



Université Panthéon-Assas

BANQUE DES MEMOIRES

Master de droit pénal et sciences pénales

Dirigé par Yves Mayaud

2010

L'erreur du juge pénal

Morgane Ruellan

Sous la direction d'Yves Mayaud

UNIVERSITE PANTHEON-ASSAS, PARIS II

Master 2 Droit pénal et Sciences pénales

Année universitaire 2009-2010

L'ERREUR DU JUGE PENAL

Mémoire réalisé sous la direction de Monsieur le Professeur

Yves MAYAUD

RUELLAN Morgane

Remerciements

Je remercie Monsieur le Professeur Yves MAYAUD pour ses encouragements constants, sa grande disponibilité et son aide précieuse tout au long de l'élaboration de ce mémoire.

Je remercie Monsieur Denis SEZNEC de m'avoir reçue et d'avoir partagé avec moi l'histoire de son combat. Cette rencontre a été déterminante pour mon travail et d'un grand enrichissement, non seulement sur le plan de la réflexion mais aussi et surtout d'un point de vue humain.

SOMMAIRE

PARTIE I : L'ERREUR SUBIE

Chapitre I : L'erreur sur le droit

Chapitre II : L'erreur sur les faits

PARTIE II : L'ERREUR STRATEGIQUE

Chapitre I : La stratégie de la qualification

Chapitre II : La stratégie de l'intimidation

Liste des principales abréviations

Bull. crim : Bulletin criminel de la Cour de cassation

CA : Cour d'Appel

C.cass : Cour de cassation

Cass.crim : Chambre criminelle de la Cour de cassation

CEDH : Cour Européenne des Droits de l'Homme

Ch. réunies : Chambres réunies

Comm. eur. dr. h : Commission européenne des Droits de l'homme

Cons. Const : Conseil Constitutionnel

Convention EDH : Convention Européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales

CP : Code Pénal

CPP : Code de Procédure Pénale

CRD pén : Cour de Révision des Décisions pénales

CSM : Conseil Supérieur de la Magistrature

D : Dalloz

JCP : Jurisclasseur périodique

JO : Journal Officiel

JORF : Journal Officiel de la République Française

« Comme vous jugez, vous serez jugés »

Evangile de Mathieu.

INTRODUCTION

« On n'attend plus du juge qu'il pondère des intérêts mais qu'il se place du point de vue des « honnêtes gens » dont il doit garantir la sécurité. Quitte à oublier que l'objectif du risque-zéro est contradictoire avec la justice comme il l'est avec la médecine ou la pédagogie, toutes ces activités devant, elles aussi, pondérer des intérêts à la fois contradictoires et solidaires ».

Antoine Garapon et Denis Salas

Rendre justice, lourde tâche que celle-ci pour les hommes et les femmes qui l'ont acceptée. Autrefois divine, la mission s'est désacralisée pour devenir humaine. Humaine dans toutes ses dimensions car dès lors, elle ne peut plus rejeter ses erreurs comme des inconnues relevant de l'impossible mais doit les assumer en ce qu'elles relèvent des errements de ses représentants.

Définir l'erreur n'est pas simple, et les multiples sens que lui attache le droit, accréditent l'idée de sa diversité. Ainsi, l'erreur est d'abord *« l'action d'errer ça et là »*, pauvre en précision, cette affirmation fait du juge qui la commet une sorte de vagabond dans le rassemblement de ses idées, un esprit indécis, pris entre une pensée et une autre.

La deuxième proposition est déjà plus intéressante puisque l'erreur s'entend maintenant de *« l'action d'errer moralement ou intellectuellement, état d'un esprit qui se trompe »*. L'erreur est à ce stade enrichie de qualificatifs qui suggèrent pour l'un, une donnée personnelle et subjective, pour l'autre une donnée abstraite et objective. En effet, la morale est bien trop relative pour en faire un dogme commun, la réflexion intellectuelle une opération de l'esprit difficile à appréhender. Comment alors cerner cet *« esprit qui se trompe »* ?

« Fausse doctrine, fausse opinion » ou encore *« dérèglement dans les mœurs »*, les deux assertions suivantes ne sont pas beaucoup plus efficaces à la délimitation de cette notion, en ce qu'elles se rapportent à des concepts fluctuants.

La cinquième voie est quant à elle d'un certain secours puisqu'elle parle d'une *« faute »*, d'une *« méprise »*, puis donne des exemples : *« erreur de rédaction, erreur de calcul, faute commise dans une supputation »*. Dès lors les contours se font plus précis, l'erreur prend forme dans sa dimension matérielle et dans sa dimension intellectuelle.

Mais c'est la dernière définition qui s'avère être la plus complète et la plus proche de la dimension sensible prise par l'erreur dans la pratique. L'erreur est ici « *une opinion contraire à la vérité sur le fait ou sur le droit, qui détermine à agir* ». Le magistrat peut donc se tromper non seulement sur les faits qui lui sont soumis mais aussi, sur les règles juridiques qui encadrent sa fonction.

L'erreur, d'abord perçue comme indépendante de sa volonté, donc subie et par le juge lui-même et par le justiciable concerné, est la marque tolérable d'une justice pénale humaine (section première). L'erreur, utilisée comme l'arme d'une stratégie inacceptable, est la manifestation d'une justice devenue inhumaine (section seconde).

SECTION 1 : LA MARQUE TOLERABLE D'UNE JUSTICE PENALE HUMAINE

L'erreur est un risque accepté par toute société qui renonce à l'association de l'Eglise et de l'Etat pour diriger ses principales institutions. Cette laïcisation des instances gouvernantes, lorsqu'elle touche la justice, implique sa remise entre les mains des hommes et non plus des idoles. L'être humain est faillible, l'être humain est fragile, il n'est pas la puissance supérieure synonyme de perfection. Chaque jour et dans la plupart des professions, des personnes prennent une mauvaise décision sans que cette erreur ait des conséquences significatives. Le juge, lui, lorsqu'il se trompe, engage la liberté et la dignité de l'homme.

Pourtant, il faut admettre que nos magistrats se trompent parfois et leur permettre de réparer. Car les erreurs, bien qu'elles portent en elles un danger considérable, ne sont pas toujours définitives. Défaut de logique ou simple bévue, l'erreur ne devient une faute répréhensible que lorsqu'elle est niée par son auteur. Effectivement, la défiance du magistrat à l'égard de son erreur et son refus de l'identifier sont bien plus graves. Entérinée, répercutée, elle s'installe et déstabilise l'idéal de justice lorsqu'elle devient irrattrapable. A contrario, lorsque l'erreur est réparée à temps, elle est le signe d'une humilité louable.

A la lumière de sa définition, deux types d'erreurs involontaires sont à distinguer, la première portant sur le droit, la seconde sur les faits. Cette division permet une répartition plus évidente des erreurs recensées. Ainsi, il est possible de regrouper dans la première catégorie à la fois les erreurs dites « matérielles » et les erreurs « intellectuelles ». La deuxième catégorie, quant à elle, est la terre d'accueil des erreurs judiciaires. Une gradation est alors observée dans la gravité des fautes commises et de leurs conséquences respectives.

Les erreurs matérielles, anodines, sont admises sans trop de mal par la justice française puisqu'elle consent à leur réparation par une procédure directe, simple et efficace. Les erreurs intellectuelles, issues d'un raisonnement erroné, sont des figures plus difficilement reconnues par le droit pénal. Leur preuve est moins évidente, leur rectification moins conciliante. Mais le juge n'est pas fermé à la critique. Des voies de recours sont ouvertes et offrent une chance, indirecte mais solide, de les supprimer.

L'erreur judiciaire, bien plus globale, est généralement le fruit d'une multitude d'erreurs qui se croisent et s'entremêlent. Les conséquences en sont généralement dramatiques lorsque l'innocence est voilée d'opacité. En effet, un coupable non reconnu vaut mieux qu'un innocent méconnu lorsque la liberté est en jeu. Un drame d'abord pour celui sur lequel elle s'abat car c'est une véritable tragédie d'être victime d'une telle méprise. La liberté étant l'un des premiers biens que possède l'homme, elle n'a pas de prix et sa violation est toujours un échec pour une démocratie comme la notre. Cependant, jusqu'en 1981¹, ce n'était pas la liberté qui se jouait et se défaisait entre les mains du juge, mais la vie. L'abolition de la peine capitale il y a bientôt trente ans, au-delà des nombreuses considérations morales et philosophiques qui l'entourent, n'a pas évité que des erreurs soient à nouveau réalisées. Mais elle a probablement préservé la vie d'un certain nombre d'innocents. Car des erreurs judiciaires sont perpétrées régulièrement dans notre pays et il faut seulement espérer qu'elles soient le moins nombreuses possible. La justice est la deuxième victime de cette gigantesque erreur, elle en ressort elle aussi affaiblie, diminuée et méprisée. Car la sévérité du jugement rendu par le magistrat se retourne avec la même force contre l'institution tout entière lorsqu'il est erroné. Le discrédit jeté sur l'autorité judiciaire est d'une telle intensité qu'elle peine chaque fois à s'en remettre.

Ces dernières années ont été déterminantes pour l'appareil judiciaire et particulièrement la matière pénale, la dernière grande erreur judiciaire, l'affaire dite d'Outreau, ayant laissé des traces indélébiles. Désormais, la justice n'a pas le choix, soit elle procède à une profonde remise en question de son système et en sort grandie en restaurant la confiance perdue, soit elle se laisse noyer par les erreurs de ses magistrats. Seulement, la lutte ne se fait pas toujours avec le juge, mais parfois contre le juge.

¹ Loi n°81-908 du 9 octobre 1981 portant abolition de la peine de mort, JO du 10 octobre 1981

SECTION 2 : LA MANIFESTATION INACCEPTABLE D'UNE JUSTICE INHUMAINE

« *Lorsqu'en 1771, s'étonne Tocqueville, les Parlements sont détruits, le même public, qui avait eu souvent à souffrir de leurs préjugés, s'émeut profondément en voyant leur chute* »².

La société française va-t-elle de nouveau s'émouvoir de la chute de ses juges à l'heure où l'impunité n'a plus sa place face à l'arbitraire dénoncé ?

Notre juge d'instruction, héritier direct du lieutenant criminel de l'Ancien Régime, se meurt aujourd'hui. L'ambiguïté de sa mission s'est retournée contre lui et ses excès ont conduit à sa perte. Comment douter et émettre des hypothèses à la fois ? Comment être juge et partie ? Le juge d'instruction a parfois oublié la mesure qu'il lui fallait garder. Il a commis une erreur, et cela en toute conscience, il va donc disparaître, car il n'inspire plus que la méfiance.

L'erreur n'est pas toujours subie par le juge qui en est à l'origine, elle peut au contraire être l'instrument d'un dessein machiavélique. Inadmissible, cette erreur relève d'un calcul, d'une stratégie honteuse destinée à obtenir un intérêt quelconque. Le juge pénal doit servir le droit et non l'avilir. Or, commettre en toute connaissance de cause une erreur au regard des règles de droit est indéniablement la plus grave des fautes du magistrat. Il devient à son tour le délinquant qu'il a la charge de juger.

L'erreur volontaire, ou stratégique, n'existe dans aucun manuel de droit pénal ni dans la liste des infractions à la loi pénale. Elle ne prend vie que dans l'analyse éclairée des décisions juridictionnelles. La jurisprudence est fournie et la technique est parfois parfaitement organisée, voire même institutionnalisée. Si la ruse jurisprudentielle est avalisée par la loi peut-on encore parler d'erreur ? Indéniablement, le mot convient puisque la règle de droit est détournée, même si cela se fait avec le consentement de ses gardiens. A l'inverse, il arrive que l'erreur échappe à tout contrôle et résulte de la personnalité du magistrat. La qualification juridique est le premier terrain d'expression du stratagème monté par le juge pénal. Opération capitale, elle engage d'abord la responsabilité pénale de la personne. Ainsi, seuls les actes prévus par la loi peuvent être poursuivis. Ensuite, elle est déterminante du destin pénal de la personne poursuivie car la peine envisageable en découle. Manipuler la qualification dans une perspective fort lointaine de sa finalité, ceci par le truchement de la lettre du droit, voilà une tactique jurisprudentielle dangereuse.

² Tocqueville, Alexis de, *L'Ancien Régime et la Révolution*, Paris, Garnier Flammarion, 1988.

L'intimidation est de temps à autre, malheureusement, le support honteux d'une triste justice. Peu soucieux de l'éthique promise et de la déontologie afférente à la fonction, il arrive que le juge pénal se laisse aller à des comportements inquiétants. Pressions, menaces, privation provisoire de liberté sont alors les munitions de cette politique de la terreur. Le magistrat dérive de façon houleuse aux frontières de l'inadmissible.

Quelle que soit la voie empruntée, l'erreur choisie, l'erreur conçue sciemment, est une mascarade qui n'affaiblit pas seulement la justice, elle la détruit. Notre juge est alors l'auteur moral et matériel d'un assassinat : celui de la justice pénale.

« Il n'y a pas si longtemps, on pensait encore qu'il fallait cacher les erreurs parce que le spectacle de l'échec nuisait à l'autorité de l'institution. [...] Or, assumer la faillibilité de ses membres est, pour une institution, une manière de préserver son crédit »

Antoine Garapon et Denis Salas.

PREMIÈRE PARTIE

L'ERREUR SUBIE

« *Errare humanum est* » : voilà une formule qui, bien loin de se contenter d'introduire le propos, recouvre toutes ses dimensions. Se tromper, choisir une solution qui n'est pas la bonne, être induit en erreur, le magistrat est, comme tout un chacun, exposé à ce risque.

De la simple négligence à la faute la plus grave, l'erreur du magistrat se répercute sur l'institution judiciaire. La justice est alors la première victime de l'erreur commise par l'un de ses représentants et c'est sur ses épaules que repose le rétablissement de la vérité, juridique ou factuelle. Parce qu'elle se doit d'être irréprochable et de préserver la confiance placée en elle, la réparation des erreurs du juge lui incombe.

L'erreur du juge pénal peut relever du socle juridique auquel il se reporte, pour prendre chacune de ses décisions. Incontestable puisqu'elle se réfère à la règle de droit, le juge se rend dès lors responsable d'une erreur sur le droit (Chapitre premier).

A l'inverse, les faits sont parfois perçus de manière erronée par le magistrat. Point de départ d'une erreur plus difficile à reconnaître de part sa dimension sensible et abstraite, il s'agit de l'erreur sur les faits (Chapitre second).

CHAPITRE 1

L'ERREUR SUR LE DROIT

« Le qualificatif d'erreur matérielle s'oppose à l'erreur intellectuelle. Il signifie que le juge a correctement pensé, s'il s'est mal exprimé. L'erreur matérielle est un lapsus, c'est-à-dire une discordance entre la pensée du juge et l'expression dont il l'a revêtue »³.

L'erreur sur le droit peut s'analyser sous deux formes, l'erreur matérielle s'entend de la simple maladresse du juge (section première), bien moins subtile que l'erreur intellectuelle, cette dernière impliquant de retracer le chemin de sa pensée (section seconde).

SECTION 1 : L'ERREUR MATERIELLE, UNE MALADRESSE FACILEMENT IDENTIFIABLE

Au dernier rang des erreurs commises par le magistrat en matière pénale, l'erreur matérielle s'entend d'une erreur de moindre gravité. Néanmoins, elle ne peut être ignorée pour autant en ce qu'elle entretient une incohérence de la décision, dont la justice pénale ne doit souffrir. Simple inattention du juge, elle est à priori très facilement mise en évidence comme une étourderie (I), d'où un procédé de rectification facilité, à savoir opéré par le magistrat qui en est l'auteur (II).

I – L'étourderie du juge à l'épreuve de la pratique

Le quotidien des affaires pénales recouvre une multitude de décisions qui ne tendent pas toutes à la perfection. Au-delà des considérations morales abstraites, propres à chacun, sur la solution choisie par le juge ; des petites erreurs peuvent se glisser dans les ordonnances, les jugements ou les arrêts rendus par nos magistrats (A). Les conséquences de ces actes manqués restent généralement limitées, à condition cependant de ne pas laisser l'incohérence générée persister (B).

³ Blondet M., *Procédures subséquentes devant les juridictions répressives*, JCP 1954. I. 1162.

A/ L'erreur d'inattention et ses multiples manifestations

L'erreur matérielle se présente comme « *l'inexactitude qui se glisse par inadvertance dans l'exécution d'une opération...ou dans la rédaction d'un acte...et qui appelle une simple rectification -sans nouvelle contestation- à partir des données en général évidentes qui permettent de redresser l'erreur ou de réparer l'omission* »⁴.

L'erreur de frappe, l'erreur d'écriture, l'erreur de rédaction constituent quelques exemples d'erreurs techniques, encore appelées « erreurs matérielles ». Ainsi, l'oubli du visa des infractions, sur lesquelles est fondée la condamnation dans le dispositif d'un arrêt, est une erreur matérielle, s'il n'existe aucune incertitude sur la nature de l'infraction retenue et les textes appliqués⁵. De même, une erreur sur le nom de la personne condamnée constitue une erreur matérielle « *Lorsqu'une prévenue a été condamnée sous le nom d'une autre personne totalement étrangère par suite d'une erreur purement matérielle, la juridiction ayant statué a qualité pour ordonner la rectification de l'erreur ainsi commise* »⁶ ou encore une simple erreur de calcul, comme c'est le cas dans la décision qui prévoit trois postes de dommages et intérêts et donne un montant cumulé qui ne correspond pas à l'addition de ces trois chiffres⁷. Enfin, une mention erronée fait, elle aussi, partie de ces erreurs matérielles « *Dès lors que l'intitulé et le dispositif de l'arrêt précisent qu'il a été rendu « en chambre du conseil » en application de l'article 778 C. pr. pén., une mention incidente contenant les mots « à l'audience publique de ce jour » ne constitue qu'une erreur de plume manifeste, relevant de la procédure de rectification prévue par l'art. 710* »⁸.

Vaste domaine que la justice pénale n'ignore pas, le juge n'étant pas à l'abri d'une discordance entre une décision rendue et sa restitution écrite. Loin d'être rares, elles s'insèrent dans le paysage judiciaire comme les premières illustrations d'une justice rendue par des hommes, donc une justice faillible. Cette idée, difficile à accepter pour beaucoup, est pourtant celle qui domine lorsqu'il s'agit de traiter de l'erreur du juge, et il est nécessaire d'admettre que notre justice ne soit pas toujours à la hauteur des espérances placées en elle. Néanmoins, lorsque l'erreur est bénigne, il faut reconnaître la mise en place de modes de réparation simples à son secours, rectifiant sans trop de dommages la mauvaise solution.

⁴ Vocabulaire juridique Capitant publié sous la dire. de Gérard Cornu, Presses Universitaires de France, 1987.

⁵ Cass. crim., 17 mai 1995, pourvoi n°94-85.231.

⁶ Cass. crim., 27 février 1969, Bull. crim. n°103.

⁷ Cass. crim., 18 septembre 1995, West : Juris data n. 003383.

⁸ Cass. crim., 8 octobre 1984, Bull. crim. n°284.

L'erreur matérielle peut revêtir de multiples formes à travers la palette de décisions rendues en matière pénale, qu'il s'agisse d'une ordonnance, d'un jugement ou d'un arrêt et quel que soit le degré de juridiction considéré⁹. Elle s'oppose ainsi à l'erreur intellectuelle, erreur dans le raisonnement juridique qui se trouve ici exact, sa transcription étant quant à elle erronée. Ces erreurs sont fréquentes et se justifient aisément face à la charge de travail démultipliée qui pèse sur les prétoires. Débordés et pressés dans leur tâche, les juges rendent parfois des décisions en contradiction sur le papier avec les paroles prononcées et la solution choisie. Inattention ou négligence, ces « petites erreurs » peuvent néanmoins avoir des conséquences fâcheuses si aucun mode de rectification n'est enclenché. L'étourderie du juge ne doit pas aboutir à un non-sens sans issue possible. La justice a pour mission de juger les écarts à la loi, elle se ferait donc l'écho d'un paradoxe inadmissible en se refusant à y remédier. Elle doit donc être son premier juge lorsque ses membres commettent une faute et se vouloir exemplaire.

B/ L'erreur d'inattention et la nécessité de sa rectification

Une illustration récente de l'erreur matérielle, erreur du « technicien » du droit qu'est le juge, vient à l'appui de cette démonstration avec un arrêt rendu par la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris le 17 octobre 2008. Un juge des libertés et de la détention avait rendu une ordonnance refusant l'élargissement d'un mis en examen en détention provisoire, c'est-à-dire sa remise en liberté. La chambre de l'instruction statue alors en appel de la décision et insiste avec force d'arguments sur la nécessité du maintien en détention. La Cour de cassation reprendra plus tard le raisonnement des juges du fond : *« Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué et des pièces de la procédure que, statuant sur l'appel formé par Jorge X... de l'ordonnance du juge des libertés et de la détention rejetant sa demande de mise en liberté, la chambre de l'instruction expose, dans les motifs de sa décision rendue le 17 octobre 2008, que le maintien en détention de l'intéressé est nécessaire pour éviter tout risque de pression sur les témoins et les victimes encore traumatisées par les agressions sexuelles dénoncées ; que les juges ajoutent que la détention est l'unique moyen d'éviter tout renouvellement des infractions dont le risque apparaît majeur, au regard de la multiplicité des faits reprochés à*

⁹ La justice française compte aujourd'hui trois degrés de juridictions : les décisions de première instance peuvent ainsi faire l'objet d'un appel qui lui-même peut être suivi d'un pourvoi en cassation. Les deux premiers degrés de juridiction ont en charge de juger le fond tandis que la Cour de cassation est exclusivement juge du droit.

Depuis la loi n°2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, les arrêts de cour d'assises peuvent également faire l'objet d'un appel puis d'un recours devant la Cour de cassation.

l'intéressé, de ses antécédents judiciaires et des conclusions de l'expert psychiatre ; qu'enfin, ils retiennent que la détention est seule de nature à garantir la représentation de Jorge X..., de nationalité argentine, qui a des attaches familiales dans son pays d'origine et n'a pas de domicile fixe en France ; que, cependant, le dispositif de l'arrêt déclare l'appel bien fondé et infirme l'ordonnance entreprise »¹⁰.

Dans ces conditions, le dispositif de l'arrêt était pour le moins...surprenant ! La décision était énoncée en ces termes : « *Déclare l'appel recevable, au fond le dit bien fondé, infirme l'ordonnance entreprise* », donc en opposition totale avec les motifs invoqués. En quelques mots la décision se voit inversée et le sort de la personne jugée s'oriente plutôt à son avantage. Du point de vue du droit, l'erreur, une simple interversion de mots, a des conséquences importantes puisque l'affaire se poursuit par la libération de la personne mise en examen selon la volonté du parquet général. Les suites de l'erreur matérielle deviennent alors manifestement gênantes, une personne présumée dangereuse recouvrant la liberté, au risque de commettre une nouvelle infraction. Les coupables, juges distraits de la chambre de l'instruction, se voient cependant offrir une possibilité d'amendement par la rectification du dispositif. Le 31 octobre 2008, la chambre de l'instruction de la Cour d'appel de Paris procède à une habile manœuvre de réécriture en modifiant le dispositif énoncé deux semaines plus tôt par « *Le dit mal fondé, confirme l'ordonnance entreprise* ». Voilà qui est simple : l'erreur est réparée !

A nouveau incarcéré, le destinataire ne voit évidemment pas la décision d'un très bon œil et forme un pourvoi en cassation. L'Assemblée plénière de la chambre criminelle de la cour de cassation se prononce le 17 février 2009 par un arrêt de rejet fort intéressant : « *le dispositif d'un arrêt devant être interprété par les motifs auxquels il s'unit et dont il est la conséquence, un défaut de concordance entre le dispositif et les motifs, lorsque comme en l'espèce, il est seulement le résultat d'une erreur purement matérielle, peut être réparé selon la procédure prévue par les articles 710 et 711 du code de procédure pénale* ». A travers l'énoncé du dispositif, deux informations tout à fait essentielles : la première, seule est prise en compte dans cette procédure et différenciée des autres « l'erreur purement matérielle », la seconde, cette erreur admet réparation par le biais des articles 710 et 711 du Code de procédure pénale.

¹⁰ Cass. crim., 17 février 2009, Bull. crim. n°39

II – Le retour aisé du juge à la logique

A la simplicité de l'erreur commise par le juge, correspond celle de son mécanisme de réparation. La reprise de la décision est assurée par la personne la mieux placée pour cette opération, le magistrat qui en est à l'origine, sans formalisme ni difficulté (A). Simple et efficace, cette procédure est néanmoins encadrée par des considérations plus élevées, destinées à prémunir le justiciable contre de possibles dérives (B).

A/ La rectification de l'erreur opérée par son auteur

La procédure de rectification des erreurs purement matérielles, selon l'expression consacrée, s'articule donc autour de deux articles du Code de procédure pénale.

D'abord, l'article 710 du code dispose « *Tous incidents contentieux relatifs à l'exécution sont portés devant le tribunal ou la cour qui a prononcé la sentence ; cette juridiction peut également procéder à la rectification des erreurs purement matérielles contenues dans ses décisions. Elle statue sur les demandes de confusion de peines présentées en application de l'article 132-4 du code pénal.*

En matière criminelle, la chambre de l'instruction connaît des rectifications et des incidents d'exécution auxquels peuvent donner lieu les arrêts de la cour d'assises.

Sont également compétents pour connaître des demandes prévues par le présent article, selon les distinctions prévues par les deux alinéas précédents, soit le tribunal ou la cour, soit la chambre de l'instruction dans le ressort duquel le condamné est détenu. Le ministère public de la juridiction destinataire d'une demande de confusion déposée par une personne détenue peut adresser cette requête à la juridiction du lieu de détention.

Pour l'application du présent article, sauf en matière de confusion de peine, le tribunal correctionnel est composé d'un seul magistrat exerçant les pouvoirs du président. Il en est de même de la chambre des appels correctionnels ou de la chambre de l'instruction, qui est composée de son seul président, siégeant à juge unique. Ce magistrat peut toutefois, si la complexité du dossier le justifie, décider d'office ou à la demande du condamné ou du ministère public de renvoyer le jugement du dossier devant la formation collégiale de la juridiction. Le magistrat ayant ordonné ce renvoi fait alors partie de la composition de cette juridiction. La décision de renvoi constitue une mesure d'administration judiciaire, qui n'est pas susceptible de recours ».

Puis l'article 711 à son tour « *Le tribunal ou la cour, sur requête du ministère public ou de la partie intéressée, statue en chambre du conseil après avoir entendu le ministère public, le conseil de la partie s'il le demande et, s'il échet, la partie elle-même, sous réserve des dispositions de l'article 712. Lorsque le requérant est détenu, sa comparution devant la juridiction n'est de droit que s'il en fait la demande expresse dans sa requête.*

L'exécution de la décision en litige est suspendue si le tribunal ou la cour l'ordonne.

Le jugement sur l'incident est signifié à la requête du ministère public aux parties intéressées ».

A cela la jurisprudence rajoute des éléments d'appréciation permettant d'analyser les situations couvertes. L'arrêt rendu par la chambre criminelle de la cour de cassation dans sa formation solennelle le 17 février 2009 accrédite l'idée d'une incohérence entre motif et dispositif en tant qu'erreur matérielle par excellence. Ainsi, l'attendu de principe dispose lisiblement pour sa part « *le dispositif doit être interprété par les motifs auxquels il s'unit et dont il est la conséquence* ». Cela après avoir vérifié cette disparité dans l'arrêt fautif puisqu'il rappelle que l'arrêt rectificatif du 31 octobre 2008 avait indiqué « *qu'il ressortait des motifs, sans aucune possibilité d'équivoque, que la chambre de l'instruction avait décidé de maintenir l'intéressé en détention provisoire* ».

Cet arrêt de la Haute Cour peut s'interpréter comme un éclaircissement bienvenu sur une erreur difficile à appréhender. Il confirme l'idée selon laquelle il doit exister une disproportion manifeste et sans ambiguïté entre la décision prise et la décision inscrite de telle sorte que l'erreur du juge pénal est évidente et sans contestation possible.

A priori, la correction est réservée aux erreurs les plus basiques, erreurs textuelles manifestement contraires à la décision prise par le ou les juges. Le dernier alinéa de l'article 710 du Code de procédure pénale confie donc cette mission à un juge unique, qu'il s'agisse du tribunal correctionnel, de la chambre des appels correctionnels ou de la chambre de l'instruction. Il existe néanmoins deux possibilités de retrouver la collégialité :

- si le magistrat le décide d'office en raison de la complexité du dossier et en cas de demande du ministère public ou du condamné,
- en matière de confusion de peine.

Une porte de sortie est donc clairement ouverte au juge lorsqu'il commet ce type d'erreur pour la faire disparaître et par là même redonner force et cohérence à sa position. Il faut

cependant noter l'absence de toute définition de l'erreur matérielle : elle reste donc soumise à un jugement d'appréciation quant à sa nature ; donc à un certain arbitraire. Que recouvre la catégorie des erreurs matérielles ? Quelles erreurs en sont exclues et, de fait, sont privées du procédé de réparation des articles 710 et 711 du Code de procédure pénale ? Jusqu'où est-il possible de réparer une erreur de la sorte ?

B/ La correction de l'erreur tempérée par des intérêts supérieurs

L'autorité de la chose jugée, principe tout à fait essentiel à la stabilité des décisions judiciaires, implique certaines contraintes. Reprendre quelques mots, une phrase ou une expression qui contredisent l'esprit d'une décision, est une manœuvre salutaire. Toutefois, cette mesure technique ne doit pas être prétexte à réécriture de la décision (1) sous peine de discréditer son rôle particulièrement utile (2).

1. Une saine limite apportée par l'autorité de la chose jugée

Lorsque la décision rendue est une décision de jugement, une décision de fond, l'erreur ne peut être corrigée à l'infini. La première limite supportée par la procédure de réparation touche à l'autorité de la chose jugée. En effet, l'autorité de la chose jugée est un principe fondamental de notre justice pénale, qui garantit une autorité indispensable à la procédure judiciaire. Dès le prononcé du jugement, celui-ci bénéficie de « *l'ensemble des effets attachés à la décision juridictionnelle, telle la force de vérité légale* »¹¹. De plus, l'autorité de la chose jugée est absolue en matière pénale, elle prend effet à l'égard de tous et pas seulement des parties. L'autorité de la chose jugée est alors à relier au dispositif « *tel qu'éclairé par les motifs qui en sont le soutien nécessaire* »¹². La décision du juge pénal, une fois rendue, est tenue pour vraie à l'égard de tous, dans le but d'éviter de juger à répétition la même situation.

Par conséquent, lorsqu'une procédure de rectification des erreurs purement matérielles est ouverte, le juge doit prendre grand soin de ne rien rajouter à la décision rendue sous peine de remettre en cause cette autorité légitime. La procédure de correction ne doit pas se substituer à une voie de recours. Un arrêt rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 26 juin 1984 en énonce la substance dans son attendu de principe : « *Il ne saurait appartenir à une juridiction saisie en application de l'art. 710 d'ajouter, sous couvert d'interprétation ou*

¹¹ Cornu Gérard, *Vocabulaire juridique*, 7^e édition, Presses universitaires de France, Paris, 2005.

¹² Cass. crim., 28 février 2007, Bull. crim. n°65, P.345.

de rectification, des dispositions nouvelles qui ne seraient pas une réparation d'erreurs purement matérielles »¹³. Ainsi, un exemple peut être trouvé dans un arrêt rendu par la même chambre, le 7 février 1996 et selon lequel « *Une juridiction correctionnelle n'a pas le pouvoir de restreindre ou d'accroître les droits qu'elle consacre et de modifier ainsi la chose jugée. Méconnaît ce principe la cour d'appel qui, sous couvert d'une difficulté d'exécution, ajoute à la décision ayant ordonné une mesure de démolition un délai sous astreinte qu'elle ne prévoyait pas* »¹⁴.

Ensuite, le juge ne doit pas, par cette voie, porter atteinte au demandeur. Des arrêts viennent consolider cette limite. La chambre criminelle de la Cour de cassation, le 17 décembre 2002, refuse la mise en œuvre de ce mécanisme correctif sous cet argument : « *Il n'appartient pas à une juridiction saisie en application de l'article 710 C. pr. pén. de modifier, sous le couvert d'interprétation ou de rectification, la chose jugée en substituant à la décision initiale des dispositions nouvelles qui ne seraient pas la réparation d'erreurs matérielles. Méconnaît ce principe la cour d'appel qui fait droit à la requête en rectification d'erreur matérielle présentée par le procureur de la République, tendant à substituer une peine de cinq ans d'emprisonnement à celle de cinq mois, seule mentionnée dans un jugement devenu définitif* »¹⁵. Un second exemple vient à l'appui de ce frein à la réparation de l'erreur commise, cette fois rendue le 24 juin 2008 par la même juridiction : « *Une juridiction correctionnelle saisie en application de l'article 710 C. pr. pén. d'un incident contentieux relatif à l'exécution d'une décision n'a pas le pouvoir de restreindre ou d'accroître les droits qu'elle consacre et de modifier ainsi la chose jugée. Une cour d'appel ne saurait en conséquence dire que la condamnation d'un urologue « à l'interdiction d'effectuer pendant deux ans toute opération chirurgicale de quelque nature que ce soit » doit s'entendre comme celle de pratiquer tous les actes spécifiques qui lui seraient permis dans son activité d'urologue et particulièrement les interventions manuelles ou instrumentales de quelque nature que ce soit sur l'organisme et notamment sur les parties internes* »¹⁶. Il faut donc considérer cet élément comme une atteinte à l'autorité de la chose jugée et exclure la rectification d'erreur matérielle qui a pour risque de pénaliser le demandeur.

¹³ Cass crim., 26 juin 1984, Bull. crim. n°242.

¹⁴ Cass. crim., 7 février 1996, Bull. crim. n°66.

¹⁵ Cass. crim., 17 décembre 2002, Bull. crim. n°232.

¹⁶ Cass. crim., 24 juin 2008.

Les vices affectant la validité de la décision ne peuvent quant à eux, trouver leur salut dans la procédure des articles 710 et 711 du Code de procédure pénale. Tel est le cas par exemple d'un arrêt dont la minute ne comporte pas la signature du greffier. A l'appui de cette affirmation, l'arrêt rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 20 novembre 2007 est à citer en ce sens : « *Si les juridictions répressives peuvent interpréter leurs décisions lorsque des difficultés s'élèvent sur le sens de celles-ci, il leur est interdit d'en restreindre ou d'en étendre les dispositions et de modifier ainsi la chose jugée. Est dès lors écartée à bon droit comme se heurtant à ce principe la requête présentée sur le fondement de l'article 710 C. pr. Pén. par le procureur général, tendant à ce que soit rectifiée l'erreur contenue dans un précédent arrêt dont la minute ne comportait pas la signature du greffier. Selon le requérant, l'erreur aurait consisté dans la mention, contenue dans le dispositif, du prononcé d'une peine complémentaire d'un mois de suspension du permis de conduire, alors que les notes d'audience, qui, elles, étaient signées du président et du greffier, mentionnaient que la prévenue avait été condamnée à un an de suspension de son permis de conduire. En effet, l'absence de signature du greffier sur la minute affecte la validité de la décision et ne saurait être réparée sous le couvert d'interprétation ou de rectification suivant la procédure prévue par l'article 710 C. pr. pén.* »¹⁷.

2. L'efficacité privilégiée à la légitimité

La jurisprudence constante en la matière admet largement ce procédé et cela de façon ancienne. La première application de la solution date du 19 juin 1933, un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation accordant la réparation de ces erreurs d'étourderie par un arrêt rectificatif lorsque l'arrêt en cause, malgré son défaut, ne laisse entrevoir aucune hésitation sur son sens et sa portée¹⁸.

La matière pénale est proche ici du droit civil, puisque l'article 462 du Code de procédure civile énonce que « *les erreurs et omissions matérielles qui affectent un jugement, même passé en force de chose jugée, peuvent toujours être réparées par la juridiction qui l'a rendu ...* ». Il s'agit ici d'une même logique qui se justifie aisément quant à sa raison d'être. Reprendre l'ensemble des débats, recommencer le procès, repartir à zéro pour une solution probablement identique à la fin, cela uniquement aux fins de corriger une erreur de forme, serait une prolongation inutile et inappropriée. Il faut saluer la procédure de rectification

¹⁷ Cass. crim., 20 novembre 2007, Bull. crim. n°286 ; *Procédures* 2008. Comm. 60, obs. Buisson.

¹⁸ Cass. crim., 19 juin 1933, Bull. crim. n°139.

prévue par la loi, car elle permet une économie de temps et de moyens considérable sans pour autant nuire aux justiciables. Il faut accorder au juge pénal le droit de se tromper par inadvertance et sans mauvaise foi. Certes, il s'agit d'un professionnel confronté à des situations graves et dont les décisions ont un fort impact sur la vie de ses concitoyens. Il est malheureusement impossible de réclamer une justice idyllique. Les erreurs anodines, commises sans aucune volonté de porter préjudice à quiconque, ne pourront être éradiquées tant que les décisions seront prises par des êtres humains, des juges soumis à des contraintes de temps, à une surcharge permanente de travail et parfois, à leur inattention.

Aussi, une atténuation importante est à relever, puisque l'article 711 du Code de procédure pénale n'est pas applicable à la rectification des ordonnances rendues par le juge des libertés et de la détention¹⁹. Ce dernier n'est donc pas soumis à cette procédure pour la rectification des erreurs matérielles qu'il commet. En effet, l'article 711 vise « *le tribunal ou la cour* », ce qui soulève également quelques questions quant au juge d'instruction.

Enfin, la procédure de rectification des erreurs matérielles se voit parfois contournée, lorsque le droit est donné au juge de s'en affranchir. Un arrêt issu de la chambre criminelle de la Cour de cassation, rendu le 3 juin 2003, permet l'évitement de cette procédure à un juge des libertés et de la détention ayant rendu une ordonnance de placement en détention provisoire dans laquelle s'était glissée une erreur d'identité. En effet, l'acte portait mention de l'identité du frère du prévenu, lui aussi mis en examen dans la même procédure. Le magistrat fut autorisé à rectifier l'erreur sans emprunter la voie de l'article 710 du Code de procédure pénale. Cette simplification à l'extrême de la réparation de son erreur par le juge reste pour le moment une solution isolée, et il faudra attendre pour savoir si la possibilité se généralise ou demeure exceptionnelle. Quelques réserves peuvent quand même être émises à l'encontre de ce procédé. Sans nul doute, la justice est cernée de formalités dont l'utilité est parfois contestable, mais ces démarches et cette solennité sont un signe des garanties apportées par l'institution judiciaire contre l'arbitraire. Lorsque le juge est autorisé à modifier son arrêt sans être dépendant d'aucune procédure, des dérives sont à craindre.

¹⁹ Voir Cass. crim., 3 juin 2003, Bull. crim. n°112.

SECTION II : L'ERREUR INTELLECTUELLE, UN RAISONNEMENT MALADROIT DIFFICILEMENT APPREHENDABLE

Confrontée à l'erreur matérielle, l'erreur intellectuelle se révèle d'une subtilité bien supérieure. Résultat d'une réflexion erronée du juge sur la règle de droit, l'erreur intellectuelle se traduit par une solution en disharmonie avec la règle juridique qui s'y rattache. La complexité de sa mise en évidence est souvent proportionnelle au rejet de sa reconnaissance, et partant, de sa réparation. Largement répandue en matière pénale, l'erreur intellectuelle du juge est de loin la plus complexe des erreurs sur le droit, en ce qu'elle fait appel à la rigueur intellectuelle de chacun (I). Les filtres sont nombreux et superposés de manière à renforcer le contrôle contre de telles erreurs, mais demeurent subordonnés à la découverte de celles-ci, et par conséquent, aléatoires (II).

I – Une règle de droit mal interprétée

L'erreur sur le droit que représente la mauvaise opération intellectuelle effectuée par le magistrat revêt des formes variées. La faille dans la qualification désignée par le juge pour recouvrir une infraction pénale en est l'illustration par excellence. Complexe confrontation de la généralité du droit aux faits particuliers, la qualification apposée par le juge peut être inadéquate en ce qu'elle ne répond pas aux règles théoriques qui la gouvernent. Il s'agit là d'une erreur intellectuelle du juge pénal (A). Outre l'erreur de qualification, la logique juridique peut être mise à rude épreuve par de nombreuses méprises sur son sens (B).

A/ L'erreur intellectuelle et la qualification abusée

L'erreur intellectuelle, par opposition à l'erreur matérielle, se définit quant à elle en référence à un mauvais raisonnement du juge, une opération intellectuelle faussée. Confronté à une affaire plus ou moins complexe, à des faits parfois difficiles à reconstituer ou à la difficulté d'éclairer le contexte dans lequel s'est déroulée une infraction, le juge va se tromper. Il n'est pas question ici non plus de mauvaise foi car l'erreur intellectuelle ne suppose pas un parti pris du juge pour une solution donnée. Il s'agit, à l'image d'un problème de mathématiques, d'une logique de réflexion erronée. Le juge s'est tourné vers une solution qui ne correspond pas à la réalité, il a en quelque sorte mal établi la liaison entre la singularité d'une affaire et la

rigueur du droit. Contrairement à l'erreur matérielle, qui relève de la simple étourderie du juge, l'erreur intellectuelle est plus difficile à appréhender. Le droit est construit sur un ensemble de règles destinées à construire une mécanique de pensée. Le juge pénal s'y applique chaque fois qu'il rend une décision. Ainsi, décider de l'innocence ou de la culpabilité d'une personne poursuivie, relier les faits commis à des données juridiques répertoriées, nécessitent une analyse stricte et élaborée de la situation. Le juge doit s'astreindre à un exercice contraignant et délicat qui consiste à interpréter. L'interprétation du juge ne suit pas une ligne droite à laquelle une réponse positive ou négative suffit, elle demande un effort intellectuel parfois soutenu. Il arrive que le schéma dessiné par le juge ne soit pas celui qui convient. L'erreur intellectuelle est plus rare que l'erreur matérielle dans le quotidien des tribunaux car les juges sont des juristes de haut niveau et la formation juridique reçue a pour objet cette gymnastique intellectuelle permanente. Pour autant, tout apprentissage a ses limites et l'esprit humain ne peut être formaté à la perfection.

L'erreur de qualification est une forme d'erreur intellectuelle, en ce qu'elle rejoint la faille dans l'opération d'analyse requise de la part du juge. Rendre une décision en matière pénale consiste à vérifier dans un premier temps que les faits commis correspondent bien à une qualification pénale, puis dans un second temps à quelle qualification pénale. En effet, nul ne peut être condamné pour des faits qui ne sont pas contraires à la loi. Le juge pénal est le garant de cette première réserve. Il lui revient donc la charge de contrôler l'existence de l'infraction au regard du droit.

Déjà, une première erreur intellectuelle peut émerger à ce stade par l'établissement d'un lien entre des faits et une infraction alors que ce n'est pas le cas. Par exemple, un juge qui condamnerait une personne pour avoir détruit un bien qui lui appartient, au visa de l'article 322-1 du Code pénal, soit la destruction, détérioration, dégradation d'un bien ; effectuerait une mauvaise lecture du texte de loi qui énonce en son alinéa premier : « *La destruction, la dégradation ou la détérioration d'un bien appartenant à autrui est punie de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende, sauf s'il n'en n'est résulté qu'un dommage léger* ». Le mot « *autrui* » est tout à fait fondamental puisque le propriétaire d'un bien en détient les trois composantes : usus, abusus et fructus, donc le droit de l'utiliser, d'en retirer les fruits et d'en disposer. Or, disposer d'un bien signifie avoir le droit de le détruire, le dégrader ou de le détériorer. Par conséquent, celui qui détruit son bien ne se rend pas coupable d'une infraction pénale, seule la destruction de celui d'autrui pouvant faire l'objet

d'une infraction pénale. Le magistrat opère alors une erreur dans son raisonnement intellectuel, en laissant de côté une donnée tout à fait fondamentale, pour aboutir à des conclusions. Il s'agit là d'une faute que le juge n'a pas eu la volonté de commettre, une erreur intellectuelle due à une mauvaise lecture du texte de loi.

Il y a ensuite un deuxième niveau d'erreur possible dans la qualification, plus proche cette fois du choix de l'incrimination que de l'existence de l'infraction pénale.

Le magistrat, après avoir vérifié que les faits ont bien la nature d'actes interdits par la loi pénale, va devoir choisir la qualification appropriée. Les faits d'une espèce peuvent recouvrir plusieurs infractions pénales. Parfois, les incriminations vont pouvoir se cumuler ; mais il est tout aussi fréquent qu'elles entrent en conflit les unes face aux autres et le juge doit choisir parmi cet ensemble l'infraction la plus pertinente. Le concours de qualification, réel lorsque des faits distincts aboutissent à des incriminations distinctes, idéal lorsque des faits donnent lieu à plusieurs incriminations possibles, se résout alors à l'appui d'un certain nombre de règles qui viennent à s'appliquer. Le magistrat doit alors prendre grand soin de ne pas les négliger pour démêler les fils de la situation. Dans le cas du concours réel, toutes les qualifications se cumulent. Dans le cas du concours idéal de qualification, l'atteinte à des valeurs sociales protégées différentes permet de cumuler les qualifications, alors que l'inverse conduit au non-cumul et au choix de l'incrimination correspondant à l'expression pénale la plus élevée²⁰ et la préférence de l'incrimination spéciale sur celle qui est générale, comme le rappelle l'adage *specialia generalibus derogant*²¹. Dans les deux cas, c'est le principe du non-cumul des peines de même nature qui prévaut, dans la limite du seuil encouru le plus élevé.

Le juge pénal qui confond l'une des règles de ces concours de qualifications et ne retient qu'une qualification alors qu'elle se cumulait à une autre, ou encore additionne le maximum encouru de deux peines d'emprisonnement, commet une erreur intellectuelle indiscutable. Par exemple, l'auteur d'actes de violence sur la personne de son voisin et de l'inscription de graffitis sur le mur de ce dernier, correspond à la fois à la qualification de violences de l'article 222-11 du Code pénal en admettant que l'incapacité totale de travail soit de plus de huit jours²² et à celle de destruction, dégradation, détérioration d'un bien à l'article 322-1

²⁰ Cons.const., 12 janvier 2002, n°2001-455 DC, *JO*, 18 janvier.

²¹ « *Le spécial déroge sur le général* ».

²² L'article 222-11 du code pénal dispose : « *Les violences ayant entraîné une incapacité totale de travail pendant plus de huit jours sont punies de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende* ».

alinéa 2 du Code pénal²³. Le juge doit ici reconnaître une atteinte à la personne, à l'intégrité physique d'une part, une atteinte aux biens d'autre part. Les deux qualifications doivent être retenues. Le magistrat qui ne prend pas en compte la différence dans les valeurs sociales protégées pourrait ne retenir que la qualification qu'il considère la plus grave quant à sa répression pénale, les violences, et commettre ainsi l'erreur. De même, en gardant le même exemple et en imaginant que le juge a bien abouti au cumul, au titre des violences trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende sont encourus, au titre du graffiti sur le mur, 3750 euros d'amende et du travail d'intérêt général. La peine maximale encourue par l'auteur des faits correspond à trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende. Le juge qui irait au-delà en dépassant le seuil le plus élevé, par exemple en condamnant la personne responsable à trois ans d'emprisonnement et 48 750 euros d'amende, se fourvoierait.

B/ L'erreur intellectuelle et ses formes diversifiées

La concentration et la rigueur requises par l'exercice de qualification ne doit pas faire perdre de vue au magistrat l'ensemble des données entourant l'infraction pénale. Ces éléments sont multiples et peuvent avoir une incidence certaine sur une décision les laissant de côté, comme en attestent quelques illustrations. La situation de récidive légale exige d'être considérée par le juge dans le choix de la sanction (1), de même une circonstance aggravante ne doit pas être confondue avec un élément constitutif (2) ou encore un fait justificatif ou une durée de prescription oubliés (3).

1. L'absence de prise en compte de la situation de récidive légale

L'erreur intellectuelle peut également connaître son expression dans la non-prise en compte d'une situation de récidive légale. En effet, la récidive est un facteur général d'aggravation et peut donner lieu à l'application de peine « planchers », c'est-à-dire un minima automatiquement prononcé²⁴. Certes, la condamnation d'une personne étant en état de

²³ L'article 322-1 alinéa 2 du code pénal dispose : « *Le fait de tracer des inscriptions, des signes ou des dessins, sans autorisation préalable, sur les façades, les véhicules, les voies publiques ou le mobilier urbain est puni de 3750 euros d'amende et d'une peine de travail d'intérêt général lorsqu'il n'en n'est résulté qu'un dommage léger* ».

²⁴ Il s'agit de la loi n°2007-1198 du 10 août 2007, dite loi « Dati », renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs. Elle met en place des peines minimales en cas de récidive légale, seuils que le juge peut ne pas appliquer en motivant sa décision comme le prévoient dans leur dernier alinéa les articles 132-18-1 : « *Toutefois, la juridiction peut prononcer une peine inférieure à ces seuils en considération des circonstances de l'infraction, de la personnalité de son auteur ou des garanties d'insertion ou de réinsertion présentées par celui-ci. Lorsqu'un crime est commis une nouvelle fois en état de récidive légale, la juridiction ne peut prononcer une*

récidive légale peut ne pas être plus lourde que celle d'un primo-délinquant si le juge motive sa décision à l'appui d'arguments contre l'aggravation de la sanction. Néanmoins, il doit avoir connaissance de la situation de récidive et la prendre en considération du point de vue du droit. Par conséquent, le juge qui ne perçoit pas la situation de récidive légale, commet, là encore, une erreur d'analyse à classer parmi les erreurs intellectuelles.

2. Une confusion malheureuse entre élément constitutif et circonstance aggravante

Il arrive encore que les magistrats confondent élément constitutif et circonstance aggravante. Les articles 222-22 et 222-29 du Code pénal, les agressions sexuelles sur mineur de quinze ans, sont intéressants à ce titre.

L'article 222-22 du Code pénal concerne les agressions sexuelles dans leur ensemble, il dispose en son alinéa 1 : « *Constitue une agression sexuelle toute atteinte sexuelle commise avec violence, contrainte, menace ou surprise* ».

L'article 222-27 prévoit la circonstance aggravante de minorité :

« Les agressions sexuelles autres que le viol sont punies de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende lorsqu'elles sont imposées :

1° A un mineur de quinze ans

2° A une personne dont la particulière vulnérabilité due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de son auteur ».

Toute la complexité de certaines affaires d'infractions sexuelles résulte de la preuve du défaut de consentement du mineur à l'acte sexuel. En effet, il est fréquent de ne pouvoir démontrer la contrainte, la surprise, la menace ou la violence générée chez l'enfant abusé sexuellement. Dans les cas d'inceste notamment, le refus du mineur est parfois difficilement perceptible²⁵, comme chez le très jeune enfant, d'où une impasse pour parvenir à la condamnation de l'auteur de l'infraction. Les juges confrontés à cet obstacle ont été tentés d'utiliser la

peine inférieure à ces seuils que si l'accusé présente des garanties exceptionnelles d'insertion ou de réinsertion » et 132-19-1 du code pénal : « Par décision spécialement motivée, la juridiction peut toutefois prononcer une peine d'emprisonnement d'une durée inférieure aux seuils prévus par le présent article si le prévenu présente des garanties exceptionnelles d'insertion ou de réinsertion ».

²⁵ La loi n°2010-121 du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux, a pour objet une meilleure reconnaissance des cas d'inceste et devrait à l'avenir éviter de telles difficultés. En effet un article 222-22-1 vient s'ajouter au code pénal pour faire de la minorité et de la qualité de personne ayant autorité des éléments constitutifs de l'infraction « *La contrainte prévue par l'article 222-22 peut être physique ou morale. La contrainte morale peut résulter de la différence d'âge existant entre une victime mineure et l'auteur des faits et de l'autorité de droit ou de fait que celui-ci exerce sur cette victime* ».

circonstance aggravante, la minorité de la victime, ou encore la qualité de personne ayant autorité de l'auteur, comme preuve de la contrainte, et donc de l'absence de consentement. Or, il y a là une grave confusion entre l'élément constitutif qui fait défaut et la circonstance aggravante qui doit s'appuyer contre. La circonstance aggravante devient l'élément constitutif contrairement aux exigences du texte de loi.

Un arrêt rendu le 21 octobre 1998 par la chambre criminelle de la Cour de cassation censure une telle erreur à propos de la minorité : « *Attendu que, si les chambres d'accusation apprécient souverainement les faits dont elles sont saisies, c'est à la condition qu'elles justifient leurs décisions par des motifs exempts d'insuffisance ou de contradiction ;*

Attendu que, pour renvoyer X... et Y... devant la cour d'assises, la première, sous l'accusation de viols et agressions sexuelles aggravés, et, le second, sous l'accusation de complicité de ces infractions, la chambre d'accusation énonce que " c'est à l'âge de 13 ans que, sous des motivations pseudo-pédagogiques, Z... a été encouragé par son père à observer et toucher la nudité de sa belle-mère, âgée de 21 ans de plus que lui ; que, feignant la tendresse et exploitant le besoin qu'ils avaient eux-mêmes suscité, X... et Y... ont ensuite proposé à Z... des relations sexuelles ; qu'ainsi, compte tenu de son jeune âge, de son manque de discernement et du lien d'autorité existant, Z... s'est trouvé dans un état de dépendance affective caractérisant à son égard la contrainte morale qui s'est maintenue tout au long des relations sexuelles, y compris au-delà de la majorité " ;

Mais attendu qu'en prononçant ainsi, en se fondant, pour caractériser la violence, la contrainte ou la surprise, sur l'âge de la victime et la qualité d'ascendant ou de personne ayant autorité des auteurs présumés, alors que ces éléments, s'ils permettent de retenir, contre ces derniers, le délit d'atteinte sexuelle aggravée sur mineur, prévu et réprimé par les articles 331 et 331-1 anciens et 227-25, 227-26 et 227-27 du Code pénal, ne constituent que des circonstances aggravantes du crime de viol ou du délit d'agression sexuelle, la chambre d'accusation n'a pas donné de base légale à sa décision ;

D'où il suit que la cassation est également encourue de ce chef »²⁶.

C'est le cas également d'un arrêt de la chambre criminelle du 14 novembre 2001 à propos de la qualité de personne ayant autorité : « *Pour condamner le prévenu du chef d'agressions sexuelles aggravées sur deux mineures à l'égard desquelles il avait autorité, la cour d'appel, après avoir retenu la réalité des attouchements sexuels, énonce que le prévenu a agi en profitant de l'ignorance des victimes et en abusant de son autorité sur elles ; en prononçant*

²⁶ Cass. crim., 21 octobre 1998, Bull. crim. n°274.

ainsi, sans caractériser en quoi l'ignorance des victimes aurait été constitutive d'un élément de violence, de contrainte, de menace ou de surprise, et alors que l'autorité attribuée au prévenu ne pouvait constituer qu'une circonstance aggravante du délit d'agression sexuelle, la cour d'appel n'a pas justifié sa décision »²⁷.

Mais un arrêt concernant de très jeunes enfants, rendu par la même chambre le 7 décembre 2005, entérine l'erreur sous ce dispositif : *« Justifie sa décision la cour d'appel qui, pour déclarer le prévenu coupable d'atteintes sexuelles avec violence, contrainte, menace ou surprise sur trois mineurs, énonce, notamment, que l'état de contrainte ou de surprise résulte du très jeune âge des enfants qui les rendaient incapables de réaliser la nature et la gravité des actes qui leur étaient imposés »²⁸.*

3. La prescription et le fait justificatif négligés

Enfin, lorsqu'un délai de prescription recouvre l'infraction, ou un fait justificatif délivre l'auteur de l'infraction de sa responsabilité pénale, le magistrat qui ne prend pas en considération ces éléments, par un oubli du fait justificatif ou par un mauvais calcul de la prescription, se rend coupable d'une erreur intellectuelle susceptible d'entraîner la condamnation à tort de la personne en cause.

II – L'aléa dans le rétablissement de la vérité

Déceler une erreur dans le raisonnement judiciaire n'est pas évident et bien des failles intellectuelles donnent lieu à des décisions erronées sur le plan du droit pénal. La réparation de ces erreurs est dépendante de sa découverte par celui qui en est victime, puis de sa rectification par un autre juge. Soumise à un certain effort intellectuel, la réparation de l'erreur intellectuelle est aléatoire.

Il faut reconnaître cependant l'existence d'un système de voies de recours complet, soucieux d'une certaine efficacité. Plusieurs niveaux de juridictions se chevauchent afin d'assurer un maillage serré dans la détection des erreurs commises (A), complétés par l'intervention du juge européen en dernier recours (B).

²⁷ Cass. crim., 14 novembre 2001, Bull. crim. n°239.

²⁸ Cass. crim., 7 décembre 2005, Bull. crim. n°326.

A/ Des voies de recours plurielles et complémentaires

Il existe au sein de la justice pénale française, plusieurs recours possibles contre une décision judiciaire, destinés à s'assurer de la régularité de la procédure et/ou contester la qualité de la décision rendue au fond. L'erreur intellectuelle peut se voir réparée grâce à eux, mais ce retour à la régularité est aléatoire car ces voies de recours n'ont pas toutes pour seul dessein la réparation de l'erreur sur le droit :

- l'opposition
- l'appel
- le pourvoi en cassation.

Ces voies de recours sont complétées par un recours supplémentaire au niveau européen qui s'avère être l'ultime barrière contre les éventuelles erreurs de droit du juge pénal.

1. La rétractation par la voie de l'opposition

L'opposition est une voie de rétractation ouverte aux jugements rendus par défaut²⁹, c'est-à-dire en l'absence du prévenu ou de la partie civile, lors d'une audience de jugement correctionnelle ou de police. Cette absence se doit d'être involontaire. La partie faisant opposition doit encore justifier d'un intérêt à agir, la décision rendue par défaut devant lui faire grief (la relaxe du prévenu ne lui porte pas atteinte par exemple, de même pour la partie civile le rejet du pourvoi en cassation de la personne poursuivie). Le délai pour agir est en principe de dix jours avec un point de départ variable suivant l'intéressé.

L'opposition doit, à priori, pouvoir s'exercer contre toutes les décisions rendues par défaut en matière correctionnelle, donc celles de première instance mais aussi les arrêts d'appel ou les pourvois en cassation rendus par défaut comme l'énonce l'article 512 du Code de procédure pénale pour l'appel, les articles 579 et 589 pour le pourvoi en cassation. Néanmoins, d'une part la partie concernée a le choix entre faire appel ou opposition du jugement rendu par défaut en première instance, l'opposition étant choisie d'office si les deux voies de recours sont exploitées, et l'appel étant irrévocable si l'opposition est déclarée irrecevable par le juge qui l'examine. D'autre part, la chambre criminelle de la Cour de cassation considère, et cela par une jurisprudence constante, que la décision rendue en appel en l'absence de la partie

²⁹ La loi n°2004-204 du 9 mars 2004, dite Perben II, portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité ayant supprimé la purge de contumace, l'opposition reste la seule voie de rétractation en matière correctionnelle et de police.

civile n'est pas effective³⁰. Une cour d'appel s'est pourtant affranchie de cette interprétation dans le cas de son évocation³¹, sans statuer sur le fond, après annulation d'un jugement ayant mis fin à la procédure³².

L'opposition a pour finalité première, il est vrai, de recommencer une audience à laquelle la personne n'a pas pu être présente, afin qu'elle puisse y participer. Cependant, il faut reconnaître à cette voie de recours la possibilité de rectification, de façon indirecte, d'une erreur intellectuelle éventuelle.

2. La réformation soutenue par l'appel et le pourvoi en cassation

Les deux voies de réformation que sont l'appel et le pourvoi en cassation tendent « à faire juger une seconde fois, en fait et en droit, une affaire pour donner une seconde chance aux plaideurs contre le risque d'erreur et/ou de mauvaise appréciation des premiers juges »³³. Si le premier, l'appel, permet la vérification des faits et du droit, le pourvoi en cassation, quant à lui, se charge du contrôle du droit uniquement. Les deux voies de recours ouvrent une chance de voir l'erreur de raisonnement commise par le juge corrigée. Il faut tout de même allouer plus de crédit sur ce point au recours en appel, qui se traduit par un recommencement du jugement en son ensemble, alors que la Haute Cour n'est apte qu'à vérifier l'application des règles de droit, les faits étant considérés comme acquis. L'erreur intellectuelle reste une erreur de droit mais une mauvaise conception des faits peut être le socle de l'erreur répercutée sur le droit, c'est pourquoi leur exclusion réduit les chances de la corriger.

³⁰ Il s'agit là d'une erreur des juges du droit car l'article 512 du code de procédure pénale dispose : « Les règles édictées pour le tribunal correctionnel sont applicables devant la cour d'appel sous réserve des dispositions suivantes » et s'applique parfaitement à l'article 425 du même code : « La partie civile régulièrement citée qui ne comparait pas ou n'est pas représentée à l'audience est considérée comme se désistant de sa constitution de partie civile.

En ce cas et si l'action publique n'a été mise en mouvement que par la citation directe délivrée à la requête de la partie civile, le tribunal ne statue sur la dite action que s'il en est requis par le ministère public ; sauf au prévenu à demander au tribunal des dommages-intérêts pour abus de citation directe, comme il est dit à l'article 472.

Le jugement constatant le désistement présumé de la partie civile lui est signifié par envoi d'huissier, conformément aux dispositions des articles 550 et suivants. Ce jugement est assimilé à un jugement par défaut, et l'opposition soumise aux dispositions des articles 489 à 495 ».

³¹ L'évocation désigne le pouvoir de la cour d'appel qui peut statuer à la fois sur l'incident et sur le fond d'un jugement réformé. Il s'agit pour les juges d'appel de mettre fin au litige en évoquant des questions non tranchées en première instance en faisant exception du critère du double degré de juridiction mais qui permet un gain de temps et de moyens considérable. Du strict point de vue du droit, il y a là une erreur volontaire du juge.

³² CA Douai, 31 mai 1995.

³³ Buisson Jacques et Guinchard Serge, *Procédure pénale*, Litec, 5^e édition, 2009, P.1179.

L'appel d'un jugement de première instance est ouvert à tous les délits et un peu moins largement admis en matière contraventionnelle. Il s'insère dans un délai de dix jours soit à compter du prononcé du jugement (s'il a été rendu de manière contradictoire) soit de sa signification (s'il a été rendu par défaut). Il peut être interjeté par toutes les parties à l'instance sans restriction en matière correctionnelle, et dans des conditions plus complexes en matière de police³⁴. L'appel peut donc avoir pour objet « *de donner le droit aux parties à un second regard sur le dossier de la procédure et sur le fond de l'affaire* »³⁵.

Le pourvoi en cassation est un contrôle de légalité exercé par la Cour de cassation « *chargée de contrôler la légalité des décisions répressives, de rectifier les erreurs de droit éventuellement commises par les premiers juges* »³⁶. Deux sortes de pourvois peuvent être intentés, celui exercé par les parties, et le pourvoi dans l'intérêt de la loi formé par le procureur général près la Cour de cassation (ou plus rarement le procureur général d'une cour d'appel). Une condition gouverne ce recours, la décision doit avoir été rendue en dernier ressort et ne pas être exclue par un texte³⁷. Le délai pour se pourvoir est de cinq jours francs à partir du jour où la décision attaquée a été prononcée, ou à partir de la signification de la décision comme l'énonce l'article 568, alinéa 1 du code de procédure pénale³⁸.

En matière d'instruction, les ordonnances du juge d'instruction peuvent, pour certaines d'entre elles, faire l'objet d'un appel devant la chambre de l'instruction, qui statue alors comme une juridiction du second degré. Mais l'appel est largement restreint et ses effets sont limités. De la même façon, un pourvoi en cassation peut être intenté contre les arrêts de la chambre de l'instruction mais limité aux décisions définitives, les décisions non définitives pouvant encore être contestées devant la juridiction de jugement.

³⁴ Art. 546 CPP « *La faculté d'appeler appartient au prévenu, à la personne civilement responsable, au procureur de la République, au procureur général et à l'officier du ministère public près le tribunal de police et la juridiction de proximité, lorsque l'amende encourue est celle pour les contraventions de cinquième classe, lorsqu'a été prononcée la peine prévue par le 1° de l'article 131-16 du code pénal ou lorsque la peine d'amende prononcée est supérieure au maximum de l'amende encourue pour les contraventions de la deuxième classe. Lorsque des dommages et intérêts ont été alloués, la faculté d'appeler appartient également au prévenu et à la personne civilement responsable.*

Cette faculté appartient dans tous les cas à la partie civile quant à ses intérêts civils seulement.

Dans les affaires poursuivies à la requête des eaux et forêts, l'appel est toujours possible de la part de toutes les parties, quelles que soient la nature et l'importance des condamnations »

³⁵ Buisson Jacques et Guinchard Serge, *op. cit.*, P. 1187.

³⁶ Boré, J. et L., *La cassation en matière pénale*, 2^{ème} édition, Dalloz, 2004.

³⁷ Les mesures d'administration judiciaire en sont exclues (par exemple : mesure d'ordre à l'audience, disjonction des poursuites).

³⁸ En droit de la presse, il s'agit d'un délai de trois jours qui n'est pas franc selon l'article 59 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

Pour une grande part des ordonnances du juge d'instruction, la réparation d'une erreur intellectuelle du juge est plus difficile, voire impossible à défaut de recours ou du fait de recours trop étroits.

3. La place de l'erreur et son évolution dans la procédure criminelle

Avant la loi du 15 juin 2000³⁹, l'appel des arrêts rendus par les cours d'assises n'était pas possible. Par conséquent, en cas d'erreur du juge, aucun espoir de rectification n'était à envisager. Désormais l'article 380-1 du code de procédure pénale prévoit :

« Les arrêts de condamnation rendus par la cour d'assises en premier ressort peuvent faire l'objet d'un appel dans les conditions prévues par le présent chapitre.

Cet appel est porté devant une autre cour d'assises désignée par la chambre criminelle de la Cour de cassation et qui procède au réexamen de l'affaire selon les modalités et dans les conditions prévues par les chapitres II à VII du présent titre. La cour statue sans l'assistance des jurés dans les cas suivants :

1° Lorsque l'accusé, renvoyé devant la cour d'assises uniquement pour un délit connexe à un crime, est le seul appelant ;

2° Lorsque l'appel du ministère public d'un arrêt de condamnation ou d'acquiescement concerne un délit connexe à un crime et qu'il n'y a pas d'appel interjeté concernant la condamnation criminelle ».

La loi du 4 mars 2002⁴⁰ a ensuite ouvert le recours à tous les arrêts rendus en premier ressort, de condamnation ou d'acquiescement. Sont habilités à exercer un recours contre un arrêt de condamnation : l'accusé condamné, le ministère public, les administrations publiques lorsqu'elles exercent l'action publique ; la partie civile et la personne civilement responsable seulement quant à leurs intérêts civils. Pour les arrêts d'acquiescement, seul le procureur général peut ouvrir cette voie de recours. Le délai de dix jours pour interjeter un tel recours se calcule au jour de la signification de l'arrêt.

Ce recours est à distinguer de l'appel correctionnel en ce qu'il s'agit plus d'une « seconde chance » donnée au condamné, la cour d'assises de second ressort n'étant pas supérieure hiérarchiquement. En effet, les cours d'assises sont constituées d'un jury formé par neuf jurés, citoyens tirés au sort, et d'un Président entouré de deux assesseurs, tous les trois magistrats

³⁹ Loi n°2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, art. 81, applicable au 1^{er} janvier 2001.

⁴⁰ Loi n°2002-307 du 4 mars 2002 complétant la loi n°2000-516 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes.

professionnels. La décision rendue n'a pas de motivation, étant guidée par l'intime conviction. En effet, il est de tradition depuis la Révolution française⁴¹ que le peuple rende la justice en matière criminelle, et cela en son âme et conscience, sans avoir à motiver les raisons qui l'ont poussé à pencher, lors du procès, pour la culpabilité ou l'innocence. Remettre en cause cette décision a posé des problèmes évidents. En effet, comment contester l'intime conviction ? Cependant, les erreurs intellectuelles n'épargnent pas toujours les arrêts de cour d'assises et le jury, assisté des juges professionnels, n'est pas à l'abri de celles-ci, qu'elles soient commises lors de l'instruction préparatoire et entérinées lors du procès ou réalisées par le jury et la cour eux-mêmes pendant le procès. En cela, il doit être reconnu de grandes vertus à la possibilité de les réparer. La cour d'assises de second ressort est alors composée de douze jurés différents et toujours trois magistrats professionnels nouvellement désignés, dont le Président.

B/ L'erreur persistante soumise au juge européen

La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales est signée le 4 novembre 1950 dans le cadre du Conseil de l'Europe, ratifiée par la France le 4 mai 1974. Depuis, 13 Protocoles y ont été additionnés.

La Cour européenne des droits de l'homme, dont le siège est à Strasbourg, est l'organe juridictionnel supra-national créé en 1959 afin de veiller au respect des dispositions de la Convention par les 47 Etats parties. Elle représente une ultime chance pour la victime de l'erreur d'accéder à une réparation de celle-ci.

D'abord, le recours devant la CEDH doit être introduit après épuisement de l'ensemble des voies de recours interne de l'Etat, la Cour étant un organe subsidiaire de contrôle du respect de la Convention EDH. Le parcours est donc périlleux puisque l'erreur en question ne doit pas avoir été admise par les juridictions françaises.

Ces recours doivent en plus être utiles, efficaces et adéquats, c'est-à-dire aptes à réparer le manquement, relevant des autorités compétentes et offrant une chance réelle au requérant d'une réparation. Cette dernière condition est stricte et diminue les chances pour la victime d'une erreur d'obtenir sa rectification ; cependant elle est appréciée par la Cour notamment au regard de la jurisprudence antérieure. Ces conditions sont plutôt favorables en France puisque la Cour a estimé que « *le pourvoi en cassation figure parmi les voies de recours à épuiser en*

⁴¹ Loi du 16-26 septembre 1791.

principe »⁴². Il n'est que peu d'aménagements à la règle, outre des allégations sérieuses de torture⁴³ et l'épuisement des voies de recours internes par l'aide d'une association⁴⁴.

Le requérant doit obligatoirement alléguer la violation d'une ou plusieurs dispositions de la Convention EDH et avoir fait référence à celles-ci, ou à des dispositions nationales de même substance, lors de l'exercice des recours internes. Cela représente une barrière supplémentaire pour la victime de l'erreur qui ne peut appeler le secours de la CEDH pour toute erreur, seules celles qui sont dans ses compétences y trouvent une écoute.

Le recours peut être étatique ou individuel mais reste toujours dirigé contre un Etat contractant comme le prévoit l'article 34 de la Convention EDH. Le recours individuel est assez largement ouvert puisqu'il peut être exercé par une personne physique, une organisation non-gouvernementale ou un groupe de particuliers. La personne physique est la victime directe, indirecte ou potentielle et une association pouvant défendre l'intérêt général et non l'intérêt propre des victimes. Un arrêt de la CEDH du 27 juin 2000, *Ilhan c/ Turquie*, accepte le recours de la victime indirecte aux paragraphes n°53 et 55 : « *Le requérant a du reste précisé dans sa requête qu'il se plaignait au nom de son frère, lequel, compte tenu de son état de santé, n'était pas en mesure de mener lui-même la procédure. Cela dit, la Cour note que d'une manière générale il est préférable qu'une requête désigne comme requérant la personne lésée et qu'une procuration soit produite qui autorise un autre membre de la famille à agir au nom de l'intéressé. On a ainsi l'assurance que la requête est introduite avec le consentement de la victime de la violation alléguée et on évite l'introduction de requêtes par la voie de l'actio popularis. [...] Dès lors, eu égard aux circonstances particulières de l'espèce, où [la victime] peut prétendre s'être trouvé dans une situation particulièrement vulnérable, la Cour juge que le requérant peut passer pour avoir valablement introduit la requête au nom de son frère* ». Les personnes morales sont également largement admises à agir par la CEDH.

L'admission des plaignants est donc assez large et ouvre une chance considérable de réparation d'une erreur commise par un juge français au niveau européen.

Enfin, la requête doit intervenir dans les six mois qui suivent la dernière décision interne définitive, délai conséquent qui s'avère suffisant pour permettre l'action des requérants.

⁴² CEDH, 25 mars 1992, *B. c/ France* et CEDH, 23 novembre 1993, *A. c/ France*

⁴³ CEDH, 18 décembre 1996, *Akdivar c/ Turquie* et CEDH, 28 juillet 1999, *Selmouni c/ France*

⁴⁴ CEDH, 27 avril 2004, *Gorraiz Lizarraga c/ Espagne*

Si cette juridiction européenne représente indéniablement un filtre de plus pour les justiciables et peut être amenée à réparer l'erreur de l'un de nos magistrats, sa portée pour la victime reste limitée. La CEDH se heurte en effet à l'autorité de la chose jugée et ne peut donner lieu à la reconnaissance de l'erreur par les juridictions françaises. Elle alloue une compensation financière à la victime, la satisfaction équitable, et condamne l'Etat à verser des dommages et intérêts, mais ne peut lui imposer une nouvelle procédure au sein de ses propres juridictions. Le résultat de cette décision européenne s'avère donc limité, même si l'aura de l'institution qui en est à l'origine, de plus en plus puissante, exerce une pression sans comparaison sur l'Etat fautif, fortement invité à évoluer dans les plus brefs délais quant à son comportement illégal.

CHAPITRE 2

L'ERREUR SUR LES FAITS

« Puisqu'ils ont osé, j'oserai aussi, moi. La vérité, je la dirai, car j'ai promis de la dire, si la justice, régulièrement saisie, ne la faisait pas, pleine et entière. Mon devoir est de parler, je ne veux pas être complice. Mes nuits seraient hantées par le spectre de l'innocent qui expie là-bas, dans la plus affreuse des tortures, un crime qu'il n'a pas commis. [...] L'acte que j'accomplis ici n'est qu'un moyen révolutionnaire pour hâter l'explosion de la vérité et de la justice. Je n'ai qu'une passion, celle de la lumière, au nom de l'humanité qui a tant souffert et qui a droit au bonheur. Ma protestation enflammée n'est que le cri de mon âme »⁴⁵.

Ces quelques mots d'Emile Zola rappellent à quel point la justice doit être faite à la lumière de la vérité et apprécier les faits qui lui sont soumis dans leur plus grande exactitude. Il en va de l'honneur et de l'intégrité de la justice pénale mais encore plus de celui qu'elle condamne.

Le magistrat qui commet une erreur sur les faits, une erreur judiciaire dans son acception la plus large, heurte irrémédiablement les socles de l'institution.

Le devoir de probité de cette justice, appelée au secours des situations les plus dramatiques ne s'arrête pas à éviter le fracas causé par l'erreur judiciaire (section première) mais à l'impératif de sa réparation lorsqu'elle est commise (section seconde).

SECTION I : LE POIDS DE L'ERREUR JUDICIAIRE SUR LA JUSTICE PENALE

L'erreur judiciaire représente l'erreur sur les faits par excellence, en ce qu'elle déforme la réalité des événements factuels de telle sorte qu'un innocent prend la place d'un coupable et inversement. La première situation doit être de loin la plus préoccupante des deux car la justice ne peut supporter de « salir » l'intégrité d'un homme. Priver un innocent de sa liberté est d'une gravité bien supérieure à celle qui consiste à laisser à un coupable cette même liberté. L'une des plus grandes erreurs judiciaires françaises, l'affaire dite « *Seznec* » vient à l'appui d'un tel constat (I). Elle va même bien au-delà puisqu'elle montre l'insoutenable

⁴⁵ Journal *l'Aurore*, jeudi 13 janvier 1898, « *J'accuse !* » *Lettre au Président de la République*, par Emile Zola, n°87, P.1.

hypocrisie d'une justice qui s'est dotée des instruments ouvrant une possibilité de réparer une telle erreur mais qui refuse obstinément de les mettre à exécution (II).

« *Le combat contre l'injustice, pouvait, effectivement, se comparer à la traversée du plus monstrueux des océans. Encore fallait-il une autre rive...* »⁴⁶.

I – Chronique d'une erreur judiciaire

Depuis bientôt un siècle, l'affaire Seznec agite la justice et tourmente les défenseurs de cette noble institution. Symbole fort de l'erreur sur les faits, elle met en relief les erreurs successives des magistrats tout au long de la procédure judiciaire. Ainsi, comme dans la plupart des erreurs judiciaires, l'enquête et l'instruction sont à l'origine des erreurs (A) qui rebondiront et se verront confortées, voire amplifiées, jusqu'au procès (B).

A/ De l'enquête bâclée

L'affaire Seznec résonne encore de nos jours aux tréfonds de nos consciences comme l'une des plus grandes erreurs judiciaires françaises. Notre justice elle-même ne s'est toujours pas délivrée du spectre de cette terrible méprise, ni plus qu'elle n'a réussi à lever l'opprobre qui pèse sur ses épaules. Les faits remontent pourtant... à plus de 87 ans !

Le doute qui domine dès les premières heures, le déroulement des faits, au lieu de profiter à l'accusé et de pencher pour son innocence (1) vont le desservir et causer sa perte (2).

1. Des faits exploitables

La dramatique histoire de Guillaume Seznec prend date au 25 mai 1923, lorsque celui-ci accompagne son ami Pierre Quemeneur, alors conseiller général du Finistère, au cours d'un long périple depuis la Bretagne jusqu'à Paris, pour se livrer à un trafic de Cadillac provenant des stocks américains de la première guerre mondiale. Le détail des innombrables faits qui jalonnent l'affaire est fort passionnant mais il est impossible d'en broser un tableau complet dans ce cadre, tant les rebondissements se succèdent sans fin durant le siècle qui a suivi. De même, il serait sans doute peu opportun ici et certainement trop long, de reconstituer le détail des liens créés entre G.Seznec, le maître de scierie, et P.Quemeneur, le négociant de bois, homme politique de son état ; même si cela revêt une certaine importance pour comprendre le

⁴⁶ Seznec Denis, *Nous les Seznec/Toute l'Affaire*, Robert Laffont, 1992, 2009.

triste acharnement de la justice contre un homme, jugé coupable sans preuve aucune. Il est donc essentiel de s'attacher aux faits principaux, à savoir d'abord l'association de ces deux hommes dans un commerce illégal qui leur sera fatal. P.Quemeneur, intéressé par une petite annonce concernant les fameuses voitures américaines, se lance dans leur vente à des soviétiques, par l'intermédiaire d'un américain, Gherdy, qu'il doit retrouver à Paris. Pour cela, il s'associe à G.Seznec, la femme de ce dernier possédant des « dollars-or » qui représentent une somme considérable, et lui vend sa propriété de Traou-Nez contre l'argent. Bien évidemment, la transaction se fera en partie par un dessous de table, la somme versée régulièrement paraissant de ce fait, dérisoire. Mais le voyage n'aura pas le déroulement attendu et les pannes se succéderont tant et si bien que P.Quemeneur décidera de finir le trajet en train à partir de Dreux.

G.Seznec rentrera chez lui, en Bretagne, dans les heures qui suivent, renonçant à ce voyage du fait du mauvais état de la voiture et du coût des garagistes parisiens. P.Quemeneur ne donnera plus jamais aucune nouvelle et G.Seznec, accusé de son assassinat, verra sa vie et celle de sa famille sur plusieurs générations totalement détruite.

L'erreur du juge, il faudrait même écrire l'erreur des juges pour être exact, est omniprésente tout au long de la procédure judiciaire et à tous les niveaux : juge d'instruction, président de la cour d'assises, procureur de la république, juges chargés de la révision de l'affaire, des représentants de la magistrature tout entière ont à pâlir de leurs fautes. Car là point de négligence ou d'inattention pardonnable du juge, il faut parler de myopie sévère, voire d'aveuglement total. Comment, pendant près d'un siècle, des faits ont-ils pu servir la cause d'une justice perdue ?

2. Des faits exploités

L'affaire Seznec, c'est d'abord et avant tout une enquête bâclée, et encore au-delà, saccagée. Il n'est pas ici question de traiter l'erreur policière, un autre sujet, mais ne pas l'aborder reviendrait à se priver d'une part d'explication capitale quant à l'erreur du juge pénal. L'enquête, c'est le point de départ, celle qui retrace les faits et en cherche les preuves, du moins, en ce qui concerne le cas Seznec, celle qui dessine une histoire à la justice. Le dessin n'est malheureusement pas toujours fidèle à la vérité, parfois parce que la vérité est celle qui arrange, cela en toute mauvaise fois. Une chose est certaine, l'enquête est déterminante pour le juge et son orientation peut faire basculer la justice...dans l'injustice la plus totale.

L'erreur retentissante de l'affaire d'Outreau, sur le prétendu réseau pédophile découvert dans cette ville, commencera d'ailleurs par la conviction des autorités policières et du juge d'instruction chargé de l'affaire, de la culpabilité des suspects. L'affaire Seznec n'en sera pas épargnée, le ton étant rapidement donné. Car ce « ton » est au cœur de la procédure lorsqu'il est question de faits, un visage, une parole pouvant alors suffire à asseoir la conviction de tenir un coupable. Revenons à l'affaire Seznec.

La découverte pendant l'enquête, le 20 juin 1923, de la promesse de vente de la propriété de P.Quemeneur, Traou-Nez, faite à G.Seznec, dans la valise du notable retrouvée au Havre, sera rapidement établie comme mobile idéal du crime crapuleux. Cette promesse de vente estimée être un faux créé par le suspect, sera bientôt déterminante pour l'avenir de Guillaume Seznec. Par la suite, il sera évidemment désigné comme auteur d'un second faux, un télégramme envoyé du Havre. Il se serait ainsi fait passer pour sa victime prenant soin de rassurer sa famille. Puis, l'enquête conduira à en faire l'acheteur de la machine à écrire ayant servi à établir les faux dans cette même ville du Havre.

Au courant de l'envoi d'un chèque de soixante mille francs réclamé par P.Quemeneur à son beau-frère, Me Pouliquen, notaire de la famille, G.Seznec essaiera bien-sûr de récupérer la somme en lieu et place de son ami à Paris.

De là, il ne sera pas compliqué de reconstituer les allers et venues du suspect déjà coupable, de Morlaix au Havre en passant par Paris ; les témoins n'étant pas difficiles à convaincre des faits qu'on leur expose.

La déclaration d'un commissaire de police à propos de cette affaire est lourde de sens quant aux répercussions de l'enquête sur le destin pénal : « *Dans cette affaire, le travail de la police a été mené n'importe comment. Or, quand une enquête est mal engagée au départ, on ne peut pratiquement plus revenir en arrière. Et le reste en pâtit – l'instruction, le procès... Quand ça part de travers, ça aboutit de travers* »⁴⁷.

Pression, intimidation, disparition des preuves, manipulations, menaces, création de fausses preuves, faux-témoignages et autres malversations sont les maîtres mots de ce dossier⁴⁸. Nul ne songera à rappeler qu'ayant eu les mains brûlées dans un incendie, jamais le suspect n'aurait pu taper avec suffisamment de précision sur la machine à écrire. Les photos anthropométriques de Seznec seront trafiquées pour correspondre à la description de certains témoins, personne ne vérifiera que l'homme, en réalité, n'a pas un œil plus petit que l'autre.

⁴⁷ Seznec Denis, *op. cit.*, P.282.

⁴⁸ Plus de vingt personnes sont mortes de façon violente ou se sont volatilisées pendant l'affaire Seznec.

Les inspecteurs de police de la Sûreté Générale, corrompus, seront tous mêlés aux affaires les plus douteuses du siècle sans en être inquiétés. L'inspecteur Bonny⁴⁹ sera sans doute l'homme de main de personnalités haut placées et aura raison de l'homme à abattre, Seznec. Le procureur de la République, pour ce qui le concerne, n'est autre que le soupirant éconduit de Marie-Jeanne Seznec, la femme de l'inculpé⁵⁰. La justice y perdra petit à petit toute raison.

Guillaume Seznec lui-même souffrira de ses erreurs, celles d'une personne qui tente de crier son innocence et de la prouver. Il manquera d'exactitude et confondra certains horaires ou lieux, cherchera à trouver des témoins de cette innocence et tout cela sera rapidement retourné contre lui. Or, lorsque l'on n'a rien à se reprocher, se souvient-on de chaque détail d'une journée ? *« Tous les professionnels de justice (magistrats, avocats, policiers) que je côtoierai au cours de ma vie m'assureront que, par expérience, ils constatent que les innocents ou les gens hors de cause dans les petites ou grandes affaires mentent autant que les coupables. Ils croient naïvement s'en sortir plus rapidement, alors que bien souvent leurs petits mensonges découverts incitent les enquêteurs, notamment débutants, à les croire coupables »*⁵¹.

Quant aux témoignages, il y en a des deux camps : à charge et à décharge. Il sera découvert petit à petit que les témoins à charge avaient pour une bonne partie des liens avec les policiers, professionnels ou privés. Leurs dires semblent avoir été fortement « suggérés » par les policiers, ou favorisés par l'octroi de certains avantages⁵².

Quant aux témoins favorables, il ne sera pas difficile de faire douter les jurés de la moralité de l'un ou de le soudoyer⁵³, et surtout de transformer plus ou moins les déclarations : *« A partir de trois témoignages négatifs, on est parvenu à un seul témoignage enregistré, ni négatif ni positif, disons indécis – et qui ouvre donc le champ à toutes les interprétations. Ce tour de*

⁴⁹ L'inspecteur Pierre Bonny sera lié de près aux affaires Stavisky, l'escroc « suicidé » dans les années 1930, et Albert Prince, chef de la section financière du parquet lui aussi « suicidé » la veille des révélations qu'il s'appropriait à faire quant aux illustres complices de Stavisky. Membre de la Gestapo pendant la seconde guerre mondiale, il ordonne la torture et l'exécution de nombreux Juifs et résistants. Il sera fusillé le 27 décembre 1944, et selon ce que rapporte son fils Jacques Bonny dans son livre *Mon père l'inspecteur Bonny* (Robert Laffont, 1975) dira au médecin légiste avant de mourir « Je regrette d'avoir envoyé au bagne un innocent ».

⁵⁰ Le terme « inculpé » correspond aujourd'hui à celui de « mis en examen ».

⁵¹ Seznec Denis, *op. cit.*, P. 192.

⁵² La femme de l'un des témoins tenait un établissement de jeux qui étrangement ne connaîtra pas la censure de l'époque, l'inspecteur Bonny ayant été membre de la brigade des jeux pendant un temps.

⁵³ Ainsi, l'un des témoins les plus importants de l'affaire, ayant vu et parlé au disparu après la date de cette disparition, François Le Her, sera d'abord victime d'une enquête de moralité montée de toutes pièces et destinée à lui retirer toute crédibilité devant le jury d'assises. Devant sa détermination à témoigner malgré tout, une rente d'invalidité totale lui sera versée à vie pour acheter son silence, alors qu'il était en parfaite santé. Ce témoin deviendra le père de Denis Seznec et sera tué par sa femme, donc la fille de Guillaume Seznec, en 1948, acquittée car estimée en état de légitime défense.

passé-passe préfigure la manière dont seront menées la plupart des auditions de témoins : on écartera les « non » trop catégoriques, on transformera le « non » en « peut-être », le peut-être en certainement... »⁵⁴.

Pour ce qui est des preuves, un grand nombre seront obtenues par intimidation ou tout simplement fabriquées. Le juge d'instruction est alors le premier juge à participer à l'erreur, d'abord à son insu, accréditant celles que lui apportent les rapports de police. Pour exemple, la recherche d'un bidon d'essence dont Seznec aurait fait usage, jamais retrouvé mais décrit comme tâché sans plus de précision, sera imagé d'une manière toute personnelle par la police puis la justice : « *Du sang encore frais souillait un bidon vide que Seznec abandonna à La Queue-lez-Yvelines le 26 au matin chez le mécanicien Coulomb. Notons que la justice est encore plus forte que la police et la presse, car elle réussit à voir sur un bidon introuvable du sang...encore frais !* ». Mais le juge instructeur va plus loin dans l'erreur, car il ne se contente pas de reprendre celles de la police, il commet de graves fautes lui aussi. Ainsi, lorsque Seznec est confronté aux témoins pour que ces derniers s'assurent qu'il s'agit de la personne dénoncée, c'est avec les menottes aux mains, ceci en toute illégalité. Les questions leur sont posées de cette façon « *Reconnaissez-vous l'inculpé qui s'est présenté à vous ?* », alors qu'il ne s'agit que d'un suspect, du moins si l'on en croit la procédure pénale.

La troisième perquisition au domicile du prévenu, capitale, puisque la machine à écrire, pièce à conviction accablante, y sera trouvée à ce moment là, se déroule en l'absence du juge d'instruction mais également du prévenu ou des deux témoins extérieurs aux autorités judiciaires. Cet acte est dès lors inutilisable car totalement irrégulier, cela ne perturbera pourtant pas les magistrats qui l'utiliseront sans sourciller de l'instruction jusqu'aux assises.

L'instruction est close le 15 mars 1924, le réquisitoire du Procureur de la République est édifiant, ce juge pénal s'acharnant avec violence à reprendre la thèse policière en y rajoutant une extrapolation des faits destinée à convaincre les jurés d'une culpabilité indiscutable de Seznec. Les preuves sont inventées, les procédures irrégulières confortées, le doute n'existe plus, l'objectivité a disparu. C'est ainsi que l'instruction débouche sur le procès.

« Pas de cadavre, pas de témoin, pas d'arme du crime, aucun indice sur la façon dont il aurait été perpétré, et pas d'aveux...mais une certitude acquise dès la première heure ! Ah, cette intime conviction qui permet d'apporter avec éclat, la preuve de la culpabilité, n'est-ce pas merveilleux ? [...] On retrouve là le processus qui a abouti à la plupart des erreurs

⁵⁴ Seznec Denis, *op. cit.*, P.130.

judiciaires. En effet, cette certitude si tôt acquise amène les enquêteurs à ne suivre qu'une seule piste, en rejetant obstinément tout ce qui vient l'infirmier et accueillant favorablement tout ce qui la conforte. C'est bien ce qui se passe dans l'Affaire Seznec, nous l'avons vu avec les témoins lors de l'instruction, nous en aurons confirmation au procès »⁵⁵.

B/ A la débâcle du procès

Le procès d'assises de Guillaume Seznec se déroule à Quimper du 24 octobre au 4 novembre 1924. Qu'il s'agisse des juges professionnels qui multiplient les erreurs au sein du prétoire (1) ou des jurés-citoyens qui se laissent convaincre par une histoire faussée (2), c'est l'erreur du juge d'instruction qui se répercute ici, dix jours pendant laquelle la justice va oublier son nom.

1. L'erreur des magistrats professionnels

Le président d'assises, haut magistrat de la sphère judiciaire, a pour rôle d'assurer la bonne tenue des débats et de tenter de discerner la vérité. Or, il se comportera pendant ce procès comme un second accusateur, au service de la société, rôle tenu normalement par le ministère public : « *Au cours des débats, ce haut magistrat se montrera impitoyable, méprisant même envers certains témoins, mais surtout outrepassera ses droits en se comportant non pas en responsable du bon déroulement des débats, mais en accusateur, une sorte de procureur bis. Relativisons cette critique cependant : ce comportement du président d'un tribunal est courant à l'époque. De nos jours, nous souffrons encore, dans certains prétoires, de ce glissement des rôles* »⁵⁶. Lors de l'audience, lorsqu'un témoin capital présent dans la salle se fera entendre pour contester une date avancée par l'accusation, celle de son mariage en l'occurrence, le président lui-même n'utilisera pas son pouvoir discrétionnaire et estimera l'incident clos. Il ne fera donc pas venir ce témoin pourtant fort utile à la barre pour s'exprimer.

L'avocat général, représentant du ministère public devant la cour d'assises, déclarera à la presse qu'il « *demanderait et obtiendrait la tête de Seznec* ».

⁵⁵ Seznec Denis, *op. cit.*, P.216.

⁵⁶ Seznec Denis, *op. cit.*, P. 235 et 236.

Les jurés, au nombre de douze en ce début de siècle, sont tirés au sort sur une liste qui ne comporte que des hommes, notables ou artisans, donc du même camp que la victime, conseiller général du Finistère.

La lecture des traits de personnalité sera la première erreur commise lors du procès, présentant la victime comme un homme respectable et estimée, le prévenu comme un homme de mauvaise composition, impassible et peu apprécié : « *Lorsqu'il s'agit de parler de Quemeneur, le haut magistrat adopte un tout autre ton : - Quant à M. Pierre Quemeneur, conseiller général du Finistère, négociant estimé, il devait à son honnêteté comme à l'excellence de ses manières, l'estime générale dont il était honoré... Après le démon l'ange. Après le mercanti, le citoyen au-dessus de tout soupçon. Autrement dit, l'assassin et la victime. C'est cet axe que suivront les interrogatoires pour asseoir l'accusation* »⁵⁷. L'influence de ce portrait dessiné par le magistrat sur le jury d'assises est conséquente, elle est le point de départ d'un tableau déjà terminé avant même que la peinture soit déposée.

Les interrogatoires seront le second point à soulever la critique quant à l'erreur du juge pénal, ceux-ci n'étant pas réalisés avec le respect qui s'impose et la volonté d'éclaircir des zones d'ombre mais au contraire de contraindre l'accusé à causer sa propre perte. Véritables attaques du président d'assises, il ne procède pas par interrogation mais par affirmation. Lorsque l'accusé s'en défend, il est prié de ne pas être insolent ou de nier l'évidence. Tout lui est reproché, s'il répond, il heurte la susceptibilité de la justice, s'il se tait, il est coupable. L'avocat de l'accusé, jeune et peu expérimenté, ne défend que rarement son client devant la lourdeur du système, n'exploite pas les failles procédurales et conseille à son client de ne pas parler du trafic à l'origine du périple pour éviter de faire mauvaise impression. L'avocat de la partie civile⁵⁸ quant à lui, va se comporter en troisième accusateur, sortant totalement de son rôle sans jamais être arrêté par le président de la cour d'assises.

Les expertises autour des faux en écriture, la promesse de vente et le télégramme essentiellement, seront contredites par certains. Lorsque l'avocat de l'accusé essaiera d'apporter cet argument et la preuve des contradictions, le président se contentera de répondre que « *la question ne paraît pas avoir un quelconque rapport avec l'affaire* ». G.Seznec sera donc rendu coupable des faux à la lumière d'expertises privilégiées par le juge pénal.

⁵⁷ Seznec Denis, *op. cit.*, P. 239.

⁵⁸ Il se suicidera quelques années après le procès, comme un certain nombre de personnes ayant contribué à l'accusation de Guillaume Seznec.

Cent quarante-huit témoins dont quarante-trois policiers seront appelés à comparaître à l'audience, proportion étonnante de personnels des services de police qui ne manqueront pas d'appuyer des preuves ou des conclusions douteuses de la part de l'accusation. Cent vingt-trois témoins seront cités par l'accusation. Ces mêmes témoins exigeront pour une grande partie, devant la lenteur des débats, soit d'être mieux rémunérés pour leur mise à disposition, soit d'être interrogés immédiatement. Le président cèdera aux menaces et décidera d'invertir l'ordre de passage : il interrogera à la chaîne, en quelques minutes pour chacun, les témoins à décharge avant ceux de l'accusation. Pourtant, les témoins de la défense doivent être entendus en dernier, l'image renvoyée au jury par les derniers témoignages étant celle qui reste la plus fraîche en mémoire.

2. L'erreur des juges-citoyens

La synthèse du procès, les erreurs mises bout à bout, démontre que la présomption d'innocence a été complètement mise de côté tout au long des débats. Alors que c'est à l'accusation de prouver la culpabilité, il sera exigé du prévenu qu'il démontre son innocence. Accablé par la tenue de l'audience, les fausses preuves, les faux témoins, la connivence des magistrats et des enquêteurs, l'accusé se trouvera acculé. Le doute doit toujours profiter à l'accusé, cette affaire en est pétrie. Au contraire, il va servir la condamnation de l'accusé sur un plateau.

Les délibérations du jury vont durer cinquante minutes, quatre questions leur étant posées :

- G.Seznec est-il coupable d'avoir tué P.Quemeneur ?
- A-t-il agi avec préméditation ?
- Y a-t-il eu guet-apens ?
- G.Seznec a-t-il commis un faux en écriture privée ?

Le verdict est édifiant : l'erreur est saisissante, les jurés répondant à trois des questions par l'affirmative, dont l'existence d'un guet-apens, mais réfutant la préméditation. Comment peut-on prévoir un piège sans préméditation ? Cette erreur rocambolesque va éviter la condamnation à mort de Guillaume Seznec.

Une seconde délibération est alors tenue, le juré qui n'avait pas compris le sens du mot « préméditation » s'étant affranchi de cette difficulté en excluant alors le guet-apens. La peine sera fixée par les magistrats professionnels : les travaux forcés à perpétuité.

Après vingt-quatre années passées au bagne, en Guyane, Seznec sera gracié et reviendra en France. Sa femme, qui s'est battue toute sa vie pour obtenir la révision du procès, est morte. Sa fille, Jeanne, continuera le combat jusqu'à sa mort pour obtenir la révision. Son petit-fils, Denis, a repris cette lutte et continue d'œuvrer corps et âme en ce sens.

« On apprendra peut-être dans quelques années, ou après sa mort, que Seznec était innocent. Il n'en sera pas moins allé au bagne, mais quoi ? D'autres que lui y sont allés qui n'étaient pas coupables. Et ça n'a aucune importance, pourvu que la malignité publique soit satisfaite et que les magistrats aient de beaux avancements »⁵⁹

II – Le discrédit repoussé par la justice

Reconnaître l'erreur judiciaire revient pour la justice à admettre sa fragilité, ce qu'elle repousse violemment. L'erreur sur les faits est pourtant celle qui génère les dégâts les plus insupportables parce qu'elle invente un mensonge aux conséquences désastreuses.

Lorsque la responsabilité de cette erreur judiciaire vient d'un jury d'assises, elle s'avère d'autant plus délicate à affronter que c'est l'intime conviction qui détermine son choix (A). Mais c'est de loin l'innocence, du moins le respect de sa présomption, qui reste la plus difficile à démontrer (B).

A/ L'intime conviction, une frontière insurmontable

« L'adage vox populi vox dei est-il infallible ? »⁶⁰. Le jury d'assises, compétent pour juger en matière criminelle, décide en vertu de cette intime conviction, sans nul besoin de motiver sa décision. L'intime conviction reste pourtant une donnée abstraite, une conviction profonde, un sentiment de l'homme. Le procès d'assises est destiné à éclaircir les juges citoyens quant à la réalité des faits et la culpabilité ou l'innocence d'une personne.

Il s'avère très délicat de bousculer cet idéal de justice qui perpétue au sein de notre droit l'idée d'une justice rendue par le peuple et donc, infallible. Pourtant, le jury peut se tromper, les jurés peuvent être influencés, leur opinion peut être faussée.

L'affaire Seznec illustre de façon intéressante à quel point le jury peut être influencé au cours d'une audience. Les jurés n'ont pas accès au dossier, c'est l'oralité des débats qui doit faire

⁵⁹ *L'Ecole émancipée*, revue pédagogique hebdomadaire de la Fédération des syndicats de l'enseignement, n°8 du 16 novembre 1924, article d'Edouard Rothen sous le titre « Justice ! ».

⁶⁰ *Valeurs actuelles* du 26 octobre 1992.

naître chez eux une conviction en un sens ou un autre. Or, entouré du cérémonial de la justice, de l'incontestable loyauté de ses membres, comment de simples citoyens peuvent déceler une erreur de la part de l'institution et de ses représentants ? Aujourd'hui, certes, la foi en cette justice s'est effritée et la remise en question est plus aisée à concevoir. Cependant, en pratique, il reste difficile pour ces jurés de ne pas croire en ce qu'on leur expose. A l'époque de l'affaire Seznec, le jury a été manipulé par la justice, qui voulait en réalité couvrir des malversations venant de l'Etat lui-même. La pièce de théâtre qui lui a été présentée ne fût que pure fiction, mais une fiction assortie du sceau de la justice, donc tenue pour vraie quoi qu'il arrive : « *Ce dossier recèle toute la gamme de ce que l'on peut faire pour donner un coup de pouce à une enquête : photos antidatées, perquisitions infructueuses et renouvelées qui se transforment brusquement en pêche miraculeuse, témoignages déformés devenant progressivement précis [...] Les témoins opposés à Seznec sont interrogés jusqu'à vingt fois ; ceux qui lui sont favorables sont expédiés en un maigre et unique procès-verbal et on oublie de les convoquer à l'audience. Il faudrait aussi parler de tout un tas de manipulations, d'interprétations hâtives, qui font du dossier Seznec un dossier trop bien « ficelé », et pour tout dire, suspect* »⁶¹.

Plus encore, ce même jury est influencé par des critères aussi peu fiables que l'attitude de l'accusé ou son faciès. Guillaume Seznec en fera la douloureuse expérience : « *Un homme accusé d'un meurtre qu'il n'a pas commis, ça doit être pathétique, brisé, voire implorant. Ça doit aussi exprimer visiblement le regret de la disparition, de la mort probable de son ami. En un mot, ça doit paraître innocent. Or, que verront les jurés et le public ? Un homme plutôt grand, un peu voûté, au regard dur, qui se défend pied à pied, avec hargne souvent et orgueil toujours. En cela, mon grand-père est semblable à Dreyfus à qui longtemps on reprochera sa froideur, son impassibilité, assimilés à de l'indifférence. Seznec (suit) les débats de son regard si étrangement vif et froid-on dirait une coulée d'acier* »⁶².

L'affaire d'Outreau, elle aussi, a mis en scène des « personnages » qui plaisent ou pas à l'opinion publique, qui sont suspects ou non dès leur apparition dans la salle d'audience. Celui qui a des difficultés à s'exprimer, celui qui exerce un métier exposé (l'abbé Dominique Wiel sera condamné à la peine la plus lourde de tout le prétendu réseau avant d'être innocenté), celui qui semble indifférent, a de plus grands risques d'être victime de l'erreur.

⁶¹ *Le Monde* du 31 août 1977.

⁶² *L'écho de Paris* du 24 octobre 1924.

Ainsi, les jurés ne jugent pas seulement sur ce qu'ils entendent mais aussi sur ce qu'ils voient. Or, le physique d'une personne ou son caractère un peu frustré n'en font pas pour autant un criminel. A l'inverse, le plus beau et le plus doux des hommes peut se révéler d'une certaine dangerosité. A partir de ces présupposés instables, l'erreur peut vite atteindre l'intime conviction du jury.

Enfin, la presse joue un rôle immense sur les jurés. Manipulation quotidienne de la société, les juges n'échappent pas à son écho. Convaincus avant la justice de la culpabilité ou de l'innocence d'une personne, les médias dictent la vérité ou plutôt leur vérité. Le jury d'assises n'y est pas toujours imperméable et peut pencher d'un côté ou de l'autre de la balance sous une telle influence. L'affaire Seznec est encore ici d'un riche enseignement, les journaux étant séparés en deux camps, l'un étant du même parti politique que la victime. S'affrontant ouvertement, ce déchaînement de la presse va tantôt mobiliser l'opinion en faveur de l'accusé, tantôt retourner contre lui la France entière. Lors du procès, la description des scènes d'audience et du comportement de l'accusé desserviront fortement sa cause : « *Pendant ce soliloque, l'accusé change souvent d'attitude, il a vraiment mauvaise mine ; son teint ravagé passe alternativement du rouge brique au blanc jaunâtre* »⁶³. Ce même journal commente ainsi le témoignage de la femme de Seznec : « *Sa déposition, assez mouvementée, parfois violente, mais imprécise, ne semble pas devoir servir beaucoup la cause de son mari* »⁶⁴. Encore, il traduit le sentiment de culpabilité qu'il éprouve à l'égard de l'accusé : « *Pour la première fois depuis l'ouverture de ces longs débats, nous avons vu des pleurs mouiller les paupières de Seznec. [...] Il a enfin connu le prix des larmes* »⁶⁵ « *Et c'est la première fois qu'on sent chez l'accusé, crispé à son banc, une lueur d'émotion sincère* »⁶⁶.

Le pouvoir des médias est palpable, d'autant plus actuellement où la diffusion des moyens de communication, l'explosion des voies d'information, ne peut laisser indifférent. Le jury d'assises n'est pas immunisé contre de tels ravages.

L'ouverture d'un second degré de juridiction en matière criminelle en 2000 a été difficile à accepter pour beaucoup, en ce qu'elle revenait à admettre que les jurés pouvaient se tromper. Juge pénal non professionnel, le juré n'est pourtant pas plus à l'abri d'une erreur que son

⁶³ *L'Ouest-Eclair* du 28 octobre 1924.

⁶⁴ *L'Ouest-Eclair* du 30 octobre 1924.

⁶⁵ *Le Journal* du 31 octobre 1924.

⁶⁶ *L'Ouest-Eclair* du 31 octobre 1924.

homologue professionnel. La France était alors le dernier Etat démocratique à fermer toutes voies de recours aux arrêts d'assises.

A l'heure actuelle, le sujet reste sensible et les plaidoyers pour la motivation des décisions des cours d'assises ne sont pas toujours accueillis favorablement. Nos juges, qu'ils soient professionnels ou non, acceptent difficilement que l'on contrôle leurs décisions.

Tout juge pénal, quelle que soit la place qui lui est confiée, peut être trompé et peut se tromper, le jury d'assises n'y échappe pas. C'est ensuite tirailée entre l'autorité de la chose jugée et la nécessité de reconnaître l'erreur que la justice se débat. Mais sa lutte s'arrête bien souvent au seuil de sa fierté.

« Alfred Dreyfus fut innocenté le 12 juillet 1906. La Cour de cassation a annulé le jugement de Rennes rendu le 22 décembre 1894, par un arrêt qui se terminait par ces mots : « La Cour dit que c'est par erreur et à tort que cette condamnation a été prononcée » Cette simple phrase n'aura pas été déclamée très souvent dans l'Histoire de France »⁶⁷.

B/ L'innocence, une vérité insaisissable

Quatorze demandes de révision seront examinées par la justice, toutes rejetées. Les demandes vont se heurter pendant longtemps à l'exigence de « *faire naître un doute sur la culpabilité du condamné* », que la loi dite « *Seznec* » elle-même assouplit le 23 juin 1989 par celle « *de faire naître un doute de nature à établir l'innocence du condamné* ». Des faits nouveaux en ce sens, capables de renforcer ce doute nécessaire à la révision, il y en aura tout au long du siècle écoulé, tant l'affaire est la preuve d'une machination complète. Or, la famille Seznec va se heurter à un mur infranchissable derrière lequel se cache la justice.

Le 30 mars 2001, ce n'est plus la famille du condamné mais la Chancellerie qui saisit la Commission de révision. En effet, le petit-fils de Guillaume Seznec, Denis Seznec, n'est plus autorisé à le faire car il n'est pas un descendant direct du condamné. La justice l'aura pourtant entendu à maintes reprises auparavant.

Le 11 avril 2005, la commission de révision des condamnations pénales accepte de rouvrir le dossier sur la reconnaissance de deux faits nouveaux : l'existence d'un témoin essentiel de l'affaire révélé déclaré inexistant à l'époque et le rôle trouble joué par l'inspecteur Bonny, en charge du dossier à l'époque. Elle rejette dès lors de nombreux faits nouveaux susceptibles

⁶⁷ Seznec Denis, *op. cit.*, P. 546.

d'accréditer l'innocence du condamné. Néanmoins, la Cour de cassation est saisie et c'est la première fois dans l'histoire qu'une telle procédure s'ouvre à l'égard d'un mort.

Les 5 et 6 octobre 2006, la chambre criminelle de la Cour de cassation est instituée en tant que Cour de révision, au sein de laquelle siègent quarante magistrats. Sont entendus le rapporteur, l'avocat général de la Cour de cassation, Denis Seznec et ses avocats. Un vote à bulletin secret suit les délibérations.

Le 14 décembre 2006, la Cour de révision refuse de réhabiliter la mémoire de Guillaume Seznec à une courte majorité : « *Tout l'après-midi le procureur général commente point par point les faits nouveaux, et après un réquisitoire somme toute modéré, demande le rejet de la demande : « Trop d'approximations, trop d'incertitudes » dira-t-il. Pourtant la justice, en condamnant sur la base de l'intime conviction, s'est bien contentée, elle, uniquement de présomptions. En revanche, pour réviser, elle exige des preuves* »⁶⁸.

Insoutenable décision qui nie l'évidence, à savoir en premier lieu la violation du droit. Six jurés eux-mêmes avaient regretté leur verdict et demandé la révision du procès dès 1934. Les magistrats professionnels, eux, n'ont pas eu cette humilité et ont persévéré dans l'erreur. Car, si l'intime conviction est si difficile à remettre en cause, ce sont les principes fondamentaux du droit pénal qui justifient ici la révision du procès. En effet, tout au long de l'instruction et des débats devant la cour d'assises, les principes les plus élémentaires de justice ont été entravés. La présomption d'innocence n'a trouvé nulle place dans cette affaire. Le bénéfice du doute a été renversé à la défaveur du condamné. Les juges ont été les premiers acteurs de ces erreurs et le temps n'a pas aidé à le reconnaître.

Autre fait malheureux, cette fois fruit du hasard, l'affaire d'Outreau a trouvé son terme en cette même année 2006 par la reconnaissance d'une erreur judiciaire monumentale. Des années de détention provisoire pour des innocents, des juges accusés d'abus de pouvoir et un système judiciaire entièrement remis en cause. Le retentissement de cette affaire sur l'appareil judiciaire français, ainsi que sur ses membres, a été désastreux, tant et si bien qu'il est devenu « impossible » à la justice de reconnaître une seconde erreur. L'affaire Seznec en a été l'ultime victime. La procédure de révision étant si dure à mettre en œuvre qu'il ne semblait pas possible qu'elle n'aboutisse pas cette fois-ci. L'injustice du procès et son immoralité, les nombreuses erreurs des magistrats de l'instruction aux assises ayant permis cette réouverture,

⁶⁸ Seznec Denis, *op. cit.*, P. 555.

il était inconcevable qu'elle se solde par un échec. C'était sans doute oublier que la justice refuse de perdre face et que les juges ne déjugent pas leurs pairs.

Dans l'affaire d'Outreau comme dans l'affaire Seznec, un tableau que l'on apprend à faire à l'école de la magistrature sera établi. Il s'agit, lorsque le doute assaille le juge d'instruction, de dresser deux colonnes, l'une rassemblant les éléments en faveur de la culpabilité, l'autre la contredisant. Les colonnes créditant la culpabilité des accusés sont bien minces dans les deux dossiers : « *Personne ne peut aujourd'hui soutenir sérieusement qu'on détient les preuves du crime de Seznec. Sauf à la Cass, ce nid d'aigle de magistrats tellement supérieurs qu'après un crime judiciaire parfait ils viennent d'inventer l'erreur judiciaire à perpétuité* »⁶⁹.

SECTION II : LE REJET DE L'ERREUR JUDICIAIRE PAR LA JUSTICE PENALE

Lorsque l'erreur est commise, lorsque la décision est rendue et que l'autorité de la chose jugée en est revêtue, la preuve de son existence devient presque impossible à rapporter. Presque cependant, pas impossible. La possibilité d'un recours contre une telle injustice n'est pas fermée, du moins dans les livres de procédure pénale, car dans l'histoire du droit pénal, la justice se borne à le cloisonner (I). Parce qu'elle bouscule tout l'édifice juridique et assombrit la perspective de sécurité que souhaite renvoyer notre justice, cette dernière préfère le déni le plus total à l'égard de l'erreur judiciaire que l'humilité la plus élémentaire par l'acceptation de l'erreur de l'un des siens. La victime, elle, ne possède plus que le droit de s'indigner (II).

I – Le recours contre l'erreur sur les faits, un long parcours du combattant

Deux procédures peuvent actuellement corriger une erreur judiciaire. C'est l'unique vocation de la première, le pourvoi en révision. Restreinte et très longue, cette procédure poursuit clairement le but de décourager le plus grand nombre. L'évolution de cette voie de recours, pourtant très favorable à la victime de l'erreur, se heurte encore et toujours à la mauvaise foi des juges qui refusent d'admettre qu'ils ont pu se tromper (A). La récente introduction d'une nouvelle procédure, est vecteur d'un espoir certain. Consécutive à la censure européenne, cette procédure aura pour but de revenir sur une décision émise par un juge français et

⁶⁹ *Le Canard enchaîné* du 3 juillet 1996, « La cour de cass' invente l'erreur judiciaire à perpétuité »

sanctionnée par son homologue européen. Si elle représente un progrès indéniable susceptible de réparer des erreurs de fait, elle se limite à la découverte de cette erreur dans des délais brefs et ne remplace aucunement le pourvoi en révision (B).

A/ L'évolution favorable du pourvoi en révision

La révision d'une affaire est longue et difficile, réservée à des cas tout à fait extraordinaires. Jusqu'en 1989, il paraissait presque impossible de voir aboutir un tel recours, tant les exigences pour remettre en cause la décision du juge, étaient strictes. Désormais, si le pourvoi en révision est en pratique exceptionnel (1), il donne l'apparence d'une véritable chance d'identifier l'erreur commise sur le plan théorique (2).

1. Le caractère exceptionnel de sa mise en œuvre

« *Toute personne suspectée ou poursuivie est présumée innocente tant que sa culpabilité n'a pas été établie* » selon l'article préliminaire du Code de procédure pénale. Mais lorsqu'il ne s'agit plus de présomption, lorsque la culpabilité a été retenue à tort, et ce par une décision irrévocable, comment faire renaître de ces cendres l'innocence bafouée ?

Laisser un coupable en liberté ou condamner un innocent sont les conséquences possibles d'une erreur de fait, l'une n'ayant pas le même poids que l'autre. Ainsi, lorsqu'une personne que l'on sait coupable demeure libre, par la voie d'une décision de relaxe ou d'acquiescement passée en force de chose jugée, à l'issue d'une telle méprise, la nécessité de préserver la sécurité juridique est supérieure à la vengeance réclamée par la société.

A l'inverse, la violation de l'innocence est tout à fait insupportable et se doit d'être réparée. Le pourvoi en révision, voie de recours extraordinaire, poursuit un tel but.

La procédure du pourvoi en révision est énoncée par les articles 622 à 626 du Code de procédure pénale, l'article 622 ayant pour objet d'énoncer les cas d'ouverture du recours :

« *La révision d'une décision pénale définitive peut être demandée au bénéfice de toute personne reconnue coupable d'un crime ou d'un délit lorsque :*

1° Après une condamnation pour homicide, sont représentées des pièces propres à faire naître de suffisants indices sur l'existence de la prétendue victime de l'homicide ;

2° *Après une condamnation pour crime ou délit, un nouvel arrêt ou jugement a condamné pour le même fait un autre accusé ou prévenu et que, les deux condamnations ne pouvant se concilier, leur contradiction est la preuve de l'innocence de l'un ou de l'autre condamné ;*

3° *Un des témoins entendus a été, postérieurement à la condamnation, poursuivi et condamné pour faux témoignage contre l'accusé ou le prévenu ; le témoin ainsi condamné ne peut pas être entendu dans les nouveaux débats ;*

4° *Après une condamnation, vient à se produire ou à se révéler un fait nouveau ou un élément inconnu de la juridiction au jour du procès, de nature à faire naître un doute sur la culpabilité du condamné ».*

D'abord, il est à noter que seules les condamnations pénales intervenues en matière criminelle ou en matière correctionnelle sont concernées par la révision. La condamnation doit être définitive, donc revêtir l'autorité de la chose jugée, sans quoi les voies de recours classiques seraient appliquées. De plus, le décès du condamné ou l'inexécution de la peine quelle qu'en soit la raison (dispense judiciaire, exemption légale, amnistie) n'empêchent pas la révision du procès. Quatre cas sont cités comme cause d'ouverture du recours, la dernière possibilité étant en ses termes plus vagues, la plus large.

L'article 623 prévoit ensuite les personnes habilitées à demander ce recours, soit le Ministre de la justice ; le condamné ou son représentant légal en cas d'incapacité ; le conjoint, les enfants, les parents, les légataires universels ou à titre universels ou ceux à qui il a en a confié la mission expresse en cas de mort ou d'absence déclarée du condamné. Seuls les héritiers du premier degré peuvent agir : *« l'action à défaut d'être aussi éternelle que la proclamation de l'innocence d'une personne injustement condamnée reste donc possible assez longtemps »*⁷⁰.

Trois phases peuvent alors diviser la procédure de pourvoi en révision, étapes détaillées par les articles 623 à 625 du code de procédure pénale :

- Une commission *ad hoc* est désignée par l'assemblée générale de la Cour de cassation. Composée de cinq magistrats de la Haute Cour, dont le président de la commission, membre de la chambre criminelle, et de cinq suppléants nommés dans les mêmes conditions ; elle a pour rôle de décider si la demande est susceptible d'être admise. Comme l'énoncent les deux derniers alinéas de l'article 623 : *« Après avoir procédé, directement ou par commission rogatoire, à toutes recherches, auditions, confrontations et vérifications utiles et recueilli les observations écrites ou orales du requérant ou de son avocat et celles du ministère public, cette commission saisit la*

⁷⁰ Buisson Jacques et Guinchard Serge, *op. cit.*, P.1212.

chambre criminelle, qui statue comme cour de révision, des demandes qui lui paraissent pouvoir être admises. La commission statue par une décision motivée qui n'est susceptible d'aucun recours ; cette décision, sur demande du requérant ou de son avocat, est rendue en séance publique. La commission prend en compte, dans le cas où la requête est fondée sur le dernier alinéa (4°) de l'article 622, l'ensemble des faits nouveaux ou éléments inconnus sur lesquels ont pu s'appuyer une ou des requêtes précédemment rejetées ». Pour cela, elle met en place un débat contradictoire entre le requérant assisté de son avocat et le ministère public, représenté par le parquet général de la Cour de cassation. A l'issue de cet entretien, elle rend sa décision motivée de saisine, ou non, de la chambre criminelle de la Cour de cassation statuant alors en Cour de révision. Cette décision est rendue publiquement à la demande du requérant ou de son avocat.

- La chambre criminelle transformée en Cour de révision est le juge du fait, à l'inverse de ses fonctions habituelles, bien qu'elle puisse dans ce cadre tout autant examiner le droit. Comme la commission de révision, la Cour de révision peut à tout moment ordonner la suspension de l'exécution de la condamnation, dans les conditions prévues par l'article 624 du Code de procédure pénale. Lorsque l'affaire est en état d'être jugée, la Cour organise un débat public au cours duquel les observations écrites ou orales du requérant et de son avocat, du ministère public, de la partie civile constituée au procès en révision ou de son avocat, si elle intervient à l'instance. A partir de là, deux choix s'ouvrent à elle :
 - Elle estime la demande mal fondée et la rejette.
 - Elle considère la demande légitime et annule la condamnation prononcée. Dans ce dernier cas, elle devra vérifier s'il est envisageable de mener de nouveaux débats contradictoires, auquel cas les accusés ou prévenus sont renvoyés devant une juridiction de même ordre et de même degré, différente de celle par laquelle a été rendue la décision annulée. A défaut, l'article 624 alinéa 3 prévoit : « *S'il y a impossibilité de procéder à de nouveaux débats, notamment en cas d'amnistie, de décès, de démence, de contumace ou de défaut d'un ou plusieurs condamnés, d'irresponsabilité pénale, en cas de prescription de l'action ou de la peine, la cour de révision, après l'avoir expressément constatée, statue au fond en présence des parties civiles, s'il y en a au procès, et des curateurs nommés par elle à la mémoire de chacun des morts ; en ce cas, elle annule seulement celles des condamnations qui lui*

paraissent non justifiées et décharge, s'il y a lieu, la mémoire des morts. Si l'impossibilité de procéder à de nouveaux débats ne se révèle qu'après l'arrêt de la cour de révision annulant l'arrêt ou le jugement de condamnation et prononçant le renvoi, la cour, sur la réquisition du ministère public, rapporte la désignation par elle faite de la juridiction de renvoi et statue comme il est dit à l'alinéa précédent ». La Cour de révision a donc, outre la mission de rétablir la vérité à l'égard des vivants, celle de décharger la mémoire des morts. Enfin, si l'annulation de la condamnation ne laisse trace d'aucun crime ou délit, le renvoi n'est pas prononcé.

- La dernière étape n'est pas systématique, c'est celle du renvoi, s'il y a lieu. La juridiction de renvoi va pouvoir statuer librement sur l'affaire, néanmoins elle ne peut aggraver la condamnation initialement prononcée⁷¹.

Le pourvoi en révision, s'il aboutit, a pour première conséquence l'annulation de la condamnation d'un innocent, et donc le retrait de celle-ci sur le casier judiciaire de l'intéressé comme en convient l'alinéa 6 de l'article 625 du code de procédure pénale. Un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation rendu le 27 mai 1997⁷² a même admis le retrait d'une autre condamnation par la Cour de révision, bien que les faits ne se confondent pas avec ceux qui font l'objet du recours, s'il existe une disproportion manifeste entre la condamnation et la gravité des faits.

Les frais engagés au titre de la sanction civile (amende, dommages-intérêts) découlant de la condamnation pénale sont remboursés. Une réparation est octroyée sous deux formes possibles : des dommages-intérêts, indemnité à la charge de l'état qui peut exercer des recours contre d'éventuels responsables (partie civile, faux témoin, dénonciateur...) sont alloués et le requérant peut demander la publication du jugement de révision au titre de l'article 626 du Code de procédure pénale.

2. La consécration par la loi d'une jurisprudence audacieuse

Instaurée par la loi du 23 juin 1989⁷³ dite Loi « *Seznec* », la nouvelle procédure de pourvoi en révision a permis de donner un caractère juridictionnel à la commission, et d'ouvrir le droit à un tel recours en présence d'un fait nouveau ou d'un élément inconnu de la juridiction au jour

⁷¹ Il s'agit de la règle de la prohibition de la *reformatio in pejus*, la cour ne peut aggraver le sort du prévenu ni sur la sanction pénale ni sur la condamnation civile intervenue à l'origine.

⁷² Cass. crim., 27 mai 1997, Bull. crim. n°205.

⁷³ Loi n°89-431 du 23 juin 1989 relative à la révision des condamnations pénales.

du procès, "*de nature à faire naître un doute sur la culpabilité du condamné*" et non plus seulement, selon l'ancien texte issu de la loi du 8 juin 1895, "*de nature à établir l'innocence du condamné*".

Elle consacre ici une jurisprudence ancienne de la Cour de cassation, qui s'était enhardie devant les restrictions apportées par le texte issu du Code d'instruction criminelle, dès la célèbre affaire Dreyfus. L'affaire en question est celle d'une erreur judiciaire retentissante, qui a secoué la France sous la troisième République, le capitaine Alfred Dreyfus ayant été condamné à tort, sur fond d'antisémitisme, au bagne à perpétuité pour trahison. Le véritable traître, responsable de l'espionnage et de la communication de documents militaires à la puissance étrangère que représente l'Allemagne, est le commandant Ferdinand Walsin-Esterházy, découvert par le chef du contre-espionnage en mars 1896. L'Etat-major de l'armée conteste et affecte l'enquêteur en Afrique du Nord. La famille du colonel Dreyfus va se battre pour obtenir la reconnaissance de l'erreur, notamment en réussissant à convaincre le président du Sénat de l'époque, Auguste Scheurer-Kestner et du même coup Georges Clémenceau, alors journaliste et ancien député. Deux camps divisent alors la France, les dreyfusards qui soutiennent l'accusé et les anti-dreyfusards qui y sont hostiles, les raisons de l'opposition ayant une dimension plus politique entre conservateur et nationaliste, que partisane. Le commandant Walsin-Esterházy sera acquitté en janvier 1898 puis interviendra la lettre adressée au Président Félix Faure de l'écrivain Emile Zola dans le journal « *L'Aurore* », tenu par Georges Clémenceau qui trouvera lui-même le titre « *J'accuse* », le 13 janvier suivant.

L'arrêt de condamnation au bagne à perpétuité de 1894 sera cassé. Un arrêt des chambres réunies, rendu le 3 juin 1899⁷⁴, avait justifié le renvoi de l'affaire à l'aune de deux faits nouveaux ayant suscité un doute sérieux sur la culpabilité de Dreyfus et conduit à son innocence. Cela aboutira à un nouveau conseil de guerre en 1899. C'est une fois de plus la culpabilité qui est retenue, malgré la reconnaissance de circonstances atténuantes, et la condamnation à dix ans de travaux forcés. Il faudra attendre la grâce du Président Emile Loubet qui évitera à l'accusé d'être à nouveau déporté.

Une nouvelle demande en révision est formée et la Cour de cassation intervient à nouveau le 12 juillet 1906, par un arrêt sans renvoi des chambres réunies, constatant l'innocence du colonel Dreyfus.

L'affaire Dreyfus marque le point de départ de l'audace de la jurisprudence en la matière, se détachant de la difficulté représentée par l'établissement de l'innocence, pour lui préférer

⁷⁴ Cass. crim., Ch. réunies du 3 juin 1899, première révision.

celui du doute quant à la culpabilité. C'est ici la preuve que l'erreur de droit peut parfois et de manière étonnante, aboutir à la réparation de l'erreur de fait. En effet, l'erreur volontaire de magistrats, ici par une distorsion de la lettre du texte de loi, se solde par la possibilité de réviser un procès et de corriger ainsi l'erreur de fait commise.

Malgré l'élargissement de la procédure, les statistiques autour du recours en révision sont inquiétantes. Le rapport annuel de la Cour de cassation rendu en 2000⁷⁵ établit quelques corrélations entre le nombre de pourvois en révision introduits devant la commission et leur issue. Ainsi, entre le 23 juin 1989 et le 31 décembre 2000 : 1336 requêtes de pourvois en révision ont été enregistrées par la Commission de révision des condamnations pénales et seulement 26 annulations ont été prononcées. Le nombre de requêtes pour l'année 2000 est de 165, soit une augmentation de 48.65% par rapport à l'année 1999.

Selon un auteur⁷⁶ « *si toutes les demandes étaient fondées, cela signifierait que tous les trois jours, les juridictions pénales commettraient...une erreur judiciaire !* ».

Pour l'année 2008, la commission a été saisie de 143 requêtes et a rendu 110 décisions d'irrecevabilité, 27 décisions de rejet, quatre décisions de saisine de la chambre criminelle. 97 requêtes restaient à examiner.

B/ L'émergence d'une surveillance européenne

La loi du 15 juin 2000⁷⁷ est un texte important pour la procédure pénale française à plusieurs titres, dont la création d'un nouveau recours, lui aussi susceptible de corriger une erreur de fait. La procédure de réexamen d'une décision pénale consécutif au prononcé d'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme a été introduite en droit français à la suite d'une décision Hakkar c/ France⁷⁸. Le requérant avait été condamné par un arrêt rendu le 8 décembre 1989 par la cour d'assises de l'Yonne à la réclusion criminelle à perpétuité assortie d'une période de sûreté de dix-huit ans pour meurtre, tentative de meurtre, vols avec port d'arme et vol avec violence. Son avocat ayant été retenu devant une autre juridiction pendant l'audience, Monsieur Hakkar décida de ne pas assister au procès. Un rapport émis le 27 juin 1995 par la Commission européenne des droits de l'homme, transmis au Comité des ministres au mois d'août suivant déclare : « *que le refus de la cour d'assises de renvoyer le procès peut*

⁷⁵ Rapport Cour de cassation, 2000, La documentation française, 2001, P.592.

⁷⁶ Valicourt De Séravillers Eliane de, *La preuve par l'ADN et l'erreur judiciaire*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2006, P.180.

⁷⁷ Loi n°2000-516 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes.

⁷⁸ Comm. eur. dr. h., A. Hakkar c/ France, req. N°19033/91.

être considéré comme ayant porté atteinte à l'activité essentielle de la défense qui était nécessaire à la préparation du procès » après avoir relevé que « *l'intéressé n'avait pas bénéficié des garanties du procès équitable lors du procès ayant abouti à sa condamnation à vie pour meurtre d'un policier, meurtre qu'il avait toujours nié avoir commis ; absent à son procès il n'était pas représenté par l'avocat qu'il avait choisi et il avait dénié aux deux avocats commis d'office le droit de l'assister ; son avocat n'avait pas obtenu le renvoi de l'affaire pour lui permettre d'être entendu* ». Ce dernier avait par la suite demandé soit la tenue d'un nouveau procès soit la grâce du condamné. Rien ne permettait alors au sein de la procédure pénale française le réexamen d'une décision suite à un arrêt de la CEDH ou à un rapport du Comité des ministres, le recours en révision ne prévoyant pas un tel cas.

La loi du 15 juin 2000 crée donc de toute pièce ce nouveau recours, aux articles 626-1 à 627-1 du Code de procédure pénale ; en réaction notamment à la recommandation du Comité des ministres aux Etats parties à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en date du 19 janvier 2000, de réexaminer ou de rouvrir certaines affaires au niveau interne suite à des arrêts de la CEDH.

Le recours est ouvert lorsqu'un arrêt de la CEDH a reconnu la violation de la Convention EDH par une condamnation pénale, le préjudice en résultant ne pouvant être suffisamment réparé par la satisfaction équitable allouée par la Cour, au vu de la gravité de la violation commise.

Les décisions de toutes les juridictions sont concernées et le réexamen peut être demandé par le ministre de la Justice, le procureur général près la Cour de cassation, le condamné, son représentant légal en cas d'incapacité, ses ayants droits en cas de décès.

La procédure débute ici aussi par la création d'une commission *ad hoc* composée de sept magistrats de la Cour de cassation, dont deux juges de la chambre criminelle, l'un exerçant les fonctions de Président de la commission, désignés par l'assemblée générale de la Haute Cour. Sept suppléants sont également nommés⁷⁹ et le ministère public est là aussi le parquet général près la Cour de cassation. Le délai pour agir est d'un an à compter de la décision de la CEDH. La Commission *ad hoc* va, de la même façon que dans le cas d'une révision, organiser une audience publique contradictoire entre requérant et ministère public et prendre une décision qui n'est pas susceptible de recours entre :

⁷⁹ Il s'agit là de l'apport de la loi n°2000-307 du 4 mars 2002 complétant la loi n°2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes.

- le renvoi devant la Cour de cassation réunie en assemblée plénière si la violation s'est produite lors du pourvoi en cassation, à condition que le réexamen à la lumière des dispositions de la Convention EDH soit utile pour la réparer,
- le renvoi devant une juridiction du même ordre et même degré de celle qui a rendu la décision fautive. En cas d'impossibilité de rouvrir les débats, ce sont les mêmes dispositions que celles de l'article 625 alinéas 3 et 4 à propos du recours en révision, qui trouvent ici à s'appliquer.

En 2008, six requêtes ont été enregistrées, deux déclarées irrecevables et quatre ont donné lieu à un renvoi. La procédure de réexamen semble à première vue être une voie de réparation de l'erreur de droit puisqu'elle se fonde sur une violation du droit européen. En effet, elle ne peut avoir lieu qu'en cas de violation de la Convention EDH, donc de l'une des règles de droit du texte dont la France est signataire. Pourtant, proche du recours en révision dans son déroulement, cette procédure est réellement une voie supplémentaire pour corriger une erreur de fait puisqu'elle ouvre droit à une réouverture du procès dans son entier, si elle est portée devant une juridiction du fond.

L'affaire *Remli c/France* du 23 avril 1996⁸⁰ en donne une illustration intéressante puisqu'il s'agissait pour la CEDH de la violation du droit au procès équitable⁸¹ par un jury d'assises dont l'un des membres avait tenu des propos racistes avant l'audience. La condamnation à la réclusion criminelle à perpétuité relevait bien-sûr d'une erreur sur le droit, le non-respect du procès équitable, mais aussi d'une erreur sur les faits, l'un des jurés ayant décidé de la culpabilité de la personne jugée, aveuglé par un parti pris sur les faits, source d'erreur.

La cour de réexamen nous donne un autre exemple de cette erreur de fait, que cache l'erreur de droit, dans un arrêt du 24 novembre 2005, dont le dispositif énonce : « *la CEDH ayant relevé que la réalité des relations sexuelles imputées au prévenu n'ayant pas été contestée, toute l'affaire tournait autour du consentement du plaignant, et qu'à la lumière des circonstances de l'espèce, le requérant n'avait pas eu une occasion suffisante et adéquate de contester les déclarations de la victime sur lesquelles sa condamnation était fondée et qu'en conséquence il n'avait pas bénéficié d'un procès équitable* »⁸². Dans cet arrêt encore, à partir de la violation du procès équitable fondée sur la possibilité insuffisante d'expression du

⁸⁰ Cour. eur. dr. h., *Remli c/ France*, 23 avril 1996.

⁸¹ Art. 6 § 1^{er} de la Convention EDH.

⁸² CRD pén., 24 novembre 2005, Bull. crim. (CRD pén.) n°2.

condamné, les juges ont eu une vision biaisée des faits qui les a amenés à conclure au consentement de la victime aux relations sexuelles, alors que ça n'était pas le cas.

L'erreur de fait trouve bien une ultime chance de réparation par l'intervention de la jurisprudence européenne dans la procédure.

II – La victime, acteur et spectateur de l'erreur sur les faits

Deux victimes cohabitent au sein de l'erreur judiciaire : la justice en premier lieu est la grande perdante de l'affaire. Mais le condamné la suit de près et image, dans sa dimension la plus concrète, les méandres de cette justice aveugle.

La victime, à son insu, joue parfois un rôle déterminant dans l'enchaînement défectueux de la procédure judiciaire et l'erreur de jugement des magistrats, elle devient ainsi l'actrice insoupçonnée de sa propre chute (A). Et lorsque vient le moment de réparer, la justice se trouve bien démunie après une bataille qui a provoqué de si lourdes pertes (B).

A/ Le devoir de la victime de ne pas s'autoaccuser

« [...] *Le criminel ressemble à son crime avant de l'avoir commis* », dans certaines procédures judiciaires, cet avertissement peut se révéler fort utile pour comprendre comment certaines personnes innocentes se trouvent broyées par la justice sans réagir ou à peine.

L'institution judiciaire a son langage, ses coutumes et ses costumes, monde à part pour un grand nombre de citoyens, elle impressionne et demeure assez loin dans ses manières et ses rituels, du quotidien de la frange la moins aisée de la population : « *J'ai refait tout le chemin depuis le début [...] ce qui m'a permis de comprendre au fil des pages comment avait pu naître l'effroyable malentendu d'Outreau, et comment je m'étais retrouvé pris dans les filets d'une institution judiciaire totalement ignorante de la réalité quotidienne des gens les plus pauvres, et dramatiquement claquemurée dans ces pompes et ses certitudes* »⁸³.

En cela, elle représente un danger bien plus grand pour cette partie de la population lorsqu'elle y est confrontée. Devant la lourdeur du système, l'incompréhension des usages, l'abattement et le sentiment d'impuissance peuvent alors prendre le pas sur tout élan de résistance : « *Ces trente et un mois de prison m'ont beaucoup appris, sur l'état de notre*

⁸³ Wiel Dominique, *Que Dieu ait pitié de nous/mémoires*, Oh ! Editions, 2006.

société, sur le pouvoir des institutions, sur l'impuissance d'un homme seul à se faire entendre. Je pense à la mort en prison de François Mourmand, qui répétait vainement qu'il était innocent. Aux larmes et aux cris de désespoir d'Odile Marécaux, que les gendarmes interrogeaient dans la pièce voisine de celle où j'étais moi-même soumis à leurs questions. Aux grèves de la faim et aux tentatives de suicide d'Alain Marécaux. A la profonde détresse des Legrand père et fils. A la colère et au désarroi de Franck et Sandrine Lavier, qui avaient reconstruit une famille, et que l'institution judiciaire a balayée sans ménagement »⁸⁴.

Loin du monde judiciaire et de ses codes, l'individu se retrouve désemparé face à des « puissants ». Comment contredire un magistrat ? Comment résister aux pressions ? Comment ne pas se sentir écrasé par un milieu social supérieur ?

Il ne faut pas négliger cette part de responsabilité de la victime de l'erreur judiciaire. Sans défense morale et réduite au sentiment de n'avoir plus aucune marge d'action, elle va parfois aller dans le sens de sa culpabilité alors qu'elle se sait innocente. Elle se sait innocente mais elle ne se sent plus innocente et c'est là que se joue le drame. Convaincre une personne qu'elle est l'auteur d'un acte qu'elle n'a pas commis n'est pas si difficile et l'innocence peut alors s'oublier dans une mise en scène qui a déjà distribué les rôles : « *L'accumulation des détresses en vase-clos, la rupture des contacts avec le monde extérieur, si ce n'est par le canal des services sociaux, aboutissent à l'édification d'une espèce de lazaret où les codes sont abolis, où l'on perd petit à petit la conscience de soi, de son intimité, du respect des autres et de soi-même, de la dignité »⁸⁵.*

Le cercle est ainsi lancé et ne cessera de se refermer sur lui-même à mesure que la personne s'abrite derrière le personnage que le juge lui a confié. Parfois il s'agit seulement d'obtenir un semblant de paix dans un tumulte insurmontable, l'inculpé ayant compris que la soumission octroie une tranquillité certaine mais parfois, la personne se perd dans l'histoire et en vient à croire et s'approprier ce qu'on lui a raconté. Elle devient alors le coupable attendu, victime et auteur à la fois de l'erreur judiciaire : « *C'est ça qui est incroyable avec l'institution judiciaire : lorsque vous êtes pris dans les filets -je ne vais plus cesser de le vérifier-, tout ce que vous tentez pour faire valoir votre innocence se retourne contre vous. Soit vous prenez*

⁸⁴ Wiel Dominique, *op. cit.*, P. 9.

⁸⁵ Wiel Dominique, *op. cit.*, P. 82.

docilement la posture du coupable, et votre peine, vous laisse-t-on immédiatement entendre, en sera allégée, soit vous résistez et les choses se gâtent »⁸⁶.

Il arrive que la personne mise en cause se réfugie dans une résignation totale, prête à accepter les pires accusations et la privation de liberté pour de très longues années alors qu'elle est totalement innocente. Le manque d'adaptation à un univers trop différent du sien, le manque de soutien parfois, peut faire perdre à cette personne toute trace de son identité et de la réalité. Anéantie par une machine judiciaire invincible, elle se laisse glisser vers l'acceptation de son sort et la fatalité. Aveux, témoignages, reconstitutions, acquiescements, elle suit la route tracée par d'autres car n'a pas le sentiment d'exister dans ce monde là. Or, lorsqu'on n'existe pas, il est impossible de se révolter et de dire « c'est faux » :

« Et pas une fois je n'ai prononcé cette phrase toute simple : « Je suis innocent ». Je crois, en y repensant, qu'elle m'a paru vraiment trop emphatique, grandiloquente, par rapport au côté grotesque de toutes ces accusations »⁸⁷.

B/ La faiblesse de l'institution judiciaire confrontée à l'irréparable

« Avant de terminer j'évoque les soixante-treize années de lutte de ma famille. Il est temps de tourner la page : « une telle injustice ne peut se réparer ». Mon grand-père aura passé la moitié de sa vie au bagne. Ma grand-mère est morte dans la misère et de chagrin. Marie, leur fille aînée, a tenté d'aller soigner les lépreux en Guyane, en entrant au carmel elle est morte à l'âge de vingt ans. Toute ma famille a été détruite par cette injustice. Autant de vies saccagées par le malheur, cela ne se répare pas. Enfin, ma mère qui aura eu sa vie gâchée et qui est décédée, il y a deux ans, sans avoir eu le réconfort de voir cette injustice reconnue. Et mon frère Bernard qui... ». L'émotion est trop forte »⁸⁸. L'erreur du magistrat ne fait pas qu'une seule victime et touche aussi les proches, parfois de manière irrémédiable. L'affaire Sez nec en est la triste illustration puisque cette gigantesque erreur judiciaire n'a pas uniquement brisé la vie d'un homme mais du même coup celle de sa famille tout entière. Encore aujourd'hui, c'est avec beaucoup d'émotion que son petit-fils livre la douleur et la souffrance des siens. Ce sont des vies consacrées à la recherche de la vérité et à la réparation de l'injustice, ce sont des luttes insensées contre l'institution judiciaire qui sont engagées dans cette erreur.

⁸⁶ Wiel Dominique, *op. cit.*, P. 113.

⁸⁷ Wiel Dominique, *op. cit.*, P. 118.

⁸⁸ Sez nec Denis, *op. cit.*, P.556.

Parfois, l'erreur ne sera jamais acceptée par son auteur et la victime ne parviendra jamais à rétablir les faits dans leur véracité. C'est le cas de Guillaume Seznec, à qui l'on a refusé d'octroyer réparation de son vivant et pour lequel est refusée la réhabilitation demandée par ses descendants, maintenant qu'il n'est plus de ce monde. L'irréparable est alors répété à l'infini, de sorte qu'à défaut de pouvoir guérir les maux, la justice rejette même l'idée de soulager les consciences.

A l'inverse, il arrive que certaines erreurs sur les faits éclatent au grand jour et donnent lieu à une reconnaissance de la part de la justice. L'affaire d'Outreau se situe dans une telle démarche, la principale accusatrice s'étant rétractée lors de l'audience. La justice doit alors s'amender, ce qu'elle peine considérablement à réaliser.

La réparation de l'erreur, lorsqu'elle est reconnue, a d'abord pour enjeu le rétablissement de la vérité. Il est insupportable qu'une injustice soit commise par la justice. Les erreurs doivent être rectifiées dans leur forme solennelle et la victime de l'erreur doit accéder à la reconnaissance de son statut. L'erreur sur les faits doit donc être démontée et son existence reconnue formellement par la justice : « *La victime d'une agression dont on n'a pas puni le coupable, ou le condamné dans un procès en correctionnelle qui a le sentiment qu'il n'a pas eu les moyens de se défendre partagent un même sentiment de frustration et se rejoignent. Ils se disent scandalisés, écœurés, brisés et ils en veulent « aux juges »* »⁸⁹.

Généralement, des dommages et intérêts sont alloués à la victime, seconde forme de réparation de l'erreur. Certes, les solutions ne s'étendent pas à l'infini et la justice n'a pas vraiment d'autre choix que la compensation pécuniaire. Néanmoins, lorsqu'une personne a été privée de sa liberté pendant plusieurs années, lorsqu'elle a perdu sa famille, lorsqu'elle a perdu sa jeunesse, lorsqu'elle a dû laisser sa place dans la société ; cette somme d'argent représente-t-elle véritablement une réparation ? Il est évident qu'il est impossible de revenir en arrière et de tout recommencer, mais est-il réellement question de réparation ? Faut-il tout simplement admettre que le juge ne doit pas commettre certaines erreurs, sous peine de devoir vivre avec la responsabilité d'avoir commis l'irréparable, et cela à perpétuité ?

⁸⁹ Seznec Denis, *op. cit.*, P.485.

DEUXIÈME PARTIE

L'ERREUR STRATEGIQUE

L'installation du magistrat débute par une prestation de serment au siège de la cour d'appel. Il est régi par l'article 6 du 22 décembre 1958, énoncé en ces termes : « *Je jure de bien et fidèlement remplir mes fonctions, de garder religieusement le secret des délibérations et de me conduire en tout comme un digne et loyal magistrat* ».

Un projet de loi du 13 décembre 2006 avait souhaité qu'il devienne « *Je jure de me comporter en magistrat digne et loyal, impartial, libre, intègre, diligent, respectueux de la loi, des droits de toutes les parties, du secret professionnel et du droit de réserve. Tout manquement à l'une de ces obligations constituerait une faute disciplinaire* ».

Devant l'indignation du corps de la magistrature tout entier, cette modification n'a pas abouti.

Lorsque qu'un magistrat détourne sciemment la technique de qualification, est-il véritablement respectueux de la loi comme il en a fait la promesse (Chapitre premier) ?

Toute loyauté promise dans ce serment ne sombre-t-elle pas dans le néant lorsque le juge se livre à l'intimidation (Chapitre second) ?

Serment, déontologie, éthique : trois mots qui manquent parfois à la conscience du magistrat.

CHAPITRE 1

LA STRATEGIE DE LA QUALIFICATION

La qualification est à priori, l'un des premiers devoirs du juge pénal. Prendre une décision sans en avoir délimité l'étendue au sens du droit reviendrait à juger dans l'arbitraire puisque aucune borne ne serait plus posée. Donner une traduction juridique aux faits d'une espèce est la seule voie possible pour justifier l'immixtion de la justice dans le quotidien des justiciables. Cette qualification obéit à des règles strictes destinées elles aussi à se protéger des risques de dérive vers l'impartialité.

Etonnantes manœuvres que sont celles des juges qui cherchent à usurper ses fondements à la règle de la qualification. Probablement pas si surprenantes au regard des conséquences déterminantes de celle-ci sur le destin pénal d'un individu. C'est donc en toute partialité et déloyauté qu'une partie de nos juges du fond détourne le droit pénal avec la complicité du législateur (section première). Quant aux juges du droit, c'est sous leur regard et leurs décisions bienveillantes que le détournement de la règle du droit s'épanouit, le juge européen s'érigant en défenseur fort isolé de la lettre du droit (section seconde).

SECTION I : LE DETOURNEMENT DU DROIT CONFORTE

User de la correctionnalisation judiciaire pour obtenir une décision de justice « sur mesure », voilà une brillante idée de nos juges du fond (I) que le législateur n'a pas hésité à récompenser par une légalisation de la pratique, de sorte que le procédé repose désormais sur une légalité tout à fait artificielle (II).

I – La jurisprudence malléable autour de la correctionnalisation judiciaire

Faisant fi des grands principes qui garantissent force et cohérence de la matière pénale (A), le juge s'est engagé dans une stratégie discutable à travers une technique juridique, la qualification, qu'il a peu à peu façonnée à son désir. Au gré des situations de fait rencontrées, le juge parvient à déformer le droit selon son bon vouloir, dans le parfait mépris de la sécurité juridique indispensable à la matière (B).

A/ Une violation manifeste des principes constitutionnels fondamentaux

Qualifier pour juger ou juger pour qualifier ? Cette question plutôt singulière est pourtant celle qui émerge face à certaines décisions juridictionnelles étonnantes.

Le rôle du juge n'est point de refaire la loi, le législateur en étant l'auteur choisi, cela va d'ailleurs bien plus loin puisqu'il s'agit là d'une interdiction formelle qui gouverne la matière. En effet, principe énoncé par Montesquieu en tant que « Trias politica » et repris par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, la séparation des pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire revêt forme constitutionnelle depuis l'intégration du bloc de constitutionnalité par la Constitution du 4 octobre 1958. L'interdiction faite au juge de se mêler de la création de la loi est ainsi érigée au sommet de la hiérarchie des normes et résonne encore sous la cinquième République de la terreur et de l'injustice soulevée par les arrêts de règlement des juges de l'Ancien Régime, alors maîtres d'un droit arbitraire et aléatoire.

L'article 5 du Code civil dispose : « *Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises* », la règle est claire, juger n'est pas légiférer.

En revanche, le juge ne peut se contenter d'utiliser des formules sans en extraire l'essence, et a pour mission notamment d'interpréter la loi. Or, cette restitution du droit par le magistrat n'est pas chose aisée et relève d'un véritable devoir que l'article 4 du Code civil entend bien faire respecter « *Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice* ».

Ainsi, le juge est pris entre deux impératifs, à savoir s'attacher à interpréter des règles de manière intelligente et vivante sans qu'il s'agisse pour autant d'une réécriture prétorienne.

Or, confronté à la pratique quotidienne du droit au sein des juridictions, ce dilemme perpétuel entre un droit à la fois fidèlement restitué et pourtant réajusté à la singularité des affaires donne parfois, et ce en toute conscience et impunité, lieu à débordement. Il faut même aller plus loin dans le raisonnement, puisqu'il est désormais question d'une pratique légalisée : il s'agit ici de la correctionnalisation et de la contraventionnalisation judiciaires.

En effet, il est du devoir du juge de requalifier les faits pour lesquels il est saisi lorsque la qualification initialement désignée n'est pas celle qui convient. Une limite néanmoins à ce devoir, le juge ne doit jamais dénaturer les faits en sortant du cadre de sa saisine, d'où une surveillance étroite de la part de la Cour de cassation : « *S'il appartient aux juridictions*

correctionnelles de modifier la qualification des faits et de substituer une qualification nouvelle à celle sous laquelle ils leur étaient déférés, puis de se déclarer incompétentes si cette dernière leur apparaît criminelle, c'est à la condition qu'il ne soit rien changé ni ajouté aux faits de la prévention et que ceux-ci restent tels qu'ils ont été retenus dans l'acte de saisine »⁹⁰.

Ainsi, seule la chambre de l'instruction a le pouvoir d'étendre l'information au-delà de la saisine du juge d'instruction pour les faits retenus par l'autorité de poursuite, il s'agit là de son pouvoir de révision, énoncé à l'article 202 du Code de procédure pénale en son alinéa premier : *« Elle peut, d'office ou sur réquisitions du procureur général, ordonner qu'il soit informé à l'égard « des personnes mises en examen » ou prévenus renvoyés devant elle sur tous les chefs de crimes, de délits, de contraventions, principaux ou connexes, résultant du dossier de la procédure, qui n'auraient pas été visés par l'ordonnance du juge d'instruction ou qui auraient été distraits par une ordonnance comportant non-lieu partiel, disjonction ou renvoi devant la juridiction correctionnelle ou de police ».*

La dérogation légale est l'autre exception au principe, tel l'article 132-16-5 du Code pénal issu de la loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales⁹¹ qui permet à la juridiction de jugement de relever d'office l'état de récidive légale, même non mentionné dans l'acte de poursuite : *« L'état de récidive légale peut être relevé d'office par la juridiction de jugement même lorsqu'il n'est pas mentionné dans l'acte de poursuites, dès lors qu'au cours de l'audience la personne poursuivie en a été informée et que, dès lors qu'au cours de l'audience la personne poursuivie en a été informée et qu'elle a été mise en mesure d'être assistée d'un avocat et de faire valoir ses observations »⁹².*

Il en va de garanties fondamentales pour le justiciable, qui doit pouvoir préparer sa défense utilement sans que les faits qui lui sont reprochés puissent être sans cesse remis en cause.

De ce fait les juridictions de jugement doivent respecter cette obligation qui leur incombe et prendre grand soin de ne pas outrepasser leurs possibilités. Néanmoins, il arrive que la qualification choisie soit inadéquate et que le juge soit contraint de se soumettre à son devoir de requalification.

⁹⁰Cass. Crim., 22 avr. 1986, Bull. Crim., n°136; 23 janv. 1995.

⁹¹ JO, 13 décembre 2005, 19152.

⁹² Mayaud Yves, *Droit pénal général*, PUF droit, 2007, P. 150.

B/ Des règles de droit dénaturées

Deux voies sont à distinguer, la première et la plus classique s'entend d'une modification n'entraînant pas changement de catégorie d'incrimination : ainsi d'un crime d'assassinat (C. pén., art. 221-3) peut-on retenir un meurtre simple (C. pén., art. 221-1), d'un délit de vol (C. pén., art. 311-1) passer à une escroquerie (C. pén., art. 313-1). Dans cette première figure, un crime, un délit ou une contravention ne changent pas de nature malgré la modification de la qualification qu'ils recouvrent, qu'il s'agisse d'une qualification de moindre gravité ou à l'inverse plus grave. Mais c'est précisément la deuxième hypothèse qui retient notre intérêt quant à l'erreur sous forme de stratégie du juge.

Ainsi, ce que l'on appelle « correctionnalisation judiciaire » englobe également le cas d'un crime devenant délit, tel le viol (C. pén., art. 222-23) redirigé en agression sexuelle (C.pén., art. 222-27) ou à l'inverse une contravention se muant en délit. Il pourrait également s'agir d'une « criminalisation judiciaire » même si le terme n'est pas employé dans le cas d'un délit, voire une contravention, re-qualifiée en crime. Enfin, la contraventionnalisation judiciaire consiste à substituer une contravention à un crime ou un délit.

S'il peut tout à fait s'agir là encore d'une requalification fondée, comme précédemment, sur la nécessité de donner aux faits leur exacte portée, une toute autre dimension peut être revêtue par telle technique. Le rôle du magistrat dépasse alors de bien loin la mission qui lui a été confiée, en optant avant même le procès pénal pour l'indulgence ou la sévérité. La qualification devient dès lors un enjeu stratégique avec pour finalité une peine plus ou moins grave découlant d'un choix antérieur aux débats.

La sous-qualification peut avoir pour objet, dans certains cas, d'amoindrir la gravité des faits de l'espèce en leur octroyant une qualification pénale en deçà de leur véritable nature juridique. Si le but poursuivi est parfois louable, en ce que le droit doit s'assouplir face aux situations singulières lorsque sa restitution stricte dépasse les besoins de la répression, la manœuvre est parfois utilisée au contraire dans une volonté de répression facilitée.

Dans le premier cas, il faut rappeler le rôle du droit pénal, c'est-à-dire la protection des valeurs fondamentales d'une société, et non l'outil d'une répression automatique, sans prise en compte aucune de la sensibilité de certaines affaires. En cela, si les magistrats n'ont pas été remplacés par des machines et ne pourront vraisemblablement jamais l'être, c'est bien en vertu de leur humanité. Réceptacles des erreurs humaines, leur fonction ne se limite pas à

l'octroi d'une sanction type quel que soit le cas considéré. De là, il est compréhensible que de situations particulières naissent des réponses particulières. Voilà le rôle alors dévolu à la sous-qualification dans un premier temps, passant par des faits minimisés pour devenir délit en lieu et place d'un crime ou contravention à la place du délit.

Un exemple fourni par la Cour de cassation en témoigne : il s'agit d'un arrêt rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 22 avril 1986⁹³ au sujet de l'excision d'une petite fille de quatre mois, maintenue par ses parents pendant l'acte réalisé par une spécialiste et décédée de ses blessures le lendemain. La Cour motive son arrêt en ces termes : « *Les juges saisis de la seule prévention d'omission de porter secours à personne en péril ne sauraient, sans ajouter aux faits de la poursuite, se déclarer incompétents au motif que serait constitué à l'égard des prévenus le crime de coups et blessures volontaires sur mineure de quinze ans ayant entraîné la mort sans intention de la donner, distinct en ses éléments constitutifs du délit prévu par l'art. 63, al. 2, C. pén. (nouvel art. 223-6, al. 2)* ».

Le raisonnement juridique strictement appliqué voudrait ici reconnaître un crime, en tant que tenir son enfant pendant qu'on le mutiler ne peut être qu'une action, et non une omission. Pourtant, les juges lui préfèrent la qualification délictuelle d'omission de porter secours, marque d'une passivité des parents contradictoire avec le déroulement des faits. Or, l'excision est une pratique qui relève de la coutume dans différentes régions du monde et le droit français s'y trouve parfois confronté lorsqu'elle s'exerce sur le territoire français ou sur un auteur ou une victime de nationalité française par exemple. Dans l'affaire en cause, les juges ont perçu la qualification criminelle comme inopportune, trop sévère, face au véritable dessein des parents malgré le drame qui en est résulté.

Il arrive à contrario que la correctionnalisation judiciaire soit le théâtre d'une volonté répressive renforcée de la part du juge pénal, qui compte ainsi obtenir une condamnation plus ferme à l'appui d'une qualification moins grave sur l'échelle des valeurs sociales défendues.

Un premier argument tiré de la légitime défense, fait justificatif invoqué par la personne poursuivie, peut venir à l'appui de cette affirmation étonnante. Effectivement, il paraît difficile à première vue d'envisager une quelconque sévérité du juge qui retient une qualification correctionnelle plutôt que criminelle...et pourtant.

Un fait justificatif a pour effet de rendre irresponsable pénalement, et ce malgré la réalisation de l'infraction, la personne qui le rapporte. La légitime défense est énoncée à ce titre par les

⁹³ Cass. Crim., 22 avril 1986, Bull. crim., n°136.

articles 112-5 et 122-6 du Code pénal comme des actes de violences justifiés car effectués en riposte, pour se défendre. Par conséquent, l'argument tiré d'un tel fait justificatif se révèle incompatible avec une infraction d'omission. Ainsi, au lieu d'appliquer une qualification criminelle de violences volontaires aggravées (C. pén. art. 222-10) un juge pourra-t-il préférer celle, délictuelle cette fois, d'omission de porter secours (C. pén., art. 223-6) et par ce faire empêcher toute justification tirée de la légitime défense. Alors que l'irresponsabilité pénale aurait pu être prononcée par une cour d'assises saisie de l'infraction de violences volontaires aggravées, le tribunal correctionnel chargé de statuer sur l'omission de porter secours ne pourra en aucun cas retenir une légitime défense fondée sur une attitude passive. A la relaxe se substitue donc une peine, certes moins importante en matière délictuelle qu'en matière criminelle, mais toujours plus sévère qu'une décision d'irresponsabilité pénale.

Mais en allant plus loin, il est un adage selon lequel « *Le jury populaire est galant et propriétaire* » que les juges semblent parfois fortement accrédi-ter. Les jurés d'une cour d'assises sont généralement plus cléments que les magistrats professionnels, prononçant une relaxe pour certains crimes plus facilement que des juges de métier (par exemple le crime passionnel). Il semblerait alors que la tentation soit grande de temps à autre pour les juges chargés de statuer sur une qualification criminelle de se dessaisir au profit de la juridiction correctionnelle. De la sorte, une affaire criminelle pourra se voir transformer en un délit par un magistrat soucieux de voir des sanctions appliquées fermement à un auteur dont l'amoralité de l'acte lui est insupportable, craignant sans ce subterfuge l'indulgence légendaire, et souvent il faut le dire, avérée, du jury.

II – La légalisation contestable de la correctionnalisation judiciaire

La séparation des pouvoirs s'est-elle égarée au sein des prétoires ? Cette question s'impose au vu des facilités avec lesquelles le législateur délègue son rôle au magistrat. En matière de correctionnalisation judiciaire, au lieu de s'opposer au juge dans sa conquête de l'élaboration de la loi, le pouvoir législatif s'est laissé convaincre. En légalisant une dérive jurisprudentielle inadmissible (A), il s'est déchargé de son rôle au profit du juge (B).

A/ Le législateur aux devants d'une erreur consolidée :

En outre, cette pratique jurisprudentielle s'est vue récemment confortée par la loi Perben II du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité⁹⁴. Un obstacle est désormais posé aux déclarations d'incompétence devant le tribunal correctionnel, consolidant ainsi la correctionnalisation judiciaire.

En principe, chaque partie peut soulever l'incompétence du tribunal correctionnel qui peut lui aussi la soulever d'office lorsqu'il s'agit d'une infraction criminelle, en témoigne l'article 469 alinéa 1 du Code de procédure pénale : « *Si le fait déféré au tribunal correctionnel sous la qualification de délit est de nature à entraîner une peine criminelle, le tribunal renvoie le ministère public à se pourvoir ainsi qu'il avisera* ». Par conséquent, la correctionnalisation judiciaire doit être consentie à la fois par le juge, le prévenu et la partie civile pour avoir lieu.

En matière d'instruction, l'appel de l'ordonnance de renvoi devant le tribunal correctionnel est interdit, comme l'énonce l'article 186 du Code de procédure pénale. La loi Perben II du 9 mars 2004 est venue introduire à l'article 186-3 du même Code en son alinéa premier : « *La personne mise en examen et la partie civile peuvent interjeter appel des ordonnances prévues par le premier alinéa de l'article 179 dans le « seul » cas où elles estiment que les faits renvoyés devant le tribunal correctionnel constituent un crime qui aurait dû faire l'objet d'une ordonnance de mise en accusation devant la Cour d'assises* ». Il offre désormais le droit à la personne mise en examen et à la partie civile d'interjeter appel de cette ordonnance en vue de contester une qualification correctionnelle retenue par le juge d'instruction alors que les faits revêtent une nature criminelle. A cela il faut ajouter qu'en revanche, à défaut d'appel par des parties régulièrement assistées et informées, le tribunal correctionnel ne peut plus se dessaisir au profit de la cour d'assises comme le prévoit l'article 469 alinéa 4 du Code de procédure pénale : « *Lorsqu'il est saisi par le renvoi ordonné par le collège de l'instruction ou la chambre de l'instruction, le tribunal correctionnel ne peut pas faire application, d'office ou à la demande des parties, des dispositions du premier alinéa, si la victime était constituée partie civile et était assistée d'un avocat lorsque ce renvoi a été ordonné* ». Dans ces conditions, le renvoi devant la juridiction correctionnelle par la chambre

⁹⁴ JO, 10 mars, P.4567.

de l'instruction ou le juge d'instruction (normalement transformé en collège de l'instruction)⁹⁵ est donc à l'origine d'une purge de la qualification irrégulière.

Seule une exception à l'exception, la saisine du tribunal correctionnel pour une infraction non-intentionnelle méritant une qualification criminelle, donc par nature intentionnelle : le juge retrouve alors toute faculté de se déclarer incompétent en dehors de toute intervention des parties. L'article 469 alinéa 4 poursuit ainsi : « *Toutefois, le tribunal correctionnel saisi de poursuites exercées pour un délit non intentionnel conserve la possibilité de renvoyer le ministère public à se pourvoir s'il résulte des débats que les faits sont de nature à entraîner une peine criminelle parce qu'ils ont été commis de façon intentionnelle* ».

Cette nouvelle mesure législative, abstraction faite de l'exception mentionnée, ampute le juge du droit de se déclarer incompétent et la qualification, devoir essentiel du juge, se trouve désormais laissée au bon vouloir des parties. Il faut néanmoins reconnaître un aspect positif à cette modification, car bien que choquante sous l'angle de la perte des pouvoirs du juge, elle permet au mis en examen de contrer les dangers de la sévérité déguisée sous la correctionnalisation judiciaire et de faire valoir utilement certains moyens de défense. Du point de vue de la victime, elle lui offre la possibilité de redonner aux faits leur vraie portée et ainsi, la peine qui s'y attache.

B/ Le juge pénal aux commandes d'une erreur instituée :

« *La violation délibérée de la loi par ceux qui ont le devoir de l'appliquer est la pire des situations possibles* »⁹⁶.

Peut-on parler, au terme de cet exposé, d'erreur du juge ? En quoi la pratique énoncée sous le terme large de correctionnalisation judiciaire relève-t-elle d'une stratégie du magistrat ? Cela est-il acceptable au sein de notre justice soucieuse d'un pouvoir judiciaire au rôle déterminé ? Pratique ancienne et bien ancrée dans le quotidien des juridictions, la correctionnalisation judiciaire consistait pour les juges du 19^{ème} siècle à poursuivre sous une qualification correctionnelle des faits déjà jugés en tant que crime par une Cour d'assises. Fort heureusement, l'article 368 du Code de procédure pénale de 1959 avait rendu la pratique

⁹⁵ La réforme de la procédure pénale issue de la loi n°2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale devait aboutir au remplacement du juge d'instruction seul par un collège de trois magistrats au 1^{er} janvier 2010. Cela n'est toujours pas le cas actuellement.

⁹⁶ Conte Philippe et Maistre du Chambon Patrick, *Procédure pénale*, 4^{ème} édition,, Armand Colin 2002, P. 99, n°128.

illégal car postérieure au jugement⁹⁷. La technique a néanmoins perduré et peut consister aujourd'hui à « oublier » certaines données :

- ainsi d'une circonstance aggravante,
- d'un élément constitutif de l'infraction ou d'une de ses composantes,
- du cumul de qualifications qui s'attache à retenir la qualification la plus basse.

Quelle que soit la méthode utilisée, la technique de la correctionnalisation ne peut que soulever une certaine indignation pour le juriste. La loi se trouve manipulée, les règles de droit élémentaires mises de côté pour des raisons d'opportunité. Bien-sûr et comme cela vient d'être démontré, la manœuvre est parfois d'un bénéfice certain aussi bien pour l'auteur, qui encourt alors une peine inférieure, ou pour la victime, qui évite ainsi la gêne occasionnée par un procès d'assises. D'autres raisons peuvent encore être invoquées, ainsi de l'encombrement des cours d'assises qui se trouveraient noyées sous des procédures criminelles ne méritant pas toujours ce traitement. Il n'est cependant pas possible de considérer acceptable, au point de vue du droit, une violation manifestement délibérée de la loi. L'insécurité juridique pour les justiciables est palpable, d'autant plus lorsque lumière est faite sur des intentions parfois bien moins charitables, à l'image de la volonté de faire échapper l'affaire à la clémence des jurés ou d'éviter le bénéfice d'un fait justificatif.

Le juge devient le maître d'un droit malléable, qu'il transforme à son bon vouloir, la classification tripartite des infractions devenant ainsi poreuse. Il y a à la fois une violation des règles de fond puisque les textes d'incrimination ne sont pas respectés et des règles de forme puisque la compétence des juridictions est atteinte⁹⁸. Ces dernières sont d'ordre public, d'où la nullité de la procédure et de la décision qui ne les respectent pas. La pratique reste illégale malgré sa légalisation partielle. De plus, elle entraîne une certaine banalisation d'infractions qualifiées de crimes par le législateur.

Le juge se trompe, commet une erreur volontaire que l'on peut aller jusqu'à désigner comme une faute. Car il s'agit bien de cela : façonner les faits à la dimension voulue.

Quant au crédit accordé par la loi Perben II du 9 mars 2004⁹⁹ à un tel procédé, c'est la stupeur qui remplace aujourd'hui l'indignation, puisque le législateur lui-même accepte désormais de

⁹⁷ Il s'agirait alors d'une violation du principe « ne bis in idem » reconnu à l'article 368 du CPP et 4 du Protocole 7 de la CEDH, qui interdit de juger deux fois pour les mêmes faits.

⁹⁸ L'article 231 CPP délimite la compétence de la Cour d'assises, l'article 381 CPP celle du Tribunal correctionnel et l'article 521 CPP celle du Tribunal de police et du juge de proximité.

⁹⁹ Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, JO, 10 mars, P. 4567.

déléguer son rôle, certes de façon masquée, néanmoins avérée, au juge : l'erreur prend ici une place d'honneur.

SECTION II : LE DETOURNEMENT DU DROIT PENAL RENFORCE

La création par les juges du fond d'une qualification juridique stratégique, dangereuse pour la sécurité juridique et donc, les justiciables ; s'est récemment assurée le soutien de la loi. Il ne faut pas compter sur le juge du droit, pourtant le dernier rempart contre sa violation, pour briser cette dangereuse association. En effet, il procède sans hésitation à la justification des erreurs des juges du fond, signe d'une regrettable compromission (I).

La jurisprudence européenne est alors la seule garantie contre ces manœuvres illégales, mais se trouve largement insuffisante pour y remédier (II).

I – L'erreur entérinée par la Cour de cassation

La Cour de cassation devrait s'ériger en une instance œuvrant pour le droit, non pour ceux qui le modulent à leur guise. A travers la technique de la peine justifiée, le juge du droit fait le choix délibéré de préserver l'image du représentant de la justice plutôt que celle de la justice elle-même et donc, de la légalité pénale (A). Si quelques limites sont à considérer, elles sont affaiblies par le danger que représente le procédé (B).

A/ La théorie de la peine justifiée ou la légalité oubliée

« *Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit* » proclame l'article 1 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 de façon éclatante.

Au-delà des textes, certaines décisions juridictionnelles soulèvent l'incertitude et bousculent les idéaux jusqu'à la question délicate mais nécessaire : les maximes trouvent-elles toujours écho au sein des prétoires ?

Le principe d'égalité devant la loi, principe constitutionnel français en accord avec les instances européennes et internationales puisqu'il est question d'une telle affirmation tant au sein du Pacte des droits civils et politiques en son article 14 : « *Tous sont égaux devant les tribunaux et les cours de justice. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée*

contre elle, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil » ; que de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en son article 6 : « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale.* » , est une garantie fondamentale pour les justiciables qui ne saurait être négligée sans mettre en péril les fondements même de l'Etat de droit.

Le Code de procédure pénale lui-même l'énonce dès l'article préliminaire, de sorte qu'il supervise l'ensemble de la procédure : « *La procédure pénale doit être équitable et contradictoire et préserver l'équilibre des droits des parties [...] . Les personnes se trouvant dans des conditions semblables et poursuivies pour les mêmes infractions doivent être jugées selon les mêmes règles* ».

Or, il arrive que ce principe au sommet de la hiérarchie des normes soit l'objet d'une atteinte réalisée par le juge et cela au plus haut niveau de juridiction puisque c'est la Cour de cassation qui se trouve cette fois l'auteur du forfait.

Les décisions de nos magistrats, comme cela a pu être développé précédemment, sont loin d'être exemptes de fautes, d'erreurs, ou de négligences. Celles-ci, et c'est l'objet de la première partie, peuvent tout à fait se révéler non intentionnelles, dépourvues de toute recherche de résultat, incidentes. Certes, les conséquences sont rarement anodines lorsqu'il est question de justice, mais le magistrat, qui reste un homme sous la robe noire, n'est pas infallible. Bien plus grave est l'erreur lorsque, au lieu d'être reconnue et corrigée, elle est accueillie comme un accident de parcours sans retombées considérables et confortée au plus haut niveau, non plus par les juges du fond, mais par ceux du droit.

La théorie de la peine justifiée, dont les termes suscitent d'ores et déjà l'étonnement du lecteur, n'est pas récente, bien loin de là. La justice ne rejette jamais la souplesse, quitte à dépasser de quelques centimètres le cadre qui lui est dédié, lorsque cela lui économise temps et moyens, cela est un fait. Ainsi, dès le 30 mars 1847¹⁰⁰, un arrêt des Chambres réunies utilise la fameuse théorie à cette fin.

L'idée est simple mais l'erreur est évidente : la Cour de cassation, la chambre criminelle pour être précis, déclare justifié le dispositif d'un arrêt de condamnation fondé sur une qualification

¹⁰⁰ Cass, 30 mars 1847, D.1847.1.168.

incorrecte dans la mesure où la peine prononcée est la même que celle qui aurait été choisie à partir de la qualification exacte.

De là, deux possibilités s'offrent à son appréciation :

- la substitution de base légale permet d'intervertir la nouvelle qualification, en adéquation aux faits de l'espèce, à l'ancienne, erronée,
- le moyen de cassation relevant l'erreur de qualification est déclaré inopérant et la peine justifiée au regard des infractions constatées,
 - o lorsque plusieurs infractions ont été commises,
 - o lorsque la personne a été condamnée en tant qu'auteur principal au lieu de complice de l'infraction,
 - o lorsque la personne a été déclarée auteur d'une infraction alors qu'elle n'a été que l'auteur d'une tentative de cette même infraction.

Quelle que soit la technique utilisée, la chambre criminelle élabore une stratégie à la destination évidente : couvrir l'erreur des juges du fond. En effet, dans chacun des cas présentés, la qualification sur laquelle a statué la cour d'appel n'est pas celle qui convient, elle ne recouvre donc pas la réalité des faits. Comme cela a été exposé dans le développement qui précède, il est du devoir du juge de requalifier. La Cour de cassation n'y échappe pas et, en tant que juge du droit ne pouvant se prononcer sur les faits, elle est l'ultime barrière à l'erreur de qualification, erreur par excellence au point de vue du droit. Le justiciable en vient donc naturellement à penser qu'elle ne saurait tolérer une telle atteinte aux règles juridiques.

Là encore, le justiciable par trop crédule se fourvoie : la plus haute juridiction française préfère de loin une correction discrète et jugée sans incidence à une remise en cause du travail effectué par un juge. Certes, des prétextes sont invoqués, parfois forts pertinents, c'est encore et toujours l'encombrement des prétoires qui se trouve mis en cause pour éviter une cassation et un renvoi à une audience ultérieure devant une autre cour d'appel pour que l'affaire soit rejugée à l'aune de la nouvelle qualification. Les frais engendrés, le temps que la justice n'a pas, autant de motifs qui permettent à la Haute Cour de s'affranchir de sa mission la plus élémentaire : requalifier.

B/ Des limites insuffisantes à l'illégalité du procédé :

Deux limites sont à relever néanmoins comme des preuves incontestables, si le juriste averti n'était pas encore convaincu, de l'illégalité du procédé :

- en cas de récidive retenue à tort par les juges du fond comme circonstance aggravante de l'infraction, la Cour de cassation doit s'autocensurer comme en témoigne l'attendu de principe suivant : « *la constatation injustifiée de l'état de récidive a pu exercer une influence sur l'application de la peine et préjudicier ainsi au demandeur* »¹⁰¹.
- lorsqu'elle conduit à la méconnaissance des règles d'ordre public de compétence des juridictions pénales¹⁰².

De ces deux cas de figures un constat s'impose, la requalification entraîne indéniablement des répercussions sur la condamnation, de telle sorte que le condamné n'aurait peut-être pas subi les mêmes retombées si la qualification avait été exacte. Ainsi, la récidive fait l'objet d'une réponse pénale renforcée ces dernières années, durcissement qui la distingue avec force d'une condamnation hors état de récidive légale : par conséquent la prise en compte de cette donnée dans la condamnation ne peut aboutir au même traitement qu'en son absence.

D'autre part, être jugé devant un tribunal correctionnel ou devant une cour d'assises n'a généralement pas la même incidence, tant au niveau procédural qu'au fond : les délais d'audience diffèrent, la mise en œuvre d'une instruction ou non y est attachée, les conditions liées à la détention provisoire, la clémence du jury face aux magistrats professionnels ou encore les répercussions morales sur la personne mise en cause dont les risques encourus ne sont pas similaires d'une juridiction à l'autre. Avant la loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes¹⁰³ l'appel des décisions de Cour d'assises n'était pas possible, d'où des conséquences bien lourdes en cas d'erreur.

L'erreur du juge, cette fois-ci au sommet de la hiérarchie judiciaire, pour des raisons d'opportunité masquant bien souvent le refus de constater la défaillance de l'institution, marque en tout premier lieu une violation considérable à l'égalité exigée entre les justiciables. Le principe d'égalité est rompu, mis de côté sans ménagement par la Cour de cassation, juge du droit s'il faut encore le rappeler. Le juge pénal démontre une nouvelle fois, à l'aune de la qualification, la commission d'erreurs en toute impunité. C'est une chaîne ici qui collabore à

¹⁰¹ Cass. Crim., 29 octobre 1996, Bull. crim., n°378, P.1103.

¹⁰² Cass. Crim., 1^{er} juillet 1997, Bull. crim., n°261, P.892.

¹⁰³ Loi n°2000-516, JORF, 16 juin 2000, n° 138, P.9038.

cette erreur puisque, au lieu de disparaître grâce à l'intervention de magistrats ayant pour mission essentielle de veiller au respect du droit, l'erreur est reproduite et étouffée.

Le raisonnement se base uniquement sur l'idée d'une peine équivalente dans le cadre des deux qualifications considérées, d'où l'absence de préjudice pour le justiciable. Or, il est évident que la qualification choisie influe sur le quantum de la peine ou encore sur sa nature. La preuve est difficilement rapportable mais le bon sens en présume le contenu, un juge n'ayant pas le même regard sur un complice ou sur l'auteur principal, sur une infraction commise ou tentée. Sinon, quel intérêt à la distinction de ces qualités en droit pénal ? Pourquoi les distinguer si une échelle, du moins morale, ne les place pas sur des barreaux différents dans la prise en compte de la responsabilité pénale ?

La personnalisation des peines est à l'heure actuelle au centre de la décision du juge, que devient-elle si la qualification est indifférente dès lors que la peine prévue est la même ? Ainsi le condamné se voit « *refuser en définitive la garantie élémentaire d'une sanction appropriée* »¹⁰⁴.

Etre condamné pour une infraction plutôt qu'une autre peut avoir des conséquences non négligeables pour la personne, être condamné pour plusieurs infractions au lieu d'une seule, revêt une gravité importante.

De même au regard du casier judiciaire, en premier lieu les infractions n'ont pas la même connotation morale les unes et les autres et les juges apprécieront de manière différente l'auteur de telle infraction plutôt qu'une autre. Quant à la récidive, l'autorité de la chose jugée va produire tous ses effets comme si la qualification erronée avait été l'infraction commise. Parfois, la Cour de cassation a rajouté dans son dispositif la mention selon laquelle son arrêt ne peut servir de base légale à la prise en compte de la récidive¹⁰⁵ mais comme le remarque un auteur : « *il s'agit là d'un vœu pieux qui ne peut s'opposer au jeu normal de l'autorité de la chose jugée* »¹⁰⁶. Par conséquent, l'infraction retenue par erreur sera préjudiciable au condamné non seulement en elle-même au moment de la sanction en découlant mais également dans le futur et la prise en compte de la récidive.

¹⁰⁴ Boré Jacques, *La cassation en matière pénale*, LGDJ 1985, § 3166.

¹⁰⁵ Cass. Crim., 10 novembre 1899, D.1900.1.403.

¹⁰⁶ Rassat Michèle-Laure, *Traité de procédure pénale*, PUF 2001, § 500.

Enfin, en matière d'intérêts civils, la Cour de cassation a décidé dans un arrêt de la chambre criminelle du 29 novembre 1951¹⁰⁷ de prononcer une cassation limitée aux intérêts civils lorsque la condamnation est fondée sur plusieurs infractions alors que l'une d'elles n'a pas été commise ; revenant alors sur un arrêt du 14 mai 1915¹⁰⁸ en sens inverse. Néanmoins, la solution n'est pas solide et des arrêts introduisent un doute à son égard, de telle sorte que l'on pourrait hésiter en un retour à la décision de l'octroi d'intérêts civils à la victime quand bien même l'une des infractions visées dans l'arrêt n'aurait pas été réalisée et reconnue comme telle par la décision de condamnation erronée¹⁰⁹.

La Cour de cassation est allée parfois jusqu'à se prononcer sur le moyen contestant une infraction en désapprouvant la solution retenue par les juges du fond, tout en appliquant la théorie de la peine justifiée et donc en protégeant l'arrêt fautif de toute cassation¹¹⁰.

Outre la violation du principe d'égalité, le juge pénal est là encore en contradiction avec la légalité pénale puisque qu'il ne respecte pas les éléments des qualifications et s'affranchit du rôle tout à fait central qui est le sien dans le respect de la loi et de sa restitution.

De surcroît, il peut être tout à fait essentiel pour une victime de voir restituée la véritable qualification pénale aux faits pour se voir reconnue dans sa douleur et son histoire.

Au terme de ce développement, l'erreur est indiscutablement une stratégie au service du juge et de ses intérêts, la qualification un vecteur particulièrement intéressant. Donner à l'erreur une place au sein du droit pénal en toute illégalité et en toute conscience n'est pas acceptable. Les conséquences pour le justiciable peuvent être considérables et les motifs opportunistes discutables. Qualifier c'est donner aux faits leur exacte portée juridique, or il semblerait que les juges s'en tiennent parfois à une « obligation de moyen » et non « de résultat ».

¹⁰⁷ Cass. Crim., 29 novembre 1951, Bull. crim., n°327, P. 548 , voir en ce sens également Cass. Crim., 8 octobre 1963, n°271, P.567.

¹⁰⁸ Cass. Crim., 14 mai 1915, Bull. crim, n°96.

¹⁰⁹ Cass. Crim., 21 mai 1997, Bull. crim., n°193, P.625.

¹¹⁰ Cass. Crim., 10 avril 1997, Bull. crim., n°139, P.464.

II – L’erreur atténuée par la jurisprudence européenne

La requalification et ses dérives, comme cela vient d’être démontré, est généralement appréhendée sous l’angle du dépassement de la saisine du juge. Or, depuis un revirement de jurisprudence rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 16 mai 2001¹¹¹ en réaction à la sanction européenne, l’examen de la pratique doit désormais être envisagé au regard des droits de la défense.

Le 25 mars 1999, la Cour européenne des droits de l’homme rend l’arrêt *Pélissier et Sassi c. France*¹¹² suivi de l’arrêt *Le Pen c. France* du 10 mai 2001¹¹³ par la voie desquels elle réaffirme que la requalification est un procédé courant qui n’est pas contraire en tant que tel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales « *sauf si les circonstances dans lesquelles (il) se produit ne permettent pas à l’accusé de connaître en détail l’accusation portée contre lui ou l’empêchent de préparer efficacement sa défense* ». Dans cet attendu de principe, la réserve émise par la Cour à la requalification est tout à fait fondamentale. Elle impose désormais aux juridictions que la personne puisse efficacement préparer sa défense et s’exprimer sur la nouvelle qualification retenue. Elle ne demande donc plus seulement au juge de ne pas sortir des faits visés par l’acte de saisine.

L’évolution ne se fait pas attendre puisque le 16 mai 2001 la chambre criminelle de la Cour de cassation rend un arrêt en ce sens avec un attendu de principe conforme au droit européen : « *S’il appartient aux juges répressifs de restituer aux faits dont ils sont saisis leur véritable qualification, c’est à la condition que le prévenu ait été en mesure de présenter sa défense sur la nouvelle qualification envisagée* ».

En l’espèce, une cour d’appel avait procédé à la requalification d’office en abus de biens sociaux des faits poursuivis sous la qualification de banqueroute sans que le prévenu n’ait pu s’expliquer sur cette nouvelle qualification. Les juges du droit ont donc cassé l’arrêt sous ce motif du non-respect des droits de la défense en matière de requalification.

Dans la même année, d’autres arrêts ont confirmé la solution et annulé des requalifications pour les mêmes raisons :

¹¹¹ Cass. Crim., 16 mai 2001, Bull. crim., n°128, p.394.

¹¹² Requête n°25444/94, CEDH 1999-II.

¹¹³ Requête n° 55173/00.

- celui du 12 septembre 2001¹¹⁴, à partir duquel la Cour de cassation a refusé la requalification de l'entrave aux vérifications et aux contrôles du commissaire aux comptes en complicité du même délit,
- celui du 17 octobre 2001¹¹⁵ qui a annulé la requalification du délit de complicité de vol en recel de vol.

La jurisprudence est donc aujourd'hui bien assise et représente un frein supplémentaire contre le risque d'une requalification abusive, erronée au point de vue des règles juridiques et procédurales. L'observation des droits de la défense dans le cadre d'un procès équitable exigé par l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales représente ici un minimum face à toute requalification.

Ainsi en particulier de la technique de la peine justifiée qui méconnaît des règles fondamentales de la matière pénale et se doit désormais, de protéger la personne victime de la substitution d'une nouvelle qualification légitimée par la chambre criminelle de la Cour de cassation au regard de la peine, en lui assurant de pouvoir s'exprimer sur celle-ci et de préparer une défense à son encontre. Par conséquent, le prévenu devra donc être informé en temps utile et suffisant de la nouvelle qualification choisie et mis en mesure de préparer les arguments qu'il souhaite au regard de cette nouvelle donnée.

Une exception néanmoins, si la qualification substituée avait été débattue devant les juridictions choisies et écartée à tort, le respect des droits de la défense doit avoir trouvé sa place en amont et ne pas se rejouer une seconde fois devant la Cour de cassation.

La Cour de cassation perd incontestablement de sa toute puissance à conforter l'erreur des juges du fond pour éviter une cassation puisqu'elle ne peut plus disposer à sa guise des qualifications pénales en maître absolu. Elle a désormais l'obligation d'intégrer à ce subterfuge la personne directement concernée par la requalification, d'où l'espoir d'une transparence plus grande à l'égard des décisions erronées des juges du fond, et d'une remise en cause venant d'une des victimes de l'erreur elle-même.

¹¹⁴ Cass. Crim., 12 septembre 2001, Bull. crim., n°177.

¹¹⁵ Cass. Crim., 17 octobre 2001, Bull. crim., n°213.

CHAPITRE 2

LA STRATEGIE DE L'INTIMIDATION

L'intimidation, comportement de nature à induire la peur afin d'obtenir le résultat attendu, est indigne de la justice pénale. Qu'il subisse des pressions ou qu'il en soit l'auteur, le juge pénal rend une décision viciée par une pratique indigne de l'équité. L'intimidation du juge, manifestation de sa faiblesse, peut se solder par de graves répercussions quant à la légalité pénale (section première). Ainsi, la loi pénale sera meurtrie mais le juge apprendra vite la leçon : « *Il ne faut pas toucher aux idoles, la dorure en reste aux mains* »¹¹⁶.

L'intimidation par le juge, manifestation de sa domination, entache irrémédiablement la justice pénale de la marque de son indignité. Elle perd alors toute confiance placée en son sein, et ainsi toute raison d'être (section seconde).

SECTION I : L'INTIMIDATION DU JUGE

« Le juge doit payer ! »¹¹⁷ c'est la phrase prononcée par le Ministre de l'Intérieur de l'époque à propos de l'affaire « *Cremel* » et de l'assassinat d'une femme par un suspect à peine libéré au titre de la libération conditionnelle par un juge de l'application des peines.

L'intervention du politique au sein du judiciaire, dans un but clair d'intimidation, peut avoir des répercussions dramatiques sur la justice pénale. Ainsi de l'affirmation du premier président de la Cour de cassation par la suite : « *nous ne rendons la justice que les mains tremblantes* »¹¹⁸, recevant une illustration exemplaire dans la très médiatique affaire du sang contaminé (I).

Mais les conséquences fâcheuses de ce duo malsain ne se font pas attendre, et l'affaire Festina tout aussi retentissante est à l'image des dégâts attendus car « *il ne faudrait pas en arriver à ce que la seule préoccupation des magistrats soit d'éviter les ennuis* »¹¹⁹ (II).

¹¹⁶ Flaubert Gustave, *Madame Bovary*, ed. Garnier Frères, coll. Classiques Garnier, 1955, partie 3, chap. VI, P.263.

¹¹⁷ Ludet Daniel, *A propos de la responsabilité des magistrats (Quelques réflexions sur des déclarations ministérielles)*, Gazette du Palais, 23-24 septembre 2005.

¹¹⁸ Canivet Guy, *discours de rentrée*, Le Monde, 9 janvier 2006.

¹¹⁹ Lemonde Marcel, *Juger sans peur*, Le Monde, 8 février 2006.

I - L'affaire du sang contaminé empoisonnée par le juge pénal

« Après avoir été qualifié, suivant l'avocat général lui-même, de sanitaire puis de politique, le scandale devient judiciaire. Plus l'affaire est grave, plus la décision judiciaire doit être irréfutable, et les juges de la Cour de cassation n'ont-ils pas la mission d'y veiller plus particulièrement ? »¹²⁰. Ouvrir le débat sur une telle question, telle que formulée par un éminent auteur, a le mérite d'introduire la problématique sans trop d'ambiguïté : douze ans de procédure pour aboutir à un non-lieu difficilement justifié et justifiable dans une affaire où semble-t-il, c'est la fin qui justifie les moyens.

Les faits sont connus de tous et permettent d'illustrer les méandres d'une justice aux décisions dictées par un pouvoir politique pressant et puissant. La séparation des pouvoirs remonte à la Révolution française et s'inscrit comme une valeur fondatrice de notre République. Pourtant, les juges sont-ils véritablement indépendants des politiques ? L'exécutif et le judiciaire sont-ils réellement autonomes ? Les liens entretenus par les deux institutions, en dépit d'un cadre étroit défini sur papier glacé, dépassent de loin ces préceptes et se trouvent parfois entremêlés en une danse dangereuse.

Les nombreuses affaires politico-financières qui jalonnent ces dernières années, ont eu le mérite de révéler petit à petit la mainmise de la classe politique sur la justice et ses acteurs.

L'affaire dite « *du sang contaminé* » éclate le 25 avril 1991 par la publication dans l'hebdomadaire « *L'évènement du jeudi* » par la journaliste Anne-Marie Casteret de la preuve, qu'entre 1984 et 1985 le Centre national de transfusion sanguine (CNTS) avait en toute connaissance de cause distribué des lots de sang contaminé par le virus du sida à des malades hémophiles.

Dès la circulaire du 20 juin 1983, le directeur de la Santé, Jacques Roux, impose d'écarter des transfusions sanguines les sujets à risque, notamment en prison ; et la toute première information faisant un lien entre transfusions sanguines et virus du sida date de janvier 1984. Pourtant, par une circulaire du 13 janvier 1984, Myriam Ezratty, alors Directrice générale de l'Administration pénitentiaire, demande l'augmentation des transfusions sanguines dans les établissements pénitentiaires.

On découvre alors en recherchant l'élimination de l'hépatite B que par chauffage d'extraits du plasma est obtenue l'inactivation du VIH (virus du sida). Or, la France n'a pas les capacités

¹²⁰ Prothais Alain, *Sang contaminé-Justice malade-Droit pénal avili*, Recueil Dalloz, 2005, P.195.

suffisantes de traitement et refuse d'importer du sang de l'étranger pour des raisons éthiques (le bénévolat est la doctrine française alors que les dons du sang peuvent être rémunérés à l'étranger) et de qualité (le sur-chauffage risque de dénaturer le produit).

Des lots de produits contaminés sont alors distribués aux hémophiles déjà porteurs du virus du sida jusqu'en 1985. Le 1^{er} août 1985, l'arrêté du 23 juillet 1985 entre en vigueur, imposant le diagnostic systématique des dons (déjà effectués par les deux-tiers des établissements français) mais pas celui des lots déjà constitués. Les trois fournisseurs de tests (Abbott, Pasteur et Organon-Teknika) sont à même de fournir un nombre de tests de dépistage suffisant depuis la mi-juin seulement.

Jusqu'au 1^{er} octobre 1985, les lots de sang contaminé, qui représentent une valeur de trente-quatre millions de francs, sont laissés en circulation et remboursés, et à cette date, si les lots non chauffés ne sont plus remboursés, ils ne sont pour autant ni rappelés ni interdits. Ces lots sont destinés aux hémophiles déjà contaminés même si cela reste pour le moment implicite, provoquant alors une sur-contamination des malades séropositifs.

En août 1986, un rapport du CNTS révèle la contamination d'un hémophile sur deux, soit 2000 personnes, dont quelques centaines entre 1984 et 1985 du fait de la distribution des produits non chauffés et de la mise en place tardive du test de dépistage.

Derrière ce drame humain se tisse une gestion politique honteuse pour des raisons financières méprisables.

Dès le 23 juin 1983, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe avait fait une recommandation aux Etats membres « sur la prévention » de la transmission possible du VIH des donneurs contaminés aux receveurs de sang ou de produits sanguins.

Alors Premier Ministre, Laurent Fabius apprend le 29 avril 1985 que le test de dépistage français (Diagnostics Pasteur) a pris du retard sur le diagnostic américain (Abbott) et s'entend suggérer qu'il pourra prendre une large fraction du marché national à condition que soit mise en place « une gestion astucieuse du calendrier ». L'idée est simple : retarder l'homologation du test américain pour privilégier l'entrée sur le marché du test français, et éviter le maximum de perte financière en écoulant des lots contaminés auprès de malades déjà séropositifs.

Le 29 mai 1985, une réunion des dirigeants du CNTS montre qu'ils savent les lots distribués contaminés par le VIH et que les responsables politiques en sont avertis mais décident que l'écoulement des stocks aura lieu jusqu'à épuisement. Michel Garretta, alors dirigeant du CNTS écrit le 3 juin 1985 à Robert Netter, directeur du laboratoire national de la santé : « *La*

probabilité de ne pas avoir de lots contaminés est malheureusement très faible » puis, dans une circulaire du 26 juin 1985 aux responsables du CNTS : « *La distribution de produits non chauffés reste la procédure normale tant qu'ils sont en stock* ».

Un pianiste de jazz hémophile, Jean-Péron Garvanoff, ayant donné plusieurs concerts au domicile de Jean-Pierre Allain, adjoint de Michel Garretta, et entendu à cette occasion des médecins parler de « la casse » à venir chez les hémophiles, donne l'alerte auprès des parlementaires. En vain, puisqu'il en vient à porter plainte contre X pour non-assistance à personne en danger et délivrance de produits toxiques.

L'affaire explose ensuite par la publication le 25 avril 1991 dans « *l'Evènement du jeudi* » du compte rendu interne de la réunion du 29 mai 1985 entre les dirigeants du CNTS et entraîne la démission de Michel Garretta du CNTS le 3 avril 1991 avec des indemnités s'élevant à trois millions de francs néanmoins.

L'objectif politique transparaît dès lors sans équivoque possible : la contamination par un virus mortel est passée bien après une manne financière importante.

Outre la mise en cause du Premier Ministre de l'époque, Laurent Fabius, et des principaux responsables du CNTS ; l'ancienne Ministre des Affaires Sociales, Georgina Dufoix, se verra reproché d'avoir tardé à la mise en œuvre du dépistage systématique et au non-remboursement des produits non chauffés (différé au 1^{er} octobre 1985 alors que la circulaire datait du 23 juillet de la même année) pour des raisons exclusivement financières.

Enfin, les trois fautes principales de l'affaire sont retenues contre Edmond Hervé, l'ancien Secrétaire d'Etat à la Santé :

- le retard dans la généralisation du dépistage,
- l'absence de sélection des donneurs de sang,
- l'interdiction tardive des lots de sang non chauffés.

Plusieurs procédures judiciaires sont à distinguer dans ce scandale politique qui mit en cause non seulement les décisionnaires politiques de l'époque mais également les médecins responsables des activités du CNTS et de la santé publique. Ces nombreux procès n'ont pas été sans incidence sur la justice pénale et leurs solutions déroutantes ont sans nul doute laissé un goût amer aux observateurs avertis, voire à l'opinion publique tout entière.

Dès à présent, la justice est aux prises avec une affaire touchant les plus hautes sphères de l'Etat français et n'en sortira qu'affaiblie et avilie. Jean-Paul Jean, magistrat conseiller du

ministre des affaires sociales Claude Evin écrit le 30 mars 1989 dans une note : « *La solidarité des différents responsables qui s'était réalisée autour du silence éclate maintenant que les faits sont progressivement portés à la connaissance du public* ». Puis le 17 novembre 1989 : « *Le débat [...] est en train de monter dangereusement [...] Michel Garretta insiste beaucoup pour que le ministère prenne une position officielle sur ce qui s'est passé en 1985 pour éviter d'être seul à être exposé. Il menace de mettre en cause le ministère explicitement s'il n'est pas soutenu. Il est vrai qu'il y a eu à l'époque des choix politiques discutables entre mars et octobre 1985 (refus d'importer massivement les produits chauffés et de détruire les stocks, retard sur la mise en place pour favoriser le test Pasteur)* ». Il écrit aussi : « *Je pense qu'il vaut mieux pour l'instant que ce soit les sommités médicales qui parlent sur le sujet [...]. Le ministre, lui, pourrait plutôt dire : "Les experts [...] pensent qu'il était impossible à l'époque d'éviter ces contaminations"* ».

Première remarque, comment un magistrat, membre du pouvoir judiciaire, peut-il donner de tels conseils, alors que la loi pénale se trouve manifestement enfreinte ? Comment peut-il cautionner une telle violation des valeurs alors qu'il a prêté serment de les défendre ?

Preuve supplémentaire de la puissance de la classe politique sur le monde judiciaire : le 11 juillet 1989 c'est le plan Évin par lequel les assureurs, l'Association française des hémophiles et le CNTS créent un fonds privé de cent soixante-dix millions de francs pour indemniser les hémophiles contaminés à condition qu'ils renoncent à engager une action judiciaire. Quel message doit alors comprendre la justice ? Comment s'engager dans la poursuite de décisionnaires puissants et protégés sans être acculé d'avance ? Quelles erreurs ne doivent pas être commises par les juges qui osent s'attaquer à une pyramide de pouvoirs imbriqués les uns dans les autres ? La lâcheté des futures décisions judiciaires autour de l'affaire était-elle à prévoir ? Au contraire, les magistrats pouvaient-ils lutter contre la menace politique ?

Tout au long des procédures judiciaires, la qualification d'empoisonnement sera rejetée par les juridictions qui se prononcent successivement au profit d'autres incriminations, en un mépris non avoué des règles juridiques fondamentales. L'intimidation du monde judiciaire par la classe politique dominante est palpable, principale responsable d'une erreur du juge pénal « sur commande » de l'Etat.

D'abord, un jugement du tribunal de grande instance de Paris du 23 octobre 1992 se prononce à l'égard de quatre médecins :

- l'ancien directeur du CNTS, Michel Garretta,
- Jean-Pierre Allain, responsable au CNTS du département recherche et développement jusqu'en 1986,
- Jacques Roux, ancien directeur général de la santé,
- Robert Netter, ex-directeur du laboratoire national de la santé.

Michel Garretta et Jean-Pierre Allain seront condamnés pour tromperie sur les qualités substantielles d'un produit, respectivement à quatre ans d'emprisonnement et 500000 francs d'amende et quatre ans d'emprisonnement avec sursis. Jacques Roux et Robert Netter, poursuivis pour non-assistance à personne en danger, seront pour le premier condamné à quatre ans d'emprisonnement avec sursis, pour le second relaxé.

D'emblée, la qualification d'empoisonnement est rejetée sous cet attendu de principe pour le moins déconcertant : *« L'empoisonnement (comme les infractions de l'art. 318 : nouvel art. 222-15) n'est pas seulement un acte conscient, voulu, mais un acte intentionnel, c'est-à-dire conscient, voulu et accompli en vue d'un résultat précisément recherché par son auteur, en l'espèce la mort ou l'atteinte à l'intégrité corporelle d'autrui ».*

Puis c'est la cour d'appel de Paris, le 13 juillet 1993 qui confirme les peines de Michel Garretta et de Jean-Pierre Allain, réduit celle de Jacques Roux à trois ans de prison avec sursis et condamne Robert Netter à un an de prison avec sursis. Quant à la qualification d'empoisonnement, elle reçoit la réponse suivante : *« Si l'on peut induire l'intention homicide de la connaissance par l'agent du caractère mortifère du produit qu'il administre à autrui, cette induction n'est possible que lorsque les circonstances de la cause le justifient-ainsi l'existence par exemple de rapports conflictuels entre l'auteur et la victime-, ce qui n'est pas le cas lorsque les faits incriminés s'inscrivent dans le cadre d'une relation fabricant de produit thérapeutique-médecin-malade ».*

La Cour de cassation, dans un arrêt rendu par la chambre criminelle le 22 juin 1994 confirme la décision des juges du fond et refuse de reconnaître l'empoisonnement en absence d'intention de donner la mort par un attendu de principe retentissant : elle relève d'office le moyen tiré de la violation des articles 301 de l'ancien Code pénal (article 221-5 du Code pénal actuel) et de l'article 469 du Code de procédure pénale *« Dès lors que les juges correctionnels sont saisis de la prévention de tromperie sur la marchandise, dont ils ont à bon droit déclaré un médecin coupable, ils ne peuvent sans ajouter à cette prévention, retenir une qualification criminelle d'empoisonnement comportant des éléments constitutifs distincts, au regard notamment de l'intention coupable essentiellement différente, et qui serait susceptible de poursuites séparées ».*

De nouvelles poursuites sont alors engagées sur la qualification criminelle d'empoisonnement, à laquelle se rajoutent les délits d'homicide et blessures involontaires et d'omission de porter secours. En 1999, après cinq années d'instruction, la juge Marie-Odile Bertella Geffroy demande le renvoi aux assises de trente personnes mises en examen.

Le 4 juillet 2002, la quatrième chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris prononce un non-lieu général.

Le 5 juin 2003, le représentant du ministère public estime que l'arrêt est d'une « *insoutenable légèreté judiciaire* » mais se limite à suggérer une cassation sans renvoi¹²¹.

Enfin, Le 18 juin 2003, le non-lieu général est confirmé par la Cour de cassation : « *Pour dire n'y avoir lieu à suivre contre quiconque du chef d'empoisonnement, l'arrêt retient que seuls les médecins qui ont prescrit l'administration des produits sanguins auraient pu être les auteurs principaux de ce crime, mais que la preuve n'est pas rapportée qu'ils aient eu connaissance du caractère nécessairement mortifère des lots du CNTS, l'information n'ayant été communiquée, de façon partielle et confidentielle, que dans le cadre du CNTS et de la Direction générale de la Santé, et des incertitudes régnant encore, à l'époque, dans les milieux médicaux, quant aux conséquences mortelles du sida ; les juges en déduisent que la complicité d'empoisonnement ne peut être retenue contre quiconque ; en l'état de ces appréciations procédant de son appréciation souveraine, la chambre de l'instruction a justifié la décision de non-lieu des chefs d'empoisonnement et complicité ; en effet, le crime d'empoisonnement ne peut être caractérisé que si l'auteur a agi avec l'intention de donner la mort, élément moral commun à l'empoisonnement et aux autres crimes d'atteinte volontaire à la vie de la personne* ».

« L'intention de donner la mort » ou la redéfinition du crime d'empoisonnement par le juge pénal, voilà une série de décisions bien surprenantes...

L'article 221-5 du Code pénal s'énonce pourtant en ses termes :

« Le fait d'attenter à la vie d'autrui par l'emploi ou l'administration de substances de nature à entraîner la mort constitue un empoisonnement.

L'empoisonnement est puni de trente ans de réclusion criminelle.

Il est puni de la réclusion criminelle à perpétuité lorsqu'il est commis dans l'une des circonstances prévues aux articles 221-2 ; 221-3 et 221-4.

Les deux premiers alinéas de l'article 132-23 relatif à la période de sûreté sont applicables à l'infraction prévue par le présent article ».

¹²¹ Le Monde, 7 juin 2003

La Cour de cassation estime quant à elle, le 18 juin 2003, que « *Le crime d'empoisonnement, prévu par les articles 301 ancien et 221-5 du Code pénal, ne peut être caractérisé que si l'auteur a agi avec l'intention de donner la mort, élément moral à l'empoisonnement et aux autres crimes d'atteinte volontaire à la vie de la personne. Justifie, dès-lors, la décision de non-lieu des chefs d'empoisonnement et de complicité la chambre de l'instruction qui, après avoir constaté que seuls pourraient être les auteurs de ce crime les médecins qui ont prescrit à leurs patients des produits sanguins contaminés par le virus du sida, énonce que la preuve n'est pas rapportée qu'ils aient la connaissance du caractère nécessairement mortifère des lots fournis par le Centre national de transfusion sanguine, et que des incertitudes régnaient encore, à l'époque, dans les milieux médicaux, quant aux conséquences mortelles du sida* ».

L'intention de donner la mort, élément constitutif du crime d'empoisonnement ou arrangement ponctuel du juge avec le droit ? L'empoisonnement, en tant qu'infraction formelle, a pour essence l'indifférence au résultat : la mort. Signe d'une volonté répressive très forte, le crime d'empoisonnement est une atteinte si grave aux valeurs sociales que le législateur a souhaité agir dès le comportement réalisé, que le résultat redouté, la mort, soit atteint ou non. Au moment de l'adoption du nouveau Code pénal, il a été question de la suppression de cette infraction autonome ; pourtant c'est le choix de l'incrimination spéciale qui a perduré avec un alignement des peines sur celles de l'homicide, soit trente ans de réclusion criminelle, et la réclusion criminelle à perpétuité en cas de mort de la victime alors qu'il s'agissait de la peine capitale jusqu'en 1981 puis de la réclusion criminelle à perpétuité jusqu'en 1994. Dans la circulaire du 14 mai 1993, le législateur indiquait : « *bien qu'elle ait été rénovée, la définition de l'infraction est, sur le fond, identique à celle de l'actuel article 301. Comme aujourd'hui, il n'est pas nécessaire pour que le crime soit constitué, que l'empoisonnement ait causé la mort. En revanche, toute spécificité dans la répression a été supprimée. L'empoisonnement est désormais puni des mêmes peines que le meurtre* »¹²².

L'incidence n'est pas neutre, l'empoisonnement est un crime particulier auquel le législateur veut répondre sans atténuation aucune. De là, il faut en déduire une distinction avec le meurtre qui se réalise dans son élément matériel par l'acte de tuer et dans son élément moral d'une part dans la volonté du comportement de tuer d'autre part avec le résultat d'obtenir la mort ; alors que l'empoisonnement consiste en l'acte d'employer ou d'administrer des substances qui ont le pouvoir de donner la mort et ne retient dans son élément moral que la volonté du comportement pouvant aboutir à la mort. Certes, utiliser des produits à la potentialité mortelle

¹²² Circulaire du 14 mai 1993, § 147.

présume d'une intention de donner la mort mais peu importe finalement, cette intention n'a pas à être prouvée pour que le droit pénal puisse réagir à l'encontre du crime d'empoisonnement. La distinction de l'infraction formelle, l'indifférence au résultat, ici à la mort, n'aurait plus lieu d'être si le crime d'empoisonnement se confondait avec l'homicide, infraction matérielle. Le meurtre se consomme par la mort d'où l'intention et du comportement de tuer et du résultat mortel, l'empoisonnement se commet par l'utilisation des substances mortelles, d'où l'intention d'utiliser ces produits mortifères sans nécessité d'une intention de tuer en doublon. Or, l'intention homicide érigée par les juges dans la constitution de l'empoisonnement a pour résultat incontestable de rapprocher les deux infractions et de les faire glisser sur un même plan. Décider que l'intention de l'auteur était d'aboutir à la mort va au-delà de ce que la loi demande pour reconnaître l'empoisonnement à l'article 221-5 du Code pénal, « *l'animus necandi* » exigé par le juge en l'espèce sort de la définition de l'infraction formelle telle que souhaitée par le législateur.

La Cour de cassation estime alors que les médecins prescripteurs n'ayant pas eu suffisamment connaissance du caractère « nécessairement » mortifère des produits en raison des incertitudes de l'époque à ce sujet, ils n'avaient pas « l'intention de tuer ». Ici encore, les juges vont au-delà du texte de loi en exigeant un seuil de la preuve encore plus élevé, l'article 221-5 traitant de substances « de nature à entraîner la mort » et non « nécessairement mortifères ». L'erreur est également dans le postulat de départ, à savoir considérer les médecins prescripteurs comme seuls auteurs possibles.

La théorie de la complicité prend ensuite le relais, le fait principal punissable n'existant pas, point de complices à condamner. Pourtant, et depuis longue date¹²³, la qualité d'auteur médiat est reconnue sans difficulté en matière d'empoisonnement et les médecins prescripteurs auraient très bien pu être considérés comme des tiers de bonne foi, les décideurs devenant alors non plus les complices mais les responsables de l'administration de telles substances. Le ministère public avait d'ailleurs parlé des médecins en termes de « tiers passifs » pour aiguiller la réponse, mais la Cour de cassation a contourné la question avec soin.

En outre, le lien fait par la Cour de cassation avec « *l'intention de donner la mort, élément moral à l'empoisonnement et aux autres crimes d'atteinte volontaire à la vie de la personne* » est lui aussi erroné. L'empoisonnement requiert un « attentat » et non une « atteinte » à la vie, et la référence à un élément moral commun entre une infraction formelle et une infraction

¹²³ Cass. Crim., 2 juillet 1886, S. 1887, 1, P.489.

matérielle (car en dehors de l'homicide quelles autres atteintes à la vie de la personne ?) ne se justifie pas.

Dans l'arrêt du 18 juin 2003, les juges rejettent également les deux autres qualifications en s'appuyant sur l'analyse de la chambre de l'instruction. D'abord l'homicide et les blessures involontaires, niant l'existence d'une faute et celle d'un lien de causalité entre le dommage et la faute présumée : « *L'appréciation de la faute et du lien de causalité par les juges du fond étant souveraine, n'encourt pas la censure, l'arrêt qui, pour dire n'y avoir lieu à suivre des chefs d'homicide et blessures involontaires sur des personnes décédées ou atteintes d'une maladie à la suite de l'administration de produits sanguins contaminés par le virus du sida, retient que les médecins n'avaient pas connaissance du caractère nécessairement mortifère des produits sanguins qu'ils prescrivaient et que, dans l'incertitude sur l'existence d'un lien de causalité entre les fautes reprochées aux responsables administratifs et le dommage, les manquements de ceux-ci ne peuvent être incriminés* ».

Ensuite, la non assistance à personne en danger est exclue car « *les personnes mises en examen n'ont pu avoir conscience d'un péril d'une imminente gravité qu'elles auraient pu écarter par leur intervention immédiate* », re-formulation de l'argumentation de la chambre de l'instruction, à laquelle il avait suffi que les mis en cause n'aient pas eu conscience de ce péril.

Tout au long de cet arrêt la Cour de cassation approuve les juges du fond par le recours à des formules laconiques « *par son appréciation souveraine, la chambre de l'instruction a justifié [...]* » ; « *constatations des juges* » mettant un terme au débat. S'abstenant ainsi de répondre aux questions de droit qui lui étaient soumises, la Cour de cassation a, de fait, refusé de jouer son rôle. Si l'absence d'instruction manquait cruellement aux poursuites criminelles lors de la précédente procédure, c'est bien le seul élément conforme en droit que cet arrêt, visiblement prêt à tout pour éviter l'ouverture d'une procédure criminelle, concède.

Plus grave encore, l'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 13 juillet 1993, au-delà de l'exigence d'une intention de tuer déjà fort contestable en matière d'empoisonnement était allée plus loin dans le raisonnement, en renforçant la thèse soutenue par une référence aux mobiles tout à fait hors de propos. L'indifférence aux mobiles est une règle centrale du droit pénal général qui ne fait aucunement exception pour l'empoisonnement. Les juges du fond viennent pourtant soutenir que « *si l'on peut induire l'intention homicide de la connaissance par l'agent du caractère mortifère du produit qu'il administre à autrui, cette induction n'est*

possible que lorsque les circonstances de la cause le justifient-ainsi l'existence par exemple de rapports conflictuels entre l'auteur et la victime, ce qui n'est pas le cas lorsque les faits incriminés s'inscrivent dans le cadre d'une relation fabricant de produit thérapeutique-médecin-malade ». Comment comprendre la référence à ces « rapports conflictuels » autrement que comme des mobiles ? La Cour de cassation n'a pas semblé pour le moins gênée de la violation de cette règle de droit pénal général fondamentale en validant l'appréciation des juges du fond par l'arrêt du 22 juin 1994.

L'intention est un vaste champ d'interrogations que la Bible elle-même n'entend pas investiguer, en effet « *on ne sonde pas les cœurs et les reins* ». Les juges saisis de l'affaire du sang contaminé ont-ils quant à eux décidés de s'atteler à cette tâche avec zèle. Peut-être trop de zèle ? Qu'il s'agisse de la première procédure judiciaire ou de la seconde, des juges du fond, ou pire encore, des juges du droit, la même réponse a fait écho pendant les nombreuses années de procédure et toute condamnation fondée sur l'empoisonnement s'est heurtée à la réticence appuyée des magistrats. Lors de la réforme du Code pénal, en 1992, donc au cœur de l'affaire, l'Assemblée Nationale veut supprimer l'empoisonnement, n'y voyant qu'une simple forme de meurtre, le Sénat s'y oppose : ce désir de faire disparaître du champ pénal l'incrimination est-il une pure coïncidence avec les risques encourus par certains hommes politiques impliqués dans l'affaire alors pendante devant les tribunaux ? Changer le droit pour orienter le juge pourrait être le titre de la triste pièce de théâtre, jouée par le pouvoir politique :

- Acte 1 : à défaut de l'incrimination elle-même, les peines encourues en matière d'empoisonnement sont alignées sur celle du meurtre en 1994,
- Acte 2 : ce qui n'a pas pu être fait au niveau législatif sera « réparé » au niveau judiciaire et l'empoisonnement se verra aligné sur le meurtre par la Cour de cassation le 22 juin 1994 puis le 18 juin 2003.

Utiliser le droit au service du pouvoir, n'y a-t-il pas erreur, voire errements d'un juge pénal manipulé ? Une chose est sûre, la comédie est devenue un drame.

Le 20 décembre 1992, le Parlement décide la mise en accusation de Laurent Fabius, Hervé Edmond et de Georgina Dufoix mais le 5 février 1993 la Haute Cour de justice décide que les faits sont prescrits. Le procureur général va saisir une nouvelle fois le Parlement pour homicide involontaire.

Les 27, 29 et 30 septembre 1994, la Cour de Justice de la République (qui a remplacé la Haute Cour depuis le mois de février 1994) met en examen les trois anciens ministres pour complicité d'empoisonnement.

Le 13 mars 1997, l'instruction est réouverte car sont découverts de nouveaux documents.

Le 11 juin 1998, le Procureur demande le non-lieu pour les trois ministres mis en cause.

Le 17 juillet 1998 ils sont renvoyés devant la Cour de Justice de la République pour homicide involontaire et atteinte involontaire à l'intégrité des personnes.

Le procès s'ouvre le 9 février 1999, relâche Laurent Fabius et Georgina Dufoix le 8 mars 1999 mais condamne Hervé Edmond pour deux contaminations, à un manquement à une obligation de sécurité ou de prudence. Celui-ci sera dispensé de peine car il aurait été « *soumis, avant jugement, à des appréciations souvent excessives* ».

Le 21 mai 1999, une plainte contre l'ancien Ministre de la Santé, Claude Evin, est déclarée recevable mais aboutit à un non-lieu de la commission d'instruction de la Cour de justice de la République.

Le tribunal administratif de Paris va reconnaître la responsabilité de l'Etat pour la contamination d'un hémophile le 20 décembre 1991 et lui allouer deux millions de francs d'indemnisation en raison de la faute de l'Etat de n'avoir pas interdit entre le 12 mars 1985 et le 19 octobre 1985 (période de responsabilité avancée au 22 novembre 1984 par le Conseil d'état en sa décision du 9 avril 1993) la distribution de produits sanguins contaminés.

Un fonds d'indemnisation public sera mis en place par la loi du 31 décembre 1991 mais la Cour européenne des droits de l'homme interviendra malgré cela à deux reprises pour la lenteur des juridictions administratives dans l'indemnisation de malades hémophiles victimes de la contamination par le VIH par transfusion sanguine, le 31 mars 1992 et le 26 août 1994.

La conclusion s'impose : à défaut de condamnation pénale, une indemnisation civile pour couvrir des erreurs juridiques dictées par le pouvoir politique.

II - Le poison de l'affaire Festina administré au juge pénal

« Se rendre compte qu'il suffit de s'asseoir de l'autre côté du bureau pour que se révèle brutalement une vérité invisible durant mes dix-huit années de magistrature. [...] Décrire comment un juge d'instruction devenu substitut du Procureur de la République, pour avoir agi selon sa conscience et contre l'avis de sa hiérarchie, se retrouve en prison. [...] Tout cela pour avoir involontairement mis à mal la plus grande institution sportive, comprenez la plus

belle poule aux œufs d'or qui s'appelle le Tour de France. Pour avoir cru que les seringues pouvaient provoquer des crevaisons aux roues des vélos »¹²⁴ . Voilà exposé en quelques mots, ceux du magistrat lui-même, les dessous d'une réponse juridique intimement liée à des diktats économiques.

L'affaire dite « *Festina* » éclate en 1998, un peu avant le départ du Tour de France, grande course cycliste à la renommée mondiale par le contrôle du médecin de l'équipe « *Festina* », Willy Voet, à la frontière franco-belge. Dans la voiture mise à disposition par la société du tour de France à cette équipe, la douane française découvre de grandes quantités de produits dopants. Les aveux du médecin ne tardent pas puisqu'il dénonce un dopage organisé et médicalisé au sein de l'équipe. Le directeur sportif de l'équipe, Bruno Roussel, reconnaît les faits peu après ainsi qu'une partie des coureurs cyclistes.

Le tribunal correctionnel de Lille rendra son verdict le 22 décembre 2000. Un seul coureur sera poursuivi, Richard Virenque, pour complicité d'incitation au dopage mais relaxé. Bruno Roussel sera condamné à un an de prison avec sursis et 50 000 francs d'amende, Willy Voet à dix mois de prison avec sursis et 30 000 francs d'amende.

Le 5 mars 2002, la Cour d'appel de Douai accorde un franc symbolique de dommages et intérêts à la Fédération française de cyclisme (FFC) et à l'Union cycliste internationale (UCI) pour le préjudice subi.

Nul besoin ici, à l'inverse de l'affaire précédente, de s'étendre sur des faits qui n'ont pas d'incidence directe sur la procédure. L'intérêt est ailleurs et doit se lire entre les lignes...

Quelles conséquences peut bien avoir la mise en péril d'une des plus grandes institutions sportives françaises ? Dans quelles conditions le magistrat est-il placé pour rendre une telle décision ? L'erreur peut-elle lui être vivement conseillée s'il souhaite continuer à exercer ses fonctions dans la sérénité ?

A la lecture du témoignage du juge d'instruction de l'affaire *Festina*, Patrick Keil, on peut faire un parallèle entre les aspirations du magistrat débutant : « *Je m'étais engagé à être parfaitement sincère envers les autres et de tout dire franchement à autrui sur moi-même, sans fausse honte. Quoi qu'on dise de moi, quelle que soit la façon dont on me juge, de me laisser intimider par rien, de ne pas avoir honte de mon exaltation, de mon entraînement, de*

¹²⁴ Keil Patrick, *Du barreau aux barreaux-La descente aux enfers du juge de l'affaire Festina*, Jean-Claude Gawsewitch, 2009, P.12.

mes erreurs et de maintenir droite ma ligne »¹²⁵ et les conséquences de l'affaire Festina sur sa carrière : dix ans plus tard, conséquence plus ou moins directe de ses prises de position dans l'affaire, le magistrat se retrouve révoqué et à la dérive.

« Pour ma part, je pensais et je pense encore que cette affaire était moins préoccupante que l'ensemble des dossiers que mes collègues et moi-même avions à traiter quotidiennement. Le respect de l'intégrité de la personne humaine, son inviolabilité, son intangibilité, sa protection n'étaient pas en cause. Il ne s'agissait pas non plus d'atteintes à la propriété privée. Et ce, d'autant plus que le dopage dans le cyclisme n'était pas une nouveauté ».¹²⁶

Ce raisonnement n'est vraisemblablement pas le bon, puisqu'il a coûté sa carrière au magistrat.

Le Tour de France est une course cycliste dont l'histoire est d'abord une affaire d'argent, puisque sa création a pour finalité première, en 1903, d'augmenter les ventes d'un journal sportif¹²⁷ et de vélos. L'intérêt lucratif n'aura de cesse de s'amplifier comme en témoignent les bénéfices tirés par le Tour de France 1998, l'année de l'affaire Festina. Ainsi, la société du Tour de France a encaissé 250 millions de francs : 64% des sponsors, 25% des droits télévisés, 10% des villes et villages-étapes. Les sponsors français et étrangers qui financent les équipes ont investi entre 25 et 30 millions de francs par an. Quant aux localités traversées, la somme à payer à la société du Tour de France, pour avoir l'honneur d'être choisies, s'élevait à 780 000 francs, sans compter des travaux de voiries pour aménager l'endroit. Enfin, la chaîne de télévision France 2 s'était acquittée de 80 millions de francs de droits pour cinq heures d'antenne par jour.

A côté de ces chiffres vertigineux, le dopage devient de plus en plus systématique et les coureurs n'hésitent plus à le reconnaître ouvertement, dans le silence des journalistes souvent liés d'amitié avec les sportifs et avec le consentement tacite des organisateurs de l'événement et des pouvoirs publics. Le Général De Gaulle lui-même aurait déclaré : *« Dopage ? Quel dopage ? A-t-il oui ou non fait jouer la Marseillaise à l'étranger ? »*¹²⁸.

Des contrôles anti-dopages sont mis en place dès 1966 à l'initiative de médecins et des coureurs cyclistes contrôlés positifs à des produits de dopage sont exclus du Tour dès 1968. Pour autant, les coureurs parviennent à profiter des défaillances du système et sont parfois même protégés par les instances internationales. Ainsi, en 1988, le coureur Pedro Delgado

¹²⁵ Keil Patrick, *op. cit.*, P. 67.

¹²⁶ Keil Patrick, *op. cit.*, P. 93.

¹²⁷ Le journal en question, « *l'Auto* », est devenu « *l'Equipe* » à la Libération.

¹²⁸ Selon *L'équipe Magazine* du 23 juillet 1994.

risque l'exclusion du Tour pour avoir consommé une drogue figurant sur la liste du Comité international olympique (CIO), si l'organisation du Tour est en accord avec cette décision, un tour de passe-passe lui permet de participer à la course en toute impunité. En effet, c'est l'Union cycliste internationale (UCI) qui lui accorde le feu vert en estimant que le produit en cause ne figurait pas sur sa liste. Or, un mois plus tard, il y sera inscrit.

Lorsque l'affaire Festina éclate, le juge d'instruction chargé du dossier, Patrick Keil, sera victime d'injures et de menaces et d'un certain déchaînement médiatique. Il en tire les conclusions lui-même : « *L'affaire [...] touche une controverse plus globale, qui dépasse le seul cadre sportif. Elle convoque aux débats une pluralité d'opinions, une argumentation multiple, l'absence de consensus normatif a priori et suppose une incertitude quant à son issue. [...] ceux qui, en reconnaissant leur part de responsabilité, malmènent les mythes du sport et de ses idoles sont considérés comme une menace* ». ¹²⁹

Au tout début du Tour de France, le parquet de Lille déclarait qu'on ne toucherait pas au Tour ni aux coureurs, avertissement sans en être un, ou peut être même instruction, que le juge n'a pas suivi. La voix du ministère public devait elle atteindre le juge d'instruction ?

La justice est sensible aux lobbies et aux pressions en tout genre et le Tour de France est une manne financière telle que certains ne peuvent se résoudre à une quelconque égratignure de l'institution, prêt alors à tout pour la préserver. « *Ces pressions qui étaient par le passé largement politiques sont désormais, de façon grandissante, également sociales. Ce n'est plus le pouvoir politique qui s'immisce subrepticement dans les affaires de la justice, mais également les citoyens, les médias, les corps intermédiaires, l'opinion publique, par des voies détournées, certes, mais qui convergent toutes vers ce même objectif inavoué de restreindre la liberté dont pourraient jouir les magistrats* » ¹³⁰.

Peu avant l'inculpation du coureur Richard Virenque, le juge d'instruction est convoqué par le Président de la juridiction pour un entretien plutôt étonnant. En effet, le supérieur en question lui rappelle son statut d'indépendance et de son droit de faire ses choix mais laisse entendre que dans quelques années « *on parlerait encore de Richard Virenque* ». A cela s'ajoutent les conseils avisés, voire « appuyés » de certains collègues et les coups de téléphone répétés de supérieurs hiérarchiques insistants.

« *Quand je parle de corruption je ne l'entends ni au sens pénal ni au sens financier, mais dans une perception beaucoup plus sournoise, hypocrite, finaude : accepter d'être conciliant,*

¹²⁹ Keil Patrick, *op. cit.*, P.109.

¹³⁰ Keil Patrick, *op. cit.*, P.115.

ne pas faire de vagues, ne pas choquer les sensibilités. Je ne dis pas que le magistrat se vend, mais il pense, et il est forcé de penser, à sa carrière. [...] Ne pas faire de vagues, se montrer obéissant est l'arme la plus répandue »¹³¹.

Après sa garde à vue, Willy Voet, le soigneur de l'équipe Festina, est placé en détention provisoire et le juge d'instruction délivre une commission rogatoire au service régional de police judiciaire (SRPJ) de Lille mais non sans hésitation : « *devais-je suivre l'esprit de la déclaration du ministère public, garant de l'ordre public au sens large, qui peut dans certains cas, prendre la forme du -pas de vagues - ?* »¹³². N'arrive t-on pas à ce stade d'intimidation du juge pénal aux frontières de l'erreur ? Mis sur la voie de l'erreur par sa hiérarchie, cela de façon tout à fait pernicieuse, le magistrat doit arbitrer entre la ligne de conduite dictée par les habits de justice et la menace d'une carrière brisée, du moins ralentie. Comment s'étonner d'une erreur commise dans ces circonstances, combien de temps et jusqu'où l'homme de robe peut-il résister à ces pressions ? Le magistrat ne perd t-il pas, dans ces affaires qui dépassent la matière pénale pour rejoindre l'intérêt politique, tout espace de liberté ?

Suivirent les interpellations de Bruno Roussel, le directeur sportif, et d'Eric Rijckaert, médecin de l'équipe placés en détention provisoire le 15 juillet 1998. Cela fut suivi par une déclaration à la presse du parquet puis l'exclusion de l'équipe Festina du Tour de France par la direction de la course, le 17 juillet 1998 : « *Levée de boucliers, les lettres des supporters commencèrent à affluer, et plus l'opinion publique se manifeste, plus l'indépendance du magistrat se fragilise, plus les pressions augmentent. Outre celles dont j'ai fait état antérieurement, il me fut demandé solennellement de clore le dossier avant le prochain Tour [...] j'eus droit à la visite du président du tribunal, du président de la cour d'appel, du président de la chambre d'accusation pour que soit fait un point sur l'état de mon cabinet »¹³³.*

Cinq coureurs admirent avoir eu recours au dopage et un couple de pharmaciens reconnurent avoir fourni des produits dopants. L'ensemble des coureurs, le masseur, le directeur de l'équipe avaient reconnu pendant l'instruction l'instauration « *d'un dopage normatif, contrôlé par le médecin et financé par un système de caisse noire alimentée par les primes* » et dénonçaient unanimement Richard Virenque, champion de l'équipe, comme leader du

¹³¹ Keil Patrick, *op. cit.*, P. 116 et 117.

¹³² Keil Patrick, *op. cit.*, P. 125.

¹³³ Keil Patrick, *op. cit.*, P. 126 et 127.

système « *entendant disposer de soldats à 200% de leurs moyens* ». Le juge d'instruction décida donc de son inculpation.

Le 14 juin 1999 le juge d'instruction signe le réquisitoire définitif de renvoi devant le tribunal correctionnel et maintient le coureur cycliste Richard Virenque dans les liens de la prévention. En opposition totale avec le parquet et les déclarations de celui-ci, le juge d'instruction prend l'initiative de la poursuite contre une personnalité soutenue au plus haut niveau. Le dopage systématique et généralisé, est dénoncé malgré la tolérance des pouvoirs publics à son égard et l'avenir de la course cycliste sacralisée mis en péril par un juge. Il faut pourtant nuancer l'aboutissement de l'instruction puisque le juge n'a pu aller au bout de ses convictions, freiné par une pratique d'intimidation oppressante et permanente. Confronté à des barrières invisibles mais bien présentes, il a du renoncer à chercher certaines réponses et n'a eu d'autre choix que de commettre l'erreur de s'arrêter dans sa quête de la vérité. Cela, non par nécessité de mettre un terme à une recherche qui n'a plus lieu d'être mais par impossibilité technique de forcer le blocage instauré par des pairs plus puissants usant de l'intimidation sur le juge d'instruction comme d'une arme redoutable.

Patrick Keil fait à cette période une demande de mutation pour un poste de substitut du procureur de la République à Saint-Denis de la Réunion, poste prestigieux au sein de la magistrature. Retenu pour cette place, il apprend le 6 juillet 2000 que le Conseil supérieur de la magistrature rend un avis défavorable avec pour motif : « non opportun ». Le magistrat apprend par un collègue que le veto est venu de « très haut », et comprend peu à peu que le coup porté à sa carrière n'est pas dû à une quelconque insuffisance dans ses compétences mais à sa position dans l'affaire Festina. En effet, s'opposer à sa hiérarchie dans une affaire sensible semble être une erreur fatale pour tout juge désirant progresser professionnellement. C'est en tout cas la trajectoire vécue par le juge d'instruction qui décrit ainsi les répercussions de sa décision : « *En sollicitant des avis, j'apprenais que mes compétences n'étaient pas en jeu. Mais que présentement, ma nomination dans une île n'était pas opportune. Alors que je creusais ce qu'il fallait entendre par non opportune, il fut porté à ma connaissance qu'il s'agissait très certainement de ma prise de position dans l'affaire Festina. La presse m'avait décrit comme étant indépendant, comme ayant osé m'opposer au parquet, comme celui par qui le scandale arrive. Or, la Réunion est une île, avec un réseau de presse très important, indépendant, et le risque était que j'arrive là-bas comme une vedette. Très mauvais pour la future hiérarchie. [...] Les pressions directes et indirectes que j'avais subies m'ont poussé à passer au parquet. Je me disais que, quitte à ne pas être indépendant, autant que ce soit clair,*

mais j'ignorais jusqu'à quel point »¹³⁴. Et lorsqu'un journaliste désire savoir pourquoi le dossier de l'affaire Festina n'avait pas été poussé plus loin, le juge d'instruction de lui répondre : « *Le juge ne peut instruire que si le parquet lui donne son aval. Sinon c'est une cause de nullité. Dans ce cas précis, je pense que le ministère public avait souhaité que l'affaire reste limitée* »¹³⁵. Qui commet l'erreur ici ? Les juges du parquet se laissent guider vers des intérêts bien étrangers au droit pénal et la course cycliste du Tour de France représente des intérêts financiers visiblement prépondérants sur la loi pénale. Or, le juge d'instruction ne peut exercer pleinement son rôle dans ces conditions, voué à avaliser l'erreur du ministère public. Le témoignage du juge d'instruction de l'affaire Festina met en relief de façon tristement évidente les diverses pressions qui poussent irrémédiablement le juge à commettre des erreurs. Les sanctions dérisoires des protagonistes de l'affaire Festina, la relaxe du coureur contre lequel des preuves accablantes sont apportées, l'intimidation du juge chargé d'enquêter sur le dopage sont à l'image de l'erreur du (ou de certains) magistrat(s).

Dans la suite du parcours de Patrick Keil il y a d'autres errements, qui ont abouti à sa révocation de la magistrature après son incarcération. Accusé principalement d'avoir détourné les pièces d'un dossier en cours et d'avoir fait preuve de complaisance pour des amendes de stationnement, il est permis de douter du véritable motif des sanctions, motif qui refuse peut-être de dire son nom. Or, le doute s'est insinué et persiste, la question restant en suspend, Patrick Keil a-t-il payé le prix d'une indépendance trop grande aux yeux du corps de la magistrature ? Par l'intimidation, la menace, la récompense ou la déchéance promise, le juge pénal peut être amené à méconnaître son éthique et céder à la stratégie de ceux qui en ont intérêt. Car il faut véritablement parler d'une stratégie, organisée et structurée ; un calcul précis en termes de risques et de bénéfices au sein duquel le juge n'est qu'un pion à déplacer. Les arguments pour l'en convaincre ne manquent pas et s'il ose résister, la sanction tombe sans attendre, à titre d'exemple et de message sans équivoque pour ses confrères.

La justice est ici encore au service du pouvoir et le juge plie sous le poids des pressions exercées, jusqu'à se briser. La rupture mène ainsi à l'erreur, une erreur attendue et obtenue. En définitive, l'erreur du juge du siège est-elle de croire à une véritable liberté de juger ?

¹³⁴ Keil Patrick, *op. cit.*, P. 137 et 138.

¹³⁵ Keil Patrick, *op. cit.*, P. 139 et 140.

SECTION II : L'INTIMIDATION PAR LE JUGE

L'appartenance au corps de la magistrature, parce qu'elle suppose une éthique et une humanité indispensable, exige des hommes qui la composent, la transmission de ces valeurs à travers chaque décision prise en son nom.

Le manquement de l'un de ses membres à ses devoirs, devoirs au cœur de la profession, constitue une erreur particulièrement grave. Pourtant, les dérapages de quelques uns de nos juges sont de plus en plus souvent dénoncés (I) sans générer de réaction à la mesure de leur gravité (II).

I – Le dérapage du juge pénal

« *Il n'y a plus de justice, il n'y a plus que des juges* »¹³⁶ lorsque le processus judiciaire devient l'expression de l'intimidation des justiciables par le magistrat, peu soucieux d'une déontologie indispensable à l'exercice de telles fonctions. La contrainte ne naît pas toujours des moyens mis au service du juge pour parvenir au respect des lois pénales mais de l'utilisation détournée, forcée, voire injustifiée de ces outils judiciaires.

Juger, décider du sort d'autrui, est un pouvoir immense qui implique une conscience forte, emprunte d'humanité, des limites du rôle à tenir. Dès lors, sont requis du magistrat une rigueur et un sens moral aigus afin de garantir à la personne jugée un traitement digne d'un état de droit au sein duquel la loi est la seule référence valable. Or, il arrive que le juge s'affranchisse de cette donnée et prenne quelque aisance avec ces principes de base. Hausser le ton, menacer, taper du poing, instaurer un certain chantage ou priver de liberté sans motif suffisant sont autant de comportements intolérables pour notre justice pénale, qui en est pourtant régulièrement le témoin privilégié et la première victime.

Le juge franchit alors le seuil de la plus grave des erreurs, l'utilisation de sa fonction aux fins d'intimidation (A) que le scandale de l'affaire dite d'Outreau a dénoncé et pour la première fois, amené la justice à s'excuser (B).

¹³⁶ Garapon Antoine et Salas Denis, *Les nouvelles sorcières de Salem/leçons d'Outreau*, Seuil, 2006.

A/ L'erreur orchestrée par le juge pénal

L'article 144 du Code de procédure pénale dispose clairement : « *La détention provisoire ne peut être ordonnée ou prolongée que s'il est démontré, au regard des éléments précis et circonstanciés résultant de la procédure, qu'elle constitue l'unique moyen de parvenir à l'un ou plusieurs des objectifs suivants et que ceux-ci ne sauraient être atteints en cas de placement sous contrôle judiciaire ou d'assignation à résidence avec surveillance électronique :*

- 1° Conserver les preuves ou les indices matériels qui sont nécessaires à la manifestation de la vérité ;*
- 2° Empêcher une pression sur les témoins ou les victimes ainsi que sur leur famille ;*
- 3° Empêcher une concertation frauduleuse entre la personne mise en examen et ses coauteurs ou complices ;*
- 4° Protéger la personne mise en examen ;*
- 5° Garantir le maintien de la personne mise en examen à la disposition de la justice ;*
- 6° Mettre fin à l'infraction ou prévenir son renouvellement ;*
- 7° Mettre fin au trouble exceptionnel et persistant à l'ordre public provoqué par la gravité de l'infraction, les circonstances de sa commission ou l'importance du préjudice qu'elle a causé. Ce trouble ne peut résulter du seul retentissement médiatique de l'affaire. Toutefois, le présent alinéa n'est pas applicable en matière correctionnelle ».*

A la lumière de cet article, la détention provisoire se conçoit comme l'ultime recours du juge pour protéger une enquête avant son terme. En effet l'expression « *qu'elle constitue l'unique moyen* » est l'indice de son caractère exceptionnel et subsidiaire. Le contrôle judiciaire et l'assignation à résidence sous surveillance électronique doivent être privilégiés par le juge impérativement, et c'est seulement en cas d'échec ou d'impossibilité absolue de recourir à ces mesures que la privation de liberté totale peut intervenir. La raison est assez évidente tant la gravité de l'enfermement d'une personne présumée innocente paraît insupportable. Ainsi, c'est l'article préliminaire du Code de procédure pénale qui l'énonce en son paragraphe trois : « *Toute personne suspectée ou poursuivie est présumée innocente tant que sa culpabilité n'a pas été établie* ». Une personne à laquelle on accorde une innocence « en sursis » peut néanmoins être emprisonnée par un juge, lorsqu'elle encourt une peine criminelle ou une peine correctionnelle d'au moins trois ans d'emprisonnement selon l'article 143-1 du Code de procédure pénale.

La détention provisoire est, au vu du danger qu'elle représente, soumise au respect de certaines conditions, sept pour être plus précis, alternatives :

- conserver des preuves ou des indices matériels,
- empêcher des pressions sur les témoins, les victimes et leur famille,
- empêcher la concertation avec les co-auteurs ou complices,
- protéger la personne mise en examen,
- faire en sorte que la personne mise en examen soit à la disposition de la justice,
- mettre fin à l'infraction ou éviter son renouvellement,
- mettre fin au trouble exceptionnel et persistant à l'ordre public généré par l'infraction en matière criminelle.

La détention provisoire poursuit donc des objectifs de sécurité et pour la personne mise en examen, et pour les victimes, et pour l'enquête elle-même. Mais il arrive qu'en l'absence de tels risques, le juge y fasse recours pour des raisons bien moins avouables. Quelle menace plus grande que celle de la prison pour obtenir des aveux rapidement ? Quelle procédure moins sécuritaire pour la tranquillité de l'enquête ? La privation de liberté devient alors un outil à la puissance inégalée pour faire avancer une affaire et certains juges semblent user de la manœuvre de façon disproportionnée.

B/ Le juge pénal accablé par l'affaire d'Outreau

L'affaire d'Outreau en est un symbole malheureux, les témoignages concernant le juge d'instruction Fabrice Burgaud et l'issue du procès pénal en étant l'illustration accablante.

Le tout début de l'affaire d'Outreau date du 25 février 2000 lorsque les trois enfants d'un couple, Thierry Delay et Myriam Badaoui sont placés chez des assistantes maternelles du Conseil général du Pas-de-Calais. Le 5 décembre 2000, après les premiers témoignages des enfants quant aux sévices sexuels subis, un signalement de l'Aide sociale à l'enfance est réalisé au parquet de Boulogne-sur-Mer ; suivi le 21 décembre de la suspension du droit de visite et d'hébergement.

Le volet judiciaire prend date au 4 janvier 2001 par l'ouverture de l'enquête préliminaire, suivie de l'information judiciaire au cabinet du juge F. Burgaud le 22 février pour viols sur mineurs de 15 ans, agressions sexuelles sur mineur de 15 ans par ascendants, corruption de mineurs de 15 ans et proxénétisme aggravé. Le couple T.Delay/M.Badaoui est dès lors mis en examen et arrêté.

Dès le 6 mars 2001, sept personnes sont arrêtées, mises en examen et placées en détention provisoire : A.Grenon, D.Delplanque, T.Dausque, R.Godard, F.Mourmand, F. et S.Lavier. Une seule personne n'est pas placée en détention provisoire, K.Duchauchoux. Un grand nombre d'enfants de ces familles sont placés en foyer.

Le 20 juin 2001, dans la crainte de la découverte d'un réseau de pédophilie international, une commission rogatoire au Service régional de police judiciaire de Lille est décidée, puis le 20 septembre une commission rogatoire internationale devant les autorités belges.

Le 14 novembre 2001, six personnes supplémentaires sont encore placées en détention provisoire, il s'agit de l'abbé D.Wiel, P .Martel, M. et Mme Marécaux, D.Legrand père et fils.

Le 10 janvier 2002, des fouilles sont entreprises dans la ville d'Outreau pour retrouver le corps d'une petite fille belge, à partir du témoignage de l'un des accusés dénonçant le viol et le meurtre de l'enfant par un membre du réseau.

En février 2002, deux personnes sont encore incarcérées en détention provisoire, C.Godard et D.Brunet, sur de nouvelles déclarations des enfants.

Le 7 août suivant, la fin de l'information est notifiée par le juge F.Burgaud, remplacé par C.Lacombe en raison de sa nomination à la section antiterroriste de Paris. Les deux premières mises en liberté ont lieu à ce moment pour C.Godard et O.Marécaux et le 17 septembre intervient le réquisitoire définitif du procureur de la République.

Le 13 mars 2003, suit l'ordonnance de règlement du juge d'instruction qui décide de la mise en accusation des personnes poursuivies hormis mesdames Godard et Marécaux qui font l'objet d'un non-lieu. Le 15 octobre, les pourvois en cassation ayant été rejetés, la chambre de l'instruction de la cour d'appel du Pas-de-Calais renvoie les accusés devant la cour d'assises de Saint-Omer.

Le procès d'assises commence le 4 mai 2004 pour dix-sept accusés dont seulement six comparaissent libres ; la détention provisoire aura duré trois ans pour trois personnes, deux ans pour six autres et un an pour une dernière. Un suicide aura marqué cette privation de liberté « provisoire », celui de F.Mourmand, décédé en détention le 9 juin 2002. Lors du procès, M.Badaoui déclare avoir fait de fausses accusations pour treize des accusés, huit seront libérés pendant le déroulement du procès.

Le 2 juillet 2004, le jury d'assises prononce dix condamnations et sept acquittements, six personnes font appel de la décision et comparaissent libres lors du procès d'appel, le 7 novembre 2005. Le 1^{er} décembre 2005, les six accusés sont acquittés.

Les faits parlent d'eux-mêmes, onze personnes innocentes détenues pendant une à trois années, un suicide, le drame de la détention provisoire aurait-il pu être évité ? Comment ne pas identifier dans la mesure une erreur évidente d'appréciation ? L'erreur est elle vraiment justifiée par l'impossibilité pour le juge de faire autrement pour protéger les enfants et l'enquête ou bien le résultat déplorable d'un abus d'autorité et une inexpérience dénoncés ?

C'est le 27 août 2001 que Myriam Badaoui accuse une liste de personnes, devant le jeune juge d'instruction Fabrice Burgaud, d'avoir violé ses enfants. Parmi cette énumération d'auteurs de viols et d'agressions sexuelles issue des paroles de l'un des enfants du couple, Luc, figure le mari de Myriam Badaoui, père de trois des enfants du foyer. La méthode d'interrogatoire du magistrat sera très certainement une « erreur » à l'origine de nombreuses arrestations et détentions de personnes innocentes. Ainsi est rapporté cette façon de procéder « *Le magistrat n'est pas seulement resté sourd aux proclamations d'innocence d'une dizaine de prévenus [...]. Par ses questions, il a parfois semblé suggérer certains aveux mensongers. L'interrogatoire décisif de Myriam Delay (qui va divorcer et reprendra son nom de jeune fille, Badaoui, par la suite), le 27 août 2001, est emblématique de cette dérive : « Qu'est-ce que la femme de l'huissier (Odile Marécaux) a fait subir aux enfants ? » demande-t-il à Myriam. « Un peu de tout », répond-t-elle aussitôt alors qu'elle ne l'avait jamais mise en cause auparavant.*

De la même manière, le nom du prêtre-ouvrier apparaît d'abord dans la bouche du magistrat. « Qui est l'abbé Wiel ? » demande-t-il. Myriam se contente alors d'une réponse évasive où elle affirme : « Il n'a rien fait en ma présence. Je ne savais pas qu'il participait ». Le juge ne revient à l'abbé que dans un deuxième temps, après avoir évoqué d'autres responsabilités : « Êtes-vous certaine qu'il n'y a rien eu avec l'abbé Wiel ? ». Cette fois Myriam ne manque pas la perche. « Si, en fait, l'abbé Wiel participait au réseau de pédophilie. Il a fait plein de choses avec les gosses. [...] En fait, je me rends compte qu'il faut que je vous dise maintenant tous ceux qui participaient au réseau »¹³⁷. Placée dans cette situation, la personne interrogée par le juge va vite comprendre, ou estimer, que les questions du juge d'instruction attendent des aveux précis, quitte pour cela à prélever dans la fiction ce que la réalité n'a jamais comporté. Faire plaisir au juge, aller dans le sens attendu puis aller plus loin dans les dénonciations pour ne pas être la seule coupable : tout cela semble avoir été induit par le comportement d'un magistrat déjà convaincu de faits imaginaires. L'engrenage est de plus en plus difficile à rompre et le mensonge s'envenime au fur et à mesure des interrogatoires et des

¹³⁷ Selon *Le Monde* du 25 mai 2004.

procès-verbaux, la mère de famille étant prise « *entre le souci de ne pas contredire son fils Luc et le désir de satisfaire le juge d'instruction* »¹³⁸.

Que le juge prête une oreille attentive au récit de souffrances endurées par des enfants dans le cadre d'une instruction, indéniablement, cela paraît tout à fait essentiel et louable. Mais lorsque cette parole dénonce à n'en plus finir un grand nombre de personnes, sans autre preuve que des témoignages, le doute ne doit-il pas intervenir comme l'élément d'équilibre d'une procédure inquisitoire, donc à charge mais également...à décharge. Or, le magistrat enquêteur semble avoir oublié dans cette dramatique affaire cet instrument de mesure. Il use ainsi à foison de questions suggestives qui ne laissent nulle place aux incertitudes. Il faut trouver des coupables et le juge a des noms, reste à obtenir de la bouche de la personne interrogée le prononcé de ces noms et des actes dont ils sont les auteurs présumés (voire déjà assurés) « soufflés » par le magistrat instructeur. Dans un tel contexte, les aveux deviennent le moyen de pression privilégié du juge qui pousse ainsi la personne à persévérer dans l'invention d'un récit pour partie « créé » par le juge pénal lui-même. Voilà qui fait dire à l'abbé Dominique Wiel, l'un des accusés : « *Sur le moment, je me réjouis pour Myriam qu'elle soit tombée sur un juge qui l'écoute quand elle parle. Bien plus tard, quand je constaterai à quel point le juge Burgaud l'écoute, jusqu'à devenir l'auxiliaire dévoué de ses délires, je m'en réjouirai moins* »¹³⁹.

Outre cette accréditation sans borne des faits dénoncés, le juge F.Burgaud va mener chacun des interrogatoires sans jamais vraiment regarder la personne assise en face, les yeux détachés et l'attitude méprisante comme le signe de son indifférence au sort des accusés. Technique d'intimidation ou trait de caractère du magistrat, la réponse n'est pas donnée, mais le comportement produit son petit effet puisque les accusés se trouvent totalement démunis et désarmés devant un juge qui les a déjà « classés » dans la catégorie des coupables. Le droit n'est alors plus que l'instrument du juge qui utilise les séances d'interrogatoires pour entendre ce qu'il souhaite et non tenter de trouver la vérité dans les dires de chacun. C'est le manque de bonne foi, la malhonnêteté intellectuelle du juge traduite dans ses gestes et ses questions qui constituent l'erreur principale. Il s'agit de modeler la justice à son avantage, à la résolution d'une affaire dans le sens qui arrange et non celui qui demande une remise en question permanente. Le juge pénal commet alors une terrible erreur, celle de l'injustice.

¹³⁸ Wiel Dominique, *op. cit.*, P. 104.

¹³⁹ Wiel Dominique, *op. cit.*, P. 101.

Pour exemple des procédés du juge d'instruction Fabrice Burgaud, une réponse de Myriam Badaoui à son avocate lors de l'audience d'assises du 19 mai 2004 :

« - Comment en êtes-vous arrivée à donner des noms de gens que parfois vous ne connaissiez même pas ? - Par exemple, pour Mme Godard, le juge d'instruction m'a demandé si cette personne était là, j'ai hésité, et finalement j'ai dit oui. Après ça s'est enchaîné. Pour M.Marécaux, le juge m'a dit que les enfants mettaient en cause un huissier, alors j'ai pensé à Maître Terrier, ou Maître Guillaume, à qui j'avais eu affaire. J'ai donné leurs noms. Le juge m'a dit : « Les enfants n'ont pas donné ces noms, mais celui de M.Marécaux, et les enfants ne mentent pas », alors j'ai confirmé que c'était M. Marécaux ».

Lors d'une confrontation entre plusieurs accusés, dont le couple à l'origine de l'affaire, l'abbé Dominique Wiel entonnera la Marseillaise pour protester contre le refus du juge de le confronter à Myriam Badaoui seule. Le juge ne croquera jamais son regard et se contentera de signaler au mis en examen que son attitude n'a pas été un obstacle à la réalisation de l'entretien, puis de n'accorder aucune attention à son refus de signer, estimant la signature du greffier suffisante. Comment le magistrat peut-il rester sans réaction face à de telles scènes ? Pourquoi n'accorde-t-il pas davantage de crédit à la détresse des personnes mises en cause ? Et, si l'on s'en tient au droit seul, comment peut-il se dire satisfait d'une confrontation réalisée dans ces conditions ? Il est difficile de comprendre pourquoi ne pas avoir accordé un entretien d'abord entre deux personnes puis, dans un deuxième temps, avec l'ensemble des accusateurs, comme cela était demandé par plusieurs accusés. Manque de temps, manque d'objectivité, sentiment de toute-puissance : la motivation du juge d'instruction est bien difficile à percevoir. Organiser des confrontations à trois contre un comme un « piège » tendu à l'accusé qui n'a plus que peu de chance de faire le poids, cela n'est-il pas la marque d'une partialité indigne et d'une erreur intolérable dans le rôle du juge ?

Mais encore au-delà de cette indifférence dénuée de toute humanité, le magistrat jouera de son statut pour menacer les personnes interrogées, ne leur laissant pas la parole pour se défendre. Ainsi rappellera-t-il à celui qui, ébahi et acculé devant des accusations invraisemblables, lui dira « *qu'il est fou* » qu'il risque deux ans supplémentaires pour outrage à magistrat.

Le témoignage de l'une des inculpées, Roselyne Godard, en dira long sur la perception du dossier par le juge qui commence l'entretien par « *C'est le dossier du siècle. Ou vous avouez ou vous me faites perdre mon temps* »¹⁴⁰.

¹⁴⁰ Amiot M., *Quand la justice se trompe*, Tours CLD éditions, 2005, P.245.

Le refus systématique d'examiner les preuves apportées par la défense des accusés et le rejet de l'argumentaire des avocats qui n'ont eux non plus pas voix au chapitre pendant ces interrogatoires allongent encore la longue liste des erreurs réalisées : « *Peu à peu je découvre avec stupéfaction le fonctionnement aléatoire de la justice à Boulogne. Alors que dans les autres juridictions les prévenus ont les photocopies des actes dressés par le juge, ici, à Boulogne, non seulement je ne peux pas en avoir communication, mais les avocats eux-mêmes ne peuvent en avoir une copie. Ils sont obligés d'attendre que le juge sorte de son bureau pour aller les lire !* »¹⁴¹.

La détention provisoire reste la mesure d'intimidation la plus grave, portant atteinte à la liberté, droit premier et fondamental de la personne. Motivée par des considérations « d'ordre public », elle peut parfois avoir pour unique finalité non de protéger un quelconque intérêt mais de contraindre le prévenu à des aveux. Or, il est insupportable pour la justice de cautionner de tels actes, la mesure judiciaire perdant ainsi tout sens et toute raison d'être. Comme l'exige le Code de procédure pénale, la détention provisoire n'intervient qu'en cas d'impossibilité absolue de mettre en œuvre une mesure moins coercitive, le placement sous contrôle judiciaire ou sous surveillance électronique mobile. Dans l'affaire d'Outreau, devant l'absence de toute autre preuve que la parole d'enfants relayée par des adultes, devant des grèves de la faim, des cris d'innocence, un suicide ; la détention provisoire avait-elle réellement une autre destination que celle de faire « payer » des présumés coupables avant même leur procès ? Un placement sous contrôle judiciaire n'aurait-il pas été amplement suffisant ? Comment ne pas identifier ici les dérives d'un magistrat tout puissant emporté par sa conviction inébranlable de l'issue d'un procès ? Le juge s'est littéralement substitué au jury d'assises, privant cette affaire criminelle de toute instruction : « *Cela les acquittés d'Outreau l'ont dit et répété. Tous ont vécu, en outre, la détention comme un « deal » inacceptable : J'ai trois ans pour instruire, vous aurez vingt ans pour réfléchir* » lance le juge d'instruction à l'un des mis en examen »¹⁴².

Quant aux demandes de remise en liberté, rejetées les unes après les autres, quel est véritablement leur impact ? Lorsqu'une personne détenue avant son procès multiplie les demandes, le juge a le devoir de prêter une attention particulière à cette manifestation de résistance. Il est permis de douter de l'incidence de ces demandes au vu des refus systématiques donnant l'illusion d'une machine judiciaire indestructible et intouchable :

¹⁴¹ Wiel Dominique, *op. cit.*, P. 134.

¹⁴² Garapon Antoine et Salas Denis, *op. cit.*, P. 105.

« J'accepte finalement un avocat commis d'office, qui, après m'avoir fait comprendre que mon « affaire est grave », va me donner un conseil qui me servira formidablement par la suite : « Il faut que vous sachiez que vous avez le droit de déposer autant de demandes de remise en liberté que vous le souhaitez. Une par jour si ça vous chante. J'en déposerai cent vingt-cinq au fil des neuf-cent jours de détention qui m'attendent, sans parvenir à faire exploser la machine aveugle qu'est l'institution judiciaire mais avec la satisfaction de lui résister, et par là de rester vivant »¹⁴³.

La démonstration des différents moyens d'intimidation utilisés par des juges n'est pas évidente à mettre en lumière, d'où l'intérêt de cette affaire dite « d'Outreau » et l'appui sur les nombreux témoignages des acquittés, puis sur le travail de la Commission parlementaire mise en place pour en relever les dysfonctionnements. Mais si le tempérament d'un homme suffit pour briser des vies, que dire des deux cent soixante arrêts rendus par cinquante trois magistrats différents venus accréditer les décisions du juge Fabrice Burgaud ? Cet argument a d'ailleurs fait l'objet d'une lettre du président de la Cour d'appel de Douai destinée à faire pression sur le président de la cour d'assises du Pas-De-Calais à Saint-Omer, pour éviter un discrédit total de la justice peu après la reconnaissance de son mensonge par la principale accusatrice, Myriam Badaoui. Pressions exercées par le juge sur l'accusé, pressions exercées sur le juge par ses pairs : l'erreur rebondit de façon dangereuse sur une justice aveuglée.

Cette affaire d'Outreau, à son épilogue, permet l'acquittement de treize personnes, profondément atteintes par le système judiciaire et l'acharnement d'un juge d'instruction. Si le magistrat en question n'a pas commis d'erreurs « techniques » comme il s'en défendra plus tard, il a commis l'erreur d'une assurance sans limite contraire à toute éthique. Plus grave encore, le droit et ses principes ont été malmenés par le juge, vidés de leur substance. L'erreur du juge pénal devient l'erreur d'un juge pénal ayant perdu les valeurs fondamentales de respect ; nécessaires à notre quotidien, indispensables à notre justice : « *L'institution judiciaire m'accable, me dirai-je, mais l'institution n'est pas la justice. Ce ne sont que des hommes qui ont commis un hold-up sur le mot justice. Ces hommes se trompent, et un jour la justice, qu'ils servent si mal, leur manifesterà qu'ils sont indignes d'elle* »¹⁴⁴.

¹⁴³ Wiel Dominique, *op. cit.*, P. 113 et 114.

¹⁴⁴ Wiel Dominique, *op. cit.*, P. 55.

II – L'inexistence de garde-fous appropriés

Face au dérapage du magistrat, la loi, loin de prévenir le danger, le provoque. Par l'utilisation de termes vagues et larges, elle offre au juge pénal le terrain propice au glissement (A). L'instance disciplinaire que représente le Conseil supérieur de la magistrature s'érige alors comme l'unique barrière contre le manquement du magistrat à son éthique. Cette barrière ne s'avère en réalité que trop facile à franchir, puisqu'une solidarité marquée protège les magistrats qui comparaissent devant cette formation complaisante (B).

A/ Des mots au soutien de la dérive

« Le droit possède sa force, indiscutable, incontestable. Mais, bien souvent, il méconnaît les droits inaliénables de la personne. Fréquemment, pour le commun des mortels, les juges apparaissent comme de grands illusionnistes, de redoutables manipulateurs de syllogismes dans laquelle toute vérité se dissout et toute justice sombre »¹⁴⁵.

L'arbitraire du juge, comme cela peut transparaître parfois à travers des procédés d'intimidation ou d'humiliation, manquement délibéré au devoir d'impartialité, peut se trouver renforcé par des textes usant d'expressions malléables et bien trop larges pour être conformes à ce que l'on attend d'une règle de droit. L'intelligibilité et l'accessibilité de la loi sont pourtant des objectifs de portée constitutionnelle.

La protection contre le trouble à l'ordre public, visée au septième point de l'article 144 du Code de procédure pénale, est un motif suffisant, et largement utilisée par le juge qui n'a en réalité pas vraiment de raison assez solide pour incarcérer la personne suspectée ou poursuivie. En effet, par ses termes vagues et très larges « l'ordre public » permet d'englober l'ensemble des risques, voire les plus minimes découlant de la liberté de cette personne mise en cause. En effet, il est évident qu'une personne risque moins de commettre une infraction ou de s'enfuir derrière les murs d'une prison. L'ordre public est un cadre ingénieux, destiné à permettre au juge d'en ouvrir les portes lorsque des situations se seraient parfaitement contentées d'un placement sous contrôle judiciaire ou sous surveillance électronique mobile. En définitive, le droit permet au juge de commettre une erreur en toute légitimité, se refusant à fournir un cadre strict à la privation de liberté de personnes non encore jugées, donc présumées innocentes.

¹⁴⁵ Keil Patrick, *op. cit.*, P. 146.

Le maintien en détention provisoire va alors pouvoir se trouver justifié dans un certain nombre de décisions à l'appui d'arguments inadmissibles rapportés à la gravité d'une telle mesure. La Commission d'enquête parlementaire ayant pour objet d'enquêter sur les erreurs commises lors de l'affaire d'Outreau afin d'éviter leur répétition relève ainsi plusieurs décisions. Le juge des libertés et de la détention, le procureur ou le juge d'instruction ont décidé du maintien en détention parce qu'une personne nie « *toute participation aux faits en dépit des charges précises et concordantes* » qui existent contre elle ou encore du fait « *du système de défense adopté* »¹⁴⁶. Ce qui fait ensuite dire aux magistrats : « *Remettre en liberté quelqu'un dans ce contexte, eût été considéré comme un risque social majeur* »¹⁴⁷.

Pourtant ce que l'ordre public a fait, l'ordre public peut le défaire. Ainsi, si l'enfermement des pédophiles présumés avait été considéré comme la seule manière d'éviter le trouble à l'ordre public, c'est ce même enfermement qui devient un trouble à l'ordre public lorsque la justice fait volte-face à l'égard de ces mêmes personnes, alors condamnées et en attente du procès d'appel. Comparaisant libres à l'audience en appel, faut-il considérer que des criminels présumés sont moins dangereux que des criminels condamnés ? L'ordre public est alors une notion bien difficile à cerner, en dehors d'un intérêt certain pour des erreurs à légitimer.

B/ Le faible relais assuré par la procédure disciplinaire

Les magistrats sont indépendants afin qu'ils puissent rendre la justice sans pression ni contrainte d'un quelconque supérieur hiérarchique. Néanmoins, nous l'avons vu, le quotidien des prétoires ne confine pas à la perfection et les erreurs sont fréquentes.

Le Conseil supérieur de la magistrature a été inauguré par la loi du 30 août 1883 relative à l'organisation judiciaire. Placé sous la présidence du Président de la République et la vice-présidence du garde des sceaux, il se compose de seize membres au total, neuf par formation. Ces derniers sont nommés par le chef de l'Etat, directement pour deux personnalités qualifiées, sur proposition du bureau de la Cour de cassation pour six magistrats, sur proposition de l'assemblée générale du Conseil d'Etat pour un conseiller d'Etat. Six membres sur neuf sont donc des juges, une grande majorité de la formation disciplinaire, ce qui laisse à

¹⁴⁶ Rapport fait au nom de la commission d'enquête chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l'affaire dite d'Outreau et de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement, juin 2006, P.249 et sq., et Rapport « Conditions du traitement judiciaire dite d'Outreau » de l'Inspection générale des services judiciaires, mai 2006, P.105.

¹⁴⁷ Propos des magistrats de la chambre d'instruction de Douai. Auditions du 22 février 2006.

penser que seul un magistrat peut juger le comportement d'un autre magistrat dans l'exercice de ses fonctions.

Compétent à l'égard des magistrats du siège et des magistrats du parquet, deux formations distinctes sont néanmoins prévues au sein du Conseil suivant cette appartenance. Le premier président de la Cour de cassation préside la formation compétente à l'égard du siège alors que c'est le Procureur général près la Cour de cassation qui prend ce rôle à l'égard du parquet. Dans le premier cas, sont compétents pour dénoncer les faits susceptibles de poursuite : les premiers présidents de cour d'appel ou les présidents des tribunaux supérieurs d'appel; dans le second cas : les procureurs généraux près des cours d'appel ou les procureurs de la République près les tribunaux supérieurs d'appel. Le garde des sceaux est toujours compétent pour dénoncer ces actes illégitimes et va même jusqu'à prononcer la sanction après avis de la formation lorsqu'elle est menée contre un magistrat du parquet.

En dehors des fonctions consultatives et de nomination, le Conseil est en charge de la procédure disciplinaire. Ainsi, chaque fois qu'un juge commet une faute relevant de la discipline du corps de la magistrature, c'est à travers cette formation et uniquement elle que le juge est en mesure d'être sanctionné. Le Conseil d'Etat est juge de cassation des décisions du Conseil supérieur de la magistrature lorsqu'il statue comme conseil de discipline des magistrats du siège. Il devient juge de l'excès de pouvoir des décisions prises dans ce même contexte par le garde des Sceaux pour les magistrats du parquet. Cela signifie clairement que les magistrats eux-mêmes peuvent se tromper lorsqu'ils jugent...d'autres magistrats.

Une dizaine de décisions ou d'avis disciplinaires sont rendus chaque année pour les deux formations confondues. Ce chiffre très faible est inquiétant et soulève plusieurs questions. D'abord, et au vu des nombreuses erreurs que l'on peut relever, quelles sont celles que le Conseil estime relever de la discipline, donc de sa compétence ? Ensuite, peut-on véritablement croire à l'impartialité des juges membres de la formation ? Ils peuvent avoir certaines relations avec ces collègues fautifs ou encore craindre les retombées de leurs décisions dans leur future carrière, de sorte que leur jugement sera certainement « adouci » voire atténué. Enfin, n'y a-t-il vraiment qu'une dizaine de fautes commises par des juges dignes de sanction chaque année ? Peut-on parler d'un laxisme concerté et conforté ?

L'examen de la jurisprudence du Conseil supérieur de la magistrature est fort intéressant pour comprendre les cas d'intervention de cette instance disciplinaire. Les magistrats sont-ils véritablement arrêtés lorsqu'ils abusent de leur pouvoir à l'égard des justiciables ?

Une décision du 7 octobre 1993 sanctionne un magistrat du parquet pour un abus de pouvoir : « *Manque aux devoirs de son état le magistrat du parquet qui réclame avec insistance auprès de l'un de ses collègues l'ouverture d'une information judiciaire sous une qualification criminelle supérieure à celle envisagée à l'encontre d'un suspect entretenant des liens avec sa propre fille* »¹⁴⁸. Cette décision montre clairement comment, usant de pressions sur un collègue, un magistrat du parquet tente de détourner la qualification d'une instruction à des fins totalement étrangères à l'affaire.

A l'égard des magistrats du siège, les décisions disciplinaires relevant des erreurs de nature à intimider le justiciable sont plus nombreuses, mais elles restent relativement rares et réservées aux cas les plus graves. Ainsi d'une décision du 9 janvier 1973 : « *A fait preuve d'une négligence grave dans son service le juge d'instruction qui, instruisant contre une personne inculpée d'attentat à la pudeur sur un mineur de moins de quinze ans, a omis à deux reprises de renouveler la détention préventive de l'inculpé ainsi que le lui prescrivait l'article 139 du Code de procédure pénale* »¹⁴⁹. Cette omission était-elle un acte de complaisance ou une négligence ? Quelle que soit la réponse, l'erreur du magistrat aboutit à la privation de liberté arbitraire de l'inculpé.

Le 24 juillet 2000 : un juge d'instruction rend public des informations confidentielles en les livrant à la presse, une telle attitude peut représenter une mesure d'intimidation pour le justiciable : « *Faillit à sa mission et à ses devoirs, le magistrat qui livre à la presse ses états d'âme ou ses intentions sur la conduite d'une information qui lui a été confiée en rendant public un certain nombre de commentaires sur l'affaire et notamment sur l'inculpé, de telles confidences ne pouvant être admises de la part d'un juge d'instruction, lequel ne doit communiquer avec l'extérieur que par des décisions rendues conformément aux règles de la procédure* »¹⁵⁰.

Le 22 mars 2002 : un juge d'instruction abuse de la détention provisoire alors qu'aucune raison de ne le justifie. Le justiciable doit-il comprendre que le Code de procédure pénale ne le protège en rien du juge ? Le juge souhaite-t-il obtenir par ce biais des aveux ? « *Manque aux devoirs de son état le magistrat instructeur qui fait preuve, dans l'exercice de ses*

¹⁴⁸ CSM, 7 octobre 1993.

¹⁴⁹ CSM, 9 janvier 1973.

¹⁵⁰ CSM, 24 juillet 2000.

fonctions, d'une négligence certaine, qui, du fait d'une activité très relâchée, laisse en souffrance l'instruction de nombreux dossiers, omet de statuer dans les délais prescrits sur des demandes de mises en liberté qui lui ont été adressées et sur des prolongations de la détention provisoire et fait subir à un inculpé une détention abusive de plusieurs mois, alors qu'en l'absence de toute diligence, il n'avait recueilli aucune charge sérieuse à son encontre »¹⁵¹.

Le 29 octobre 2004, le magistrat, juge d'instruction, commet des fautes caractérisées au regard du droit en rendant des ordonnances de non-lieu sans avoir effectué aucune recherche ni pris en considération les charges qui pesaient contre certains prévenus : *« Commet des fautes professionnelles graves le juge d'instruction qui obtient du procureur de la République la signature de vingt-sept réquisitoires définitifs dans les jours qui précèdent l'installation comme président du même tribunal de grande instance de ce magistrat qui lui accordait sa totale confiance, et qui rend alors vingt-sept ordonnances de non-lieu, dont certaines n'ont été précédées d'aucun acte d'instruction et dont d'autres ont été rendues au mépris des charges paraissant établies à l'encontre des prévenus »¹⁵².*

Le 16 décembre 2004, un juge séjourne dans un hôtel de luxe aux frais d'une personne poursuivie, s'agit-il d'un échange de « services » ? : *« Constitue un manquement aux devoirs de son état et un comportement contraire à l'honneur le fait, pour un magistrat, d'avoir accepté que les frais d'hôtel exposés lors d'un séjour dans un palace d'une station balnéaire aient été avancés par un tiers, inculpé dans une procédure pénale en cours, même si l'intégralité de ces frais ont été remboursés »¹⁵³.*

L'analyse de ces quelques décisions soulève quelques remarques, à savoir en premier lieu le faible nombre de sanctions disciplinaires prises à l'égard des magistrats du parquet face aux juges du siège lorsqu'il s'agit de l'intimidation des justiciables. Cette disproportion s'explique peut-être par la liberté moins importante des magistrats du parquet, soumis à leur hiérarchie, elle-même rattachée à l'exécutif. Il est alors possible d'envisager qu'il existe un contrôle plus soutenu des décisions et des comportements de cette branche de la magistrature, ceci en amont de la formation disciplinaire que représente le Conseil supérieur de la magistrature.

¹⁵¹ CSM, 22 mars 2002.

¹⁵² CSM, 29 octobre 2004.

¹⁵³ CSM, 16 décembre 2004.

Néanmoins, les poursuites contre l'ensemble des magistrats demeurent marginales et les sanctions très relatives, d'où une certaine inquiétude quant à l'existence d'un véritable garant de l'arbitraire du juge pénal.

En 2008, six poursuites ont été engagées sur le fond des décisions : quatre avertissements ont été prononcés à l'encontre des juges du siège, un seul contre un magistrat du parquet. Concernant les interdictions temporaires, deux poursuites ont été engagées, une contre un juge du siège, l'autre contre un magistrat du parquet : elles ont toutes deux abouti.

Deux décisions ont été prises à l'égard de magistrat du siège : un déplacement d'office et une mise à la retraite d'office ; deux avis ont été rendus à l'égard de magistrats du parquet : le constat que les faits constitutifs d'une faute disciplinaire sont amnistiés et le retrait des fonctions de procureur de la République avec déplacement d'office¹⁵⁴.

Parmi le panel des sanctions disciplinaires possibles, à savoir l'avertissement (blâme formel), la perte des droits liés à l'ancienneté (de deux mois à deux ans), l'éloignement ou la destitution (l'exclusion de la magistrature étant réservée au cas les plus graves) et les sanctions accessoires dans les cas particuliers (transfert d'office, privation de traitement pour violation de l'obligation de résidence), peu d'entre elles sont utilisées. La plus légère, l'avertissement, connaît quelques applications, et l'interdiction d'exercer est généralement temporaire. Le Conseil supérieur de la magistrature ne se résout à des sanctions conséquentes que pour des cas exceptionnellement graves. L'efficacité de cette instance disciplinaire est donc toute relative, certainement parce qu'il est très difficile pour un juge, en majorité au sein du Conseil, de désavouer l'un de ses collègues.

L'affaire d'Outreau a totalement ébranlé l'institution judiciaire et le Conseil supérieur de la magistrature n'en n'est pas sorti indemne. L'affaire d'Outreau avait donné lieu à « une réprimande avec inscription au dossier » à l'égard du juge d'instruction de l'affaire, Fabrice Burgaud ; alors que la direction des affaires judiciaires de la chancellerie réclamait « l'exclusion temporaire des fonctions pour une durée maximale d'un an ». Pour appuyer cette décision somme toute légère, le Conseil estime qu'il s'agissait de maladresses et ne constate aucun manquement disciplinaire. Il a ensuite recours au manque de moyens matériels et humains dont disposait le jeune juge et la surcharge de travail qui l'accablait pour justifier l'erreur judiciaire. L'erreur du juge est indéniablement difficile à accepter par la justice.

¹⁵⁴ Rapport annuel d'activité du Conseil supérieur de la magistrature pour l'année 2008, La documentation française, septembre 2009.

Suite à cette catastrophe judiciaire (qu'il est impossible de dire sans précédent au terme de cette étude, sauf à se référer à la reconnaissance de celle-ci par la justice), les pouvoirs publics ont mis sur pied une commission d'enquête parlementaire le 7 décembre 2005. Le 6 juillet 2006, celle-ci déposait son rapport, envisageant plusieurs solutions :

- l'établissement d'une parité au sein du Conseil supérieur de la magistrature,
- l'élection directe des membres du Conseil,
- la nécessité d'une réforme de la justice en profondeur.

Le 18 juillet 2007, le Président de la République, Nicolas Sarkozy, crée par décret un comité de réflexion présidé par Edouard Balladur destiné à moderniser les institutions. Le rapport est remis le 30 octobre suivant et suggère parmi soixante dix-sept autres propositions :

- de mettre à la présidence du Conseil une personnalité indépendante,
- d'élargir la composition du Conseil avec une minorité de magistrats,
- que le garde des Sceaux ne soit plus membre de droit,
- de permettre aux justiciables de saisir le Conseil à titre disciplinaire.

Un texte définitif a été voté le 21 juillet 2008, complété par une loi organique adoptée en deuxième lecture par le Sénat le 27 avril 2010. La mise en œuvre est prévue au 1^{er} janvier 2011. Il retient l'ensemble de ces idées :

- le Président de la République cesse d'en assurer la présidence,
- le garde des Sceaux ne peut plus assister aux procédures disciplinaires,
- les magistrats deviennent minoritaires (au nombre de sept),
- un avocat est nommé par le Conseil national des barreaux,
- six personnalités qualifiées, dont deux désignées respectivement par le Président de la République, le Président du Sénat et celui de l'Assemblée nationale,
- la saisine du Conseil supérieur de la magistrature par les justiciables.

La réforme est donc de taille et l'ouverture de cette procédure aux citoyens représente un profond changement dans l'esprit de corps qui gouverne la magistrature. Elle s'attaque par là-même à l'idée profondément soutenue par la profession que seuls ses pairs peuvent juger un magistrat. L'évolution de la composition du Conseil supérieur de la magistrature offre l'espoir d'une meilleure garantie contre le risque d'arbitraire des juges.

CONCLUSION

« L'essentiel du métier de magistrat c'est aimer écouter, essayer de comprendre et vouloir trancher. Le juge est un décideur, pas un homme à l'arbitraire affirmé »¹⁵⁵.

Le juge, pilier de la culture inquisitoire, est aujourd'hui sur le banc des accusés. Mais la loi du Talion n'a plus sa place dans une démocratie digne de ce nom. Des erreurs sont commises, des erreurs seront éternellement commises. Il est illusoire d'exiger de la justice qu'elle soit synonyme de perfection et plus raisonnable de lui demander d'en approcher au plus près. Des magistrats humains, intègres et respectueux de la loi, voilà de quoi redonner ses lettres de noblesse à notre droit pénal. La justice française souffre de ses maux et ne peut plus tolérer les erreurs inadmissibles qui naissent et grandissent en son sein. Elle risque désormais de devenir le reflet d'un rêve oublié. Comment restaurer la confiance ?

D'abord, l'isolement du juge sur un piédestal inaccessible est son pire ennemi : le magistrat doit accepter de descendre de son siège doré. Moins de solennité dans le quotidien des prétoires pourrait rapprocher la justice de ses citoyens. Plus concrètement, cela peut se traduire par un langage moins technique, trop éloigné des réalités vécues par les justiciables. Mais encore, l'instauration du jury en matière correctionnelle. Certes, les jurés peuvent également se tromper mais, assistés des magistrats professionnels, ils représentent un groupe confrontant des opinions différentes.

Ensuite, et parce que le risque zéro n'existe pas, prévoir l'enregistrement systématique des interrogatoires semble être une solution intéressante pour prévenir l'arbitraire. Se sachant filmé, et donc surveillé, le juge pénal aura plus de difficulté à user de l'intimidation pour arriver à ses fins. Une trace des aveux prononcés, et des conditions dans lesquelles ces paroles ont été obtenues, sera conservée. Une fenêtre sera alors ouverte sur les lieux clos que sont les bureaux des juges.

Par ailleurs, apprendre aux magistrats la compassion pourrait nous préserver de certains drames judiciaires. Ecouter, nuancer, douter : trois qualités qui ne s'apprennent pas seulement avec l'âge et l'expérience. La formation délivrée aux juges a été renforcée par des enseignements de psychologie, mais ces derniers restent insuffisants. Le recrutement des magistrats, axé essentiellement sur l'exigence de solides compétences juridiques, devrait

¹⁵⁵ Déclaration de Pierre Drai, président de la Cour de cassation, dans *Le Figaro* du 2 mai 1996

s'appuyer davantage sur les qualités humaines des candidats. Imaginer l'assistance de services psychologiques dans le quotidien des juridictions, sans en faire un relais des instances sociales, offrirait un regard extérieur au juge pénal.

Enfin, une plus grande transparence des mécanismes judiciaires et des moyens à l'appui de la prise de décision, serait le signe d'une humilité consentie. Des réunions tout au long de l'enquête, un renforcement du rôle de la défense constitueraient des contre-pouvoirs efficaces.

Sur les épaules du juge pénal repose l'équilibre des libertés individuelles. Or, s'il a le droit de plier parfois sous son poids, il a l'obligation de toujours se relever.

« Et si, à l'instar des « grandes causes » de la fin du XVIII^e siècle et d'un Ancien Régime finissant, nos « affaires » d'aujourd'hui signalaient à leur tour un virage décisif dans l'histoire de la démocratie et de ses institutions ? »

Antoine Garapon et Denis Salas

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages généraux

BUISSON, Jacques et GUINCHARD, Serge, *Procédure pénale*, Litec, 5^e édition, 2009.

CONTE, Philippe et MAISTRE DU CHAMBON, Patrick, *Procédure pénale*, Armand Colin, 4^{ème} édition, 2002.

MAYAUD, Yves, *Droit pénal général*, Presses Universitaires de France, 2^{ème} édition, 2007.

RASSAT, Michèle-Laure, *Traité de procédure pénale*, Presses Universitaires de France, 2001.

Ouvrages spécialisés

AMIOT, M., *Quand la justice se trompe*, Tours CLD éditions, 2005.

AUBENAS, Florence, *La Méprise. L'affaire d'Outreau*, Paris, Seuil, 2005.

BORE, J. et L., *La cassation en matière pénale*, Dalloz, 2^{ème} édition, 2004.

BLONDET, M., *Procédures subséquentes devant les juridictions répressives*, JCP 1954. I. 1162.

CANIVET, Guy, discours de rentrée, *Le Monde*, 9 janvier 2006.

CLAVERIE, Elisabeth, *Procès, affaire, cause, Voltaire et l'innovation critique*, Politis, n°26, 1994.

COIGNARD, Jacqueline, *Une image assez effrayante de la justice*, *Libération*, 9 février 2006

DANET, Jean, *Justice pénale, le tournant*, Gallimard, 2006.

DANET, Jean, *La justice après Outreau*, table ronde avec A.GARAPON, D.SALAS, D.LUDET et H.EPINEUSE, *Esprit*, mai 2006.

FLAUBERT, Gustave, *Madame Bovary*, Garnier Frères, coll. Classiques Garnier, 1955.

GARAPON, Antoine ; GROS, Frédéric et PECH Thierry, *Et ce sera justice. Punir en démocratie*, Paris, Odile Jacob, 2001.

GARAPON, Antoine et SALAS, Denis, Seuil, *Les nouvelles sorcières de Salem - leçons d'Outreau*, octobre 2006.

JACOB, Robert, *Le serment des juges ou l'invention de la conscience judiciaire*, *Le serment*, 2 vol. sous la direction de Raymond VERDIER, Paris, Editions du CNRS, 1991.

LEMONDE, Marcel, *Juger sans peur*, *Le Monde*, 8 février 2006.

LUDET, Daniel, *A propos de la responsabilité des magistrats (Quelques réflexions sur des déclarations ministérielles)*, *Gazette du Palais*, 23-24 septembre 2005.

MOREL, Christian, *Les décisions absurdes, Sociologie des erreurs radicales et persistantes*, Paris, Gallimard, Folio essais, 2002.

KEIL, Patrick, *Du barreau aux barreaux/La descente aux enfers du juge de l'affaire Festina*, Jean-Claude Gawsewitch Editeur, 2009.

PIWNICA, Emmanuel, *L'égalité devant la chambre criminelle*, Rapport 2003 de la Cour de cassation, La documentation française, 2004.

PONCET, Emmanuel, *Burgaud, un cadre obéissant*, *Libération*, 17 février 2006

PRADEL, Jean, *Des erreurs de plume commises par les juges pénaux*, Dalloz, 2009.

PROTHAIS, Alain, *Sang contaminé-Justice malade-Droit pénal avili*, Recueil Dalloz, 2005.

TERRE, François, *Outreau, troisième acte : un procès stalinien*, *Le Figaro*, 9 février 2006

TRICAUD, François, *L'Accusation. Recherche sur les figures de l'agression éthique*, Dalloz, Paris, 1977.

SEZNEC, Denis, *Nous, les Seznec/Toute l'affaire*, Robert Laffont, Nouvelle édition 2009.

WIEL, Dominique, *Que Dieu ait pitié de nous/mémoires*, Oh ! Editions, 2006.

Dictionnaires

CORNU, Gérard, *Vocabulaire juridique*, Presses universitaires de France, 7^e édition, Paris, 2005.

Dictionnaire LITTRE, Editions Garnier, Collection Dict. Littré, 2007.

GUINCHARD Serge et MONTAGNIER Gabriel, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, Collection Lexiques, 2010.

Rapports

Rapport annuel d'activité du Conseil supérieur de la magistrature pour l'année 2008, La documentation française, septembre 2009.

Rapport « *Conditions du traitement judiciaire dite d'Outreau* » de l'Inspection générale des services judiciaires, mai 2006.

Rapport Cour de cassation, 2000, La documentation française, 2001.

Rapport d'information sur le respect de la présomption d'innocence et le secret de l'instruction, Sénat, 1994.

Rapport du groupe de travail chargé de tirer les enseignements du traitement judiciaire de l'affaire dite d'Outreau, présidé par M. le Procureur général VIOU, février 2005.

Rapport fait au nom de la commission d'enquête chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l'affaire dite d'Outreau et de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement, juin 2006.

Rencontres et conférences

Entretien avec Monsieur Denis Sez nec, petit-fils de Guillaume Sez nec, mars 2010.

Conférence sur l'erreur judiciaire donnée par Me Inchauss pé à l'IEJ d'Assas, janvier 2010.

Journaux

L'Aurore

La Voix du Nord

L'écho de Paris

L'Ecole émancipée

Le Canard enchaîné

Le Figaro

Le Journal

Le Monde

Libération

L'Ouest-Eclair

Valeurs actuelles

Textes

Code civil

Code pénal

Code de procédure pénale

Sites internet

www.assemblee-nationale.fr

www.conseil-superieur-magistrature.fr

www.conseil-constitutionnel.fr

www.courdecassation.fr

www.dalloz.fr

www.echr.coe.int

www.justice.gouv.fr

www.legifrance.fr

www.lexisnexus.fr

www.senat.fr

fr.wikipedia.org

Thèse

VALICOURT DE SERANVILLIERS, Eliane de, *La preuve par l'ADN et l'erreur judiciaire*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2006.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION.....	5
PREMIERE PARTIE : L'ERREUR SUBIE.....	10
CHAPITRE 1 – L’erreur sur le droit.....	11
Section I – L'erreur matérielle, une maladresse facilement identifiable.....	11
I – L'étourderie du juge à l'épreuve de la pratique.....	11
A – L'erreur d'inattention et ses multiples manifestations.....	12
B – L'erreur d'inattention et la nécessité de sa rectification.....	13
II – Le retour aisé du juge à la logique.....	15
A – La rectification de l'erreur opérée par son auteur.....	15
B – La correction de l'erreur tempérée par des intérêts supérieurs.....	17
1 - Une saine limite apportée par l'autorité de la chose jugée.....	17
2 - L'efficacité privilégiée à la légitimité.....	19
Section II – L'erreur intellectuelle, un raisonnement maladroit difficilement appréhendable.....	21
I – Une règle de droit mal interprétée.....	21
A – L'erreur intellectuelle et la qualification abusée.....	21
B – L'erreur intellectuelle et ses formes diversifiées.....	24
1 - L'absence de prise en compte de la situation de récidive légale.....	24
2 - Une confusion malheureuse entre élément constitutif et circonstance aggravante.....	25
3 - La prescription et le fait justificatif négligés.....	27
II – L'aléa dans le rétablissement de la vérité.....	27
A – Des voies de recours plurielles et complémentaires.....	28
1 - La rétractation par la voie de l'opposition.....	28
2 - La réformation soutenue par l'appel et le pourvoi en cassation.....	29
3 - La place de l'erreur et son évolution dans la procédure criminelle.....	31
B – L'erreur persistante soumise au juge européen.....	32

CHAPITRE II – L'erreur sur les faits.....	35
Section I – Le poids de l'erreur judiciaire sur la justice pénale.....	35
I – Chronique d'une erreur judiciaire.....	36
A – De l'enquête bâclée.....	36
1 – Des faits exploitables.....	36
2 – Des faits exploités.....	37
B – A la débâcle du procès.....	41
1 – L'erreur des magistrats professionnels.....	41
2 – L'erreur des juges-citoyens.....	43
II – Le discrédit repoussé par la justice.....	44
A – L'intime conviction, une frontière insurmontable.....	44
B – L'innocence, une vérité insaisissable.....	47
Section II – Le rejet de l'erreur judiciaire sur la justice pénale.....	49
I – Le recours contre l'erreur sur les faits, un parcours du combattant.....	49
A – L'évolution favorable du pourvoi en révision.....	50
1 - Le caractère exceptionnel de sa mise en œuvre.....	51
2 - La consécration par la loi d'une jurisprudence audacieuse.....	53
B – L'émergence d'une surveillance européenne.....	55
II – La victime, acteur et spectateur de l'erreur sur les faits.....	58
A – Le devoir de la victime de ne pas s'autoaccuser.....	58
B – La faiblesse de l'institution judiciaire confrontée à l'irréparable....	60
<i>DEUXIEME PARTIE : L'ERREUR STRATEGIQUE.....</i>	63
CHAPITRE I – La stratégie de la qualification	64
Section I – Le détournement du droit conforté.....	64
I – La jurisprudence malléable autour de la correctionnalisation judiciaire.....	64
A – Une violation manifeste des principes constitutionnels fondamentaux.....	65
B – Des règles de droit dénaturées.....	67
II – La légalisation contestable de la correctionnalisation judiciaire.....	69
A – Le législateur aux devants d'une erreur consolidée.....	70
B – Le juge pénal aux commandes d'une erreur instituée.....	71

Section II – Le détournement du droit pénal renforcé.....	73
I – L'erreur entérinée par la Cour de cassation.....	73
A – La théorie de la peine justifiée ou la légalité oubliée.....	73
B – Des limites insuffisantes à l'illégalité du procédé.....	76
II – L'erreur atténuée par la jurisprudence européenne.....	79
CHAPITRE II – La stratégie de l'intimidation.....	81
Section I – L'intimidation du juge.....	81
I – L'affaire du sang contaminé empoisonnée par le juge pénal.....	82
II – Le poison de l'affaire Festina administré au juge pénal.....	92
Section II – L'intimidation par le juge.....	99
I – Le dérapage du juge pénal.....	99
A – L'erreur orchestrée par le juge pénal.....	100
B – Le juge pénal accablé par l'affaire d'Outreau.....	101
II – L'inesistence de garde-fous appropriés.....	108
A – Des mots au soutien de la dérive.....	108
B – Le faible relais assuré par la procédure disciplinaire.....	109
CONCLUSION.....	115
BIBLIOGRAPHIE.....	118