

Communication de Monsieur Gilles Lucazeau



Séance du 27 avril 2012



La justice a-t-elle une morale ?

Vouloir répondre à la question posée, c'est un peu chercher à résoudre le mystère de l'antériorité de l'œuf ou de la poule, tellement Justice et Morale paraissent indissociables l'une de l'autre ! D'une part, il est certain que le fondement de la Justice ne peut être que d'ordre moral. D'autre part, il n'est pas moins vrai que « l'ordre moral » se trouve rarement en adéquation parfaite avec « l'ordre juridique », le premier conduisant généralement au second.

Nous partons de loin sur le sujet, de Platon par exemple pour qui le beau, le bien et le juste sont les vertus cardinales d'une civilisation pour aller jusqu'à François Mitterand évoquant « la force injuste de la loi » en passant par Cambacérès pour qui « la Morale est le sentiment du juste et de l'injuste, du Bien et du Mal, de l'Honnête et du Déshonnête ». Sur ce même thème, il n'est pas inutile de rappeler la maxime « summum jus, somma injuria » qui sous-tend qu'un droit poussé à l'extrême (juridisme) peut conduire à une extrême injustice.

L'idée même de Justice au sens judéo-chrétien paraît indétachable de la protection du plus faible (Lacordaire : « entre le fort et le faible, c'est la Liberté qui opprime et la Loi qui affranchit). Il serait injuste de ne pas donner ici la place qui lui revient à notre illustre philosophe des Lumières, je parle évidemment de Montesquieu, qui sut si bien mettre en exergue dans son célèbre « Esprit des Lois » le rapport intime qui relie la loi aux mœurs ou au ... climat ! Cette référence souligne la grande variabilité -ou relativité- de la loi mais aussi de la morale qui la sous-tend.

La question posée revient en définitive à s'interroger sur la plus ou moins grande adéquation entre l'une et l'autre. Bien évidemment, il faut d'abord s'entendre sur le concept de « morale ». Celle-ci ne peut s'entendre qu'au regard de ce qui fonde notre société d'inspiration judéo-chrétienne. Or, la « morale » judéo-chrétienne repose très largement sur le principe de responsabilité individuelle et de libre-arbitre, principe d'où Kant a dégagé son fameux « impératif catégorique ».

L'une des traductions les plus classiques de ce principe tient dans l'adage romain : *punitur quia peccatum est et ne peccetur...* autrement dit : « il faut punir parce qu'il y a eu faute (péché) et pour qu'il n'y ait plus faute... » Or, ce seul adage illustre plus que mille commentaires le socle sur lequel notre morale collective s'est construite. Utiliser l'expression de « morale collective » peut d'ailleurs apparaître paradoxal, dans la mesure où ce qui est mis ainsi en exergue serait plutôt une morale « individuelle ». Pensons, là encore, à l'Ancien Testament (Deutéronome-chapitre 24, verset 16) proclamant qu'il « ne faut pas tuer les pères pour les fils ni les fils pour les pères » ou encore : « un être humain ne peut être mis à mort que pour ses propres péchés ».

C'est une première approche du concept de « notre » morale par opposition à d'autres, plus imprégnées de « matérialisme hégélien » (l'individu agit sous la pression de déterminismes), ou de « collectivisme » au nom duquel la règle imposée n'a de sens que par l'objectif social qui la justifie (certaines sociétés de type "clanique" restent encore aujourd'hui dominées par un principe de responsabilité collective qui conduit à des châtiments collectifs (la société mélanésienne en fournit encore quelques exemples).

Cependant, notre conception d'une morale « individualiste » judéo-chrétienne subit, elle-même, des évolutions lentes et profondes qui en modifient progressivement les traits.

Si l'on voulait se livrer à une étude historique de l'évolution la Justice, on pourrait distinguer grossièrement 3 grandes périodes temporelles :

*période de la justice illuminée : c'est celle de la justice divine où le Droit est intimement lié à la Croyance (« Jus et Fas »). Cette forme de justice largement fondée sur l'aveu par l'épreuve des ordales a été reprise et continuée par les rois de France (« Toute Justice émane du Roi »), le roi étant lui-même incarnation de Dieu, ce qui confère du même coup à la Loi son caractère divin. Ne dit-on pas : "a Deo rex, a rege lex" ("*le roi par dieu, la loi par le roi*") ?

*période de la justice éclairée : c'est, après la Renaissance, l'époque des Lumières, qui tolère une forme de discussion du bien-fondé de la Loi

et surtout une forme de critique adressée aux juges. C'est donc aussi la période d'une justice « légaliste » hostile à tout arbitraire (Montesquieu, Voltaire, de Beccaria, Rousseau...).

*période de la justice réclamée : c'est celle de notre époque où, même s'il lui arrive d'être violemment critiquée, la Justice est cependant de plus en plus souvent sollicitée pour le moindre fait défrayant la chronique. Dans ce contexte, on peut avoir le sentiment que l'éthique s'insurge parfois contre la Loi au point que l'on peut s'interroger sur le fait de savoir si la Loi constitue encore aujourd'hui la « norme de référence éthique ».

Les points cardinaux d'une morale contemporaine pourraient tenir autour des concepts directement inspirés de la célèbre trilogie républicaine que sont « liberté/égalité/fraternité », trilogie que l'éphémère Constitution de 1848 a introduit pour la première fois dans ce qui fait aujourd'hui partie du « bloc de constitutionnalité ».

Partant de ce triptyque, on pourrait analyser le rapport existant entre : « liberté/responsabilité », « égalité/légalité », « fraternité/solidarité » auxquels il conviendrait d'ajouter le couple plus révolutionnaire de : « propriété/sûreté » pour rester dans le droit fil de la Déclaration des droits de 1789 (article 2). Et il serait encore nécessaire d'ajouter à ces 4 points cardinaux, un autre lien, de forte actualité, autour de : « justice et vérité ». C'est au regard de ces différents concepts que je me propose de soumettre Justice et Morale à un examen de « coïncidence » pour reprendre l'excellente expression du professeur Lichbacher.

Je bâtirai mon propos selon deux approches complémentaires :

- 1) De la Justice entendue comme expression normative de la Morale,
- 2) De la Justice intégrée dans une stratégie au service de la Morale.

I) De la justice entendue comme expression normative de la morale :

Il ne peut être évidemment question de passer ici en revue les quelque 40 000 lois qui nous entourent. L'ignorance dans laquelle se trouvent plongés nos concitoyens et même les spécialistes du Droit pose déjà problème du point de vue moral : comment adopter tel ou tel comportement si l'on ignore la règle qui lui est applicable ? Passons donc en revue (rapide) la Justice au crible de la Morale au regard des divers concepts décrits plus haut :

1°) la coïncidence normative entre Justice et Morale du point de vue du couple « liberté/responsabilité »

S'il est un domaine du Droit où le couple « liberté/responsabilité » domine largement tous les autres, c'est bien celui qu'occupe le droit pénal, droit par

définition sanctionnateur (où le terme de « responsabilité » pourrait être assez aisément remplacé par celui de « culpabilité »).

La place que reconnaît notre droit pénal au couple « liberté/responsabilité » est de tout premier ordre. Je rappellerai ici que :

- aux termes de l'article 121-1 du code pénal, (C.P.) « nul n'est responsable que de son propre fait » (rappel du Deutéronome),
- « il n'y a point de crime ou délit sans intention de le commettre » (article 121-3),
- la tentative est assimilée à l'acte lui-même (article 121-4) (ce qui renvoie au principe sacré selon lequel « l'intention vaut l'action »),
- « ... la juridiction prononce les peines... en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur... » (article 132-24),
- « n'est pas pénalement responsable la personne ...atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique...ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes... ». Et la simple « altération » du discernement doit entrer en ligne de compte dans l'appréciation de la peine (article 122-1 C.P.)

Il existe également des libertés fondamentales, telles que la liberté d'expression ou de rassemblement (différente de l'attroupement de pur fait qui est un « rassemblement en un lieu public susceptible de troubler l'ordre public » article 431-3 C.P.) lesquelles ne connaissent que des limites étroitement fixées par la Loi. C'est donc la Loi qui en garantit en premier l'exercice (Cf. supra Lacordaire).

Ce premier tableau donne l'impression d'une parfaite coïncidence entre Justice et Morale, du point de vue du couple « liberté/responsabilité ». Traduction suprême du principe de liberté, l'énoncé de l'article 10 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen aux termes duquel : « Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi ». Pourtant, ce tableau quasi-idyllique a subi dans le temps des retouches d'importance. Ainsi :

*sur la notion de responsabilité :

- à la responsabilité purement individuelle s'est ajoutée une forme de responsabilité collective avec le nouveau principe de la « responsabilité pénale des personnes morales » (article 121-2 C.P.) ;
- le délit commis sur la base de la simple « faute d'imprudence », donc non-intentionnelle (article 121-3 al.3 C.P.) s'est ajouté au délit purement intentionnel, prenant au fil du temps une place assez considérable.

On ne peut s'empêcher ici de souligner l'étrangeté de la loi qui établit une différence de traitement entre personnes physiques et personnes morales ayant indirectement causé le dommage, de telle sorte qu'il est plus facile d'atteindre en pareils cas la personne morale que la personne physique quand bien même la première ne peut d'évidence avoir agi sans une intervention de la seconde !

- le nouveau délit générique de « mise en danger d'autrui » (article 223-1), autrement et curieusement qualifié de « risque causé à autrui » (comme si l'on pouvait « causer » un risque... ?) s'est ajouté au délit d'imprudence sans même qu'il ait entraîné préjudice quelconque pour quiconque (traduction pénale du fameux « devoir de précaution », élevé au rang de principe constitutionnel de la V^{ème} République). Cette potentialité du risque rattachée au délit n'a pourtant pas empêché la Chambre criminelle d'absoudre un chauffard conduisant son véhicule à très vive allure sur une portion d'autoroute en raison de la fluidité de circulation du moment et donc, peut-on l'imaginer, du « moindre risque » que ce comportement faisait courir à autrui. Preuve que tout est affaire de circonstance !
- dans un autre registre, on voit que la loi prévoit désormais la possibilité de faire comparaître en justice pour y répondre de ses actes un individu considéré comme pénalement irresponsable... et donc incapable d'y répondre (articles 706-119 et 706-135 Code de Procédure Pénale C.P.P.)!

Précisément, le champ de la responsabilité en matière pénale ne cesse de repousser ses limites : ainsi, le régime de la « rétention de sûreté » introduit par une loi du 25 février 2008 est désormais applicable à toute personne condamnée à une peine égale ou supérieure à 15 ans de réclusion criminelle pour la commission d'un crime estimé particulièrement grave (assassinat, meurtre, viol, torture, enlèvement ou séquestration de mineur), dès lors que cette personne présenterait « une particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de récidive » du fait d'un « trouble grave de la personnalité ». Cette mesure se surajoute donc à la gravité objective des faits commis ayant donné lieu à condamnation, rompant ainsi le lien traditionnel entre la commission du fait répréhensible et la « responsabilité objective » de son auteur au profit d'une forme de « responsabilité subjective ». (cf. articles 706-53-13 et s. C.P.P.). Il est vrai que ce lien se trouvait déjà distendu à travers la recherche du niveau réel de « culpabilité » au moment des faits, consistant à vérifier si l'auteur était en possession ou non de toutes ses facultés intellectuelles de compréhension.

L'instauration par la loi du 10 août 2007 des fameuses « peines-plancher » (articles 132-18-1 et 132-19-1 C.P.) n'a pas peu contribué à brouiller l'image de la notion classique de responsabilité et porté une atteinte brutale au principe

de personnalisation de la peine posé par l'article 132-24 C.P. en établissant, dans des situations de récidive, une sorte de « morale inversée » : tandis qu'un tribunal doit impérativement motiver sa décision en cas de condamnation d'un primo-délinquant à une peine de prison ferme, il doit désormais impérativement motiver sa décision de ne pas prononcer ce type de peine s'il est en présence d'un récidiviste... On peut penser que l'hostilité marquée des juges à une telle réforme tient au moins en large partie à une résistance d'ordre "moral".

*sur le concept de liberté :

- d'anciens délits comme ceux de vagabondage, adultère (vagabondage d'une nature particulière !), homosexualité ont quant à eux disparu de la loi répressive. Il n'est pas sûr qu'ils aient disparu de la « loi morale » véhiculée par l'inconscient collectif. S'agissant de l'homosexualité, la loi a même fait un virage à 180° puisqu'elle réprime désormais « l'homophobie » qui n'est rien d'autre que la condamnation morale de l'homosexualité... !
- dans un sens inverse, rappelons toutes les infractions visant à réprimer les atteintes aux libertés ou les atteintes au secret, qu'il s'agisse de l'atteinte au secret-défense (article 413-10 C.P.), atteinte au système de traitement automatisé de données (article 323-1 C.P.), atteinte au secret des communications téléphoniques, au secret des correspondances (articles 226-15 § 432-9 C.P.), au secret de l'enquête (article 434-7-2 C.P.), au secret professionnel (article 226-13 C.P.), ou encore au secret des sources journalistiques. Il est assez remarquable de constater que cette dernière notion introduite par une loi du 4 janvier 2010 ne constitue pas en soi une infraction puisqu'elle ne conduit à aucune sanction pénale et que, selon cette loi, « il... peut être porté atteinte directement ou indirectement au secret des sources... si un impératif prépondérant d'intérêt public le justifie... » (article 2 alinéa 3 Loi du 29 juillet 1881). Autant dire que, là encore, ce sont les circonstances qui prévalent!

Les atteintes à la vie privée (par captation induite d'images par exemple) constituent aussi un autre domaine fort de protection des libertés individuelles (article 226-1 C.P.). Sur ce plan, le principe civiliste du « droit au respect de la vie privée » (article 9 Code Civil) n'est pas en reste ! Citons encore dans un registre similaire, le délit de détournement de données à caractère personnel (cf. article 226-21 C.P.) L'affaire ayant mis en cause la société « Ikéa » illustre le risque exponentiel d'une telle infraction !

Sur un même registre, on voit que le « droit de la presse » condamne la diffamation tout en laissant le soin au juge « d'arbitrer » entre l'atteinte injustifiée à l'honneur d'autrui et le devoir légitime d'information auquel est astreint le

journaliste. Cependant, rien de ce qui touche à la « vie privée » proprement dite n'est en principe justifiable à moins que la « victime » elle-même n'ait sciemment et publiquement exposé sa vie privée!

*sur la violence :

Les textes répressifs fustigeant la violence sous ses diverses formes (torture, barbarie...), en fonction de ses conséquences physiques ou de la qualité de leurs auteurs ou victimes sont innombrables. Mais il est significatif de voir la place grandissante que peut occuper un délit tel que celui de « provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence... par discours, cris, menaces, dessins ou gravures... visant une ou plusieurs personnes à raison de leur appartenance ou non-appartenance à une ethnie, nation, race ou religion... » (articles 23 et 24 L. 29 juillet 1881). Il y aurait évidemment beaucoup à dire à cet égard s'agissant des attaques verbales ou écrites menées contre telle ou telle religion !

La liberté de la presse peut-elle s'exonérer de toute responsabilité sur ce terrain ? Il y a semble-t-il sur ce sujet une forte divergence entre la Liberté protégée par la Loi et la Morale invoquée par les personnes « offensées ». (Les vives querelles faisant suite à certaines caricatures de Mahomet ou du Christ en disent long sur l'état d'esprit des auteurs comme de leurs « cibles » !).

Citons encore la condamnation par la loi de tous « cris ou chants séditieux proférés dans des lieux ou réunion publics » (qui s'ajoutent à l'apologie de certains crimes, tels que les crimes contre l'humanité)... Fort bien ! Mais est-il si simple de distinguer un « chant séditieux » d'un autre qui ne le serait pas ?

Toutes ces infractions, notoirement évolutives en fonction des progrès techniques mais aussi des « humeurs » de la société, sont autant de marqueurs plus ou moins prononcés de la volonté du législateur de protéger les libertés individuelles du citoyen, mais on s'aperçoit que bien souvent ces lois « protectrices » se heurtent à des principes estimés si forts qu'ils justifient leur mise à l'écart momentanée, au gré des circonstances. Et c'est le juge qui doit juger de ces circonstances, ce qui ramène d'une certaine façon à la « justice arbitraire » d'Ancien Régime !

Il faut encore souligner l'impact fort qu'exerce l'évolution de certains comportements "anti-sociaux" sur la Loi : ainsi en est-il de la loi relative au "délit d'attroupement dans une entrée d'immeuble (qui va jusqu'aux cages d'escaliers et aux toitures...!) dès lors que cet attroupement serait constitutif de "menace, voie de fait, entrave à l'accès ou au fonctionnement de dispositifs de sécurité d'un immeuble collectif" (la question restant posée de savoir si le délit ne repose pas avant tout sur le "sentiment d'insécurité" éprouvé par tel ou tel habitant de l'immeuble !).

Autre exemple qui nous rapproche singulièrement du film de S. Spielberg ("Minority Report") avec l'instauration d'un délit "d'intention" qu'on pourrait qualifier de "délict anti-bande" tel qu'énoncé par une loi du 2 mars 2010, qui réprime "le fait par une personne de participer sciemment à un groupement, même formé de façon temporaire, en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, de violences volontaires contre les personnes ou de destruction ou dégradation de biens (article 222-14-2 du Code pénal). Ce nouveau dispositif a répondu aux événements graves qui se sont produits en Gare du Nord et témoignent d'une volonté de "réactivité" dans l'instant qui n'est pas sans poser problème du point de vue de la cohérence ou lisibilité de la Loi. (En réalité, ce dispositif va bien au-delà de la loi dite "anti-casseurs" de J. Chaban-Delmas et tord le cou à la jurisprudence qui ne sanctionne la tentative qu'au stade du commencement d'exécution en s'étendant aux simples "manoeuvres préparatoires").

*sur la culpabilité présumée :

Par souci d'efficacité dans la lutte contre de nouvelles formes de délinquance, la Loi n'hésite pas à bousculer certains de ses principes originels : ainsi, le délit de « non-justification des ressources » par des personnes qui sont en relation habituelle avec des terroristes (article 421-2-3 C.P.), ou plus généralement avec des auteurs d'infractions passibles d'au moins cinq ans de prison (article 321-6 C.P.), ou encore avec des mineurs sur lesquels la personne en question ne dispose pas d'autorité (article 321-6-1 C.P.) réalise-t-il un renversement de la charge de la preuve qui place le suspect en position de « présumé coupable ». (On se demande d'ailleurs bien pourquoi la personne qui dispose d'autorité sur le mineur délinquant n'est pas considérée à plus forte raison comme recéleuse (présumée) des produits retirés de cette délinquance !).

Dans le même registre, on doit ajouter les infractions de « proximité » telle que le proxénétisme...qui devient un « délict d'apparence » pour celui qui ne peut « justifier de ressources correspondant à son train de vie tout en vivant avec une personne qui se livre habituellement à la prostitution ou tout en étant en relations habituelles avec une ou plusieurs personnes se livrant à la prostitution ». Ce simple fait, selon la loi, doit être « assimilé au proxénétisme » (article 225-6 al. 1 et 3° C.P.). La loi s'érigerait donc ici en « loi morale » au risque d'étendre à l'excès le principe de responsabilité.

Si l'on porte notre regard du côté du droit civil, on voit bien alors que le terme de « responsabilité » y prend une connotation tout à fait différente, sans lien direct avec celui de liberté, puisque le principe fondamental énoncé par l'article 1382 du Code Civil rappelle que « tout fait quelconque qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ».

Et l'on sait que la jurisprudence donne à la notion de « faute » une acception purement objective équivalent au « fait » au point de reconnaître une « responsabilité présumée » du simple fait de la garde à vue par exemple (article 1384 C. C.). A cet égard, la loi du 5 juillet 1985 en matière d'accident de la route constitue sans nul doute une extension extrême de la notion de « responsabilité » équivalente à celle de « risque ».

On le voit, le domaine d'intervention de la « responsabilité » en matière civile n'a plus grand-chose à voir avec celui de « liberté »...

La matière « civile » se partage elle-même entre « droits réels » et « droits personnels » ; de ce point de vue, les principes en jeu peuvent être singulièrement différents : d'un côté le droit sur les choses -intimement lié au droit de propriété- ne peut être limité que par ce qui pourrait nuire à la jouissance d'autrui (d'où vient le célèbre principe de « l'abus de droit »), quand le « droit des personnes » serait plus strictement encadré, la personne humaine étant normalement considérée comme « hors commerce » (dans une acception non spécifiquement financière), ce qui est aujourd'hui fortement remis en cause par la pratique des « mères-porteuses » (mais il s'agit d'une pratique stigmatisée pour l'instant par la loi française).

Le domaine contractuel reste, quant à lui, original. C'est ici l'un des grands principes de droit civil qui prévaut, selon lequel « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites... » (article 1134 C.Civ.), formule que certains traduisent d'une expression un peu brutale selon laquelle : le contrat est la loi des parties ! Cette liberté de contracter est telle que la Cour de cassation a estimé, dans un arrêt tout récent (4 novembre 2011) qu'un contrat de courtage matrimonial souscrit par un homme déjà marié restait valable, puisque telle était la volonté du souscripteur ! Certains diront que cette décision prend ses distances avec la Morale, mais en réalité son fondement réside dans la liberté reconnue à chaque individu de faire ou ne pas faire !

Mais ce serait oublier que le champ contractuel reste également encadré par la loi qui veille à exclure les clauses abusives (« léonines ») et consent une place essentielle à la liberté du consentement...

Par ailleurs, la loi tente de réduire le champ de la liberté qui viendrait heurter les « bonnes mœurs »

(article 6 C.Civ. : « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs »). On mesure combien, dans la réalité de la vie quotidienne, ce champ de liberté tend pourtant à s'élargir !

Au final, nous voyons bien que le visage du couple « liberté/ responsabilité » s'est assez largement déformé avec le temps sous l'effet conjugué de nouvelles contraintes sociales, de sorte que l'adéquation entre Justice et Morale paraît s'être quelque peu altérée. C'est sans doute que la morale sociale s'est elle-même progressivement éloignée du concept révolutionnaire de « liberté » pour trouver refuge auprès de celui de « sécurité... ». « Sécurité-Liberté », telle était la dénomination donnée à une loi du 2 février 1981, aujourd'hui abrogée.

2° La coïncidence normative entre Justice et Morale du point de vue du couple « Égalité/Légalité »

Curieuse alliance à vrai dire que celle de « l'égalité » et de « légalité » ! Il n'y a pourtant pas qu'une simple identité de consonance entre ces deux termes, car l'égalité républicaine s'est construite sur un principe majeur de légalité.

Ce qui signifie que la loi doit être la même pour tous afin de préserver l'égalité citoyenne.

D'ailleurs, les textes constitutionnels ne proclament-ils pas haut et fort que :

- « les hommes naissent libres et égaux en droits... » (article 1 DDHC de 1789),
- « ..la loi... doit être la même pour tous... (article 6 DDHC),
- « la France... assure l'égalité devant la Loi de tous les citoyens.. » (article 2 Constitution de 1946).

Nous verrons plus loin comment la Convention Européenne dite de Sauvegarde des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1950 a repris à son compte l'idée de droits égalitaires à un niveau plus universaliste encore en évoquant la nécessité d'un procès « équitable » ou d'un tribunal « impartial » (articles 6, 7, 14). Ces diverses notions ne sont d'ailleurs pas sans conséquence sur l'organisation de la Justice en France. Du principe d'égalité naît celui de « légalité » : article 111-2 : « la Loi détermine les crimes et délits, le règlement les contraventions », article 111-3 : « nul ne peut être puni pour un crime ou délit dont les éléments ne sont pas définis par la loi ».

Par « légalité », il faut entendre nécessité d'une loi préalable qui soit suffisamment claire... Cette dernière exigence soulève souvent bien des interrogations auxquelles il revient aux tribunaux de répondre. Saisi d'une « question prioritaire de constitutionnalité » se rapportant à la notion d' « inceste » récemment introduite par une loi du 8 février 2010, le Conseil Constitutionnel n'a pas hésité à en proclamer l'inconstitutionnalité en raison de son imprécision quant aux personnes susceptibles de s'en rendre coupables. Pareillement a-t-il renvoyé dans les limbes, par une décision du 4 mai 2012, le délit de "harcèlement

sexuel" ...qui n'attend plus qu'une autre rédaction, plus précise, pour exister à nouveau ! Une telle vision « légaliste » du droit, propice à un égalitarisme des droits, constitue en contrepoint de la liberté, l'un des pivots essentiels de notre Droit. On en trouve l'origine dans la réaction révolutionnaire à l'arbitraire royal (Loysel : » toute peine est arbitraire en ce royaume »).

En matière pénale, on pourrait parler d'inégalités « subjectives » dans l'analyse des lois de fond dont le contenu relève directement de l'interprétation des juges (crimes contre l'humanité, terrorisme, risque pénal...) par opposition aux inégalités « objectives » tenant à la qualité de l'auteur ou de la victime (s'agissant par exemple de mineurs, dépositaires de l'autorité ou personnes particulièrement vulnérables... encore que l'interprétation du juge ne soit pas totalement absente de cette dernière catégorie). A noter la volonté marquée du législateur de réduire autant que possible la marge d'interprétation du juge puisqu'il n'hésite pas à énoncer méticuleusement les catégories professionnelles des victimes susceptibles d'être concernées (article 222-8-4° et 4° bis C.P. ... « sapeur-pompier professionnel ou volontaire, gardien assermenté d'immeubles ou agent exerçant pour le compte d'un bailleur des fonctions de gardiennage ou de surveillance des immeubles à usage d'habitation en application de l'article L 127-1 du code de la construction » « enseignant ou tout membre des personnels travaillant dans les établissements d'enseignement scolaire ou toute personne chargée d'une mission de service public, ainsi que " professionnel de santé ») avant d'ajouter l'élément déterminant « dans l'exercice ou du fait de ses fonctions », ce qui renvoie tout de même au pouvoir d'appréciation du juge.

Et la même loi de surajouter à cette « victimologie » la considération du mobile de l'auteur : « en raison de l'appartenance, vraie ou supposée, de la victime à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée » (article 222-8 -5° bis C.P.) ou encore « à raison de l'orientation sexuelle de la victime » (222-8-5° ter dudit code ; mais il manque sur ce dernier point l'expression « vraie ou supposée »). L'introduction du « mobile » dans l'appréciation d'un élément constitutif d'infraction est en soi originale en ce qu'elle est dérogoire au régime général du droit pénal.

On retrouve le même souci de précision dans le dispositif supposé lutter contre les « menaces et actes d'intimidation commis contre les personnes exerçant une fonction publique » sans aller toutefois jusqu'à intégrer l'éventualité d'un mobile, ce qui renforce la rigueur voulue du texte (article 433-3 C.P.). On est, avec ce type d'infraction, dans le domaine de la « tentative anticipée » de violences éventuelles.

Concernant la catégorie des « personnes vulnérables », l'article 223-15-2 du code pénal montre à quel point sont difficiles à réunir les éléments constitutifs

de l'infraction « d'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse » qui suppose la rencontre de deux formes de subjectivité : la connaissance que peut avoir l'auteur de la faiblesse de la personne à laquelle il s'adresse d'une part et la réalité de pressions « graves » exercées sur cette personne pour la conduire à un acte ou une omission qui lui seront « gravement » préjudiciables d'autre part. (Le feuilleton de l'affaire concernant Madame Bettancourt est là pour nous en rappeler les subtilités et rebondissements).

Les nombreuses causes d'aggravation ou de diminution des peines selon la qualité des personnes concernées, auteurs ou victimes, illustrent bien ce système d'inégalité objective. Une présentation apparemment « objective » de certains délits peut elle-même prêter à confusion : ainsi, le délit de « prise illégale d'intérêt » est-il applicable à une personne dépositaire de l'autorité publique, sauf si ce dépositaire vit dans une commune de moins de 3500 habitants et n'obtient pas plus de 16.000 euros d'avantages « indus » dans l'année (article 432-12). On peut comprendre une telle distinction subtile (et d'application combien difficile!), pour des circonstances de pur fait, mais la Loi doit-elle descendre jusqu'à ce genre de considération au risque d'affaiblir sa dimension « morale » ?

Il n'est pas inutile d'ouvrir ici, même si c'est par anticipation, le débat qui agite tant le monde judiciaire sur la vertu supposée supérieure de la Loi, alors qu'elle-même est toujours susceptible d'être soumise à examen critique puisque l'article 8 de la DDHC énonce que « la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires... ». De ce point de vue, toute Loi pourrait être censurée par le Conseil Constitutionnel et, pourquoi pas, *in fine* par la Cour Européenne : pensons aux dispositions de l'article 227-15 du code pénal qui punit le délit d'exposition d'un enfant de moins de six ans dans un lieu public en vue de solliciter la générosité des passants des peines de sept ans de prison et 100.000 euros d'amende quand la « corruption active » n'est, elle, punie que des peines de 5 ans d'emprisonnement et 75.000 euros d'amende! Au regard de la situation actuelle de notre société, il y aurait sans doute encore beaucoup à dire du point de vue de l'égalité entre citoyens quand on sait qu'aux termes de l'article 13 de DDCH : "Pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable; elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés".

Par ailleurs, le thème de « l'égalité » en lui-même traverse plusieurs autres domaines du Droit. Il est certain, par exemple, que la notion générale de " responsabilité pénale des personnes morales, à l'exclusion de l'Etat et des collectivités territoriales qui n'agiraient pas dans le cadre d'activités susceptibles de délégation de service public " (article 121-2 al. 2 C.P.) introduit dans la loi pénale une différence de traitement assez difficile à justifier.

On a pu s'interroger sur l'étendue du champ de responsabilité d'un maire de commune dont le principe de responsabilité rejoint celui de la sûreté dans la mesure où il est attributaire de pouvoirs de police en lien avec ses fonctions. Le principe de précaution introduit dans la Constitution révisée de 1958 a encore amplifié la question. Ainsi, un maire négligent en matière de vérification de la qualité de l'air ou de l'eau ayant pu avoir des conséquences sur la santé de la population pourrait-il être condamné ? A cette question, l'article 2123-34 du Code général des collectivités territoriales répond que le maire (ou l'élu municipal) ne peut être tenu coupable de faits non-intentionnels que s'il est démontré qu'il n'a pas accompli les diligences normales au regard de ses compétences, du pouvoir ou des moyens dont il disposait. Et la Cour de Cassation veille scrupuleusement au respect de cette condition restrictive, au même titre que toute « faute non-intentionnelle ». (C'est sans doute au titre de la maxime « à l'impossible, nul n'est tenu » que l'action engagée le 5 décembre 1994 et visant implicitement le maire de Paris du chef de « mise en danger de la personne humaine » du fait de la pollution de l'air n'a pu aboutir... ! La jurisprudence relative aux accidents survenus dans certaines stations de ski est également très instructive quant au rapport entre responsabilité et moyens réels du maire ou de sa commune).

En matière civile, les points suivants méritent une attention particulière :

* la filiation : il a fallu attendre la loi du 4 mars 2002 pour qu'une égalité de principe soit reconnue aux enfants issus de filiation légitime, naturelle ou adultérine, celle-ci directement sous l'influence de la Cour Européenne (arrêt Mazurek -2000). La filiation adoptive reste, quant à elle, à niveau juridique variable, selon qu'elle est simple ou plénière.

* le mariage vu par la dernière loi du 4 avril 2006 continue de sous-entendre la différence sexuée des futurs époux : « l'homme et la femme ne peuvent contracter mariage avant dix-huit ans révolus ». Evidemment, les partisans du mariage homosexuel donnent de ce texte une interprétation exégétique « non différentialiste ». L'évolution des mœurs actuelles a fini par leur donner raison avec l'adoption de la loi dite du "mariage pour tous" !

* l'adoption est aujourd'hui un sujet brûlant puisque la question est désormais posée de la légalité d'une adoption par un couple d'homosexuels. Or, si la Loi est soumise au contrôle supérieur du Conseil constitutionnel, il ne faut pas oublier qu'elle est au surplus soumise, si l'on ose dire en dernier ressort, au contrôle suprême de « conventionnalité » qu'exerce sur elle la Cour Européenne de Strasbourg. Celle-ci a, dans une décision de 2008, contesté le refus opposé à une personne homosexuelle d'adopter un enfant pour le seul motif de l'absence de référent d'un autre sexe. De là à reconnaître le droit aux couples

homosexuels d'adopter un enfant, il n'y a plus qu'un petit pas et la Loi sur le "mariage pour tous" en a incontestablement ouvert la voie.

*La matière successorale est, quant à elle, riche de différences, selon que l'on considère la situation du conjoint survivant qui mit bien du temps à accéder au rang de successible, (mais toujours avec des droits spécifiques et non égalitaires avec les autres héritiers « légitimes ») ou des héritiers réservataires face à ceux qui ne le sont pas. A vrai dire, la matière est fortement symbolique de l'idée « révolutionnaire » et quelque peu figée de la transmission des patrimoines. Ici, ce n'est pas l'égalité des droits qui prime, pas plus que la liberté du testateur, mais bien la préservation du « patrimoine de famille ».

En droit du travail, le principe de non-discrimination à l'embauche est affirmé avec force, rejoignant ainsi la règle égalitariste des droits posée par les révolutionnaires. Plus généralement, « l'égalité professionnelle » constitue l'un des pivots essentiels de ce droit (article L. 1141-1 Code du Travail C.T.) où l'on voit tout de même que la seule autorité administrative a son mot à dire. (Cf. infra, articles L. 1143-1 C.T.* et 1143-3 C.T.*). Ajoutons à cela le principe encore plus général des « droits et libertés dans l'entreprise » tels qu'énoncé par l'article L. 1121-1 C.T.* Et n'oublions pas que la loi condamne également le « harcèlement moral » dans l'entreprise, signe d'une volonté de protection des plus faibles face à une autorité « tutélaire », ce qui est cette fois bien conforme à une conception judéo-chrétienne de la morale (Cf. articles L. 1152-1* et 1153-1* C.T.). Mais que dire de ce délit très en vogue, dont les éléments constitutifs sont on ne peut plus difficiles à cerner ? (Fort heureusement, le législateur a veillé à « toiletter » le délit de « harcèlement sexuel », sans qu'il soit aisé de distinguer, au gré des circonstances, le permis de l'interdit – article 222-33C.P.)

La lecture de ces divers articles reproduits « infra » est édifiante quant à l'image d'une société profondément inégalitaire dans les faits que la loi s'assigne pour tâche de rendre plus égalitaire. A cet égard, les dispositions prises en faveur des femmes sont absolument révélatrices. (Cf. infra, article 1142-4 C.T.). Globalement, on pourrait dire que le couple « Egalité/Légalité » constitue encore l'un des fondements les plus profondément enracinés de notre système de Droit, à côté du couple « Liberté/Responsabilité ».

* article L.1143-1 C.T. : « Pour assurer l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, les mesures visant à établir l'égalité des chances prévues à l'article L 1142-4* peuvent faire l'objet d'un plan pour l'égalité professionnelle négocié dans l'entreprise.

* article L. 1143-3 C.T. : « Le plan pour l'égalité professionnelles s'applique, sauf si l'autorité administrative s'y oppose, dans des conditions déterminées par voie réglementaire ».

* article L.1142-4 C.T. : « Les dispositions des articles L. 1142-1 et L. 1142-3 ne font pas obstacle à l'intervention de mesures temporaires prises au seul bénéfice des femmes visant à établir l'égalité des chances entre les femmes et les hommes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes... ». (D'où inégalité de droits pour pallier d'éventuelles inégalités de fait !)

* article L.1121-1 C.T. : « Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ».

* article L. 1152-1 C.T. : « Aucun salarié ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel ».

* article L. 1153-1 C.T. : « Les agissements de harcèlement de toute personne dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle à son profit ou au profit d'un tiers sont interdits ».

3°) *La coïncidence normative entre Justice et Morale du point de vue du couple « Fraternité/Solidarité » :*

C'est ici, une fois de plus, la matière pénale qui nous ouvre la voie. Pensons au domaine particulièrement sensible d'une forme exacerbée de « protection collective » des populations les plus faibles avec l'instauration des crimes contre l'espèce humaine que sont le génocide (article 211-1 C.P.) et autres crimes contre l'humanité (article 212-1 C.P.), ou encore le crime d'eugénisme ou de clonage reproductif (article 214-1 C.P.).

La loi sur la presse du 29 juillet 1881 est aussi un bon indicateur d'une volonté de protection collective en ouvrant droit par exemple aux associations de lutte contre le racisme d'agir en justice *proprio motu* (article 48-1). (Ainsi du droit reconnu à de multiples associations dont l'objet porte sur la défense de droits considérés comme fondamentaux et qui peuvent agir en justice, au-delà de la victime, au seul nom de la violation d'un principe). Exemple extrême sans doute du principe de « fraternité-solidarité », le dispositif condamnant le « négationnisme » par application de la « loi Gayssot » (article 24 bis L. 29 juillet 1881).

Pensons encore au domaine très spécifique des lois consacrées à « l'éthique biomédicale » visant à la « protection de l'espèce humaine » (article 511-1 C.P.), à la « protection du corps humain » (articles 511-2 et s. C.P.), ou encore à la « protection de l'embryon humain » (articles 511-15 et s. C.P.). Mais si

de telles lois « scientifiques » ont le mérite d'exister, nul ne peut en mesurer le véritable impact tant les situations qu'elles sanctionnent sont parfois difficiles à identifier. Les âpres discussions sur la légalité ou non des recherches portant sur « l'embryon surnuméraire » sont révélatrices de la difficulté que nous avons à concilier morale et justice dans un domaine aussi délicat. Faudrait-il parler plutôt de « morale scientifique » ?

Au titre des « lois répressives collectives », on peut également rappeler celles qui punissent les faits de terrorisme (article 421-1 C.P.), d'association de malfaiteurs (article 450-1 C.P.) ou infractions commises en bande organisée (article 132-71 C.P.)

Il existe encore toute une série de lois que l'on peut classer au rang des lois de « protection individuelle ». Telles sont les lois répressives de l'abus de faiblesse (article 223-15-2 C.P.), de l'homophobie (conçue comme circonstance aggravante d'un crime ou délit – article 132-77 C.P.), de la discrimination (article 225-1 C.P.), ou encore de non-assistance à personne en danger (article 223-6 C.P.). Chacune de ces infractions ouvre cependant discussion sur les circonstances de fait qui peuvent l'entourer.

L'infraction de « non-assistance » paraît d'autant plus délicate à établir que, d'une part la relation de cause à effet doit être démontrée et que, d'autre part elle s'oppose directement à la « loi Leonetti » sur la non-assistance médicale volontaire, autrement dit « l'euthanasie passive » comme on la qualifie parfois. Quant à l'interdiction d'une interruption de grossesse (article 223-10 C.P.), on voit qu'elle est fortement « cantonnée » par la faculté donnée à la femme enceinte de provoquer une interruption volontaire de grossesse sous la double condition de se trouver en état de détresse et de n'avoir pas atteint le seuil de la 12^{ème} semaine de grossesse. Affaire de pure circonstance à laquelle s'ajoute la clause de conscience du médecin !

Citons encore, au titre de la « fraternité-solidarité », la loi répressive du 18 mars 2003 en matière de « conditions de travail et d'hébergement contraires à la dignité de la personne » (article 225-13 C.P.) ou encore le statut juridique protecteur accordé aux personnes handicapées à travers la Convention des Nations-Unies rendue applicable en France à compter du 22 janvier 2011. Hormis ces cas particuliers, les lois de protection individuelle sont extrêmement nombreuses dans le sens de la protection due par exemple à la fonction exercée, dès lors qu'il s'agit d'une fonction représentative de l'autorité, ou à un état de minorité supposé plus faible. (Cf. supra « Egalité/Légalité »).

Sur le terrain purement contractuel, un arrêt en date du 26 septembre 2007 rendu par la chambre commerciale de la Cour d'Appel de Nancy illustre

la relativité de la force généralement accordée aux « conventions légalement formées entre les parties ». En l'espèce, une société N... avait conclu en 1998 un contrat de « fourniture de vapeur » avec la SNC S..., soit antérieurement à la législation applicable aux quotas d'émission de gaz à effet de serre ; or, le système d'échange de quotas mis en place en droit interne en 2004-2005 a procuré de substantiels bénéfices à la société S..., de l'ordre de 3 à 4 millions d'euros pour la seule année 2005, au titre des revenus tirés de la revente de quotas excédentaires, ce que les parties n'avaient pu prévoir lors du contrat souscrit en 1998. Considérant que la circonstance nouvelle introduite par la loi avait pu porter une « atteinte inéquitable » aux intérêts de la société N..., mais aussi que le contrat litigieux avait eu pour finalité (sinon objet) de réduire les émissions de gaz polluants et cela au profit de l'intérêt général « au-delà des intérêts particuliers de chacun », la Cour invite les parties à renégocier le contrat initial. Et les juges d'appel d'affirmer que « l'éthique individualiste doit céder partiellement le pas à une justice contractuelle faite de solidarité ». C'est dire que la « loi contractuelle » se trouve placée sous le contrôle, non seulement de l'exécution de bonne foi mais aussi d'un intérêt général supérieur à l'intérêt des parties. Et cela au nom de la solidarité !

Enfin, n'oublions pas que le sort des victimes fait l'objet d'une attention soutenue que ce soit à travers les « commissions d'indemnisation des victimes d'infraction », l'instauration plus récente d'un juge « délégué aux victimes » ou l'intervention des victimes dans le contentieux de la détention.

Un projet de loi actuellement à l'étude consisterait à étendre à la victime le droit de faire directement appel d'une décision de relaxe ou d'acquiescement. Une telle réforme, si elle était adoptée, légitimerait une forte intrusion de la justice privée dans le fonctionnement de la justice publique. N'irait-ce pas à l'encontre de la « vertu pacificatrice » de la Justice ? Ce serait sans doute l'aboutissement ultime (et destructeur ?) de la reconnaissance du droit déjà largement accordé aux associations. Dans un tel concert de réformes, on voit assez mal ce qui peut encore justifier la résistance du législateur à la reconnaissance des « actions de groupe » autrement qualifiées « class actions » ?

4°) *La coïncidence normative entre Justice et Morale du point de vue du couple « propriété-sûreté » :*

Il est vrai que le lien entre « propriété » et « sûreté » n'est pas commode à établir en ligne directe. Nous nous bornerons ici à vérifier sous quelles formes ce lien peut continuer d'exister.

Typiquement révolutionnaire, le concept de « propriété/sûreté » est proclamé immédiatement après celui d'égalité (article 1 DDHC.), et à côté de ceux de

liberté et résistance à l'oppression (article 2 DDHC). Et l'article 17 DDHC. de rappeler avec force que « la propriété (est) un droit inviolable et sacré... » ! Toutefois, pour inviolable et sacré qu'il soit, le droit de propriété ne saurait être absolu. On se souviendra de cette ancienne décision qui condamna le propriétaire d'un sol pour avoir élevé sur son terrain des perches très hautes afin d'en interdire le survol, excipant par là de son droit exclusif de propriété ! Il faudrait y ajouter, au titre de la protection de l'environnement, l'interdiction pour le propriétaire d'un terrain de détourner à son usage personnel (égoïste ?) le cours naturel d'une rivière, au détriment du droit des riverains d'en bénéficier. Manifestement, la même interdiction n'existe pas à l'égard de l'Administration qui, à la grande époque du remembrement, n'a pas hésité à couper « au droit » nombre de lits de rivière pour faciliter l'irrigation des terres environnantes sans même avoir recueilli l'assentiment des « propriétaires-usagers » de ces bras de rivière transformés du même coup en bras morts...

Nous avons vu à quel point ce droit « inviolable et sacré » de la propriété continue de peser sur le système de transmission successorale. Et il nous faut à présent tenir compte de l'instauration, par une loi du 5 mars 2007, du "droit opposable au logement", sorte de droit de "revendication" d'une propriété qui n'est pourtant pas la sienne... Le droit de propriété appelle en outre des protections particulières, dont on trouve la traduction à travers les cas de « légitime défense » énoncés par la loi pénale. C'est ainsi que l'article 122-5 alinéa 2 C.P. affirme :

« N'est pas pénalement responsable la personne qui, pour interrompre l'exécution d'un crime ou d'un délit contre un bien, accomplit un acte de défense, autre qu'un homicide volontaire, lorsque cet acte est strictement nécessaire au but poursuivi dès lors que les moyens employés sont proportionnés à la gravité de l'infraction ». Tout aussitôt, l'article 122-6 de préciser : « Est présumé avoir agi en état de légitime défense celui qui accomplit l'acte : 1° Pour repousser, de nuit, l'entrée par effraction, violence ou ruse dans un lieu habité 2° Pour se défendre contre les auteurs de vols ou de pillages exécutés avec violence. », ce qui revient à établir une présomption d'illégalité sans même que soit maintenue la notion de proportionnalité entre l'attaque et la riposte, contrairement à ce qu'exige l'article 122-7 du C.P. : « N'est pas pénalement responsable la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace ».

Cette disposition a pu en son temps « asseoir » le verdict d'acquiescement de la cour d'Assises de Nouméa devant qui comparurent en octobre 1987 cinq accusés d'assassinats au soutien desquels la défense avait plaidé un état de

« légitime défense préventive » en faisant valoir que ceux-ci n'avaient fait que se protéger « par anticipation » contre les agissements de canaques indépendantistes qui procédaient depuis plusieurs jours à l'incendie systématique des maisons qu'occupaient leurs amis dans la vallée de la Hienghène. Manifestement, outre le caractère scabreux de la notion de « légitime défense préventive », on ne s'est pas trop interrogé sur le caractère proportionné ou non entre la gravité de la menace supposée et les moyens mis en œuvre (fusillade meurtrière faisant suite à une embuscade soigneusement mise au point).

On ne peut par ailleurs faire l'impasse sur le dispositif spécial de l'article 122-4 C.P. aux termes duquel : N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires... (ou) ...qui accomplit un acte commandé par l'autorité légitime, sauf si cet acte est manifestement illégal ». Un tel dispositif est source de bien des contentieux quand un homicide - volontaire ou non - est commis par un représentant de la loi dans le cadre du maintien de l'ordre...

Le vieux décret de 1903 portant organisation de la Gendarmerie nationale, repeint aux couleurs de l'assimilation police-gendarmerie dans le cadre de la loi du 3 août 2009, apporte un éclairage intéressant sur la légitimité de l'usage de la force (et notamment des armes) par les représentants de l'ordre. Contrairement à ce que certains soutiennent, le dispositif actuel ne leur confère pas un « état présumé de légitime défense », de sorte que la légitimité de la riposte devrait toujours être appréciée par le juge en fonction des circonstances et d'un certain degré de proportionnalité entre la riposte et l'agression. D'ailleurs, l'article 9 du décret du 18 mars 1986 portant « code de déontologie de la police nationale » énonce : « lorsqu'il est autorisé par la loi à autoriser la force et, en particulier, à se servir de ses armes, le fonctionnaire de police ne peut en faire qu'un usage strictement nécessaire et proportionné au but à atteindre ». Et l'article 431-3 du C.P. de préciser, en matière de lutte contre les « attroupements » : « ... Toutefois, les représentants de la force publique appelés en vue de dissiper un attroupement peuvent faire directement usage de la force si des violences ou voies de fait sont exercées contre eux ou s'ils ne peuvent défendre autrement le terrain qu'ils occupent... »

Que dire de la légitimité de l'action judiciaire engagée par les familles de soldats victimes de la guerre en Afghanistan pour mettre en cause le commandement militaire à l'occasion d'une opération qui a mal tourné... ? Ce qui peut être incriminé en pareil cas serait d'avoir engagé une opération de guerre sans les précautions minimales préalables à toute opération de ce genre (notamment, repérage des unités ennemies sur le terrain, par exemple). Pourrait-on aller jusqu'à la mise en cause du commandement pour avoir engagé des unités

en force manifestement insuffisante ? Ce serait tout simplement la remise en cause du fait même de guerre.

Au-delà de ces situations « hors norme », on a vu se multiplier les lois protectrices dans des domaines investis par les nouvelles technologies de l'informatique, dont la loi dite « Hadopi » du 28 octobre 2009 constitue une sorte d'archétype. En réalité, ces lois s'inscrivent dans le prolongement de la sacro-sainte protection du droit de propriété, en l'espèce la protection de la propriété intellectuelle. Comment concilier ce droit de « propriété » avec celui de « liberté » ? Tel est aujourd'hui le débat lancé par un groupe tel « qu'Anonymus » !

Dans un tout autre domaine, on voit émerger à côté des atteintes classiques portées à ce droit -le vol, l'abus de confiance, l'escroquerie pour ne citer que les plus courantes- des atteintes infiniment plus subtiles telles que le « blanchiment d'argent » dont la définition assez délicate est donnée par l'article 324-1 du C.P. : « Le blanchiment est le fait de faciliter, par tout moyen, la justification mensongère de l'origine des biens ou des revenus de l'auteur d'un crime ou d'un délit ayant procuré à celui-ci un profit direct ou indirect ». Il est symptomatique de noter que, défiant le principe de présomption d'innocence tout autant que celui de propriété, la loi a prévu la possibilité pour l'autorité judiciaire de procéder à titre conservatoire à un « gel des avoirs » en cas de soupçon d'acte frauduleux en lien avec une infraction commise, notamment, « en bande organisée » (article 706-103 C.P.P.).

Quant à la « sûreté » proprement dite, la question se pose ici de savoir jusqu'à quel point son exigence peut justifier la multiplication des caméras de surveillance aux quatre coins de rue et des fichiers de toutes natures. Et l'on n'oubliera pas que la Déclaration des Droits de l'Homme proclame dans le même temps le droit à la « résistance à l'oppression » (article 2).

En bref, une juxtaposition idéale entre Justice et Morale est loin d'être acquise si l'on tient compte du fait que l'une et l'autre luttent en permanence pour la recherche d'un équilibre entre droits souvent « antagonistes ».

5°/ la Justice face à la Vérité :

Il est de fait que nos concitoyens sont de plus en plus demandeurs de « vérité », fut-ce parfois au mépris de l'inévitable « raison d'Etat »... Il convient ici de vérifier si la Justice peut s'accommoder du mensonge, quelle est son action pour la recherche de la vérité, et ce qui peut la différencier sur ces deux points de la Morale.

a) Justice et Mensonge :

S'il est peut-être exagéré de dire que la Justice ment, il est en revanche certain que l'on ment à la Justice. Le comble étant que le mensonge hissé au niveau judiciaire devient une vérité : *res judicata pro veritate habetur* ! Autrement dit, ce que proclame la Justice doit être tenu pour la Vérité, même s'il s'agit de mensonge ! La distance prise ici par la Justice avec la Morale est on ne peut plus grande. L'affaire d'Outreau restera dans la mémoire collective le triste symbole de cette distance.

Il est classique de rappeler que le simple mensonge n'est pas en soi répréhensible au regard de la Justice. Ce que la Justice réprime, c'est un mensonge d'une certaine intensité, un mensonge « qualifié » en quelque sorte comme en matière d'escroquerie... Le « faux » constitue sans nul doute en droit l'archétype du mensonge. Encore doit-il être « circonstancié » en tant qu' « altération frauduleuse de la vérité de nature à causer un préjudice... » (article 441-1 C.P.). Il constitue souvent à ce titre le premier terme du délit d'escroquerie. Toutefois, la Justice tente d'opérer un rapprochement avec la Morale par l'instauration de nombreuses voies de recours, si nombreuses en vérité (!) qu'elles suscitent parfois un sentiment d'incompréhension. On évoque aujourd'hui la perspective d'un projet de loi qui permettrait à une victime d'interjeter appel d'une décision de relaxe ou d'acquiescement prise en faveur d'un prévenu ou d'un accusé. Si elle peut se concevoir au plan de l'équilibre des droits entre les parties, une telle perspective pourrait ouvrir la voie à une remise en cause systématique des décisions de justice et aller au soutien, redoutable, d'une forme de justice privée !

b) Justice et Vérité :

La Justice dispose cependant de certains moyens de nature à réduire la distance qui peut séparer la Morale de la Vérité. La complicité est l'un de ces moyens qui consiste à réprimer celui qui aide, assiste, facilite ou provoque à la commission d'un crime ou d'un délit, donc à punir celui qui se dissimule derrière l'auteur apparent et qui pourra être puni comme s'il était lui-même auteur de l'infraction. Ainsi, le complice se substitue juridiquement (sans toutefois le remplacer !) à l'auteur (art. 121-6 et 121-7). La tentative constitue un autre moyen d'atteindre le malfaiteur avant même qu'il ne passe à l'acte. Faut-il, toutefois, qu'il ne se soit pas contenté de simples « manœuvres préparatoires » et soit entré dans le champ d'un véritable « commencement d'exécution ». (Se procurer une cagoule est une simple manœuvre préparatoire, la porter sur soi pour aller faire un hold-up est un commencement d'exécution !). Pourrait-on soutenir, selon notre droit positif actuel, que la seule participation à un entraînement armé serait susceptible de constituer la tentative d'un acte terroriste et ce, quelle que soit au demeurant l'intention véritable ou le mobile de celui

qui s'adonne à cet entraînement ? Les dispositions de l'article 421-2-1 du code pénal nous fournissent sur ce point une précieuse - mais non décisive - indication : « Constitue également un acte de terrorisme le fait de participer à un groupement ou à une entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'un des actes de terrorisme mentionnés aux articles précédents ». Mais que peut être une « préparation caractérisée par un ou plusieurs faits matériels » ? C'est sans doute pour répondre à cette interrogation que le législateur prépare une nouvelle disposition faisant suite à l'affaire Mohamed Merah, bien que la loi ne soit pas totalement muette (contrairement à ce qui a été hâtivement soutenu) sur l'aspect répréhensible d'agissements antérieurs, toute la question étant de savoir si de tels agissements peuvent être considérés comme de simples « manœuvres préparatoires » ou comme un « commencement d'exécution ». On voit bien là que le champ interprétatif de la loi actuelle rend la réponse hasardeuse.

La dénonciation calomnieuse est un autre délit destiné à réprimer une accusation mensongère (ou reconnue comme telle !), de même que la diffamation si ce n'est que l'auteur de propos diffamatoires (de nature à porter atteinte à la considération d'un tiers) peut rapporter la preuve de la vérité du fait diffamatoire à moins que celui-ci ne concerne un aspect de la vie privée... Objet d'un âpre débat, réactualisé par « l'affaire Bettencourt », la question se pose souvent de savoir si l'on peut utiliser un moyen « occulte » (procédé qualifié de « déloyal ») pour produire en justice un élément supposé faire preuve ? La jurisprudence de la Cour de cassation est bien fixée sur ce point et s'inscrit en droite ligne de l'énoncé de l'article 427 C.P. en vertu duquel : « Hors les cas où la loi en dispose autrement (!), les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve et le juge décide d'après son intime conviction ». La seule limite apportée aux moyens de preuve réside dans la production d'éléments de preuve obtenus de manière déloyale par les services officiels d'enquête (la recherche de « fadettes » par les services d'enquête au détriment du secret des sources journalistiques est donc tout-à-fait condamnable, sauf à démontrer l'existence d'un péril national !). Le « testing » ou l'enregistrement clandestin de conversations par un particulier sont tout-à-fait admis par la jurisprudence et simplement laissés à la libre appréciation du juge quant à leur caractère probatoire. Cela n'empêche pas la même jurisprudence de condamner (« à titre privé » ?) celui qui obtient un moyen de preuve par ce procédé clandestin.

Soucieuse de faciliter la vérité devant une juridiction tout en protégeant un témoin « accusateur », la loi prévoit de protéger son anonymat, lequel ne pourra être levé que sous certaines conditions très strictes (articles 706-57 et s. et 706-63-1 C.P.). Dans cette recherche de vérité, il convient de donner une place toute particulière mais essentielle aux lois relatives à la prescription, qui

témoignent de plus en plus d'une suprématie de la mémoire sur la vertu de l'oubli : de façon générale, on sait qu'il existe aussi bien en matière pénale que civile des causes de suspension et d'interruption de prescription, mais la matière pénale offre depuis ces dernières années un champ expérimental de nouvelles prescriptions qui témoignent, ô combien, du combat sans merci que se livrent jour après jour devoir de « mémoire » et vertu de l' « oubli ».

Pour faire bref, disons qu'entre l'imprescriptibilité des crimes de guerre et la prescription criminelle de dix ans, se sont faufilees des prescriptions délictuelles pouvant atteindre jusqu'à vingt ans d'emprisonnement (blanchiment, délit d'initié, agressions sur mineur, trafics délictuels de stupéfiants), soit une durée de prescription plus longue que celle applicable à un crime !

Il ne faut pas sous-estimer à ce stade le rôle déterminant que peut jouer la jurisprudence dans le rapprochement entre Justice et Morale (ou entre Droit et Morale). D'une part en effet, la jurisprudence de la Cour de cassation abonde dans le sens de l'allongement du délai de la prescription puisqu'elle fixe son point de départ au jour où la victime supposée a été en mesure de connaître l'existence de faits qui ont pu lui causer préjudice ou du jour où le parquet a été en mesure d'agir. C'est la position bien connue en matière d'abus de biens sociaux que la classe politique a tenté de contourner à plusieurs reprises en imaginant un système « préfixe » de calcul de prescription... Cette position très ferme de la Cour répond en écho à l'adage bien connu des latinistes : « *contra non valentem agere, non currit praescriptio* »... (C'est ce même adage qui a servi de fondement à la constitution de partie civile d'une victime, à la suite du célèbre arrêt Laurent-Athalin de 1906).

Il est vrai cependant que ce principe peut ouvrir la voie à des situations très problématiques, telle que celle de cette femme qui se dirait victime d'un viol ancien qu'elle n'aurait pas été en mesure de dénoncer dans le délai légal de prescription (ce délai fût-il considérablement allongé par la loi) en raison d'une perte prolongée de mémoire sur les faits. Si l'on suit le raisonnement habituel de la Cour pour apprécier le moment où débute le délai de prescription, on en arrive dans cette hypothèse extrême à reconnaître la possibilité d'une prescription « à la carte ». (Pareille situation vient d'être soumise à l'examen de la Cour de cassation qui a jugé préférable de se "replier" sur le principe de la durée de prescription classique).

Encore faut-il préciser que la « jurisprudence » dont on parle n'est pas le seul fruit des décisions de juridictions françaises mais aussi, et de plus en plus, le produit de décisions prises par des instances nationales supérieures (Conseil constitutionnel), européennes (Cour Européenne des Droits de l'Homme, Cour de Justice de l'Union Européenne), voire internationales (convention de

l'ONU instaurant le Tribunal Pénal International de La Haye pour les crimes commis en ex-Yougoslavie).

Dans son rôle traditionnel de gardien de la constitutionnalité de la loi, c'est le Conseil constitutionnel qui vient de déclarer contraire à la Constitution la loi « mémorielle » réprimant le négationnisme du génocide arménien, décision qui fait dire à certains qu'elle pourrait conduire à terme à l'abrogation de la Loi Gayssot (Mais on oublie que celle-ci s'inscrit dans le prolongement d'une « vérité judiciairement établie » par le tribunal international de Nuremberg concernant le génocide juif). La vérité du fait historique devient ainsi un enjeu de politique internationale, mais a-t-elle vraiment sa place dans un rapport entre « loi et morale » ? Peut-on admettre l'existence de lois purement « morales » prises au nom de « vérités prétendument historiques » ? Ou encore : revient-il à la Loi de statuer sur la réalité d'un fait historique ? C'est ce qu'a voulu précisément censurer le Conseil.

Quoi qu'il en soit, la multiplication des voies de recours internes ou « externes » qui intègre la possibilité d'une révision (article 622 C.P.P.), voire du réexamen d'une condamnation qui aurait été prise en violation des dispositions de la Convention Européenne des Droits de l'Homme dès lors que « satisfaction équitable » ne pourrait être donnée par la seule censure de la Cour Européenne (article 626-1 C.P.P.), montre à quel point la Loi d'aujourd'hui se soucie à la fois de Justice et de Vérité et que ce souci tient compte non seulement des lois internes mais aussi des « lois externes ». Autant d'exemples qui témoignent d'une volonté certaine de la Loi de permettre à la Justice de s'approcher le plus possible de la Vérité et de satisfaire ainsi à la Morale platonicienne !

Nous pourrions conclure ce premier chapitre en constatant que la distance qui sépare Justice et Morale à travers la Loi se lit dans l'alliance imparfaite entre un droit marqué par l'individualisme (« nominaliste », pourrait-on dire) et un droit mû par le souci d'une protection collective, et dire que l'évaluation de cette distance est rendue particulièrement délicate par le caractère évolutif et nécessairement instable de l'un et de l'autre.

L'on ne peut enfin oublier qu'entre Justice et Morale, se glisse un troisième acteur : l'opinion. N'est-ce pas en définitive à elle que devrait revenir le dernier mot ? Ce qui signifierait que "l'opinion" pourrait s'ériger en censeur de la Loi ? Mais de quelle « opinion » parlons-nous ? L'évolution des sociétés nous oblige à introduire dans notre propos ce qui pourrait s'apparenter à une « opinion européenne » par opposition à une opinion purement « nationale ».

Quelle que puisse être, en effet, la pertinence des observations qui précèdent, il reste qu'un domaine « producteur » de justice échappe plus ou moins à la seule compétence des juridictions françaises. Il faut bien ici faire la place qui lui revient désormais à ce que l'on pourrait qualifier de « justice supra-nationale » : car ne nous y trompons pas : les lois et la jurisprudence auxquelles nous avons fait référence ne sont jamais que l'expression d'un droit national qui tend à se réduire comme peau de chagrin, malgré la profusion des textes qui ne cessent de nous assaillir. Force nous est aujourd'hui d'évoquer ce « droit national » comme n'étant que la composante d'un « droit supra-national » dont il ne représenterait plus qu'un morceau plus ou moins bien « intégré ». On peut d'ailleurs prédire que d'ici quelques années, les droits nationaux des divers pays composant l'Europe ne seront plus que le catalogue de dispositions réglementaires d'application d'un droit supra-national européen à moins que d'ici là l'Europe ne soit déclarée en faillite ! Il est en tout cas cocasse de voir à quel point le législateur lui-même et certains magistrats en charge de l'application de la loi semblent ne pas avoir pris pleinement conscience de cette réalité incontournable qui s'impose à eux et que rappelle opportunément l'article 55 de notre Constitution, à savoir que les textes produits par les divers traités auxquels notre pays a adhéré ont désormais force supérieure à nos lois internes.

Nous avons déjà donné plus haut un certain nombre d'exemples qui montrent la force de pénétration de ce « droit européen ». Notre réflexion se limitera ici à voir dans quelle mesure ce « droit supranational » correspond à la conception que l'on peut se faire d'une authentique « morale judiciaire ». Avant toute chose, il n'est pas inintéressant d'examiner les chemins empruntés par ce nouveau droit européen pour se hisser au niveau incontesté qui lui est à présent, bon gré mal gré, reconnu.

On s'aperçoit alors que c'est la Convention Européenne dite de « sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales » en date du 4 novembre 1950 publiée en France par le décret du 3 mai 1974 (un quart de siècle pour proclamer un droit aux libertés fondamentales en Europe dans un pays qui s'enorgueillit d'être celui des libertés... !) qui a ouvert la voie à la construction d'un droit européen « universaliste » prenant appui sur la Déclaration universelle des Droits de l'homme proclamée par l'assemblée générale des Nations unies le 10 décembre 1948. Une lecture attentive de la déclaration d'intention de cette Convention de 1950 nous apprend qu'il s'agit, en considération d'un « patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit », de « prendre les premières mesures propres à assurer la garantie collective de certains des droits énoncés dans la Déclaration universelle ».

La déclinaison de ces premières mesures est simple dans leur annonce :

- Respect des droits de l'homme (article 1),
- Droit à la vie (article 2),
- Interdiction de la torture (article 3),
- Interdiction de l'esclavage et du travail forcé (article 4),
- Droit à la liberté et à la sûreté (article 5),
- Droit à un procès équitable (article 6),
- Pas de peine sans loi (qui n'est autre que l'énoncé du principe bien connu de «légalité» des délits et des peines (article 7),
- Droit au respect de la vie privée et familiale (article 8),
- Liberté de pensée, de conscience et de religion (article 9),
- Liberté d'expression (article 10),
- Liberté de réunion et d'association (article 11),
- Droit au mariage (article 12),
- Droit à un recours effectif (article 13),
- Interdiction de discrimination (article 14),
- Dérogation en cas d'état d'urgence (article 15),
- Restriction à l'activité politique des étrangers (article 16),
- Interdiction de l'abus de droit (article 17),
- Limitation de l'usage des restrictions au droit (article 18),

auxquelles il convient d'ajouter un certain nombre de « protocoles additionnels » portant notamment sur la « protection de la propriété », le « droit à l'instruction », le « droit à des élections libres », « l'interdiction de l'emprisonnement pour dette », la « liberté de circulation », « l'interdiction de l'expulsion des nationaux », « l'interdiction des expulsions collectives d'étrangers », « l'abolition de la peine de mort », « le droit à un double degré de juridiction en matière pénale » ou encore « le droit d'indemnisation en cas d'erreur judiciaire ». (Sans doute par sursaut d'orgueil, la France a-t-elle émis un certain nombre de réserves sur l'adoption de certaines de ces mesures, visant notamment les conditions de mise en œuvre des articles 5, 6, 10 et 15 susmentionnés.).

Quoi qu'il en soit, il est certain que chacune des mesures énoncées donne lieu à une jurisprudence abondante et le plus souvent très motivée de la Cour Européenne en charge de veiller à la bonne application par les Etats concernés de la Convention en question. Et il convient de rappeler que la Convention s'applique désormais à pas moins de 47 pays composant l'espace européen lar-

gement entendu (de l'Atlantique à l'Oural aurait pu dire le général de Gaulle) et favorise désormais l'émergence d'un droit fondamental nouveau qui place chacun de ces pays en face de ses responsabilités. Pour ne prendre qu'un seul exemple parmi les plus notoires, rappelons que c'est sous l'impulsion directe de la CEDH que vient d'être réformé en France le système de la « garde à vue » au nom du respect du principe de la présomption d'innocence et d'une procédure équitable, ce qu'a fini par consacrer après bien des tergiversations la Cour de cassation elle-même à la faveur de la série d'arrêts prononcés le 15 avril 2011 en Assemblée plénière. Pour en arriver là, il aura fallu une véritable « salve d'arrêts-boutoir » de la CEDH qui, par une série de condamnations de la Turquie notamment, a conduit à considérer comme indispensable à la validité d'une procédure la possibilité notifiée au gardé à vue de se faire assister et de pouvoir être assisté à tout moment de sa garde à vue par un avocat (arrêts Salduz-27/10/2008, Danayan-13/10/2009, Aktas-20/10/2009, Savas-8/12/2009). En application, au moins implicite, de ces arrêts, les décisions de l'Assemblée plénière ont eu ceci de remarquable qu'elles se sont imposées au législateur dès leur prononcé et cela sans même attendre la recommandation du Conseil constitutionnel qui s'était antérieurement prononcé en faveur d'une application reportée dans le temps (1^{er} juillet 2011) au prétexte de sécurité juridique, motif qu'avait d'abord admis la Chambre criminelle, curieuse position s'agissant d'une question de protection des libertés considérée comme fondamentale par la Convention européenne et à laquelle l'Assemblée plénière a fort opportunément mis un terme.

Une chose est sûre : la bataille fut rude en raison même d'une résistance acharnée de la plupart des juridictions françaises qui refusèrent de s'incliner devant un traité pourtant supérieur à la Loi.

Les exemples ne manquent pas de prises de position casuelles de la Cour Européenne et qui constituent autant de « points de repère » autour desquels doit s'ordonner la jurisprudence des tribunaux français et la loi elle-même. C'est ainsi que la CEDH a condamné, le 14 octobre 2013, la France qui avait fait expulser des familles de nomades de leur campement au motif d'une "atteinte disproportionnée au respect de la vie privée". (Cf. arrêt Winterstein). Citons encore à cet égard, l'une des toutes dernières décisions de la CEDH selon laquelle la « perpétuité réelle » n'est pas assimilable à une « torture » qui serait condamnable au titre de l'interdiction de traitement inhumain tel qu'énoncé par la Convention dans son article 3 (décision du 17 janvier 2012 – Harkins § Edwards c/ Royaume-Uni). Il est indéniable que cette décision ne peut qu'encourager la mise en œuvre de lois privatives de liberté extrêmement sévères puisque la Cour estime qu'une perpétuité « réelle » est parfaitement compatible avec la Convention.

Là ne s'arrête pas le domaine d'intervention de ce que l'on peut qualifier de droit « supra-national ».

L'Union Européenne elle-même n'est pas en reste, qui s'est dotée le 7 décembre 2010 d'une « Charte » destinée à « renforcer la protection des droits fondamentaux à la lumière de l'évolution de la société, du progrès social et des développements scientifiques et technologiques » (préambule § 4). La lecture du paragraphe 5 du préambule de la Charte est édifiante, qui entend réaffirmer, « dans le respect des compétences et des tâches de la Communauté et de l'Union, ainsi que du principe de subsidiarité, les droits qui résultent notamment des traditions constitutionnelles et des obligations internationales communes aux Etats membres, du traité sur l'Union européenne et des traités communautaires, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, des Chartes sociales adoptées par la Communauté et par le Conseil de l'Europe, ainsi que de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes et de la Cour européenne des droits de l'homme ». Autant dire qu'avec pareil environnement juridique, la loi française et la jurisprudence qui la sous-tend n'ont qu'à bien se tenir ! L'évolution historique de l'Union européenne est d'ailleurs riche d'enseignement sur cette « philosophie européenne » originale qui emprunte à diverses sources de droit tout en se dotant d'une charte qui se veut singulière.

Un regard sur cette évolution historique n'est pas inutile : sans remonter jusqu'à la nuit des temps, on peut rappeler que « l'idée européenne » n'est pas récente et a été d'abord portée par une volonté de paix affirmée par les plus grands penseurs (citons le « Plaidoyer pour la paix » de Erasme en 1516, le « Projet pour rendre la paix perpétuelle en Europe » de l'abbé Saint-Pierre en 1712, l'« Essai sur la paix perpétuelle » de E. Kant en 1795). Cette volonté de paix s'est progressivement orientée vers une recherche d'Europe institutionnalisée ainsi : « De la réorganisation de la société européenne » par le comte de Saint-Simon en 1814, puis l'appel lancé par Victor Hugo en 1849 en faveur des « Etats-Unis d'Europe », repris à distance par Winston Churchill en 1946.

Ce plaidoyer pour une « *pax europeana* » s'est naturellement nourri des grands conflits « intra-européens » et la fin de la Seconde Guerre mondiale a vu émerger l'ébauche d'une Union d'Etats européens fondée d'abord sur une coopération économique renforcée : Organisation Européenne de Coopération Economique - 1948, Communauté Economique du Charbon et de l'Acier - 1952.

On sait que le traité de Rome a ouvert ensuite la voie au « Marché commun » avec la création en 1957 de la « Communauté Economique Européenne ». Depuis lors, les grandes étapes de la construction européenne sont restées

étroitement marquées par cette volonté de fonder l'Europe sur une assise prioritairement économique. A preuve, « l'Acte Unique Européen » instaurant en 1987 la « libre circulation des capitaux et des services » et débouchant sur la mise en place du « Conseil Européen » auquel adhèrent aujourd'hui 27 Etats. Applicable à compter du 1er novembre 1993, le « traité de Maastricht » s'est efforcé de prendre quelque distance avec cette vision purement économiste en remplaçant la « Communauté Economique Européenne » par « l'Union Européenne » et en édifiant un (3ème) pilier « Justice et Affaires Intérieures » consacré à la coopération policière et judiciaire en matière pénale.

Puis le « traité d'Amsterdam » adopté en 1997 a instauré au titre d'une « compétence partagée » un « espace de liberté, de sécurité et de justice » et annoncé la création d'une monnaie européenne unique, devenue effective le 1er janvier 1999. C'est ensuite le « traité de Nice » qui entérina la « Charte des droits fondamentaux » du 7 décembre 2000 puis le « traité de Lisbonne » qui lui conféra force contraignante en instaurant la « Cour de Justice de l'Union Européenne » aux lieux et place de la « Cour de Justice des Communautés Européennes » et se donnera comme objectif l'élaboration d'une « gouvernance économique » pour « favoriser la croissance, l'emploi et le développement durable ». Il n'échappe à personne que la « Commission Européenne » siégeant à Bruxelles constitue dans la réalité des faits le fer de lance d'une politique économique unifiée pour laquelle le Parlement Européen ne dispose toujours pas de l'initiative législative.

Parallèlement à cette succession de traités propre à donner le vertige et dont on voit bien que le ressort premier repose sur une vision prioritairement « économiste » de l'Europe, de nombreuses conventions sont venues compléter cet arsenal juridique en le réorientant vers des préoccupations plus « humanistes » (Convention européenne pour la prévention de la torture entrée en vigueur le 1er février 1989, Convention européenne pour la répression du terrorisme entrée en vigueur le 22 Décembre 1987, Convention européenne relative au dédommagement des victimes d'infractions violentes entrée en vigueur le 1er juin 1990, Convention d'application de l'Accord de Schengen enfin entrée en vigueur en ordre dispersé à partir du 19 juin 1990 et à laquelle sont désormais parties, outre la France, l'Allemagne, la Belgique, le Luxembourg, les Pays-Bas, l'Espagne, l'Italie, le Portugal et la Grèce et qui installe une liberté de circulation dans la zone des pays concernés mais aussi une coopération policière renforcée dans cette même zone comportant un « droit de surveillance » et un « droit de suite »). L'adoption par les Etats de l'Union, selon la « décision-cadre » du 13 juin 2002, d'un « mandat d'arrêt européen » est une autre marque de cette forme « d'eupéanisation » du droit.

Il suffit enfin de parcourir les chapitres de la Charte des droits fondamentaux

de l'Union Européenne pour se convaincre que, sous des intitulés génériques tels que dignité (chapitre I), libertés (chapitre II), égalité (chapitre III), solidarité (chapitre IV), citoyenneté (chapitre V), justice (chapitre VI), elle innove en réalité fort peu au regard de la Convention Européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et fait plus souvent figure de « doublon » par rapport à elle. Il est du reste symptomatique de lire au chapitre VII des « dispositions générales » que « dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite Convention (sic) ». On observera avec amusement que la Charte précise : « Cette disposition ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue (!) (article 52 § 3) ». Et encore : « Aucune disposition de la présente Charte ne doit être interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et libertés fondamentales reconnus, dans leur champ d'application respectif, par le droit de l'Union, le droit international et les conventions internationales auxquelles sont parties l'Union, la Communauté et tous les Etats membres, et notamment la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que par les constitutions des Etats membres » (!) (article 53). Il résulte de cette architecture pour le moins complexe que deux juridictions « européennes » ont désormais compétence « parallèle » pour statuer sur le contenu des droits fondamentaux reconnus aux citoyens européens : la Cour de Justice de l'Union Européenne à Luxembourg et la Cour Européenne des droits de l'homme siégeant à Strasbourg. Au titre de cette « compétence parallèle », c'est la Cour Européenne de Strasbourg qui a le dernier mot, comme le reconnaît implicitement la Charte de l'Union européenne.

Les exemples (venant toujours d'en haut !) sont nombreux pour montrer le rôle déterminant de la CEDH dans l'évolution de nos règles de droit comme de notre jurisprudence. Outre les quelques exemples déjà cités, on pourrait aussi faire référence aux questions récurrentes telles que celle de « l'égalité des armes » (conduisant à l'abolition du privilège exorbitant d'un droit d'appel réservé au procureur général), ou du « tribunal impartial » (qui a conduit hier la Cour de cassation à censurer la participation à la formation de jugement d'un juge des libertés et de la détention du fait de son intervention au stade du contentieux préalable de la détention dans une procédure de comparution immédiate et, plus récemment encore pour ce même motif, le Conseil constitutionnel a censuré la présence du juge des enfants en qualité de président de sa juridiction lorsqu'il est à l'origine de la saisine - décisions du 8 juillet et 4 août 2011). Rappelons encore que c'est aussi sous l'influence déterminante de la CEDH (affaire Kruslin/Huvig) qu'une loi de 1991 a rendu obligatoire le placement

des écoutes téléphoniques sous l'autorité d'un juge, invalidant du même coup les écoutes ordonnées à la seule initiative du parquet. (En transférant au juge des libertés le pouvoir d'autoriser une interception téléphonique à la demande du parquet, la loi Perben du 9 mars 2004 a réussi l'exploit de réduire l'impact de cette « règle européenne » qui obligeait le parquet à saisir préalablement le juge d'instruction pour obtenir un placement sous écoute. Désormais, c'est le juge des libertés qui y pourvoit, avec le double avantage (aux yeux du parquet) qu'il s'agit d'un juge et que ce juge n'est pas juge d'instruction !).

La violation du « délai raisonnable » constitue encore un gisement non négligeable de mise en condamnation de pays européens, dont la France. A tout cela vient s'ajouter au plan interne la lutte d'influence larvée que se livrent sans merci la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel et qui a pris un tour nouveau depuis la révision de la Constitution en date du 28 juillet 2009.

C'est ainsi qu'en application de cette révision, le Conseil constitutionnel a trouvé un nouveau et vaste champ d'expression au travers de « questions prioritaires de constitutionnalité » qui lui permettent de passer en revue les lois en vigueur et de les censurer le cas échéant « *a posteriori* » si tant est que la Cour de cassation veuille bien l'en saisir !

Nous avons vu plus haut à quel point le droit de la garde à vue en France a constitué un terrain d'affrontement privilégié entre le Conseil constitutionnel et la Cour de cassation.

Mais le Conseil Constitutionnel conserve aussi compétence exclusive d'appréciation de la conformité de la loi à la Constitution dans son rôle plus traditionnel (« a prioriste ») : c'est ce Conseil qui vient de déclarer inconstitutionnelle la loi « mémorielle » réprimant le négationnisme du génocide arménien. Sur un tout autre registre, on ne peut manquer d'admirer le soin particulier apporté par ce même Conseil à la motivation d'inconstitutionnalité des dispositions des articles L. 3213-8 et L. 3211-12 du Code de la santé publique sur la base d'un raisonnement subtil passant au tamis le principe de liberté individuelle par comparaison à celui de la sécurité des personnes pour en arriver à conclure à la nécessité de soumettre toute hospitalisation d'office à l'avis positif d'un juge des libertés, un peu comme il revient à ce dernier d'apprécier l'opportunité d'une mise en détention provisoire. (Cf. décision Cons. Const. n° 2012-235 du 20 avril 2012). L'on sait par ailleurs que les juridictions françaises sont normalement astreintes à faire directement application des diverses directives émises par l'Union européenne (dans la mesure toutefois où celles-ci ne se trouvent pas en contradiction avec les éléments dégagés par la Cour Européenne !).

Bref ! On serait tenté de reprendre à l'égard des juridictions françaises la

mise en garde du fils de Jean sans Terre à son père : « Garde toi à droite, garde toi à gauche... ! » , tant l'entremêlement des compétences concurrentes entre systèmes de droit rendent particulièrement complexe et incertain l'exercice de la Justice. Ainsi, la confrontation de dispositions parfois antagonistes rend particulièrement délicate l'évaluation des rapports qui unissent Justice et Morale, équilibre d'autant plus difficile à trouver que nous sommes en présence d'une complexification indéniable du droit, ce qui fait dire à certains auteurs que : « seules les lois de compromis passent la rampe ».

On ne peut pas ne pas citer comme dernier exemple du combat qui, tantôt unit, tantôt oppose Justice et Morale l'arrêt rendu le 9 novembre 2010 par la chambre criminelle de la Cour de cassation à propos de l'affaire dite des « biens mal acquis », où l'on voit que la juridiction suprême (de l'ordre judiciaire interne !) n'a pas hésité à reconnaître le droit d'agir d'une association - en l'occurrence « Transparency International » - pour dénoncer des faits de corruption internationale et trafics d'influence susceptibles de mettre en cause des chefs d'Etats africains, quand bien même la loi formelle réserverait au seul parquet la possibilité d'engager les poursuites dans ce domaine (Cass.Crim. 9/11/2010-art. 435-6 C.P.), loi que le Conseil constitutionnel n'a pourtant jusqu'à présent nullement censurée. (Faudrait-il en déduire qu'aux yeux de la Cour de cassation l'exigence morale prend désormais le pas sur la norme formelle « objective » ou faut-il comprendre que, désormais, toute loi aussi formelle soit-elle doit être passée au crible d'une morale nécessairement subjective ?).

A travers ces quelques exemples, on voit bien que l'enjeu des batailles que se livrent actuellement les divers systèmes de droit et les juridictions en charge de les appliquer est énorme en ce qu'elles conditionnent non seulement le droit mais aussi la « philosophie morale » qui le sous-tend.

Il serait au demeurant anormal de ne pas tenir compte dans ces « batailles » de l'existence de structures parallèles appelées à intervenir dans le champ du droit et dont l'inflation contribue largement à « brouiller les pistes », telles que le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel, les divers comités d'éthique, l'Autorité des Marchés financiers, l'Autorité de la Concurrence, la Haute autorité de lutte contre la discrimination et pour l'égalité... pour ne citer que les plus habituelles et qui, chacune dans leur domaine, influent non sur le droit lui-même (encore que...) mais au moins sur ses conditions de mise en œuvre.

L'organisation bicéphale de l'institution judiciaire, avec d'un côté un ministère public soumis à l'autorité hiérarchique du garde des Sceaux, ministre de la Justice, (ce qui, aux yeux de la Cour Européenne, le disqualifie en tant qu'autorité judiciaire) et de l'autre des juges indépendants mais « contraints » (sans pouvoir d'auto-saisine) ne facilite évidemment pas le rapprochement

entre Justice et Morale. On pourrait dire ainsi qu'il existe dans notre pays une « Morale du parquet », laquelle se vérifie dans la pratique de l'exercice de l'opportunité des poursuites, à côté d'une « morale du juge » qui se vérifie dans le respect de l'application de la Loi, au sens « national-européen » du terme. Au bout du compte le juge est en permanence soumis à ce dilemme qui consiste à choisir entre une application stricte de la Loi au risque de s'éloigner de la Morale et la référence à un principe éthique au risque de s'éloigner de la loi formelle, dilemme d'autant plus difficile à résoudre que Loi et Morale s'inscrivent désormais dans un cadre élargi à l'Europe.

II) De la justice intégrée dans une stratégie au service de la morale

La question soulevée ici revient à s'interroger sur l'état réel de l'institution judiciaire dans son rôle « actif » de « producteur de morale ». Autrement dit, la Justice est-elle adaptée dans son mode de fonctionnement à son objectif premier, celui de servir la " morale sociale " ?

On sait que l'institution fait l'objet de critiques récurrentes relatives à sa lenteur, à son coût, à son éloignement du justiciable, à son opacité. Sur tous ces points, les réponses apportées par le mode de fonctionnement actuel ne sont pas de nature à rassurer. L'étude que vient d'y consacrer l'Union Syndicale des Magistrats, organe syndical considéré comme plutôt modéré, est à cet égard riche d'enseignement :

1°) la justification « morale » de l'organisation judiciaire française :

Rarement abordée lors de colloques consacrés à la justice, cette question mérite pourtant d'être soumise à examen critique. La séparation des justices administrative et judiciaire, le rattachement de la gendarmerie au ministère de l'Intérieur dans le cadre de ses missions de police judiciaire, la profusion de structures d'influence périphériques à la Justice, la structure même de l'organisation judiciaire proprement dite, sont autant de sujets de préoccupation pour qui cherche à établir le lien entre Justice et Morale.

*la séparation des justice administrative et judiciaire en France ne repose que sur le principe révolutionnaire de l'interdiction faite au juge (judiciaire) de s'immiscer dans le domaine où s'exerce l'autorité administrative. Mais si l'on conteste la légitimité de ce principe séparatiste, ne devrait-on pas tout autant contester l'existence autonome d'une justice prud'homale ou celle d'une justice consulaire ? Certes, s'agissant de ces deux dernières, il est toujours possible de dire qu'elles retrouvent le champ judiciaire traditionnel par le biais des voies de recours. Il n'empêche que le premier niveau auquel se rend la Justice dans ces deux domaines est le plus souvent décisif. Force est toutefois de reconnaître

que si l'autonomie de la justice administrative ne puise sa vraie justification que dans des raisons purement historiques (ou mieux encore, politiques), elle a aussi produit une jurisprudence à la fois abondante et particulièrement riche, entre autres sur le terrain de la responsabilité des agents publics et de la "faute détachable". Au bout du compte, au terme de batailles juridiques souvent homériques, il faut rendre hommage aux juridictions suprêmes des deux ordres que sont le Conseil d'Etat et la Cour de Cassation d'avoir su rapprocher leurs points de vue pour la meilleure défense et illustration d'une "morale publique".

* le rattachement de la gendarmerie dans son activité de police judiciaire et de maintien de l'ordre au ministère de l'intérieur par la loi du 3 août 2009 souligne la difficulté de répartition des pouvoirs entre ce même ministère et le ministère de la justice. De nombreux magistrats revendiquent l'attribution à la Justice du pouvoir de direction et de contrôle non seulement sur l'enquête mais aussi sur l'action de la police (pourquoi pas une police judiciaire placée directement sous autorité du ministère de la Justice ?). D'autre part, la confusion croissante entre les différentes missions de la police et de la gendarmerie est régulièrement dénoncée (police judiciaire, renseignement, maintien de l'ordre).

* l'existence de structures parallèles à l'autorité judiciaire introduit un doute sur l'impartialité des décisions qui peuvent en découler. Il en va ainsi du Conseil Supérieur de l'Audiovisuel, de l'Autorité des Marchés Financiers, de la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE), de la Commission des Infractions Fiscales voire du Médiateur de la République devenu « défenseur des droits » ainsi que de toutes les directions de l'ordre administratif qui disposent chacune d'une parcelle de "pouvoir de contrôle" (travail, concurrence et consommation, protection des populations, santé...). Comment enfin ne pas évoquer le rôle propre aux chambres régionales des comptes chargées de veiller à la régularité de gestion des collectivités ? A travers ce rôle on retrouve la vieille méfiance du pouvoir politique à l'égard du judiciaire... Serait-ce ce qui explique que l'on ait tout récemment réduit le potentiel d'investigation de ces organes d'essence royale ?

* la justice des mineurs se trouve depuis quelques années placée sous la volonté maintes fois exprimée par le Gouvernement d'une accélération qui la rapprocherait de la justice applicable aux majeurs. Cette volonté s'est traduite par la possibilité donnée au procureur d'intervenir auprès du juge des enfants pour accélérer la comparution du mineur et, dans certains cas, organiser sa présentation immédiate devant le tribunal. Cette justice se caractérise également par son extrême découpage qui établit une distinction de régime procédural applicable aux mineurs âgés de 10 à 13 ans, ceux âgés de 13 à 16 ans, ceux enfin âgés de 16 à 18 ans. En revanche, aucun régime particulier n'est prévu à

l'égard des « jeunes adultes » (âgés de 18 à 25 ans), catégorie pourtant souvent mise en exergue par les criminologues. Cette évolution est-elle bien conforme à l'intérêt de la société ?

* la formation collégiale des tribunaux est largement battue en brèche (article 398 C.P.P.) de sorte que très souvent les juridictions de première instance ou même d'appel statuent à « juge unique » par la faculté donnée par la loi, sous réserve de l'assentiment des plaideurs.

* le principe d'une justice pénale « équitable » et « contradictoire » tel que proclamé par la loi du 15 juin 2000 a largement modifié l'image d'une justice anciennement imprégnée du mode inquisitorial. Au regard de cette nouvelle jurisprudence inflexible que l'on pourrait qualifier « d'européenne », l'arrêt de la Chambre criminelle en date du 14 février 2012 intervenu dans une affaire « François –Xavier X... » qui a rejeté le pourvoi formé par un demandeur pour une nullité de garde à vue au motif que cette nullité n'intéresse que le gardé à vue lui-même et reste sans effet à l'égard d'un tiers, sera sans doute un jour ou l'autre remis en question : comment limiter en effet au seul gardé à vue les effets d'une déclaration de nullité de la procédure le concernant alors que partie de ses déclarations aura pu mettre un tiers en cause dans des conditions précisément jugées anormales ? Sur ce point, nous ne partageons pas l'opinion récemment émise par l'éminent professeur Pradel (Cf. Lexis-Nexis –EG n° 16 – p. 788 à 790).

2°) *les potentialités de la Justice au service de la Morale :*

Pour dresser le tableau sommaire de ces potentialités, on se bornera à quelques considérations essentielles :

- le premier constat porte sur l'insuffisance criante des effectifs de magistrats et greffiers auxiliaires. La France ne compte en effet que 3 procureurs pour 100.000 habitants quand la moyenne européenne s'établit à 9 ! Il n'est pas étonnant dans ces conditions de voir que ces magistrats sont largement débordés par une tâche immense qui les transporte non seulement sur le terrain pénal (leur « cœur de métier » ?) mais aussi sur le terrain civil, commercial, préventif... Sur ce dernier point, on a vu se développer depuis ces vingt dernières années la participation des procureurs à l'élaboration de diverses politiques de prévention, notamment dans le cadre des « politiques de la ville » avec les CLSPD (contrats locaux de sécurité et de prévention de la délinquance), ou les GLTD (groupes locaux de traitement de la délinquance). Cet investissement lourd des parquets leur a d'ailleurs été reproché par certains magistrats du siège qui y ont vu une forme d'inféodation du ministère public à l'autorité

administrative. La loi du 5 mars 2007 souligne pourtant le rôle fondamental des parquets dans ce domaine puisqu'elle édicte que « dans le cadre de ses attributions en matière... d'exercice de l'action publique... le procureur de la République veille à la prévention des infractions à la loi pénale » (article 39-1 C.P.P.). Il semble paradoxal et quelque peu contradictoire d'exiger dans le même temps des parquets un « taux de réponse pénale » le plus élevé possible (réponse qui inclut certes, outre les poursuites pénales proprement dites, l'ensemble des mesures dites « alternatives » aux poursuites).

- un deuxième constat porte sur la non-indépendance structurelle de la Justice avec un Conseil Supérieur de la Magistrature dont la composition est devenue minoritaire en nombre de magistrats et dont les missions restent étroitement encadrées par le pouvoir exécutif (mais le ministre Taubira a mis un terme à cette "curiosité"). Le soupçon d'un usage politique de la justice pénale pèse désormais de plus en plus lourdement sur l'institution. A preuve, la déclaration sans ambages d'une ancienne ministre de la Justice proclamant haut et fort : « Je suis le chef des procureurs ! » suivie, (sans doute pour lui donner raison !) de la convocation d'un substitut de Nancy qui aurait eu le tort de s'insurger à l'audience contre une application aveugle de la loi sur les « peines-plancher » puis de la soumission à un interrogatoire nocturne d'un substitut de Metz qui aurait eu la maladresse de faire exécuter une peine prononcée à l'encontre d'un mineur qui s'est malheureusement suicidé à la suite...

A cette non-indépendance structurelle s'ajoute une « non-indépendance fonctionnelle » encore plus redoutable : les magistrats du parquet mesurent bien aujourd'hui l'effet pervers qu'a eu l'introduction dans le processus décisionnel portant sur l'action publique du système dit de « traitement en temps réel » des procédures qui conduit de manière inévitable à un traitement expéditif des affaires courantes ou moins courantes au prétexte d'une plus grande célérité. C'est à croire que la Justice est devenue sourde à la règle de l'inconciabilité entre « vite » et « bien » ! En toute hypothèse et au-delà de ces considérations pratiques, l'urgence se situe bien à présent du côté du statut du parquet à la française, dont la Cour Européenne des Droits de l'Homme ne cesse d'affirmer qu'il ne constitue pas une « autorité judiciaire » du fait de sa sujétion au pouvoir politique.

Et l'on retrouve le rôle et la compétence à ce stade du Conseil Supérieur de la Magistrature face au pouvoir exécutif. Or, le pouvoir exécutif s'était emparé naguère de la majorité du Conseil !

Au rang des préoccupations récurrentes figure en outre évidemment la question lancinante de la pérennité de l'institution du juge d'instruction. Après la véritable déclaration de guerre que lui a adressée le président de la République en janvier 2009, l'institution semble provisoirement sauvée. Ce sauvetage s'est fait au prix de la création de « pôles spécialisés » qui concentrent la fonction d'instruction dans certaines juridictions seulement et sous la bannière d'une collégialité de juges annoncée pour être applicable au 1er janvier ...2014. En attendant, on peut constater que nombre de postes de juges d'instruction ne sont pas remplacés lors des derniers mouvements. Mauvais présage!

Qui ne sait qu'aujourd'hui, nombre de juges d'instruction spécialisés se trouvent dessaisis ou non saisis en raison du soupçon d'indépendance qui pèse sur eux !

La création de « pôles d'instruction spécialisés » est en elle-même porteuse d'une réduction encore plus sensible du nombre de dossiers soumis à l'instruction par l'effet quasi-mécanique de répugnance naturelle d'un parquet à se dessaisir d'une affaire au profit du parquet spécialisé. Et l'on a vu comment la loi s'est ingéniee à rendre plus difficile la constitution éventuelle de partie civile par un dispositif formel préalable propre à décourager les meilleures volontés (Cf. L. 5 mars 2007- article 85 alinéa 2 C.P.P.). En dehors même de la fonction d'instruction, que dire cette fois de « l'extension exponentielle » des compétences du juge aux affaires familiales, ou de celles du juge des tutelles qui conduisent l'ensemble de leurs services respectifs au bord de l'asphyxie ? On pourrait dès lors se réjouir de voir se réduire un jour prochain (?) la compétence du juge des enfants au seul domaine pénal... Mais précisément, cette perspective n'enthousiasme aucun des acteurs judiciaires, conscients de ce que ce juge exerce du fait même de son originalité une responsabilité de premier ordre dans la sauvegarde de l'enfance en danger.

Que penser enfin de l'introduction aux côtés des magistrats professionnels, de « citoyens-asseurs » pour juger certains faits de gravité « médiane » ? On peut certes y voir la volonté, largement proclamée, de faire participer les représentants du peuple au fonctionnement de la Justice et de la rapprocher ainsi des citoyens. Mais on peut tout aussi bien interpréter la mesure comme un nouveau signe de défiance à l'égard des magistrats. Quelle que soit en tout cas l'interprétation à donner à la mesure, une chose est sûre : les moyens matériels et humains nécessaires à l'aboutissement de cette réforme ne sont pas au rendez-vous. C'est dire si la Justice se trouve aujourd'hui cantonnée à un champ de manoeuvre tenant plus des effets d'annonce que d'une authentique vigilance républicaine. Et la soumission hiérarchique du parquet au pouvoir exécutif (*lato sensu*) jointe à l'extrême variété de ses pouvoirs dans le traitement de l'action

publique ne peut que laisser le goût amer du soupçon de partialité quelle que soit par ailleurs la qualité individuelle intrinsèque de la plupart des magistrats qui le composent. Soupçon d'autant plus difficile à dissiper que c'est encore du parquet que dépend en large part le sort d'une enquête, que ce soit au niveau :

- du choix du mode de poursuite : l'éventail impressionnant de ces mesures revient à confier au procureur de la République (sur qui repose le pouvoir d'opportunité des poursuites et celui de la réponse à donner à titre alternatif) une très large liberté d'appréciation ; la pertinence de ces mesures alternatives suppose une compétence affirmée des « délégués du procureur » et la possibilité pour celui-ci de contrôler leur activité (articles 41-1 et 41-2 C.P.P.).
- du choix du service d'enquête et de la doctrine d'emploi : ce choix revient là aussi en premier lieu au procureur et peut s'avérer décisif sur le développement de la procédure. On assiste souvent, à ce propos, à une « surenchère » entre services spécialisés et services ordinaires, ainsi qu'entre police et gendarmerie. Il n'est pas sûr que la récente intégration de la gendarmerie au ministère de l'intérieur en matière de police judiciaire ait atténué cette surenchère... Bien des magistrats regrettent cette intégration qui tend à réduire, non pas leur capacité de choix entre les services, mais la portée réelle de ce choix.
- de l'étendue temporelle de l'enquête préliminaire : la question qui se pose ici est celle de savoir s'il peut exister un « délai raisonnable » pour maintenir ou non une enquête au stade préliminaire et l'on a vu à l'occasion de certaines affaires retentissantes (Liliane Bettancourt ...) à quel point l'action (ou plutôt l'inaction) du parquet avait été un frein au cours de la justice... Hélas, cette tendance des parquets à « conserver » une affaire au stade préliminaire devient de plus en plus courante au détriment de l'objectif de « vérité judiciaire ». L'enquêteur est lui-même, dans une telle situation, pieds et poings liés, à moins qu'il n'y trouve aussi une plus grande liberté d'action ?
- de l'étendue spatiale de l'enquête préliminaire : il suffit ici de rappeler les dispositions de l'article 18 du C.P.P. qui définissent les conditions dans lesquelles un enquêteur peut élargir son champ naturel de compétence pour en mesurer l'importance. L'intervention de l'enquêteur en territoire étranger pose en elle-même des problèmes importants d'entente réciproque.
- du choix entre un renvoi devant le tribunal ou la saisine d'un juge d'instruction : ce choix peut évidemment changer totalement le cours des choses, puisque la saisine du juge d'instruction remet entre les mains de celui-ci le sort de l'action publique. L'introduction de la procédure de

« comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité », ersatz du « plaider coupable » anglo-saxon, n'est pas sans influence sur le choix du parquet qui peut voir dans cette procédure un moyen rapide de traiter un contentieux. De même, la consécration de pouvoirs nouveaux donnés au juge des libertés et de la détention par la loi Perben II du 4 mars 2004 a-t-elle permis au procureur de contourner aisément le recours au juge d'instruction. Et l'on oublie trop souvent que si l'ouverture d'une information est obligatoire en matière criminelle, aucun délai ne s'impose au parquet pour ce faire ! Aujourd'hui, le nombre d'ouvertures d'informations judiciaires qui n'a cessé de diminuer au cours de ces dix dernières années ne dépasse pas 4% du nombre total des procédures faisant l'objet de poursuites quand il se situait autrefois à plus du double.

Quant à la question de la doctrine d'emploi, elle est bien souvent le lieu de « débats » aigus entre autorité judiciaire et commandement opérationnel des services d'enquête... Seule une concertation étroite entre les uns et les autres est à même de prévenir d'éventuels conflits... (Il a été possible, dans le cadre du Conseil de Politique Pénale constitué par exemple auprès du parquet général de Nancy d'associer les responsables de divers services d'enquête et parfois même en présence de magistrats du siège (président de la Chambre d'Instruction) pour définir les priorités d'action à mener et l'importance des moyens à y consacrer. Cette pratique a ensuite été généralisée avec un certain succès, au moins pendant un temps, après la création d'une « juridiction interrégionale spécialisée » dans la lutte contre la criminalité organisée.

- de la constitution d'équipes communes d'enquête : cette éventualité passe par l'autorisation préalablement donnée par la Chancellerie (direction des affaires criminelles) au parquet général concerné. Le recours à de telles équipes, le plus souvent « bi-nationales », soulève bien des difficultés d'application pratique car s'il faut conduire la procédure dans le respect des règles du seul « droit local », comment faire si ce dernier se révèle sur certains points en opposition à des principes jugés fondamentaux (garde à vue par exemple).
- du droit d'observation et droit de suite : il s'agit là de systèmes réciproques de surveillance ou d'interventions en flagrance entre Etats de la « zone Schengen » applicables à des infractions spécifiées (ces Etats sont la France, l'Allemagne, la Belgique, Luxembourg, Pays-Bas, l'Espagne, l'Italie, le Portugal et la Grèce !). La procédure à mettre en œuvre s'avère délicate et suppose une parfaite coordination avec les autorités judiciaires concernées. Les CCPD (Centre de Coopération Police-Douane) mis en place dans des zones frontières constituent un outil précieux pour l'observation.

- de l'extension de compétence donnée par certaines lois : du seul point de vue de l'action publique, il n'est pas indifférent d'observer que dans un certain nombre d'hypothèses, la loi ouvre les frontières à l'exercice de l'action publique selon la nature de l'infraction considérée, comme en matière de « tourisme sexuel » mais aussi de faits de « tortures », d'actes de terrorisme, des actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime ou l'aviation civile ou encore d'atteintes à la sûreté nucléaire... La poursuite des crimes commis en ex-Yougoslavie et au Rwanda a relevé également de cette compétence élargie. Et nous avons vu comment, tout récemment, la Cour de cassation a également déclaré recevable l'action entreprise par une association - étrangère de surcroît - pour dénoncer des faits de corruption à propos de « biens mal acquis » en France, et cela malgré une disposition de la loi réservant au seul ministère public le privilège de déclencher ou non l'action publique (Cf. supra, affaire « Transparency International »).
- du rôle d'Europol / Eurojust : il s'agit à travers ces structures de la mise en œuvre d'un système d'information (Europol) et de coopération judiciaire (Eurojust) entre les 27 pays de l'Union Européenne. Difficiles à évaluer, les résultats de cette coopération sont cependant loin d'être négligeables et l'on connaît des procédures lourdes « multi-nationales » aboutir grâce à une action de coordination intelligemment menée au centre Eurojust de La Haye.
- de l'usage des fichiers : fort nombreux, ceux-ci ne peuvent en principe être « recoupés » avec le casier judiciaire national hors de l'autorisation ponctuelle d'une autorité judiciaire. Leur mise en œuvre peut être discutable (pensons au prélèvement salivaire imposé aux faucheurs d'OGM sous peine de poursuites). La multiplication de ces fichiers au cours des dernières années n'est pas sans poser problème du point de vue des libertés individuelles et l'on voit bien qu'en réalité le combat se livre sur l'opposition entre ces libertés et l'exigence de sûreté (STIC, JUDEX, FNAEG, FIJAIS...).

A noter l'extrême complexité des conditions temporelles de conservation des données inscrites au S.T.I.C. par exemple 10, 20 ou 40 ans selon la nature des infractions supposées.

- des techniques d'investigation propres à la lutte contre la criminalité organisée : il s'agit des possibilités légales (encadrées) de surveillance sur l'ensemble du territoire (article 706-80 C.P.P.), de l'infiltration (article 706-81 et s. C.P.P.), garde à vue (article 706-88 C.P.P.), perquisitions (articles 706-89 ets.), interception des correspondances

émises par la voie de télécommunication (article 706-95 C.P.P.), sonorisation et fixation d'images de certains lieux ou véhicules (articles 706-96 et s. C.P.P.).

La surveillance étendue peut s'opérer sur la seule autorisation du procureur. L'infiltration peut s'opérer par le procureur ou, après son avis, par le juge d'instruction. La prolongation exceptionnelle de garde à vue (deux fois 24 heures) peut être autorisée soit par le Juge des Libertés et de la Détention (JLD) à la requête du parquet, soit par le juge d'instruction. Les perquisitions peuvent être autorisées par le JLD en cas de flagrance (à la requête du parquet), ou le juge d'instruction dans les autres cas. Les interceptions de correspondances peuvent être autorisées par le JLD à la requête du procureur, tant en enquête de flagrance qu'en enquête préliminaire. La sonorisation peut être ordonnée par le juge d'instruction, après avis du procureur. L'ensemble de ces techniques d'investigation s'applique aux cas de criminalité ou délinquance organisées tels que visés à l'article 706-73 du C.P.P.

A cet égard, la création par la Loi Perben II de huit « juridictions interrégionales spécialisées » implantées sur notre territoire a permis d'obtenir des résultats assez spectaculaires. La généralisation de « pôles spécialisés » comme en matière de santé publique semble également positive.

La spécialisation du tribunal de Paris en matière de terrorisme paraît en revanche plus discutable dans ses résultats (Cf. affaire Mohamed Merah). (articles 706-75 et s. et 706-17 C.P.P.)

Au terme de ce trop rapide « survol judiciaire », comment conclure sur le sujet ?

La question n'est évidemment pas de savoir si la Justice EST Morale, ce qui lui assignerait une exigence proprement surhumaine, mais si elle possède une Morale par laquelle il serait possible de la caractériser. A cet égard, la multiplication de lois de plus en plus complexes sur des terrains hautement techniques comme celui de la santé ou de l'environnement tend à brouiller le message d'une morale à usage quotidien. On a vu d'autre part à quel point notre système de droit se fissure sous l'effet de forces contraires.

La Justice d'aujourd'hui peut-elle se résoudre à « garder nos frontières » ? On voit bien que le cadre étroit de ces frontières est de plus en plus inadapté. L'exemple du naufrage de « l'Erika » est là pour nous rappeler qu'au-delà de l'application de conventions internationales (« Montego Bay »), il existe une exigence morale d'ordre universel qui veut que le « risque écologique » soit pris en considération à sa juste mesure. Et cette exigence se retrouve désormais dans d'autres domaines qui concernent l'humain dans son universalité, un peu

comme la « loi naturelle » chère à Sophocle. La même problématique se pose concernant le « risque nucléaire » qui ne concerne pas seulement nos concitoyens mais tout autant les citoyens de pays voisins. C'est le nouveau défi lancé à la Justice de notre temps et il faudra bien y répondre si l'on ne veut pas qu'elle s'éloigne par trop d'une morale bien comprise et partagée par nos concitoyens.

Institution décriée par nature puisque jalouée par les autres pouvoirs, au premier rang desquels le pouvoir politique, la Justice se doit d'exercer son imperium au nom de l'intérêt commun et de la protection du plus faible tout en veillant à ne pas se laisser instrumentaliser. Face à un tel défi, on en vient à s'interroger, au-delà de la Justice, sur la vraie légitimité du juge. Ce dernier se trouve en permanence confronté au dilemme qui consiste à choisir entre une application rigoureuse de la Loi au risque de s'éloigner d'une certaine "Morale" (voir les débats houleux qui ont entouré l'adoption du système dit de la "peine-planche" en matière de récidive) et une application "éthique" de la Loi au risque de la déformer. Il nous faut ici garder à l'esprit les paroles prophétiques de Moïse s'adressant aux tribus de Judée pour leur demander de désigner en leur sein les meilleurs de leurs sujets pour être des juges.

Plus près de nous, Bertold Brecht va jusqu'à célébrer à sa manière le mauvais citoyen en l'incitant à se faire juge car mieux vaut, dit-il, pour toute société humaine avoir des juges que pas de juges du tout ! (« Le cercle de craie caucasien »).

Pour définitivement conclure le propos, je dirai que Justice et Morale sont deux vertus qui s'additionnent sans que l'on sache vraiment laquelle de ces deux vertus est "déterminante" de l'autre. Il reste à souhaiter que la Morale d'aujourd'hui pourra se reconnaître encore dans la Justice de demain !