, en Angleterre, en Europe centrale et orientale et en Israël, au cours de rencontres régulières et de missions officielles, m'ont incité à prendre quelque recul envers nos institutions judiciaires et à observer, ailleurs aussi, le poids des cultures juridiques et judiciaires. Chemin faisant, plusieurs écrits m'ont permis de faire le point sur quelques questions relatives à la justice.

Cette expérience nationale et internationale m'a conduit à suivre de près l'évolution de la justice française et à réfléchir sur son état.

La justice française est dans une situation grave du fait de la combinaison de plusieurs éléments :

— Une société dont les attentes et le niveau d'exigence sont accrus, qui recourt de plus en plus à elle, et qui exprime de plus en plus son insatisfaction devant son fonctionnement et la qualité insuffisante du service, notamment les délais de jugement.

— Des ressources humaines et matérielles dont l'insuffisance notoire atteint désormais l'institution. D'où des conditions de travail dont tous, magistrats, fonctionnaires, avocats et usagers, souffrent quotidiennement et qui l'empêchent de faire ce qui est attendu d'elle. Un communiqué de la conférence des présidents de tribunaux de grande instance relevait récemment « le désenchantement et la souffrance[1] généralisée chez les acteurs de terrain, qu'ils soient magistrats ou fonctionnaires[2] ».

1. Cf. Christophe Dejours, *Travail vivant. 2 : Travail et émancipation*, Payot, 2009 ; Dominique Méda, « La dégradation du travail a gagné les cadres », *Le Monde*, 24 janvier 2012.

2. Nicole Maestracci, première présidente de la cour d'appel de Rouen, allocution prononcée le 10 janvier 2012 à l'occasion de la rentrée solennelle de cette cour, *Les Annonces de la Seine*, 6 février 2012, p. 8.

Extrait de la publication

— Des responsables politiques qui la connaissent mal et qui, au fond, se méfient d'elle. Depuis 2002, cette méfiance s'est transformée en hostilité et s'est exprimée, de la part du pouvoir exécutif, par un mépris à peine déguisé. En témoignent, d'une part, des tentatives de restriction du rôle du juge et d'entraves de plus en plus visibles au fonctionnement de la justice ; d'autre part, dans le domaine pénal, depuis 2002, le torrent ininterrompu de plus de deux douzaines de lois[1]. Que constate-t-on à cet égard ? Aucune évaluation de l'acquis ; des initiatives précipitées prises très souvent à la suite d'un drame activement mis en scène ; des textes préparés à la hâte ; le Parlement sommé de les adopter à marches forcées. La plupart de ces lois attestent, vis-à-vis de la justice et de tous ceux qui la font fonctionner, magistrats, fonctionnaires et avocats, d'un mélange d'ignorance et de mépris. Celui-ci ne se partageant pas, le mépris pour le Parlement se double de celui qui est dirigé contre l'institution judiciaire. Résultat : une institution maltraitée, un surcroît de travail souvent

1. Dont les suivantes : lois du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure ; du 9 septembre 2002, dite Perben 1, d'orientation et de programmation pour la justice ; du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure ; du 9 mars 2004, dite Perben 2, portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité ; du 12 décembre 2005 sur le traitement de la récidive ; du 23 janvier 2006 sur la lutte contre le terrorisme ; du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale ; du 5 mars 2007 sur la prévention de la délinquance ; du 10 août 2007 sur la récidive ; du 25 août 2008 sur la rétention de sûreté ; du 2 mars 2010 sur les violences de groupe ; du 10 mars 2010 sur la récidive criminelle ; du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure 2, relative notamment à l'extension des peines planchers ; du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice et le jugement des mineurs ; du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allégement de certaines procédures juridictionnelles ; du 26 décembre 2011 créant un « service citoyen » pour les mineurs délinquants. On peut y ajouter la loi du 5 juillet 2011 sur l'hospitalisation sans consentement et celle du 27 mars 2012 sur l'exécution des peines.

Extrait de la publication

vain ; un ministère réduit à la production intensive de textes de tout genre[1].

Aucune institution ne peut sortir indemne d'une telle maltraitance.

La combinaison de ces éléments crée un climat malsain et une situation dangereuse pour la justice comme pour la société. C'est en gardant cette situation présente à l'esprit que j'ai entrepris cet essai.

Je dois aux lecteurs quelques explications sur ma démarche. Ce livre aborde quatre grandes questions : la place du juge dans la société et l'ampleur de son intervention ; les relations des responsables politiques avec les magistrats ; la gouvernance de l'institution judiciaire ; enfin la responsabilité de la justice.

Je présente d'abord une réflexion sur trois mutations majeures de notre droit au XXe siècle et un essai d'explication de la présence croissante du juge (chap. I). J'analyse ensuite l'intervention du juge en ce qui concerne les personnes privées de liberté (chap. II). Je traite, dans le chapitre suivant, de la présence du juge dans cinq secteurs : le droit du travail et de la vie de travail du salarié, le droit économique et des affaires, le droit des étrangers, celui de la discrimination, enfin celui de la mémoire et de l'histoire (chap. III). Je m'interroge ensuite sur les limites des pouvoirs et de l'intervention des juges (chap. IV).

J'aborde ensuite les relations des responsables politiques avec les magistrats et la justice et pose la question : qui a véritablement autorité et influence, aujourd'hui, sur les magistrats et la justice ? D'où l'examen de ce qui est, aujourd'hui, un véritable partage du pouvoir (chap. V).

1. Pas moins de quatorze circulaires en cinq semaines, de décembre 2011 au début de janvier 2012, note N. MAESTRACCI, alloc. citée, n. 2, p. 8.

Extrait de la publication

Les chapitres suivants sont consacrés à deux questions essentielles pour l'avenir de la justice. La première est celle de la gouvernance de ce service public, dont dépend la qualité de la justice rendue. J'aborderai deux problèmes non résolus à ce jour : celui des chefs de juridiction, à travers la dyarchie et la question de leur formation ; celui du statut du parquet, qui appelle des choix (chap. VI). La seconde question est celle de la responsabilité, au sens large du mot. Elle est l'objet d'une attention légitime : une institution dotée de pouvoirs considérables et dont les décideurs, c'est-à-dire les magistrats, possèdent un statut à juste titre protégé ne peut éluder cette question. À ces conditions : que le problème soit correctement posé, c'est-à-dire en considérant ce service public dans son ensemble et en y incluant l'exigence de rendre compte de son activité, notamment au niveau des juridictions. Seront donc étudiés le traitement des réclamations, la mise en cause de plus en plus fréquente de la responsabilité de l'État devant les tribunaux, celle des magistrats, enfin le sens, ici, de l'expression : rendre compte[1].

Quelques remarques pour finir. La justice est un domaine dans lequel l'actualité entrave et obscurcit parfois la réflexion. Comme la société française, dont elle fait partie, l'institution judiciaire, tous acteurs confondus, a connu depuis un demi-siècle une mutation très profonde. La justice du milieu du XXe siècle ressemblait plus à celle du XIXe siècle qu'à celle d'aujourd'hui. S'il fallait résumer cette évolution, je dirais que, quelles que soient les critiques qu'appelle la situation actuelle et qu'on lira plus loin, l'affirmation de ce que l'on peut nommer les « libertés judi-

1. Voir *infra*, chap. VII.

Extrait de la publication

ciaires[1] » a nettement progressé. J'ai estimé nécessaire, chemin faisant, de prendre du recul afin de mieux expliquer la situation.

J'ai été frappé par l'extrême lenteur de certaines réformes, lorsque réforme il y a eu. Un signe clinique en est le temps écoulé entre le constat de la nécessité d'une réforme, la décision et son application[2]. Le doit-on à l'indifférence des responsables politiques ? à l'absence de demande sociale forte ? au conservatisme de la société judiciaire, tous corps confondus ? Un peu de tout cela, sans doute. Une variante de cet immobilisme est représentée par la coexistence de l'affirmation répétée de principes de base et d'un certain nombre de non-dits sur les réformes nécessaires : la reconnaissance, en privé, qu'il y a un problème et qu'un changement s'impose, accompagnée des rituels : « Mais cela, on ne peut pas le dire » ou « Ce n'est pas le moment ». D'autres domaines de notre société ont connu ou connaissent aujourd'hui de telles attitudes. Jamais à leur avantage. C'est aussi une part de ces demi-silences, résignés ou attentistes, que cet essai entend bousculer, en contribuant à un débat national légitime et en présentant des propositions de réforme.

J'ai eu constamment présente à l'esprit la préoccupation de l'*institution judiciaire*, de sa finalité et des valeurs dont elle est porteuse, et aussi des devoirs qu'elle impose à ceux qui en font partie. J'ai choisi, on le verra, de donner très souvent la parole à des magistrats pour décrire certains aspects

1. J'emprunte cette notion à Alain BANCAUD, « Le paradoxe de la gauche française au pouvoir : développement des libertés judiciaires et continuité de la dépendance de la justice », *Droit et société*, n° 44-45, 2000, p. 61.

2. Deux exemples parmi d'autres : l'absence de création d'un système national de traitement des réclamations concernant la justice et les années de débats qui ont précédé la création de l'ENM.

de la situation et indiquer des réformes nécessaires : ils vivent de l'intérieur nombre des maux et des vices de l'état actuel de la justice et ont su les dire. Leur lucidité, à l'opposé du conformisme, est un exemple en même temps qu'une raison d'espérer.

Deux précisions enfin. L'essai permet de choisir ce dont on va traiter, en s'en expliquant. Il s'agit ici essentiellement de la justice et des magistrats de l'ordre judiciaire, et non de la justice administrative, même si elle est mentionnée à plusieurs reprises. Par nécessité et à regret, je n'ai pu aborder nombre de sujets dont je sais l'importance. Parmi eux, la carte judiciaire, la politique pénale, le recrutement, le détail de la formation et de l'évaluation des magistrats, la place et le statut des greffiers et les professions juridiques et judiciaires. Je suis pleinement conscient du fait que, comme l'écrit Loïc Cadiet : « En somme, ce sont tous les métiers de la justice qui font vivre l'institution judiciaire ; ce sont tous les métiers de la justice qui sont requis de répondre aux attentes des justiciables qui en sont les usagers[1]. »

1. Loïc Cadiet, « La justice face aux défis du nombre et de la complexité », *Les Cahiers de la justice*, n° 1, 2010, p. 17.

Extrait de la publication

1

Le juge dans la société

La justice est une des composantes essentielles de l'État de droit, notion à préciser. Il faut dire pourquoi et garder son rôle fondamental présent à l'esprit avant de débattre de la place de la justice au sein de nos institutions et du rôle du juge dans notre société. Cette place et ce rôle ont été transformés par la combinaison de trois mutations juridiques et politiques de fond : l'existence d'un juge constitutionnel de la loi, l'influence du droit international et européen et l'invention, pour faire bref, du droit administratif par le Conseil d'État. Il convient donc de prendre leur mesure exacte avant de réfléchir aux causes sociales et juridiques d'une évolution plus générale.

L'État de droit[1] comprend plusieurs éléments : la séparation des pouvoirs ; la limitation *du* pouvoir ; la hiérarchie des normes juridiques ; la garantie des droits fondamentaux ; l'existence, quand un droit est en cause, d'un recours effectif devant un juge indépendant et impartial. D'où, pour les juges, un *pouvoir*, celui de trancher le litige porté devant eux en appliquant la règle de droit. En affirmant cette règle par sa jurisprudence et en interprétant, chaque fois qu'il le faut – et il le faut très souvent –, les normes

1. Sur l'histoire et le contenu de cette notion, notamment en droit comparé, cf. Luc HEUSCHLING, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Dalloz, 2002.

applicables, le juge participe nécessairement à la création du droit. La spécificité de son rôle est là. Ce rôle peut connaître – il connaît – des insuffisances, des lenteurs scandaleuses, des bégaiements ou des phénomènes d'autolimitation. Mais il est, en tant que tel, irremplaçable. L'attention, légitime, dont il est l'objet le montre bien. Celle-ci se transforme vite en inquiétude, vigilante et intéressée, lorsque cette fonction indispensable de contrôle conduit à mettre au jour des abus de pouvoir, des comportements illégaux et des responsabilités. Et de sortir alors du magasin des antiquités l'épouvantail inusable du « gouvernement des juges ». Ceux qui le brandissent pensent probablement de lui ce que Flaubert disait, en son temps, de la censure : « Utile, on a beau dire[1]. » Si l'on ne veut pas de contrôle, si l'on veut « moins de juge », il faut avoir la franchise et le courage de dire pourquoi, au nom de quoi, et par quoi on entend le remplacer. Problème politique, au sens le plus élevé du mot, et non « technique », comme il est dit parfois pour détourner du vrai débat.

L'intervention du juge ne peut être dissociée de celle des autres institutions et acteurs sociaux, publics et privés : le Parlement, le gouvernement, l'Administration, les autorités administratives indépendantes[2], la presse et les divers corps intermédiaires.

J'examinerai trois mutations juridiques de fond qui ont transformé le pouvoir des juges, avant de présenter un essai d'explication d'une tendance plus générale.

1. *Dictionnaire des idées reçues.*
2. Autorité de la concurrence, Autorité des marchés financiers, Commission nationale de l'informatique et des libertés, Conseil supérieur de l'audiovisuel, etc.

LE DROIT : TROIS MUTATIONS DE FOND

Dans trois domaines significatifs, depuis le XXe siècle, le rôle du juge a connu une mutation décisive qui a des conséquences directes et durables sur les pouvoirs des juges : l'avènement d'un juge constitutionnel, l'influence du droit international et du droit communautaire et l'invention par un nouveau juge, le Conseil d'État, d'un nouveau droit, le droit administratif.

La loi a un juge constitutionnel ou la fin de la souveraineté parlementaire

La création d'un contrôle juridictionnel de la conformité de la loi à la Constitution est l'aboutissement quelque peu inattendu, sinon paradoxal, d'une histoire qui contient aussi des leçons.

Au départ, en 1789, on trouve le culte de la loi, un « légicentrisme » conduisant à la négation du rôle du juge, réduit à une fonction de simple exécution de la loi : « La loi sacralisée, le juge mécanisé[1]. » Au début du XXe siècle, un débat s'engage sur l'institution d'un tel contrôle, soit en créant une Cour suprême à l'américaine, soit en donnant à tout tribunal, au moyen de l'exception d'inconstitutionnalité, le droit de ne pas appliquer une loi estimée contraire à la

1. Jacques KRYNEN, *L'État de justice (France, XIIIe-XXe siècle)*, II, *L'Emprise contemporaine des juges*, Gallimard, 2012, p. 12. Cf. aussi Renaud COLSON, *La Fonction de juger. Étude historique et positive*, préface de G. Canivet, avant-propos de L. Cadiet, Presses universitaires de la faculté de droit de Clermont-Ferrand, 2006.

Extrait de la publication

Constitution. Il s'agit d'un débat entre universitaires, à la Société de législation comparée, dans les revues et les manuels de droit, et non d'un débat politique, aucun parti n'y étant favorable. Son contenu mérite d'être rappelé, ne fût-ce que pour mesurer l'ampleur de l'évolution qui s'est produite. La toute-puissance du Parlement est mise en cause au nom d'un besoin social et politique : la nécessité de se prémunir contre les atteintes aux libertés venant de la majorité du moment. En outre, contrôler la constitutionnalité de la loi est nécessaire pour faire respecter la hiérarchie des normes juridiques, au sommet de laquelle se trouve la Constitution[1]. À l'inverse, d'autres auteurs y sont hostiles, y voyant un saut dangereux dans l'inconnu, et aussi pour une autre raison, qu'un des maîtres du droit public de l'époque exprime ainsi :

> [L]es tribunaux français, à l'exception du Conseil d'État, ne sont pas préparés à exercer ce contrôle ; ils n'ont malheureusement qu'un prestige assez mince, à raison des conditions dans lesquelles s'opère leur recrutement, et aussi à raison de la dépendance dans laquelle ils se trouvent, vis-à-vis des députés et sénateurs, pour leur avancement. Il y a aussi une tradition séculaire de prosternation envers le Gouvernement, tradition qui est très défavorable à l'organisation d'un contrôle juridictionnel quelconque[2].

D'autres soulignent que le silence de la Constitution de 1875 sur les droits fondamentaux et l'absence (alors acceptée par tous) de valeur juridique de la Déclaration de 1789

1. Cf. Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 2e éd., Librairie du Recueil Sirey, 1929 ; réimpression Éd. du CNRS, 1965, pp. 266 sqq.

2. Gaston Jèze, « Le contrôle juridictionnel des lois », *Revue du droit public*, 1924, p. 412.

Extrait de la publication

rendent l'exercice vain. Commentant, en 1938, une décision du Conseil d'État excluant un tel contrôle, un autre juriste décrit exactement la réalité en écrivant :

> Qui niera que, fondées ou non en droit, heureuses ou regrettables, les idées qui prévalent en France ne sont pas favorables au contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des dispositions législatives, tout au moins que ce contrôle se heurte, sinon au droit public, du moins à l'esprit public ; sinon à des règles juridiques, du moins à des opinions très fermement et très traditionnellement établies ? S'il y a eu un mouvement en sa faveur, ce ne fut qu'un mouvement d'école, de juristes, qui n'avait pas sa source dans le pays ni légal ni réel, et qui n'y a pas eu d'écho sérieux[1].

Le débat reprend brièvement en 1946 devant l'Assemblée constituante, mais sans plus. Une innovation se produit toutefois : la Constitution de 1946 est précédée d'un préambule. Ce texte réaffirme la Déclaration de 1789 en y ajoutant les « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République[2] » et, « comme particulièrement nécessaires à notre temps », une série de « principes politiques, économiques et sociaux ». Nul n'y attache, sur le moment, beaucoup d'importance. Vingt-cinq ans plus tard, en 1971, ce texte et cette triple mention seront l'instrument d'un progrès décisif.

En 1958, la nouvelle Constitution crée le Conseil constitutionnel. Les auteurs de ce texte, à commencer par le plus illustre d'entre eux, le général de Gaulle, n'ont certainement pas en tête d'en faire un plein juge de la loi. Il doit

1. Charles EISENMANN, commentaire de la décision du Conseil d'État, *Arrighi*, 6 novembre 1936, *Dalloz, Recueil périodique et critique*, 1938, III, p. 6.
2. Les auteurs de cette adjonction pensaient à la liberté de l'enseignement.

Extrait de la publication

être une sorte de surveillant d'un Parlement tenu en lisière et un juge des élections nationales. Les débuts sont plus que modestes, et beaucoup pensent ou espèrent que cette modestie sera durable. Puis deux changements majeurs ont lieu. En 1971, dans une décision déclarant inconstitutionnelle une loi qui viole le droit d'association, le Conseil constitutionnel donne une valeur de droit positif au préambule déjà cité et donc à la Déclaration de 1789 et aux principes fondamentaux cités plus haut[1]. Voici d'un coup élargi le « bloc de constitutionnalité » par rapport auquel le Conseil va contrôler la conformité des lois. Trois ans plus tard, en 1974, une réforme constitutionnelle bienvenue permet à soixante parlementaires de saisir le Conseil constitutionnel. Jusque-là, seuls le président de la République, le Premier ministre et les présidents des Assemblées pouvaient le faire. Appartenant tous, alors, à la même majorité, ils n'accablent par le Conseil constitutionnel de leurs recours.

En 2008, une nouvelle révision constitutionnelle crée la question prioritaire de constitutionnalité (QPC). Devant toute juridiction, une partie peut soulever, au cours d'un litige, une telle question à propos d'une loi applicable au litige et estimée contraire à une liberté fondamentale garantie par la Constitution[2]. Il faut que la question soit à la fois sérieuse et nouvelle et que le Conseil constitutionnel n'ait pas déjà déclaré la loi conforme à la Constitution, sauf changement des circonstances. Cette précision permet au Conseil constitutionnel de statuer sur une loi même s'il l'a, dans le passé, déclarée conforme à la Constitution. La Cour

1. Conseil constitutionnel, décision n° 71-44, DC, 16 juillet 1971, p. 29.
2. Cette notion ne concerne pas seulement les droits des individus vis-à-vis de l'État, mais aussi les rapports entre personnes. Il suffit de songer au droit du travail et au droit de la famille.

Maurice Fraser et Stephen Lewis (dir.), *Essays to Honour Alan Montefiore on his 85th Birthday*, Oxford (G.-B.), FEP, 2011.

« THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS AND INTERIM MEASURES : SCOPE OF POWERS AND ISSUES FOR DOMESTIC COURTS », *in* Asher D. Grunis, Eliezer Rivlin et Michael Karayanni (dir.), *The Shlomo Levin Festschrift*, The Hebrew University of Jerusalem and Nevo Publishing (à paraître en 2013).

« LE DROIT DES RÉFUGIÉS ET DE L'ASILE CONCERNANT LES FEMMES : L'APPORT DU DROIT HUMANITAIRE INTERNATIONAL, DU DROIT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME ET DU DROIT PÉNAL INTERNATIONAL », in *Mélanges en l'honneur de Renée Koering-Joulin* (à paraître en 2013).

Extrait de la publication

Et ce sera justice...
Le juge dans la Cité
Roger Errera

Cette édition électronique du livre
Et ce sera justice... Le juge dans la Cité de Roger Errera
a été réalisée le 25 octobre 2013
par les Éditions Gallimard.
Elle repose sur l'édition papier du même ouvrage
(ISBN : 9782070134830 - Numéro d'édition : 184847).
Code Sodis : N49889 - ISBN : 9782072449451
Numéro d'édition : 232834.

Extrait de la publication