

2017

JUSTICE : ÉTAT DES SAVOIRS

De la responsabilité





2017

**JUSTICE :
ÉTAT DES SAVOIRS**

De la responsabilité

AVANT-PROPOS

La quatrième édition de la journée « justice : état des savoirs » a été consacrée à une notion juridique classique : la responsabilité. Sous le regard de différentes disciplines des sciences sociales, anthropologie, droit, sciences politiques, sociologie, philosophie, histoire, de multiples facettes de la responsabilité et surtout des questions qu'elle soulève aujourd'hui ont été mises en lumière. Pour garder une trace de la richesse des interventions et des discussions, une retranscription intégrale a été réalisée. Elle vient compléter la publication des trois premières éditions de cette manifestation initiée par le ministère de la Justice.

Laetitia BRUNIN,

adjointe à la sous-directrice de la statistique et des études,
secrétariat général du ministère de la justice

INTRODUCTION

La responsabilité est un concept juridique, philosophique et moral établissant un lien entre un individu et des actes qui lui sont attribués comme étant les siens, et dont il peut éventuellement répondre devant la loi s'ils sont délictueux ou s'ils ont provoqué un quelconque dommage à autrui. C'est précisément la nature de ce lien qui sera interrogé lors de ce colloque. Partant du constat que ce dernier n'a rien d'évident ni de naturel, mais qu'il s'est historiquement construit, qu'il se présente différemment selon les cultures étudiées et qu'il est susceptible de produire des controverses à l'intérieur d'une même société ou au sein même du droit, qu'il soit pénal ou civil, national ou international, les chercheurs et juristes participant à cette manifestation s'efforceront de suivre pas à pas les opérations cognitives et sociales d'attribution de la faute, ou de la charge de réparation, à des individus ou à des entités collectives, naturelles ou surnaturelles.

Mais que se passe-t-il lorsque c'est l'État, l'instance qui dans nos sociétés occidentales est le garant d'une justice juste et équitable dans l'attribution des responsabilités, qui est remis en cause quant à sa propre responsabilité face à l'histoire, face à son fonctionnement, face à sa conformité à des principes jugés comme légitimes ? La justice est, en effet, elle-même travaillée par ses propres contradictions, ses zones d'ombre, et doit sans cesse déployer un effort d'autolégitimation et de justification du bien fondé de ses actes face à une opinion publique alertée par les intellectuels et les médias. Ce deuxième volet de la responsabilité intéresse au premier chef les professionnels du droit, mais questionne également les fondements théoriques de la notion même de légitimité : légitimité à juger, à distribuer des fautes, à répartir des biens, à punir, etc.

Explorer le thème de la responsabilité individuelle versus collective à partir des dilemmes qu'elle soulève aujourd'hui dans les pratiques sociales et judiciaires, examiner les contradictions et contraintes que suscite le choix de l'une ou de l'autre de ces formes d'imputation, revenir aux sources de l'imputabilité de l'État face à d'autres États ou face à lui-même et à l'opinion implique aussi de s'interroger sur la place qu'occupe le droit dans nos sociétés modernes. Si l'affrontement ou la cohabitation de conceptions individualistes et communautaristes de la société, et la théorisation de l'action étatique et de ses modalités se jouent, en partie au moins, par la mise à l'épreuve judiciaire de conceptions juridiques, ces dernières jouent un rôle majeur dans la fabrication et stabilisation de « sujets de droit » et, par là-même, de sujets tout court : l'État lui-même n'est-il pas à considérer comme l'un de ces sujets créé par le droit ? Il revient aux chercheurs en sciences sociales, en étroite collaboration avec les juristes, d'éclairer ce pouvoir fondateur et cette puissance ontologique du droit.

Coordination scientifique :

Deborah PUCCIO-DEN,

Chargée de recherche, CNRS

« De la responsabilité »

INTRODUCTION PAR **M. Pierre-Cyrille HAUTCOEUR,** président de l'EHESS
M. Stéphane VERCLYITE, Secrétaire général du ministère de la Justice

p. 11

TABLE RONDE 1 : **LES ÉCONOMIES DE LA RESPONSABILITÉ,** **ENTRE INDIVIDUEL ET COLLECTIF**

Présidente :

M^{me} Béatrice BOSSARD,

sous-directrice de la justice pénale générale, direction des affaires criminelles et des grâces, ministère de la Justice

« LE PEUPLE EST MORT, VIVE LE PEUPLE ! RÉFLEXIONS SUR LA RESPONSABILITÉ INDIVIDUELLE ET COLLECTIVE DES CRIMES NAZIS »

M. Rainer Maria KIESOW,

juriste, professeur, directeur d'études, EHESS-Centre Georg Simmel

« SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST ? QUELQUES RÉFLEXIONS SUR LA RESPONSABILITÉ COLLECTIVE EN DROIT »

M. Michele SPANÒ,

juriste, maître de conférence, CENJ-EHESS

« RÉFORMER LE DROIT DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE »

M. Guillaume MEUNIER,

sous-directeur du droit civil, direction des affaires civiles et du sceau, ministère de la Justice

« RESPONSABILITÉ COLLECTIVE VS RESPONSABILITÉ INDIVIDUELLE DANS LA JUSTICE COUTUMIÈRE ET ÉTATIQUE DES SOCIÉTÉS ARABES »

M. Baudouin DUPRET,

politiste, professeur, université de Louvain

« IMPUNITÉ FISCALE : QUAND LA RESPONSABILITÉ ÉCONOMIQUE L'EMPORTE SUR LA RESPONSABILITÉ PÉNALE »

M. Alexis SPIRE,

sociologue, directeur de recherche, CNRS, IRIS-EHESS

« LA « CORRUPTION » DES ÉLITES POLITIQUES, ENTRE PROBLÈME PUBLIC ET RESPONSABILITÉ PÉNALE AU DÉBUT DES ANNÉES 1990 »

M. Maxime AGATOR,

sociologue, doctorant, CMH et CEMS-IMM, EHESS

p. 33

TABLE RONDE 2 : **LA RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT**

Président :

M. Jean DANET,

maître de conférence, université de Nantes, avocat honoraire, membre du Conseil Supérieur de la Magistrature

« RESPONSABLE DE QUOI ? L'ÉPURATION DES AVOCATS ET DES MAGISTRATS APRÈS LA SECONDE GUERRE MONDIALE »

M^{me} Liora ISRAËL,

sociologue, maîtresse de conférence, EHESS, Centre Maurice Halbwachs-EHESS

« JUSTICE ET GUERRE D'INDÉPENDANCE ALGÉRIENNE : DE L'ÉTAT AUX MAGISTRATS, INTERROGATIONS SUR UNE CASCADE DE RESPONSABILITÉS »

M^{me} Sylvie THÉNAULT,

historienne, directrice de recherche, CNRS, Centre d'Histoire Sociale du XX^e siècle-Université de Paris 1

« MAFIA, ÉTAT, RESPONSABILITÉ : DE L'OMERTA AU SILENCE »

M^{me} Deborah PUCCIO-DEN,

anthropologue, chargée de recherche, CNRS, LAIOS-IIAC, EHESS

« L'ATTÉNUATION DE LA RESPONSABILITÉ, BIENVEILLANCE OU PATERNALISME ? LE CAS DES MINEURS ET DU TROUBLE PSYCHIQUE »

M^{me} Raphaëlle THERY,

docteur en philosophie, lauréate du prix Vendôme 2016

« LA RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT POUR DYSFONCTIONNEMENT DU SERVICE PUBLIC DE LA JUSTICE »

M^{me} Cynthia FABRE,

chefe du bureau du contentieux judiciaire, secrétariat général du ministère de la Justice

« ACCOUNTABILITY ET ÉTAT DE DROIT : LES PRINCIPES AU MIROIR DES PRATIQUES »

M^{me} Daniela PIANA,

politiste, professeure, Université de Bologne, IEA

« LES MAGISTRATS FACE AUX CONSÉQUENCES DE LEUR DÉCISION : QUELLE RESPONSABILITÉ ? »

M. Christian MOUHANNA,

sociologue, directeur de recherche, CNRS, CESDIP

INTRODUCTION PAR M. STÉPHANE VERCLYTTÉ, SECRÉTAIRE GÉNÉRAL DU MINISTÈRE DE LA JUSTICE ET M. PIERRE-CYRILLE HAUTCŒUR, PRÉSIDENT DE L'EHESS

 M. Pierre-Cyrille HAUTCŒUR, président de l'EHESS

Monsieur le secrétaire général, chers collègues, mesdames, messieurs, je suis heureux d'être parmi vous pour ouvrir cette quatrième journée « Justice : état des savoirs » qui est réalisée, comme les précédentes, en partenariat entre le ministère de la Justice et l'École des hautes études en sciences sociales.

Je voudrais d'abord excuser Dominique Schnapper, présidente de l'Institut d'études avancées de Paris, qui nous accueille, un institut qui réunit des chercheurs du monde entier dans ces locaux splendides que lui a confiés la mairie de Paris et qui a été créé à l'instigation et au service de l'ensemble des universités, des grands établissements de la région parisienne et notamment de l'EHESS.

Dominique Schnapper aurait été bien placée pour introduire cette journée. Elle est directrice d'études à l'EHESS, a été membre du Conseil constitutionnel et, il y a quelques années, elle a écrit un beau livre : *La Relation à l'Autre*, qui met en son cœur la notion d'éthique de la responsabilité. C'est donc à grand regret qu'elle a dû s'abstenir de venir ouvrir cette journée.

Ces journées sont importantes pour l'École des hautes études en sciences sociales. C'est une institution qui n'a pas le droit en son cœur, au sens où il n'y a pas de faculté de droit et où le droit y a une position relativement marginale en tant que discipline. En revanche, évidemment, la justice comme ensemble de dispositifs institués et comme ensemble d'institutions chapeautées par un ministère, avec un garde des Sceaux, est étudiée dans de multiples dimensions, dans la diversité géographique et historique de ses dispositifs et de ses fonctions, de la manière dont nous étudions tous les phénomènes et tous les objets au sein de l'EHESS.

La justice et le droit font ainsi l'objet d'un ensemble de débats interdisciplinaires au sein de l'EHESS. Un programme de recherche interdisciplinaire qui s'intitule « Terrains du droit » a été créé il y a plusieurs années par Liora Israël, l'une des organisatrices au long cours de ces journées. Au sein de ce programme, le thème de la responsabilité a donné lieu à des travaux d'anthropologie importants, en particulier autour de Deborah Puccio-Den, anthropologue au CNRS, dans un des laboratoires de l'école, qui est l'une des deux autres coorganisatrices de cette journée et qui vous parlera tout à l'heure de ses travaux sur l'impact des procès anti-mafia en Italie.

Notons également les travaux de Gisèle Sapiro, sociologue et spécialiste de la littérature qui a écrit un beau livre sur la responsabilité de l'écrivain, qui touche d'une manière indirecte mais importante aux sujets qui sont traités et qui sont au cœur de votre travail aujourd'hui.

Des travaux d'histoire ont eu lieu aussi autour d'un séminaire tenu par Simona Cerutti sur la responsabilité en justice sous l'Ancien régime, permettant d'éclairer par la distance historique un certain nombre de questions que vous allez traiter.

Des journées d'étude sur la responsabilité en justice ont été organisées par toutes ces personnes.

Plus largement, au sein du Laboratoire d'excellence, dispositif qui a permis de transformer en partie l'enseignement supérieur ces dernières années, dans le cadre d'un laboratoire TEPSES, un atelier « Droit et politique » interroge le droit sous l'angle de son articulation avec les politiques, avec des questions comme la judiciarisation de la politique et d'autres thèmes, toujours avec cette volonté comparatiste et historique qui est la marque de l'EHESS et une des possibilités de distanciation ayant conduit le ministère de la Justice à nous interroger durant ces journées.

Ces dernières sont pour nous un moment pendant lequel les chercheurs en sciences sociales peuvent faire part de leurs travaux auprès des acteurs de la justice et plus largement du monde social. Sans jeu de mots, c'est une responsabilité importante des sciences sociales, et du monde universitaire de manière générale, que de restituer, de transférer les travaux effectués auprès des acteurs. La difficulté consiste à s'exprimer de la manière la plus adéquate dans des contextes construits pour cela. Il ne suffit pas de publier et de se dire que les gens n'ont qu'à lire, ce qui est quelquefois une tentation, car en tant qu'universitaires nous sommes jugés sur les publications.

Mais en dehors de cette responsabilité de restitution, il y a aussi nos propres besoins de compréhension sur les interrogations des acteurs du monde social en général et de la justice en particulier, de manière à pouvoir construire ensemble de nouvelles problématiques.

L'École des hautes études en sciences sociales n'est pas le lieu dans lequel nous vous apporterons des expertises pointues sur des sujets particuliers qui vous concernent au quotidien, quel que soit le métier dans

l'univers de la justice que vous pouvez exercer. En revanche, c'est un endroit où nous tentons une critique et une mise à distance de l'ensemble des phénomènes sociaux et de la justice comme activité sociale particulièrement importante. Cette critique est une fonction du monde académique, une liberté de dire les choses éventuellement désagréables. Mais cette liberté est aussi plus généralement une condition de la démocratie dont nous savons tous que la justice est à la fois une aspiration et une institution inséparables.

Je répète l'importance de cette journée pour l'EHESS et, je l'espère, pour le ministère de la Justice.

Je vous souhaite à toutes et à tous de très fructueux débats et travaux !

 M. Stéphane VERCLYTTÉ, Secrétaire général du ministère de la Justice

Monsieur le président, merci pour ces mots d'accueil.

C'est un honneur d'ouvrir la quatrième édition de la journée « Justice : état des savoirs » dans cette prestigieuse institution de recherche qu'est l'Institut d'études avancées de Paris. Merci au président de l'EHESS de nous avoir proposé ce lieu magnifique et de toute l'attention portée à cette manifestation commune. Je tiens également à exprimer ma gratitude à toutes les instances de l'Institut d'études avancées et à la mairie de Paris pour la mise à disposition de ces locaux.

Depuis sa première édition en mai 2014, cette journée est devenue un moment d'échange et de dialogue avec la communauté scientifique qui est attendu au sein du ministère. De fait, toutes les directions du ministère participent au comité de pilotage et les organes de recherche subventionnés par le ministère y sont associés : le GIP-Mission de recherche Droit et Justice, le Centre de recherches sociologiques sur le droit et les institutions pénales, et l'Institut des hautes études sur la justice.

Cette manifestation a été mise en place à la suite de l'adoption du programme pluriannuel 2014-2016 d'études et de recherches du ministère de la Justice. Ce programme était destiné à présenter à la fois les besoins d'études et de recherches du ministère dans leurs détails thématiques ainsi que les enjeux stratégiques que cela recouvrait pour le ministère. Alors même que nous commençons à tirer le bilan de ce premier programme pluriannuel, au moment où nous nous apprêtons à élaborer un nouveau plan pluriannuel d'études et de recherches pour 2018-2020, il m'a semblé qu'il était important de faire un premier bilan de ce qui avait été accompli.

Un grand nombre de recherches et d'études figurant dans le programme ont été réalisées ou sont en cours de réalisation, mais nous constatons que nous avons encore à progresser dans l'articulation entre enjeux stratégiques du ministère et travaux de recherche dont le ministère peut s'inspirer pour nourrir sa réflexion et guider son action.

Le premier des enjeux était le périmètre d'intervention de la justice, avec la question sous-jacente de la valeur ajoutée de l'intervention judiciaire dans différents domaines.

On peut estimer qu'une réforme importante, celle de la déjudiciarisation du divorce par consentement mutuel, est venue s'appuyer sur une abondance d'études et de recherches menées sur le divorce. L'ensemble des données des résultats d'enquêtes de la Sous-direction de la statistique et des études, diffusées sous forme d'Infostat, depuis la réforme du divorce de 2004, a nourri le débat public. Différentes études ont permis de mettre en évidence les délais, l'importance des accords entre les parents, la méconnaissance des procédures de divorce par les divorçants. Il y a aussi l'ensemble des travaux qui ont conduit à l'élaboration du barème des pensions alimentaires.

Tous ces sujets ont permis de prendre la mesure à la fois de ce qu'était l'apport ou le faible impact du contrôle du juge sur les conventions, d'une relative déception des justiciables vis-à-vis du temps d'audience et de l'interaction avec le juge, et a contrario de l'importance du travail des avocats. Même si les textes législatifs n'ont pas fait référence à tous ces travaux, ils se sont alimentés de ces connaissances pour faire évoluer le débat public, de même que le droit comparé a pu jouer un rôle.

Sur cette question du périmètre d'intervention de la justice, il reste néanmoins encore à travailler. Notamment sur la place des modes alternatifs de résolution des litiges, insuffisamment explorée au regard de ce que souhaiterait le ministère de la Justice. Les recherches sur appel d'offres du GIP-Mission de recherche Droit et Justice offriront peut-être des perspectives nouvelles en la matière, sachant que d'ores et déjà un certain nombre de réformes législatives ont pris les devants. Des travaux sur la tentative de conciliation obligatoire pour les petits litiges, la médiation obligatoire en matière familiale, nous permettront, à défaut d'avoir précédé l'adoption de ces mesures, d'en évaluer l'application et d'en mesurer le cas échéant les adaptations ou l'évolution toujours nécessaires.

Une deuxième thématique avait été identifiée comme un axe stratégique par le ministère, à savoir celle de la construction du droit et des pratiques judiciaires. Sur ce terrain, force est de constater que l'appel à projets du GIP sur les métiers de la justice est resté sans réponse. Nous avons un peu manqué d'éclairage pour préparer les réformes qui ont été introduites, notamment celle du juge des libertés et de la détention, fonction qui n'a cessé de voir son champ de compétence s'étendre depuis sa création par la loi du 15 juin 2000 et qui est devenue, de par la loi organique adoptée l'année dernière, une fonction spécialisée assortie de garanties et d'un statut spécifique. Là encore, je pense qu'il y a matière, pour l'univers de la recherche, à nous éclairer aussi sur l'évolution de cette institution.

La dernière thématique est l'analyse économique de la justice, qui a progressé notamment grâce au système d'information décisionnel pénal. A partir de nos applications informatiques, ce système offre des informations beaucoup plus fines. Plusieurs études récentes de Sous-direction de la statistique et des études illustrent cette connaissance plus précise de la justice pénale : le traitement des contentieux de l'environnement ou des infractions liées aux produits stupéfiants ou les victimes dans les affaires pénales.

Mais cette analyse devra encore s'enrichir, y compris sur le terrain économique. Par exemple, le rôle de la Direction des affaires civiles et du sceau, dans sa réflexion sur l'évolution des professions réglementées, doit sans doute, plus qu'elle ne l'a fait jusqu'à présent, intégrer complètement la dimension économique de ses activités, y compris pour nourrir un dialogue qu'on sait riche et qu'il faut rendre plus fécond encore avec d'autres ministères s'intéressant à ces professions. C'est un champ nouveau, celui de la recherche économique, qui doit venir enrichir les travaux de la Chancellerie.

Enfin, les études sur les parcours individuels, indispensables pour évaluer l'efficacité des politiques publiques, ne se sont pas développées au rythme souhaité. Il a été possible de travailler sur un panel des mineurs, mais un changement d'applicatif métier ne permet plus de l'alimenter. Le panel des majeurs reste encore à l'état de projet. Il faut bien dire que la responsabilité en incombe d'abord au ministère de la Justice, qui doit se donner les moyens et les outils, pour lui-même et pour alimenter la réflexion de l'ensemble de la doctrine et des acteurs de la recherche, pour suivre davantage les parcours individuels, car c'est la seule manière d'appréhender véritablement l'efficacité d'une politique et notamment d'une politique pénale.

Il faut que nous avancions pour nourrir notre propre réflexion et pour mettre à disposition de l'ensemble de la communauté scientifique des données consolidées. Il faut que nous avancions en respectant les principes de protection des données personnelles, et en étant capables de suivre les parcours et donc de mesurer l'effet des différentes procédures, du début à la fin de la chaîne, alors que pour l'instant nous avons des analyses très fragmentées.

L'évaluation des politiques publiques judiciaires est une absolue priorité. Un certain nombre de travaux ont été menés. M. Mouhanna y fera sans doute allusion lors de son intervention portant sur la responsabilité du magistrat, puisque ce sujet illustre les interactions entre l'évaluation d'une réforme et des travaux de recherche au long court.

Concernant l'évaluation des réformes, nous menons des enquêtes sur décisions qui permettent, avec les précautions exigées en matière de protection de la vie personnelle, de faire progresser la connaissance sur les décisions de justice. Les résultats de l'enquête sur les décisions en matière de tutelles pour les majeurs sont très attendus et alimenteront la réflexion du ministère sur un dispositif dont la Cour des comptes dresse chaque année un bilan critique.

Avec ce type d'enquêtes, la Sous-direction de la statistique et des études du ministère permet à des chercheurs d'accéder à l'analyse du contenu des décisions de première instance. C'est un apport tout à fait décisif, dans l'attente d'une autre évolution qui va bouleverser fondamentalement nos manières de travailler, qui est celle de l'open data des décisions de justice, qui ne touchera pas le champ entier des décisions, mais qui nous amènera à un degré de connaissance et à un mode de diffusion de la matière première de la recherche sans équivalent avec ce qui existe aujourd'hui.

Concernant l'évaluation, la réforme du Secrétariat général que j'ai eu le plaisir de porter, entrée en vigueur le 2 mai 2017, a constitué en service à part entière les domaines de l'expertise et de la modernisation avec pour objectif, précisément, de développer de véritables capacités d'évaluation et de suivi des évaluations, car nous disposons d'énormément de matériaux mais nous avons toujours beaucoup de mal à les exploiter. Ce service, qui rassemble également la Sous-direction de la statistique et des études, est précisément destiné à nous permettre, dans un temps long, d'exploiter beaucoup plus activement l'ensemble des recherches, que ce soit à titre exploratoire dans la préparation des réponses quand nous préparons des études d'impact ou pour évaluer les effets de telle ou telle réforme.

Les demandes qui sont adressées à l'administration sont de plus en plus pressantes et tous nos concitoyens expriment un sentiment d'exaspération à l'idée de la lenteur de l'action publique, exaspération pouvant être

partagée par l'ensemble de nos dirigeants politiques. De ce point de vue-là, les choses ont profondément évolué depuis une dizaine d'années.

Pour essayer de satisfaire à la fois cette impatience qui, à certains égards, peut être légitime, et la nécessité d'avancer sur des bases documentées et consolidées, l'administration doit développer ses capacités d'anticipation. C'est pourquoi je souhaite que le Secrétariat général du ministère développe aussi une fonction de prospective et l'institutionnalise. Cette prospective permettra d'associer l'ensemble de l'écosystème du ministère de la Justice et, plus globalement, de l'institution judiciaire.

Cette prospective est l'occasion d'anticiper nos enjeux en rapprochant les besoins des acteurs de terrain, les réflexions entre praticiens et chercheurs, la doctrine et de préparer dans les meilleures conditions les réformes à venir. Nous devons être capables d'anticiper ces évolutions et de proposer à nos autorités et à la société des évolutions, en ayant pensé celle des besoins pour préparer celle des instruments. Je suis tout à fait désireux de développer cette fonction prospective qui permettra aussi de nourrir, de valoriser, de stimuler l'ensemble des travaux.

Dans les années à venir, deux questions seront centrales dans nos problématiques de recherche, dans nos réflexions, dans nos actions associées.

D'une part se pose la problématique du numérique dans tous ses aspects, comme l'open data. C'est un bouleversement majeur pour l'ensemble des acteurs de l'écosystème judiciaire avec des chances formidables mais aussi des risques importants. Sur ce sujet, la Cour de cassation a déjà engagé une réflexion approfondie qui se nourrira aussi du rapport sur l'open data des décisions de justice que le précédent garde des Sceaux a demandé au professeur Loïc Cadet. Dans ce domaine, nous espérons des prolongements dans un projet de recherche auprès de l'Agence nationale de la recherche, sachant que nous sommes confrontés en la matière à des questions importantes et complexes de principe, mais aussi à des questions d'outils pour combiner un accès maximal à la matière juridique et la protection des droits et des libertés individuelles, de la vie privée.

La deuxième question qui va beaucoup nous occuper est celle de la radicalisation. Nos services y sont directement confrontés et chacun cherche, parfois à tâtons, à ajuster ses pratiques et ses procédures à ce défi. Il est crucial que ces pratiques puissent aussi se nourrir et s'appuyer sur des évaluations scientifiques, des travaux de recherche dans l'ensemble des disciplines concernées, dont le champ est extrêmement vaste, depuis la neuropsychologie jusqu'aux sciences sociales, avec l'intérêt et la conscience, que nous avons, qu'il faut cette approche interdisciplinaire et multidisciplinaire pour avancer intelligemment. Cette approche s'est traduite par la constitution de divers conseils scientifiques, parfois dans l'urgence, mais désormais rassemblés dans le Conseil scientifique institué auprès du Premier ministre. Nous avons là un défi considérable à relever et nous comptons beaucoup sur l'interaction avec le monde de la recherche.

Un mot sur le thème d'aujourd'hui, celui de la responsabilité. Participent à nos travaux une sous-directrice et un sous-directeur des directions législatives, un représentant du bureau du contentieux judiciaire européen du Secrétariat général, ce qui illustre à quel point cette thématique est d'actualité permanente pour le ministère.

Comment penser la responsabilité ? Comment réformer le droit de la responsabilité d'aujourd'hui ? Comment pratique-t-on la responsabilité de l'État dans les activités judiciaires au quotidien ?

Réfléchir avec des chercheurs à l'équilibre à trouver entre responsabilité individuelle et responsabilité collective peut et doit contribuer à la mise en perspective de notre action législative, puisque la réforme de la responsabilité civile a été entamée à la suite de la réforme du droit des contrats entrée en vigueur à l'automne 2016. Après consultation publique, 82 articles seront proposés au législateur pour prendre la place des 5 articles du code civil à partir desquels la jurisprudence avait élaboré le droit de la responsabilité depuis plus de deux siècles. L'ensemble des contributions a permis de nourrir un projet ambitieux.

Il nous faut anticiper parce que l'accélération du temps de la décision publique rend absolument indispensable que cette décision puisse s'ancre dans une véritable culture. Cette culture se bâtit dans le temps long, celui des praticiens, celui des chercheurs, des échanges intellectuels, patients, minutieux, détaillés. C'est à cela que vous vous attellez ensemble et que le ministère s'efforcera d'apporter son appui, avec la Sous-direction de la statistique et des études, avec ce développement de la dimension prospective. Cette culture est fondamentale pour que nous prenions ensemble les bonnes décisions. Je vous remercie d'y apporter votre pierre.

Je remercie tous les intervenants qui ont accepté de participer à cette journée, les organisatrices de l'EHESS, Liora Israël et Deborah Puccio-Den, et Laetitia Brunin pour le ministère, pour leur appui scientifique. Je vous souhaite de fructueux échanges et la poursuite d'une journée qui s'annonce passionnante. Merci !



TABLE RONDE



TABLE RONDE



LES ÉCONOMIES DE LA RESPONSABILITÉ, ENTRE INDIVIDUEL ET COLLECTIF

M^{me} Béatrice BOSSARD, magistrate, sous-directrice,
direction des affaires criminelles et des grâces,
ministère de la Justice

Nous commençons cette journée par une table ronde intitulée « Les économies de la responsabilité, entre individuel et collectif ». Plusieurs intervenants vont se succéder à cette table, puis nous aurons un échange avec vous dans la salle.

Tout d'abord prendra la parole M. Kiesow, professeur de droit, directeur d'études à l'École des hautes études en sciences sociales, sur le thème : « *Le peuple est mort, vive le peuple ! Réflexions sur la responsabilité individuelle et collective des crimes nazis* ». Succédera dans la prise de parole M. Michele Spanò, maître de conférences, qui interviendra pour sa part en vous livrant des réflexions sur la responsabilité collective en droit. Ensuite, nous aurons l'intervention de Guillaume Meunier, magistrat, actuellement sous-directeur du droit civil à la Direction des affaires civiles et du sceau, sur le thème de la réforme du droit de la responsabilité civile. Sans plus tarder, je cède la parole à M. Rainer Maria Kiesow.

« LE PEUPLE EST MORT, VIVE LE PEUPLE ! RÉFLEXIONS SUR LA RESPONSABILITÉ INDIVIDUELLE ET COLLECTIVE DES CRIMES NAZIS »

M. Rainer Maria KIESOW, juriste, professeur, directeur d'études, EHESS-Centre Georg Simmel

Il s'est excusé, il a été désolé, mais il n'a pas avoué. C'était un monsieur sans aucune trace de monstre dans son visage et dans ses yeux de 95 ans qui se sont éteints il y a 18 jours, le 30 mai. C'était un vieil homme comme les autres. Quand il avait 22 ans, son visage et ses yeux ne laissaient pas non plus voir la complicité de meurtre de 170 000 personnes. C'était un jeune homme comme les autres. C'était à Auschwitz en 1943 et 1944, quand il était gardien SS dans le camp d'extermination.

Le 17 juin 2016, il y a un an, Reinhold Hanning fut condamné par le tribunal de grande instance de Detmold à une peine de prison de 5 ans. Le jugement n'était pas définitif. Le prévenu est mort avant que la Cour de cassation allemande ait pu se prononcer sur le recours de l'accusé.

Samedi dernier, le 10 juin, Oskar Gröning a fêté son 96^e anniversaire. Il était l'un des comptables d'Auschwitz. Il comptait l'argent des nouveaux arrivés à la rampe et le triait par monnaie. Il n'a jamais tué personne. Il fut condamné par le tribunal de grande instance de Lunebourg, pour complicité de meurtre de 300 000 personnes, à une peine de prison de 4 ans.

Une fois de plus, s'il en était besoin, on voit que la justice dépend du cas, du juge et non mécaniquement de la loi : 4 ans pour 300 000 meurtres, 5 ans pour 170 000.

Le 20 septembre 2016, la Cour de cassation allemande confirme le verdict. On cherche toujours, pour le condamné, une prison gériatrique étant donné qu'en Basse-Saxe, avant le cas Gröning, le prisonnier le plus vieux n'avait que 83 ans.

Il existe encore quelques rares autres cas qui visent cet ensemble complexe des auxiliaires du crime nazi, toutes ces personnes qui n'ont pas été auteurs/tueurs, au fond, de la boucherie nazie, mais qui ont œuvré en arrière-plan pour que les auteurs puissent commettre leurs crimes sans problème.

Depuis 2011, une cinquantaine de procès ont été entamés en Allemagne contre les nonagénaires sur le fondement de la complicité de meurtre. Le signal de départ fut donné le 12 mai 2011 par le jugement du tribunal de grande instance de Munich, quand le gardien John Demjanjuk fut condamné à une peine de prison de 5 ans pour complicité de 28 060 meurtres dans le camp d'extermination de Sobibor. C'était la première fois qu'un prévenu, par ailleurs qui n'était pas allemand mais d'origine italienne et qui acquit en 1958 la nationalité étasunienne, était condamné pour complicité de meurtre sans que l'on ait pu prouver, de sa part, une quelconque action directe et concrète en lien avec le meurtre. Le jugement n'a pas pu être définitif, car John Demjanjuk est décédé avant que la Cour de cassation allemande ne puisse se prononcer.

La course était déclenchée, car enfin une cour de justice, celle de Munich, avait bouleversé le droit, et ce, dans un secteur extrêmement sensible du droit pénal, c'est-à-dire la zone entre l'acte et le non-acte, entre la qualification d'auteur/acteur et de celui qui n'a rien fait. Bref, la zone dans laquelle se trouvent ceux qui n'ont pas rien fait, mais qui n'ont pas non plus commis l'acte ; donc ceux qui contribuent. C'est la zone intermédiaire entre le crime interdit et l'action permise, cette zone où le complice fait son œuvre.

Le droit pénal de la complicité est, avec celui de la tentative, certainement l'un des plus complexes en droit. Il s'agit de poser une différence normative et nominaliste entre le rien et le début de quelque chose.

Pour ne pas sombrer dans le tout et n'importe quoi, le droit a forgé au cours des siècles des instruments techniques interprétatifs qui ont abouti, dans le droit pénal du XIX^e siècle, en France comme en Allemagne, à des principes généraux comme le caractère nécessairement accessoire de l'acte du complice par rapport à l'acte principal, la

causalité, l'immédiateté, la proximité. Ce sont des garde-fous pour ne pas impliquer tout un chacun dans un acte maléfique. En somme, la complicité au sens pénal doit être liée à l'acte. Le complice doit savoir spécifiquement en quoi consiste l'acte principal. Il doit y contribuer concrètement. Quelqu'un qui donne un couteau de cuisine à un autre en sachant vaguement que cet autre a des velléités brutales n'est pas forcément complice, si celui-ci tue une troisième personne avec ledit couteau de cuisine. Ce serait peut-être différent si le couteau était un poignard. Comme toujours dans le droit, cela dépend de nombreux éléments du cas. Certes, les prérequis de causalité et d'immédiateté se sont effrités au cours du temps. Mais en principe, il ne suffisait pas, pour être complice, d'être simplement là où le crime a eu lieu.

Le jugement de John Demjanjuk et surtout le jugement définitif de Gröning de la Cour de cassation en 2016, ont changé ces critères doctrinaux et jurisprudentiels. Maintenant tout est différent ; radicalement autrement. Comme l'énonce la Cour de cassation, « le prévenu était intégré dans l'organisation des homicides en masse en assurant des tâches, d'après le tableau du service, à l'arrivée des victimes à la rampe. Autrement dit, il faisait partie de l'appareil du personnel au service d'Auschwitz. »

Formulé d'une manière aussi laconique que spectaculaire dans ses conséquences juridiques, cet énoncé signifie que le lien entre la complicité et l'acte peut être établi par une pure fonctionnalité. Il n'y a plus besoin de prouver un lien concret, individuel, immédiat, proche, etc. Il suffit de prouver que le complice occupait une fonction dans l'appareil. Et bien sûr, et cela les détenus eux-mêmes ne l'ont pas nié, il était clair que dans cet appareil il ne s'agissait pas d'une fabrique de bonbons, mais de morts.

À partir de cette jurisprudence nouvelle, à partir de 2011-2016, tous les personnels des camps de concentration, fussent-ils gardiens, bureaucrates ou cuisiniers, qu'ils soient restés en poste un jour ou un an, sont susceptibles d'être qualifiés et condamnés comme complices d'au moins un meurtre. Pour mémoire, ont travaillé uniquement à Auschwitz, comme personnel SS, environ 10 000 hommes et femmes.

Il était temps ! Le temps passe. Le droit est une question de temps. C'est évidemment le cas si la responsabilité des crimes nazis est en jeu, car ne nous leurrons pas : le champ entre le rien et l'acte, le champ de la complicité, c'est le champ de la responsabilité de beaucoup de personnes, de tous peut-être, car il est assez facile de dire, et de ne pas subir la preuve du contraire : « Je n'ai tué personne ». Ce qui veut dire que la frontière entre l'acte et le reste, le meurtre et le non-meurtre, ne pose pas vraiment de problème, sauf à concevoir une masse d'auteurs due à la non-assistance à personne en danger, ce qui est quand même un fondement juridique assez tiré par les cheveux. Non, le peuple allemand ne fut pas, ni en réalité, ni en termes juridiques, un peuple d'auteurs de crimes. En revanche, il est difficile de dire : « Je n'ai rien entendu, rien vu, rien fait. Je ne faisais partie d'aucune organisation de l'État allemand nazi, à quelque niveau que ce soit. » Depuis 2011-2016, il y a désormais l'intégration, dans la zone

de la complicité, de tous ceux qui n'ont pour ainsi dire rien fait, de la grande majorité du peuple qui n'a justement tué personne, de madame ou de monsieur tout le monde. Cette zone devient très, très large depuis 2011-2016. Depuis que nous savons qu'il n'y a plus grand monde, en réalité quelques douzaines de cas judiciaires au plus et quelques dizaines de milliers de personnes très âgées qui avaient autour de 20 ans à l'époque de la Solution finale. Depuis que le peuple de jadis, le peuple des complices des crimes, est en voie de disparition. Ce peuple-là est quasiment mort.

Et précisément, à ce moment-là, maintenant – c'est une question de temps – le peuple resurgit. Il ne s'agit pas du peuple historique. Celui-ci est mort. Il ne s'agit pas du peuple actuel, qui est concerné par d'autres choses. Il s'agit d'un peuple idéal, d'un peuple imaginaire, d'un peuple qui peut prendre et porter le fardeau de la responsabilité justement parce qu'il est mort.

C'est cela que signifie le revirement spectaculaire de cette jurisprudence visant la responsabilité des complices. La zone de la complicité s'ouvre au moment où presque aucun complice n'est plus vivant. Elle s'ouvre à la masse des morts non justiciables et aux quelques vieillards qui, avec leurs visages de tous les hommes, au seuil de la mort, suscitent plus de peine que le besoin d'en infliger une.

C'est une question de temps. Le droit est une question de temps fondamentalement. Le droit entier, c'est-à-dire toutes les relations sociales susceptibles d'être jugées en matière pénale, privée ou administrative, se trouve sous l'épée du temps.

Le terme juridique pour ce moissonneur des espoirs et des craintes relatifs au droit et à la justice, c'est la prescription. La prescription permet au temps de faire son travail, d'oublier, d'excuser, de laisser passer. Sans prescription, la responsabilité demeure toujours et peut toujours être tirée de la latence à la lumière. Sans prescription, le droit exerce un pouvoir sans limite, c'est-à-dire total, même 70 ans plus tard.

La prescription, la question de l'arrêt de la course du droit, a donné lieu à ce qu'on appelle jusqu'à aujourd'hui l'heure de gloire du Parlement, du Bundestag allemand. C'était le 10 mars 1965. Le débat se tenait autour d'une question, la question du temps. D'après le Code pénal en vigueur, le meurtre était soumis à une prescription de vingt ans. Près de vingt ans après la fin de la barbarie, il s'agissait de prolonger ou non le délai pour oublier, excuser, laisser passer 6 millions de cadavres juifs, tziganes, communistes, homosexuels et leurs auteurs. Le plus grand procès de l'histoire de la République fédérale allemande, le premier procès d'Auschwitz devant la cour d'assises de Francfort, était en cours depuis quinze mois.

Bref, après le procès à Nuremberg organisé par les Alliés vainqueurs contre les dirigeants nazis, après les quelques procès sous l'autorité allemande sous l'Occupation, après la création de la RFA, cela devrait être tout ? La responsabilité approuvée, jugée, pour quelques-uns ? Et tous les autres acteurs/auteurs seraient encore libres, engloutis dans la société économique en pleine croissance.

Pouvait-on, au bout de vingt ans, tirer un trait, tout à fait légalement au vu du principe fondamental de la non-rétroactivité des lois aggravantes, sur la responsabilité pour les actes atroces du III^e Reich qui, lui, avait vocation à durer 1000 ans ?

Cette responsabilité, en fait, qui concernait-elle ? Toi ? Moi ? Vous ? Nous tous ?

Karl Jaspers, le célèbre philosophe et psychiatre, ami de Max Weber, ami pour la vie de Hannah Arendt, ami d'avant 1933 de Martin Heidegger, qui pensait encore en 1933 que le principe du Führer serait bien pour une réforme de l'université et qui s'est trompé cruellement sur le prétendu caractère d'opérette du régime nazi ; Karl Jaspers qui était marié à une juive, sitôt réfugié dans l'immigration intérieure ; Karl Jaspers qui est devenu après la guerre l'une des grandes autorités morales de la vie intellectuelle allemande ; Karl Jaspers prononça en 1946 son cours inaugural à l'université refondée de Heidelberg sur la question de la responsabilité.

Il y distingue les responsabilités criminelle, politique, morale et métaphysique. La responsabilité criminelle est affaire de cours de justice, donc d'après les lois en vigueur. La responsabilité morale, au-delà des temps juridiques, reste pour toujours indépendante d'un traitement judiciaire. Et la responsabilité, de quelque nature qu'elle soit, ne peut, ne doit pas être collective, juridiquement ou moralement. La responsabilité demeure l'affaire de l'individu seul.

Le discours de Jaspers fut certainement l'un des points de départ les plus importants du vaste débat qui perdure jusqu'à nos jours sur la responsabilité collective concernant les crimes commis sous le III^e Reich.

Cette question de la responsabilité collective, tout à fait inséparable de la question de la prescription, fut également au centre du débat parlementaire du 10 mai 1965. C'est le juriste Adolf Arndt, un des grands hommes politiques du parti social-démocrate SPD, figure de proue, quelques années auparavant, du programme réformiste antisocialiste de Bad Godesberg, qui exprima devant l'Assemblée toute l'ambivalence de ne pas dire le gouffre de la responsabilité vis-à-vis de ce qui s'est passé pendant douze ans en Allemagne : « On savait l'essentiel. J'ai dû dire à de jeunes gens : ``Si votre mère est sur son lit de mort et vous jure par Dieu qu'elle ne savait pas, alors je vous dis : votre mère n'arrive simplement pas à le dire parce que c'est trop horrible de l'avoir su ou d'avoir pu le savoir et de n'avoir pas voulu le savoir.`` Je sais que je porte aussi une responsabilité, car voyez-vous, je ne suis pas descendu dans la rue, je n'ai pas crié quand j'ai vu qu'on saisissait les juifs parmi nous et qu'on les déportait par camions entiers. Je ne me suis pas mis l'étoile jaune sur la poitrine. Je n'ai pas dit : moi aussi. Je ne peux pas dire que j'en ai fait assez. Il s'agit de ne pas tourner le dos à la montagne de responsabilités et de malheurs qui se trouve derrière nous. »

La prescription fut étendue d'abord dans la nouvelle loi relative au calcul du délai de prescription en droit pénal qui fixait le point de départ du délai de la prescription au 31 décembre 1949, année de naissance de la RFA. On se

doute bien que cela ne suffisait pas, car on ne gagnait de la sorte que quatre années. La durée de la prescription fut alors étendue à trente ans. Puis finalement, tout simplement, elle fut supprimée pour tout meurtre, l'imprescriptibilité s'appliquant également à la tentative et à la complicité de meurtre.

C'est notamment grâce à l'aide du Service central d'enquête sur les crimes nationaux socialistes, entré en activité le 1^{er} décembre 1958, que des procès contre des nazis ont pu avoir lieu jusqu'à nos jours.

La justice allemande a condamné, depuis le 8 mai 1945, moins de 7000 personnes. Dans l'ensemble il n'y eut que peu, très peu, bien trop peu, de procès.

Et maintenant voici la nouvelle jurisprudence sur la complicité. Il suffit d'avoir su qu'il y avait des meurtres et d'avoir été un élément fonctionnel dans une organisation visant aux meurtres. L'acte individuel, jusqu'alors tout à fait nécessaire pour concevoir juridiquement la complicité, se fond dans le collectif d'une machine à tuer. Peu importe quel petit rouage représentait l'individu dans cette machine. Cela pourrait être le maître-chien, l'éplucheur de légumes en cuisine ou l'attaché culturel du camp qui ne sont plus parmi nous.

Mais cette nouvelle jurisprudence va plus loin encore. Elle ne le dit pas. Elle ne peut pas le dire, car il y a un cas et les remarques des juges au-delà du cas d'espèce sont rares. Mais il est clair que cette jurisprudence ouvre la voie vers l'homme moyen entre 1933 et 1945, vers tous ceux qui ont participé, contribué, concouru au fonctionnement du régime : les soldats qui étaient en première ligne, les agents des chemins de fer, les fonctionnaires de toutes sortes, de tous niveaux ; et même au-delà de ces attaches étatiques et administratives : les bouchers, les boulangers, les électriciens ; tous ceux qui ont œuvré au maintien de la force, de l'opérationnalité du Reich. Et plus loin encore peut-être, *in extremis*, les mères et les pères qui donnaient de nouvelles vies à cet organisme meurtrier.

Bref, la nouvelle construction de la complicité juridique concerne en principe tout le monde, car tous ou presque tous étaient un petit rouage de la grande roue de la mort, et tous étaient au courant, pas dans les détails, mais souvenez-vous de ce qu'Adolf Arndt a dit et de ce qui s'est passé sous les yeux de tous à partir de 1933.

Voilà la responsabilité juridique étendue au niveau collectif, tout en partant d'un cas singulier. Mais si le singulier est un singulier dans une mer de singuliers qui sont fonctionnellement comme les autres, le terme « singulier » n'a plus guère de sens.

Il est évident que cette jurisprudence n'a pas pu naître quand ces atomes fonctionnels étaient encore en vie. On ne peut pas condamner un peuple entier, entre-temps à l'œuvre de la construction de la nouvelle démocratie, taché profondément et inévitablement par cette ancienne population restée en fonction pour administrer, pour renseigner, pour juger et pour électrifier, chauffer, cuisiner. On n'a déjà pas réussi à juger les auteurs et complices

directs de crimes meurtriers. Il n'est donc pas étonnant que la complicité accessoire et fonctionnelle n'ait pas vu le jour pour tous.

Vive le peuple ! Autrement dit, vive la responsabilité collective en s'appuyant sur une conception fonctionnaliste de la complicité en droit pénal ! Cela n'a été rendu possible qu'au moment où justement le peuple concerné était mort.

Finalement, le temps a eu raison de nos tentatives faiblardes de nous affronter aux crimes inouïs du milieu du XX^e siècle. Il n'a certes pas excusé, mais il a laissé passer, comme toujours. La troisième voie que Nelson Mandela a employée, entre la condamnation totale et le laissez-passer total, à savoir celle de la conciliation extra-juridique en toute connaissance de cause d'un passé atroce, n'était pas disponible.

Mais au-delà des cas individuels actuels, qui mènent à des bizarreries incontournables, comme de chercher des mois et des mois, et en plus sans résultat, une prison adaptée pour héberger un condamné vieillard, cette toute dernière jurisprudence sur la complicité a elle-même une dernière signification pour nous, les habitants d'aujourd'hui, parce qu'elle met le doigt sur le problème de la responsabilité, un problème que chaque génération doit porter pour elle-même dans son esprit et son cœur.

L'adieu prononcé dans les prétoires de Munich et de Karlsruhe à la responsabilité matérielle, concrète, active, bref, substantielle, et la création de la complicité fonctionnelle assemblent, ramassent les individus dans un collectif. Il n'est peut-être pas insensé de vouloir que chacun de nous y pense quand nous sommes assis devant la télévision, l'ordinateur, le smartphone, assis sur le canapé à la maison, à la terrasse d'un café, sur un transat à la plage, en consommant les toutes dernières nouvelles en matière de guerres, de famines, d'inondations, parce qu'il y a encore des champs de morts dans le monde entier, tant il est difficile de dissocier complètement notre fonctionnement propre à nous ici. « A tweet is not enough. »

Ayez bien en tête cette phrase de l'officier dans la colonie pénitentiaire, cette phrase qui est la base de tout jugement sur cette île lointaine : « La responsabilité ne fait jamais de doute. » La complicité non plus. C'est ainsi que nous continuerons à vivre sous l'épée de Damoclès de la complicité. C'est inévitable et cela contribue à construire la conscience de chacun de nous. Mais au sens large, la fonctionnalité de chacun de nous dans l'ordre existant, cette défaillance collective face aux atrocités actuelles, ne sera justifiable que plus tard, quand nous ne serons plus de ce monde. Il est fort probable qu'il ne puisse jamais en être autrement.

M^{me} Béatrice BOSSARD, magistrate, sous-directrice, direction des affaires criminelles et des grâces, ministère de la Justice

Merci beaucoup, monsieur Kiesow, pour cette intervention et ces réflexions qui sans doute susciteront des observations

ou des questions tout à l'heure dans la salle. Pour assurer la fluidité de nos interventions, je passe désormais la parole à M. Michele Spanò, qui va vous présenter sa réflexion sur la responsabilité collective en droit.

« SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST ? QUELQUES RÉFLEXIONS SUR LA RESPONSABILITÉ COLLECTIVE EN DROIT »

M. Michele SPANÒ, juriste et philosophe, maître de conférences, CENJ-EHES

Le droit privé occidental a du mal à penser le collectif et le multiple. Il a surtout du mal à les penser sans les substantialiser. Son histoire doctrinale est donc l'histoire des exorcismes produits afin que le collectif et le multiple soient toujours pensables et saisissables sous la forme de l'individuel et de l'unité, de la substance et du sujet.

La personne morale est sans doute la forme éminente et très sophistiquée que le droit a produite pour faire entrer le collectif dans son monde ; une drôle de machine juridique qui institue le collectif pour mieux l'abroger. Or, il s'agit évidemment d'un mode de subjectivation très particulier. Il est non seulement entièrement calqué sur le sujet individuel, mais il sera très vite couplé et doublé par le droit subjectif, à savoir la forme de subjectivation hégémonique du droit objectif.

L'archéologie la plus riche de la construction de cette véritable machine juridique a été menée par Ernst Kantorowicz dans son chef-d'œuvre *Les Deux Corps du roi*. C'est surtout dans le sixième chapitre, appelé « La continuité et les corporations », que nous trouvons les jalons d'une histoire de la substantialisation du collectif par le droit.

Les conclusions de Kantorowicz sont connues : la généalogie de la corporation a partie liée à une nouvelle conception du temps historique, au croisement entre droit romain et droit canon, inaliénabilité du domaine royal et une idée d'un fisc perpétuel. Entre philosophie et théologie, ce qui émerge est le caractère de continuité qui doit être nécessairement attaché aux institutions.

Grâce à une fiction puissante d'identité, l'idée d'une *universitas* « incorporated » fonctionnera en tant que substrat ou substance immuable et immatérielle en deçà de ses membres incarnés et au-delà de la *communitas* en tant que telle. La corporation, qui n'a pas de corps, est à la fois, *species* et *individuum*.

Ce nouvel acteur - *corporation, universitas* ou personne morale -, liant en son sein imputabilité et causation et pouvant se passer de la finitude de ses membres en chair et os, ne meurt jamais.

Cette substantialisation originaire est la prémisse historique fondamentale pour qu'un sujet collectif entre en droit et surtout pour que l'on puisse lui attribuer ses droits et ses obligations. Il suffit de penser à l'une des décisions de la Cour suprême des États-Unis qui a fait couler énormément d'encre dans les dernières années : *Citizen United*. Décidé en janvier 2010, ce cas a permis d'appliquer le premier amendement à une corporation, bouclant ainsi la substantialisation et l'anthropomorphisation complète. Elle possède maintenant une *agency* à part entière.

D'autre part, la responsabilité pénale, elle aussi, s'applique maintenant, dans beaucoup de systèmes juridiques, aux corporations. La responsabilité pénale et administrative des personnes morales avait été longtemps considérée

impossible en droit selon le brocard qui disait : *societas delinquere non potest*. Même là où, comme dans le droit pénal, il est crucial d'établir des conditions très individualisantes pour qu'il y ait un délit, on a réussi, dans cette œuvre de substantialisation. Le brocard dit maintenant ceci : *Societas delinquere et puniri debet*.

Comme on peut le voir, les deux problèmes classiques de la responsabilité, la légitimité à agir du côté du demandeur et l'imputabilité du côté du défendeur, peuvent concerner, grâce à des procédures de substantialisation, d'individualisation et d'anthropomorphisation, les acteurs collectifs.

La question que je me poserai aujourd'hui sera donc plutôt : qu'en est-il de la responsabilité d'un collectif non substantialisé ? Quels sont ou seront ou seraient, dans ce cas, les critères pour établir son imputabilité et sa légitimité à agir ? En dernière instance, comment le multiple, l'indéterminé, l'innombrable, le collectif qui n'a pas de substance et qui n'est pas une personne, transforme la responsabilité ?

Avant d'avancer quelques pistes de réponse sous forme, bien entendu, de problématisations ultérieures, je voudrais revenir à Kantorowicz afin d'établir dans quelle mesure sa propre reconstruction de la forgerie de la personne morale, de la *persona ficta* comme l'aurait dit Sinibaldo de Fieschi, ne préjuge elle-même, en vertu de sa force et de sa sophistication, l'accès à d'autres voies historiquement possibles et juridiquement viables de penser l'entrée du collectif en droit.

Pour faire cela, on peut s'en remettre à l'œuvre de Yan Thomas. Partisan d'un constructivisme juridique radical, dans son essai concernant la fiction légale et dans celui consacré à l'institution civile de la cité, Yan Thomas nous a montré comment la subjectivation juridique du collectif dans certaines régions de droit romain a pu se passer de la substantialisation, de la personnification et de la représentation.

Deux notes en bas de page de « *Fictio legis* » nous offrent une critique raisonnée de l'approche de Kantorowicz. Je cite : « Il n'y a pas à nier la genialité de Kantorowicz, mais nombre de ses analyses, y compris celle des deux corps du roi, substantialisent à l'outrance des échafaudages politico-juridiques qui ne relèvent pas, faut-il le rappeler, de la causalité mais de l'imputation. Ériger le monde des institutions dans une zone où l'invisible se mélange au visible selon les modèles christologique et ecclésiologique, et à mi-chemin entre l'être et le non-être, fait perdre le sens de l'artifice, de l'arbitraire et, pour tout dire, de la liberté avec laquelle les juristes, y compris ceux de la tradition scolastique médiévale, ont toujours considéré le phénomène juridique ». Et encore : « Le souci de substantialiser est très net chez Kantorowicz. Ainsi, lorsqu'il croit déceler chez Bartole l'idée que les *universitates* tirent leur identité d'une continuité successive et qu'il existe donc une vérité de la fiction corporative dont l'« essence » serait le temps. Cette idée est en réalité beaucoup plus ancienne et Kantorowicz néglige surtout le fait que la durée elle-même est construite. La continuité du temps n'est pas naturelle, mais juridique ; le temps successif n'est pas une donnée ontologique, mais une opération du droit. Les juristes utilisaient couramment ici la technique de la subrogation personnelle ».

La production juridique d'une substance ne devrait donc être elle-même substantialisée. Elle reste, comme le dit Yan Thomas, une « synthèse pragmatique ». En effet, son article dédié à l'institution civile de la cité a pour but précisément de montrer l'effort des juristes romains pour

rompre le schéma de pensée qui attribue une priorité absolue à la forme individuelle par rapport au « tout », sans pourtant céder à une vision « holiste ».

Selon Yan Thomas, le droit romain ne nous délivre ni une théorie de la personne juridique, ni une théorie de la représentation, mais plutôt une forme spéciale d'individualisation et de subjectivation d'une unité plurielle telle que la cité. Cet étrange sujet est tout sauf quelque chose de substantiel. Il est plutôt fonctionnel ou attributif. Il est le nom qui tient lieu d'une pluralité.

Il y a donc une incommensurabilité entre la pluralité concrète d'une communauté et l'unité abstraite de l'universalité nominale. Le rapport entre unité et multiplicité est pensé par rapport à un tiers. Donc, on dirait déjà dans une dimension procédurale. C'est pour cela que la cité n'est pas une personne ni un corps, elle est plutôt un *nomem* dont la totalité des attributs sont déclinés selon une modalité négative : ses biens sont *res nullius in bonis*. « Somme toute », comme l'écrit Yan Thomas, « la cité n'était qu'un nom qui recouvrait l'opération reconnue comme négative de mise entre parenthèses des droits singuliers ».

Cette difficulté de personnifier l'abstrait témoigne aussi du fait que dans le droit romain la collectivité n'est pas une collection de sujets, mais toujours une relation avec ses unités singulières.

Ici, nous voyons bien que Yan Thomas est en train de toucher à la dimension logique du commun ou du collectif non substantialisé. L'impossibilité de réduire la cité à la totalité des citoyens comprise comme une unité est bien l'impossibilité de passer du collectif à la personne. Le problème, alors comme aujourd'hui, est bien celui de la façon d'imputer des actes et d'attribuer des droits à quelque chose qui est toujours défini négativement.

La réponse romaine ne sera pas celle de la représentation moderne, donc de la personne morale, mais celle d'une quasi-représentation qui se déploie dans la procédure. À l'unité de la cité, donc, « ne correspond aucune substance, mais une place laissée libre entre les citoyens au pluriel et les magistrats au singulier ».

Mais est-ce que ces théories, ces contre-théories, ces théories mineures et apocryphes nous aident à penser la responsabilité des collectifs non substantialisés aujourd'hui ? Je reviens donc à ma question de départ : quels sont ou seront ou seraient les critères pour déterminer l'imputabilité ou la légitimité à agir dans le cas d'un collectif non substantialisé ? En d'autres termes, il s'agit maintenant d'interroger le problème de l'imputabilité causale individuelle d'un côté, et celui du *standing* individuel de l'autre côté.

Je commencerai par le problème de l'imputation et donc de ce que voudrait dire déterminer un défendeur non déterminé ou indéterminé. Le problème reste celui de défaire la personne morale en tant que machine juridique construite pour séparer l'acteur collectif des membres individuels qui le constituent et de pouvoir imputer à celui-ci une capacité juridique autonome et séparée de celle de ses membres.

La nécessité d'établir un lien entre identité d'un sujet et ses propres actions, nous l'avons vu, a été abordée grâce à des opérations juridiques qui mêlaient l'individualisme et le holisme.

Le problème qui se produit aujourd'hui est celui d'une multiplication des régimes des responsabilités. L'imputabilité

individuelle ne suffit plus à faire l'économie des interrelations entre les facteurs multiples qui sont à l'origine d'un dommage. C'est le cas surtout du dommage environnemental. Il s'agit de penser comment nous pouvons considérer responsable non pas un acteur collectif substantialisé, une personne, mais, selon les mots de Gunther Teubner, un « bassin de risque » auquel se lie donc une « écologie de causes ». C'est cette subjectivation indéterminée de la responsabilité qui définit des nouveaux *networks* de risques. Il s'agit d'un environnement institutionnel hybride dans lequel l'acteur qui peut potentiellement produire un dommage peut être obligé de prévenir le risque.

Dans cette formule d'une « autogestion préventive », nous pouvons lire la crise du modèle traditionnel de la causalité. Comme les liens entre actions et dommages ne sont plus clairement devinables, le défendeur n'est plus identifié à un acteur collectif substantialisé mais à un *networks*, à savoir un assemblage hybride de contrats et d'organisations. Un sujet doté de capacités juridiques et qui en même temps rassemble une pluralité d'acteurs.

La *cupola*, qui est l'image et le concept juridique grâce auquel l'imputation causale pour les crimes de mafia a pu être pensée dans le droit italien, est la métaphore que Gunther Teubner emploie pour raisonner d'une imputation et d'une responsabilité collective environnementale.

J'ai rencontré moi-même ce type de problème, à savoir l'impossibilité de déterminer l'imputabilité causale d'un collectif non substantialisé, dans une série de cas de *tort liability* que j'étudie. Dans toute une série d'actions civiles liées à la réparation de dommages subis dans les *Indian Residential Boarding Schools* au Canada, il s'est posé la question du statut juridique – surtout le fait de leur *incorporation* – de certaines des églises qui avaient géré ces écoles et dont l'imputation était très difficile, voire impossible, à déterminer. La difficulté à identifier le rôle de l'Église Catholique romaine et Anglicane dans l'administration de certaines de ces écoles et sa responsabilité – *strict ou vicarious* – face aux abus sexuels perpétrés par certains de ses représentants a montré un point aveugle du *Tort Law system*.

Si dans un cas qui ne relève pas strictement de l'histoire des écoles indiennes, comme *W.K. v. Pornbacher*, en 1997, le problème concernant la relation juridique entre l'Église et le prêtre a été résolu par le juge selon ce raisonnement : « It is clear that the church is a single entity, governed ultimately by the Vatican. The main functional unit of the Church is the diocese. The Bishops of the Church are each responsible for a diocese and represent that diocese to the Holy See in Rome ». Par contre dans *Wunnamin Lake First Nation v. Rowe*, le Synode général de l'Église Anglicane du Canada (the « General Synod ») et la Missionary Society of the Anglican Church of Canada (the « Missionary Society ») ont demandé au juge de n'être pas considérés comme des défendeurs par rapport au cas d'abus sexuel sur un mineur commis par un prêtre anglican. Ils ont soutenu l'inexistence d'un sujet juridique tel que « the Anglican Church of Canada » et, encore, que le Synode général, la Missionary Society et la Diocèse sont des entités séparées, et donc, même si elles sont associées, elles ont des responsabilités distinctes. In *Re Residential Indian Schools*, 2002 ABQB 667, la Diocèse anglicane de Calgary, de Athabasca et le Synode général de l'Église Anglican du Canada ont interjeté appel pour ne pas être considérés comme défendeurs dans tous les cas concernant les *Residential Schools* in Alberta. Ils ont argumenté que toute la responsabilité, le cas échéant, était imputable à la Missionary Society of the Anglican Church of Canada (MSCC), qui est une corporation séparée. La même chose s'est produite avec l'Église Catholique : dans le cas *Residential Schools (Re)* 2000, ABQB 45, elle n'a pas été

considérée comme défendeur. Dans la saisie d'appel de ce cas, *Doe v. Canada*, 2001, l'Église Catholique n'est pas définie en tant que personne morale et ne peut donc pas être accusée : « Since 1615, when the Franciscan Récollet Fathers (followed by the Jesuits) arrived in New France to undertake the workings of the Church – its teaching schools, seminaries, religious orders, conversions and baptisms – the Church has by careful design avoided all attempts to submit itself to secular legal disciplines ... We view "The Roman Catholic Church" in Alberta law as no more than an ecclesiastical entity incapable of being sued ». Encore, dans *Doe v. Bennett*, le juge dit : « I do not think it is sound in law or otherwise meaningful, to make a finding of liability against the "Roman Catholic Church" which is neither a person nor a corporation within this jurisdiction, but rather is the embodiment of a religious faith with worldwide adherents and a governance by bishops, subject to the authority of the Pope. It is proper that liability should attach where appropriate, to bishops, priests and ecclesiastical corporations within the jurisdiction in which they perform their functions ».

Comme a pu résumer l'ancien juge à la Cour suprême du Canada Frank Iacobucci, qui a été le représentant du Canada lors de négociations concernant le *Indian Residential Schools Settlement Agreement* : « One of the challenges within the church group was that the Catholic church does not have a national organization. There is a United Church of Canada, Anglican Church of Canada, the Presbyterian Church of Canada, but there is not a Catholic Church of Canada. There are individual dioceses and parishes that have entity statuses. ... That added to the complexity ».

Il s'agit évidemment de problèmes doctrinaux et techniques fort complexes. La question du *indetermined defendant* dans le *tort law* est très disputée et le devient de plus en plus en termes de droit comparé dans les pays de *civil law*. La façon de gérer l'*alternative causation* selon le modèle de la *joint liability* ou de la *proportional liability* est au cœur des travaux du *European Group on Tort Law et du Common Core of European Private Law*.

Toute une panoplie de formules alternatives à ce qu'on appelle la causation « but of » est en train de voir le jour. Je songe ici aux théories dites de *event's sufficiency*. Je n'entrerai pas dedans, mais j'insiste sur la centralité et évidemment sur les limites du *tort law* pour penser la responsabilité d'un collectif non substantialisé.

Les difficultés que nous venons de relever en ce qui concerne le défendeur concernent aussi, bien que différemment, le demandeur. Un certain nombre de cas canadiens que j'ai pu citer sont en effet des cas où un problème de *tort liability* est affronté grâce à des recours collectifs, des *class actions*. Nous sommes donc confrontés à des cas de responsabilité où le demandeur lui aussi n'est pas un collectif substantialisé. C'est un remède spécifique qu'il institue en tant que collectif. Pour que son droit soit protégé, l'acteur ne doit pas nécessairement être personifié ou substantialisé à l'avance. Il devient de façon contingente collectif grâce à une convergence d'intérêts.

Ces phénomènes touchent donc à une métamorphose plus générale que j'appellerai une « tortification » du droit civil. Lorsque j'emploie ce terme barbare, je me réfère aussi à un débat très vif au sein de la théorie du droit privé et qui, par exemple dans le cas de ce coureur dit *New Doctrinalism*, commence à penser d'une manière explicite et spéculativement sérieuse le rapport entre *tort law* et institution du collectif.

Nous voyons très bien que le rapport si typique de la loi de *tort*, entre une palette de dommages et une palette de remèdes capable de produire des demandeurs et des défendeurs non substantialisés, interroge toutes les limites du droit subjectif. C'est une catégorie qui semble de moins en moins à la hauteur des métamorphoses des formes de vie contemporaines.

La responsabilité civile, et celle délictuelle plus spécialement, nous fournit un point de vue privilégié pour voir l'émergence d'une imputabilité et d'un *standing* d'acteurs non substantialisés. Il suffit de songer au dommage environnemental ou à celui causé par un produit défectueux pour voir comment les expériences qui nous confrontent à la nature d'un côté ou à la technique et à la technologie de l'autre côté nous demandent une révision profonde de l'individualisme et du substantialisme du droit privé.

Si Luhman et Latour ont pu aider Gunther Teubner à penser la responsabilité environnementale, Jossierand, qui parle d'un « dommage anonyme », pourra nous aider, avec Gilbert Simondon et son « milieu technique associé », à repenser la responsabilité du fait de produits défectueux. Il s'agira évidemment de tourner nos yeux juridiques des sujets aux contextes, des acteurs collectifs substantialisés, les personnes, aux actants et aux hybrides ; de considérer les événements, les agencements des êtres avant les sujets individuels ; de penser une postériorité des acteurs intéressés par rapport aux dommages possibles.

Le fait de considérer le dommage subi plutôt que le dommage produit, nous permet de saisir les acteurs collectifs non substantialisés en tant qu'actants. Comme le suggère Bruno Latour, il s'agit d'une « multiplicité des puissances d'agir » dont « les compétences ne sont définies qu'après leurs performances, c'est-à-dire après que nous sommes parvenus à enregistrer comment ils se comportent ».

Les actants s'opposent donc aux acteurs. Ils opposent les performances aux compétences, les noms d'actions aux noms de choses, les attributs à la substance, l'avant à l'après, l'instable au stable.

L'historicité du droit de la responsabilité civile doit donc être reconnue pour en faire bon usage. Sa « tortification » progressive le dynamise de fond en comble et fait que son statut devient de plus en plus flou, comme le sont les acteurs et les événements qu'il sera censé régler. On se départ des certitudes qu'ont pu avoir Savatier et Jossierand lorsqu'ils affirmaient la pérennité du droit des obligations et faisaient l'éloge de sa forme logique comme si elle était le prototype de la juridicité tout entière, et on se rapproche du style flexible et historiquement déterminé, si typique de la loi de « tort ». Je pense ici à la ligne qui ouvre l'œuvre de Street qui s'appelle *The Foundations of Legal Liability de 1906* : « *No definition of tort at once logical and precise can be given* ».

La responsabilité civile opère comme la charnière entre formes de vie et modes de production. Aujourd'hui, elle est donc chargée de trouver les formes juridiques pour penser une nouvelle anthropologie centrée sur l'usage et la consommation. Il s'agit de formes de vie qui sont traversées par le collectif d'une manière inouïe et qu'il est fort difficile de réduire à la mesure du droit subjectif.

Un droit fondé sur les remèdes plutôt que sur les droits ou, pour mieux le dire, dans lequel les droits sont postérieurs aux remèdes, est peut-être une bonne voie vers la solution de certaines impasses qu'on a pu souligner.

Certains juristes ont commencé à penser ce que serait une nouvelle catégorie de droits appelés trans-subjectifs ou trans-individuels, une classe de droits qui existe déjà dans le droit de la consommation brésilien et qui a été introduite avec l'intention explicite de fabriquer une forme juridique apte à capturer les liens entre acteurs multiples qui ne soient pas antérieurement noués par des liens juridiques.

Les droits et les intérêts diffus sont aux antipodes du droit subjectif individuel et des intérêts légitimes. Ils nous demandent de penser une nouvelle grammaire du droit et surtout une nouvelle série de remèdes.

Comme on a pu se demander « comment faire entrer les sciences en démocratie », il est peut-être temps de nous interroger sur comment faire entrer le collectif dans le droit. La responsabilité civile est probablement la voie royale à parcourir pour creuser cette piste. Cela impliquera sans doute beaucoup de désordre, mais personnellement je me demande quelle serait la tâche des sciences sociales face au droit, sinon celle de multiplier ses inquiétudes et d'en rendre les problèmes et les dilemmes encore plus insolubles.

M^{me} Béatrice BOSSARD, magistrate, sous-directrice, direction des affaires criminelles et des grâces, ministère de la Justice

Merci beaucoup pour cette présentation. Je propose maintenant d'ouvrir le débat avec la salle, avant l'intervention de Guillaume Meunier.

M^{me} Laetitia BRUNIN

Monsieur Kiesow, en écoutant votre intervention, le mot « culpabilité », le « sentiment de culpabilité », m'est venu à l'esprit. Comment articulez-vous la complicité, qui est une notion très juridique, et la responsabilité, qui peut aussi être vécue, à titre individuel, comme un sentiment, notamment de culpabilité ?

M. Rainer Maria KIESOW, juriste, professeur, directeur d'études, EHESS-Centre Georg Simmel

C'est un peu compliqué, car nous sommes dans le registre langagier. En droit pénal allemand se pose la question de la *Schuld*, qui désigne à la fois la responsabilité et la culpabilité. Comme Michele Spanò l'a souligné, dans le droit civil, il y a une différence entre responsabilité et culpabilité. Ce mélange dans le droit pénal est peut-être le signe que le droit pénal ne peut pas, même s'il le devrait, être séparé complètement des questions de morale. Le terme de « culpabilité » nous renvoie à une série de discours historiques dans le monde du christianisme occidental, mais en droit pénal allemand – il me semble que ce n'est pas très différent en France –, on ne fait pas de différence entre responsabilité et culpabilité.

M^{me} Catherine LUTARD, chercheuse au laboratoire Dynamiques Européennes, Strasbourg

Vous avez signalé que peu de personnes ont été jugées (moins de 7 000). J'ai été impressionnée par cette idée du temps et par la mise en place de jurisprudences à partir du moment où les personnes concernées avaient disparu physiquement. Je me demandais si cette réflexion allait pouvoir se mettre en place dans d'autres cas de figure.

Je travaille sur la justice restaurative dans l'ex-Yougoslavie, sur la violence de masse. Faudra-t-il attendre 50 à 60 ans et que les personnes aient disparu pour mettre en place cette responsabilité extrêmement compliquée à déterminer du fait de l'implication de différents États ? Le Tribunal pénal international a essayé de mettre en place des responsabilités. Je travaille davantage sur les tribunaux locaux et sur la façon dont le droit agit de manière concrète sur place.

M. Rainer Maria KIESOW, juriste, professeur, directeur d'études, EHESS-Centre Georg Simmel

Je ne suis pas prophète. Je ne sais pas s'il va falloir attendre 50 ou 60 ans, mais je pense qu'il faudrait attendre. Prenons un exemple qui s'est déroulé à Paris, le procès Simbikangwa concernant le Rwanda, auquel j'ai assisté en partie. Nous avons vu quelle minutie y était à l'œuvre. Cette minutie est tout à fait nécessaire pour prouver des choses extrêmement précises, d'autant plus quand il s'agit de condamner quelqu'un à une peine importante. Il n'était pas question d'une complicité de l'auteur Simbikangwa. Il s'agissait de la question d'une mise en relief de la fonctionnalité qui sort l'individu et le sujet de l'acte lui-même.

Si nous prenions au sérieux ce qu'ont pris au sérieux ces cours, ces juges allemands pour des cas qui concernaient des personnes très âgées qui, à l'échelle d'une société, ne concernaient plus grand monde, pour le cas plus contemporain que vous avez cité de l'ex-Yougoslavie, ce serait très difficile. Dans une certaine mesure, il ne serait pas souhaitable de responsabiliser et donc, en matière pénale, de culpabiliser et de condamner une grande partie des peuples, et ce, dans une situation très compliquée où parfois on se demande où sont les auteurs et où sont les victimes.

Nelson Mandela a cherché à instaurer cette troisième voie, extrajudiciaire, qui n'est pas uniquement sociétale. Il a eu la grande intelligence de voir qu'on ne pouvait pas tout mettre sous l'épée de la justice, notamment pénale, car cela aurait signifié que son peuple ne pouvait plus vivre ensemble. Le cas sud-africain est rare et spécifique.

La complexité du droit exaspère le peuple, qui souvent trouve que les choses devraient aller plus vite, que c'est trop méticuleux, qu'il faudrait une justice expéditive. Mais le droit n'est pas là pour être expéditif ; il est là aussi pour prendre du temps, pour ne pas tomber dans l'injustice.

Il existe une autre collectivité que celle dont Michele Spanò a parlé, une collectivité subjective, si vous me permettez cet oxymore, qui met en son sein de nombreux individus, peut-être tous, et le droit n'étant pas l'Église, on ne peut pas tous les condamner.

M^{me} Gwenola JOLY-COZ, magistrate, présidente du tribunal de grande instance de Pontoise

Monsieur Rainer Maria Kiesow, ma question est directement liée à la façon dont vous avez parlé de cette nouvelle jurisprudence, à partir de 2011, dans votre intervention. Y a-t-il un rapport entre le corps social, le corps du peuple et le corps des juges ? Vous avez parlé du temps en expliquant qu'il a fallu que le peuple vieillisse et meure. A-t-il fallu qu'une nouvelle génération de magistrats arrive aux responsabilités et prenne ces décisions ? Le tribunal de Munich était-il composé à ce moment-là de magistrats particuliers ?

M. Rainer Maria KIESOW, juriste, professeur, directeur d'études, EHESS-Centre Georg Simmel

Vous avez tout à fait raison. C'est une question cruciale, notamment dans l'Histoire allemande, quand on voit la continuité du corps des juges, du corps judiciaire par rapport au corps du peuple. Très peu de juristes en fonction entre 1933 et 1945 ont été jugés. Cela instaure une sorte de causalité ou un parallélisme assez rigide entre le corps des juges et celui du peuple.

Le premier grand procès d'Auschwitz à la cour d'assises de Francfort a été rendu possible justement parce qu'un procureur, avec l'aide politique du land de la Hesse, avait décidé d'agir. Dans ces affaires, l'engagement individuel est très important pour faire ce qui n'a jamais été fait jusque-là. À un moment, des magistrats ont décidé que ce qui s'était passé à Auschwitz devait être jugé. Ils voulaient en faire une leçon d'Histoire. Si on veut parler du juge et de l'historien, le procès d'Auschwitz est certainement un champ extrêmement fécond pour voir comment, dans un procès, on peut faire une sorte de leçon du collège pour le peuple.

Il existe donc, là, un décalage entre le corps des juges et celui du peuple, même si, à dire vrai, je ne sais pas réellement ce qu'est le peuple, car ce n'est pas vraiment une entité. Selon moi, à partir du moment où la distinction entre le corps judiciaire et le corps du peuple est opérée, l'action devient possible.

M^{me} Béatrice BOSSARD, magistrate, sous-directrice, direction des affaires criminelles et des grâces, ministère de la Justice

Je cède maintenant la parole à Guillaume Meunier.

« RÉFORMER LE DROIT DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE »

M. Guillaume MEUNIER, magistrat, sous-directeur du droit civil, Direction des affaires civiles et du sceau, ministère de la Justice

Lorsqu'il s'agit de parler de responsabilité, il est assez logique que nous en venions à discuter d'affaires pénales : la responsabilité pour les crimes de guerre nazis, la mafia, la corruption. Ce n'est pas sans lien avec les sujets dont j'ai la charge au ministère de la Justice, mais qui eux ne concernent que la responsabilité en matière civile. Ce n'est pas sans lien pour des raisons historiques, puisque l'appréhension de cette notion de responsabilité trouve en réalité sa source dans deux traditions juridiques.

La première nous vient du droit romain, qui distingue essentiellement les délits publics et les délits privés, mais parle peu ou rarement de réparation. Il s'agit surtout de punir et, non loin du principe d'égalité des peines et des délits qui est absolument familier à ceux d'entre vous qui font du droit pénal, le droit romain fixe une liste de délits et les assortit d'un certain nombre de sanctions. Mais dans les premiers temps de l'histoire du droit romain, les questions de réparation ne sont que peu présentes. Quand on parle de responsabilité civile, il est avant tout question de réparation. Petit à petit, le droit va évoluer en assortissant les actions visant à réprimer un certain nombre de délits et d'infractions non seulement de peines punitives, mais également d'actions permettant à une victime d'obtenir réparation.

La seconde influence qui est à la source de notre droit de la responsabilité civile est celle des lois barbares de l'époque franque et notamment la loi des Francs saliens. À l'époque, quand on parle de sanctionner tel ou tel type d'action, on assortit les sanctions existantes de ce qu'on appelle alors le *wergeld*, qui est une somme d'argent fixée en considération du dommage subi par la victime. Cela correspond au rachat de la possibilité de se venger physiquement contre l'auteur du dommage.

Aux origines de notre droit, les discussions sur la responsabilité portent donc surtout sur la rétribution et beaucoup moins sur la réparation. En réalité, l'idée de réparation va voir le jour sous l'influence de l'Église. Peu à peu, nous arrivons aux sources du droit de la responsabilité civile tel que nous le connaissons aujourd'hui, celui issu du code Napoléon. Sous l'influence de l'Église nous arrivons à un glissement vers une idée de responsabilité morale qui, au-delà même de réguler les conflits entre personnes, va inclure la nécessité de replacer la victime d'un dommage, et en particulier la victime d'une infraction, dans la situation dans laquelle elle était avant de subir ce dommage.

C'est grâce à l'influence du droit romain et au rattachement de la notion de responsabilité à l'obligation morale de réparer un dommage que sera détachée la notion de responsabilité civile de la liste de délits spécifiques telle que nous la connaissons sous le droit romain, même si les deux responsabilités, pénale et civile, suivent des chemins parallèles.

Pour montrer à quel point cette notion de rétribution est présente et qu'elle va finir par s'estomper, le terme de « responsabilité » va être consacré dans la pratique française tardivement, puisque selon certains spécialistes du droit de la responsabilité civile, ce n'est qu'à la fin du XVIII^e siècle que le mot même de « responsabilité » sera consacré par l'Académie française. Force est de constater que la notion de responsabilité fait alors son entrée dans le langage, sinon courant, en tout cas dans celui employé par les juristes. Notre droit de la responsabilité civile ne date que de quelques années après, puisque la norme telle qu'elle est fixée en droit français date de 1804. Nous sommes en 2017. Les juristes travaillent sur des textes ayant plus de 200 ans.

Concernant les réflexions que nous avons aujourd'hui sur ces notions de responsabilité individuelle ou collective, sur ces économies de la responsabilité en tant que système juridique tentant d'appréhender à la fois la notion collective et individuelle, il faut se souvenir qu'en 1804, dans la lignée du siècle des Lumières, le Code civil se veut universaliste. Des règles générales sont énoncées et pourraient tout à fait s'appliquer au-delà de nos frontières. C'était bien l'intention de Bonaparte. Lorsque nous lisons à l'article 1382 que « tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer », c'est une règle extrêmement générale qui a vocation à l'universalisme. Le moralisme est un autre aspect de ce code. Enfin le Code civil est surtout un ensemble de textes marqués par l'individualisme. C'est replacer l'individu au centre des relations sociales. En 1804 il n'est évidemment pas question de parler de collectif.

En 2017, qu'est-ce qu'être légiste à la Chancellerie ? Au ministère de la Justice, les directions des affaires criminelles et des affaires civiles ont notamment la tâche de préparer pour le Parlement, pour les ministres, les projets de réforme. Au quotidien, mon métier consiste à rédiger des projets de texte. Pour reprendre à mon compte la formule de Bernard de Chartres qui a fait florès sous Darwin ou Newton : « Nous ne sommes que des nains juchés sur les épaules de

géants ». Si aujourd'hui, en tant que législateur, on peut avoir l'impression d'avoir une longue-vue et de bien voir les choses, c'est uniquement parce qu'on est perché sur les épaules de tout un corpus de doctrine.

Quelqu'un qui est aujourd'hui juriste à la Chancellerie et qui prépare un projet de réforme de la responsabilité civile doit tenir compte de cet aspect historique tout en constatant qu'il est impossible aujourd'hui de donner une vision claire et précise de notre droit en s'appuyant uniquement sur des textes ayant plus de 200 ans et qui sont impuissants, en théorie, à leur seule lecture, à régler ces problèmes d'introduction de la notion de collectif dans les conflits, notamment dans les litiges liés à la responsabilité civile.

Puisqu'il s'agit pour nous, aujourd'hui, de s'interroger sur l'articulation des relations entre l'individu et le collectif, comment tenter de résoudre ces questions lorsqu'on est, sinon législateur, en tout cas préparateur des travaux du législateur ?

Cette notion de collectif peut être abordée à travers différents angles.

Le premier est celui par lequel est abordé le responsable. Y a-t-il de la place pour une responsabilité collective ? Qu'est-ce qu'une responsabilité collective ? Je laisse de côté les règles et débats juridiques liés à la notion de solidarité qui permettent, par exemple, en cas de pluralité de responsables, de s'adresser à l'un d'entre eux pour obtenir le tout, quitte, pour celui qui a été condamné, à se retourner contre les coresponsables pour ne subir *in fine* le devoir d'indemniser qu'à hauteur de sa propre responsabilité. Ceci est parfait lorsque tous les responsables ont été identifiés. Mais ce n'est pas l'enjeu dont est saisi le législateur.

Ce qui est compliqué, c'est d'être face à un collectif au sein duquel la responsabilité immédiate d'une personne donnée ne peut pas être identifiée. Il s'agit de la question classique de l'imputabilité. En 1804, on s'intéresse à l'individu et on ne se pose pas la question de savoir comment cela va se passer lorsque plusieurs personnes, dans un groupe non identifié, vont occasionner un dommage à une personne. Cela, ce sont des juges qui l'ont fait. La Cour de cassation l'a fait dans des hypothèses où une personne est victime d'un dommage causé par un groupe sans pouvoir identifier qui précisément est l'auteur du « coup fatal » parce que les premiers exemples trouvés en jurisprudence interviennent dans des affaires d'accidents de chasse. Que se passe-t-il lorsqu'au cours d'une chasse une personne va mourir à la suite d'un coup de fusil mal ciblé mais qu'il est impossible d'identifier le chasseur ayant tiré ?

Dans un premier temps, la position du Code civil était celle de l'individualisme. Il faut rechercher qui est responsable, à qui imputer la faute et lorsque cela est impossible, ce sont les juges qui ont fait preuve d'imagination en développant une jurisprudence, en estimant que la responsabilité collective des chasseurs pouvait être retenue lorsque, dans une action commune, ils ont occasionné des conséquences dommageables et ont tous commis des fautes dont les éléments étaient indissociables. Il y a évidemment une soupape : s'il est démontré que l'un des chasseurs a utilisé un type de balle, de projectile, dont la victime n'a pas été la victime, sa responsabilité sera écartée.

C'est sur ce genre de question que les principaux législateurs doivent trancher. En 2017, lorsque nous nous posons la question : « Que faire face à une responsabilité d'un groupe vis-à-vis d'un individu ? », il faut trancher. Lorsqu'une proposition est faite, comme dans le texte

soumis à consultation, évidemment les réactions sont assez vives, notamment du milieu économique.

Prenons un exemple classique dans l'actualité, en matière médicamenteuse, comme l'affaire du distilbène. Deux laboratoires commercialisent des médicaments. L'équité ayant conduit à la jurisprudence que je viens d'évoquer et que nous pourrions adapter dans la loi commanderait de dire qu'un produit dangereux a été diffusé, qu'il est impossible d'identifier lequel des médicaments a été utilisé par telle ou telle victime, par exemple parce qu'elle a pu l'utiliser à deux moments différents de sa vie, et qu'il est donc impossible d'identifier avec certitude qui est responsable du dommage qu'elle a subi. Il y a deux solutions : soit on ne répare pas parce qu'il est impossible d'identifier le responsable, soit un choix politique est à faire qui consiste à dire que l'ensemble des laboratoires va être responsable.

Cela pose de nombreuses questions au législateur, comme celle de l'équité, celle de l'équilibre nécessaire à atteindre entre le droit des victimes à être indemnisées de leurs dommages et le droit légitime des opérateurs économiques comme les laboratoires pharmaceutiques à poursuivre une activité sans devoir assumer les risques liés à une activité potentiellement dommageable qui pourrait être le fait uniquement de leurs concurrents. Il y a donc la nécessité de procéder à des choix politiques lorsqu'est abordée la responsabilité collective.

Mais il faut aussi appréhender cette notion de collectif du côté des victimes. C'est sans doute cela, aujourd'hui, l'enjeu majeur d'une réforme de la responsabilité civile. Comment appréhender les enjeux collectifs du côté des victimes au-delà même des sommes d'individus qui, d'une manière ou d'une autre, vont être amenés à rechercher la responsabilité d'une personne physique ou morale ?

Sur le plan juridique, la notion d'intérêt collectif est reconnue de longue date. Elle est absente du Code civil, mais en procédure il est admis depuis longtemps qu'on peut écarter le principe selon lequel des associations ne peuvent agir pour la défense d'un intérêt collectif. C'est le fameux principe selon lequel nul ne plaide par procureur. La loi confère de temps à autre la possibilité à une association de se porter en justice pour défendre un intérêt qui va être qualifié de collectif. C'est reconnaître finalement la possibilité d'agir pour obtenir réparation des dommages qui seraient subis par un intérêt supérieur, mais qui ne correspondent pas à la somme des dommages individuellement subis par les membres du groupe.

En 2017, lorsque le législateur s'intéresse à ces questions, il doit régler une première difficulté, celle de la reconnaissance ou non du caractère réparable d'intérêts collectifs au-delà même, éventuellement, de questions d'atteinte à des intérêts purement symboliques. Des avancées extrêmement récentes en la matière se sont fait jour, par exemple la réparation du préjudice écologique. Là encore, en 1804, l'article 1382 du Code civil dit que c'est tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage. En dehors de l'individu, il n'y a point de réparation possible dans l'esprit du législateur de 1804.

Une marée noire intervient. Comment les juges vont-ils réagir ? Les juges ou procureurs doivent être juristes et savoir aussi faire preuve d'équité et parfois tordre le droit pour aboutir à des solutions estimées justes. C'est la reconnaissance, dans les arrêts Erika, par le tribunal de grande instance de Paris, puis par la cour d'appel de Paris, du caractère réparable du préjudice écologique pur, c'est-à-dire un préjudice subi non pas par des individus, par les

mareyeurs, par les ostréiculteurs atteints par la marée noire, mais un préjudice subi par la nature elle-même. Une fois de plus, il y a le juge précurseur consacré dans la loi.

Faut-il aller plus loin ? Faut-il admettre que dans certains cas, comme nous le proposons, est réparable tout préjudice résultant d'un dommage consistant en la lésion d'un intérêt licite, patrimonial ou extrapatrimonial, individuel ou collectif ? Lorsque cela est proposé, certains groupes d'intérêt poussent des hurlements puisque le risque de dérive peut être important. Si le législateur consacre expressément cette notion d'intérêt collectif, que va-t-il permettre au juge de faire ? Nous avons vu la question du préjudice écologique pur. Faut-il ouvrir d'autres fenêtres qui permettraient à une juridiction, ultérieurement, d'identifier des préjudices subis par autre chose qu'une somme d'individus ? Là encore, il y a la nécessité de faire un choix politique.

Réformer la responsabilité civile en 2017 suppose de reposer un certain nombre de questions d'ordre politique ne relevant pas uniquement du fond du droit. Elles doivent aussi nous conduire à réfléchir sur la façon dont les juridictions seront en mesure de répondre aux défis que constitue l'ensemble de ces dossiers faisant appel à cette idée de collectif.

Le droit a imaginé un certain nombre d'outils, comme récemment l'action de groupe qui a conduit à permettre à un groupe d'individus d'agir parce que pris individuellement l'enjeu économique n'était pas suffisamment important pour payer un avocat et pour aller devant les juridictions. En permettant cela, le législateur a créé un instrument de régulation économique. C'est l'objet de l'introduction du collectif en procédure civile.

Au-delà de ces questions, le vrai défi auquel les juridictions seront confrontées est, au-delà de la capacité juridique à appréhender le collectif, la capacité physique et matérielle à l'appréhender dans le cadre de ces actions en responsabilité. Des juridictions sont de plus en plus saisies de litiges dits sériels et mises dans des situations où les greffiers et les juges sont amenés à gérer les cas de centaines de personnes ayant subi individuellement un seul et même type de dommage, sans que l'action de groupe ne leur soit toujours ouverte (par exemple, ce qui arrive aux emprunteurs dans le cadre de crédits indexés sur le franc suisse).

Les enjeux de demain nous conduisent, en matière judiciaire, à appréhender ces économies de la responsabilité, à appréhender le système juridique de la responsabilité civile, sous un angle individuel comme en 1804, mais sous l'angle de la collectivité à la fois du côté des responsables et des individus.

M^{me} Béatrice BOSSARD, magistrate, sous-directrice, direction des affaires criminelles et des grâces, ministère de la Justice

Merci, Guillaume, pour cette présentation des enjeux très actuels d'évolution du droit civil de la responsabilité au sein de l'hexagone. Nous allons partir vers d'autres horizons avec l'intervention de M. Baudouin Dupret, politiste, professeur à l'université de Louvain, sur le thème : « Responsabilité, normalité, moralité : réflexions sur le statut de la sexualité féminine en Égypte ».

« RESPONSABILITÉ COLLECTIVE VS RESPONSABILITÉ INDIVIDUELLE DANS LA JUSTICE COUTUMIÈRE ET ÉTATIQUE DES SOCIÉTÉS ARABES »

 M. Baudouin DUPRET, politiste, professeur, université de Louvain

Géographiquement et thématiquement, je pense que me revient le privilège d'être en décalage marqué par rapport aux interventions de la journée ! Néanmoins, certaines des réflexions que je vais développer pourraient susciter des interrogations communes et alimenter notre réflexion.

Deux questions posées et débattues dans l'espace public égyptien il y a quelques années sont à l'origine de mon propos. D'une part, il y a cette interview du mufti de la République dans laquelle il énonce les conditions qui rendent légitime la reconstitution de la virginité féminine. D'autre part, il y a l'abrogation par le Parlement de la disposition du Code pénal faisant échapper à la condamnation l'homme qui, après avoir enlevé une femme, l'épouse.

Dans les deux cas, la discussion a porté sur la sexualité et l'honneur féminins et sur les droits et devoirs qui s'y rattachent.

Je souhaite montrer deux choses. D'une part, comment, dans l'espace public égyptien, se déploie tout un jeu d'imputations et d'anticipations par lequel les différents acteurs construisent et négocient un savoir commun et, ce faisant, le rendent à la fois normal et normatif. C'est un pléonasma de dire que le savoir social est construit. En revanche, nous savons souvent moins bien comment cette construction publique vise précisément à donner au savoir son poids moral et sa force contraignante.

D'autre part, je voudrais montrer que ces débats s'inscrivent dans un cadre normatif changeant qui combine dans des proportions évolutives une conception collective de la responsabilité qui renvoie la sexualité féminine à l'honneur d'un groupe familial et une conception individuelle où la personne est tenue responsable de son comportement au regard du droit et de la moralité.

Le communiqué du mufti de la République égyptienne énonce que toute femme vierge qui a été victime d'un viol est autorisée, premièrement, à avorter avant le quatrième mois de la grossesse consécutive à ce viol ; deuxièmement, à demander à un médecin de restaurer sa virginité ; troisièmement, à dissimuler ce dont elle a été victime à son futur mari. Pour le mufti, la société est responsable du manque de protection suffisante accordée à la sécurité des femmes, ce qui décharge la victime de la responsabilité qu'elle assumerait autrement.

Ces propos du mufti susciteront de nombreuses réactions allant dans des sens très divers, avec toutefois souvent en filigrane l'idée selon laquelle les femmes sont plus ou moins responsables, voire consentantes, du viol dont elles sont victimes.

Le mufti justifia sa position en soulignant la nécessité de faire la différence entre celle qui demande la réparation de son hymen parce qu'elle a été violée, en sorte de protéger sa vertu, et celle qui a des relations sexuelles illégitimes mais librement consenties et qui consulte ensuite un médecin pour recouvrer sa virginité.

En Égypte, la question de savoir si l'article 291 du Code de procédure pénale devait être amendé s'est par ailleurs posée. Cet article énonçait originellement que celui qui

a enlevé une femme et l'a épousée légalement ne peut plus être condamné à aucune peine pénale. C'était la procédure par laquelle un violeur pouvait échapper à la loi s'il épousait sa victime.

Cette disposition inspirée du droit français, non contemporain, est présente dans de nombreux codes pénaux, comme au Maroc. Cette disposition visait le cas précis du rapt amoureux. L'intention originelle du législateur était de protéger la famille, un fondement constitutionnel de la société égyptienne, en régularisant des actes dont le but n'était autre que le mariage. Cette disposition du Code pénal a cependant été souvent détournée de son objectif initial, permettant au violeur d'échapper à la sanction pénale, mais aussi aux familles et aux victimes de protéger leur réputation.

La question de cette abrogation fit débat. Ses opposants justifièrent leur position en avançant que la loi était, en l'état, dans l'intérêt des femmes, les protégeant contre la honte, pourvu que certaines règles comme l'interdiction d'une répudiation précipitée soient établies. Les partisans de l'abrogation considéraient pour leur part qu'aucun mariage conclu dans pareilles circonstances ne saurait être considéré comme légal, la peine devant absolument garder son caractère dissuasif.

Dans un communiqué de presse, le mufti de la République exprima sa condamnation de l'article 291 parce qu'il renforçait la position de l'agresseur au détriment de sa victime et parce qu'il allait à l'encontre des principes du mariage qui en font une institution fondée sur le consentement et l'accord mutuels.

À la lumière du communiqué du mufti et du débat qui l'a nourri, nous remarquons que la normalité sexuelle se trouve fondée, en Égypte, de manière prototypique sur les relations établies légalement par la voie du mariage, dans un rapport asymétrique entre l'homme et la femme. L'adultère ou le viol sont des entorses à ce schème normal et reposent sur une présomption de responsabilité des femmes. Le communiqué du mufti ouvre la voie à une opération qui rétablit les apparences et permet à la femme de se conformer à la moralité prédominante.

Dans le cas de l'article 291 du Code de procédure pénale, la question principale tourne autour de la perte du statut social que le viol fait encourir à la victime. Le caractère non consenti du viol n'y change rien. Le mariage constitue la seule voie de rétablissement de l'honorabilité par la légitimité qu'il confère rétrospectivement aux relations sexuelles. La normalité passe par le critère de virginité tandis que la perte de cette dernière n'est acceptable qu'à travers le mariage. Comme il semble injuste de faire subir à la femme les conséquences sociales de ce dont elle est déjà victime, on formule un droit à la restauration de l'hymen qui permet de sauver le statut social. C'est pour cela que reconstituer la virginité de la femme violée ne peut être confondu avec le fait de restaurer la virginité de la femme volage. Alors que pour la première, c'est un droit dès lors que l'anormalité de la situation ne lui est pas imputable, ce n'est pas un droit pour la seconde qui doit assurer la responsabilité de son immoralité. Ainsi la moralité a partie liée avec la normalité.

La normalité est un événement culturel dans toute société. Garfinkel illustre ce point dans son article fondateur sur Agnès, une transsexuelle, en étudiant les conditions permettant à Agnès de mettre en œuvre la catégorie de femme et de produire les caractéristiques attestant de sa qualité de femme naturelle, normale. Autrement dit, les catégories sexuelles sont en même temps des configurations objectives produites par les membres d'une

population et des schémas d'orientation et d'organisation de leurs activités.

La normalité caractérise l'appartenance à une catégorie. Elle donne les règles et méthodes nécessaires à la configuration de comportements correspondant à la catégorie.

Le débat sur le viol et la restauration de l'hymen s'articule autour de la catégorie morale de la femme pure, vertueuse, modeste. Le fait même qu'une telle catégorie soit tenue pour représenter la conception morale normale la met en dehors de tout débat sur sa légitimité. Ce n'est pas l'autorité de la norme comme telle qui est en jeu dans ces débats, mais les différentes manières de l'exprimer, de la rendre visible, d'en rendre compte.

Le débat juridique tourne autour de ce point tout en esquivant totalement la mise en question de la légitimité de la catégorie « femme normale ». Cette dernière fonctionne comme une catégorie contraignante dont l'existence est postulée, dont la permanence est de ce fait garantie.

Qualifier une femme de vertueuse ou de modeste, c'est-à-dire de normale dans le contexte égyptien, parce qu'elle n'a pas eu de relations sexuelles avant d'être mariée, signifie qu'elle est renvoyée à un dispositif catégoriel à l'aune duquel toute activité sexuelle sera évaluée. Ceci explique que les femmes violées dont les chances de bon mariage sont annihilées, si elles continuent à être stigmatisées comme telles, acceptent souvent d'épouser n'importe qui, y compris leur violeur, pour sauver leur réputation.

Ce processus de normalisation passe par ce qu'on pourrait appeler la typification des événements sociaux. En Égypte, par exemple, si l'on s'arrête sur la façon dont la presse traite les cas de viols, on peut observer la présence d'images paradigmatiques de la sexualité, du contrôle sexuel et de la modestie féminine. La plupart des articles de presse travaillent au renforcement de ces paradigmes et à la répression nécessaire de leur transgression. L'action semble être toujours liée à un archétype de moralité ou d'immoralité. Ainsi, l'on trouve le mariage, d'une part, comme seul paradigme des relations sexuelles licites et l'on trouve, d'autre part, son négatif, c'est-à-dire le viol et les relations sexuelles hors mariage, les deux étant généralement associés. Tels sont les critères d'évaluation de l'acte sexuel.

Ceci peut expliquer le fait que la violence sexuelle conjugale ou une relation homosexuelle sans consentement du partenaire ne puisse, dans le contexte égyptien, être qualifiée de viol. Avec ou sans contrainte, la relation homosexuelle se trouve dès l'origine placée en dehors du cadre de la référence paradigmatique et l'usage de la contrainte ne peut la transformer en violation de ce paradigme.

Venons-en à l'honneur sexuel. Celui-ci est la possibilité pour quelqu'un, généralement un homme, le protecteur du nom de famille, d'être sérieusement affecté dans sa dignité, voire d'être souillé, par la situation sexuelle d'une autre personne, généralement une femme. En d'autres mots, l'honneur sexuel est le processus par lequel l'atteinte au corps d'une femme a une incidence sur un homme en raison de sa relation de parenté avec la femme en question.

À l'inverse, la moralité sexuelle est cette situation dans laquelle quelqu'un porte une responsabilité individuelle pour son comportement intentionnel en vertu d'obligations extérieures telles que la loi, la morale ou la religion.

La différence réside principalement dans le fait que là où l'honneur est une situation statique indépendante de tout acte de volonté de la personne dont l'honneur doit être défendu, la moralité est un concept relationnel liant le comportement volontaire d'un individu et les règles qu'il est tenu d'observer.

Le communiqué du mufti de la République rend religieusement légitime pour les femmes de demander la restauration de leur virginité lorsque sa perte a été la conséquence d'un viol. Cette même chirurgie est tenue pour illégitime lorsqu'elle vise à effacer les traces du comportement volontaire de la femme. Une distinction de statut nette est établie entre les femmes en fonction de leur volonté.

La souillure est largement, elle, indépendante de toute mise en œuvre humaine et donc de l'action de la volonté tandis que la moralité dépend de ce que quelqu'un fait au regard des normes en vigueur. Cela signifie que la souillure est totalement imperméable à l'intention des gens.

La justice coutumière qui s'exprime par le biais de la vengeance ou des crimes de sang ne tient pas compte de l'intention des gens. Elle entérine seulement le fait qu'un fait quelconque, une situation quelconque, a affecté le statut d'un groupe et de ses membres. Dans la plupart des droits positifs, au contraire, c'est la volonté de celui qui commet une action qui détermine sa qualification juridique, et les preuves de cette volonté doivent être recherchées dans son intention. La justice coutumière ne rend personne individuellement responsable. À l'inverse, le droit positif est fondé sur le principe de la personnalité des peines.

Nous observons donc l'émergence d'une certaine conception de la responsabilité, dans le contexte égyptien, faite de l'articulation des notions de causalité, d'intentionnalité et d'agence individuelle. L'individu constitue son unité centrale. Sa volonté est le point de départ et l'aboutissement de ce qu'on lui impute.

Les normes du droit positif peuvent puiser leur inspiration dans des coutumes. En Syrie, par exemple, le Code pénal fait des crimes d'honneur une catégorie distincte dont la sanction est moindre. La pratique juridique révèle de plus que le pouvoir judiciaire se montre très largement compréhensif vis-à-vis de ce type de comportement. Le droit syrien, bien que tolérant, n'en punit pas moins ces agissements en tant que crimes, ceux-ci ayant des causes d'excuses, alors même que le droit coutumier peut considérer qu'il s'agit d'une obligation pour les gens de la fratrie de punir les femmes dont les relations sexuelles illégitimes ont souillé leurs proches, bien qu'elles n'assument aucune responsabilité dans ce qui leur est arrivé.

Des normes centrées sur la souillure et des normes centrées sur l'individu intentionnel peuvent donc s'influencer réciproquement. C'est le cas quand le droit reconnaît le crime passionnel et le traite différemment selon que c'est un homme ou une femme qui en est l'auteur. L'article 237 du Code pénal égyptien énonce qu'un homme qui surprend sa femme en train de commettre l'adultère et la tue est passible d'une peine maximale de six mois de prison, en lieu et place de la sanction prévue pour homicide volontaire. Cependant, si c'est la femme qui surprend son mari en état d'adultère et le tue, il n'existe pas de cause d'excuse justifiant de réduire la sanction, à moins que les faits aient été perpétrés au domicile conjugal.

Les dispositions actuelles en matière de comportement sexuel traduites en Égypte une série de glissements d'un système fondé sur l'effacement de la souillure vers un système fondé sur la volonté individuelle. Le Code pénal

fait de l'individu l'unité principale de son économie, un individu à la fois conscient et doué de volonté. Cet individu est considéré comme un centre de choix et d'actions. Il ou elle devient le correspondant d'une personne, c'est-à-dire qu'il devient porteur de responsabilités. Comme Locke l'a souligné, le terme de « personne » est un terme judiciaire. Cela signifie que traiter un individu comme une personne, c'est le considérer comme responsable de ses actes devant les tribunaux.

Nous retrouvons ici le principe de l'autonomie de l'individu qui est le point de convergence de nos jugements en responsabilité. Pareil individu est maître de ses choix. Il est capable d'orienter son comportement en accord ou en opposition à un système de normes.

Un tel glissement traduit la conversion d'un système qui considère les faits indépendamment de toute agence humaine vers un système qui permet à l'agence humaine d'agir en sorte de modifier les questions de faits.


Dans le système de l'honneur, les gens doivent accepter leur situation telle qu'elle est, quelle que soit leur responsabilité individuelle dans cette situation, avec les conséquences qu'elle suppose quant à leur statut social. Ainsi, comme je l'ai déjà montré, la perte de la virginité en dehors des liens légitimes du mariage affecte la femme et déprécie son statut, même si en cas de viol elle ne porte aucune responsabilité individuelle dans ce qui lui est arrivé.

Dans un système de moralité, les gens peuvent agir sur leur propre corps de manière à changer, effacer ou modifier ce qui leur est échu, à condition qu'ils ne puissent être tenus pour individuellement responsables de cette situation. Nous pouvons faire référence ici aux opérations de transsexualité, à la chirurgie plastique, à l'avortement, à la restauration de la virginité.

Notons au passage que le communiqué du mufti de la République légitimait à la fois, en cas de viol, la restauration de la virginité de la femme et l'avortement de toute grossesse consécutive au viol, le principe étant que les gens ne doivent pas être tenus pour individuellement responsables des actes qu'ils n'ont pas commis.

Dans les débats égyptiens évoqués, deux modes d'évaluation de l'action sexuelle coexistent : une évaluation indépendante de la volonté individuelle, d'une part, qui renvoie à la souillure et à une situation superposant la situation factuelle et sa qualification juridique ; une évaluation dépendante de la volonté individuelle, d'autre part, qui renvoie à la responsabilité individuelle et donc à une situation où la qualification juridique du fait est fonction de la part intentionnelle de l'agent dans sa survenance.

On présente souvent la morale comme une contrainte générale, publique et hétéronome, s'imposant à l'individu. Ce qui apparaît en même temps en étudiant ces débats égyptiens, c'est que le discours de la morale si caractéristique des sociétés musulmanes contemporaines, et sans doute pas seulement des sociétés musulmanes, est une résultante du processus de centration sur la personne responsable qui traverse les sociétés de part en part.

 *M^{me} Béatrice BOSSARD, magistrate, sous-directrice, direction des affaires criminelles et des grâces, ministère de la Justice*

Merci beaucoup ! Je cède la parole à Alexis Spire, qui va nous entretenir de l'impunité fiscale : « Quand la responsabilité économique l'emporte sur la responsabilité pénale ».

« IMPUNITÉ FISCALE : QUAND LA RESPONSABILITÉ ÉCONOMIQUE L'EMPORTE SUR LA RESPONSABILITÉ PÉNALE »

 *M. Alexis SPIRE, sociologue, directeur de recherche, CNRS, IRIS-EHESS*

Je vous remercie de me donner l'occasion de parler d'une recherche réalisée avec Katia Weidenfeld grâce à la Mission de recherche Droit et Justice, et ayant donné lieu à un livre que nous avons publié aux éditions La Découverte sous le titre *L'impunité fiscale*.

Depuis quelques années, la question de la fraude fiscale est passée à l'agenda politique et dans le débat public, et a conduit un certain nombre de gouvernements européens à prendre des mesures. Le gouvernement français a lui aussi légiféré : en 2013, les peines de prison encourues pour fraude fiscale ont été alourdies, passant de cinq ans à sept ans.

Pourtant, l'impunité fiscale demeure : il y a moins de 900 condamnations par an et aujourd'hui comme hier, aucun fraudeur du fisc n'a passé une nuit derrière les barreaux pour ce seul délit.

Mon propos vise à expliquer la persistance de cette impunité. Je vais tenter de le faire en faisant jouer les questions de responsabilité économique et de responsabilité pénale, en considérant le pénal comme un révélateur de la place de l'impôt dans l'imaginaire collectif, pour reprendre cette phrase de Durkheim, selon lequel « la peine résulte du crime et exprime la manière dont il affecte la conscience publique ».

Derrière ce micro-sujet de la pénalisation de la fraude fiscale, c'est la place de l'impôt dans l'inconscient collectif qui est en jeu, ainsi que la particularité de cette délinquance en col blanc. Il est possible de comparer les délinquants fiscaux aux autres délinquants d'une part, et les délinquants fiscaux entre eux d'autre part, étant entendu que derrière le délit de fraude fiscale il y a une très grande variété de profils sociaux.

Dans l'enquête menée avec Katia Weidenfeld, nous avons utilisé une méthodologie à la fois qualitative en faisant des entretiens avec des agents des administrations fiscales et des magistrats et quantitative en constituant une base de données de 570 prévenus qui ont été jugés pour fraude fiscale à partir de 2011.

Ceci nous a permis de dresser le portrait de ceux qui sont poursuivis et condamnés et de comprendre pourquoi le résultat obtenu est assez éloigné de tous les discours des acteurs. En l'occurrence, quand nous faisons des entretiens, ce qui est frappant, c'est que tous les acteurs de la chaîne pénale, à commencer par l'inspecteur des impôts qui détecte la fraude jusqu'au juge d'application des peines, sont totalement convaincus qu'il s'agit d'un fléau auquel il faut s'attaquer et qu'il faut combattre sans merci. Mais à l'arrivée nous avons les chiffres que j'énonçais tout à l'heure.

Pour comprendre ce décalage, il faut faire un bref passage par l'administration fiscale. La régulation pénale des fraudes fiscales fonctionne à la manière d'un entonnoir : il y a 50 000 contrôles approfondis par an donnant lieu à 16 000 contrôles répressifs, c'est-à-dire où la faute est avérée. On parle alors de manquement délictueux. Sur ces 16 000 contrôles répressifs, 4 000 sont soumis à l'échelon départemental, dont 1 200 sont transmis à l'administration centrale, puis 1 050 à la Commission des infractions fiscales, pour arriver à environ 900 condamnations par an.

Les associations dénoncent le verrou de Bercy qui empêcherait de poursuivre ou donnerait au gouvernement la mainmise sur l'opportunité des poursuites. Selon nous, le problème principal est surtout que ce fonctionnement en entonnoir conduit en fait à cibler certains contribuables et à totalement évacuer de la pénalisation une grande partie des fraudeurs.

Ce qui nous a frappé dans cette base de données, c'est d'abord que les grandes entreprises, notamment celles qui sont contrôlées par la Direction des vérifications nationales et internationales (DVNI) soit exemptées de toute poursuite pénale : alors qu'elles sont à l'origine des fraudes les plus importantes (3,5 milliards d'euros de redressement leur sont notifiés par an, soit un tiers de l'ensemble des notifications pour fraude fiscale), aucune grande entreprise n'est poursuivie pénalement pour ces délits. Elles sont bien évidemment sanctionnées par l'administration par le biais de pénalités et d'amendes administratives, mais elles ne passent pas devant la justice.

Plusieurs explications sont données, notamment par les inspecteurs de la DVNI, comme la technicité des dossiers, les montages complexes où l'intentionnalité de la fraude est plus difficile à établir. Se pose aussi la question de l'articulation entre responsabilité collective et responsabilité individuelle, puisque dans les grandes entreprises peuvent être impliqués, par exemple, le directeur financier et le directeur juridique. Toutes ces participations diluent les responsabilités. Il y a également le caractère transnational des groupes. Par ailleurs, on peut noter une forme de renoncement à poursuivre les personnes morales. En effet, sur les 570 jugements, seules 2 personnes morales ont été poursuivies.

Une dernière explication est l'incitation à la conciliation à l'égard de ces grands groupes : à une responsabilité économique, il faudrait répondre par une sanction économique. D'après ce raisonnement très prégnant dans l'administration des finances publiques, l'objectif serait d'utiliser la dimension répressive du pénal pour privilégier une logique budgétaire alliant conciliation et recouvrement. Cela se retrouve dans les normes de fonctionnement de l'administration : en général, les brigades de contrôle doivent parvenir à 30 % de redressements coercitifs mais cet objectif ne concerne pas la DVNI.

On retrouve une tendance similaire à la Direction nationale des vérifications de situations fiscales (DNVSF), chargée du contrôle fiscal des grandes fortunes. La fraude patrimoniale est assez peu poursuivie. Ce qui fait obstacle, c'est d'abord la capacité des classes dominantes à transformer les fraudes en erreurs, surtout dans le domaine patrimonial où beaucoup de décisions ne sont prises qu'une seule fois. Lorsqu'on hérite d'une grande entreprise, on n'hérite qu'une fois. Il est donc d'autant plus facile de présenter une transgression comme une erreur et il n'existe pas de possible récidive dans cette matière.

Là aussi, l'administration fiscale privilégie la négociation, la conciliation et le recouvrement selon le bon vieil adage qu'un mauvais accord vaut toujours mieux qu'un bon procès à l'issue incertaine et lointaine.

Ainsi, dans les 980 poursuites annuelles, ce sont essentiellement de petits entrepreneurs du bâtiment qui sont concernés, avec une surreprésentation des étrangers. Les grands absents de ces poursuites sont les organisateurs de la fraude qui restent totalement hors d'atteinte et qui pourraient, dans le cadre d'une responsabilité pénale, être directement mis en cause, c'est-à-dire des avocats, comptables, acteurs bancaires. Les choses commencent à bouger, notamment avec les risques de mise en examen

des banques HSBC US pour blanchiment de fraude fiscale. Mais les intermédiaires du droit (avocats, conseils ou experts-comptables) ne sont pas mis en cause parce que l'administration fiscale privilégie la logique budgétaire dans laquelle il n'y a aucun intérêt financier à mettre en cause un intermédiaire. Comme c'est elle qui transmet ensuite le dossier à la justice, cet intermédiaire n'arrive jamais devant le juge.

Concernant la question de la temporalité, l'institution judiciaire intervient très tard en matière de fraude fiscale. En délinquance ordinaire, le parquet peut être informé dès la suspicion du délit alors qu'ici, la justice intervient en bout de course. Le principe de pénalisation consistant à transformer le contribuable en délinquant échoue parce que l'institution judiciaire ne fait que reproduire ce qu'a déjà fait l'administration fiscale, à savoir privilégier la responsabilité économique au détriment de la responsabilité pénale.

Quelles en sont les raisons et pourquoi l'institution judiciaire est-elle inerte ? Parce que les magistrats, en grande partie, considèrent, eux aussi, que la faute relève d'une responsabilité économique.

Nous pouvons prendre en compte plusieurs critères et éléments pour étayer cette passivité de l'institution judiciaire. D'abord, la fraude fiscale échappe aux formes habituelles de la justice pénale ; les affaires de fraude fiscale suivent un circuit très stéréotypé, sans rôle de pilotage du parquet. Il n'y a pas de recours à l'instruction. Il y a un usage très limité de la faculté de regrouper les dossiers. Nous avons constaté lors des entretiens que lorsqu'une fraude implique divers intervenants dans divers départements, il n'y a pas de volonté de regrouper ces fraudes afin de démontrer leur caractère systématique. Les objectifs chiffrés qui sont assignés aux magistrats incitent à traiter de façon assez stéréotypée ces dossiers qui arrivent bouclés, tout prêts, déjà presque instruits par l'administration fiscale, avec dans la majorité des cas une enquête préliminaire a minima.

Il existe un cas particulier à Paris, où les policiers sont relativement experts, mais en effectif insuffisant. En revanche, dans les petites juridictions, il y a très peu de spécialisation. Les services d'enquête se contentent de recueillir la plainte avec une audition du prévenu à qui on demande s'il connaît la loi fiscale, s'il reconnaît les faits. La garde à vue est rarissime et, lorsqu'elle a lieu, elle est très brève. Nous comprenons donc pourquoi il y a peu de chances de mettre en cause d'autres coupables ou des complices, notamment des organisateurs de montages financiers.

Le parquet est finalement extrêmement dépendant de l'administration fiscale et de ce qu'elle fait, alors que nous pourrions croire que les magistrats sont dans une position dominante par rapport aux inspecteurs des impôts. En pratique, les magistrats du parquet se placent sous la dépendance des agents des impôts et privilégient ainsi la responsabilité économique.

Certains signes pourraient laisser penser que la justice se remobilise. L'un des plus importants est l'instauration du délit de blanchiment de fraude fiscale après l'arrêt Talmon de 2008, et notamment la possibilité pour les magistrats de court-circuiter toute cette chaîne administrative et d'intervenir directement.

Mais ce délit de blanchiment de fraude fiscale, qui permet de contourner le monopole de l'administration en matière d'opportunité des poursuites, est utilisé de façon rarissime. Cela a été le cas pour l'affaire Cahuzac, car il n'y avait pas d'autre solution, tout comme pour l'affaire Balkany en cours. Ce sont des cas minoritaires et particuliers.

La création du procureur de la République financier par la loi du 6 décembre 2013, qui a une compétence nationale en matière économique, est une avancée, mais les effectifs sont encore relativement limités et le caractère complexe de la fraude doit apparaître d'emblée pour qu'il soit saisi. Pour le moment, ce parquet national financier n'a pas pu prendre en charge un ensemble large de délits fiscaux.

Dans ces affaires particulières, s'il n'y a pas de lanceur d'alerte, la chaîne pénale laisse peu de chances aux institutions de fonctionner par elles-mêmes et de découvrir de nouveaux délits.

Le troisième et dernier point a trait à la question des sanctions prises par les juges. La particularité de ce délit est relative au filtre qui l'entoure : lorsqu'on part de 50 000 dossiers et qu'on arrive en fine à seulement 900 qui passent devant la justice, ce sont des fraudeurs manifestes dont la responsabilité ne fait aucun doute. Leur culpabilité est d'ailleurs reconnue dans 90 % des cas. Pour autant, les peines prononcées sont assez légères dans l'ensemble.

L'explication est double et tient à la fois au profil social des délinquants et à la particularité de ce délit qui est sans victime apparente.

En complément de notre enquête menée avec Katia Weidenfeld pour la Mission de recherche Droit et Justice, j'ai mené une série d'observation de procès en matière de fraude fiscale, comme le procès de Mme Ricci, l'héritière de la couturière, le procès Cahuzac, le procès Wildenstein et le procès Dassault qui, dans leur issue, n'ont pas démenti ce que nous avons écrit.

Lors des audiences, le temps passé sur la procédure et sur les questions prioritaires de constitutionnalité est extrêmement important et a pour effet de diluer la question pénale derrière des arguties juridiques. Cela est renforcé par la présence d'une armada d'avocats. Le procès Wildenstein s'est traduit par une absence totale de sanction alors que c'était l'une des fraudes fiscales connues les plus importantes. Il y avait 23 avocats du côté Wildenstein et 2 du côté de l'accusation, si nous comptons le procureur et l'avocat de l'administration fiscale.

En plus de ce déséquilibre visuel lors de l'audience, on constate que le magistrat s'interdit de trop rentrer dans la vie privée du prévenu lorsqu'il s'agit d'une personnalité publique. Le soin est laissé au prévenu de se présenter.

C'est une audience dans laquelle il n'y a pas de victime de chair et d'os. La victime est l'État incarné par l'avocat de l'administration fiscale qui, d'une certaine manière, est dépersonnalisé. Pour incarner toutes les victimes il faudrait dire tous les investissements publics n'ayant pas pu avoir lieu à cause de cette fraude. La place de victime reste vacante et la stratégie des avocats et du prévenu est de se réapproprier cette place de victime, pour apparaître en tant que victime de l'administration fiscale et de son arbitraire.

Il y a des peines de prison ferme mais elles ne concernent que des prévenus aux caractéristiques bien particulières, à savoir des récidivistes. La récidive est d'ailleurs assez improbable puisqu'en matière de pénalisation de la fraude fiscale il faut que le prévenu ait déjà été condamné pour fraude fiscale. Un prévenu ayant déjà pratiqué la fraude fiscale mais n'ayant pas été devant le juge n'est pas considéré comme un récidiviste. Ces peines de prison ferme concernent essentiellement ceux qui ont fait preuve d'une particulière mauvaise volonté, soit parce qu'ils ont été absents à l'audience, soit parce qu'ils sont récidivistes

ou parce que la fraude fiscale est associée à d'autres délits de droit commun. Le plus souvent, la peine de prison avec sursis est privilégiée.

D'autres peines pourraient s'y ajouter, mais elles sont rares aussi, comme la peine d'amende. Les magistrats considèrent que comme il y a déjà eu des amendes administratives, il n'est pas nécessaire de les alourdir. Nous constatons une hypocrisie du législateur : il existe des peines d'amende pouvant aller jusqu'à 75 000 euros, mais la moyenne, dans notre base de données, est de 10 000 euros.

Une autre peine alternative, qui est en augmentation, est l'interdiction de gérer. Mais comme il n'y a pas de fichier des interdictions de gérer, celles qui sont prononcées sont en grande partie fictives.

Un autre type de peine est la peine d'affichage, rendue quasi inefficace par une décision du Conseil constitutionnel.

La déchéance de droits civiques et l'inscription au casier judiciaire ne sont pas souvent utilisées, car elles pourraient porter atteinte à l'insertion du prévenu.

La confiscation des avoirs est de plus en plus pratiquée, même si les magistrats du siège y sont encore réticents.

Lorsque nous avons demandé aux magistrats du siège leur avis sur les peines de travail d'intérêt général qui pourraient être prononcées à l'égard des coupables de fraude fiscale, ils nous ont dit qu'elles n'avaient aucun sens pour ce type de délit, car les travaux d'intérêt général sont davantage faits pour réinsérer les gens totalement marginaux. Chez nos voisins italiens, pourtant, cela ne semble pas incongru.

De même, la Commission des infractions fiscales est une particularité française qui est présentée comme indispensable alors que nous pourrions nous inspirer de ce que font les Anglais, notamment en matière de *sentencing guidelines* où les peines se rapprochent des peines planchers et empêchent toute négociation.

Il est frappant de constater que la question de la responsabilité économique vient parfois jusque dans l'audience. Par exemple, dans un procès de fraude fiscale concernant une grande boucherie, auquel j'ai assisté, le magistrat s'est mis à dire en plein procès, comme dans l'affaire Ricci, qu'il était possible de tout arrêter s'il y avait une négociation et l'acceptation de transiger avec l'administration. Cela en dit long sur l'importance de la dimension économique et budgétaire, même dans la tête des magistrats du siège. On n' imagine pas, dans d'autres matières pénales, que cela soit possible et que le magistrat dise : « Si vous rendez les bijoux, vous n'aurez aucune peine et vous n'irez pas en prison et tout se terminera bien pour tout le monde ».

Lorsqu'il est question de fraude fiscale, la prison ferme est considérée comme une peine lourde. Si nous avons réfléchi à la question des peines alternatives et complémentaires dans un chapitre de préconisations, c'est parce que notre idée n'était pas de dire qu'il fallait surpeupler encore un peu plus les prisons. Souvent, dans la tête des magistrats, il y a l'alternative entre la prison avec sursis ou la prison ferme, et c'est quasiment toujours la prison avec sursis qui l'emporte, car selon eux la fraude fiscale ne nécessite pas de peine lourde. Cette forme d'indulgence inconsciente est d'ailleurs largement répandue, bien au-delà des seuls agents de l'État.

Cela est lié au fait que l'État et l'administration fiscale ne sont pas des victimes à part entière. La question de l'absence de victime de chair et d'os est cruciale dans la manière de sanctionner ce délit et invite à une comparaison avec un autre type de délit, l'immigration irrégulière, qui est aussi un délit sans victimes. Il est intéressant de comparer les deux types de souveraineté qui s'exercent. La question de l'efficacité économique est systématiquement laissée de côté en matière de lutte contre l'immigration illégale, où l'État n'hésite pas à prendre des mesures coûteuses en matière d'enfermement, de reconduite à la frontière et ne regarde pas à la dépense pour sanctionner cet illégalisme. En revanche, en matière de délinquance en col blanc et de délinquance économique, c'est toujours la grille de lecture budgétaire qui s'applique : si l'État parvient à recouvrer un peu de l'argent perdu, cela sera suffisant ; la responsabilité économique sera sanctionnée et les intérêts de l'État seront préservés.

M^{me} Béatrice BOSSARD, magistrate, sous-directrice, direction des affaires criminelles et des grâces, ministère de la Justice

Merci pour cette présentation. Je donne la parole à Maxime Agator, sociologue et doctorant qui va nous entretenir du thème de la corruption : la corruption en procès, élites politiques et responsabilité pénale.

« LA « CORRUPTION » DES ÉLITES POLITIQUES, ENTRE PROBLÈME PUBLIC ET RESPONSABILITÉ PÉNALE AU DÉBUT DES ANNÉES 1990 »

M. Maxime AGATOR, sociologue, doctorant, CMH et CEMS-IMM, EHESS

Je vais vous présenter un travail de sociologie historique qui porte sur le tournant des années 1990 où toute une série d'affaires et de scandales, de pratiques, ont fait l'objet d'une problématisation nouvelle dans l'espace public autour du concept polysémique de corruption.

En France, depuis la fin des années 1970, la dénonciation de transgressions, par les élites politiques, de normes d'honnêteté, de transparence ou de désintéressement dans la conquête ou dans l'exercice de leur(s) mandat(s) occupe une place régulière dans l'arène publique. Ce phénomène est particulièrement visible quand on s'intéresse aux très nombreux scandales ou affaires traités dans la presse, de l'affaire des diamants de Bokassa en 1979 aux affaires plus récentes (Cahuzac, Bygmalion) pour ne citer que quelques exemples.

Par ailleurs, depuis la fin des années 1980, ce type d'affaires conduit de façon plus régulière à la mise en cause de la responsabilité pénale d'acteurs politiques, y compris de premier plan, ce qui était jusque-là souvent considéré dans les faits comme impossible, voire impensable, comme l'ont montré les travaux de Violaine Roussel.

Très rarement utilisé depuis la fin de la III^e République et malgré sa forte connotation négative potentiellement stigmatisante, le terme « corruption » désigne dans l'espace public, en très peu de temps, au tournant 1991-1992, à la fois un problème relevant de l'évidence et une nouvelle catégorie d'action publique à la définition assez large. Le terme est repris à l'époque par le Premier ministre, Pierre Bérégovoy, et plusieurs commissions sont réunies pour proposer des solutions. C'est dans ce contexte

qu'est adoptée la loi Sapin 1 en 1993 et qu'est créé le Service central de la prévention de la corruption devenu récemment l'Agence française anticorruption avec la loi Sapin 2.

Pour faire ce travail, je m'appuie sur une inspiration théorique principale qui est la notion de problème public développée par le sociologue américain Joseph Gusfield et le sociologue français Daniel Cefaï, l'émergence d'un problème public étant la manière ordonnée dans laquelle des activités, des catégories et des arguments émergent dans l'arène publique et sont considérés comme pertinents pour décrire la réalité. Par ailleurs, un problème public se voit souvent attribuer une responsabilité ou des responsables de deux sortes, celui qui cause le problème et celui qui est supposé intervenir pour le résoudre.

Il ne s'agit donc pas ici de postuler en amont ce qu'est ou ce que n'est pas la corruption, mais bien de suivre comment, à l'époque, ce terme a été utilisé, du début des années 1980 jusqu'en 1992 lorsqu'il est repris par le Premier ministre, pour voir le sens qu'on lui a donné.

D'un point de vue empirique, c'est un travail que j'ai fait sur différents types de documents, notamment d'archives de presse, d'archives télévisuelles sur les scandales politiques depuis la fin des années 1970 ainsi que des ouvrages d'enquêtes, de dénonciation écrits par des journalistes, ce qui constitue une véritable littérature à l'époque, ainsi que des publications en sciences sociales françaises et internationales consacrées depuis les années 1950 à ce type de pratiques, et enfin les archives de la première commission qui a été créée sur le sujet, la commission de Bouchery, en 1992, chargée de proposer des solutions pour répondre au problème.

J'aborderai ce problème en trois temps : d'abord restituer un peu le contexte des années 1980, voir quels types de scandales éclatent à l'époque, ensuite retracer l'émergence de la catégorie « corruption » jusqu'en 1992, puis, le rôle de la justice pénale et de la mise en cause de la responsabilité pénale dans d'autres formes de responsabilité plus diffuses, notamment la responsabilité collective dans le cadre d'un problème public.

Concernant le contexte des années 1980-1990, il faut savoir que bien qu'il existe déjà des scandales dans les années 1970, leur nombre augmente fortement dans les années 1980, en particulier dans la deuxième moitié, à partir de 1986. L'historien Jean Garrigues a parlé pour cette période d'une explosion des affaires, indiquant que les scandales qu'il nomme politico-financiers représentent l'essentiel des scandales politiques à partir du milieu des années 1980.

Pour résumer les dizaines de cas scandaleux à l'époque, on trouve à la fois une série de mécanismes décrits comme illégaux, occultes, de financement des activités politiques, mais aussi des liens étroits entre des élus et des hommes d'affaires mêlés à des comportements d'enrichissement personnel illicites. On dénonce souvent la transgression d'une frontière entre ce qui devrait relever du public et donc associé au désintéressement, et l'intérêt privé, associé à l'argent.

Rappelons aussi que jusqu'en 1988, il n'existe pas en France de législation relative au financement des partis politiques malgré plusieurs tentatives qui ont échoué au Parlement, comme l'a montré Éric Phélippeau.

L'une des premières affaires de la période qui émerge est l'affaire dite Carrefour du développement, en 1986, où le ministre de la Coopération, Christian Nucci, et son directeur

de cabinet sont accusés d'avoir financé illégalement le Parti socialiste avec des fonds publics à travers une association aux activités fictives.

Par la suite, la presse parle de l'affaire SAE, en 1989, où est évoquée l'existence d'un système de fausses factures qui financeraient, via des bureaux d'études, tous les principaux partis politiques français de l'époque.

Dans l'affaire Pechiney-Triangle en 1989, très importante à l'époque, c'est autour d'un délit d'initié dans une entreprise nationalisée, Pechiney, qu'est posée comme problématique l'amitié ou la collusion, selon les versions, entre le président de la République, François Mitterrand, Pierre Bérégovoy, ministre des Finances puis Premier ministre, et l'homme d'affaires Patrice Pelat.

Deux lois sur le financement des partis politiques sont votées en 1988 et 1990, accompagnées d'une amnistie des pratiques illégales antérieures, mais ne parviennent pas à arrêter durablement les affaires. Un certain nombre de non-lieux sont prononcés dans les premières affaires judiciaires.

Ces affaires touchent également des élus locaux comme le député et ancien maire socialiste d'Angoulême, Jean-Michel Boucheron, ou le maire RPR de Nice, Jacques Médecin, accusés d'avoir détourné tous les deux massivement des fonds publics à leur profit et qui prennent tous les deux la fuite.

Surtout, à partir de 1992, c'est l'affaire Urba qui conduit à des perquisitions au siège du Parti socialiste et à la mise en examen de son trésorier de l'époque, Henri Emmanuelli.

Pour autant, avant 1991, même s'il y a de nombreuses affaires et un certain nombre de pratiques qui sont mises en lumière, le terme de « corruption » est très rarement utilisé en France pour parler de ces pratiques, que ce soit dans la presse, dans la littérature scientifique ou dans d'autres types de publications, à l'exception du sens restreint pour le délit de corruption qui est l'équivalent du pot-de-vin dans le langage courant. Mais ce terme est employé uniquement pour les fonctionnaires. En France, l'utiliser de manière générale pour ces acteurs politiques est souvent considéré comme excessif, agressif ou même pouvant porter atteinte à l'honneur de la France. On reconnaît parfois l'existence de certaines pratiques, mais on estime que le terme de « corruption » n'est pas approprié pour en parler.

À partir de 1991-1992, en revanche, la notion de corruption émerge et se resserre autour des acteurs politiques et de leurs relations avec le monde économique, alors que de nouvelles affaires continuent d'apparaître dans la presse de façon répétée.

À l'époque, de nombreux ouvrages sont publiés sur le sujet. Certains sont consacrés à des pratiques ou à des affaires particulières. Il y a aussi des témoignages d'acteurs impliqués dans certaines affaires. Il y a également des ouvrages plus généraux comme celui du politiste Yves Mény, *La corruption de la République* paru en 1992, dans lequel il introduit une définition large de la corruption, en partie inspirée par la science politique nord-américaine, et dénonce la tolérance des élites envers les conflits d'intérêts notamment.

Tous ces ouvrages constituent une véritable littérature de dénonciation, et on voit apparaître des ouvrages qui se citent mutuellement et qui commencent à compiler les exemples. On voit ainsi apparaître des dictionnaires, comme un dictionnaire de la corruption écrit en 1991 par des journalistes de premier plan, ou des dossiers dans la presse sur l'argent corrupteur, par exemple.

Certains de ces livres connaissent un grand succès public. Des extraits sont publiés dans la presse et le terme est repris à partir de 1991 par un certain nombre d'acteurs politiques et de hauts fonctionnaires, comme Michel Debré ou Raymond Barre, qui attestent de la réalité d'un problème qui touche les élites. Des chefs d'entreprise dénoncent également publiquement l'existence de corruption. Par exemple, Michel-Édouard Leclerc dénonce la corruption touchant l'implantation des supermarchés.

Le 8 avril 1992, Pierre Bérégovoy reprend alors le terme de corruption et déclare, lors de son discours de politique générale devant l'Assemblée nationale, son intention de crever l'abcès de la corruption, identifiant spécifiquement la corruption comme l'un des trois fléaux qui démoralisent la société française.

Fin 1992, la réalité d'un problème général de corruption en France relève alors dans la presse de l'évidence de la banalité et n'a plus à être justifiée. Cependant, le terme a une existence assez courte puisqu'il disparaît rapidement à la fois comme catégorie d'action publique dès 1995, tout comme catégorie médiatique. Le nom « corruption » persiste en revanche dans le nom d'institutions comme le SCPC, dans un contexte international également avec les agences de l'ONU et la Convention de Mérida contre la corruption, sous l'influence notamment des travaux anglo-saxons en sciences politiques, par exemple, et dans le cas des associations anticorruption qui n'existent pas encore en 1991 et 1992.

J'en viens maintenant au lien entre problème public et responsabilité pénale. Le problème public de corruption émerge assez tardivement, vers 1991, alors qu'une partie des pratiques qu'elle se met à recouvrir est déjà connue ou identifiée depuis plusieurs années.

En fait, au cours des années 1980, l'usage de nouvelles définitions de la corruption plus systémique se heurte à des résistances liées au caractère disqualifiant du terme, incompatible avec des définitions antérieures de ce qu'est la corruption, notamment juridiques. Il se heurte aussi à une forte présomption collective d'honnêteté ou de moralité des élites politiques. À l'époque, un acteur politique ne peut pas être, par définition, corrompu, ce qui interdit longtemps de voir dans les transgressions observées dans des cas individuels un phénomène systémique au lieu de cas isolés.

De plus, pendant les années 1980, les grilles de lecture partisans peuvent, jusqu'au moment de l'affaire Pechiney notamment, représenter des visions crédibles de la réalité pour une partie importante du public qui expliqueraient par exemple la déviance par la proximité intrinsèque de la droite avec les élites économiques d'un côté ou à l'inverse verraient dans ces dénonciations un moralisme partisan ou des manipulations du camp adverse.

L'émergence d'un véritable problème public de corruption mettant en cause les élites politiques n'est donc possible à l'époque qu'à travers une série de transformations. D'abord, à partir de 1986, la forte montée des scandales impliquant des acteurs politiques, dans l'exercice de leurs fonctions, à des fins perçues comme personnelles, notamment dans les affaires Carrefour du développement, Pechiney et Triangle, Urba, ainsi que le vote des lois d'amnistie amènent à affaiblir la présomption de moralité du Parti socialiste et des élites politiques en général.

La mise en série d'affaires à travers les compilations notamment contribue à reconfigurer les cadres de perception du comportement des élites françaises en réactivant les scandales au fur et à mesure qu'ils sont à

nouveau mentionnés, en les reformulant non plus comme des exemples d'écart individuel ou partisan, mais comme les signes d'un problème plus vaste.

L'intervention progressive de la justice pénale dans ces affaires contribue de plusieurs manières à leur faire prendre une nouvelle dimension.

À partir de ce moment-là, les affaires au sens de scandales – j'ai utilisé jusque-là les deux termes indifféremment – deviennent souvent des affaires judiciaires. D'abord, elles facilitent le travail d'enquête des journalistes par la mise à disposition du public d'éléments d'information autrement inaccessibles, contredisant parfois les justifications usuelles des mis en cause comme l'absence d'enrichissement personnel. Les multiples étapes de la procédure (enquête préliminaire, instruction, inculpation et mise en examen, perquisition) font l'objet d'un traitement soutenu par la presse, davantage que par le passé où la parution d'une enquête journalistique était souvent sans suite. Elle était suivie des dénégations des intéressés et l'affaire ne continuait pas très longtemps.

Elle accrédite aussi l'intervention de la justice, la vision d'acteurs politiques déviants à travers les poursuites engagées, et crée des attentes. L'intervention de la justice pénale transforme le déroulement politique des affaires qui sont effectivement de plus en plus suivies.

Enfin, les pratiques jusqu'ici peu visibles d'influence ou d'intervention dans le fonctionnement de la justice par les acteurs politiques connaissent en seulement quelques années une publicisation, en devenant visibles, et une problématisation très forte, en particulier à la faveur de la prise d'autonomie de certains magistrats. L'affaire Urba en fournit deux exemples à travers les cas notamment de l'inspecteur Gaudino chargé d'une première enquête de police à Marseille en 1989, puis du juge d'instruction Thierry Jean-Pierre dessaisi en pleine perquisition au siège du bureau d'études Urba en 1992. Tous deux publient des ouvrages dénonçant publiquement l'intervention politique dans la justice.

À partir de 1990, la critique publique d'une obstruction de la justice par des acteurs politiques à des fins d'auto-préservation collective, prévenant la répression des pratiques associées aux problèmes de corruption contribue fortement à légitimer le récit d'une élite politique qui serait complice, dévoyée, à la moralité défaillante, ayant de surcroît voté sa propre amnistie.

Le problème de corruption change alors un peu de sens et évolue. Sa dimension systémique commence à apparaître crédible, et le problème touche un large public.

En ce sens, autour du problème de corruption, au tout début des années 1990, les conditions de mise en cause de la responsabilité pénale individuelle d'acteurs politiques prennent de l'ampleur et contribuent de façon plus ou moins directe à étendre la responsabilité, cette fois, du problème public de corruption non plus seulement aux personnes poursuivies, le problème n'étant plus seulement un problème de pratiques de différentes personnes, mais à celui des élites politiques de façon collective qui sont accusées de complicité ou au moins de tolérance.

Concernant la suite de ce problème public, nous pouvons interpréter le fait que le terme de « corruption » soit repris par le Premier ministre à l'époque comme une tentative d'en reformuler les termes à travers l'annonce d'une répression de la déviance alors assez notable et la mise en place de mesures consensuelles pour la prévenir.

La Commission de prévention de la corruption qui est créée et qui comprend plusieurs magistrats, des membres du Conseil d'État, de l'Inspection des finances, reformule ensuite le problème d'une manière plus compatible avec une action immédiate, favorise la création d'un consensus large autour du problème et la constitution d'une vision centrée non plus sur les pratiques déviantes de tel ou tel acteur, mais sur la réhabilitation de la présomption de moralité des élites politiques et administratives. À l'époque, le déplacement d'un problème de comportement des élus et de responsabilité collective à celui d'un rétablissement de la confiance des citoyens en leurs élus en constitue un élément.

Il peut donc exister un lien plus diffus entre la responsabilité pénale et d'autres types de responsabilité que strictement juridique. Néanmoins, à cette époque, pour le problème de corruption des élites politiques, l'intervention de la justice pénale a été décisive.

M^{me} Béatrice BOSSARD, magistrate, sous-directrice, direction des affaires criminelles et des grâces, ministère de la Justice

Merci à tous. Nous sommes arrivés au terme des interventions de cette première table ronde. Vous avez pu en apprécier la richesse et la qualité, sur des sujets assez variés et complémentaires. Cela a pu susciter des questions, des réflexions, des observations.

M^{me} Liora ISRAËL, sociologue, maîtresse de conférence, EHESS, Centre Maurice Halbwachs-EHESS

Je suis frappée par la manière dont la dimension de publicité ou de capacité à garder des problèmes à l'intérieur des chambres ou des bureaux contribue à la structuration des formes d'imputation de la responsabilité. Je suis frappée par le fait que l'actualité quotidienne tend à oublier justement l'historicité de la manière dont ces problèmes ont été posés ou se sont posés. Le travail de Maxime Agator montrant que le problème de corruption est finalement très récent et date des années 1990 en France est une vraie surprise. Ce déficit d'historicité est sans doute un problème dans l'action publique, puisque cela revient à reposer les questions comme si elles étaient nouvelles, en oubliant très rapidement dans quel contexte elles ont pu déjà émerger et être résolues ou non.

M^{me} Gwenola JOLY-COZ, magistrate, présidente du tribunal de grande instance de Pontoise

J'ai une question pour Monsieur Agator. Ce que vous nous avez expliqué est très intéressant, d'autant plus que nous sommes de nombreux magistrats à avoir vécu toutes ces années 1990 et 2000 dont vous nous avez parlé.

Je voudrais vous interroger sur une question que les magistrats se posent beaucoup : à la responsabilité des élites en matière pénale, on nous oppose la responsabilité politique. La semaine dernière encore, Richard Ferrand a dit : « Les Finistériens ont jugé ». Ce n'est pas un hasard d'avoir utilisé le terme « jugé ». Souvent les hommes politiques mis en cause dans ce type d'affaires nous déclarent : « Peu importe la responsabilité pénale, finalement seule compte la légitimité démocratique ». Pour eux, le fait d'avoir été réélus par le peuple, quelque part, les absout et c'est finalement le peuple qui prononce le non-lieu. Allez-vous aborder ces questions dans vos travaux ?

M. Maxime AGATOR, sociologue, doctorant, CMH et CEMS-IMM, EHESS

Oui. C'est une question qui apparaît déjà à l'époque et qui dure jusqu'à aujourd'hui. C'est le président du Conseil constitutionnel de l'époque, Daniel Mayer, qui estime que les magistrats n'ont pas à enquêter sur les affaires de financement des partis politiques, s'agissant de responsabilités politiques et non pénales. Il sera intéressant de voir comment ce débat a évolué depuis le début des années 1990.

La question de la responsabilité politique se pose différemment en fonction de l'information qui est disponible au public sur les pratiques qui devraient relever de cette responsabilité. Comme j'ai essayé de le montrer, l'intervention de la justice pénale a aussi comme résultat, à travers les mesures d'enquête qu'elle peut mettre en œuvre, de rendre possibles des révélations qui ne le sont pas avec des méthodes journalistiques par exemple. C'est assez visible lorsque nous regardons les affaires ou scandales du début des années 1980. Par exemple, en 1982, à la suite de la révélation par *Le Canard enchaîné* d'un système de fausses factures, les élus cités dans l'article disent qu'un tel système n'existe pas, qu'il s'agit d'une manipulation ou qu'il revient aux électeurs de trancher. L'affaire s'arrête là. Souvent les scandales s'arrêtaient de cette façon.

En revanche, c'est au moment où la justice pénale commence à intervenir que le problème peut se poser d'une autre manière.

Cela ne répond pas complètement à votre question. Ce travail reste à faire, mais la question des éléments d'information disponibles joue dans la mise en œuvre d'une responsabilité politique.

M^{me} Ombeline MAHUZIER, magistrate, Direction des affaires criminelles et des grâces

Je suis également magistrat et travaille actuellement à l'administration centrale sur la question d'évaluation des politiques pénales. Mon observation est relative à la question collective, dans le droit fil des réflexions d'aujourd'hui. C'est la notion de « systémique » qui se manifeste tant au travers, par exemple, de l'intervention de Monsieur Meunier relative à la responsabilité civile qu'au travers de celle de Maxime Agator qui vient d'utiliser à plusieurs reprises cette notion de corruption systémique ou de définition systémique de la corruption.

Il me semble que cela transparissait aussi, dans une certaine mesure, dans la première intervention de ce matin, puisqu'il était question de considérer non plus l'acte individuel en tant que tel, mais la participation à la réalisation d'un objectif commun au sein d'une organisation.

Au-delà de la question d'une responsabilité individuelle ou collective, ne passe-t-on pas en réalité à une forme de responsabilité systémique, ce qui est assez logique quand nous observons l'évolution de notre société en réseaux dans tous les sens du terme ?

M. Guillaume MEUNIER, magistrat, sous-directeur du droit civil, Direction des affaires civiles et du sceau, ministère de la Justice

Sur toutes ces questions, ce qui est essentiel, c'est la question du choix politique. Cela fait un lien avec cette question de la légitimité de l'action pénale ou, d'une

manière générale, de la légitimité pour un individu ou pour une institution donnée d'agir finalement contre quelqu'un qui tirerait sa légitimité du suffrage universel, de la loi.

Il est important de rappeler, et c'est un vrai sujet qui nous occupe en responsabilité civile, que tous les textes sont très anciens et que tout le droit qu'on applique aujourd'hui est un droit issu essentiellement des juridictions et de l'œuvre jurisprudentielle. Lorsqu'on réfléchit, en tant que législateur, l'essentiel est de proposer, voire d'imposer, à l'échelon politique d'un ministère, d'un gouvernement, de faire des choix. Pour le praticien, il s'agit de mettre en œuvre ces choix politiques.

La seule réponse aux problématiques de corruption et à celles consistant à déterminer s'il faut faire assumer ou non les risques de mise en circulation de médicaments dangereux est politique. Lorsque le politique a tranché, il ne faudrait pas reprocher aux juges ou aux autres la mise en œuvre de ce qui a été décidé par ceux qui sont légitimes à le faire. C'est là toute la difficulté.

Un exemple très récent d'échange avec un ministre rend compte que le message qui peut être transmis à l'administration sur l'agacement du peuple et des électeurs face à tel ou tel type d'attitude, c'est que cet agacement provient des textes qui ont été développés par l'administration. Par exemple, en ce qui concerne le droit de la nationalité, en permanence on nous dit que l'administration fait obstacle, qu'elle n'est pas généreuse, qu'elle n'accorde par la nationalité française à telle ou telle personne qui est un bon Français. Mais c'est la loi.

La question de la légitimité est importante. En pratique, la seule question qui vaille est : lorsqu'une décision est prise, qu'elle soit de nature politique ou technique, accepte-t-on qu'elle soit mise en œuvre ?

M. Baudouin DUPRET, politiste, professeur, université de Louvain

Si on met en relation votre question sur le caractère systémique avec ce qui a été dit ce matin sur le jeu actanciel, à savoir des acteurs qui n'en sont pas, qui n'ont pas de réalité autre que l'imputation de leur jeu et de leur efficacité, et ce qui a été dit sur le fait que le peuple n'existe pas et qu'il est un actant, typiquement, on s'aperçoit qu'il existe une tendance toujours plus grande de collectivisation de la responsabilité et que nous sommes dans un phénomène de responsabilité sans véritable responsable ou dans un phénomène de dilution de la responsabilité. S'il n'y a pas de responsable, sinon un actant, il n'y a pas de responsable du tout.

Je me demande si ce phénomène d'hyper-responsabilisation, qui fait s'étendre la responsabilité bien au-delà de sa conception originelle, n'est pas en fait un phénomène de déresponsabilisation. Je pose cette question aux experts.

M. Alexis SPIRE, sociologue, directeur de recherche, CNRS, IRIS-EHESS

J'aimerais donner un élément de réponse aux différentes réflexions très intéressantes qui ont été faites.

L'historicité est un point très important, surtout lorsqu'il est question d'inconscient collectif. Dans notre ouvrage, nous y avons consacré un chapitre avec la conviction que si aujourd'hui il y a une impunité fiscale et systémique, les raisons sont aussi à chercher dans l'Histoire longue.

Nous sommes revenus sur la façon dont on sanctionne en France la fraude fiscale depuis l'Ancien régime. Il y a bien une forme de continuité et de systématisme.

Au sujet du fait que tout cela est une question politique et que l'administration ne sert que de caisse de résonance aux politiques, j'ai une petite divergence avec votre remarque. Quand cette question est arrivée à l'agenda public avec les affaires Luxleaks, Bettencourt, Cahuzac et Panama Papers, la réaction du législateur a consisté à aggraver les sanctions encourues en passant de cinq ans de prison ferme à sept ans.

Il faut s'intéresser en fait à la façon dont est appliquée la loi. Je ne dis pas que rien n'a changé, car comme le montrent les statistiques, il y a une petite inflexion avec des sanctions prononcées un peu plus lourdes que par le passé. Si on n'envoie pas les gens derrière les barreaux pour fraude fiscale, c'est parce que même quand des peines de prison ferme sont prononcées, elles le sont pour des gens absents à l'audience ou pour des peines en dessous de deux ans avec des aménagements de peine ; il n'y a pas eu de réflexion du législateur sur cette machine répressive tournant à vide. L'administration fiscale et l'institution judiciaire sont emboîtées l'une dans l'autre avec des logiques différentes ; le législateur a pensé sans doute un peu naïvement qu'en utilisant la loi comme un outil de communication cela suffirait à apaiser le débat. Mais il y a un risque que l'écart s'agrandisse entre le sentiment d'indignation qui peut exister dans l'opinion à l'égard de la fraude fiscale, et l'impunité fiscale qui persiste. Ce qui est en cause, c'est la question du consentement à l'impôt et de l'égalité de tous devant la loi.

M^{me} Hélène LAVOISIER, cadre spécialisée des finances publiques, Direction des affaires criminelles et des grâces

Je trouve ce terme d'« impunité » très intéressant puisque depuis que je suis arrivée à la Direction des affaires criminelles et des grâces, je vis avec les contentieux communautaires qui, jusqu'à une date très récente, nous ont fait nous interroger de manière appuyée sur notre système dont vous avez souligné qu'il était emboîté. Cela a commencé par l'arrêt Grande Stevens, qui a été ensuite repris par le Conseil constitutionnel, qui a abouti à considérer qu'on ne pouvait pas avoir une procédure administrative et une procédure pénale pour les délits boursiers. Plus généralement, la question s'est posée pour tous les domaines dans lesquels il y avait un cumul de sanctions fiscales et pénales, dont le contentieux fiscal.

En interne, il a fallu batailler dur et s'entendre entre l'autorité judiciaire et l'administration fiscale pour dire que nous ne poursuivions pas les mêmes pénalités pour un même délit et que nos missions n'étaient pas les mêmes.

Il faut vraiment argumenter sur la nécessité d'avoir, pour ce type de délit, une résonance publique et, dans certains cas, un retentissement pénal. Mais par certains prismes, nous avons un système qui est considéré comme très coercitif au niveau de la jurisprudence communautaire.

Au niveau du Conseil constitutionnel, il y a eu aussi, dans sa décision, un certain nombre de tempéraments sur le fait qu'il fallait que le pénal ne concerne que les décisions les plus graves, ce qui nous a conduits à reprendre un certain nombre de critères de gravité qui justifient les peines de 7 ans. Le rehaussement des peines n'est valable que pour certains types de fraude fiscale. Il a fallu préciser que les poursuites pénales n'étaient envisagées que pour un certain type de fraude fiscale.

Il est intéressant d'avoir dans le paysage des personnes continuant à dire qu'il faut du pénal, une résonance publique et des sanctions appuyées parce que nous sommes dans un climat où c'est loin d'être évident.

M. Michele SPANÒ, juriste et philosophe, maître de conférences, CENJ-EHESS

J'ai une question, un commentaire, sur la communication de Maxime Agator. Je me demande si tu songes à faire une comparaison avec le phénomène italien connu comme *tangentopoli*, apparu également dans les années 1980-1990. L'héritage de *tangentopoli* est, d'une part, le type de confrontation pointé par madame, à savoir la légitimité démocratique contre État de droit, les élections devenant en quelque sorte un moment judiciaire (le résultat des élections fait que tout ce qui est pénal doit être éliminé) ; d'autre part, se pose le phénomène inverse, dont je ne sais s'il est typiquement français, à savoir que la politique se réapproprie la signification de la corruption, et la naissance de partis politiques ayant le juridisme, le respect des règles de l'État de droit comme propos politiques en soi. Il y a une politique de la légalité en soi. Il y a une forme d'héritage différencié.

Nous pourrions tracer le voyage du signifié « corruption » entre droit et politique. En Italie, c'est vraiment quelque chose de périodisant. Le financement des partis politiques était vraiment le thème de tous les procès de *tangentopoli*.

M. Maxime AGATOR, sociologue, doctorant, CMH et CEMS-IMM, EHESS

Je n'ai pas travaillé directement sur le cas italien, mais d'après mes lectures, il y a beaucoup de similitudes. Cela concerne effectivement la même période. Je me suis demandé à un moment si le cas italien avait pu influencer la perception en France. En fait, il arrive un peu après, au moment où le problème a déjà bien émergé en France.

J'étais un peu surpris de voir que l'extrême droite n'avait pas joué un rôle très important dans l'émergence de ce problème, pour le cas français, contrairement à ce qu'on pourrait croire.

L'une des différences entre le cas français et le cas italien est l'amnistie, qu'il n'y a pas eu en Italie, qui a arrêté un certain nombre de poursuites, car beaucoup d'enquêtes allaient être ouvertes. Cela a eu un effet de frein sur la dimension judiciaire du problème de corruption, même si d'autres enquêtes ont été ouvertes par la suite, du fait de la persistance des pratiques de corruption.

Concernant la politique de la légalité, si j'ai bien compris, en Italie des partis ont revendiqué la lutte contre la corruption comme argumentaire politique. Beaucoup de partis dans le monde reprennent cette question. Cela peut parfois correspondre à des positionnements stratégiques. Parfois, les électeurs sont déçus quand ces partis arrivent au pouvoir. Comme le problème a vite disparu en France, il n'a plus réellement été porté par la suite.

M^{me} Béatrice BOSSARD, magistrate, sous-directrice, direction des affaires criminelles et des grâces, ministère de la Justice

Merci à tous de votre écoute et de vos questions pour cette matinée.



TABLE RONDE



TABLE RONDE

2

LA RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT

M. Jean DANET, maître de conférence, université de Nantes, avocat honoraire, membre du Conseil supérieur de la magistrature

La question de la responsabilité de l'État sera abordée de façon pluridisciplinaire. En effet, deux sociologues, une historienne, une anthropologue, une philosophe, une juriste et une politiste interviendront dans cette table ronde.

Pour parler de ce thème de la responsabilité de l'État, nous allons commencer par une intervention de Liora Israël, organisatrice de cette journée, qui est maîtresse de conférences en sociologie à l'École des hautes études en sciences sociales, spécialiste de la sociologie du droit. Elle a travaillé sur la résistance judiciaire pendant la Seconde Guerre mondiale, sur la formation au droit des élites et plus récemment sur le traitement judiciaire des discriminations. Liora Israël va revenir sur le premier thème qu'elle a étudié et sur lequel elle a écrit : *Responsable de quoi ? L'épuration des avocats et des magistrats après la Seconde Guerre mondiale*. On se souvient que Liora Israël s'était particulièrement intéressée à l'épuration des avocats après la Seconde Guerre mondiale.

« RESPONSABLE DE QUOI ? L'ÉPURATION DES AVOCATS ET DES MAGISTRATS APRÈS LA SECONDE GUERRE MONDIALE »

M^{me} Liora ISRAËL, sociologue, maîtresse de conférences, EHESS, Centre Maurice Halbwachs-EHESS

Le thème de l'épuration des avocats et des magistrats reste en partie inédit. Je vais livrer quelques résultats permettant de reposer la question de la responsabilité à l'échelle de groupes professionnels, de périodes particulières, et je vais montrer que l'imputation de la responsabilité, si elle est souvent pensée d'un point de vue moral ou juridique (application de principes généraux à des cas particuliers), gagne aussi à être comprise ou interprétée en relation aux circonstances spécifiques, notamment locales, dans lesquelles elle est appliquée.

À partir d'une restitution d'enquête, je vais souligner à quel point les principes généraux ont finalement été moins importants que la retraduction des circonstances historiques et politiques locales dans l'épuration des avocats sur le territoire national telle qu'elle s'est déclinée dans l'ensemble des barreaux. On pourrait généraliser cela, à titre d'hypothèse, en regardant comment tel ou tel type d'infraction de nature plus habituelle est jugé de manière différentielle dans différents tribunaux en fonction des contextes sociaux locaux.

En tant que sociologue, j'avais choisi le sujet de l'épuration dans ma thèse de post-doctorat parce qu'il me semblait que sociologiquement il s'agissait d'un double processus intéressant : d'une part, celui de la réinterprétation par ces groupes de leur propre passé immédiat et, d'autre part, celui de la redéfinition de la bonne pratique professionnelle.

Je renvoie au livre de Marc Baruch, *Une poignée de misérables*, dans lequel il coordonne un certain nombre de travaux portant sur les opérations professionnelles.

Ces épurations de l'après-guerre, qui avaient une déclinaison économique et civique et des déclinaisons à l'intérieur des différentes professions ou branches de l'économie, ont conduit à dire comment auraient dû se comporter les personnes et quelles sont les bonnes pratiques qu'on peut faire apparaître rétrospectivement, par contraste avec celles que rétrospectivement on définit comme mauvaises.

On s'est demandé comment attribuer *a posteriori* des formes de définition de la responsabilité à bien se comporter comme avocat ou comme magistrat, et quels sont les types d'actes professionnels dont ils sont responsables à ce titre et dans ce contexte.

On s'est aussi posé la question de la définition rétrospective de la responsabilité professionnelle en contexte exceptionnel.

On s'est aussi demandé qui était responsable des professionnels de justice. Pour les avocats, qui exercent pourtant profession libérale, comme pour les magistrats, c'est le ministère de la Justice qui a été déclaré responsable par les ordonnances. Cette forme de responsabilité particulière de l'État sur l'épuration des avocats a ensuite été déléguée aux conseils de l'ordre. Il y a donc eu la délégation d'une responsabilité administrative à une entité professionnelle tout à fait singulière.

Pour comprendre tout cela, j'ai travaillé sur les archives de la Résistance, du commissariat et du secrétariat de Justice puis du ministère de la Justice, ainsi que sur les archives des barreaux et sur les archives de la ville de Paris. J'ai eu la chance de pouvoir accéder à certaines archives de barreaux, notamment d'Aix-en-Provence, de Lille, de Lyon, de Marseille, de Nancy et de Toulouse, ce qui m'a permis de voir comment ce processus avait pu se traduire sur le territoire.

Concernant le dispositif général de l'épuration des professions après la Seconde Guerre mondiale, l'épuration des magistrats va passer notamment par la constitution de commissions ad hoc où siègent des professionnels et des résistants. À l'inverse, les avocats

vont bénéficier de ce que j'appelle un étrange ou un paradoxal privilège, celui de s'auto-épurer, puisqu'il y a eu une dévolution de la responsabilité de l'État. En effet, l'ordonnance du 6 décembre 1944 rendait applicable aux barreaux l'ordonnance du 27 juin relative à l'épuration administrative sur le territoire de la France métropolitaine, comme si les avocats étaient des membres à part entière du service public. D'ailleurs, le rapprochement entre la profession d'avocat et un service public ou une activité de fonctionnaire avait été revendiqué par les avocats eux-mêmes, en 1934, lorsqu'ils avaient demandé, et obtenu, la fermeture de la profession aux naturalisés.

Une fois soumise à cette règle selon laquelle cela relevait d'une épuration administrative, cette charge a été déléguée, dans l'ordonnance de 1944, aux barreaux pour respecter, conformément à la tradition républicaine, les libertés traditionnelles de l'Ordre des avocats. Il s'agit d'un privilège, puisque la profession va être auto-épurée par les conseils de l'ordre élus avant-guerre, qui n'ont pas été eux-mêmes épurés.

La situation est très singulière et très complexe : c'est un privilège, mais il est difficile de sanctionner les collègues s'étant mal comportés sous l'Occupation. La difficulté provient notamment de l'existence de petits barreaux, et donc de liens d'interconnaissance. On se demande aussi quels types de pratiques professionnelles on peut reprocher à un avocat et quelles sont les pratiques sanctionnables au titre de l'épuration.

Un certain nombre de circulaires se sont succédé. Elles montrent la grande difficulté à déterminer ce qu'on pouvait reprocher aux avocats. La première circulaire visait ceux qui avaient facilité aux autorités ou aux entreprises allemandes la pratique de la législation et de la procédure françaises, ou leur avaient suggéré les modifications à y apporter, ainsi que ceux qui avaient provoqué l'intrusion des autorités ennemies dans les affaires soumises à l'administration et à la juridiction françaises.

Les premiers motifs cités ne concernent jamais la participation aux activités de l'État français de Vichy. Elles ne visent que des activités ayant apporté leur concours à l'occupant contre les intérêts français. Il y a en quelque sorte une négation du rôle de Vichy en tant que tel, sans sanction envisagée à ce titre par les membres du barreau. Cette première liste ne donne rien.

Une deuxième circulaire, de février 1945, vise un autre type d'activités, celles des avocats ayant plaidé devant les juridictions allemandes, au motif qu'ils se seraient enrichis grâce à cette proximité ou qu'ils auraient promis des choses à leurs clients, comme des libérations, du fait de leurs bonnes relations avec les autorités allemandes. Cette circulaire échoue aussi à faire augmenter le nombre de poursuites menées par les conseils de l'ordre contre leurs membres.

Dans un certain nombre de cas, les remontées des barreaux, qui passent souvent par les procureurs généraux, consistent à dire qu'au contraire, les avocats ayant

défendu auprès des juridictions allemandes ont pris des risques et ont défendu des résistants, et que les reproches sont donc particulièrement malvenus.

La Chancellerie s'énerve. Les procureurs généraux, sur le terrain, sont furieux de constater l'inaction des barreaux. D'autant plus que de leur côté, les magistrats doivent être épurés et que certains avocats participent à l'épuration des magistrats. Par ailleurs, certains avocats ne sont pas en reste pour reprocher aux magistrats d'avoir été trop proches du régime précédent.

Je cite le procureur général de Bordeaux dans son rapport du 26 mars 1945 adressé à la Chancellerie : « Une remarque préliminaire s'impose. Les barreaux d'ordinaire si sévères à l'égard des magistrats se sont montrés particulièrement bienveillants et indulgents à l'égard de leurs membres. J'ai donc demandé des renseignements sur l'attitude des avocats aux services de la police des Renseignements généraux. » On voit bien que les deux professions se surveillent mutuellement.

Le processus d'épuration des avocats est complexe et se décline localement. Il m'est apparu dans les archives locales qu'il n'y avait pas de déclinaison homogène de ce processus mis en œuvre par les différents barreaux, qui doivent se saisir de cas signalés par les différents acteurs sur le terrain et de cas qui leur sont imposés, puisqu'un certain nombre de condamnations par les autres processus d'épuration, comme une condamnation devant les chambres civiques, conduisait à perdre le titre de la profession d'avocat. Ne voulant pas perdre leur magistère sur leurs troupes, les avocats ignoraient les condamnations faites par d'autres ; ils jugeaient tous les cas et prononçaient eux-mêmes les décisions imposées en réalité par d'autres.

On demandait aux avocats pourquoi ils ne réagissaient pas face à l'implication de leurs confrères dans de nombreuses affaires.

La manière dont furent attribuées aux avocats, mais aussi aux magistrats, des responsabilités dans la politique d'Occupation et dans ses conséquences les plus tragiques, notamment s'agissant de la répression judiciaire, peut s'expliquer par l'expérience locale de la guerre, mais aussi par des configurations interpersonnelles liées sous l'Occupation.

On retrouve très nettement la trace des différentes zones, et le vécu différencié de l'Occupation et de la Libération, dans les types de sanctions et leur importance.

Par exemple, à Lille, à Metz, ou dans des zones annexées, le Conseil de l'ordre a été dissous et certains avocats ont rejoint le parti nazi ou se sont inscrits à l'équivalent du barreau national nazi.

Il y avait des configurations très différentes entre un avocat lyonnais et un avocat de Metz. Même si des corpus identiques ont été appliqués à la Libération, ils n'ont pas produit les mêmes effets. Les circulaires n'arrivaient pas à

prendre en compte cette complexité. Très souvent, cela achoppait à l'échelon local, sur des problèmes relatifs à la spécificité des lieux. Par exemple, le barreau de Metz, comme d'autres zones annexées, avait été très marqué par le fait que beaucoup de confrères avaient fui la zone ; les cabinets s'étaient retrouvés sans avocat. La question était alors de savoir ce qu'il advenait de leurs dossiers et comment on reprenait ou non leur clientèle. Dans certains cas, reprendre une clientèle pouvait être interprété, en fonction des opinions politiques de celui qui avait été repris, comme une captation, un vol, une spoliation d'un bien économique, contrairement à d'autres cas où cela était présenté comme la manière de préserver l'outil de travail du confrère. On se retrouvait donc devant des formes d'attribution de responsabilités très complexes et très localisées.

À un niveau plus général, on voit remonter dans ces épurations les particularités de l'Occupation ainsi que les différents types et formes de l'engagement en fonction des zones. Si à Metz on pouvait constater qu'un nombre relativement important d'avocats avaient rejoint le parti nazi allemand, à Lyon cela n'existait pas, mais on y trouvait beaucoup d'avocats membres du groupe de la collaboration et présents dans la zone occupée.

Ces formes d'engagement différenciées étaient aussi interprétées après-guerre en fonction de l'engagement majoritaire ayant existé au niveau local. Je prends un exemple, celui d'une réponse du Conseil de l'ordre de la ville de Lyon datant de mars 1945, à qui on avait transmis une demande d'épuration d'un confrère : « Le dossier communiqué vise uniquement le fait que Maître de Brinon a été le chef du service de l'information sous le régime précédent du maréchal Pétain. Le Conseil, ne trouvant aucun fait positif à reprocher à Maître de Brinon, estime qu'aucune sanction ne doit être prise contre lui. »

Il y avait donc le refus de sanctionner des engagements majoritaires et apparaissant pendant un certain temps comme légitimes, mais aussi des faits qui tombaient davantage sous le coup de l'opinion que de la pratique. Finalement, les comportements les plus sanctionnés étaient ceux qu'on pouvait requalifier disciplinairement sans trop de difficultés, c'est-à-dire faire rentrer sous les incriminations classiques d'une sanction disciplinaire (ex. : des comportements indéliques ou contraires à l'honneur).

Alors que c'était une dévolution de la responsabilité administrative de l'État de sanctionner les comportements d'épuration, cela se transforma, en fonction des habitudes professionnelles, en pratique disciplinaire classique. Cela revenait à absoudre, dans une grande mesure, tout ce qui relevait du fait d'avoir soutenu, encouragé, propagé des idées devenues répréhensibles et jugées comme ayant été responsables de conséquences néfastes pour le pays. On voit bien comment cette forme d'évolution a transformé la manière dont certains comportements (très peu nombreux) ont finalement été sanctionnés et d'autres absous.

Outre la question des vécus différenciés de l'épuration, la deuxième ligne de fracture concerne la manière dont

l'application de certaines dispositions à l'intérieur même des barreaux s'est jouée au moment de l'épuration, en particulier l'application des lois xénophobes et antisémites d'une part, et la coupure entre avocats résistants et avocats collaborateurs ou collaborationnistes d'autre part.

Selon les rapports de force à l'intérieur des barreaux et l'interconnaissance des comportements des confrères, il y a eu la mise en cause de certains sur la base de leurs agissements. Ce sont plutôt des logiques internes qui ont prévalu ; elles n'ont pas été simples à résoudre.

Face à ces demandes et à ces interpellations externes ou internes qui s'adressaient aux barreaux, il est intéressant de voir comment les barreaux et les autres organes chargés de l'épuration en sont venus à devenir en quelque sorte des historiens du temps présent, de leur période, en proposant des interprétations du passé immédiat. Je cite notamment la manière dont le parquet de Bordeaux énonce une justification de non-sanction à l'égard d'un de ses membres : « Le Conseil de l'ordre a estimé que si Maître T. avait en 1941 et 1942 adhéré aux amis du maréchal, c'était non dans une intention de collaboration, mais dans la pensée que ce groupement pratiquait un attentisme favorable aux alliés. C'est d'ailleurs là la thèse des anciens adhérents de cette association, et à en croire certaines explications qu'ils ont adressées à votre Chancellerie, on pourrait penser qu'il s'agissait d'une organisation gaulliste camouflée. C'est là pousser l'audace un peu loin. »

C'est la théorie de « Vichy bouclier » et l'interprétation du poids de la Résistance. Ce n'est pas un débat historiographique théorique qui sera celui des historiens après-coup, mais un débat historique produit par les acteurs eux-mêmes, qui s'opposent des visions des choses. Ils sont en quelque sorte obligés de réinterpréter l'Histoire, de faire un travail d'enquête, presque de sciences sociales, pour mener à bien ces procédures.

La définition de la responsabilité des avocats sous l'Occupation, en raison d'une procédure délocalisée et déléguée par l'État aux conseils de l'ordre, a été l'occasion de définir des formes de juridiction de la profession rétrospectives, en tenant compte des politiques et des acteurs locaux. Il y a eu des variations dans la manière dont ces processus d'épuration se sont déroulés. Ces variations s'expliquent en grande partie par l'expérience locale de l'Occupation et l'engagement ou non en faveur de Vichy et des Allemands au niveau local. Les pratiques sanctionnées étaient soit celles qui avaient déjà été condamnées par d'autres cours et sur lesquelles les barreaux ne pouvaient pas revenir, soit des pratiques qui pouvaient être facilement requalifiées d'atteinte à la probité et à l'intégrité de la profession en déplaçant le curseur par rapport à ce qui était normalement le processus d'épuration.

L'épuration des magistrats se déroula de manière très différente. Elle échappa au contrôle du corps notamment parce qu'il n'y avait pas d'organisme représentatif de la profession. Ceux-ci ont d'ailleurs émergé en 1946 et 1947, en s'appuyant, comme on peut le voir dans la presse judiciaire de l'époque, sur le fait qu'il n'y avait pas eu de

porte-parole pour défendre leurs intérêts, contrairement aux avocats, et ne pas leur faire subir ces sanctions de l'extérieur.

Mais comme pour les avocats, ce processus sous contrainte se traduit avant tout par une réaffirmation des caractéristiques professionnelles attendues de la profession, à savoir le respect de la probité, de l'intégrité et des valeurs de la profession pour les avocats et pour les magistrats, ainsi que la stigmatisation du zèle et l'excuse de l'obéissance, comme l'ont montré notamment les travaux d'Alain Bancaud.

Cette procédure exceptionnelle de requalification d'une période exceptionnelle s'est traduite par la réaffirmation d'une constance professionnelle dans ces deux groupes, sans réelle mise en exergue de la responsabilité spécifique de juges ou d'avocats-à-qualités alors même qu'on pouvait attendre cela d'une épuration visant spécifiquement ces professions.

L'État se déchargea donc sur des groupes de la responsabilité d'attribuer des responsabilités et de définir après-coup ce qui aurait dû être le comportement vertueux d'un professionnel du droit sous l'Occupation. Or, ce qui émergea ne fut pas l'édiction d'un modèle propice à la généralisation et visant à éviter que ne se reproduise ce type d'erreur, alors qu'aujourd'hui, c'est le type de fonction qu'on attribue à la justice de transition, aux dispositifs post-guerre : éviter que cela ne se reproduise.

Au lieu d'aboutir à ces formes de remise en cause et d'édiction de nouvelles règles professionnelles, ce processus se traduit avant tout par des formes d'arrangement qui reflétaient la capacité variable de groupes professionnels locaux à construire un récit du passé susceptible de ménager dans le temps la permanence de leur collectif et ses valeurs autoproclamées.

M. Jean DANET, maître de conférence, université de Nantes, avocat honoraire, membre du Conseil supérieur de la magistrature

La responsabilité des gens de justice dans leur rapport avec l'État, et ici l'État français, est finalement rabattue sur une approche disciplinaire classique. On voit qu'au sortir de la guerre, on est dans une approche classique où la grande question repose sur l'acte et le comportement qu'on peut reprocher aux acteurs. On n'est pas du tout dans la fonctionnalité décrite par Rainer Maria Kiesow.

Sylvie Thénault est historienne, directrice de recherche au CNRS, spécialiste de la colonisation et de la guerre d'indépendance algérienne. Elle a d'abord travaillé sur les législations d'exception, les procès, l'internement des nationalistes pendant cette guerre, puis a élargi le spectre de ses travaux à la colonisation, de 1830 à 1962. Elle a publié un certain nombre d'ouvrages : *Histoire de la guerre d'indépendance algérienne ; Algérie : des événements à la guerre. Idées reçues sur la guerre d'indépendance algérienne et Histoire de l'Algérie à la période coloniale.*

J'ajoute deux autres ouvrages : *Une drôle de justice et Violence ordinaire dans l'Algérie coloniale* qui nous en ont appris beaucoup, à nous juristes, sur la généalogie des camps et des internements administratifs et qui peuvent parfois faire écho à notre période. Le titre de son intervention est : Justice et guerre d'indépendance algérienne : de l'État aux magistrats, interrogations sur une cascade de responsabilités.

« JUSTICE ET GUERRE D'INDÉPENDANCE ALGÉRIENNE : DE L'ÉTAT AUX MAGISTRATS, INTERROGATIONS SUR UNE CASCADE DE RESPONSABILITÉS »

M^{me} Sylvie THÉNAULT, historienne, directrice de recherche, CNRS, Centre d'Histoire Sociale du XX^e siècle-Universitaire de Paris 1

La question de la responsabilité des magistrats et de la justice pendant cette guerre d'indépendance algérienne peut être posée de deux façons. D'une part, comment expliquer la participation de la justice et des magistrats à la répression des nationalistes algériens et leurs partisans ? La question peut paraître anachronique parce qu'on sait aujourd'hui que globalement on était dans une période qui tendait à la décolonisation et que les actions des nationalistes algériens, quelles qu'elles aient été leurs formes, appelaient à l'emporter.

Une autre question, plus fondamentale, est la suivante : comment expliquer l'impunité de pratiques qui ont toujours été définies comme illégales et criminelles telles que la torture ou les exécutions sommaires ?

J'apporterai des éléments de réponse à cette question de double responsabilité – la participation à la répression des nationalistes algériens et de leurs partisans, puis l'impunité des pratiques de torture et d'exécutions sommaires – en tentant de faire une distinction entre Algérie et métropole, où les contextes étaient extrêmement différents.

Il y a une cascade de responsabilités.

D'abord, des réflexions mettent en avant la responsabilité de l'État. Puis se pose la question d'un point de vue collectif : qu'est-ce que le corps de la magistrature dans ces années 1950 ? Ensuite, sur le plan individuel, quelle a été la réaction du magistrat, en particulier instructeur, confronté notamment à l'inculpé algérien lui disant qu'il a été victime de sévices ?

Concernant le niveau de l'État, il y a évidemment une responsabilité fondamentale, celle d'avoir refusé d'emblée d'encadrer ce conflit par un droit qui aurait été celui de la guerre, avec notamment l'application des conventions internationales comme celle de Genève.

Ce qui a été déterminant pour les gouvernements confrontés à l'encadrement juridique, c'est que l'Algérie étant constituée de départements français, il ne fallait pas y appliquer une législation laissant entendre qu'elle pouvait constituer un territoire séparé de la France. Il fallait traiter

l'insurrection algérienne comme une affaire intérieure. D'où l'élaboration de législations d'exception.

La première d'entre elles, l'état d'urgence, est aujourd'hui très connue. L'état d'urgence est resté dans le droit français précisément parce que les gouvernements qui l'ont conçu n'ont pas voulu soumettre directement l'Algérie au régime discriminatoire. Ils n'ont pas établi des mesures par décret pour l'Algérie. Ils ont choisi de voter une loi, qui créait un nouvel état d'exception qui pouvait être déclaré dans toute portion du territoire national, donc certes en Algérie, mais aussi ailleurs.

L'état d'urgence est resté très peu en vigueur en Algérie, car la loi date du 3 avril 1955 et son application a été abolie, annulée, par la dissolution de l'Assemblée nationale, en décembre 1955.

À partir de cette date, un deuxième ensemble de mesures a été pris, cette fois par décrets, par le gouvernement de Guy Mollet, grâce à une loi sur les pouvoirs spéciaux qui l'autorisait à prendre toutes mesures pour rétablir l'ordre en Algérie. Les décrets signés sur le fondement de la loi des pouvoirs spéciaux ont reconduit les mesures de l'état d'urgence en les aggravant.

Sur le plan judiciaire, il faut retenir deux principes fondamentaux. Il y a, d'une part, l'intervention de la justice militaire dans le système de répression. En deux mots, l'instruction des affaires revenait au parquet ordinaire de la justice civile, au sens de non pénale. L'instruction des délits restait aux tribunaux correctionnels. En revanche, tous les actes qualifiés de crime étaient passibles des tribunaux militaires. Cela s'applique en Algérie dès 1955, avec l'état d'urgence, et c'est reconduit par les décrets des pouvoirs spéciaux en 1958. Cela s'applique en métropole à partir de 1958. Il y a donc une intervention des tribunaux militaires dans le système répressif.

La deuxième donnée importante est la création de camps d'internement sous le régime d'arrêtés d'assignation à résidence. À l'époque, on assignait à résidence les gens dans des camps d'internement, appelés centres de détention administrative. Par cette voie administrative, un certain nombre d'individus échappaient à la justice. La majorité des gens arrêtés par l'armée échappaient au système légal de répression, passaient entre les mains des militaires et partaient dans d'autres circuits plus ou moins organisés par la loi.

L'effet de toutes ces mesures sur les magistrats est double. D'une part, En Algérie, elles les placent dans une position de relative impuissance face à l'armée qui reçoit des pouvoirs extraordinaires, en particulier les pouvoirs de police. Mais les magistrats que j'ai pu rencontrer m'ont raconté que les arrestations effectuées par l'armée restaient secrètes et n'étaient connues que lorsque les militaires voulaient bien les déclarer. Il n'y avait pas de contrôle en amont des arrestations. Lorsqu'une personne arrêtée arrivait devant le magistrat, elle pouvait souffler, même si elle allait finir devant le tribunal militaire.

D'une certaine façon, les magistrats peuvent à juste titre évoquer leur impuissance et dire qu'ils ont continué d'incarner une forme d'espace, de sauvegarde des droits de l'individu, car on échappe à la torture quand on est dans le bureau du juge ou en prison.

En fait, c'est plus compliqué, car il y a eu des protocoles d'accord, en Algérie, entre l'armée et les autorités judiciaires, qui permettaient qu'une personne relâchée par la justice soit reprise par les militaires et puisse finir éventuellement dans un camp d'internement. En tout cas, il y a une impuissance relative de la justice face aux militaires.

Le deuxième effet important est que les magistrats se sont sentis mobilisés dans le combat contre l'ennemi indépendantiste algérien. La mobilisation a aussi eu lieu au sens propre. En 1960, une réforme totale de la procédure crée une fonction nouvelle, celle de procureur militaire. À partir de 1960, les juges d'instruction et les tribunaux correctionnels n'interviennent plus. Les instructions deviennent de simples enquêtes.

Concernant l'Algérie, les personnes étaient arrêtées après des enquêtes menées par des magistrats civils rappelés sous les drapeaux. Des magistrats, aujourd'hui à la retraite, ont commencé leur carrière, en faisant leur service militaire sous la forme du rappel sous les drapeaux en tant que procureurs militaires. Ils avaient à mener des enquêtes très rapides pour rassembler les preuves qui permettaient de traduire les individus arrêtés uniquement devant les tribunaux militaires. Les tribunaux correctionnels n'intervenaient plus.

Au total, 231 magistrats et 33 auditeurs de justice, c'est-à-dire de jeunes magistrats du Centre national d'études judiciaires, l'ancêtre de l'actuelle ENM, ont été concernés par l'exercice de cette fonction de procureur militaire.

Voilà pour l'effet extrêmement contraignant du cadre posé par l'État pour l'action des magistrats.

Le deuxième niveau de responsabilité concerne le corps de la magistrature. Y avait-il les moyens d'une réaction, d'une expression du corps dans son ensemble ? Je reprends là un peu la suite de ce que Liora Israël a présenté.

Nous sommes à la fin de la Seconde Guerre mondiale, période à laquelle émerge l'idée selon laquelle les magistrats peuvent s'organiser collectivement en se réunissant au sein de l'Union fédérale des magistrats, organisation corporatiste qui constituait un progrès en tant qu'organe d'expression d'une profession dans un contexte d'exception. Cette organisation a notamment exprimé son mécontentement vis-à-vis des procureurs militaires et des conditions concrètes d'exercice de leurs fonctions.

Sans pour autant porter une politique réelle, cette organisation existait. Mais elle est encore loin de l'actuel Syndicat de la magistrature. Je pense écrire une histoire de l'organisation collective des magistrats de la Seconde Guerre mondiale au Syndicat de la magistrature. Cela

aurait du sens et on comprendrait bien que la guerre d'indépendance algérienne fut un moment clé. Souvent, parmi les témoignages de fondateurs du Syndicat de la magistrature, est expliquée la façon dont la justice s'est soumise au pouvoir politique pendant la guerre d'Algérie et a joué un rôle dans leur volonté de s'organiser d'une façon corporatiste.

Concernant le recrutement des magistrats, j'ai évoqué tout à l'heure le Centre national d'études judiciaires, ancêtre de l'École nationale de la magistrature. Ce centre n'a été créé qu'en 1958, au beau milieu de cette guerre. Lors de la guerre d'Algérie, il n'y a donc pas encore un corps de magistrats ayant reçu une formation professionnelle associant, aux compétences juridiques, une réflexion déontologique, voire éthique.

Cette formation contribue à la mise en place d'une identité collective professionnelle forte ainsi que d'une sorte de pouvoir judiciaire s'émancipant du pouvoir politique. Avant la création du Centre national d'études judiciaires, le recrutement se faisait par un examen qui suivait un stage en juridiction. Il y avait une endogamie, une reproduction extrêmement forte puisqu'on entrait dans la magistrature à la suite d'un stage en juridiction, souvent effectué en présence d'un membre de la famille qui exerçait au sein de la magistrature. Le recrutement sociologique était très fermé et, par la formation sur le terrain, il y avait une reproduction des pratiques sans prise de distance.

En Algérie, les conditions de recrutement étaient encore moins favorables à une réflexion des magistrats sur leurs pratiques parce que la formation sur le terrain se faisait auprès des magistrats déjà en poste. Comme dans tous les territoires coloniaux, il y avait un déficit de candidatures. En réalité, des candidats malheureux à l'examen en métropole rentraient dans la magistrature en Algérie. L'un d'eux avait dénommé cela « la petite porte algérienne ». Il y avait un tel déficit de candidatures en Algérie qu'on recrutait sur titre : avec une licence en droit, on pouvait faire fonction de juge de paix suppléant. En Algérie, les juges de paix avaient une compétence étendue leur permettant d'instruire en matière pénale. Ils étaient directement impliqués dans les affaires criminelles découlant de l'action des nationalistes algériens. Ils finissaient par être titularisés et la magistrature de la métropole et celle d'Algérie ne formaient en réalité qu'un seul corps, ce qui leur permettait de demander leur mutation en France et de revenir en métropole.

Il y avait donc la possibilité d'intégrer la carrière de magistrat par cette fameuse petite porte algérienne, mais c'étaient des gens encore moins formés et expérimentés qui avaient auparavant échoué à devenir magistrats en métropole.

Le dernier niveau de responsabilité est celui des individus.

Au sein de la justice pénale, il s'agissait principalement de magistrats issus de familles françaises d'Algérie, donc nés en Algérie eux-mêmes. Ils occupaient les plus hautes fonctions : procureurs, substituts, présidences de tribunaux. Dans les juges de paix qui intervenaient aussi en matière pénale, les métropolitains étaient plus nombreux en raison de l'ouverture du recrutement que je viens d'expliquer.

Que peut-il y avoir de spécifique à l'exercice de la fonction des magistrats issus de cette terre algérienne ?

Eux-mêmes disaient qu'il y avait parfois une forme de conflit d'intérêts dans l'exercice de leur profession et dans l'instruction même des affaires, entre leur sort personnel qui se jouait et le traitement de l'affaire et de l'inculpé. Ils savaient très bien que ce qui se jouait dans les poursuites de l'inculpé qu'on leur présentait n'était pas seulement la question de la culpabilité de l'individu, des charges qu'on pouvait retenir, mais que c'était pour eux leur sort intime et la question de savoir s'ils allaient devoir quitter cette terre natale.

Il y a donc eu des conflits de conscience très importants, et globalement on peut noter la propension à se contenter du minimum quand un inculpé dit avoir été victime de sévices. En fait, ils convoquaient un médecin légiste qui faisait un rapport médical disant qu'effectivement il y avait des traces de sévices, quand il y en avait encore, car les militaires, qui n'étaient pas innocents en la matière, ont appris, au fur et à mesure, à remettre à la justice des gens torturés une fois les traces disparues ou lorsqu'il était impossible d'être absolument sûr que les traces de sévices résiduelles provenaient de pratiques de torture. D'où l'impuissance que les magistrats expliquent en la matière.

On peut imaginer la part de partialité qu'avaient ces magistrats issus de terres algériennes, même s'il existe toute une palette de comportements entre des gens qui pouvaient vivre dans les campagnes avec des relations plus ou moins étroites avec les Algériens, et d'autres qui en étaient beaucoup plus éloignés dans les villes.

Ce profil a beaucoup joué dans deux cas. D'abord dans les affaires de torture. Quand Edmond Michelet était au ministère de la Justice, il avait trouvé une parade qui consistait à dépayser en métropole les affaires de torture les plus importantes afin d'échapper au contexte algérien. Ces affaires étaient confiées à des juges d'instruction, dont certains faisaient d'énormes efforts pour les faire aboutir ; ils butaient sur un certain nombre d'obstacles et n'arrivaient pas à faire passer en jugement les éventuels coupables.

La subjectivité de ce corps de la magistrature en Algérie s'est ressentie surtout dans le traitement des affaires de l'OAS à la fin de la guerre. Le ministère de la Justice a dû envoyer des magistrats instructeurs métropolitains au parquet d'Alger pour leur confier les affaires impliquant des partisans de l'Algérie française ou de l'OAS. Puis un système de législation d'exception a été mis en place par le général de Gaulle. Celui-ci fait complètement échapper ces affaires à la justice de droit commun. En 1961, dans les juridictions, en France, on a repéré des magistrats qu'on pouvait considérer comme loyaux et politiquement sûrs, et on les a affectés au parquet d'Alger pour leur confier en priorité les affaires impliquant l'OAS.

Pour finir, un dernier mot, qui réintroduira la question de la responsabilité de l'État, au centre des débats de cet après-midi, concerne la question de l'amnistie. Le principe de l'amnistie est inscrit dans les accords d'Évian. Dans l'esprit des signataires de cet accord, en 1962, c'est une amnistie réciproque.

D'un côté, tous les Algériens ou tous les partisans de l'indépendance algérienne qui sont dans les prisons sont libérés, sauf les Français comme les porteurs de valises, les insoumis, les déserteurs qui n'ont pas été amnistiés tout de suite. Mais ceux qui avaient été condamnés pour leur participation directe à des actions du FLN sont libérés. En échange, les négociateurs algériens ont accepté qu'il n'y ait pas de poursuites à l'égard de membres des forces de l'ordre françaises dans leurs actions de répression depuis 1954. Des décrets d'amnistie immédiats découlent donc des accords d'Évian.

Contrairement à la Seconde Guerre mondiale, il ne s'agit pas d'une amnistie effaçant des condamnations prononcées. C'est en réalité une décision d'amnistie qui empêche le déclenchement de poursuites. On ne peut pas porter plainte. En 1963, un Algérien victime de torture ne peut pas porter plainte. Cette amnistie reste aujourd'hui une forme de forteresse judiciaire, car après bien des années, le seul moyen de tenter de faire condamner des militaires ou des policiers qui auraient pratiqué la torture, serait de qualifier leurs actes de crime contre l'humanité, parce que ce dernier est imprescriptible et ne peut pas être soumis à l'amnistie.

Mais la définition du crime contre l'humanité ne le permet pas, comme l'a montré la Cour de cassation dans sa jurisprudence des années 1990, quand elle a été confrontée aux affaires Touvier en 1994. La notion de crime contre l'humanité a été élaborée dans le but d'écarter les guerres coloniales de cette notion, car la guerre d'Indochine aurait pu entrer aussi dans ce champ. Il y a un lien entre le crime contre l'humanité et le fait d'avoir agi au service des puissances de l'Axe. Il s'agit de bien cantonner le crime contre l'humanité au moment de la Seconde Guerre mondiale et de ne pas permettre son réinvestissement dans le contexte d'affaires coloniales.

Les juristes et les magistrats s'intéressent à cette période et trouvent un certain nombre de conclusions et parfois d'échos avec les situations actuelles. Néanmoins, pour tout ce qui concerne l'évolution du corps judiciaire, son recrutement et son organisation, on peut mesurer l'effet du temps parcouru depuis cette cinquantaine d'années.

M. Jean DANET, maître de conférence, université de Nantes, avocat honoraire, membre du Conseil supérieur de la magistrature

Merci Sylvie Thénault. Vous avez raison de souligner à quel point on a l'impression que la période est à la fois proche et lointaine. Elle l'est encore plus si on a à l'esprit, par exemple, qu'un magistrat qui a 50 ans à cette époque a commencé sa carrière à la fin des années 1920, à une époque où la loi Constans, qui permet à l'avocat d'entrer dans le cabinet du juge d'instruction, n'est applicable ni à l'Algérie ni aux territoires d'outre-mer comme la Guyane.

Ce que vous disiez sur le dépaysement m'a intéressé parce qu'on en a des exemples : les insurgés de Cayenne, à la fin des années 1920, le dépaysement à Nantes. Il est très

intéressant de voir la pratique du dépaysement dans ces périodes de crise. Ce sont sans doute des problématiques qu'on finira par retrouver.

Nous avons dix minutes pour débattre.

Intervenante B

Je voudrais parler d'un cas qui est distinct de la question de la justice et du magistrat, le cas du général Jacques Pâris de Bollardière, qui s'est élevé contre la pratique de la torture. Il a démissionné.

M. Jean DANET, maître de conférence, université de Nantes, avocat honoraire, membre du Conseil supérieur de la magistrature

Je peux témoigner de l'époque où des délits existaient autour de l'objection de conscience et où il y avait le renvoi des livrets militaires. Lorsque j'étais jeune avocat, nous passions nos après-midi en correctionnelle à défendre des gens poursuivis pour ces faits. C'étaient des militants, mais qui souvent dans la société avaient un positionnement extrêmement respectable. Le général Pâris de Bollardière a dû être l'un de ceux qui a le plus souvent été cité comme témoin. Il rappelait avec un peu d'insistance les mauvaises heures de la justice. Vous voyez comme les époques se retrouvent et comme certaines personnes peuvent enjamber les périodes.

Intervenante B

Hier j'ai interrogé un magistrat, né en 1938, qui a fait son service militaire comme attaché du procureur Bernard Fayolle et qui a donc découvert le métier de magistrat dans un contexte de guerre. Il a commis des actes qu'il considère comme étant un peu inconscients et courageux. Un jour, il est tombé sur des policiers en train de frapper un individu. De sa voix autoritaire, il leur a demandé de cesser immédiatement.

M^{me} Sylvie THÉNAULT, historienne, directrice de recherche, CNRS, Centre d'Histoire Sociale du XX^e siècle-Universitaire de Paris 1

Beaucoup d'entre eux trouveront à mettre en avant des actes. Ce sont des témoignages oraux. Si on l'avait interrogé il y a dix ans, il n'aurait peut-être pas dit la même chose ou il ne dirait plus la même chose dans dix ans.

La question de la lutte contre la pratique de la torture a existé particulièrement durant la période gaulliste et surtout à partir de 1960. Ce n'est pas une question de droits de l'homme : du point de vue de l'État, c'est une question de restauration de l'autorité du chef de l'État et du gouvernement. Une armée qui torture quand c'est interdit est une armée qui se donne les moyens de redéfinir les normes.

Sous de Gaulle, à partir de 1960, au moment où vient d'être annoncée l'autodétermination et où commencent les négociations avec des représentants algériens, il faut remettre l'armée dans le rang. La lutte contre la torture s'inscrit dans ce dispositif, avant d'être une question de défense des droits de l'homme. C'est un besoin impérieux : on est obligé de prendre des mesures, car il ne faut pas que l'armée prenne l'habitude d'être celle qui, sur le terrain, définit ce qui se fait ou non. On comprend bien qu'elle est en train d'échapper à l'autorité du pouvoir politique.

La création des procureurs militaires a été présentée comme une façon de lutter contre la torture. On a expliqué que les magistrats rappelés sous les drapeaux seraient placés dans les unités, au plus près du terrain, et seraient susceptibles de voir ce que faisaient les militaires et d'intervenir un peu comme vous le décriviez. C'est un peu un poncif des témoignages de dire qu'un jour on a ouvert une porte et qu'on est tombé sur une scène d'interrogatoire brutal.

Globalement, le bilan fait de cette réforme à la fin de la guerre et ce que disent les anciens procureurs militaires quand on les interroge montrent que ce n'est pas parce qu'ils étaient dans les locaux des unités qu'on les tenait forcément informés. Ils ne partaient pas en opération avec les militaires sur le terrain. Ils avaient un rôle proche de l'aumônier ou du médecin militaire. On venait les chercher quand on le voulait bien. Par ailleurs, étant très jeunes, ils avaient du mal à imposer une forme d'autorité morale qui aurait pu venir avec le temps et l'expérience de l'exercice d'une fonction judiciaire. Le bilan de la réforme des procureurs militaires est donc mitigé sur le plan de la lutte contre les pratiques de la torture pour des raisons structurelles qui ne tiennent pas à la qualité des individus.

Intervenante B

Merci de cette précision.

La deuxième action notable du magistrat que j'ai interrogé hier est qu'il a dû prendre la décision, à un moment où le procureur militaire était absent, de rendre exécutoire une condamnation à mort. Était-ce possible ?

M^{me} Sylvie THÉNAULT, historienne, directrice de recherche, CNRS, Centre d'Histoire Sociale du XX^e siècle-Universitaire de Paris 1

Non. C'est ce que les militaires n'ont jamais obtenu. En effet, au commandement à Alger, l'idée était à la fois de profiter de cette guerre pour obtenir une réforme totale de la justice militaire et de revenir aux cours martiales de la Première Guerre mondiale. Les tribunaux militaires qui intervenaient étaient le résultat d'une réforme de la justice militaire de 1928 établie contre les cours martiales : on avait certes des tribunaux militaires, mais qui n'étaient pas totalement inféodés au commandement. Au sein de l'armée, au niveau du commandement, la réforme de 1928 était plutôt mal passée.

À Alger, certains ont tenté de profiter de projets de réforme de la justice militaire où était mis en avant le contexte particulier de cette guerre. Ces projets de réforme auraient permis de revenir progressivement vers le système des cours martiales en supprimant les tribunaux militaires de 1928. On avait supprimé l'intervention du juge d'instruction, on en venait à des procureurs militaires dans les unités, il n'y avait pas d'intervention des avocats pendant les enquêtes des procureurs militaires. En revanche, ce que les militaires n'ont jamais obtenu, même s'ils l'ont toujours réclamé, c'est l'exercice du droit de grâce. De Gaulle n'était pas homme à laisser passer cela. Sous la IV^e République, les décisions étaient davantage partagées collégialement, y compris au sein du gouvernement, que sous le général de Gaulle. Les militaires ont demandé à maintes reprises d'obtenir une forme de délégation de l'exercice du droit de grâce, mais ne l'ont jamais obtenue. Ce fut l'un des conflits entre le pouvoir politique et l'armée à la fin de la guerre.

Les condamnations à mort sont la conséquence principale de toute cette répression judiciaire. En Algérie, on en compte près de 1 500, dont environ 200 ont été exécutées. Le delta entre les condamnations prononcées et les exécutions s'explique par l'intervention du politique, qui gracie dans les périodes où le conflit nécessite plutôt des gestes d'apaisement envers l'adversaire, et qui au contraire exécute, parfois massivement, dans les périodes de tension. Pour le pouvoir politique, le droit de grâce permet de garder la main, d'adapter la répression judiciaire au contexte de la guerre.

En janvier 1959, de Gaulle prend une mesure de grâce collective, et à partir de décembre 1960 en Algérie et de janvier 1961 en métropole, les condamnés à mort algériens ne sont plus exécutés parce que les négociations avec les Algériens ont commencé. Les représentants du FLN disent clairement qu'il n'y aura pas de négociations si les exécutions des condamnés à mort se poursuivent.

M. Jean DANET, maître de conférence, université de Nantes, avocat honoraire, membre du Conseil supérieur de la magistrature

Merci Sylvie Thénault. Nous allons poursuivre en nous déplaçant un peu dans le temps. Nous allons écouter Madame Deborah Puccio-Den, l'une des coorganisatrices de cette journée. Elle est anthropologue, chargée de recherche au CNRS et membre du laboratoire LAIOS-IIAC de l'EHESS. Ses recherches sur l'anthropologie et la mafia s'inscrivent dans le domaine de l'anthropologie de la justice et du droit. Dans le prolongement de sa réflexion sur l'articulation entre les catégories juridiques et les cadres moraux, elle explore depuis plusieurs années les différentes facettes de la notion de responsabilité. Ses travaux portent sur le lien entre action et intention dans l'établissement de la preuve judiciaire et l'attribution des responsabilités, faisant écho à ce que nous avons entendu ce matin. Elle prépare actuellement un numéro de la revue d'anthropologie *L'Homme* sur la responsabilité. Aujourd'hui, elle va nous parler du sujet suivant : mafia, État, la responsabilité : de l'omerta au silence.

« MAFIA, ÉTAT, RESPONSABILITÉ : DE L'OMERTA AU SILENCE »

M^{me} Deborah PUCCIO-DEN, anthropologue,
chargée de recherche, CNRS, LAIOS-IIAC, EHESS

En tant qu'anthropologue, je vais rendre compte d'une trajectoire de recherche qui s'est progressivement agencée autour de la question de la responsabilité, une problématique chère au droit, à la philosophie, à la sociologie et peut-être moins abordée du point de vue de l'anthropologie.

Parler de responsabilité présuppose un schéma mental et culturel qui nous paraît naturel devant notre culture juridique.

Une photo de 1978, du photographe et militant antimafia Franco Zecchin, montre comment l'accusation de mafia porte en elle subrepticement une accusation vis-à-vis de l'État : la mafia tue, votre silence aussi.

Il faut expliquer le contexte dans lequel cette phrase prend tout son sens de lutte et d'indignation face au comportement complice des représentants de l'État. Nous sommes quelques jours après le 9 mai 1978, à la manifestation de protestation à la suite de l'assassinat d'un jeune militant antimafia et leader de la gauche radicale qui s'appelait Giuseppe Impastato, dont le corps déniché est retrouvé sur les rails de la gare de Cinisi, petite ville de la province de Palerme. Cette mort est immédiatement qualifiée par la police locale de volontaire, le militant antimafia ayant été accusé d'avoir provoqué son propre décès dans un acte de terrorisme kamikaze visant un train.

Au lendemain de l'explosion de la bombe qui en réalité avait été posée sur la poitrine de cette victime, les camarades du jeune leader antimafia ont placé une pancarte portant la date de l'accident, le 9 mai 1978, et leur version des faits en indiquant qu'il avait été assassiné par la mafia. Nous sommes à la fin des années 1970 et avoir été assassiné par la mafia ne veut strictement rien dire d'un point de vue juridique et judiciaire, puisque la mafia ne sera introduite dans le Code pénal italien qu'en 1982.

L'un de mes premiers travaux sur l'affaire Impastato consistait à retracer le parcours de cette assertion de voix isolée contestataire et transgressive, écrite noir sur blanc comme une provocation par des militants qui étaient à l'époque en marge de la légalité, jusqu'à la fabrication d'une vérité judiciaire. Rappelons que le mouvement antimafia, à cette époque, était considéré comme subversif.

La vérité judiciaire apparaît moins de 25 ans après, en 2002, lorsque, non pas la mafia comme entité abstraite, mais deux mafieux, à savoir deux membres de l'association mafieuse Cosa Nostra, Gaetano Badalamenti et Salvatore Palazzolo, ont été reconnus responsables, en tant que mandataires, du meurtre de Giuseppe Impastato.

D'un point de vue judiciaire, il n'est pas possible de prouver l'implication des services de police dans la production d'une contrefaçon de la vérité officiellement reconnue

par tous les citoyens de cette ville sicilienne. Cette vérité avait été contrefaite à travers des rapports policiers mensongers qui détournent les preuves pour construire une vérité officielle. Pour les autorités locales démocrates-chrétiennes, elle avait pour intérêt de faire passer Giuseppe Impastato pour un terroriste. Giuseppe Impastato a été assassiné le jour même où le cadavre d'Aldo Moro, président de la Démocratie chrétienne assassiné par les Brigades rouges parce que favorable au compromis historique avec les communistes, a été retrouvé dans une voiture à Rome. On voit comme micro et macro Histoire se croisent dans les affaires de meurtres.

À Cinisi, tout le monde savait que Giuseppe Impastato avait été assassiné par la mafia. Pourtant, un immense travail juridique et judiciaire a été nécessaire afin que tout ce qui a été su et dit produise une accusation pénale en bonne et due forme, c'est-à-dire une accusation qui soit acceptable, écoutable et traitable par un tribunal d'État.

Il fallait d'abord une catégorie du droit pénal, le délit d'association mafieuse, mais aussi des modèles théoriques plus sophistiqués permettant de penser le lien entre action et parole, permettant de relier les exécuteurs matériels de crimes à leurs mandataires, et il fallait des modèles qui puissent rendre compte du rapport existant entre intention et action et faire émerger les mobiles d'actes criminels d'origine mafieuse visant des syndicalistes, des militants ou des politiciens, souvent de gauche, y compris lorsqu'ils incarnaient une tendance progressiste moralisatrice à l'intérieur même des partis de gouvernement.

Dans l'élaboration de ces modèles de la responsabilité, l'action criminelle n'était jamais isolée, mais s'inscrivait dans un tissu complexe d'autres actions, paroles et pensées renvoyant à d'autres acteurs progressivement impliqués dans le réseau criminel mafieux. Ces personnages aux rôles multiples et divers ont conduit à la production de nouvelles catégories pénales, le concours externe en association mafieuse, le *favoreggiamento* c'est-à-dire l'aide fournie aux mafieux « de l'extérieur » pour éluder les enquêtes à leur charge, ou le délit d'échange politico-mafieux qui porte plus précisément sur le vote électoral.

Dans le maxi-procès intenté en 1986 et 1987 à l'association mafieuse Cosa Nostra, pour la première fois furent accusées 474 personnes, dont des membres de la commission mafieuse, en tant que mandataires de plus d'un millier d'homicides perpétrés pendant la seconde guerre de mafia. Leur responsabilité pénale avait pu être prouvée grâce aux repentis de Cosa Nostra qui avaient décidé de briser l'omerta et de collaborer avec l'État, révolutionnant ainsi les enquêtes sur la mafia sicilienne.

D'un point de vue judiciaire, c'est aussi une révolution, car il y a l'affirmation d'un principe de responsabilité collective, non sans controverses, qui sera validé par la Cour de cassation en 1992. Tommaso Buscetta, le plus important de ces repentis, affirme publiquement que pour protéger le juge Falcone, avec qui il avait choisi de collaborer, des possibles retombées d'une extension de l'enquête au niveau des rapports entre mafia et politique, il ne considéra pas opportun de pousser plus loin ses révélations.

Mais Giovanni Falcone est assassiné en 1992, quelques mois après le jugement du maxi-procès. C'est bien la réponse de la mafia au jugement définitif de ce maxi-procès qui provoque sa mort. Buscetta décide de rompre ses réserves. Ses aveux ouvrent le premier grand procès qui met directement en cause le fonctionnement de l'État et du gouvernement depuis la fin du second conflit mondial : le procès Andreotti.

Le procès Andreotti démarre en 1993. À l'époque, là encore, ce ne sont pas les faits qui ont changé, mais leur qualification judiciaire. Il est désormais possible de qualifier des faits, qu'on connaissait par des commissions parlementaires portant sur le rapport entre mafia et politiques depuis le début de la Première République, comme relevant de complicité avec la mafia. À ce moment, en effet, on dispose de catégories judiciaires comme le concours et l'association mafieuse dont sera accusé Andreotti. Le procès se terminera en 2003 avec un jugement qui montre que le président et sénateur Andreotti était coupable de ces délits, mais seulement pour la période tombée en prescription.

A mesure qu'on s'éloigne du noyau de l'action criminelle *stricto sensu*, il est de plus en plus difficile de prouver l'implication et la responsabilité dans les délits de mafia. Cependant, cela ne tient pas uniquement à l'impunité, à la capacité d'hommes puissants à falsifier les preuves ou à les détruire, à intimider des témoins ou à acheter leur silence, à se servir des services secrets ou de secteurs déviés des institutions pour compromettre la réussite de ces types de procès mettant en cause la responsabilité de l'État, mais principalement à la difficulté, à l'aporie de faire rencontrer sur un même terrain judiciaire la responsabilité comme acte de parole et le silence comme modalité d'action spécifique de la mafia et des mafieux.

Le concours externe à l'association mafieuse ou le *favoreggiamento* en sont des exemples : ils impliquent la conscience d'aider la mafia. Or, si nul ne peut ignorer désormais que la mafia existe et qu'elle est porteuse d'un projet nuisible au bien commun en démocratie, ainsi que doivent le rappeler les magistrats à chaque procès, il est extrêmement difficile de démontrer l'intentionnalité d'actes effectués sous le régime du silence, du non-dit, sans que parfois cela ne soit demandé par leurs commanditaires ou quelquefois demandé implicitement par des sous-entendus pouvant difficilement constituer une source de preuve.

Les conversations avec les repentis que j'ai eu la possibilité de rencontrer en sont la démonstration. L'un d'entre eux, Francesco Campanella, jeune leader de la Démocratie chrétienne dans la ville sicilienne de Villabate, escomptait une peine de cinq ans alors que son bras droit dans le monde mafieux criminel, Nino Mandalà, était condamné à perpétuité pour avoir tué des hommes qui barraient la route à ce politicien en ascension, sans que ce dernier n'ait jamais eu besoin de formuler un ordre de meurtre.

Il en va de même pour le délit d'échange politico-mafieux entré dans le Code pénal en 1992 pour sanctionner cette forme avérée de complicité entre mafieux et représentants de l'État, mais uniquement si elle est prouvée par une transaction en argent. Or, les transactions entre mafieux et

politiciens ne comportent jamais d'argent, mais se fondent sur des promesses de faveurs le plus souvent implicitement formulées. D'où la difficulté de l'établissement de la preuve de la responsabilité mafieuse portant sur des actes non accomplis (comme les intimidations) sur des paroles parfois implicites, ordres ou promesses non formulés, ou sur des mots non-dits, des silences (omerta) ô combien efficaces.

Ces mêmes questions peuvent être soulevées pour le dernier procès mettant en cause la responsabilité de l'État, celui de la Trattativa, portant sur des négociations que l'État (via certains membres des services secrets ou de certains groupes d'intervention spéciale) aurait entreprises avec la mafia par la médiation d'un politicien « mafieux ». Pour arrêter la succession d'attentats mafieux ayant ensanglanté l'Italie au début des années 1990, Cosa Nostra aurait demandé un assouplissement de la législation antimafia, en particulier du régime carcéral dur introduit par l'article 41 bis à la suite des attentats visant Giovanni Falcone et Paolo Borsellino.

En guise de conclusion, je vais reprendre quelques points de l'ouvrage de l'historien Salvatore Lupo et du juriste Giovanni Fiandaca, spécialistes de la mafia, qui nous font remarquer d'abord que le délit de « trattativa » n'existe pas et que pour tenter ce procès, il a fallu recourir à une catégorie pénale obsolète, celle de violence ou menace à un corps politique de l'État (article 338 du Code pénal). Sauf que l'État ne semble pas réellement avoir été menacé par ces possibles négociations, que l'article 41 bis n'a nullement été assoupli et qu'attribuer la montée de Berlusconi au pouvoir à cette « trattativa » serait céder à une logique du complot qui ne rend pas compte de la complexité des acteurs et des causes impliqués dans la production d'événements historiques de cette portée.

En conclusion, l'État ne peut pas soumettre au jugement pénal des activités relevant de son pouvoir discrétionnaire, définies elles-mêmes par le droit. Ces activités sont reconnues comme étant *borderline*, mais font partie du droit de l'État d'exercer son action.

Si d'un côté, l'appareil judiciaire et juridique italien a eu raison de l'omerta mafieuse, mais doit s'arrêter face au silence imposé par l'État, de l'autre côté la société civile continue de soulever cette question du bon usage de la parole et du silence. Cela n'empêche pas des entreprises civiques, mais aussi des entreprises de connaissance qui se déroulent dans les murs du tribunal. On peut donc espérer la production d'un arsenal d'outils descriptifs et théoriques nous permettant d'étudier le silence et ses ressorts, et d'entreprendre une anthropologie du silence pour comprendre de quoi il est fait, ce qu'il fait ; de connaître son pouvoir performatif, comment il agit et fait agir.

M. Jean DANET, maître de conférence, université de Nantes, avocat honoraire, membre du Conseil supérieur de la magistrature

Nous étions au cœur du sujet de la responsabilité de l'État. Depuis que la responsabilité morale a été instituée, il y a le débat sur l'exclusion de la responsabilité de l'État.

Raphaëlle Thery est une ancienne élève de l'École normale supérieure d'Ulm, agrégée de philosophie, juriste. Elle a soutenu une thèse, qui lui a valu d'être lauréate du prix Vendôme 2016, sur le sens du libéralisme pénal aujourd'hui, avec une recherche sur ce qui fait que le libéralisme pénal est infiniment plus modeste qu'il ne l'était au temps des Lumières. Il n'est peut-être pas simple à cerner, mais il aurait pourtant des vertus très importantes. Il pourrait être une voie permettant d'écarter d'un côté un moralisme et de l'autre un économicisme. Il pourrait être aussi un minimalisme. Ce travail a sans doute des résonances directes avec ce dont va nous parler Raphaëlle Thery : l'atténuation de la responsabilité, bienveillance ou paternalisme ? Le cas des mineurs et du trouble psychique.

« L'ATTÉNUATION DE LA RESPONSABILITÉ, BIENVEILLANCE OU PATERNALISME ? LE CAS DES MINEURS ET DU TROUBLE PSYCHIQUE »

 *M^{me} Raphaëlle Thery, docteur en philosophie, lauréate du prix Vendôme 2016*

Mon propos portera sur le cas des mineurs en l'éclairant ponctuellement par celui du trouble psychique.

Je partirai d'une double hypothèse : une spécificité du traitement pénal des mineurs qui entraîne des problèmes normatifs, mais aussi une continuité du traitement de la responsabilité des mineurs avec une conception plus large de la responsabilité à une période donnée.

Commençons par déterminer la responsabilité du mineur, à partir de la distinction entre responsabilité élémentaire et responsabilité conséquentielle, opérée par le juriste et philosophe du droit, John Gardner.

La responsabilité élémentaire est la capacité personnelle d'agir selon des raisons, de suivre des normes, de faire des choix rationnels, cette capacité étant à la source des normes que nous adoptons. Elle explicite ce que nous entendons quand nous décrivons quelqu'un comme l'auteur d'une action.

Ce concept est étroitement lié à celui de liberté, puisque nous ne sommes libres de suivre des normes que parce que nous en sommes d'abord capables. L'exigence d'obéissance à la norme suppose la capacité des agents à obéir et corollairement la liberté de désobéir.

La responsabilité conséquentielle ne touche pas au lien factuel entre une action et son auteur, mais est une notion fonctionnelle qui peut être aussi bien morale que légale. Il s'agit du fait de devoir répondre de ses actes, de ses fautes, face à des tiers ou une institution. Elle consiste à obliger celui qui est désigné comme responsable à supporter les conséquences normatives adverses d'actions fautives. En droit pénal, il s'agit de l'obligation de subir la peine prévue par le texte qui réprime l'infraction commise.

Le droit pénal va articuler ces deux types de responsabilité à travers la notion d'imputabilité, elle-même liée à la

notion de discernement. La responsabilité en droit pénal présuppose très généralement la faute, la capacité à comprendre la notion de faute, d'illicite, ainsi que la capacité à s'en abstenir.

L'excuse d'irresponsabilité, qui touche les mineurs comme les personnes atteintes de troubles mentaux, est liée à la condition de l'agent appartenant à une catégorie qui se distingue du sujet de droit classique, à savoir l'adulte sain d'esprit.

Elle comporte deux degrés : l'excuse absolutoire dans le cas de l'enfant et de celui dont le discernement a été aboli, et – c'est ce qui nous intéresse aujourd'hui – l'excuse atténuante pour le mineur et celui dont le discernement est altéré.

L'article 122-1 du Code pénal évoque le cas du malade mental que la doctrine appelle le demi-fou. Son cas va être déterminé à partir d'une présomption générale de discernement chez l'adulte ; l'altération du discernement est ainsi l'exception. À l'inverse, dans l'article 122 du Code pénal, la présence de discernement chez le mineur est posée sur fond d'une présomption générale d'absence de discernement. Chez les mineurs, la capacité de discernement est l'exception.

L'expression « atténuation de la responsabilité » n'est pas bien formulée, puisqu'elle suppose la pleine responsabilité au sens où l'action est imputable et rattachée à l'agent. L'infraction en ce sens est parfaite. Il faudrait plutôt parler d'atténuation du contenu de l'obligation qui découle de la responsabilité ou d'atténuation de la punissabilité.

Dans le cas du mineur, cette atténuation est double. Elle est qualitative avec l'adoption de mesures spécifiques pour le mineur, la norme notamment du primat de l'éducatif sur le répressif. Elle est aussi quantitative avec une limitation du quantum des peines.

S'agissant de l'atténuation de la responsabilité, que ce soit pour le mineur ou pour la personne ayant des troubles mentaux, du fait du caractère incomplet ou imparfait du discernement, on pourrait penser que les demi-fous et les mineurs ont un statut tragique, non pas au sens où tout serait écrit pour eux à l'avance, mais au sens où, comme le disait Racine, ils ne seraient ni tout à fait innocents ni tout fait coupables.

Le droit pénal doit alors œuvrer dans un espace très limité, mais aussi très difficile à délimiter. Son action est particulièrement complexe. On ne doit pas seulement s'intéresser, en amont, au discernement. Il faut aussi, en aval, prendre en compte ce que Merle et Vitu ont appelé la capacité pénale, c'est-à-dire l'aptitude à subir et à profiter d'une sanction, chose particulièrement importante dans le cas des mineurs puisque selon Marc Ancel, l'un des grands inspirateurs de la réforme pénale de 1945, le traitement pénal des mineurs doit refléter une pédagogie de la responsabilité.

Ce qui est commun à ces deux catégories, le mineur et la personne atteinte de troubles mentaux, c'est leur situation de très grande vulnérabilité, même si aujourd'hui on a plutôt tendance à insister sur leur dangerosité. Pour être juste, le droit pénal doit avoir une fonction de protection à l'égard de tels individus. C'est ce qui entraîne une finalité spécifique de la mesure pénale, qui n'est non plus d'abord la répression, mais le soin dans un cas, l'éducation dans l'autre, ainsi qu'un principe renforcé d'individualisation de la sanction.

Donc, on pourrait dire, et j'en arrive à l'intitulé de ma conférence, que les acteurs de l'institution pénale sont invités à avoir une attitude paternaliste à l'égard de tels sujets. Paternaliste signifie que de manière générale on considère l'individu vis-à-vis duquel on prend des mesures comme quelqu'un qui n'est pas capable de se comporter en adulte, mais avec aussi l'idée qu'on agit pour son bien ; l'individu n'est pas capable de déterminer son bien, nous le déterminons nous-mêmes et les mesures sont prises pour son bien. Ainsi, en matière pénale, l'individu n'a pas un discernement tout à fait complet et les mesures pénales vont être vues essentiellement comme des mesures de protection.

Dans mon titre, j'indique « paternalisme ou bienveillance » à l'image d'une alternative, les deux éléments étant plutôt associés et non pas exclusifs. Mais il y a une différence. Le paternalisme désigne un type de relation assez objectif vis-à-vis d'un individu. Vous vous comportez de manière paternaliste à l'égard de quelqu'un sans avoir l'impression d'être paternaliste. La bienveillance renvoie à une attitude subjective vis-à-vis d'un individu. Ce sont par exemple les bonnes intentions. Il est vrai qu'on présume en général que le paternalisme s'accompagne de bienveillance, puisque c'est comme cela qu'on imagine le parent idéal. Mais on peut imaginer un paternalisme qui ne soit pas bienveillant et une bienveillance qui rejette tout paternalisme.

En matière pénale, le paternalisme plonge ses racines dans une conception platonicienne puis chrétienne de la peine. L'infracteur va être présenté comme un individu à plaindre plutôt qu'à blâmer parce que son âme est malade ou ignorante, quelle que soit la catégorie à laquelle on applique cette conception ; et que ce soient tous les individus punis ou seulement certains, il semble que cela soit particulièrement adapté au cas des mineurs, non pas parce que leur âme est malade, mais parce qu'elle est ignorante. La mesure pénale est vue comme un bienfait qui va améliorer l'individu, par opposition à la vengeance qui, souligne Platon, n'est qu'une « pratique barbare qui ne fait qu'ajouter le mal au mal déjà commis et qui donc n'a aucun intérêt ».

Toutefois, il faut remarquer que si paternalisme il y a, la bienveillance envers les mineurs est systématiquement présumée. La pénalité est vue comme protectrice particulièrement lorsqu'elle prend place au sein d'un modèle qu'on a pu qualifier de protectionniste ou de protectionnel lié à la pénalité correctionnaliste qui va être mise en place dans les démocraties occidentales vers la

fin du XIX^e siècle. En témoigne l'unification, dans le cas des mineurs, de deux populations a priori antagonistes, avec les ordonnances de 1945 et de 1958 : d'un côté l'enfance victime, de l'autre l'enfance coupable. Ainsi on voit que la catégorie de mineurs va primer sur le statut de victime ou de coupable. Ce modèle protectionnel va se cristalliser non seulement autour de cette question de l'atténuation de la responsabilité, mais aussi par la mise en place d'une spécialisation de la justice des mineurs consacrée par le texte fondateur de l'ordonnance de 1945, dont le caractère central a été rappelé par le Conseil constitutionnel dans une décision de 2002.

Je vais essayer de pointer certaines difficultés limites inhérentes à cette posture de bienveillance, sans toutefois chercher à la mettre en doute ni à mettre en cause sa nécessité.

Le modèle classique de la responsabilité possède lui-même un aspect profondément ambivalent. On retrouve cet aspect lors des débats sur la responsabilité lorsqu'il s'agit des mineurs et des malades mentaux, mais aussi des individus issus de catégories socio-professionnelles défavorisées. D'un côté, on va souligner que la responsabilité est quelque chose de positif, incluant l'individu dans une communauté normative qui va conditionner l'attribution d'obligations, mais aussi de droits. En ce sens, la responsabilité est un régime protecteur de l'individu. D'un autre côté, elle a des conséquences négatives parce que parfois l'attribution de la responsabilité est simplement un postulat légal qui ne reflète pas cette capacité élémentaire. Elle néglige certains aspects concrets des capacités individuelles et fait porter à des individus des conséquences normatives qui sont trop fortes eu égard à leurs capacités. On retrouve cette ambivalence quasiment systématiquement.

Quant au modèle de la bienveillance, l'ambivalence qui la touche semble liée au fait qu'il s'énonce à la première personne, c'est-à-dire que ce sont les acteurs de l'institution pénale qui sont bienveillants et qui se disent bienveillants et non pas ceux qui font l'objet de ces mesures.

L'une des conséquences peut être de se concentrer davantage, voire exclusivement, sur les intentions de celui qui administre les mesures plutôt que sur la réalité objective, et non sur le sentiment subjectif de ce que vit celui qui les subit. Cela peut nous faire passer d'une exigence normative de la mesure pénale en tant que bienfait, avec toute son importance, à la stipulation que la mesure pénale en est un d'un point de vue descriptif. Ce sont deux choses différentes.

Le deuxième problème est lié au fait que cela ne permet pas de distinguer deux types de punitivité. Souvent, on insiste sur la punitivité subjective que les gens rejettent : subjectivement, la punition est-elle une intention de se venger, de causer de la souffrance parce que cela fait du bien ou parce qu'on trouve que c'est là la rétribution ? Cette punitivité est souvent dénoncée. Mais on néglige ce qu'on pourrait appeler une punitivité objective, qui n'a pas trait au sentiment ou à l'intention du punisseur, mais plutôt

à l'extension de la sphère pénale ou de ce que certains sociologues ont pu appeler le filet pénal, nonobstant les bonnes intentions qui peuvent y présider.

Dans un deuxième temps, je m'intéresserai à la mise en œuvre de la responsabilité du mineur dans un contexte très particulier, celui du modèle pénal correctionnaliste. Les deux termes que je vais utiliser, « réhabilitatif » ou « correctionnaliste », ne correspondent ni à la notion de réhabilitation stricte en droit ni à celle de correctionnalisation, mais simplement à l'idée que la visée de la mesure pénale consiste à amender l'individu, à le corriger, à le changer sans l'isoler, sans l'extraire de la société.

Je propose ici de restituer le cadre idéologique de la spécificité de la justice pénale des mineurs comme le cas paradigmatique d'une pénalité ayant remis en cause une approche trop légaliste et trop abstraite de la responsabilité pénale à partir de la fin du XIX^e siècle. La spécificité du cas des mineurs existe à cette époque, mais s'insère aussi dans une remise en cause beaucoup plus générale de la conception de la responsabilité qu'on pouvait avoir, par exemple, au XVIII^e siècle. J'emprunte l'idée de réhabilitation, qui est le déclin de l'idéal réhabilitatif, à un ouvrage de Francis Allen.

La période de cette pénalité réhabilitative s'étend de la fin du XIX^e siècle à la fin des années 1970 et atteint son apogée après-guerre. Elle va s'insérer dans un contexte social, politique et économique particulier : premièrement, un mode de gouvernance social-démocrate appuyé sur un État fort, sur un récit d'inclusion civique ; deuxièmement, l'existence de contrôles informels très présents et très forts au sein de la société civile ; troisièmement, l'optimisme des différents acteurs du système pénal et une très grande confiance dans la capacité de l'État, sinon à éradiquer le crime, du moins à le réduire de manière très significative.

Cette pénalité va reposer sur un consensus social vis-à-vis d'une vision conséquentialiste de la peine reposant sur l'idée d'une harmonie parfaite entre intérêts de la société et intérêts de l'infracteur. Ainsi, le renforcement de la cohésion sociale va de pair avec l'amélioration du condamné.

En France, c'est la position de la défense sociale nouvelle qui se veut un amendement de la théorie classique libérale de Beccaria, trop légaliste. Vous connaissez sa traduction juridique : l'introduction de l'individualisation des peines, le développement de peines indéterminées, la remise en cause de l'enfermement, pour ne citer que les plus marquantes.

J'aimerais souligner trois traits de l'idéal réhabilitatif et leurs conséquences sur le concept de responsabilité.

L'idéal réhabilitatif se veut d'abord une réponse civilisée aux phénomènes infractionnels. L'approche correctionnaliste, *a fortiori* pour les mineurs, se veut une approche non punitive, les buts de la peine étant la réforme, la réhabilitation, l'éducation pour les mineurs. L'institution pénale est présentée comme une institution humaine dont le but premier est le bien de l'infracteur. On observe

une grande confiance dans la capacité de l'institution à améliorer l'infracteur. Par conséquent, la responsabilité est vue comme un point d'appui de l'apprentissage social et moral de l'individu.

Le deuxième trait est l'importance du rationalisme et de l'expertise liée à la volonté de dépassionner la question pénale et d'aborder le phénomène infractionnel comme une question technique. On retrouve l'idée que les questions pénales doivent être confiées à des experts selon un modèle d'ingénierie sociale. Le pénaliste n'est plus simplement un juriste qui parle de responsabilité abstraite, des conditions sociales, de ses réalisations. Il intègre à ses pratiques des savoirs sociologiques, criminologiques, anthropologiques sur la pénalité, brisant l'isolationnisme légaliste. Une conséquence importante de ce mouvement est l'insularité croissante des questions pénales vis-à-vis du public. Par conséquent, la responsabilité est non plus d'abord l'objet d'un postulat juridique, mais le résultat d'un savoir construit.

Le troisième point concerne la conjonction entre justice sociale et pénale, particulièrement pour les mineurs, et corollairement entre politique pénale et sociale. La politique criminelle est conçue comme un des appendices de l'État providence et, plutôt que comme une simple infraction à la loi, les actes criminels doivent être conçus comme le symptôme de problèmes psychologiques ou sociaux. L'objet premier de la criminologie devient dès lors la connaissance des conditions de la commission de l'infraction. Elle suppose de s'intéresser très précisément à la personnalité du criminel, à une forme de causalité à long terme. L'exigence de l'ordonnance de 1945 d'une enquête approfondie par le juge reflète parfaitement que les causes profondes de la délinquance ou du crime sont sociales. Corollairement, on va penser que la transformation de l'individu appelle la transformation de la société avec pour conséquence que la responsabilité est juridique, individuelle, mais aussi sociale. Il y a une responsabilité diffuse pour le crime.

Voyons maintenant les difficultés rencontrées par ce système qui va être critiqué sur deux fronts. Il va faire l'objet d'une double remise en question, à la fois par des libéraux, par le libéralisme politique et par des conservateurs sous l'impulsion de modifications sociologiques et d'un boom de la criminalité, notamment de la délinquance et de la criminalité juvéniles.

On observe qu'à partir des années 1980, le changement de conception de la justice des mineurs a pour parallèle le changement de la conception de la justice des personnes atteintes de troubles mentaux. Du côté des libéraux, on pointe l'absence de garanties juridiques dans un modèle strictement assis sur la notion de bienveillance. Du côté des conservateurs, on pointe le fait que le concept de responsabilité adopté dans le modèle correctionnel général n'est pas adapté. La responsabilité sociale ou collective face à la délinquance ou à la criminalité doit s'effacer pour laisser place à un concept beaucoup plus classique de responsabilité individuelle, reflet d'une responsabilité morale des individus.

La critique libérale, telle que déployée notamment aux États-Unis, va se concentrer sur deux choses. Le premier point concerne le décalage entre les intentions et les effets. On nous invite à nous méfier du simple renvoi aux intentions bienveillantes d'administrateurs pénaux au sens large, car il peut y avoir un décalage entre ces intentions, leur bonne foi n'étant pas nécessairement mise en cause, et la réalité de l'institution pénale. Ainsi, on ne peut pas écarter les effets sur les individus faisant l'objet de mesures pénales au motif que les intentions du punisseur sont bonnes ou bienveillantes.

Le problème, que j'ai déjà évoqué, est celui de la stipulation, c'est-à-dire de la tendance à passer de l'affirmation normative selon laquelle une mesure pénale doit constituer un bienfait pour l'infracteur, à l'affirmation descriptive selon laquelle dans les faits la mesure pénale constitue par stipulation un bienfait pour l'infracteur.

Aux États-Unis, on a pu noter la tendance des administrateurs de la peine à s'exempter notamment de contraintes juridiques en arguant de leur professionnalisme et de leur dévotion à leur cause, tendance progressivement dénoncée. Ainsi, un des juges de la Cour suprême, à propos du programme d'aide aux familles, souhaitait décrire le travailleur social non pas comme un détective, mais plutôt comme un ami qui vient en aide à celui qui est dans le besoin.

Dans le cas de l'assimilation des mesures pénales soit à de l'éducation, soit à du soin, on a pu noter certaines dérives rhétoriques, puisque certaines mesures purement sécuritaires ont été dissimulées sous un vocabulaire thérapeutique ou éducatif. Le placement à l'isolement était par exemple dénommé méditation constructive ; la cellule, chambre calme ; l'incarcération sans traitement, milieu-thérapie ; la douche froide, hydrothérapie ; le nettoyage des toilettes, thérapie par le travail.

Ensuite, la certitude de faire le bien peut impliquer une attitude dangereuse d'obstination, même quand les effets escomptés ne sont pas présents.

La deuxième grande difficulté, au cœur de la justice pénale des mineurs, est la mission mixte difficile à concilier de l'éducation, d'une part, et du contrôle social, d'autre part. Cela a pu être vérifié dans les débats sur les centres fermés, notamment dans la lutte très forte qui a opposé l'ancêtre de la Protection judiciaire de la jeunesse et les juges, dans les années 1970, sur la question du placement en milieu fermé et conduisant à la fermeture de ces centres, et paradoxalement à une hausse de l'incarcération des mineurs. Il y avait le choix entre le milieu ouvert et un placement dans des centres fermés qui étaient des structures plus petites où le placement était conditionné par l'adhésion à la mesure du délinquant, et la prison. Ainsi, entre 1956 et 1973, l'incarcération des mineurs de 13 à 16 ans a été multipliée par 14, et celle des jeunes de 16 à 18 ans par 10, ce qui permet de relativiser l'idée que cette période correspondait à un âge d'or du traitement pénal des mineurs.

Cette ambivalence se retrouve aussi dans la notion de sanction éducative qui a été critiquée par la doctrine : est-ce une sanction ou une mesure d'éducation ? Les deux éléments sont-ils compatibles ?

La deuxième chose difficile à concilier est l'articulation entre une logique des besoins et une logique des droits. Si le but d'une mesure est l'éducation ou le soin, alors la mesure pénale ne peut être délimitée *a priori*. Le rejet de la nature punitive des mesures imposées peut aussi conduire à leur extension, car on s'en méfie moins.

Je donnerai, pour finir, quelques exemples issus de la jurisprudence américaine. Un arrêt de la cour de Pennsylvanie a considéré que l'incarcération des délinquants juvéniles était constitutionnelle, car elle n'avait pas pour but la privation de liberté. Elle était considérée comme l'accomplissement de l'un des devoirs les plus importants qu'une société organisée a envers ses membres défavorisés.

Cette conception a été progressivement remise en place, que ce soit par les Cours suprêmes des États ou celle des États-Unis. Dans une décision *In Re Gault* en 1967, un mineur de 15 ans avait été arrêté et placé en maison de détention sans que ses parents en soient avertis ; ils l'avaient appris par des voisins. La Cour suprême avait fini par juger que l'histoire de la juridiction pour mineurs démontre à nouveau qu'un pouvoir discrétionnaire illimité, même animé par des motifs bienveillants, est généralement un maigre substitut aux principes de justice et à la procédure.

Enfin, je citerai un arrêt *Gesicki V. Oswald* de 1971 spécifiant le sens de la doctrine du *parens patriae* aux États-Unis, qui reconnaît à l'État le droit d'intervenir auprès des mineurs au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant. L'idée de la décision est la vocation à protéger l'enfant, mais la protection de l'enfant passe d'abord par celle de ses droits constitutionnels. La protection ne peut pas être utilisée pour écarter les droits constitutionnels. Dans cette décision, il était question d'une loi votée dans l'État de New-York qui permettait de soumettre les mineurs à la dérive, sans plus de précision, à des programmes correctionnels destinés aux adultes, et ce, en l'absence de tout contrôle judiciaire. La Cour a considéré que l'expression « à la dérive » violait l'exigence de précision de la loi pénale et rejeta l'idée que de telles mesures étaient acceptables, puisque non punitives. Par conséquent, elle affirma que la loi en question était inconstitutionnelle.

En conclusion, la critique de la bienveillance est elle-même ambivalente. Cette critique formulée par des libéraux a été récupérée avec beaucoup d'empressement par les conservateurs pour finir par exclure l'intérêt de l'infracteur et pour ne retenir que l'intérêt social global justifiant le désintérêt pour le cas de l'infracteur et le retour sur le devant de la scène d'un concept de responsabilité individuelle bien plus classique. On va rappeler le lien entre responsabilité légale et responsabilité morale. L'infraction en est réduite à un problème de contrôle individuel.

M. Jean DANET, maître de conférence, université de Nantes, avocat honoraire, membre du Conseil supérieur de la magistrature

Nous avons le temps pour deux ou trois questions. J'ai trouvé cette grille d'analyse tout à fait passionnante. Pouvez-vous nous dire en quelques mots comment cette grille d'analyse peut éclairer une idée développée il y a déjà dix ans ? Je pense à la Commission Varinard et à sa lettre de mission, à savoir qu'il fallait définitivement séparer les fonctions d'assistance éducative du juge des enfants et les fonctions pénales. On avait pu croire que cette idée avait simplement été lancée et, la Commission Varinard ayant clairement indiqué son opposition à une telle séparation, on pouvait penser le débat clos. Mais il est réapparu lors des dernières élections. Un certain nombre de programmes se prononçaient très explicitement pour cette solution, voire pour tout simplement faire du juge le contrôleur de mesures d'assistance éducative qui seraient totalement décidées en amont de manière administrative. Pouvez-vous nous parler de cette idée totalement modifiée de l'économie de notre justice des mineurs ? Comment votre grille d'analyse éclaire-t-elle cette tentative ?

M^{me} Raphaëlle Thery, docteur en philosophie, lauréate du prix Vendôme 2016

Ce qui me frappe à chaque fois, c'est la facilité avec laquelle on peut avoir des considérations normatives abstraites.

Sur la question de la justice des mineurs particulièrement, l'opposition à cette séparation des fonctions du juge des enfants s'explique par le fait qu'il y a une culture juridique spécifique des personnes qui s'occupent des mineurs. Il y a l'idée que si l'on perdait cette culture juridique, il y aurait une grande transformation.

Au nom d'un alignement d'un régime juridique, on aurait des garanties juridiques abstraites. Mais l'absence d'une culture juridique spécifique et d'une connaissance des problèmes spécifiques que peuvent rencontrer les mineurs est-elle suffisante pour remettre en cause cette culture ? Cela me semble être une question très difficile à trancher et pour moi, il n'y a pas besoin d'en arriver à cette remise en question.

La critique de la bienveillance est intéressante parce qu'elle permet de remettre en question l'idée que par définition tout ce qu'on fait est bien pour les mineurs, mais elle ne semble pas devoir exclure un certain contrôle sur les mesures ; les deux peuvent cohabiter. Ce n'est pas parce qu'un juge a des « pouvoirs » et des compétences plus

étendus que ces derniers ont nécessairement vocation à devenir arbitraires.

M. Jean DANET, maître de conférence, université de Nantes, avocat honoraire, membre du Conseil supérieur de la magistrature

On a le sentiment parfois qu'il y a une critique très vive de cette culture chez ceux qui sont pour la séparation des deux fonctions des juges des enfants. On peut se demander, aujourd'hui, si une telle séparation ne pourrait pas trouver un renfort formidable dans l'idée que le juge qui s'occupe d'un enfant en danger et qui ensuite va être le juge de sa délinquance sera bien impartial, au sens de l'impartialité objective. On sent monter peu à peu la tentation d'aller sur ce terrain. D'ailleurs, certaines victimes ne manqueront pas d'y aller. Cela peut être discuté, demain, de la même manière qu'on a dit qu'il ne fallait pas que le juge d'instruction des mineurs soit celui qui les juge en audience. Vous pouvez transposer la question de l'impartialité objective telle qu'elle est pensée notamment par la Cour européenne des droits de l'homme.

La montée de ces idées mettra en difficulté, sur le plan des principes, la justice des mineurs. Votre grille d'analyse est intéressante, car elle permet de déplacer l'analyse et d'éclairer les choses sous un autre jour.

M^{me} Raphaëlle Thery, docteur en philosophie, lauréate du prix Vendôme 2016

Sur la question de l'impartialité, il y a des analogies, en philosophie, avec le débat sur la neutralité. Il me semble contradictoire d'exiger une impartialité. Se dire qu'il ne faut pas de partialité parce qu'il s'agit d'un enfant me semble contradictoire avec l'ordonnance de 1945 qui dit que c'est une catégorie particulière et que par conséquent il faut avoir une attitude particulière. Il n'y a donc pas d'impartialité au sens où on ne traite pas pareillement un enfant et un adulte. La question posée est, par exemple, celle de l'impartialité face à certains jeunes plutôt que face à d'autres.

M. Jean DANET, maître de conférence, université de Nantes, avocat honoraire, membre du Conseil supérieur de la magistrature

Comment le juge protecteur des enfants peut-il être le juge de sa délinquance ? C'est là la question de l'impartialité objective.

M^{me} Raphaëlle Thery, docteur en philosophie, lauréate du prix Vendôme 2016

On a trop rapidement assimilé des missions de protection difficilement conciliables dans un moment où tout allait bien.

M. Jean DANET, maître de conférence, université de Nantes, avocat honoraire, membre du Conseil supérieur de la magistrature

On voit bien que le débat sur ces questions peut s'ouvrir demain et qu'il ne sera pas facile à gérer.

Pour faire le lien entre les deux interventions, certains des mafieux repentis ont été traités comme des malades mentaux et enfermés en asile. Voilà, c'est fait !

Intervenante C

J'aimerais savoir si l'attitude adoptée par l'État italien pour réprimer les Brigades rouges avait pu avoir une influence sur son attitude vis-à-vis de la mafia.

M^{me} Deborah PUCCIO-DEN, anthropologue, chargée de recherche, CNRS, LAIOS-IIAC, EHESS

Il y a une filiation entre tout ce qui a été fait pour le dispositif répressif anti-terrorisme dans les années 1970 et tout ce qui a été mis en place dans les années 1980 pour le dispositif anti-mafia. Les modèles théoriques sont les mêmes, celui de la criminalité organisée en réseaux même si par la suite une catégorie spécifique a été créée pour la mafia.

La création de pools, à savoir des équipes spécialisées, est également une filiation directe entre les deux dispositifs. Certains personnages ont malheureusement fait l'interface entre les deux, comme le général Dalla Chiesa, qui est passé de la lutte anti-terrorisme à la lutte anti-mafia et qui, cent jours après son arrivée à Palerme pour combattre la mafia, a été assassiné.

Le dispositif anti-mafia a été volontairement calqué sur le dispositif anti-terrorisme, y compris pour faire passer l'idée que la mafia était une menace pour la démocratie, jusqu'à l'assimilation de la mafia au terrorisme dans les années 1990, quand la mafia a commis des attentats dans des proportions spectaculaires. La catégorie de victimes du terrorisme a été étendue à celle de victimes de la mafia, ces dernières ayant été reconnues en tant que victimes pouvant être indemnisées par l'État au même titre que celles du terrorisme, même si cela ne s'est pas fait sans crispations.

M. Jean DANET, maître de conférence, université de Nantes, avocat honoraire, membre du Conseil supérieur de la magistrature

La première des trois interventions qui vont suivre va nous mener très directement à la question de la responsabilité de l'État, à savoir la responsabilité de l'État pour dysfonctionnement du service public de la justice. Mme Cynthia Fabre est magistrat. Elle a suivi un cursus en sciences politiques à l'IEP d'Aix-en-Provence. Elle a exercé dans les juridictions mais aussi, depuis quelque temps, à l'Administration centrale où, après plusieurs postes, elle est

aujourd'hui cheffe du bureau du contentieux judiciaire au Secrétariat général du ministère.

« LA RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT POUR DYSFONCTIONNEMENT DU SERVICE PUBLIC DE LA JUSTICE »

M^{me} Cynthia FABRE, cheffe du bureau du contentieux judiciaire, Secrétariat général du ministère de la Justice

Le thème de la responsabilité est très large parce qu'il renvoie à une dimension morale, politique, historique telle que précédemment exposée, à une dimension déontologique et, sous un angle strictement juridique, à une dimension pénale ou civile. D'autant plus que la justice, qui est au cœur du fonctionnement de toute société démocratique, a vocation à garantir le respect des droits reconnus aux citoyens.

Le corollaire de cette place centrale de la justice est l'obligation pour celle-ci de rendre des comptes sur la manière dont cette garantie est mise en œuvre. La Cour européenne des droits de l'homme rappelle ainsi que « comme garant de la justice, valeur fondamentale dans un État de droit, son action a besoin de la confiance des citoyens pour prospérer » (cf. CEDH, Gd Chbre, *Morice c. France*, 23 avril 2015).

Cependant, si l'idée de justice est une, sa déclinaison est plus complexe, notamment parce que notre système juridique français est caractérisé par le dualisme des ordres juridictionnels (justice judiciaire et justice administrative), et surtout parce qu'il fait intervenir de très nombreux acteurs (magistrats, greffiers et autres collaborateurs du service public de la justice tels que les services de police).

Les réflexions et débats sont menés autour de l'idée de responsabilité de la justice, notamment au travers de la presse, que ce soit à l'occasion d'affaires judiciaires médiatiques qui interrogent le fonctionnement de l'institution judiciaire ou la responsabilité des juges, la plus emblématique dans les années 2000 étant l'affaire Outreau, ou qui interrogent le fonctionnement des prisons à travers les condamnations de l'État s'agissant notamment des conditions de détention. Il y a également la question des moyens alloués à la justice, notamment à travers les délais non raisonnables des jugements qui concernent tant la justice judiciaire qu'administrative.

La question de la responsabilité de l'État pour dysfonctionnement du service public de la justice, qui fait l'objet de dispositions spécifiques du Code de l'organisation judiciaire, ne recouvre pas l'ensemble des dimensions de la responsabilité évoquée au début de mon intervention, puisqu'il s'agit :

- d'une part, d'une responsabilité strictement civile qui ne tend qu'à l'indemnisation par l'État des préjudices occasionnés par un tel dysfonctionnement lorsqu'il est constaté. C'est la raison pour laquelle je n'évoquerai pas ici la responsabilité personnelle du magistrat ;

- d'autre part, d'une responsabilité qui ne concerne que le fonctionnement de la justice judiciaire. La question du fonctionnement de la justice administrative comme de l'administration pénitentiaire relève d'autres régimes de responsabilité portés par les juridictions administratives. Mon intervention abordera donc uniquement la question de la responsabilité de la justice judiciaire que sous l'angle de son fonctionnement global, à travers les différentes procédures portées devant les juridictions judiciaires, mais également à travers les procédures menées sous l'autorité et le contrôle de magistrats judiciaires, à savoir, notamment, les opérations de police judiciaire.

Mon intervention s'articulera autour de deux parties. Premièrement, j'expliquerai les raisons pour lesquelles le législateur a choisi une responsabilité encadrée, dirigée exclusivement à l'encontre de l'État. Deuxièmement, je démontrerai en quoi l'appropriation, par les justiciables, de cette action, conjuguée à l'influence des juridictions européennes ont conduit les juridictions saisies de ces litiges à en étendre le périmètre pour un faire une voie de recours effective contre les dysfonctionnements constatés

S'agissant des motifs ayant conduit le législateur à faire le choix d'une responsabilité encadrée et dirigée uniquement à l'encontre de l'État :

Il existe plusieurs régimes de responsabilité selon que la victime du dommage est un tiers ou non à la procédure critiquée - on parle alors d'usager du service public quand celui-ci fait partie de la procédure -, et selon la matière.

Certaines procédures, telle que celle des tutelles, ne relèvent pas en effet du régime général de responsabilité, qui a été introduit par le législateur en 1972, à l'article L.781-1 du Code de l'organisation judiciaire devenu aujourd'hui l'article L.141-1.

Seul ce régime de responsabilité, qui concerne exclusivement l'usager du service public de la justice judiciaire, sera ici abordé pour plus de clarté.

Aux termes de cet article, « *L'État est tenu de réparer le dommage causé par le fonctionnement défectueux du service public de la justice. Sauf dispositions particulières, cette responsabilité n'est engagée que par une faute lourde ou par un déni de justice.* »

Le choix par le législateur d'un régime de responsabilité civile dirigé contre l'État et non les magistrats, dans un cadre limité, répond, d'une part, à la prise en considération de la complexité du fonctionnement de la justice, mais également à la spécificité de la fonction et des garanties propres au système judiciaire, parmi lesquelles figurent l'indépendance des juges du siège et également le principe de l'autorité de la chose jugée qui s'attache aux décisions définitives.

On peut se poser la question du choix d'une responsabilité directe de l'État et non du magistrat.

En premier lieu, il convient de rappeler que la justice est un service public qui engage la responsabilité d'État au

motif que son bon fonctionnement relève des obligations positives qui pèsent sur ce dernier, pour assurer le respect des droits accordés aux citoyens.

En deuxième lieu, le magistrat n'est pas un individu isolé. Au contraire, son action et sa prise de décision s'insèrent dans une organisation plus globale et une chaîne d'actions dans laquelle interviennent, outre d'autres magistrats - on pense ici à la collégialité des formations de jugement -, des greffiers, des collaborateurs du service public de la justice et des services de police et de gendarmerie au pénal, mais également les auxiliaires de justice et les justiciables eux-mêmes, qui sont acteurs des procédures. C'est la raison pour laquelle les dispositions précitées évoquent le service public de la justice et non ses agents, puisque les dysfonctionnements contestés et constatés sont très rarement le fait d'un seul agent ayant participé à la procédure. À l'instar des régimes de responsabilité administrative, ils reposent sur un mécanisme de substitution de l'État à ses agents.

Enfin la troisième raison tient aux différents mécanismes procéduriers introduits dans les textes pour réparer les différentes erreurs qui peuvent être commises par les acteurs de la chaîne judiciaire, le plus important d'entre eux étant les voies de recours permettant aux justiciables, lorsqu'ils estiment qu'une décision rendue à leur encontre est entachée d'une erreur de droit ou de fait, de saisir une juridiction d'un degré supérieur afin qu'elle puisse regarder la décision rendue. C'est notamment quand ces différents mécanismes se sont révélés insuffisants que se pose alors la question du fonctionnement défectueux du service public de la justice.

À côté de la question du choix d'une responsabilité directe de l'État, se pose également celle du choix d'une responsabilité encadrée ? Le régime de responsabilité posé par l'article L. 141-1 du code de l'organisation judiciaire n'est en effet pas un régime de responsabilité de droit commun dès lors que celui-ci précise que « *Sauf dispositions particulières, cette responsabilité n'est engagée que par une faute lourde ou par un déni de justice.* ».

La doctrine explique l'exigence d'une faute lourde premièrement par la nécessité de protéger l'indépendance et la liberté d'esprit du magistrat, la fonction de juger ne devant pas être soumise à la vindicte des justiciables mécontents d'une décision. En effet, la possibilité d'engager sans condition la responsabilité de l'État en raison du fonctionnement de la justice judiciaire, outre qu'elle constituerait une pression constante sur les acteurs de la procédure, serait également de nature à paralyser l'action judiciaire. En effet, le magistrat, notamment lorsqu'il prend une décision, applique et interprète des règles de droit, apprécie les éléments de fait et les preuves qui lui sont soumis. Cette fonction d'interprétation du droit et d'appréciation des faits recèle une part d'incertitude et donc une possibilité d'erreur qui ne peut donc en tant que telle suffire à traduire une défaillance. C'est d'ailleurs la raison d'être des voies de recours, la jurisprudence rappelant régulièrement que « *l'inaptitude du service public de la justice à remplir la mission dont il est investi ne peut être appréciée que dans la mesure où l'exercice*

des voies de recours n'a pas permis de réparer le mauvais fonctionnement allégué ».

Adopter le raisonnement inverse risquerait de paralyser le juge dans la prise de décision, notamment sur des sujets dans lesquels la part d'incertitude est élevée. L'exemple le plus prégnant est la décision d'accorder un aménagement de peine à une personne qui exécute une peine d'emprisonnement, qui recèle, outre une part d'incertitude, une part de prise de risque pour l'avenir.

Un autre motif est celui du respect de l'autorité de la chose jugée, qui interdit la remise en cause d'une décision définitive. Après l'épuisement des voies de recours, la nécessité d'assurer la sécurité et la stabilité des situations juridiques impose aux parties au procès comme vérité, uniquement judiciaire, ce qui a été jugé. Dès lors, l'action en responsabilité pour dysfonctionnement ne doit pas constituer une voie de recours complémentaire. C'est la raison pour laquelle la jurisprudence rappelle de manière constante que si un acte juridictionnel, même définitif, peut donner lieu à la mise en œuvre de la responsabilité de l'État en cas de faute lourde ou de déni de justice, celle-ci ne saurait avoir pour conséquence de remettre en cause indirectement une décision de justice définitive ni de faire rejurer au fond une affaire. La chambre criminelle de la Cour de cassation a ainsi très clairement rappelé qu'en « *vertu du principe constitutionnel qui garantit l'indépendance des magistrats du siège, leurs décisions juridictionnelles ne peuvent être critiquées dans les motifs ou dans le dispositif qu'elles comportent que par le seul exercice des voies de recours prévues par la loi* ». Pour cette raison, la Cour de cassation considère que le « mal juger » ou le « mal apprécier » ne saurait constituer la faute lourde de nature à engager la responsabilité de l'État.

La responsabilité paraît donc encadrée, mais elle est cependant en développement constant. Elle s'affranchit en effet progressivement de ses restrictions initiales, notamment sous l'influence des juridictions européennes.

L'utilisation croissante par les justiciables de cette action, conjuguée à l'appréciation de plus en plus souple par les jurisprudences des conditions posées par le législateur, à savoir le déni de justice et la faute lourde, conduisent à ouvrir le champ d'application initialement envisagé et à une possible remise en cause des restrictions habituellement opposées à ces conditions d'engagement.

Il y a tout d'abord la multiplication des actions en responsabilité.

Dans un article intitulé *La responsabilité des magistrats, contribution à une réflexion apaisée* publié au recueil Dalloz 2005, M. Jean-Claude Mangendie, alors président du tribunal de grande instance de Paris, relevait que s'il avait fallu attendre 18 ans après l'entrée en vigueur de l'article L 781-1 du Code de l'organisation judiciaire pour que le tribunal de grande instance de Paris ait à connaître en 1990 la première action en responsabilité de l'État, on assistait « *à une augmentation constante et significative de procédures engagées sur ce fondement* ».

Ce constat est toujours d'actualité. À titre d'exemple, le nombre de nouvelles actions introduites sur ce fondement est passé de 295 en 2013 à 316 l'année d'après, pour atteindre 658 en 2015 et 584 en 2016. Le nombre de condamnations a également augmenté, puisqu'il est passé de 108 en 2013 à 99 en 2014, puis à 191 en 2015 et à 290 en 2016.

L'augmentation très importante de ce contentieux trouve essentiellement sa source dans les délais non raisonnables de procédure en matière prud'homale, notamment depuis 2014. Parmi les nouvelles actions en responsabilité introduites contre l'État chaque année, 442 ont ainsi portées sur cette question en 2015 et 309 en 2016. Elles ont conduit à 124 décisions de condamnation de l'État en 2015 et 237 en 2016, chiffres qui ne prennent pas en compte le nombre de transactions conclues entre l'État et des requérants pour mettre un terme aux litiges portant sur cette question, introduits devant les juridictions. On en compte par exemple 113 en 2016, conduisant à un total de 350 reconnaissances de responsabilité de l'État pour les seuls délais non raisonnables de procédure devant les conseils des prud'hommes.

Ensuite et, de manière plus générale, l'augmentation très importante de ce contentieux résulte de l'assouplissement des conditions d'engagement de la responsabilité de l'État par la jurisprudence, notamment sous l'influence des juridictions européennes.

Premièrement, la faute lourde était initialement définie par la jurisprudence comme une faute « *commise sous l'influence d'une erreur tellement grossière qu'un magistrat ou un fonctionnaire de justice normalement soucieux de ses devoirs n'y eut pas été entraîné* ». Or, depuis un arrêt d'assemblée de la Cour de cassation de 2001, elle est aujourd'hui entendue « *comme toute déficience caractérisée par un fait ou une série de faits traduisant l'inaptitude du service public de la justice à remplir la mission dont il est investi* ».

La définition de la faute lourde a ainsi été objectivée dès lors qu'elle ne vise plus le comportement individuel d'un des acteurs du service public de la justice, mais l'aptitude de ce service à assurer sa mission. Elle est donc plus facilement retenue par les juridictions parce qu'il est plus aisé de constater le fonctionnement défectueux d'un service que d'isoler le comportement individuel à l'origine de ce dysfonctionnement, et ce, d'autant plus que celui-ci est très rarement le résultat de l'intervention d'un seul de ses acteurs.

En guise d'exemples, parmi les fautes lourdes les plus fréquemment évoquées et retenues dans les décisions de condamnation de l'État, on relève notamment des pertes ou des destructions régulières de scellés, la perte ou le non-traitement de plaintes conduisant à la prescription des faits dénoncés, la tardiveté des services de police à intervenir sur les lieux d'une agression et, de manière plus rare, la méconnaissance fautive des textes en vigueur par le parquet lorsqu'il a requis une peine qui n'était plus applicable, une détention arbitraire à la suite d'une erreur

dans l'exécution d'une condamnation pénale ou encore le fait, selon une décision récente, d'avoir laissé plusieurs mis en examen sous contrôle judiciaire pendant 15 ans sans procéder à leur audition ou les confronter aux autres protagonistes. Dans ce dernier cas, la responsabilité de l'État a été retenue au motif que le juge n'avait pas vérifié que cette mesure, pourtant attentatoire à la liberté, était encore nécessaire à la manifestation de la vérité.

Dernièrement encore, des décisions ont fait l'objet d'une médiatisation certaine : la Cour de cassation a reconnu, dans plusieurs arrêts rendus le 9 novembre 2016, qu'un contrôle d'identité discriminatoire, exécuté dans le cadre d'une opération de police judiciaire, était constitutif d'une faute lourde susceptible d'engager la responsabilité de l'État. En effet, cette opération de police judiciaire était menée sous le contrôle et l'autorité d'un magistrat judiciaire auquel il appartient d'en garantir le bon déroulement.

À côté de cette évolution de la faute lourde, doit également être relevée l'évolution parallèle de la définition du déni de justice par la jurisprudence, évolution par ailleurs antérieure à celle de la faute lourde.

Initialement entendu comme le refus d'une juridiction de statuer sur un litige qui lui est présenté ou le fait de ne procéder à aucune diligence pour instruire ou juger les affaires, le déni de justice est aujourd'hui apprécié, de manière beaucoup plus large sous l'angle du manquement de l'État à son devoir de protection juridictionnelle de l'individu, qui comprend celui de répondre sans délai anormalement long aux requêtes des justiciables, conformément aux dispositions de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, l'appréciation d'un allongement excessif du délai de réponse judiciaire, susceptible d'être assimilé à un déni de justice, s'effectue de manière concrète, au regard des circonstances propres à chaque procédure, en prenant en considération les conditions de son déroulement, la nature de l'affaire, son degré de complexité, le comportement des parties en cause, ainsi l'intérêt qu'il peut y avoir pour l'une ou l'autre des parties, compte tenu de leur situation particulière, des circonstances propres au litige, et, le cas échéant, de sa nature même, à ce qu'il soit tranché rapidement.

Sont principalement sanctionnés des délais de procédure excessifs devant les juridictions sociales, puisqu'on atteint aujourd'hui des délais non raisonnables de procédure qui peuvent se situer entre 18 et 25 mois à cause de la surcharge de travail et d'un stock d'affaires trop important dans les juridictions sociales.

En matière pénale, on recense également plusieurs condamnations pour absence de diligence dans l'enquête ou l'instruction, par exemple une audition du principal suspect visé par une plainte qui a lieu deux ans et demi après l'ouverture de l'information judiciaire ; ou des périodes d'inertie dans la conduite de l'instruction, comme un dossier d'instruction sans réels actes d'investigation

pendant 15 ans ; ou encore un délai de 2 ans et 7 mois pour rendre un réquisitoire définitif ou des délais d'audience non raisonnables (par exemple, pour des assises : 31 mois en 1^{ère} instance et 23 mois en appel).

Prenant acte de cette évolution jurisprudentielle, la Cour européenne des droits de l'homme considère aujourd'hui que l'action en responsabilité de l'État pour fonctionnement défectueux du service public de la justice est une voie de recours effectif au sens où elle offre au justiciable l'occasion de redresser la violation de ses droits.

La Cour européenne des droits de l'homme considère ainsi que la voie de recours offerte par l'article L 141-1 est une voie de recours à épuiser avant de saisir la Cour, selon le sujet abordé, puisqu'elle est effective (décisions *Mifsud c. France*, 1997, pour le déni de justice et *Benmouna c. France*, 15 septembre 2015 pour la faute lourde).

Au-delà de l'assouplissement des conditions d'engagement de la responsabilité de l'État, on assiste enfin, aujourd'hui, à un élargissement du périmètre du contrôle du juge saisi d'une action en responsabilité.

La jurisprudence s'est toujours montrée réticente à apprécier le bien-fondé des décisions rendues par les magistrats en raison de l'indépendance des magistrats du siège lorsqu'ils rendent une décision et également de l'autorité de la chose jugée attachée aux décisions définitives, qui s'oppose à ce qu'une décision puisse être mise en cause en dehors de l'exercice des voies de recours offertes par la loi.

Cependant, cette jurisprudence peut être amenée à évoluer sous l'influence de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, qui a reconnu en 2003, dans un arrêt Köbler, la possibilité d'engager la responsabilité de l'État en cas de violation manifeste du droit communautaire par une décision rendue par une juridiction statuant en dernier ressort, à savoir la Cour de cassation pour les procédures judiciaires. La Cour de justice de l'Union européenne a en effet considéré qu'eu égard au « rôle essentiel joué par le pouvoir judiciaire dans la protection des droits que les particuliers tirent des règles communautaires, la pleine efficacité de celles-ci serait remise en cause et la protection des droits qu'elles reconnaissent serait affaiblie s'il était exclu que les particuliers puissent, sous certaines conditions, obtenir réparation lorsque leurs droits sont lésés par une violation du droit communautaire imputable à une décision d'une juridiction d'un État membre statuant en dernier ressort ».

La Cour de justice de l'Union européenne a néanmoins encadré cette mise en œuvre en posant plusieurs conditions, parmi lesquelles la nécessité que la violation constatée soit suffisamment caractérisée. Elle a ainsi jugé qu'il y avait lieu de « tenir compte de la spécificité de la fonction juridictionnelle ainsi que des exigences légitimes de sécurité juridique et qu'ainsi la responsabilité de l'État, du fait d'une violation du droit communautaire, ne saurait être engagée que dans le cas exceptionnel où le juge a méconnu de manière manifeste le droit applicable

ou si cette violation intervient malgré l'existence d'une jurisprudence bien établie de la cour en la matière ».

Cette jurisprudence datant de 2003 a fait l'objet d'autres arrêts par la Cour de justice de l'Union européenne et a été adoptée très récemment par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, qui s'est prononcée pour la première fois sur cette question le 18 novembre 2016 au visa de l'article L 141-1 du Code de l'organisation judiciaire, ensemble le principe de responsabilité des États membres du fait de la violation du droit de l'Union européenne.

Elle a également récemment été appliquée par le tribunal de grande instance de Paris, dans un jugement du 30 mai 2017, dans lequel il a estimé qu'un arrêt rendu par la Cour de cassation le 12 juillet 2012 n'était pas intervenu en méconnaissance manifeste de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.

Cette jurisprudence conduit à élargir le périmètre de contrôle du juge saisi d'une action en responsabilité dès lors que, saisi d'un grief tiré d'une violation manifeste du droit de l'Union, il doit analyser le contenu de la décision critiquée pour apprécier le bien-fondé de ce grief.

Cette jurisprudence, limitée encore aujourd'hui à la seule violation du droit de l'Union européenne, ouvre ainsi le champ de la responsabilité d'État à l'activité juridictionnelle du juge, ce qui pose question par rapport aux motifs exposés initialement quant au choix de l'État d'un régime de responsabilité encadré.

Aujourd'hui, il ne peut être exclu que cette jurisprudence ait vocation, dans l'avenir, à s'appliquer, en dehors de la violation du droit de l'Union, également au droit national puisque le raisonnement qui sous-tend la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, à savoir l'effectivité de la protection des droits des citoyens, s'applique également et est transposable au droit national.

Pour conclure, je dirai que s'il est constant que l'objet de ce régime de responsabilité est limité puisqu'il n'aborde la responsabilité que sous son angle civil et n'engage que l'État et non ses acteurs, il présente néanmoins un intérêt indéniable de ce que, en permettant la détection de dysfonctionnements, il sert d'alerte pour les juridictions, l'administration centrale mais également les pouvoirs exécutif et législatif s'agissant des réformes nécessaires.

Ainsi, prenant acte de l'accroissement des délais de procédure devant les juridictions prud'homales, la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite « loi Macron » et le décret du 20 mai 2016 relatif à la procédure prud'homale et au traitement judiciaire du contentieux du travail ont introduit plusieurs mesures de nature à accélérer le traitement de la procédure et à garantir une gestion plus efficace de la mise en état. En parallèle, un plan de soutien a été mis en place pour répondre aux difficultés structurelles de certains conseils des prud'hommes, dont les difficultés avaient été révélées par les nombreuses actions en responsabilité précitées, qui s'est accompagné d'un


renforcement des effectifs en première instance et en appel, de la mise à disposition de moyens informatiques supplémentaires ainsi que de contrats d'objectifs.

 M. Jean DANET, maître de conférence, université de Nantes, avocat honoraire, membre du Conseil supérieur de la magistrature

Merci pour cet exposé extrêmement précis, complet et passionnant pour tous ceux qui, d'une manière ou d'une autre, font partie de l'institution judiciaire. Le constat pose sa part de difficultés à entendre parce que nous sommes toujours un peu meurtris par les situations de juridictions qui se trouvent parfois à la peine pour des raisons complexes. Par exemple, le Conseil supérieur de la magistrature s'est rendu il y a peu de temps en Guyane où, pour des raisons sociologiques complexes, il n'y a pas de conseil des prud'hommes et où ce sont les juges d'instance qui essayent d'écluser le contentieux du tribunal d'instance ; ils en sont aux affaires introduites en 2010 ou 2011. Il s'agit là d'un enchaînement causal extraordinairement difficile.

Nous allons maintenant entendre Mme Daniela Piana, qui est professeure des universités en science politique en Italie et qui collabore régulièrement avec l'Institut des hautes études sur la justice, et avec l'Institut des sciences sociales politiques ENS Paris Saclay. Elle est experte des systèmes de justice d'Europe et d'Amérique du Nord, et elle s'intéresse aux dimensions sociologiques, juridiques et institutionnelles de la *rule of law* et des politiques de la qualité de la justice. Elle va nous parler aujourd'hui d'un sujet traité dans l'un de ses nombreux travaux publiés : *Accountability et État de droit* : les principes au miroir des pratiques.

« ACCOUNTABILITY ET ÉTAT DE DROIT : LES PRINCIPES AU MIROIR DES PRATIQUES »

 M^{me} Daniela PIANA, politiste, professeure, Université de Bologne, chercheuse attachée à l'IHEJ et l'ISSP - ENS-Paris Saclay

Je m'appuie sur des recherches de terrain que je mène depuis des années pour délimiter le périmètre dont je vais traiter.

Nous passons ici du terme de « responsabilité » à celui d'« *accountability* ». Dans le débat international sur l'État de droit, le domaine de la responsabilité a été élargi pour dire qu'il n'y a pas que la responsabilité de type juridique et qu'il faut qu'au sens large du terme, les institutions de l'État de droit, et notamment la magistrature, rendent compte du pouvoir. Il ne s'agit donc pas de la responsabilité stricto sensu, mais du fait de rendre compte. D'où l'importance de la notion d'*accountability*.

Toujours dans ce même périmètre, de quoi et vers quoi s'agit-il de rendre compte ? Il faut rendre compte par rapport à des normes définies par le droit, avec une *accountability* juridique, mais il n'en va pas de même lorsqu'il s'agit de rendre compte par rapport à des critères

standards, au sens large des normes qui ne sont pas définies par le droit.

Lorsque le sujet État de droit – *accountability* est abordé, quatre grandes questions se posent. Qui va établir les normes non juridiques par rapport auxquelles la magistrature doit rendre compte ? Quelle institution va mesurer ce qui manque entre le niveau établi par la norme et les comportements, donc le décalage entre les faits et le *de jure* et le *de facto* ? Quelle est l'institution responsable pour reconstruire la responsabilité de ce décalage entre le *de jure* et le *de facto* ? Enfin, quelle institution va sanctionner ce décalage lorsqu'est établie une responsabilité ou une faute ?

Vous pouvez imaginer ce que cela devient lorsqu'on aborde le sujet de l'*accountability* et de l'État de droit dans l'Union européenne, où les États membres ont des systèmes juridiques qui, d'une manière ou d'une autre, vont avoir une responsabilité juridique, judiciaire, juridictionnelle allant jusqu'à Strasbourg. Le type d'*accountability* est très différencié, pour les normes non juridiques, selon le contexte de l'organisation judiciaire et du service de justice des États membres.

Nous pourrions nous demander pourquoi les institutions européennes doivent mettre les pieds sur une forme de champ miné, étant donné que cela n'est pas du ressort des compétences européennes. C'est parce que l'*accountability* est un élément important pour assurer le service de justice, qui ne s'arrête pas simplement à l'idée qu'un citoyen peut, en tant que justiciable, être protégé ou demander la protection des droits fondamentaux : un citoyen ou tout acteur avec une personnalité juridique est en droit d'avoir la même qualité de service, dans des États membres bien différents et pas toujours prêts à devenir une partie d'un espace uniformisé.

Il existe une tension entre la nécessité d'établir des normes assurant une *accountability* au niveau du service, en faisant fi des différences entre les États membres, et le fait que dès qu'il y a des normes non juridiques, il est bien difficile de s'écarter ou de négliger totalement les pratiques et les organisations en actes. Il y a donc une raison institutionnelle et politique importante pour que l'Union européenne investisse le champ de l'*accountability*.

L'Union européenne et surtout la Commission européenne, ainsi que le Conseil de l'Europe et la Commission pour l'évaluation de l'efficacité de la justice, ont commencé à élaborer ces normes non juridiques vis-à-vis desquelles les magistratures et les systèmes judiciaires sont censés être responsables, mais de manière « soft », c'est-à-dire que leur responsabilité n'est pas encore juridique. Cette étape viendra plus tard.

Le premier point important est que la question de l'*accountability* dans le domaine de l'État de droit, et en particulier dans le domaine du service de la justice, est une politique publique ayant engendré une arène, un espace composé de plusieurs niveaux : un niveau transnational

où ces normes non juridiques sont élaborées ; et des espaces de politiques publiques dans les États membres où interviennent les acteurs et les institutions pour répondre aux quatre questions posées précédemment.

Qui va interpréter ces normes très générales dans le contexte national spécifique ? Qui va évaluer le décalage entre le *de facto* et le *de jure*, les comportements et la norme ? Qui va reconstruire la responsabilité et qui va sanctionner ?

Cette politique publique a au moins deux niveaux où il y a toujours des tensions, des relations de force, puisqu'il s'agit d'acteurs et non uniquement de procédures.

Ces normes qui ne sont pas juridiquement établies au début vont être déduites, inférées, reconstruites à partir des bonnes pratiques. Par exemple, comment faire pour définir un service de justice de bonne qualité sous l'angle de la communication entre les institutions judiciaires et les justiciables ? Si de grands principes existent, il n'y a cependant pas de standard, de norme. Dans le cadre de la CEPEJ, le Conseil de l'Europe, mais aussi la Commission européenne y ont œuvré. Puis a suivi, après les rapports publiés par le Conseil de l'Europe tous les deux ans sur la qualité des systèmes judiciaires nationaux, le European Justice Scoreboard de la Commission européenne.

Un processus a été mis en place, avec des méthodes portant sur les pratiques et les normes : observation des bonnes pratiques, description des bonnes pratiques dans un langage qui permet de voir ce qu'on peut en prendre pour en faire des généralités en fonction des pays. Il s'agit donc d'une réécriture des bonnes pratiques dans un langage qui puisse être standardisé et qui puisse justifier cette standardisation. Une partie des bonnes pratiques est également mesurée avec des indicateurs relevant davantage du quantitatif. Puis il s'agit de voir comment transférer ces bonnes pratiques dans les pays où les comportements ou les pratiques ne sont pas respectueux de ce qui a été défini en tant que niveau minimal acceptable de bonnes pratiques dans le domaine des services de justice. Suit alors une évaluation *in itinere*, une fois les modèles de bonnes pratiques proposés, avec des méthodes « soft », puisque ce n'est pas juridiquement contraignant, dans les pays qui vont les adopter.

Quel est le résultat, en matière de qualité des services de justice, au sein des États membres ?

La question est d'abord de savoir quelle institution va prendre la responsabilité politique, dans le sens de politique institutionnelle, d'adopter ces bonnes pratiques pour tenter d'améliorer le service rendu par les institutions judiciaires aux justiciables. Cela pourrait être le ministère de la Justice, le Conseil supérieur de la magistrature, parfois la Cour suprême ou la Cour de cassation. Au Conseil de l'Europe, il y a 47 systèmes différents. Dans l'Union européenne, il y a également un certain nombre de systèmes. Je laisse de côté la question de *common law* et de *civil law*. Il s'agit vraiment de l'organisation judiciaire ici.

Quelle est la capacité de cette institution à contrôler et vérifier que des pratiques non contraignantes juridiquement sont effectivement mises en place ? On pourrait dire qu'il s'agit de la bonne volonté ou de la capacité, comme une cour d'appel qui serait capable d'organiser la gestion des affaires de manière à respecter les bonnes pratiques qualifiées ainsi par les institutions internationales, alors qu'une autre n'aurait pas les ressources ou aurait un turnover de personnel fréquent.

Quel est le profil professionnel de compétences, concernant les magistrats, mais surtout les juges, chefs de juridiction, permettant d'assurer, dans les juridictions concernées, que l'ensemble des procédures et des bonnes pratiques peuvent bien fonctionner pour rendre un service de qualité aux justiciables et identique sur tout le territoire national ?

Dans le cas de l'Italie, il y a eu un changement, non intentionnel mais dû à un effet collatéral de cette politique d'*accountability*, dans l'équilibre entre le ministère de la Justice et le Conseil supérieur de la magistrature. Durant une période très longue, ni les justiciables, ni les avocats, ni les politiques, ni les magistrats n'ont souhaité que le ministère de la Justice s'imisce dans le contrôle de l'*accountability*. Ils voulaient bien un bon service de justice, mais pas de sanctions imposées par la CEDH ni un ministère de la Justice qui soit l'institution évaluant la qualité. Le Conseil supérieur de la magistrature était à l'aise avec les normes juridiques, mais non avec les bonnes pratiques. Un vide s'est créé.

Puis la crise économique a entraîné la conduite du changement. Pour des raisons de capacité organisationnelle, le ministère a commencé à adopter des bonnes pratiques en prenant exemple sur les juridictions où les bonnes pratiques étaient présentes et en faisant en sorte qu'elles soient généralisées. Cela a bien fonctionné jusqu'au moment où le Conseil supérieur de la magistrature a dit que le système de la magistrature étant toujours indépendant et gouverné par le Conseil supérieur de la magistrature, et que c'était à ce dernier d'assurer cet équilibre important entre l'indépendance et l'*accountability*. Il s'est donc proposé d'être l'interlocuteur institutionnel de Strasbourg, tandis qu'auparavant c'était plutôt le ministère, et, de conduire non seulement le changement, mais aussi d'évaluer ce décalage entre les normes non juridiques et les pratiques des juridictions.

M. Jean DANET, maître de conférence, université de Nantes, avocat honoraire, membre du Conseil supérieur de la magistrature

Nous avons commencé l'après-midi par un regard sociologique. Nous avons aussi, au fil des thèmes, suivi un processus de civilisation des mœurs, pour parler comme Norbert Elias, puisque nous sommes partis de l'épuration à la sortie de la Seconde Guerre mondiale pour arriver à l'*accountability* et aux bonnes pratiques. C'est vous dire le processus d'adoucissement des thèmes traités. Nous allons terminer par un regard de sociologue. Christian Mouhanna est sociologue, chargé de recherche au CNRS, directeur du CESDIP. Il a publié de nombreux ouvrages. Le

dernier s'intitule *Justice ou précipitation* et a été publié aux Presses Universitaires de Rennes. Il va intervenir sur le thème suivant : les magistrats face aux conséquences de leur décision : quelle responsabilité ? En quelque sorte, la boucle sera bouclée avec cette ultime intervention.

« LES MAGISTRATS FACE AUX CONSÉQUENCES DE LEUR DÉCISION : QUELLE RESPONSABILITÉ ? »

M. Christian MOUHANNA, sociologue, directeur de recherche, CNRS, CESDIP

Je vous propose une réflexion transversale sur la responsabilité à partir de plusieurs travaux de recherche sur l'ensemble de la filière pénale, à savoir les parquets, les relations police-justice, les juges de correctionnelle et des assises, les juges d'application des peines, les juges des enfants, et sur les relations entre le monde judiciaire et l'administration pénitentiaire.

En empruntant la sociologie des professions, des organisations et une certaine sociologie politique, il s'agit de proposer cette réflexion sur la responsabilité qui va se décliner en deux dimensions : celle a priori individuelle du magistrat face à la question de sa propre responsabilité lorsqu'il prend une décision, et une dimension plus collective qu'on pourrait qualifier plus clairement d'évaluation des politiques publiques. Dans ces deux dimensions, la question est un peu la même : celle de la responsabilité comme la prise en compte ou non par les magistrats des conséquences de leurs décisions.

Concernant la dimension plus individuelle, se pose brutalement la question de savoir si le magistrat s'intéresse aux conséquences concrètes de ses décisions sur les justiciables. On rejoint ici la question de l'*accountability*. À titre d'exemple, quand le parquet choisit d'orienter une personne soit vers une audience correctionnelle classique, soit vers une comparution immédiate, soit vers un autre type de mesure, le magistrat sait-il qu'il s'agit d'un préjugement, puisque de l'orientation dépendra largement la façon dont la personne sera suivie, voire condamnée, durant le reste du processus pénal ? On peut se demander aussi si le juge de correctionnelle prend en compte, lorsqu'il prend une décision d'incarcération, le fait que la maison d'arrêt est suroccupée à 150, 200 %. Le juge des enfants, lorsqu'il choisit de traiter le cas d'un mineur, réfléchit-il à l'orientation vers un mode plus préventif ou plus répressif du traitement ? Se pose-t-il aussi des questions lorsqu'il décide d'enlever l'enfant à ses parents ? On pourrait parler aussi du juge des libertés et de la détention qui prend la décision de placer une personne en incarcération. Toutes ces décisions sont lourdes de conséquences pour les différents justiciables qui se retrouvent en face du juge.

J'insiste sur la dimension a priori individuelle d'un tel choix, car même si nous pourrions nous dire que c'est un choix du magistrat individuel prenant ses décisions en toute autonomie, en fait, quand on regarde le fonctionnement des différents tribunaux, cette décision n'est pas individuelle, mais assez largement conditionnée, et de plus en plus, par

l'environnement professionnel et organisationnel, par la façon dont est structuré le tribunal et par la manière dont il fonctionne, par les politiques locales, voire par la dimension politique où des politiques locales s'élaborent plus ou moins avec la coopération de certains magistrats.

Tout cela place le magistrat dans un système de contraintes, de pesanteurs qui s'appuient sur ses épaules ainsi que dans un système lui offrant des solutions qui ne sont pas forcément celles qu'il préfère, mais qu'il peut prendre en fonction du contexte dans lequel il est placé. Dit ainsi, cela me dédouane d'une accusation de mener un réquisitoire contre les magistrats ! Il s'agit de montrer qu'ils sont dans des systèmes où souvent ils n'ont pas l'autonomie que leur fonction leur accorderait a priori. La question de l'indépendance existe en théorie, mais en pratique, pour reprendre la classification sur les pratiques qui me paraît fondamentale, on peut se demander ce qu'il reste comme indépendance.

Je vous livre les résultats bruts des différentes recherches menées sur ces questions, résultats essentiellement fondés sur des entretiens individuels menés en tête-à-tête avec des magistrats, et également sur des observations des pratiques, en audience, lors de permanences, par exemple du traitement en temps réel au parquet.

Pour la majeure partie de ces magistrats travaillant au pénal, on voit qu'il est extrêmement difficile pour eux de prendre en compte les conséquences concrètes de leurs décisions sur les justiciables. Des orientations, des décisions sont prises, mais la réflexion portant sur l'avenir du justiciable est très difficile à mettre en œuvre, voire, pour beaucoup de magistrats, est une question qui ne se pose pas par manque de temps, de moyens, d'envie ou parce que cela remet en cause la façon dont on voit la profession.

Concernant la responsabilité envers le justiciable dans le cadre des décisions, la plupart des magistrats invoquent une responsabilité vis-à-vis du collectif, de la population qu'ils ont à protéger, de la société. C'est dans ce sens-là qu'est utilisé le terme de responsabilité. En prenant une décision, il est donc question de prendre en compte ce que va penser l'opinion. Cela a été dit par Mme Fabre : on voit la question de la prise de risque par les magistrats, mais également une grande sensibilité à l'opinion publique. Travaillant depuis au moins une vingtaine d'années sur la question des tribunaux, je vois comment la sensibilité vis-à-vis de l'opinion publique y monte en puissance et est devenue primordiale, contrairement à autrefois. C'est peut-être la contrepartie de la justice, qui est en quelque sorte obligée de rendre compte à la population, du moins sur le plan médiatique.

Prenons quelques exemples pour illustrer cette affirmation, cette évolution de la question de la responsabilité. Concernant la permanence au parquet, si on compare des travaux menés il y a 15 ou 20 ans à des travaux plus récents, on constate une sorte de dilution de la notion de responsabilité chez les magistrats du parquet. Avant, il y avait davantage, dans les discours, une autonomie

revendiquée du magistrat du parquet ; il y avait le fait d'être magistrat avant d'être parquetier et donc même un parquetier cherchait à affirmer une certaine autonomie, une indépendance. Il y avait également certaines relations privilégiées avec des policiers où on menait des politiques pénales de certains parquetiers sans forcément en référer au procureur.

La situation est très contrastée aujourd'hui. On voit avant tout la volonté des parquetiers de s'insérer dans un collectif, de ne pas avoir des comportements trop différents de la moyenne des parquetiers. Ils ont le souci d'élaborer des politiques de parquet, d'avoir des barèmes permettant de prendre des décisions qui ne soient pas trop différentes.

Je ne dis pas qu'un système est meilleur que l'autre, mais seulement qu'il y a une transformation rapide, aux alentours des années 2000, et très forte des pratiques et de la façon dont les magistrats du parquet les voient.

Finalement, au sein d'un collectif, la responsabilité individuelle s'exerce moins, puisque c'est le collectif qui prend les décisions, l'individu assumant sa part de décisions dans ce collectif en appliquant un barème qui amène vers une responsabilité collective. Certains magistrats du parquet expliquent que c'est aussi une façon de se protéger de ce rapport très fort avec le public qu'on rencontre dans certaines réunions, voire avec les policiers qui se font l'écho de certaines revendications.

Nous pouvons donc expliquer la raison d'être de cette évolution par le choix de mener une politique de réponse pénale systématique – choix qui date environ de la fin des années 1990 –, par l'évolution des services de police, par la managérialisation du fonctionnement des tribunaux, par l'importance du taux de réponse pénale et par une certaine évolution professionnelle.

Pour prendre un autre exemple, en correctionnelle, les constats sont de nature différente, car les magistrats de correctionnelle ont généralement peu d'appétence pour intégrer dans leurs choix une réflexion sur les conséquences d'une décision sur l'avenir du justiciable. Cela se manifeste par une prise de distance, qu'on trouve il y a 20 ans et qu'on retrouve maintenant, par rapport au juge d'application des peines ; une difficulté à intégrer dans le fonctionnement tous les dossiers faits par les services sociaux (les enquêtes de personnalité sont souvent sous-utilisées dans la décision judiciaire) ; la difficulté à travailler avec les juges d'application des peines, y compris lorsqu'ils siègent en correctionnelle ; le refus très net, pour une majorité de juges de correctionnelle, de tenir compte des conditions d'incarcération lorsqu'ils prononcent une peine ferme. Le juge ne veut pas les connaître et, en guise de réponse, s'il y a lieu d'aménager une peine, il dit que le juge d'application des peines décidera pour les peines inférieures à deux ans. Il y a encore l'affirmation très claire de pouvoir faire des choix sans qu'interfèrent des conditions d'ordre matériel. Le magistrat explique qu'il ne choisit pas une sanction en fonction des disponibilités de l'administration pénitentiaire. Ce discours reste très fort.

Il y a également le refus du contrôle des lieux de détention par les magistrats. D'ailleurs, un contrôleur général des lieux de privation de liberté a été instauré, mais le fait que les magistrats aient le droit, voire l'obligation, de contrôler les établissements qui dépendent de leur ressort n'est pas suivi ou alors sur un mode convivial. Ce n'est pas un reproche, mais un effet de structure.

L'équité et l'égalité constituent une autre question importante, à savoir que si quelqu'un mérite une peine ferme, il n'en sera pas exonéré sous prétexte qu'il n'y a pas de place en prison au moment où on prononce la condamnation, alors que s'il y avait de la place, la personne serait incarcérée ou qu'elle ou une autre personne ayant commis le même délit le serait dans deux mois. Leurs décisions reposent sur le principe d'équité : tout le monde doit être condamné sur les mêmes critères, sans quoi on contrevient au principe d'égalité devant la loi.

Au vu des analyses de l'exécution des peines, la position est assez peu réaliste. On sait également que beaucoup de dossiers ne sont pas exécutés. Même quand l'appel est exécuté, un autre principe d'égalité est enfreint, et rappelé souvent par les directeurs de prison : exécuter une peine de six mois ferme de prison dans un établissement vétuste avec une suroccupation carcérale, avec des cohabitants de cellule, entraîne plus de risques de violence que le fait d'exécuter la même peine dans un établissement plus convivial. Finalement, on peut interpréter différemment le principe d'équité et d'égalité.

Nous constatons une irresponsabilité revendiquée des juges et des parquets quant aux conséquences de l'incarcération sur l'individu : on ne veut pas savoir si ce dernier risque de se suicider ou de subir des violences, voire de se sursocialiser à la délinquance (c'est la fameuse formule selon laquelle la prison est l'école du crime).

Le problème principal d'une justice de flux est visible : elle met les magistrats dans des cases où chacun intervient, ne prend qu'une petite part des décisions qui résultent de plusieurs micro-décisions, comme le parquet qui décide de déférer ou non, et de l'orientation de l'affaire, ou le magistrat qui décide d'une peine, le JAP intervenant ensuite. Il y a en quelque sorte une dilution des responsabilités par un partage de la décision entre plusieurs micro-décisions influencées par ce qui s'est passé en amont dans la chaîne pénale et influençant aussi ce qui va se passer en aval. Il n'y a pas un responsable de la décision.

Y a-t-il une alternative à ce comportement ? Oui, nous constatons des îlots de résistance. Les juges des enfants, même si leur pouvoir est écorné par un certain nombre d'évolutions, ont la volonté de regarder les conséquences de leurs décisions. Mais il y a aussi un effet de structure, puisqu'il est à la fois le magistrat qui prend une décision, le juge qui va instruire le dossier et regarder ce que devient la personne, et en même temps le juge de l'application des peines. Il agit à la fois au civil et au pénal. Il est obligé d'avoir une vision plus générale qui l'amène à faire sa propre évaluation. A-t-il les outils et les compétences pour le faire correctement ou pour le faire pour les autres ?

Ceci est un autre problème. Mais il est placé dans une situation où la réflexion est tout à fait différente.

Dans une certaine mesure, certains JAP essayent de conserver encore cette vision sur le long terme. Cela pose question et la profession est divisée en ce moment sur un certain nombre de questions. Lors du suivi de la mise en place de la contrainte pénale, on a pu voir que certains juges de correctionnelle, ne se satisfaisant pas de la position que j'ai décrite tout à l'heure, ont accepté de profiter du temps qu'ils ont entre l'administration du dossier et la décision finale pour discuter, notamment dans le cadre de la décision de placer ou non une personne sous la contrainte pénale, de leurs décisions avec le juge d'application des peines, avec des parquetiers, avec des conseillers d'insertion et de probation, afin de pouvoir prendre une meilleure décision et ainsi tenir compte de ce qu'on leur dit sur le futur des personnes, d'autant plus que certaines d'entre elles sont bien connues des tribunaux puisqu'elles sont multirécidivantes. Mais il s'agit de cas isolés parce que la structure de l'organisation judiciaire ne favorise pas ces comportements.

Pour faire écho à l'exposé précédent, à la question de cette responsabilité dans une dimension plus collective, à la question de l'évaluation des politiques pénales, on voit que l'institution judiciaire évolue vers un fonctionnement de flux, plus collectif, avec des normes, des barèmes qui se généralisent. On peut se demander si dans une certaine mesure, cela ne contamine pas également le siège pour arriver à plus ou moins long terme à des *guidelines* à l'américaine. À l'échelle des parquets apparaît fortement l'idée de traiter collectivement.

Si nous passons à un raisonnement plus collectif, nous passons d'une question de responsabilité individuelle à une question de responsabilité collective institutionnelle et donc à l'évaluation des politiques publiques. On observe une grande faiblesse des outils techniques, des moyens, pour évaluer ces politiques publiques. Certains services font des évaluations mais, sans minimiser leur rôle, on voit que par rapport à un système d'évaluation opérationnel d'un certain nombre de politiques locales, les parquets manquent de moyens, d'outils, de personnels, de compétences, de savoir-faire. Ces questions sont aussi à poser en gardant en tête que la justice est passée de la question de l'individualisation à celle de la gestion par la masse, avec la nécessité d'avoir des systèmes de traitement de type épidémiologique globalisés. Tous ces outils sont encore manquants.

Les réformes mises en place dans les années 1980 et 1990 ont totalement révolutionné le mode de fonctionnement de la justice avec l'apparition des mesures alternatives, des maisons de justice et du droit, du traitement en temps réel, de la composition pénale, des stages.

Est évoquée souvent l'expérimentation locale qui se généralise avec relativement peu d'évaluations, surtout parce que justice y trouve son compte en interne et non forcément parce que cela correspond à des attentes du public.

Toutes ces mesures se sont développées, mais peu de travaux d'évaluation existent sur leur impact, y compris concernant la réitération ou la récidive, sur leur efficacité, ou par exemple sur l'accélération du temps judiciaire. Le traitement en temps réel a été mis en place afin d'aller plus vite, mais après 10 ou 20 ans, les choses vont-elles réellement plus vite ? Davantage d'affaires sont-elles traitées qu'il y a 15 ou 20 ans ? Localement, cette question est intéressante à poser. Les réponses varient d'une juridiction à l'autre.

Cela pose bien la question de la responsabilité sociétale de l'institution judiciaire et de l'*accountability*. La justice rend-elle le service attendu ? Au-delà même des outils d'évaluation, la question qui reste posée est celle des objectifs clairs pour ces institutions judiciaires, aussi bien pour le pénal que pour d'autres champs. Quel est le sens de l'action ? Quelle est la priorité ? Quelle est la politique ? S'agit-il de lutter contre la récidive ? contre le crime ? de faire baisser le sentiment d'insécurité ? d'améliorer l'image de la justice ? Même cette question de fond des objectifs n'est pas clairement posée, alors que des outils sont développés ! De plus, ces objectifs sont largement contradictoires, ce qui complique les réponses.

Mais désormais la justice n'a plus trop le choix. Ce n'est pas le sociologue qui va décréter qu'elle a besoin de réfléchir sur ces questions, ni le Conseil de l'Europe ou d'autres institutions. Il s'agit d'une réelle question sociétale. Depuis longtemps, le public est critique vis-à-vis de l'institution judiciaire ; la critique est toujours très forte et violente. Il n'y a pas que le ministère de la Justice qui est en cause, même s'il l'est fortement. Toutes les institutions sont vivement critiquées. L'image de la justice dans l'opinion publique est dégradée. Est-ce à la justice d'évaluer ses pratiques ou à d'autres organismes comme la Cour des comptes ? Quoi qu'il en soit, c'est à la justice de s'emparer d'urgence de ces questions de manière encore plus forte qu'elle ne le fait actuellement, car son indépendance est en jeu.

M. Jean DANET, maître de conférence, université de Nantes, avocat honoraire, membre du Conseil supérieur de la magistrature

Nous allons nous quitter et il ne faut pas partir sur un pessimisme trop important. Cela fait 40 ans que je suis concerné professionnellement par les juridictions, notamment pénales. La légitimité pour la justice de s'occuper des flux me paraît évidente, sinon cela voudrait dire que le déni de justice ne pose pas de problème. Je ne suis pas sûr qu'une justice qui se préoccupe légitimement des flux soit la cause de la non-préoccupation des magistrats des conséquences de leurs décisions. Je ne crois pas qu'il y ait eu un âge d'or. À la fin des années 1970, les maisons d'arrêt étaient à la porte du tribunal. Jamais aucun juge n'y avait mis les pieds. C'était le temps où la détention provisoire était utilisée systématiquement, où il n'y avait pas de juridictionnalisation des JAP, où on jugeait, dans un exercice improbable, à une heure du matin les dix derniers qui passaient devant le tribunal correctionnel. Ces choses-là ont tout de même évolué dans le bon sens.

Qu'il y ait des difficultés et que les magistrats puissent pour certains considérer que la pression est effectivement réelle – nous l'entendons en permanence au Conseil –, qu'ils ne puissent pas s'occuper comme ils le souhaiteraient des conséquences de leurs décisions et qu'ils n'ont pas forcément les moyens de les appréhender, je veux bien l'entendre. Mais ne construisons pas a posteriori un âge d'or ; il n'a pas existé !

M. Christian MOUHANNA, sociologue, directeur de recherche, CNRS, CESDIP

Je n'ai pas voulu dire que la question des flux était la cause unique qui faisait que les magistrats ne s'intéressaient pas aux conséquences de leurs actes.

Il est intéressant de voir que tous les gens chargés d'évaluer, dans des rapports, les conséquences de la mise en place de la politique des flux ou des réponses aux flux ont été eux-mêmes des acteurs de la mise en place de cette politique, ce qui pose la question de l'impartialité.

Cette question de la gestion des flux est devenue tellement primordiale dans l'organisation qu'elle empêche les magistrats, de se poser un certain nombre de questions. Ce n'est pas le discours du sociologue. Que cela soit instrumentalisé ou réel, ou un peu des deux, la difficulté vient très clairement, dans ce système, de comment faire pour faire exister autre chose.

Il y a des réflexions sur la qualité de la justice. Nous pourrions faire le parallèle avec ce qui s'est passé dans l'industrialisation, dans le travail à la chaîne qui, 50 ans après sa mise en place, s'est accompagné d'un développement de la question de la qualité obligeant certains à remettre en cause certaines des données de travail qui pesaient sur les gens. Cette question se pose de manière assez similaire dans l'institution judiciaire.

M. Jean DANET, maître de conférence, université de Nantes, avocat honoraire, membre du Conseil supérieur de la magistrature

Mais on peut préférer une justice qui s'interroge sur les questions de qualité et qui y travaille à une justice qui, il y a 40 ans, ne se posait même pas la question de la qualité.

M^{me} Anne BERARD, magistrate

Au sujet de la qualité de la justice, il y a effectivement une réflexion, mais surtout des outils qui se sont mis en place progressivement. La réification liée au traitement des flux a amené, ces dernières années, une réflexion sur la transversalité. Singulièrement, le processus pénal fait l'objet d'une vraie réflexion. Par exemple, la loi de 2014 avait été précédée de la conférence de consensus et il me semble que comme grande œuvre d'évaluation, de travail, de mise en commun, de réflexions croisées,

c'était une révolution assez copernicienne dans la façon de travailler.

De plus, il me semble que la loi a changé et que l'article 707-3 du Code de procédure pénale précise que les magistrats doivent tenir compte de la situation du parc pénitentiaire. Cela fait longtemps que le message selon lequel nous ne devons pas juger dans un monde chimiquement pur, mais dans un territoire avec un environnement, est passé.

Enfin, désormais, institutionnellement, il y a, à l'échelle des cours d'appel, les conférences régionales d'application des peines (les CRAP) et, à l'échelle du territoire, du TGI, les commissions d'exécution des peines. Ces commissions étaient dans les circulaires de 2014 et sont passées dans un décret, dans le Code de procédure pénale. Elles ont une périodicité. Ce ne sont pas des grands-messes désincarnées, présidées par le préfet, dans lesquelles chacun se fait des politesses. Ce sont des réunions opérationnelles avec les acteurs de terrain pour faire le point sur la question de l'environnement pénal, notamment en ce qui concerne l'encombrement des établissements pénitentiaires et les capacités du service pénitentiaire d'insertion et de probation (SPIP) à mettre en œuvre les mesures de suivi, que ce soit en milieu fermé ou ouvert.

Toutes ces institutions qui se mettent en place donnent de la chair aux échanges et permettent aux juridictions de travailler dans l'horizontalité et donc de faire en sorte qu'il y ait une réelle mise en perspective des décisions, et que le magistrat mesure la portée de ses décisions, ce pour quoi il est payé.

Il y a aussi un outil formidable que certains présidents utilisent : l'ordonnance de roulement. Il permet de mettre les bonnes personnes au bon endroit. Il ne s'agit pas de changer de juge naturel, mais de faire en sorte, par exemple, que la culture de l'application et de l'exécution des peines soit diffusée tout simplement en mettant des juges d'application des peines dans un grand nombre de formations collégiales. En réalité, par infusion, chacun finit par développer une culture de la portée de la décision pénale.

Les magistrats ont énormément de travail, mais ils aiment faire les choses de manière intelligente ; ils aiment s'intégrer dans un territoire et faire les choses de façon transversale, en s'appuyant sur les ressources.

M. Jean DANET, maître de conférence, université de Nantes, avocat honoraire, membre du Conseil supérieur de la magistrature

Merci à vous tous !



MINISTÈRE DE LA JUSTICE