



Université Panthéon-Assas

Ecole doctorale de droit privé

Le juge pénal et l'émotion

Thèse pour le Doctorat en Droit, en sociologie du droit, droit pénal et procédure pénale.

Présentée et soutenue publiquement le mardi 24 mars 2015,

par Mademoiselle Eva SALOMON

Sous la direction de : **Monsieur le Professeur Hervé LECUYER**

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2)

Membres du jury : **Monsieur Antoine GARAPON**

Magistrat, Secrétaire général de l'Institut des Hautes Etudes sur la Justice

Monsieur Denis SALAS

Magistrat, Docteur en droit, habilité à diriger des recherches

Monsieur le Professeur Yves STRICKLER

Professeur à l'Université de Nice Sophia-antipolis

Monsieur le Professeur Edouard VERNY

Professeur à l'Université de Rennes 1

Le juge pénal et l'émotion

Avertissement

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

Ma reconnaissance va en tout premier lieu à Monsieur le Professeur Hervé LECUYER pour avoir accepté de m'accompagner dans mon travail et avoir contribué à l'enrichir.

Je remercie également Monsieur le Professeur Nicolas MOLFESSIS pour l'aide qu'il a bien voulu m'apporter.

Mon entière gratitude est ensuite acquise à Madame Martine SEM et Monsieur Alain OSMONT, juges du siège au sein de la Cour d'appel de Paris, pour m'avoir accueillie si chaleureusement, avec beaucoup de délicatesses au sein de leur juridiction, et m'avoir orientée sur les contentieux les plus intéressants au regard du présent sujet d'étude. Au-delà de leur juridiction, ils m'ont introduite auprès d'autres magistrats, m'offrant ainsi nombre d'opportunités d'enrichir ma réflexion. Ils m'auront par ailleurs transmis une part précieuse de leur savoir et offert un soutien qui me portera encore pour de nombreuses années.

Je tiens par ailleurs à exprimer mes plus vifs remerciements à Monsieur Bernard DE GOUTTES, magistrat représentant, en sa qualité d'avocat général, le ministère public au sein de la Cour d'appel de Paris, pour ses conseils avisés. Ses idées ont été sources d'intenses réflexions.

J'adresse également tous mes remerciements aux diverses personnes, magistrats ou particuliers, ayant accepté de répondre aux questions qui m'auront permis de fonder mes raisonnements.

Il n'est enfin que trop juste de remercier ceux dont la relecture a été capitale pour l'amélioration du travail présenté, en adressant tout particulièrement ma reconnaissance à Monsieur le Professeur Jean-Luc VALLENS.

Je laisserai enfin, un court instant, mon émotion prendre le pas, en adressant mes remerciements à mes proches, mes parents, ma sœur, mon oncle, ma tante, mon grand-père, Mathieu, mes amis, dont l'écoute et le réconfort furent précieux. Tout spécialement, merci à Anne-Marie HO-DINH et Diana VILLEGAS pour leur soutien de tous les instants.

Sommaire

Remerciements	vii
Sommaire	ix
Principales abréviations.....	xi
Introduction	1
Partie I : La méfiance à l'égard de l'arbitraire émotionnel du juge	16
Titre I : L'objectivation de la fonction de juger	18
Chapitre I : Une objectivation imposée par le droit positif	19
Chapitre II: Une objectivation recherchée par les acteurs juridiques.....	154
Titre II : Le contrôle et la sanction de l'arbitraire émotionnel	204
Chapitre I. La matérialisation des émotions : préalable à tout contrôle	205
Chapitre II : La responsabilité des juges et l'émotion.....	219
Partie II : L'impossible indifférence du juge aux émotions	255
Titre I : Un juge régulateur des émotions individuelles	256
Chapitre I : La nécessaire prise en compte par le juge de certaines émotions « actives »	257
Chapitre II : La recherche d'une juste mesure dans la production d'émotions tierces	284
Titre II : Un juge, incarnation des émotions sociales	309
Chapitre I : Un magistrat imprégné des émotions sociales	310
Chapitre II : Un magistrat : légitime représentant des émotions sociales	329
Conclusion générale	338
Bibliographie	342
Index	401
Table des matières	405
Résumé	409
Abstract	410

Principales abréviations

A.

- **A.F.S.P.** : Association française de sciences politiques
- **A.J.D.A.** : Actualité juridique du droit administratif
- **A.M.F.** : Autorité des marchés financiers
- **al.** : alinéa
- **Art.** : article (s)
- **Ass. plén.** : Assemblée plénière

B.

- **bull. Ass. plén.** : bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles, Assemblée plénière
- **bull. crim. Ass. plén.** : bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre criminelle, Assemblée plénière
- **bull. civ.** : bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles
- **bull. crim.** : bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre criminelle
- **B.I.C.C.** : bulletin d'information de la Cour de cassation

C.

- **C. cass.** : Cour de cassation
- **C. civ.** : code civil
- **C.A.** : cour d'appel

- **C.C.J.E.** : Conseil consultatif de juges européens
- **C.E.** : Conseil d'Etat
- **C.E.D.H., Conv. E.D.H.** : Convention Européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales
- **C.M.F.** : code monétaire et financier
- **C.N.C.D.H.** : Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme
- **C.O.J.** : code de l'organisation judiciaire
- **C.P.P.** : code de procédure pénale
- **C.S.M.** : Conseil supérieur de la Magistrature
- **c/** : contre
- **Cass. civ.** : chambre civile de la Cour de cassation
- **Cass. crim.** : chambre criminelle de la Cour de cassation
- **Cass. soc.** : chambre sociale de la Cour de cassation
- **Cons. cons.** : Conseil constitutionnel
- **Cour E.D.H.** : Cour européenne des droits de l'Homme

D.

- **D.** : recueil Dalloz
- **D.D.H.C.** : Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen

- **D.H.** recueil dalloz hebdomadaire
- **D.P.** : recueil dalloz périodique et critique
- **Dir.** : Direction
- **Dr. Pén.** : revue mensuelle droit pénal

E.

- **E.H.E.S.S.** : Ecole des hautes études en sciences sociales
- **E.N.M.** : Ecole nationale de la Magistrature
- **Ed.** : édition
- **Ex.** : exemple

F.

- **F.N.C.E.J.** : Fédération Nationale des Compagnies d'Experts de Justice

G.

- **Gaz. pal.** : gazette du palais

I.

- **I.E.J.** : Institut d'études judiciaires
- **I.H.E.J.** : Institut des hautes études sur la justice

J.

- **J.A.P.** : juge de l'application des peines
- **J.C.P. G.** : Jurisclasseur périodique, édition générale
- **J.I.R.S.** : juridictions interrégionales spécialisées

- **J.L.D.** : Juge des libertés et de la détention
- **J.O., J.O.R.F.** : journal officiel de la République française
- **Juris.** : jurisprudence

L.

- **L.O.** : Loi organique

M.

- **M.P.** : ministère public

N.

- **N.C.P.C.** : nouveau code de procédure civile

O.

- **obs.** : observations
- **op. cit.** : précité
- **ord.** : ordonnance

Q.

- **Q.P.C.** : question prioritaire de constitutionnalité

R.

- **R.F.D.A.** : Revue française de droit administratif
- **R.I.C.P.T.** : Revue internationale de criminologie et de police technique
- **R.I.D.P.** : Revue internationale de droit pénal

- **R.S.C.** : Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
- **R.T.D.Civ.** : Revue trimestrielle de droit civil
- **R.T.D.H.** : Revue trimestrielle des droits de l'Homme

S.

- **s.**: suivant (e)

T.

- **t.** : tome
- **T.A.P.** : Tribunal aux armées de Paris
- **T.C.** : tribunal correctionnel
- **T.G.I.**: tribunal de grande instance
- **Trad.** : traduit

V.

- **V.** : voir
- **Vol.** : volume

« L'affection ou la haine change la justice de face »

(PASCAL, *Pensées*)

« Vous admonesteray seulement comme vous devez vous composer et comporter en vos jugemens, sans blasme, tenant la droicte voye, sans décliner à dextre, ny à senestre... Si ne vous sentez assez forts et justes pour commander vos passions, et aimer vos ennemys selon que Dieu commande, abstenez-vous de l'office de juges ».

Chancelier Michel de L'Hospital,
Discours devant le Parlement de Rouen, le 17 août 1563.

Introduction

1. Le Doyen CARBONNIER s'exprimait ainsi : « Partout dans le droit, l'homme est au premier plan. La psychologie juridique se doit donc [...] d'embrasser tous ceux qui entrent en contact avec le droit, [...]. Les autorités non plus n'y doivent pas échapper ; il y a une psychologie du législateur et du juge. Notre procédure civile tout entière consiste en une série d'opérations mentales [...]. Le droit est fait par les hommes, pour les hommes »¹. Par cette formule, le Doyen CARBONNIER insiste sur l'ancrage humain du droit et, par là même, sur l'importance qu'y tiennent les phénomènes mentaux.

Plus précisément, dans la société contemporaine empreinte de la thématique de l'émotion, abordée tant à propos du secteur politique que dans les relations les plus élémentaires d'entreprise, il aurait été surprenant que la matière juridique s'en trouve épargnée. Le droit, en tant que science mouvante, s'adapte et s'imprègne en effet des différentes manifestations et composantes de la vie, parmi lesquelles compte désormais l'aspect émotionnel.

Ainsi, la problématique de l'interaction des émotions au sein de la matière juridique doit être appréhendée.

¹ J. CARBONNIER, *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 417.

2. Des travaux de recherche ont d'ores et déjà pu constater l'emprise significative du sentiment sur le droit lui-même, tant dans le domaine pénal que sur le plan civil². C'est pourquoi il a semblé légitime de s'interroger sur l'impact que pouvait avoir l'émotion au stade de l'application du droit.

Le magistrat incarnant cette mission d'application du droit, c'est à lui qu'il a semblé pertinent de s'intéresser.

Au sein du corps de la magistrature, les membres du parquet contribuent à cette mission en ce qu'ils requièrent l'application de la loi. Toutefois, s'ils ont bien un pouvoir de décision relevant de l'opportunité des poursuites, ils n'interviennent dans le jugement des affaires pénales que pour guider la réflexion du juge, seul en charge de trancher finalement.

En effet, les membres du parquet sont parties prenantes aux procès³, et la particularité de l'absence d'indépendance découlant de la hiérarchie progressivement installée au sein du ministère public empêche leur neutralité⁴.

² Voir par exemple, C. CARDAHI, *Sentiment et droit, nos sentiments et nos passions devant la justice et la loi, étude juridique et sociologique*, Beyrouth, 1951.

³ Il faut tout de même rappeler la Recommandation R. (2000) 19 du Comité des Ministres aux Etats membres, sur le rôle du ministère public dans le système de justice pénale, du 6 octobre 2000 : dans le paragraphe numéro 9, il est précisé que « s'agissant de l'organisation et du fonctionnement interne du ministère public notamment la répartition des affaires et l'évocation des dossiers, elles doivent répondre à des conditions d'impartialité... ». Le paragraphe 24 impose au ministère public d'« agir de façon équitable, impartiale et objective ».

Par ailleurs, J-L. NADAL développe l'idée qu'il existe des obligations d'impartialité différentes qui pèsent sur les juges et les membres du parquet et insiste sur le fait qu'en tout état de cause, si l'impartialité du parquet est autrement moins consacrée, il n'existe cependant pas un droit à la partialité pour le ministère public. Voir J-L. NADAL, « L'impartialité du magistrat », *gazette du palais*, mercredi 23, jeudi 24 mai 2012, p. 14.

⁴ Si les prémices du ministère public peuvent être trouvées au Bas-Empire, c'est le Moyen-âge qui consacra l'organisme à l'origine de l'institution actuelle. Voir M. ROUSSELET, *Histoire de la magistrature française, des origines à nos jours*, Paris, Plon, 1957, pp. 11 et s. : dans les tribunaux ecclésiastiques, siégeait le « promoteur », ayant pour charge de surveiller l'instruction, de requérir l'application des peines et d'interjeter appel des sentences. La féodalité fut également propice à ce système de poursuite : les seigneurs en charge de la justice recoururent à des agents chargés de poursuivre les coupables. C'est sous Philippe le Bel que l'on vit apparaître des Procureurs et Avocats du Roi, encore simples représentants des intérêts privés de ce dernier, avant que la confusion avec la Couronne ne les amène à représenter les intérêts de l'Etat. Cependant, les Avocats du Roi n'étaient que des avocats « espéciaux », qui s'opposaient aux « avocats généraux » choisis par les parties ordinaires. Au XVIème siècle, la situation fut inversée : le titre d'avocat général était uniquement donné aux membres du ministère public, au moment où ceux-ci n'étaient plus en charge que des intérêts de la Nation. Les Procureurs du Roi trouvent leurs origines au XIIIème siècle. Leur publicisation a suivi le même schéma que pour les Avocats du Roi. Ces procureurs demeuraient rattachés à une juridiction pour finalement ne désigner que les Procureurs du Roi établis près les Cours souveraines et les Parlements. La parole étant domaine des Avocats généraux, les Procureurs étaient en charge de la plume et se voyaient bientôt attribuer l'exclusivité des poursuites en matière criminelle. L'ordonnance d'octobre 1530 attribuait aux Officiers du ministère public la qualité de membres du Parlement, et l'Edit du mois d'août 1568 les retirait du corps des avocats pour les intégrer à celui de la magistrature. Ainsi, les gens du Roi étaient devenus magistrats (d'un point de vue terminologique, l'Ancien Régime renseigne déjà sur le caractère englobant de la « magistrature »,

Ainsi, l'impact des émotions dans l'exercice des missions exercées par les membres du ministère public relève quasi-intrinsèquement de leur position. La présente analyse ayant pour objectif d'appréhender l'impact des émotions là où leur présence est rendue moins évidente par l'exigence de neutralité, il faudra en exclure les magistrats du parquet.

Par ailleurs, en raison de l'importance des débats concernant le rapport du parquet aux autorités politiques, une analyse qui engloberait l'appréhension des liens que peuvent entretenir les membres du parquet à l'émotion se révélerait être bien au-delà des prétentions de ce travail.

subdivisée en « conseillers » et membres du parquet) et étaient presque intégrés aux juridictions près desquelles ils exercent leur mission. Voir M. ROUSSELET, *op. cit.*, pp. 21-25.

Par ailleurs, l'Ancien Régime développa la hiérarchisation des fonctions du ministère public. Initialement élus, puis titulaires d'offices, les Procureurs généraux furent nommés par le Roi à partir de la nomination de DAGUESSEAU en 1700. L'organisation du ministère public n'a presque pas été ébranlée par la Révolution, l'Assemblée constituante décidant que ces officiers seraient nommés par le Roi et institués à vie. On assista à une dissociation des fonctions du ministère public entre les fonctions du Commissaire du Roi nommé à vie par ce dernier et l'accusateur public élu par les citoyens. La question du lien de dépendance proprement judiciaire qui reliait le Procureur général au ministère public fut soulevée le 16 octobre 1804 au Conseil d'Etat et, alors que sous l'Ancien Régime, il n'y avait d'ordre que pour l'enregistrement des édits en lits de justice, il était désormais question d'y soumettre tous les actes du ministère public. Au cours des débats, fut avancée la solution qui demeure aujourd'hui : seuls les Ministres et l'Empereur peuvent savoir ce qui convient à la sûreté publique de sorte que l'officier du ministère public doit se conformer aux ordres pour entamer les poursuites. Ensuite, il recouvre sa liberté.

Tout cela se traduit aujourd'hui comme suit : se trouvent en bas de la hiérarchie, les commissaires de police, maires et adjoints remplissant au sein de chaque Canton le rôle de ministère public près les tribunaux de police. Au niveau supérieur de l'arrondissement, siègent les Procureurs de la république près les tribunaux de première instance et correctionnels. Puis viennent les Procureurs généraux au sein des Cour d'appels dirigeant l'action publique et les officiers du ministère public placés sous leurs ordres. Le Garde des sceaux peut révoquer un membre du parquet, après avoir consulté une commission de magistrats, cet avis n'étant pas liant. C'est là que réside la plus grande dépendance des membres du ministère public à l'égard du pouvoir exécutif. Par ailleurs, le Procureur général est tenu de se conformer aux ordres étatiques pour engager ou non les poursuites mais redevient libre en ses conclusions. Toutefois, le garde des sceaux ne peut pas interdire au Procureur général d'engager des poursuites. Ce principe ne se conçoit que si le Procureur général ne s'estime pas tenu de consulter les autorités gouvernementales au stade de l'opportunité des poursuites, auquel cas la possibilité de lui interdire de poursuivre des faits serait réelle.

Ainsi, après être parvenu à intégrer pleinement le corps de la magistrature, le parquet y était initialement soumis en tous points au même statut, mais la Constitution de 1946 le dissocia à nouveau quelque peu du siège, seul à être soumis à l'autorité du Conseil supérieur de la magistrature institué par ladite constitution. Les métiers de juge du siège et de magistrats du parquet sont donc à nouveau bien dissociés et seuls les juges doivent faire preuve d'indépendance à l'égard du pouvoir politique notamment.

Justement, la jurisprudence constante de la Cour E.D.H. considère que le ministère public n'est pas un magistrat, en raison de son lien avec l'autorité politique. Voir l'arrêt rendu par la grande chambre concernant l'affaire MEDVEDYEV ET AUTRES c/ France, Requête n° 3394/03, le 29 mars 2010 : la Cour a jugé, à propos de l'article 5§3 que : « Le magistrat doit présenter les garanties requises d'indépendance à l'égard de l'exécutif et des parties, ce qui exclut notamment qu'il puisse agir par la suite contre le requérant dans la procédure pénale, à l'instar du ministère public ». Voir également l'arrêt MOULIN c/ France du 23 novembre 2010, Requête n°37104/06, dans lequel la Cour confirme cette solution: « les membres du ministère public, en France, ne remplissent pas l'exigence d'indépendance à l'égard de l'exécutif, qui, selon une jurisprudence constante, compte, au même titre que l'impartialité, parmi les garanties inhérentes à la notion autonome de « magistrat » au sens de l'article 5 § 3 ».

Les questions de l'opportunité des poursuites et des justifications des choix ainsi opérés ne deviendraient importantes pour l'analyse que s'il s'agissait de traiter d'une éventuelle suppression du juge d'instruction, dont les pouvoirs reviendraient aux procureurs. Ici encore, les débats sont nombreux et l'hypothèse d'une telle réforme sera laissée à d'autres travaux.

L'étude se voudra donc délibérément cantonnée à l'autorité non partisane en charge de l'application du droit, le juge *stricto sensus*.

Dès lors, d'un point de vue terminologique, lorsqu'il sera fait référence à la notion plus large de « magistrat », cette terminologie désignera, tout au long de cette démonstration, les juges, le siège et non les magistrats du parquet.

3. Ainsi, l'analyse portera sur le rapport des juges à l'émotion. Il convient alors à présent d'appréhender les contours de la notion d'« émotion », concept sociologiquement fort dont nous entendons nous emparer tout au long de la réflexion présentée.

Le nouveau Petit Robert, renseigne sur l'étymologie du mot⁵. Son origine provient du mot émouvoir, « mettre en mouvement », d'après *motion*, « mouvement »⁶. Etre ému signifierait donc être mis en mouvement et l'émotion serait alors le phénomène de mise en mouvement.

Le premier sens du mot émotion évoqué dans cet ouvrage, décrit un mouvement une « agitation d'un corps collectif pouvant dégénérer en troubles ». La référence à l'émeute est aisée. Le Littré définit également l'émotion comme un mouvement qui se passe dans une population. La seconde acception de la notion traduit un état de conscience⁷.

Ainsi, la confrontation entre l'étymologie et la définition de l'émotion relative à l'individu permet de retenir la conception suivante : l'émotion est la mise en mouvement de la conscience, se manifestant par des troubles physiologiques. La dynamique mise en évidence permet de comprendre le caractère souvent momentané de l'émotion.

⁵ P. ROBERT, *Le nouveau petit Robert de la langue française, dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris, Dictionnaires Le Robert, 2008, p. 851.

⁶ Voir également Académie française, *Dictionnaire de l'Académie française*, Paris, Fayard, 9^e édition, 1992.

⁷ Le nouveau petit Robert parle d'un « état de conscience complexe, généralement brusque et momentané, accompagné de troubles physiologiques ». Le Littré décrit l'émotion comme un « [m]ouvement moral qui trouble et agite, et qui se produit sous l'empire d'une idée, d'un spectacle, d'une contradiction, et quelquefois spontanément sous l'influence d'une perturbation nerveuse ».

C'est également sur cet aspect dynamique qu'insiste Pierre LIVET lorsqu'il définit l'émotion comme « la perception et la résonance affective d'une différence entre la dynamique des attentes implicites propres à notre activité – ou notre passivité – du moment, et la dynamique impliquée par de nouveaux traits de la situation, quand nous appréhendons ces différences selon nos désirs et préférences ». L'émotion repose donc selon lui sur l'idée d'un différentiel ou d'une discontinuité⁸.

Mais si cette approche dynamique permet d'appréhender toute la diversité des émotions au sein de la présente analyse, il peut être pertinent d'opérer une classification.

Pour cela, la théorie du psychologue P. EKMAN est intéressante. Celui-ci a identifié, dans les années quatre-vingt-dix, par les contractions musculaires qu'elles engendrent sur le visage, six émotions principales : le bonheur, la tristesse, la peur, la colère, la surprise et le dégoût. Ces émotions sont dites universelles⁹.

Une étude plus récente de Raphael JACK de l'université de Glasgow vient apporter de nouveaux éléments à cette classification : la peur et la surprise d'une part, la colère et le dégoût d'autre part, ont des signaux communs. Nos émotions de base seraient donc réduites au nombre de quatre¹⁰.

Par ailleurs, une autre classification ressort de ce que l'émotion ne se réduit pas toujours à une simple réaction et peut constituer une attitude. Elle a permis à DANTZER de distinguer trois niveaux d'émotions. Le premier recouvre les émotions dites fondamentales, qui sont bien des réactions face à un événement extérieur, telles que le dégoût et la peur. Le deuxième niveau est constitué des « émotions dérivées » qui reposent sur « l'émotion engendrée par l'image que l'on a de la conscience de l'autre », par exemple, le « mépris qui est le dégoût pour les prétentions d'une autre conscience, la méfiance, qui est la peur du mystère de celle-ci ».

⁸ P. LIVET, *Emotions et rationalité morale*, Paris, P.U.F., 2002, p. 23. Plus précisément, il définit l'émotion comme « la résonance affective, physiologique et comportementale d'un différentiel entre un ou des traits perçus ou imaginés de la situation en cause, et le prolongement de nos pensées, imaginations, perceptions ou actions actuellement en cours ».

⁹ P. EKMAN, « An Argument for Basic Emotions », *Cognition and Emotion*, 1992, n° 6, pp. 169-200.

¹⁰ Les premiers se manifestent par des yeux grands ouverts, alors que les autres ont comme expression commune le plissement du nez. Voir O.G.B. GARROD, R. E. JACK, P. G. SCHYNS, « Dynamic Facial Expressions of Emotion Transmit an Evolving Hierarchy of Signals over Time », *Current Biology*, Vol. 24, n° 2, 20 Janvier 2014, pp. 187–192. Pour analyser les émotions, ils ont filmé les volontaires avec une caméra 3D, qui exprimaient ainsi leurs émotions pendant que la caméra analysait le travail des 42 muscles du visage sollicités.

Enfin, le dernier niveau désigne les « émotions tierces » qui découlent de la « conscience de soi face au regard de l'autre ». Par exemple, « la honte qui est le mépris de soi, la timidité qui est la peur de sa propre valeur telle qu'elle est perçue par les autres »¹¹.

Partant de ces définitions, il convient de distinguer l'« émotion » des « sentiments » et « sensations », termes s'en rapprochant à tel point que le langage courant finit souvent par les confondre.

Le dictionnaire encyclopédique précité, associe le « sentiment » au verbe « sentir ». Ce terme renvoie à trois définitions. La première s'apparente à une sensation, une sensibilité. Cette définition permet d'opposer le sentiment à la raison. Le deuxième sens peut renvoyer soit à un état de « conscience plus ou moins claire, une connaissance comportant des éléments affectifs et intuitifs », de l'ordre de l'impression, soit à une « capacité de sentir, d'apprécier (un ordre de choses ou de valeurs) », comme l'instinct, soit, littéralement, à un « jugement, une opinion qui se fonde sur une appréciation subjective (et non sur un raisonnement logique) », à rapprocher du point de vue. Le dernier sens désigne un état affectif complexe, assez stable et durable, lié à des représentations. L'encyclopédie renvoie alors à la notion d'émotion.

Le rapprochement de ces notions permet de préciser les grandes lignes de la définition du concept d'émotion : il semble que le sentiment soit essentiellement subjectif et non fondé sur la raison, là où l'émotion peut se révéler être moins subjective dans la mesure où elle peut être partagée par un grand nombre de personnes. Par ailleurs, le sentiment repose essentiellement sur des éléments affectifs, alors que l'émotion peut déborder le seul cadre des affects.

Ainsi, le concept d'émotion se révèle plus vaste que celui de sentiment et ce dernier pourrait être une composante de l'émotion lorsque celle-ci repose sur un état affectif.

Alors, le concept d'émotion pouvant englober les sentiments, il a fallu s'interroger sur l'intérêt de conserver intact l'objet d'étude ou s'il y avait lieu d'y substituer la référence au sentiment. En d'autres termes, fallait-il s'intéresser au tout ou à la partie ? C'est finalement l'importance du critère d'extériorisation physiologique de l'émotion et l'impossibilité de réduire l'étude à des enjeux proprement individuels qui ont justifié le maintien de l'étude à l'échelle de l'émotion.

¹¹ R. DANTZER, *Les émotions*, Paris, P.U.F., 1988, p. 9.

La « sensation » apporte quant à elle un indice supplémentaire dès lors qu'elle se trouve à mi-chemin entre l'émotion et le sentiment. Le nouveau petit Robert la définit comme un état psychologique à forte composante affective, caractérisé par son immédiateté et par un caractère physiologique plus marqué que concernant un sentiment.

L'émotion étant provoquée par la confrontation à une situation et à l'interprétation de la réalité, la sensation s'en approche par ses manifestations physiologiques. Elle s'en éloigne toutefois par son caractère non essentiellement fondé sur la conscience. W. WUNDT a également accordé à l'émotion ce statut spécial de la conscience, qui la distinguait des sensations¹².

Par ailleurs, si l'on se rapporte aux réflexions des philosophes occidentaux que sont PLATON, ARISTOTE¹³, les stoïciens ou encore SPINOZA¹⁴ et Adam SMITH¹⁵, l'émotion se distingue de l'instinct corporel en ce qu'elle contient en elle-même l'orientation vers un objet intentionnel, tel qu'il est perçu par l'individu ému. De plus, elle repose sur des croyances¹⁶.

Pour ces raisons, la notion de « sensation » ne sera pas non plus prise en considération dans cette étude.

Alors, si l'émotion repose sur un état de conscience, il faut s'interroger sur l'emprise possible de l'individu sur ses émotions.

La terminologie couramment employée à propos des émotions présente sur ce point beaucoup d'intérêt. L'émotion s'y exprime à travers un vocabulaire significatif : une émotion peut « submerger », « envahir », « dominer », « surprendre », « frapper », et il est fréquent qu'un individu dise être « sous le coup de l'émotion ». Il semblerait alors que l'individu soit passif face à l'émotion. Il la subit.

Toutefois, l'objection à une totale passivité de l'individu face à l'émotion relève de la définition même du mot : s'il s'agit d'une mise en mouvement de la conscience, individuelle ou collective, il est forcément des hypothèses dans lesquelles la passivité est réduite au simple abus de langage.

¹² W. WUNDT, 1832-1920, psychologue et philosophe allemand, fondateur du premier laboratoire de psychologie expérimentale dans son Etat.

¹³ ARISTOTE, *Les grands livres d'éthique : La grande morale*, trad. C. DALIMIER, Paris, Arléa, 1992, 221 p., livre 1, chapitre XI.

¹⁴ B. SPINOZA, *L'éthique*, III^e partie, trad. A. GUERINOT, Ivrea, 1993.

¹⁵ A. SMITH, *Théorie des sentiments moraux*, trad. par M. BIZIOU, C. GAUTIER, J-F. PRADEAU, Paris, P.U.F., 1999, 469 p.

¹⁶ M. NUSSBAUM, « Les émotions comme jugement de valeur », in P. PAPERMAN, R. OGIEN, *La couleur des pensées. Sentiments, émotions, intentions, série Raisons pratiques*, n°6, Paris, ed. de l'E.H.E.S.S., 1995, p. 25.

En effet, la mise en mouvement peut être imposée par un élément extérieur à l'individu, auquel cas celui-ci demeure passif face à cette émotion provoquée, mais elle pourrait également résulter d'une « démarche » individuelle. L'individu « s'émeut ».

Une classification des émotions qui les distinguerait selon l'autonomie du sujet conscient ressort alors de la démonstration. Il y aura d'une part les émotions dites « actives » qui naissent de manière autonomes dans l'esprit du juge et les émotions « passives » ou « subies » qui s'imposent au sujet par une « force » contraignante extérieure.

Par exemple, la compassion - qui se rattache à l'émotion de base de la tristesse puisqu'il s'agit d'être triste avec autrui - relève d'une démarche autonome de celui qui en fait preuve et constitue une émotion active. Il en va de même de la peur du noir qui est un état trouvant son origine dans l'individu, sans contrainte.

A l'inverse, la peur qui fait suite à une menace relève des émotions passives puisqu'elle est imposée par le danger auquel l'individu est soumis par la présence d'un chien méchant ou par la pression de l'arme qui le vise.

Afin d'éviter les confusions, il convient de préciser que cette classification n'est nullement fondée sur l'origine du *stimulus*. Ainsi, une mise en mouvement de la conscience trouvant son origine dans le milieu extérieur, sans être produite par une contrainte, pourra être dite « active ». Par exemple, pour reprendre les exemples précités, la tristesse qui résulte de la compassion avec la situation d'autrui trouve bien son origine dans des événements extérieurs à l'individu (le malheur d'autrui), mais, ne procédant pas d'une contrainte extérieure, celle-ci relève des émotions actives. La peur du noir trouve sa source dans l'ambiance extérieure mais n'est le fruit d'aucune pression externe au sujet¹⁷.

Le postulat contraire viderait la distinction de son sens, dès lors que le *stimulus* émotionnel provient souvent du milieu extérieur.

4. Pour résumer, la définition de l'émotion retenue à ce stade est la suivante : il s'agit d'une mise en mouvement de la conscience, individuelle ou collective, par réaction ou relevant d'une attitude, pouvant être en rapport avec le milieu extérieur du sujet, ou interne à lui-même et se manifestant par des troubles physiologiques permettant de la repérer.

¹⁷ A l'inverse, la crainte de l'échec, si elle n'est pas imposée par une figure d'autorité, des parents par exemple, naît dans le for intérieur du sujet et dépend de sa considération de lui-même, de sa confiance en lui, mais lui est dictée par les standards de réussite sociale. Il s'agit d'une émotion passive, qui trouve sa source dans l'individu lui-même.

Cette mise en mouvement peut être engendrée par un état affectif mais ne s’y réduit pas, elle est le résultat d’un différentiel entre les attentes de l’individu et la situation à laquelle il se trouve confronté. Etant intrinsèquement liée à la conscience, elle n’est aucunement instinctive.

Il faut intégrer une catégorisation des émotions dans la définition : il existe des émotions dites « subies » ou « passives » et les émotions « actives ».

Il faut enfin souligner le lien intrinsèquement indissociable entre l’individu ému et son émotion. L’émotion peut toutefois être partagée, elle peut être éprouvée par plusieurs individus, jusqu’à devenir collective par l’association de ressentis individuels. La somme des individualités émotionnelles forme alors une émotion collective¹⁸.

5. La définition du concept social d’émotion étant à présent achevée, son interaction avec le sujet concerné par l’analyse, à savoir le juge, devient plus évidente.

En effet, si la figure du magistrat représente, dans l’idéal collectif, un personnage doué de détachement et de distance par rapport aux affaires qui se présentent à lui¹⁹, le rapport des juges à l’émotion pourrait se révéler bien plus fort qu’il n’y paraît.

Dans une première perspective, et rappelant la tendance à vouloir restituer sa place au juge dans la société civile et à le rapprocher des citoyens, ce magistrat se présente désormais comme étant « issu du sérail des gouvernés et non comme exprimant le pouvoir des gouvernants »²⁰.

Le citoyen se reconnaît dans son juge, mais l’essentiel est que ce dernier ne tend plus uniquement à partager avec les justiciables une « culture commune idéale » ; il est « le citoyen qui se fait juge »²¹.

Dès lors, partant d’un postulat communément admis en psychologie, selon lequel le fonctionnement humain repose sur l’interaction d’émotions, le juge ressent des émotions en tant que citoyen²².

¹⁸ L’étude de la sociologie de DURKHEIM permet de souligner ce lien intrinsèquement indissociable entre l’individu ému et son émotion.

¹⁹ Voir J. CARBONNIER, *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 490. « [C]’est presque un coup de génie que d’avoir imaginé ceci : que le commandement appartiendra, que l’obéissance sera due, à un ordre qui n’a point de visage, dont on peut attendre, puisqu’il est impersonnel, qu’il interpellera sans passion et sera écouté sans colère ».

²⁰ T. S. RENOUX, « La liberté des juges », in *Les juges, Pouvoirs*, 1995, n°74, p. 63 (§56).

²¹ T. S. RENOUX, *op. cit.*, p. 63.

²² EKMAN et FRIESEN ont par exemple démontré qu’il existe des émotions fondamentales (joie, colère, dégoût, tristesse, peur et surprise) universellement partagées. L’universalité de l’expression des émotions a été également démontrée par DARWIN, qui considère que les signaux sont intégrés dans le système nerveux de tout homme. Voir C. DARWIN, *L’expression des émotions chez les hommes et les animaux*, traduit de l’anglais par S. POZZI, R.

Ajoutant à cela l'exposition toute particulière à l'émotion d'une mission se résumant parfois à l'arbitrage de la misère sociale, il semble que l'intervention neutre des juges, exigée par leur statut, se trouve compliquée.

C'est ainsi que le Roi SALOMON a dû arbitrer ces deux jeunes femmes ayant accouché d'un garçon, sous le même toit, alors qu'un matin, l'une d'elles avait trouvé près d'elle un nourrisson sans vie. Elle crut alors reconnaître le fils de sa voisine et accusa celle-ci d'avoir profité de la nuit pour substituer les deux enfants. Ainsi, les deux femmes disaient toutes deux être la mère de l'enfant survivant²³.

La solution adoptée ne relève ni « de l'expérience, ni de la mémoire des précédents »²⁴. Elle repose sur l'amour maternel et ainsi sur les émotions d'une mère, afin de piéger celle qui se prétendait l'être à tort. La prise en compte des émotions des parties par le juge est ici significative.

Plus proche de nous, le « bon juge MAGNAUD »²⁵ développe, dans des affaires particulièrement empruntes de misère sociale, une jurisprudence humaine que François GENY qualifiera de « jurisprudence de pur sentiment »²⁶. Par exemple, dans l'affaire Louise MENARD, le juge MAGNAUD acquitte, au regard de l'état d'absolue nécessité de la prévenue, en interprétation des dispositions de l'article 64 du code pénal, une jeune fille-mère - ici encore - qui avait dérobé du pain chez un boulanger parce qu'elle n'avait rien mangé depuis deux jours²⁷. Ainsi, le Président MAGNAUD fonde sa décision sur sa compassion envers les nécessiteux.

Il s'agit alors pour ce « bon juge » de laisser ses propres émotions contribuer à la décision²⁸.

BENOIT, Paris, C. REINWALD libraire-éditeur, 1890, pp. 69 et s. Les développements suivants approfondiront cette question.

²³J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 438.

²⁴J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 437.

²⁵ Pour une comparaison entre le roi SALOMON et le président MAGNAUD, voir J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 436 : « Un peu comme, chez nous, le président Magnaud, le Salomon de Château-Thierry, si l'autre fut le bon juge de Jérusalem ». A propos d'autres affaires concernant ce juge, voir CASAMAYOR, *Les juges*, Paris, Seuil, 1963, p. 160.

²⁶ F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique*, Paris, L.G.D.J., 1919, t. 2, n° 196 et s., p. 307 ; F. GENY, *op. cit.* p. 304 : « cette jurisprudence se développe [...] par le détail de ses analyses et la pénétration de ses raisonnements, en une méthode, largement humaine, qui sacrifie les abstractions et les formules pour mieux découvrir les réalités et les soumettre à la réaction immédiate du sentiment ».

²⁷ Tribunal correctionnel de Château-Thierry, 4 mars 1898, solution confirmée par la cour d'appel d'Amiens le 22 avril 1898, *D.P.*, 1899, II, p. 329, note L. JOSSERAND.

²⁸ Pour une critique de la méthode d'interprétation du « bon juge », trop peu scientifique, voir F. GENY, *op. cit.*, pp. 287-307. Voir également M.-A. FRISON-ROCHE, « Le modèle du bon juge MAGNAUD », in *De code en code : Mélanges en l'honneur du doyen Georges WIEDERKEHR*, Paris, Dalloz, 2009, pp. 335-342. L'auteur rapproche le

Puis, il est impossible de ne pas évoquer l'affaire Outreau, caractéristique de l'impact de l'émotion collective soulevée par certains types d'infractions socialement considérées comme étant particulièrement abjectes, sur la perception des faits par le juge, incarné en l'espèce par le juge BURGAUD²⁹.

Ces différentes figures illustrent la difficulté pour le juge d'adopter une méthode de recherche de la vérité et d'application du droit qui laisse une place mesurée aux émotions qui lui sont propres, ainsi qu'à celles de tiers, auxquelles il se trouve pourtant nécessairement confronté.

Cette problématique est présente en beaucoup de matières juridiques. En effet, le droit social vient rectifier une inégalité inhérente aux relations unissant les employeurs à leurs salariés et le jugement, en faits, par des juges non-professionnels en première instance devant le conseil des prud'hommes, fait la part belle aux émotions. Par ailleurs, en matière civile, les juges aux affaires familiales ne sont pas en reste lorsqu'ils prononcent, par exemple, le retrait de l'autorité parentale en ce qui concerne un enfant qu'ils devront ensuite placer dans une structure d'accueil. Finalement, la question de droit à laquelle devait répondre le Roi SALOMON ne trouvait-elle pas son siège dans le droit de la filiation ? Les perspectives tenant aux nouvelles techniques de procréation, la gestation pour autrui, promettent d'ouvrir encore davantage le champ des émotions en matière civile.

Toutefois, la matière pénale étant celle qui recèle le plus d'émotions, il conviendra d'y cantonner l'analyse. Les juges s'y trouvent au cœur de situations complexes, par définition conflictuelles ou de déviance, auxquelles ils doivent mettre un terme en apportant la sérénité rendue possible par une justice d'Etat³⁰.

Voici les raisons pour lesquelles il faudra se pencher sur la question du rapport du juge à l'émotion en droit pénal, en prenant ce dernier comme éprouvant des émotions citoyennes, sociales, amplifiées par la nature même de ses fonctions.

juge qui tranche par le biais de ses sentiments du juré pour aborder les risques du jugement sentimental (pp. 338-339).

²⁹ Cour d'assises de St-Omer, 2 juillet 2004 ; C.A. Paris, 1^{er} décembre 2005, voir *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, présidée par M. A. VALLINI*, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 6 juin 2006, n° 3125.

³⁰ Par opposition au système de justice privée, dont le rayonnement est moindre.

6. D'un point de vue méthodologique, le caractère *a priori* immatériel de l'émotion pouvait rendre leur appréhension et leur observation difficiles. Cependant, la présente définition consacrant le critère physiologique permet d'accorder de l'importance aux dites manifestations. C'est ainsi que, par exemple, l'apparition de magistrats manifestant leur stress, leur emportement en cours d'audience ou au cours du délibéré, faisant preuve de distanciation, souvent par l'humour, sont autant d'indices des émotions possiblement ressenties³¹.

Précisions que, ne s'agissant pas d'entrer dans des considérations de psychologie, les manifestations extérieures sont ici appréhendées en tant qu'elles sont des indices de ressentis émotionnels, sans nécessairement chercher à qualifier ces émotions au-delà du simple critère d'autonomie.

Il faudra toutefois constater que le caractère éphémère de ces manifestations physiologiques ne permet pas de surmonter toutes les difficultés relatives à leur perception et rend nécessaire de recourir, lorsque cela est possible, à d'autres moyens d'appréhension.

C'est alors la confiance des juges qui permet d'approcher leurs émotions, étant précisé que leur devoir de réserve les incite souvent à refuser toute matérialisation des entretiens réalisés pour les besoins de la présente étude. Ceci explique que de nombreuses observations ne soient retranscrites et relèvent de propos volontairement demeurés anonymes. Ces conditions n'ont toutefois rien retranché aux analyses qui ont pu être tirées de ces entretiens informels.

Dès lors, procédant selon la méthode durkheimienne, il faut considérer que si les individus disent éprouver des émotions, il serait mal venu de penser qu'ils se trompent. Ce même raisonnement a été appliqué aux magistrats³².

Enfin, et plus largement, l'étude des motivations des décisions de justice permet également d'approcher les empreintes émotionnelles matérialisées par ce biais³³.

7. Quel est donc le rapport des juges à l'émotion en droit pénal ? Il semble que le parfait exercice de la fonction de juger passe avant toute chose par le fait, pour le professionnel, d'apprivoiser ses propres émotions ainsi que de s'affranchir de certaines qui lui sont extérieures, afin d'épurer ses jugements dans l'intérêt d'une justice équitable.

³¹ Les constatations répétées de ces mêmes schémas ont ainsi permis de conclure à l'apparition de mécanismes de protection, augmentant avec la difficulté des affaires se succédant.

³² E. DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, 17^{ème} édition, Paris, P.U.F., 1968, 149 p.

³³ Voir § 139 et s. de la présente étude.

Ce souhait de neutralité émotionnelle est d'autant plus fort dans un contexte où certaines traditions occidentales de pensée sur le rationalisme et le jugement sont empreintes de préjugés à l'encontre de l'émotion et où l'utilitarisme économique a consacré un mode de raisonnement détaché comme étant la norme. Cette conception « rationnelle » n'a pas été sans effets sur le droit à travers le succès du mouvement « droit et économie »³⁴.

Précisément, deux lignes d'attaques contre les émotions ressortent de la tradition philosophique occidentale. La première énonce que les émotions sont irrationnelles, étant étrangères à tout jugement ou cognition et relevant de la nature animale de l'homme³⁵.

Cette argumentation est désormais discréditée par ceux-là mêmes qui la rendaient populaire, en raison de la distinction fondamentale érigée par les philosophes occidentaux comme PLATON, ARISTOTE, les stoïciens grecs et romains, SPINOZA, SMITH, qui s'accordent sur la nécessaire distinction entre des émotions comme la peine ou l'amour, et de simples instincts corporels tels que la faim ou la soif.

La seconde critique permettant à la tradition occidentale de poursuivre son mouvement de rejet des émotions³⁶, repose sur le fait que les jugements liés aux émotions seraient faux en ce qu'ils sont basés sur des personnes et événements extérieurs incomplètement contrôlés par la volonté rationnelle³⁷. L'émotion en tant que pensée attachant de l'importance aux choses extérieures instables serait à bannir. Un bon juge doit être une personne stable ne pouvant pas être détournée par les courants du hasard et de la mode.

³⁴ M. NUSSBAUM, « Les émotions comme jugement de valeur », in P. PAPERMAN, R. OGIEN, *La couleur des pensées. Sentiments, émotions, intentions, série Raisons pratiques*, n°6, Paris, ed. de l'E.H.E.S.S., 1995, p. 20. A propos de ce mouvement, l'analyse économique du droit propose une méthode d'approche des phénomènes juridiques qu'elle considère de façon scientifique. Tout problème de décision peut relever des outils de l'analyse économique.

³⁵ M. NUSSBAUM, *op. cit.*, p. 24.

Dans le même sens, Charles-Henry CUIN, décrit l'émotion comme une « désapprobation involontaire de nous-même » pouvant aller jusqu'au reniement de notre volonté. L'auteur propose alors la définition suivante de l'émotion: « l'émotion est une expérience psycho-physiologique que le sujet éprouve comme une altération plus ou moins importante de sa rationalité, voire de son intentionnalité, c'est-à-dire une diminution plus ou moins importante des contrôles conscients qu'il exerce (ou pense exercer) habituellement sur ses conduites. Cette diminution du contrôle affecte à la fois l'esprit et le corps ». Voir C-H. CUIN, « Émotions et rationalité dans la sociologie classique : les cas de WEBER et DURKHEIM », in *Autour de l'épistémologie de la sociologie et de la sociologie des sciences : des débats, un réexamen, Revue européenne des sciences sociales, Cahiers Vilfredo Pareto*, n° XXXIX-120, pp. 77-100.

³⁶ Les membres les plus influents seraient PLATON, EPICURE, LUCRECE, les stoïciens grecs et romains et des penseurs modernes d'influence stoïcienne tels que DESCARTES et SPINOZA.

³⁷ M. NUSSBAUM, *op. cit.*, p. 26.

Cependant, s'il est vrai que les croyances relatives aux choses extérieures sont nécessaires à l'émotion, la réciproque veut que sans émotion, il n'y ait pas de jugement à part entière³⁸.

Ainsi, la nécessité d'appriivoiser ses émotions n'appelle nullement leur éradication. Etre juge signifie bien trancher un litige en son âme et conscience, en faisant appel à toute la part d'humanité qui réside en chacun, afin que le travail de rendre la justice ne se résume pas à appliquer des règles de droit - par définition et idéalement générales et abstraites - et que d'autres principes tels que l'individualisation des peines ou la proportionnalité de la mesure conservent tout leur sens.

C'est de cette dichotomie entre un magistrat refoulant ses émotions, mais parvenant à conserver ce qui fait de lui un être humain, pensant et évoluant au sein d'une société donnée, que naît la complexité du rapport du juge à l'émotion.

L'affirmation de D'AGUESSEAU au cours de l'une de ses mercuriales, démontrant que l'amour de la justice peut être un défaut chez un magistrat, car il s'agit précisément d'une passion³⁹, traduit le paradoxe aujourd'hui reflété par les constantes réflexions relatives au statut de la Magistrature.

Le caractère équivoque de la notion de justice explique la problématique relative à la place accordée à l'émotion, puisque la justice, appréciée comme une vertu, laisse une place à l'émotion. Au contraire, si la justice désigne l'institution au sein de laquelle sont appliquées les règles de droit, l'émotion tend à être davantage écartée.

Le juge incarnant le rôle vertueux de rendre la justice, tout en représentant l'institution et en appliquant le droit, les difficultés relatives à la place que l'émotion occupe dans sa fonction de juger sont posées.

8. Dès lors, la réflexion intégrant des problématiques relevant uniquement de la matière pénale, quelle place le droit accorde-t-il à l'émotion dans la conception actuelle du métier de juge ? Contre quels types d'émotions tente-t-il d'isoler ces professionnels et au moyen de quelles garanties assure-t-il leur neutralité ?

³⁸ M. NUSSBAUM, *op. cit.*, p. 30.

³⁹ XI^e mercuriale, *La vraie et la fausse justice*, prononcée à la Saint Martin, 1708.

Dans quelles mesures et sous quelles réserves le droit ne demeure-t-il pas totalement imperméable à l'émotivité humaine, allant parfois jusqu'à « institutionnaliser » le recours à ce qui relève de la conviction intimement émotionnelle dans le processus de jugement, et renvoyant ainsi le magistrat au déterminisme lié à sa condition d'être social? Au-delà du droit, la perspective d'un juge intégré à la société qui l'entoure ne pourrait-elle pas venir légitimer certaines interventions émotionnelles au sein de la prise de décision ?

Il conviendra de constater la méfiance existant à l'égard de l'arbitraire que pourraient susciter les émotions ressenties par le juge (Partie I), alors que la fonction même de juger exige de ne pas être imperméable à toute considération émotionnelle (Partie II).

Partie I : La méfiance à l'égard de l'arbitraire émotionnel du juge

9. Si de tous temps les magistrats ont dû faire preuve de probité⁴⁰, il est possible de constater un manque de confiance des justiciables dans la justice pénale incarnée par le juge⁴¹. Cette hostilité peut s'expliquer d'une part, par la posture caractéristique française d'opposition à l'autorité.

D'autre part, l'expérience d'un moment passé dans un tribunal n'est jamais un bon souvenir pour celui qui n'en fait pas son métier. En effet, dans son ouvrage sur l'histoire de la magistrature, Marcel ROUSSELET fait une analyse de la perception des décisions de justice par les justiciables : selon lui, le perdant gardera un goût amer de l'institution, des juges, mais le vainqueur ne conservera pas l'image opposée d'une bonne expérience, il considèrera, au mieux, quand les inconvénients procéduraux n'obstruent pas sa pensée, que le juge n'a fait ni plus ni moins que son devoir⁴².

Le formalisme et la solennité du cérémonial de justice n'est par ailleurs pas étranger aux ressentis : la distance ainsi instaurée favorise la désaffection du public qui, par définition, y demeure étranger et exclu par les costumes, le langage et les rites du procès.

Toutes ces raisons aboutissent à une défiance des Français à l'égard de l'institution dans sa globalité, que les magistrats constatent eux-mêmes⁴³.

La personnification de la justice à travers la figure du magistrat explique la méfiance à l'égard de l'arbitraire émotionnel des juges, qui se ressent plus largement que dans l'esprit des justiciables, pour véritablement imprégner la matière.

⁴⁰ La justice de l'Ancien Régime était certes corrompue par le système des épices, mais il était interdit aux magistrats par exemple de se porter adjudicataire de peur que les particuliers craintifs de leur autorité n'hésitent à surenchérir face à eux.

⁴¹J-P. DELEVOYE, « Seul le prononcé fait foi », in *Etre magistrat dans la cité, entre légitimes attentes et tentations démagogiques, Les cahiers de la justice, revue semestrielle de l'E.N.M.*, printemps 2007, p. 124.

⁴² M. ROUSSELET, *Histoire de la magistrature française, des origines à nos jours*, Paris, Plon, 1957, tome 2, pp. 389 et s.

⁴³ 63 % des magistrats interrogés en 2008 dans un sondage I.F.O.P. dans le cadre d'une enquête de satisfaction, pensent que les Français n'ont pas confiance en la justice.

Voir sondage I.F.O.P. pour le Conseil Supérieur de la Magistrature, *Les magistrats et la déontologie*, 23 juillet 2008, in *C.S.M., Rapport annuel d'activité 2008*, Paris, La documentation française, 2009, p. 100, ou sondage I.F.O.P. pour le C.S.M., *Le regard des Français et des magistrats sur la Justice et la déontologie, Les français, les magistrats et la déontologie*, octobre 2008, p. 7.

10. Le terme d'arbitraire est ici entendu au sens d'une décision dépourvue de logique et de raisonnement. Par ailleurs, est arbitraire ce qui n'est pas susceptible de contrôle et dont l'auteur n'est pas tenu de justifier la teneur. Ainsi, la notion d'arbitraire se rapproche d'une décision subjectivement irraisonnée et échappant à tout contrôle⁴⁴.

11. Pour rassurer et neutraliser l'éventuel arbitraire, il faut donc préserver le raisonnement à l'origine du jugement en encadrant certaines émotions qui pourraient venir inhiber la réflexion du juge.

Ainsi, nous verrons que la méfiance à l'égard de l'arbitraire émotionnel entraîne un mouvement d'objectivation de la fonction de juger (Titre I), et que la recherche d'effectivité du contrôle du travail des magistrats ainsi que la sanction de l'arbitraire émotionnel doivent être les corolaires de cette première tendance (Titre II).

⁴⁴ P. CONTE, « L'arbitraire judiciaire, chronique d'humeur », *J.C.P.*, 1988, n°2, p. 3343 ; L'auteur ajoute que l'arbitraire découlerait du fait que les juges s'affranchissent des lois, notamment par leur interprétation. Cette idée n'est pas retenue ici dès lors que le manque de base légale est sanctionné par la Cour de cassation et que l'obligation de motiver les décisions est posée. Voir § 140 et s. de la présente étude.

Titre I : L'objectivation de la fonction de juger

12. Rappelant que l'exercice de la justice ne peut être détaché de l'humanité du juge, le terme d'objectivation souligne une volonté d'approcher l'idéal d'objectivité, sans pour autant renier toute part de subjectivité.

13. L'anecdote d'Ulysse offre un exemple mythologique de la méfiance à l'égard des émotions. Se sachant vulnérable au chant des sirènes, Ulysse adopte une stratégie, formalisée et baptisée par ELSTER comme étant celle de « l'engagement préalable »⁴⁵ : en se liant les mains pour ne pas mener sa flotte à la perte, il se prémunit contre ses émotions.

Dans une même logique et concernant les juges, les liens permettant de n'être vulnérables aux émotions se muent en règles diverses et principes procéduraux encadrant leur office.

Mais la tendance à l'objectivation visant à neutraliser l'arbitraire émotionnel du juge s'observe tant sur le plan théorique que pratique.

Ainsi, il conviendra d'étudier comment le droit œuvre en faveur de l'objectivation de la fonction de juger (Chapitre I), pendant que la pratique aspire elle aussi de plus en plus à une conviction moins faillible (Chapitre II).

⁴⁵ J. ELSTER, *Le laboureur et ses enfants: deux essais sur les limites de la rationalité*, trad. de l'anglais par A. GERSCHENFELD, Paris, les éditions de Minuit, 1986.

Chapitre I : Une objectivation imposée par le droit positif

14. La réflexion porte à ce stade sur les manifestations de l'objectivation au sein des règles juridiques de fond. Comment le droit exige-t-il et garantit-il la nécessaire distance du magistrat à l'égard de certaines émotions qu'il pourrait ressentir ?

Les concepts d'impartialité et d'indépendance, embrassant, sans s'y réduire, le rapport du magistrat aux émotions, sont les traductions de cette objectivation (Section I), alors que la rigueur du cadre juridique de la prévention permet de remédier à l'intrusion de l'émotion des parties dans l'esprit du magistrat (Section II).

Section I : Impartialité et indépendance : reflets de l'objectivation

15. Les espoirs d'indépendance et d'impartialité reposent avant tout sur les valeurs des magistrats et leur personnalité. Toutefois, la gravité du contentieux pénal est telle qu'il ne serait pas raisonnable de ne compter que sur ces vertus⁴⁶.

Plus encore, le juge peut être ballotté entre des aspirations idéologiquement contradictoires. Ainsi, si l'avocat général D'AGUESSEAU affirmait en 1699 que le juge doit être « un homme toujours armé pour faire triompher la justice, protecteur intrépide de l'innocence »⁴⁷, une autre vision du métier tend à préférer la veuve et l'orphelin.

⁴⁶ ARISTOTE décrivant les vertus ainsi : « les vertus ne sont pas en nous par l'action seule de la nature, et elles n'y sont pas davantage contre le vœu de la nature ; mais la nature nous en a rendus susceptibles, et c'est l'habitude qui les développe et les achève en nous ». ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, trad. de J. BARTHELEMY SAINT HILAIRE et A. GOMEZ-MULLER, livre II, librairie générale française, 1992, p. 78. Parmi ces vertus, il y a celle de la distance du juge, qui répond à un principe d'autonomie.

Voir également, M.-A. FRISON-ROCHE, « Le modèle du bon juge MAGNAUD », in *De code en code : Mélanges en l'honneur du doyen Georges WIEDERKEHR*, Paris, Dalloz, 2009, p. 339 : L'auteur insiste sur le danger de s'en remettre à la distance affichée par les juges par rapport à toute émotion, dès lors que les parties se trouvent alors confrontées à des « sentiments non exprimés, non maîtrisés du juge, sans que le juge doive l'explicitier ».

⁴⁷ M. ROUSSELET, *op. cit.*, tome I, p. 401.

La neutralité du juge doit donc être procéduralement encadrée et, au sortir de la seconde guerre mondiale, les démocraties occidentales ont affirmé au moyen de traités internationaux les valeurs morales constituant leur patrimoine commun, parmi lesquelles le droit à un procès équitable, devant un tribunal indépendant et impartial⁴⁸.

16. Ces valeurs morales constituent désormais des principes directeurs du procès, consacrés tant au plan supranational qu'à l'échelle du droit interne.

L'article 6§1 de la C.E.D.H. dispose que « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement [...] par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera [...] du bien fondé de toute accusation en matière pénale [...] ». Ainsi, le droit à un tribunal impartial est érigé en condition du procès équitable.

En reprenant les termes de ladite Convention, la chambre criminelle de la Cour de cassation a accordé son plein effet à son article 6 en droit interne⁴⁹. Il faut alors s'attacher aux notions de tribunal impartial et de bien-fondé d'une accusation en matière pénale, au sens du droit français auquel elles sont intégrées⁵⁰.

⁴⁸ La Déclaration universelle des droits de l'Homme proclamée en 1948 par l'Assemblée générale des Nations-Unies pose dans son article 10 le droit à un tribunal indépendant et impartial. La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales signée à Rome le 4 novembre 1950 consacre ce droit dans son article 6§1. Il faut encore se référer à l'article 14-1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

⁴⁹ Voir par ex. Cass. crim., 16 octobre 1991, *bull. crim.*, 1991, n°351 p. 877 : ne peut siéger dans une cour d'assises un magistrat qui, en qualité de juge civil, a déjà porté une appréciation sur la culpabilité de l'accusé ; en l'espèce, un juge a fait partie de la formation de jugement qui a prononcé le divorce des époux aux torts exclusifs du mari, en se fondant sur l'arrêt de la chambre d'accusation de la Cour d'appel de Montpellier le renvoyant devant la Cour d'assises du chef de viols aggravés, le jugement énonçant que « la preuve est ainsi rapportée de faits imputables au mari qui constituent une violation grave et renouvelée des devoirs et obligations du mariage et rendent intolérable le maintien de la vie commune » ; Le juge a ainsi porté une appréciation sur la culpabilité du mari du chef des viols aggravés qui lui étaient reprochés et ne pouvait donc plus siéger en qualité d'assesseur de la Cour d'assises qui devait juger l'accusé pour ces faits ;

⁵⁰ L'essentiel des questions relatives au champ d'application de ces garanties concernent le juge d'instruction et le magistrat du parquet. Il ne faudra ici s'intéresser qu'au premier, le second étant exclu de la présente analyse. Le terme de « tribunal » désigne un organe juridictionnel amené à décider de la culpabilité et de la peine, à statuer sur la poursuite, indépendamment du fait qu'il prononce l'acquittement ou la condamnation, statue immédiatement ou ultérieurement après une décision, la décision pouvant être interprétative ou porter sur un incident d'exécution (comme une révocation de sursis). Les autorités judiciaires intervenant avant la juridiction de jugement ne sont pas considérées comme des « tribunaux » et ne devraient donc en principe pas être soumises à l'exigence de l'article 6§1. Ainsi, les juridictions d'instruction qui, selon une formule traditionnelle de la chambre criminelle de la Cour de cassation, rendent des décisions « qui ne préjugent en rien de la culpabilité » de l'intéressé, ne semblent pas concernées par cette obligation. La chambre criminelle de la Cour de cassation exclut de manière constante la juridiction d'instruction du champ de l'article 6§1. Voir Cass. crim., 14 juin 1984, *bull. crim.*, 1984, n° 219; Cass. crim. 14 mars 1988, *bull. crim.*, 1988, n° 122, p. 307: « Qu'en effet l'article 49 du code de procédure pénale et l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ne prévoient d'incompatibilité qu'entre les fonctions d'instruction et de jugement et n'interdisent pas à un même

L'impartialité est mise en application par des règles variables selon les droits internes. Le droit français en comporte la traduction notamment au sein de l'article préliminaire, des articles 49 al.2, 137-1 al.3, 253, 304, 328 al. 2, 662, 668 du C.P.P., des articles 341, 626 et 785 du N.C.P.C. et des articles L. 111-5 et suivants du code de l'organisation judiciaire. L'impartialité a été consacrée par l'article 64 de l'actuelle Constitution.

Elle exige d'un magistrat, en raison de l'éminence de ses fonctions et de la gravité de ses décisions, qu'il « ne sacrifie point la justice, la vérité, à des considérations particulières »⁵¹.

Concernant l'indépendance, il faut encore se référer à l'article 64 de la Constitution⁵². Les magistrats bénéficient en outre d'un statut spécifique résultant de l'ordonnance du 22 décembre 1958⁵³, précisant les conditions de la mise en œuvre de cette Justice indépendante. Ce texte comporte un chapitre VII relatif à la discipline des magistrats⁵⁴.

L'impartialité et l'indépendance des magistrats sont des droits pour les citoyens, mais aussi des obligations déontologiques pour les magistrats, figurant dans le recueil qui leur est consacré⁵⁵.

magistrat du premier ou du second degré de participer à l'ensemble des actes d'instruction intéressant la même procédure avant qu'elle ne soit éventuellement soumise aux juridictions de jugement » ; ainsi, un magistrat, qu'il soit du premier ou second degré, peut participer à l'ensemble des actes d'instruction dans la même procédure. Cependant, en fait, les juridictions d'instruction n'échappent pas à certaines garanties consacrées par l'article 6§1, et en particulier au respect de l'obligation d'impartialité. Voir Cass. crim., 23 mars 2004, n° 03-87854. La chambre criminelle sanctionne, au visa de l'article 6, la participation d'un juge, dans des circonstances de nature à laisser suspecter objectivement son impartialité : par exemple, un juge d'instruction visé par une plainte avec constitution de partie civile ne saurait statuer sur cette plainte sans faire naître un doute sur son impartialité (Cass. crim., 16 mai 2000, *bull. crim.*, n° 191).

Par ailleurs, l'impartialité du tribunal doit se rechercher dans l'examen du bien-fondé de toute accusation en matière pénale. La loi étant par hypothèse l'expression de la volonté générale par ses représentants au Parlement, elle traduit une conception de l'intérêt de la communauté, à un instant donné. Il s'ensuit que le juge doit faire preuve d'impartialité dans l'application de la loi, même si le fond des textes lui paraît discutable.

Les textes visent enfin l'« accusation en matière pénale » : le fait doit faire l'objet d'une incrimination pénale et concerner tant les phases de recherche de la vérité que l'application de la loi. Cour E.D.H., arrêt OZTURK c/ R.F.A., 21 février 1984, *R.S.C.*, 1984, p. 560 : La Cour veut s'assurer que la qualification par l'Etat allemand de l'infraction comme étant de nature administrative et non pénale n'est pas abusive au regard de l'article 6. La dépénalisation est conforme à la Convention tant que l'intéressé conserve la possibilité de saisir un tribunal offrant les garanties de l'article 6 qui demeure applicable.

⁵¹ Définition proposée par *le Nouveau Larousse Universel*, Larousse, *Nouveau Larousse Universel*, Paris, Larousse, 1969, 2 vol., 787 et 868 p.

⁵² Cet article pose dans son dernier alinéa que « les magistrats du siège sont inamovibles » et prévoit qu'une loi organique porte statut de la magistrature.

⁵³ Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958, portant loi organique relative au statut de la magistrature.

⁵⁴ Art. 43 et suivants de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958, portant loi organique relative au statut de la magistrature. Ce texte a été régulièrement modifié, étant précisé que le caractère organique de la loi d'origine garantit que les dispositions modificatives adoptées par le Parlement sont soumises au contrôle du Cons. cons. avant leur promulgation.

⁵⁵ Ce recueil des obligations déontologiques est disponible en version électronique sur le site du C.S.M. ; voir également, C.S.M., *Recueil des obligations déontologiques des magistrats*, Paris, Dalloz, 2010, 67 p.

17. Ces principes consacrés, il faut en préciser le contenu. La distinction entre l'impartialité et l'indépendance repose principalement sur le fait que cette dernière intègre un tiers à la relation.

En effet, l'impartialité découle d'un raisonnement identique d'un juge à l'autre, entraînant une solution identique pour des mêmes faits commis par deux personnes distinctes. Elle impose au juge l'absence de tout préjugé, non seulement lorsque ce dernier serait directement le fruit de ses convictions personnelles mais aussi lorsqu'il découlerait de sa connaissance antérieure, du « pré-jugement » d'une affaire qui l'aurait amené à apprécier la solution de droit que les faits devaient recevoir sur le fond.

L'indépendance, traduction institutionnelle du principe de séparation des pouvoirs⁵⁶, désigne quant à elle l'ensemble des conditions et conséquences qu'un Etat démocratique s'impose afin de protéger le magistrat de toutes pressions extérieures.

Au-delà de définitions davantage philosophiques de ces exigences, ce qui importe à la présente analyse est de percevoir que, derrière la recherche d'impartialité et d'indépendance, il s'agit souvent de neutraliser une émotion développée par le juge.

En effet, le juge partial peut être animé par une préférence pour une partie ou par une certitude liée à une première lecture d'un dossier, l'empêchant de se contredire sans se censurer lui-même.

La préférence pour une partie peut être dictée par des raisons affectives, et consiste bien en une mise en mouvement de la conscience du juge, résultat du différentiel entre, d'une part, son désir que son protégé obtienne gain de cause et d'autre part, les faits auxquels il se trouve confronté. Peuvent en découler la peur ou la tristesse liées à l'issue possible de la procédure.

La certitude qui découle d'un pré-jugement de l'affaire doit être rapportée à la satisfaction personnelle⁵⁷. Confrontée à la nécessité de rejurer une affaire, elle s'apparente à un risque de contradiction et de désaveu de soi.

L'émotion résulte de la différence entre ce que souhaite le juge (confirmer qu'il a eu raison la première fois) et la réalité des faits à juger qui ont des chances d'être déjugés. Le risque est alors pour le juge d'être confronté à la honte⁵⁸.

⁵⁶ A propos du principe de la séparation des pouvoirs, voir MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Paris, Garnier frères, 1961, tome I, pp. 163 et s. Ce principe est consacré par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, auquel renvoie le préambule de la Constitution du 4 octobre 1958.

⁵⁷ La satisfaction constitue l'une des émotions primaires dans la théorie de KEMPER. Voir T. D. KEMPER, « social constructionist and positivist approaches to the sociology of emotions », *American Journal of Sociology*, vol. 87, n°2, sept.1981, pp. 336-362.

Par ailleurs, le juge dépendant pourrait, par exemple, craindre pour son évolution de carrière. Ainsi, à travers la garantie de l'indépendance et de l'impartialité, ce sont les émotions dissimulées derrière les positions contraires à ces principes qui sont évincées.

Dès lors, l'intérêt de la distinction entre les notions d'impartialité et d'indépendance réside finalement dans le fait que la première lutte contre les émotions personnelles du magistrat, alors que la seconde vise celles qui lui seraient inspirées de l'extérieur, influences ou opinions étrangères qui menaceraient de déteindre sur lui et aboliraient son autonomie de raisonnement. Ainsi, nous étudierons dans un premier temps l'exigence d'impartialité au regard de la lutte contre certaines émotions « actives » (§I), avant de montrer que l'indépendance permet au magistrat de décider contre les influences pouvant émaner tant des autres pouvoirs institutionnels que des médias ou de « l'opinion publique », le droit le protégeant alors des émotions « subies » (§II).

§I. L'exigence d'impartialité du juge et la lutte contre les émotions « actives »

18. Il faut commencer par définir les contours de l'impartialité en distinguant cette exigence d'autres concepts.

L'impartialité diffère de l'équité dès lors qu'un juge impartial ne s'affranchit pas des textes ou n'exerce pas un pouvoir modérateur légalement reconnu en vue de consacrer une solution juste⁵⁹. L'impartialité ne se confond pas non plus avec le discrétionnaire, qu'elle n'exclut pas : un magistrat impartial peut être autorisé à prendre une décision ne nécessitant aucune motivation. Contrairement à la notion d'indépendance, elle s'analyse en considérant celui qui doit être doué de cette qualité, sans égard à l'intervention des tiers.

Que signifie alors cette qualité? L'impartialité est entendue comme un principe devant placer le juge au seul service de la Justice.

⁵⁸ Cette honte se rattache au « mépris de soi » et se situe dans le troisième niveau d'émotions dégagé par DANTZER, celui des « émotions tierces » qui découlent de la « conscience de soi face au regard de l'autre ». Voir R. DANTZER, *Les émotions*, Paris, P.U.F., 1988, p. 9.

Par ailleurs, la honte peut être une émotion naturelle ou morale. Voir J. RAWLS, *Théorie de la justice*, trad. par C. AUDARD, Paris, Seuil, 1987, pp. 483 et s.

⁵⁹J.-P. GRIDEL, « L'impartialité du juge dans la jurisprudence civile de la Cour de cassation », in *Mélanges en l'honneur de Jean BUFFET : la procédure en tous ses états*, Paris, Petites affiches, 2004, p. 242.

Elle est, selon le Professeur Jean PRADEL, « la qualité de celui qui statue selon sa conscience, en tenant la balance égale entre accusation et défense, en n'envisageant aucune des deux au détriment de l'autre ou, s'agissant de la défense, en ne faisant pas une meilleur part à l'un des prévenus ou accusés au préjudice des autres: l'impartialité est égalité, équité, justice »⁶⁰. Le Conseiller J-P. GRIDEL emploie le terme de « dépersonnalisation » dans la lecture du dossier, comme un synonyme de l'impartialité, même si la personnalisation réapparaît au stade du choix de la peine⁶¹.

Sylvie JOSSERAND tente d'établir, au soutien d'une définition plus précise encore, les relations de préexistence entre cet idéal érigé en principe et ses garanties. Selon l'auteur, le principe préexiste aux garanties, de sorte que l'universalité de la notion est préservée malgré les alternances, la diversité des garanties ne faisant que traduire les politiques publiques et législations successives, sans porter atteinte à son caractère immuable⁶².

19. Revenant un instant sur l'Histoire, il est possible de se rendre compte combien l'impartialité n'a pas toujours été un principe consacré, ce qui rend sa défense impérative.

La lutte contre la corruption apparaît sous Saint Louis en 1254 avec l'interdiction faite aux baillis et prévôts de recevoir dons et présents. Une exception ayant été acceptée concernant les choses comestibles, la Magistrature fut tentée d'orienter ses jugements et décisions en faveur du plus offrant. L'usage des visites rendues par les plaideurs ajouta aux soupçons⁶³. Par ailleurs, la corruption était quasiment institutionnalisée à travers le système des épices, avant que les gages donnés par le Roi deviennent un mode fixe de rémunération. Ces dons volontaires portaient sur de la nourriture mais les magistrats y préférèrent de l'argent comptant, dont le paiement allait devenir obligatoire. Une taxe était née, alors que les dons étaient prohibés⁶⁴. Après que la période des Parlements MAUPEOU les ait vues disparaître, les épices réapparurent sous Louis XV⁶⁵.

⁶⁰ J. PRADEL, « La notion européenne de tribunal impartial et indépendant selon le droit français », *R.S.C.*, 1990, p. 693.

⁶¹ J.-P. GRIDEL, *op .cit.*, p. 243.

⁶² S. JOSSERAND, *L'impartialité du magistrat en procédure pénale*, Paris, L.G.D.J., 1998, p. 9.

⁶³ Cette pratique fut supprimée à la Révolution.

⁶⁴ Cette bizarrerie s'explique: le magistrat de l'époque percevait des gages pour assurer sa mission d'assister à l'audience et prononcer la sentence. Il n'était pas tenu d'autres fonctions, et s'il avait à examiner des pièces, rédiger la décision au-delà de son simple prononcé ou recevoir les parties, alors, seulement, ces dernières lui devaient un complément de rémunération sous forme d'épices. Ainsi, en elles-mêmes les épices ne relevaient pas de la seule corruption. Par ailleurs, ces épices étaient règlementées et ne devaient pas être perçues de mains à mains, et étaient taxées c'est-à-dire d'un montant fixé par l'autorité judiciaire. Le dévoiement du système est pourtant à déplorer.

⁶⁵ La Révolution les supprima définitivement.

Les premières traces de l'aspiration à garantir ce qui est désormais appelé l'impartialité, peuvent transparaître à travers certaines incompatibilités de fonctions qui existaient dès le 14^{ème} siècle, alors que l'interdiction de négocier était faite aux magistrats. L'exercice d'un commerce leur était prohibé⁶⁶. Les arbitrages étaient également interdits aux magistrats⁶⁷. Enfin, de tous temps, il fut prescrit aux juges de ne point laisser influencer leurs décisions par l'amitié et de ne pas avoir de familiarités avec les parties⁶⁸.

Par ailleurs, le principe, même consacré, n'est pas toujours parfaitement respecté. Ainsi, par exemple, le 23 avril 1996, la France fut condamnée par la Cour E.D.H. pour non-respect de l'exigence de « tribunal impartial » alors qu'une cour d'assises, comptant parmi ses membres un juré raciste, jugeait un ressortissant français d'origine algérienne, alors que des témoins avaient entendu la confidence faite à propos de ces convictions par ce juré au cours d'une conversation privée avant l'audience.⁶⁹

Ainsi, l'impératif d'asseoir la primauté du principe d'impartialité et d'en garantir l'effectivité doit faire l'objet d'un soin constant.

20. C'est en effet l'impartialité des juges qui garantit que l'institution représente bien l'intérêt général, et permet ainsi d'asseoir la confiance des citoyens dans la justice⁷⁰. Seule cette confiance des citoyens dans la justice et dans le juge permet de renouveler ce que P. ROSANVALLON appelle la « légitimité d'exercice » de l'Etat⁷¹.

⁶⁶ Le XIX^{ème} siècle maintint cette incompatibilité, l'interdiction étant également étendue à leurs épouses.

⁶⁷ Cette prescription trouve son pendant aujourd'hui, entre autres interdictions contenues dans le statut de la magistrature, dans celle d'exercer concomitamment les fonctions d'avocat. (art. 9-1 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature).

⁶⁸ Voir sur ce point, M. ROUSSELET, *Histoire de la magistrature française, des origines à nos jours*, Paris, Plon, 1957, tome 2, pp. 56-62.

⁶⁹ Cour E.D.H., *REMLI c/ France*, 23 avril 1996, *Gazette du Palais*, 1997, II, p. 459.

⁷⁰ Kenneth ARROW définit la confiance comme une institution invisible : il s'agit de la possibilité de faire une hypothèse sur un comportement futur, c'est donc un économiseur d'institutions et de contrats.

⁷¹ Intervention de P. ROSANVALLON, « Comment définir les demandes d'impartialité et de proximité exprimées par les citoyens aujourd'hui, comment se redessine la légitimité démocratique ? », *Actes du débat national sur la justice du 21^e siècle ouvert le 10 janvier 2014*, p. 27. Il distingue trois types de légitimités qui sont à la dérive : la légitimité procédurale, qui découle de l'autorisation donnée par l'élection politique, la légitimité substantielle tenant à des qualités intrinsèques et la légitimité d'exercice qui repose sur l'idée que la volonté générale n'est pas seulement exprimée au moment électoral.

Les citoyens réclament d'ailleurs l'impartialité de leurs vœux. En effet, une enquête de satisfaction réalisée auprès des justiciables par la Mission française de recherche Droit et Justice en partenariat avec l'Institut Louis HARRIS a établi que l'impartialité est citée au rang de qualité principale attendue d'un juge, avant la compétence et l'honnêteté⁷².

Du point de vue des magistrats, elle a été citée par 16% des magistrats interrogées comme la première qualité requise pour un magistrat du siège, alors que 21% citent la compétence en premier élément et 46% des personnes composant l'échantillon citent l'impartialité comme l'une des qualités nécessaires, quel que soit le rang auquel celle-ci est citée⁷³.

L'exigence est telle que l'impartialité des magistrats est parfois remise en question, d'aucuns soupçonnant leur partialité au profit des puissants, dirigée contre les travailleurs et les plus faibles, là ou d'autres pourraient dénoncer trop de laxisme⁷⁴.

Toutefois, des avancées notoires ont été faites afin de garantir l'impartialité du juge et les aspirations des citoyens en la matière semblent satisfaites.

⁷² Institut Louis Harris, Mission recherche « droit et justice », *Enquête de satisfaction auprès des usagers de la justice*, France, Ministère de la justice, date de remise, mai 2001.

Enquête de satisfaction réalisée du 28 mars au 18 avril 2001 par l'Institut Louis Harris pour la Chancellerie auprès de 1201 usagers effectifs de la justice qui, dans les trois dernières années, avaient eu affaire à la justice pour un contentieux relevant soit du tribunal d'instance, soit du tribunal de grande instance, soit du tribunal de police, soit du tribunal correctionnel.

Toutefois, l'enquête téléphonique d'opinion des français sur la justice réalisée par l'institut I.P.S.O.S. en novembre 2013 sur 3000 personnes, afin de déterminer leurs perceptions générales et attentes montre que les attentes prioritaires générales des français, dans leurs réponses spontanées relevant de leurs perceptions, résident dans le fait que les délais soient moins imprévisibles. Puis, viennent la compréhension et l'information générale. Cette enquête confronte ces opinions avec celles de ceux, parmi les personnes interrogées, qui ont été des « justiciables » c'est-à-dire ceux qui ont eu affaire à la justice (personnes atraies devant la justice et non usagers de la justice qui vont simplement demander, par exemple, un document administratif). Il faut préciser que, concernant les affaires pénales, la catégorie des « justiciables » regroupe des auteurs et des victimes, mais certains auteurs ne déclarent pas avoir eu affaire à la justice. Voir l'enquête réalisée par l'institut I.P.S.O.S., *Opinions des Français sur la justice 2013*, en novembre 2013, Sous-Direction de la Statistique et des Etudes, Secrétariat Général, Ministère de la justice, *infostat justice*, janvier 2014, n°125.

Les résultats de cette enquête ont été présentés par Jean-Paul JEAN lors du débat national sur la justice du 21^e siècle ouvert le 10 janvier 2014, dans le cadre de la 2^e table ronde : « Image de la justice dans l'opinion publique ; évolutions dans le temps et comparaisons européennes ».

⁷³ Sondage I.F.O.P. pour le Conseil Supérieur de la Magistrature, *Les magistrats et la déontologie*, 23 juillet 2008, in *C.S.M., Rapport annuel d'activité 2008*, Paris, La documentation française, 2009, p. 105.

⁷⁴ Les magistrats estiment quant à eux à 98% que les juges du siège sont impartiaux.

En effet, l'enquête d'opinion des français sur la justice réalisée par l'institut I.P.S.O.S. en novembre 2013⁷⁵ révèle que depuis l'enquête réalisée en 2001 avec la mission de justice précitée, l'opinion des justiciables s'est améliorée sur tous les plans⁷⁶ et, plus spécifiquement, la perception globale de l'impartialité des magistrats, au civil comme au pénal, est excellente, puisque le juge est apparu comme étant impartial, en 2001 comme en 2013.

Il conviendra alors d'étudier comment les garanties internes d'impartialité contribuent à lutter contre les émotions des magistrats (A), avant de préciser l'articulation des fondements interne et européen, l'article 6§I de la Convention européenne des droits de l'Homme venant compléter les garanties internes afin de combler leurs lacunes (B).

A. Les garanties internes d'impartialité et la lutte contre les émotions des juges

21. Au-delà des symboles extérieurs de la désincarnation de l'homme au profit d'un corps solennel⁷⁷, le droit interne répond aux exigences européennes en veillant à ce que le magistrat s'affranchisse de ses impressions, que ces dernières soient directement le fruit de ses convictions personnelles ou qu'elles découlent de sa connaissance antérieure d'une affaire qui l'aurait amené à apprécier la solution de droit que les faits devaient recevoir sur le fond.

Ce qui sera désigné sous le terme de « parti-pris » renvoie ainsi à un positionnement officiel par rapport à un camp et ce qui sera appelé « pré-jugement » concerne les éventuelles interventions successives d'un magistrat au cours d'une même procédure.

⁷⁵ Enquête réalisée par l'institut I.P.S.O.S., *Opinions des Français sur la justice 2013*, en novembre 2013, Sous-Direction de la Statistique et des Etudes, Secrétariat Général, Ministère de la justice, *infostat justice*, janvier 2014, n°125.

⁷⁶ Il faut toutefois préciser que, même lorsque l'expérience personnelle du justiciable s'est révélée favorable, cela ne change pas les représentations générales de la justice.

⁷⁷ Voir A. GARAPON, *Bien juger, essai sur le rituel judiciaire*, Paris, Odile Jacob, 1997, 355 p. Cet essai présente la thèse selon laquelle la mise en scène du procès est nécessaire à la justice puisque « pour rendre justice, il faut parler, témoigner, argumenter, prouver, écouter et décider, [et] pour tout cela il faut d'abord être en situation de juger » (p. 19). L'auteur dépeint les éléments rituels du procès: espace, temps, robes, paroles, acteurs, gestes. La robe permet d'identifier les acteurs judiciaires. Elle purifie la personne ordinaire avant qu'elle n'investisse son rôle institutionnel, et marque ainsi une rupture entre la vie et le procès. Ensuite, le costume permet de protéger le juge du crime et lui permet de se dédouaner de la violence légitime qu'il va exercer. Elle signifie enfin la supériorité de l'institution sur la personne (A. GARAPON, *op. cit.*, pp. 88 et s.).

La première exigence révèle, selon la terminologie empruntée à la Cour E.D.H, l'impartialité subjective du juge et la seconde se veut plus objective⁷⁸.

22. Chacun de ces biais repose sur des émotions qui risquent de modifier la conviction du juge.

En effet, en assurant l'impartialité du juge dans sa prise de décision, les garanties procédurales visent à éviter qu'il ne se trouve en position de devoir opérer un arbitrage entre la bonne administration de la justice et d'autres considérations plus personnelles. S'il était placé dans une telle position, il devrait opérer un choix entre ce qu'il pense devoir faire dans le cadre de son office et la satisfaction d'intérêts contradictoires. De ce différentiel entre ce qu'il doit faire d'une part, et ce qu'il veut préserver ou garantir d'autre part, naît l'émotion au sens de la définition retenue.

Dans le cas d'un parti pris, le différentiel peut par exemple résulter d'un conflit d'intérêts⁷⁹ alors que dans le cas d'un pré-jugement, il repose sur la nécessité de remettre en cause une décision précédemment prise en conscience⁸⁰.

23. Le législateur et la jurisprudence ont donc pris la mesure des risques de préjugés et de pré-jugements que peuvent engendrer certaines des émotions des juges et ont tenté de les encadrer. Il convient donc d'étudier, à travers le prisme des émotions qui les sous-tendent, les garanties d'impartialité consacrées au plan interne, dans le respect des exigences de la Convention européenne des droits de l'Homme.

L'obligation d'impartialité repose, en droit interne, non seulement sur le serment prêté par les magistrats de se conduire en tout comme de dignes et loyaux magistrats⁸¹, mais également sur quelques incompatibilités, interdictions et incapacités de juger érigées par le législateur. Au-delà des règles communes à toutes les matières juridiques, les spécificités du domaine pénal ont justifié la mise en place de dispositions particulières appropriées, dans le respect des exigences supranationales.

⁷⁸ Voir Cour E.D.H., 15 décembre 2005, Requête n° 73797/01, KYPRIANOU c/ CHYPRE ; Cour E.D.H. 26 octobre 1984, n° 9186/80, DE CUBBER c/ Belgique; Cour E.D.H., 24 mai 1989, n° 10486/83, HAUSCHILDT c/ Danemark ; Cour E.D.H., 1^{er} octobre 1982, Requête n° 8692/79, PIERSACK c/ Belgique;

⁷⁹ Ce conflit d'intérêts naît alors spontanément dans l'esprit du juge, contrairement aux hypothèses prévues dans le cadre de la garantie de l'indépendance des juges.

⁸⁰ Voir § 17 de la présente analyse.

⁸¹ Art. 6, Ord. n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

Ainsi, l'impartialité est une distance imposée au juge pénal, organisée au moyen d'une multitude des garanties internes qui révèle la diversité de la lutte contre les émotions (1). Cette distance est certes intérieure, mais elle doit cependant être perceptible et apparente⁸² (2).

1. La multitude des garanties internes et la diversité de la lutte contre les émotions

24. Parmi les outils permettant de garantir l'impartialité des juridictions, figure la possibilité pour les justiciables de demander la récusation d'un juge afin d'écarter de la décision tout magistrat susceptible d'être en proie à certaines émotions. Il faudra distinguer cette prérogative du renvoi pour cause de suspicion légitime (a).

De plus, la possibilité est offerte au juge, lorsqu'il estime être confronté à un risque de partialité, de retirer spontanément l'empreinte de ses émotions du jugement par la voie de l'abstention (b), alors que des règles d'incompatibilités s'imposent par ailleurs à lui, l'évinçant du jugement de l'affaire afin d'écarter, *a priori*, les émotions que tout juge serait susceptible d'éprouver en pareille situation (c).

Enfin, le principe du double degré de juridiction vient compléter l'arsenal des garanties d'impartialité des juges en permettant de rectifier *a posteriori* le défaut d'objectivité des premiers juges (d).

⁸² Voir D. N. COMMARET, « Impartialité du juge. Incompatibilités. Appréciations portées sur la valeur des charges ou la culpabilité. Motivation des décisions », *R.S.C.*, 2000, p. 852.

a. La récusation et l'éviction des émotions du juge à la demande des parties

25. La récusation a toujours constitué, quelle que soit la période considérée et malgré les diverses causes de récusation envisagées⁸³, un moyen de procédure permettant à une ou plusieurs des parties, à l'occasion d'une instance en cours et sans s'opposer à la saisine de la juridiction dans son ensemble, de solliciter que l'un des magistrats qui la compose soit écarté de la connaissance de l'affaire et remplacé, au motif que sa situation personnelle ou un événement rend suspecte son aptitude à exercer correctement son office⁸⁴.

Le code d'instruction criminelle de 1808 connaissait la procédure de récusation mais ne l'envisageait toutefois que pour les jurés de la cour d'assises⁸⁵. Seul le code de procédure civile prévoyait la récusation lorsque la suspicion frappait un magistrat seul⁸⁶.

Cependant, la jurisprudence a considéré que ces dispositions concernant la récusation individuelle des magistrats contenues dans le code de procédure civile de 1806 devaient être étendues à la matière répressive, consacrant ainsi le principe en droit pénal⁸⁷.

Le code de procédure pénale de 1958 a substitué à cette pratique une procédure de type administratif s'apparentant à un recours hiérarchique devant le Premier président de la Cour d'appel ou de cassation⁸⁸.

⁸³ La récusation, concept médiéval, extrait du droit justinien et absorbé ensuite par le droit royal à la fin du 15^{ème} siècle pour être achevé à la fin du 16^{ème} siècle.

⁸⁴ Il s'agit donc, d'une part, d'une faculté que la loi abandonne à toute partie au procès pour s'opposer à la présence d'un magistrat au sein d'une juridiction et obtenir son dessaisissement, puis son remplacement. D'autre part, la récusation désigne la procédure permettant d'exercer cette faculté.

⁸⁵ Art. 400 à 404 du code d'instruction criminelle.

⁸⁶ Art. 378 à 396 de l'ancien code de procédure civile.

⁸⁷ Le principe selon lequel les règles de procédure civile relatives à la récusation étaient applicables à la matière pénale était consacré depuis longtemps dans la jurisprudence. Voir par ex., Cass. crim., 8 octobre 1819, *bull. crim.*, 1819, Tome XXIV, n° 10, n° 110, p. 335; Cass. crim., 13 févr. 1846, *D.P.*, 1846, I, p. 153: « Que les causes qui donnent ouverture à ce droit, et les conséquences qu'entraîne son exercice, sont communes à toutes les juridictions ; Qu'à défaut d'un texte spécial qui, en matière correctionnelle, en ait limité les conditions et déterminé les formes, il y a lieu de recourir aux dispositions du titre 20 du code de procédure civile, en tant que ces dispositions se concilient avec la nature des actions portées devant les tribunaux de répression, et avec les règles qui leur sont propres » ; plus récemment, voir Cass. crim., 26 novembre 1957, *bull. crim.*, 1957, n° 771, p. 1396. Voir aussi A. VITU, « La récusation en matière pénale », in *Mélanges dédiés à Jean VINCENT*, Paris, Dalloz, 1981, p. 427.

⁸⁸ P. NERAC, « Les garanties d'impartialité du juge répressif », *J.C.P.*, 1978, n° 1, p. 2890.

La procédure de récusation des juges répressifs est aujourd'hui prévue, sur le plan interne, aux articles 668 à 674-2 du code de procédure pénale⁸⁹.

⁸⁹ La loi n° 2004-204, du 9 mars 2004, portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, *J.O.*, 10 Mars 2004, a retouché l'ensemble du dispositif relatif à la récusation : l'art. 88 a revu l'ensemble des causes et a ajouté, parmi les liens pouvant unir un juge à son « conjoint », et à chaque fois qu'un tel mot est mentionné par l'article 668, « son partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou son concubin ». Cet ajustement tient compte de la loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 instituant le pacte civil de solidarité (C. civ., art. 515-1) et donnant une définition légale du concubinage (C. civ., art. 515-8).

Le régime prévu à l'article 668 du C.P.P. permet la récusation de « tout juge ou conseiller », pour les causes ci-après énumérées: « 1° Si le juge ou son conjoint sont parents ou alliés de l'une des parties ou de son conjoint jusqu'au degré de cousin issu de germain inclusivement. La récusation peut être exercée contre le juge, même au cas de divorce ou de décès de son conjoint, s'il a été allié d'une des parties jusqu'au deuxième degré inclusivement ; 2° Si le juge ou son conjoint, si les personnes dont il est tuteur, subrogé tuteur, curateur ou conseil judiciaire, si les sociétés ou associations à l'administration ou à la surveillance desquelles il participe ont intérêt dans la contestation ; 3° Si le juge ou son conjoint est parent ou allié, jusqu'au degré indiqué ci-dessus, du tuteur, subrogé tuteur, curateur ou conseil judiciaire d'une des parties ou d'un administrateur, directeur ou gérant d'une société, partie en cause ; 4° Si le juge ou son conjoint se trouve dans une situation de dépendance vis-à-vis d'une des parties. 5° Si le juge a connu du procès comme magistrat, arbitre ou conseil, ou s'il a déposé comme témoin sur les faits du procès. 6° S'il y a eu procès entre le juge, son conjoint, leurs parents ou alliés en ligne directe, et l'une des parties, son conjoint ou ses parents ou alliés dans la même ligne ; 7° Si le juge ou son conjoint ont un procès devant un tribunal où l'une des parties est juge ; 8° Si le juge ou son conjoint, leurs parents ou alliés en ligne directe ont un différend sur pareille question que celle débattue entre les parties ; 9° S'il y a eu entre le juge ou son conjoint et une des parties toutes manifestations assez graves pour faire suspecter son impartialité ».

La récusation est possible qu'il s'agisse d'un juge d'instruction, d'un juge du tribunal de police, d'un ou plusieurs juges du tribunal correctionnel, de conseillers de la cour d'appel ou de la cour d'assises, du Premier président de la cour d'appel, d'un conseiller à la Cour de cassation, des juges de la Cour de justice de la République ou encore d'un juge de proximité (le juge de proximité est soumis aux mêmes causes de récusation que celles ouvertes pour les magistrats professionnels par les articles 668 et 673 du code de procédure pénale, *J.O. Sénat, Q.*, 1^{er} avril 2004, p. 823, et celles prévues par les articles 341 et suivants du Nouveau code de procédure civile. Les juges de proximité ne peuvent pas « connaître de litiges présentant un lien direct avec leur activité professionnelle ou lorsqu'ils entretiennent ou ont entretenu des relations professionnelles avec l'une des parties. Dans ces cas, le président du tribunal de grande instance dans le ressort duquel ils sont affectés décide, à leur demande ou à celle de l'une des parties, que l'affaire sera soumise à un autre juge de proximité du même ressort ». (Ord. n° 58-1270, 22 décembre 1958, art. 41-22, al. 4)). La récusation peut semble-t-il également viser les assesseurs des tribunaux pour enfants. Voir sur ce point H. ANGEVIN, *Jurisclasseur, Procédure pénale*, 1998, art. 668 à 674-2, n° 33 et 34. Enfin, les juges de la Cour de Justice de la République peuvent être récusés pour l'une des causes prévues par le code de procédure pénale en matière correctionnelle (Art. 4, al. 1^{er} de la L.O. n° 93-1252 du 23 novembre 1993).

La procédure va toutefois dépendre de la juridiction à laquelle appartient le juge dont la récusation est demandée, de la fonction exercée par le juge (A propos de la matière civile, voir les articles 341 et suivants du code de procédure civile et L.111-6 du code de l'organisation judiciaire. Les précisions apportées à ce stade seront centrées autour de la matière pénale).

S'agissant de la détermination de l'autorité compétente deux situations doivent être distinguées. Tout d'abord, si la récusation concerne un juge d'instruction, du tribunal de police, du T.C., de la C.A. ou de la cour d'assises, l'article 669 du C.P.P. prévoit que le demandeur, nécessairement partie à l'instance (le demandeur peut être la personne poursuivie, à l'exclusion du témoin assisté, la partie civile), doit, à peine de nullité, présenter une requête au premier président de la cour d'appel. Ensuite, s'il agit contre le premier président de la C.A., l'art. 672 pose que la requête doit être adressée, au premier président de la Cour de cassation.

Les dispositions relatives aux citoyens assesseurs sont régies par l'article 10-12 du code de procédure pénale, celles concernant les jurés en cour d'assises par son article 297⁹⁰, alors que les articles 342 à 355 du code de procédure civile régissent leur matière⁹¹.

L'article 674-1 du C.P.P. dispose que: « La demande en récusation d'un magistrat de la Cour de cassation, saisie en matière pénale, doit être motivée ; elle est déposée au greffe. Le ministère d'un avocat n'est pas obligatoire. »

Enfin, l'article 674-2 dudit code prévoit que « La chambre compétente statue dans le mois du dépôt de la requête au greffe, après observations du magistrat récusé. Pour le surplus, les dispositions du livre II, titre XX, du code de procédure civile seront observées ».

Ces dispositions faisant office de droit commun en matière pénale, il faut préciser que certains magistrats sont soumis à des dispositions spécifiques. Tel est le cas des conseillers à la chambre criminelle de la Cour de cassation, dont la récusation est prévue à l'article 674-1 et 674-2 du C.P.P., pour qui, selon l'article 602 du code de procédure pénale, les rapports sont faits à l'audience, en présence des avocats de parties qui peuvent formuler des observations, et le ministère public présente ses réquisitions. (Pour les dispositions applicables en matière civile, voir article 1027 du nouveau C.P.Civ., modifié par le décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 relatif à la procédure civile, à certaines procédures d'exécution et à la procédure de changement de nom, entré en vigueur, le 1^{er} mars 2006, art. 51). Les juges de la Cour de justice de la République peuvent également être récusés selon une procédure particulière prévue aux art. 4 à 6, en l'occurrence art. 4, al. 1^{er} de la L.O. n° 93-1252, du 23 novembre 1993, pour l'une des causes énumérées à l'article 668 du C.P.P., la Cour de justice de la République statue elle-même sur ces causes. Par ailleurs, les membres de la Haute Cour de justice pouvaient encore récemment être récusés s'ils étaient parents ou alliés de l'accusé, jusqu'au sixième degré, s'ils avaient été cités ou entendus comme témoins ou s'il existait un motif d'inimitié capital avec l'accusé (Art. 6 à 8 de l'Ord. n° 59-1 du 2 janvier 1959 portant loi organique sur la Haute Cour de justice). Ces dispositions ont été abrogées par la loi organique n° 2014-1392 du 24 novembre 2014 portant application de l'article 68 de la Constitution, *J.O.R.F.*, n° 0272, du 25 novembre 2014, p. 19697.

⁹⁰ La possibilité de récuser des citoyens participant aux décisions de justice, en qualité de jurés d'une cour d'assises, ou en qualité de citoyens assesseurs est prévue à l'Art.10-1 du C.P.P.

Les jurés d'une cour d'assises relèvent bien de notre étude dès lors qu'ils entrent dans la catégorie des juges, certes non-professionnels. Ils sont tenus au devoir d'impartialité par leur serment, (art. 304 du C.P.P.), Voir Cour E.D.H., REMLI c/ France., 23 avril 1996, *Gazette du Palais*, 1997, II p. 459, et sont récusables par l'accusé, son avocat et par le ministère public (art.297, al. 1 du C.P.P.). En ce qui les concerne, les demandes de récusations ne peuvent concerner qu'un nombre limité de citoyens (art. 298 du C.P.P. en premier ressort ; art. 298 *in fine*, issu de la loi n° 2000-516, du 15 juin 2000, renforçant la présomption d'innocence et les droits des victimes, art. 79, IV (J.O., 16 Juin 2000) concernant le stade de l'appel). Dès lors que l'accusé ou le ministère public demande la récusation d'un juré, celui-ci est immédiatement écarté de la composition de la cour d'assises, la loi faisant interdiction d'exposer les raisons de la récusation (art. 297 al. 1 et 2 du C.P.P.)

Les citoyens assesseurs ne peuvent quant à eux être récusés que pour l'une des causes de récusation applicables aux magistrats en vertu de l'article 668 ou s'il existe une raison objective de contester leur impartialité, leur honorabilité ou leur probité (art. 10-12 du C.P.P.).

⁹¹ Il demeure une trace de l'emprunt de la procédure civile en matière pénale au sein de l'article 674-2, alinéa 2, du code de procédure pénale : « Pour le surplus, les dispositions du livre II, titre XX, du code de procédure civile seront observées », (correspondant au livre Ier, titre X, chapitre II du nouveau code de procédure civile).

En dehors de ce qui est prévu strictement pour la matière pénale, le législateur renvoie donc aux règles de la procédure civile, ce renvoi ne concernant cependant que la procédure de récusation des magistrats de la Cour de cassation, et non les juges ou conseillers des juridictions du fond. La matière civile ne connaît que huit causes de récusation.

L'article L.111-6 du code de l'organisation judiciaire s'ajoute aux fondements possibles de la récusation, alors que l'article L. 721-1 du code de justice administrative concerne la récusation en matière administrative⁹².

Enfin, le droit de récusation trouve l'un de ses fondements contemporains les plus solides dans les dispositions supranationales, à l'article 6, § 1 de la Convention E.D.H⁹³.

26. La procédure de récusation a pour objet d'écartier certaines émotions du jugement.

En effet, la demande de récusation vise les émotions du juge. Elle repose sur la méfiance des justiciables⁹⁴, qui soupçonnent que le juge puisse aimer ou, au contraire, ne pas apprécier son parent ou allié partie au procès qu'il a à connaître. Les parties craignent l'inimitié du juge à leur égard, l'amour de celui-ci pour leur adversaire, ou bien, le parent redoute que, pour compenser leur affection partagée, le juge s'oblige à être trop rigoureux avec lui⁹⁵.

Sur un plan plus théorique, l'ancrage émotionnel de la récusation s'explique par son rattachement à l'objectif d'impartialité.

Issue de la volonté impériale de voir le procès se dérouler *sine suspucione*⁹⁶, la récusation devient progressivement une exception de procédure permettant de garantir l'équité dans le procès⁹⁷. Le 18^e siècle marque la prise de conscience de l'humanité du juge, qui le rend par essence susceptible de céder à ses passions⁹⁸.

⁹² En matière administrative, il n'existe pas de « causes » : l'article L. 721-1 du code de justice administrative permet de récuser un juge « s'il existe une raison sérieuse de mettre en doute son impartialité ».

⁹³ D'autres fondements supranationaux existent : l'art. 47 al. 1^{er} de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000 ou l'art. 14 §1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966.

⁹⁴ Voir sur ce point, N. MOLFESSIS, « Conflits d'intérêts : vers un changement de culture », in *Les mouvements du droit face aux conflits d'intérêts*, J.C.P., G, supplément au n° 52, 26 décembre 2011, p. 1. L'auteur explique la crainte suscitée par les conflits d'intérêts : « [...], si on les stigmatise, c'est parce qu'on les présume source d'iniquités, facteurs de détournements de pouvoirs voire de corruption. Comment circonscrire alors ce qui vient à notre entendement par perception et provoque en nous la suspicion ? Le règne de la défiance est avant tout une perturbation de la conscience, un doute qui s'instille et s'installe, se nourrit de ce qu'il suppose, croit deviner, redoute [...], on voit bien que la question du conflit d'intérêts met en cause aussi bien notre morale que nos peurs ».

⁹⁵ Ces considérations valent également si les deux parties se trouvent entretenir des liens de proximité avec le juge.

⁹⁶ B. BERNABE, *La récusation des juges : étude médiévale, moderne et contemporaine*, Paris, L.G.D.J., 2009, p. 150. Cette notion se rapporte à la suspicion, mais surtout à l'idée qui sous-tend celle d'impartialité apparue postérieurement.

⁹⁷ B. BERNABE, *op. cit.*, p. 125.

⁹⁸ Voir B. BERNABE, *op. cit.*, p. 277: « au moment où la littérature représente les passions contradictoires de l'homme dans toute leur étendue, le juge, quoique censé être l'organe vivant et impassible de la justice, n'en est pas moins victime de ses passions. Les passions corrompent l'homme, et c'est pourquoi, lorsqu'il faut se préoccuper de

Ces faiblesses expliquent la volonté d'encadrer strictement l'office du juge par la loi et la récusation est perçue comme l'outil le plus efficace pour ce faire⁹⁹. Avec l'arrivée de la Révolution, la notion d'impartialité permet justement aux Constituants d'encadrer l'office du juge¹⁰⁰. L'impartialité est alors un devoir moral venant prolonger l'office du juge¹⁰¹. Or, la morale ne tolère plus les abus rendus possibles par l'autonomie conférée aux juges¹⁰².

C'est ainsi que, l'impartialité ne pouvant pas encore être le fondement juridique de la récusation, elle en est progressivement devenue le fondement moral¹⁰³.

La récusation est par ailleurs également instituée comme un moyen de procédure au service de ce devoir moral d'impartialité qui se muera en obligation juridique¹⁰⁴. C'est un moyen de prévenir la partialité du juge.

Ainsi, l'exigence d'impartialité est à la fois le fondement et une finalité de la récusation¹⁰⁵.

celles du juge, son office n'est plus strictement déterminé que par la loi » ; B. BERNABE, *op. cit.*, p. 304 : « Dans l'esprit des Lumières, l'impartialité est un idéal, elle n'existe pas en l'homme, creuset à passions. A fortiori le juge, qui n'est qu'un homme, ne peut se départir totalement de ses passions, de ses inclinaisons ».

Voir également J. GENISSIEU, in *Gazette nationale ou le moniteur universel*, an IV, 1^{er} semestre, 23 septembre 1795- 20 mars 1796, n°27, pp. 107 et s. : « il existe souvent dans l'esprit ou dans le cœur d'un juge des interdits, des passions, préventions, que les citoyens ne pourraient jamais prouver, et dont ils ne pourraient se garantir », « tant que cet état de choses subsistera, [...] nous aurons toujours à craindre, et trop souvent à éprouver, la partialité dans les jugements ; nous aurons toujours à trembler devant un prévenu [...] ».

⁹⁹ B. BERNABE, *op. cit.*, p. 277. A cette époque, la récusation était perçue comme le meilleur moyen légal d'encadrer le juge. Le 19^e siècle l'abandonnera.

Mais il faut rappeler que le décret du 15 septembre 1795 allait même jusqu'à prévoir, dans son article premier la récusation péremptoire, c'est-à-dire sans exposé de motif. Toutefois, cette disposition constitue uniquement un tempérament à l'ordonnance de 1667 qui pose l'obligation de motiver la récusation.

¹⁰⁰ Le droit à un juge impartial est consacré par des textes anciens : *La bible, Pentateuque, livre III, Lévitique*, trad. Chanoine CRAMPON, 1923, 19, 15 : « Vous ne commetrez pas d'injustice dans le jugement : tu n'auras pas de faveur pour le pauvre, et tu n'auras pas de complaisance pour le puissant ; mais tu jugeras ton prochain selon la justice ».

¹⁰¹ B. BERNABE, *op. cit.*, p. 291.

¹⁰² La vénalité des charges, les collusions dues aux parentés au sein des juridictions, les conflits d'intérêt avec les notables ne sont plus envisageables.

¹⁰³ Voir B. BERNABE, *op. cit.*, p. 275. Il faut également rappeler que le fait de réduire l'éventualité de la partialité relève de la dignité du juge, donc les causes de récusation sont perçues à l'époque comme une part de l'office du juge. L'aboutissement de ce raisonnement devait mener à la récusation volontaire, ou autrement dit l'abstention.

¹⁰⁴ La récusation a toujours servi l'idée d'impartialité. Dès la fin de l'Ancien Régime, l'impartialité apparaît comme une morale, et non comme un principe juridique. La notion de récusation est bien antérieure à celle d'impartialité. Le principe d'impartialité a été dégagé comme principe général du droit à compter de 1949 et apparaît comme fondement juridique avec la Convention E.D.H. en 1974. Voir B. BERNABE, *op. cit.*, pp. 5 et s.

¹⁰⁵ Il s'agit ici de l'acception subjective de l'impartialité qui entend s'attacher au préjugé présent dans le for intérieur du magistrat et analyser son comportement personnel afin de déceler s'il a favorisé l'une des parties. Selon la Cour E.D.H., l'impartialité personnelle du juge se présume jusqu'à preuve du contraire. Bien entendu, il ne s'agit pas d'interdire tout avis préconstitué du juge sur un dossier. A la lecture de celui-ci, le magistrat se forgera une opinion. L'exigence d'impartialité subjective vise la garantie que cette opinion sera soumise au doute et pourra être infirmée.

Or, la partialité pouvant apparaître chaque fois que des émotions sont éprouvées par le juge, la récusation vise en définitive à prévenir l’empreinte des émotions dans le jugement, en évinçant celui qui est susceptible de les éprouver. En récusant le juge, c’est véritablement l’impact de ses émotions sur la décision qu’il aurait prise qui est neutralisé. Par exemple, dans l’hypothèse où le juge entretiendrait des intérêts personnels concurrents de sa mission de service public¹⁰⁶, de la satisfaction d’un besoin d’intérêt général¹⁰⁷, il fait face à un « conflit avec [lui]-même, une tension de l’esprit qui vient orienter [sa] pensée au risque d’altérer le jugement »¹⁰⁸.

Le désir de générer des profits et des bénéfices financiers, l’espoir de valoriser ou de faire fructifier son patrimoine, ou, inversement, la crainte des conséquences néfastes d’une décision sur sa situation pécuniaire peuvent être à l’origine de réactions partiales de la part du juge.

En cela, la situation de conflit d’intérêts permet l’apparition d’émotions au sens de la présente théorie. La récusation œuvre précisément contre la coexistence d’intérêts contradictoires en écartant les juges animés d’intérêts personnels dans le cadre de l’exercice de leur office, évacuant par voie de conséquence les émotions qui en découleraient¹⁰⁹.

V. MAGNIER, « La notion de justice impartiale », *J.C.P.*, 2000, I, 252, p. 1597. C’est en ce sens que vont les travaux d’Hannah ARENDT lorsqu’elle a tenté d’approcher la démarche intellectuelle permettant de tendre vers cette exigence, en dissociant deux étapes successives : l’une permettrait de transformer « ce que percevaient les sens extérieurs en un objet pour les sens intérieurs », l’autre consisterait en une « réflexion ». Selon la philosophe, « cette double opération instaure la condition essentielle de tous jugements, la condition d’impartialité, de satisfaction désintéressée ». H. ARENDT, *Juger, Sur la philosophie politique de KANT*, trad. de l’anglais par M. REVAULT D’ALLONNES, Paris, Seuil, 1991.

¹⁰⁶ La Commission de réflexion pour la prévention des conflits d’intérêts dans la vie publique présidée par J.-M. SAUVE a arrêté la définition qui suit : « Un conflit d’intérêts est une situation d’interférence entre une mission de service public et l’intérêt privé d’une personne qui concourt à l’exercice de cette mission, lorsque cet intérêt, par sa nature et son intensité, peut raisonnablement être regardé comme étant de nature à influencer ou paraître influencer l’exercice indépendant, impartial et objectif de ses fonctions ». Voir, J.-M. SAUVE, J.-C. MAGENDIE, D. MIGAUD, *Pour une nouvelle déontologie de la vie publique, Rapport de la commission de réflexion pour la prévention des conflits d’intérêt dans la vie publique*, présidée par J.-M. SAUVE, remis au Président de la République le 26 janvier 2011, Paris, La documentation française, 2011, p. 19. Pour plus de développements à propos de la définition, voir le rapport précité, pp. 12-20.

¹⁰⁷ La confiance publique et le système de représentation dans l’exercice du pouvoir supposent que les citoyens soient persuadés que ceux à qui ils délèguent la souveraineté agissent au nom de l’intérêt général. Cette conviction commande donc le dépassement, par les agents du service public, de leurs intérêts particuliers. L’exercice du service public de la justice par les juges, au nom du peuple français, suppose donc le même désintéret. Voir sur ce point J.-M. SAUVE, « Quelle déontologie pour les hauts fonctionnaires ? », *intervention à l’Ecole nationale d’administration*, mercredi 27 mars 2013, p. 4.

¹⁰⁸ N. MOLFESSIS, *op. cit.*, p. 1.

¹⁰⁹ L’intérêt personnel est une condition de la récusation dans notre droit, présente à l’art. 341-1 du code de procédure civile et à l’article L. 111-6 du C.O.J. ; L’art. 1 du titre II du Décret des 14 et 18 octobre 1790 prévoit deux causes de récusation des juges de paix : lorsqu’il a un « intérêt personnel à l’objet de la contestation » ou quand il est « parent ou allié d’une des parties jusqu’au degré de cousin issu de germain inclusivement » ; A propos de l’intérêt

En somme, la récusation vise à prévenir la présence d'un juge en proie aux émotions au sein de la juridiction¹¹⁰.

27. Cependant, la procédure de récusation ne doit pas entraîner la paralysie des juridictions. L'un des biais à éviter est que les justiciables ne transforment la demande de récusation en un moyen dilatoire ou un outil de déstabilisation de la juridiction. Par ailleurs, les petites juridictions ne supporteraient pas de trop nombreuses récusations en chaîne concernant la même procédure, faute de juges disponibles pour remplacer ceux qui auraient fait l'objet de requêtes successives¹¹¹.

personnel du juge comme cause génératrice de partialité, voir également D. ROETS, *Impartialité et justice pénale*, Paris, Cujas, 1997.

¹¹⁰ Voir § 17 de la présente analyse. En permettant d'évincer les émotions du jugement, le droit de récusation est finalement le préalable nécessaire à l'exercice des autres droits de la défense. Voir A. VITU « La récusation en matière pénale » in *Mélanges dédiés à Jean VINCENT*, Paris, Dalloz, 1981, p. 429.

En effet, le droit de répondre aux allégations de la partie adverse et de discuter les preuves n'ont de véritable sens que si le juge est en mesure d'entendre raisonnablement ces arguments, sans être sous le joug de ses passions.

Toutefois, le droit de récusation est une simple faculté dont le bénéficiaire peut choisir de ne pas user, sans que cela n'invalide la décision pourtant prise par une juridiction dont la composition aurait pu être utilement contestée. C'est la différence fondamentale qui oppose la récusation aux incompatibilités, dont l'irrespect entache les décisions ainsi prises de nullité d'ordre public. Voir A. VITU, *op. cit.*, p. 431.

¹¹¹ Voir comme exemple d'abus, l'arrêt de la Cour d'appel de Paris qui rejette le 3 novembre 2003 la demande d'un requérant « d'origine arabe et de confession musulmane », se référant au conflit israélo-palestinien pour demander l'éloignement d'un magistrat en raison de sa « confession juive » l'empêchant d'« aborder avec impartialité » l'affaire opposant le requérant à une société « dont les intérêts sont étroitement liés avec ceux de son fondateur... de confession juive ». En effet, l'exigence d'impartialité subjective ne s'oppose pas à ce que le juge puisse avoir des engagements personnels, tels que son appartenance religieuse ou son affiliation maçonnique, qui ne justifient en rien sa récusation. (C.S.M., statuant comme conseil de discipline des magistrats du siège, décision du 19 avril 2000, *Rapport annuel d'activité 2000*, p. 15). De la même manière, l'appartenance de deux conseillers à la même organisation syndicale ne constitue pas un soupçon de partialité, dès lors que d'autres garanties telles que la structure paritaire et l'ouverture de voies de recours constituent des gardes fous suffisants. V. à propos de Cass. soc. 19 décembre 2003, n°01-16.956 et n° 02-41.429, obs. P. MORVAN « Partisane mais paritaire donc impartiale : la juridiction prud'homale », *J.C.P. G.*, 11 fév. 2004, n°7, p. 88; *D.* 2004, n°24, p. 1688, note KELLER.

La nécessité de veiller à éviter les abus concernant cette procédure est toujours actuelle et le C.S.M. en a pris la mesure : prenant le prétexte de la demande d'avis de M. le Président de la République en date du 25 novembre 2003 évoquant l'usage abusif de la procédure de récusation, le conseil a proposé une réflexion globale sur les deux pratiques que sont la récusation et le renvoi pour cause de suspicion légitime, qui a permis d'observer une tendance à l'augmentation du nombre de demandes dans le cadre des deux procédures. (En matière civile, leur nombre, devant l'ensemble des cours d'appel, a progressé de 170 en 2000 à 196 en 2001 et 473 en 2002. Voir sur ce point : C.S.M., avis du 11 mars 2004.) Le Conseil a lui-même analysé ce taux élevé de rejet des demandes comme venant révéler un usage souvent abusif de ces procédures, pour des raisons dilatoires, pour « choisir son juge » ou pour déstabiliser la juridiction en cause. (C.S.M., avis du 11 mars 2004). Le C.S.M. proposait de poursuivre les restrictions en procédant à des aménagements de procédure et en interdisant de fonder la récusation d'un juge ou la suspicion d'une juridiction « sur les éléments tenant en quelque sorte à « l'état de la personne » du juge, à des appartenances constitutives de son identité, dès lors que ces éléments et appartenances seraient invoqués par le requérant comme susceptibles, par eux-mêmes, de faire naître un doute sur l'impartialité du juge, indépendamment de toute manifestation ou implication

C'est pourquoi, si la raison d'être de la récusation est de lutter contre la partialité du juge ému, seules certaines de ses émotions doivent pouvoir justifier son éloignement de la procédure.

Des motifs de récusation ont donc été consacrés par le droit positif et leur caractère limitatif a été progressivement affirmé¹¹².

personnelle de ce juge ». (C.S.M., avis du 11 mars 2004: « Les demandes répétitives en récusation ou en renvoi peuvent être dirigées contre un même juge ou une même juridiction, de façon quasi-obsessionnelle, par un justiciable ». « Le Conseil supérieur préconise une réforme visant à unifier les procédures actuellement applicables, respectivement, à la récusation en matière civile (articles précités du nouveau code de procédure civile) et à la récusation en matière pénale (articles 669 et suivants du code de procédure pénale) en les alignant sur cette dernière : selon celle-ci, le demandeur présente sa requête au premier président de la cour d'appel, lequel statue par une ordonnance qui n'est susceptible d'aucune voie de recours et qui, en cas de rejet, prononce la condamnation du demandeur à une amende civile. La même procédure pourrait s'appliquer, avec les adaptations nécessaires, aux demandes de renvoi pour cause de suspicion légitime en matière civile. En outre, il serait justifié d'élever de façon significative le taux de l'amende civile, et surtout de veiller à ce que cette amende soit effectivement recouvrée »).

Il suggère de s'en tenir aux motifs discriminatoires de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse (Articles 24 et 32 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, *J.O.R.F.* du 30 juillet 1881, p. 4201), en y ajoutant les critères du sexe et des courants de pensée. (C.S.M., avis du 11 mars 2004 : « Un juge ne peut être récusé à raison de son sexe, de son orientation sexuelle, de son origine, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race, une religion ou un courant de pensée déterminé. Et les conditions de recevabilité d'une demande de renvoi pour cause de suspicion légitime devraient, à cet égard, être identiques à celles applicables en matière de récusation »). Rappelons que la récusation abusive d'un juge peut donner lieu à des poursuites pénales soit pour provocation à la discrimination raciale, ou diffamation à caractère raciste, ou pour outrage à magistrat.

¹¹² En effet, alors que l'ordonnance de 1667 ne fermait pas les causes de récusation afin de permettre la mise en œuvre de la procédure, l'année 1806 marque la prise de conscience de la nécessité de l'établissement d'une liste véritablement limitative. Ainsi, l'article 378 du code de procédure civile de 1806 devait être interprété comme les fixant strictement. Voir B. BERNABE, *La récusation des juges : étude médiévale, moderne et contemporaine*, Paris, L.G.D.J., 2009, p. 272 et pp. 312-313. Le nouveau code de procédure civile confirme le caractère limitatif des huit causes prévues par l'article 341, alors que les neuf causes de récusation possibles en matière pénale sont énumérées à l'article 668, cette liste étant considérée comme limitative par la jurisprudence dégagée par la Cour de cassation. Voir Cass. crim., 20 février 1908, *bull. crim.*, 1908, n° 72; Cass. crim., 26 novembre 1957, *bull. crim.*, 1957, n° 771, p. 1396.

Toutefois, la Cour de cassation a admis, dans une instance civile, que le fondement du droit à un tribunal impartial puisse venir compléter les causes limitativement énumérées : dans une décision du 28 avril 1998 la première chambre civile de la Cour de cassation a jugé que l'article 341 « n'épuise pas nécessairement l'exigence d'impartialité requise de toute juridiction », (Cass. 1^e civ., 28 avril 1998, *JurisData* n° 1998-001864, *bull. civ.*, 1998, I, n.° 155). Il s'agit du premier arrêt à donner les motifs d'une application de l'article 6§1 de la Convention E.D.H. en matière de récusation des juges et à en élargir le champ d'application. La C.A. avait débouté un plaideur qui fondait sa demande sur l'art 6§1 au motif que le droit français assure le respect de l'impartialité.

Par ailleurs, la 2^e chambre civile de la Cour de cassation a accueilli la notion d'impartialité telle que dégagée par la Cour E.D.H. et relie la récusation à cette exigence, là où le code de procédure civile ne fait aucun rapprochement. Voir Cass. 2^e civ., 10 juin 1998, *J.C.P. G.*, 98, n° IV, p. 2746: « si le domaine de la récusation doit être défini en contemplation du droit au procès équitable, les exigences de ce droit s'imposent aussi à la procédure de récusation ».

Ces positions jurisprudentielles doivent naturellement être étendues à la matière pénale, de sorte que la mise à l'écart d'un magistrat d'une juridiction répressive peut être demandée sur le fondement de l'article 6, § 1 de la Convention E.D.H., pour une cause étrangère à celles prévues par l'article 668 du code de procédure pénale, sous réserve de parvenir à démontrer l'existence d'un risque de partialité.

28. L'analyse des causes de récusation limitativement prévues tant en matière civile que pénale permet de remarquer que celles-ci posent des présomptions d'affection ou d'hostilité¹¹³, donc des présomptions d'émotions susceptibles d'être causées par les situations décrites.

La procédure de récusation s'organise donc autour de présomptions relatives aux situations dans lesquelles les juges pourraient être perturbés par leurs émotions. Les causes de récusation sont alors définies de manière objective et la prévention ainsi assurée passe par l'objectivation des émotions.

Premièrement, la présomption d'affection découle parfois du lien juridiquement défini qui unit les personnes. Tel est le cas dans l'hypothèse de l'existence d'un lien de parenté ou d'alliance¹¹⁴ entre un juge et une partie intervenue personnellement à l'instance en cette qualité¹¹⁵.

La présomption à l'origine de ces causes de récusation repose sur l'idée que les liens de parenté ou d'alliance font naître un lien affectif supposé biaiser la perception d'une situation par une personne qui se trouve engagée dans ces liens¹¹⁶.

Or, la souplesse du fondement de l'art 6 de la C.E.D.H. engendre une diversification des causes rendant la récusation possible et permet une appréciation plus large de la recevabilité des requêtes. Dans ce sens, la Cour de cassation a jugé que l'irrégularité de la composition de la juridiction, au regard de l'exigence d'impartialité de l'article 6 de la Convention E.D.H., doit être relevée, même d'office, par la juridiction, sans qu'il soit besoin que le magistrat se trouvant dans une situation d'incompatibilité ait fait l'objet d'une requête en récusation. Les juridictions doivent donc répondre au moyen pris de leur partialité, sans pouvoir écarter le grief en faisant valoir que la personne concernée n'avait pas présenté de requête en récusation (Cass. crim., 6 janvier 2000, JurisData n° 2000-000457, *bull. crim.*, 2000, n° 5). Ce constat a conduit l'Assemblée plénière de la Cour de cassation à affirmer finalement le principe de subsidiarité des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme par rapport au droit français. Voir Cass. Ass. plén., 24 novembre 2000, pourvoi n° 99-12412, *bull. Ass. plén.*, 2000, n° 10, p. 17 : l'Assemblée plénière a jugé dans un sens différent que celui de sa chambre criminelle, mais en mettant en évidence les spécificités de la procédure civile qu'elle avait à juger. Puis elle a confirmé sa solution, en matière pénale : Cass. Ass. plén., 11 juin 2004, *bull. crim. Ass. plén.*, 2004, n° 1, p. 1. La chambre criminelle a fait sienne cette jurisprudence (Cass. crim., 29 septembre 2004, n° de pourvoi 04-80-079, JurisData n° 2004-025178, *bull. crim.*, 2004, n° 226 ; Cass. crim., 22 février 2005, JurisData n° 2005-027560, n° de pourvoi: 04-84040, *bull. crim.*, 2005, n° 68, p. 243. Pour une solution plus récente, voir Cass. crim., 21 Août 2013, n° 13-83.442.

¹¹³ P. THOMINE-DESMAZURES, *Commentaire sur le Code de procédure civile*, Bruxelles, A. WAHLEN, 1838, Tome 1, 1^{ère} partie, Livre 1^{er}, pp. 73 et s.

¹¹⁴ L'article 668, 1^o, alinéa 2, du code de procédure pénale précise le degré du lien de parenté ou d'alliance devant être retenu pour prétendre à la récusation pour les cas prévus aux articles 668, 1^o et 3^o. Celui-ci s'étend « jusqu'au degré de cousin issu de germain inclusivement ».

¹¹⁵ Cette hypothèse correspond à la première des quatre catégories dans lesquelles H. ANGEVIN, Conseiller honoraire à la Cour de cassation, a pu les regrouper les neuf causes de récusation prévues à l'article 668 du C.P.P., faisant office de droit commun de la récusation concernant les juges professionnels en matière pénale, Voir H. ANGEVIN, *Jurisclasseur, Procédure pénale*, 1998, Art. 668 à 674-2, n° 55. Ces catégories serviront de socle permettant d'y englober les autres matières non répressives. Ce premier regroupement renvoie aux 1^o et 3^o de l'article 668 du C.P.P.

¹¹⁶ La reconnaissance du lien affectif qui découle de la parenté ou de l'alliance justifie également l'octroi de dommages-intérêts pour le préjudice moral (article 3 du C.P.P.) subi par les victimes ayant personnellement souffert

Si le juge est concerné au premier chef par ces liens d'affection, l'intensité de ses émotions l'empêchera d'être objectif. S'il s'agit de liens entretenus par son conjoint, c'est la répercussion, en raison de l'attachement du juge à ce conjoint, des émotions de la même intensité que ce dernier éprouve pour ses parents ou alliés, qui justifiera la récusation.

du dommage directement causé par l'infraction, sur le fondement de l'article 2 du C.P.P. Cet attachement est largement admis à travers l'interprétation large des conditions de recevabilité de l'action civile. Voir sur ce point, § 90 de la présente étude.

Il est bien reconnu pour les époux, frères et sœurs : Ass. plénière 12 janvier 1979, *bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Assemblée plénière*, n° 1, p. 1, au visa de l'article 2 : L'épouse d'une personne blessée s'était portée partie civile pour la réparation du préjudice moral résultant de la gravité des blessures de son mari suite à un accident de chasse et de la souffrance consécutive à l'accident. La Cour de cassation refuse de faire droit à la demande au motif qu'elle n'a pas personnellement souffert de l'atteinte condamnée par la loi pénale. Mais par la suite, la Cour de cassation opère un revirement de jurisprudence et déclare recevable, au visa des articles 2 et 3 du C.P.P., l'action des proches de la victime (épouse, enfants), que la victime soit décédée ou non (Cass. crim, 9 février 1989, pourvoi n° 87-81359, *bull. crim.*, 1989, n° 63, p. 173).

Le même raisonnement est ensuite admis en matière de viol : l'action des sœurs de la victime de viol est déclarée recevable, au visa des art. 2 et 3 : Cass. crim, 27 mars 2008, pourvoi n° 07-85076, *bull. crim.*, 2008, n° 84 ; l'attachement affectif est également reconnu pour les enfants des victimes : Cass. crim, 4 février 1998, pourvoi n° 97-80305, *bull. crim.*, 1998, n° 43, p. 109 : l'action de l'enfant né d'un viol est recevable aux vises des art. 2 et 3 ; Cass. crim, 3 novembre 2009, pourvoi n° 08-88438, *bull. crim.* 2009, n° 182 (l'arrêt est rendu au double visa des articles 2 et 3 du C.P.P.) admet la constitution de partie civile des enfants de la victime d'abus de faiblesse.

L'attachement est donc juridiquement consacré plus largement. Si l'attachement est consacré lorsqu'il s'agit de reconnaître la peine qui pourrait découler de la perte de l'être cher ou de sa souffrance, le même lien unissant les parents ou alliés doit également justifier qu'il en soit tenu compte dans d'autres circonstances, lorsqu'il s'agit de protéger les intérêts de l'autre ou de prévenir l'embarras que pourrait lui causer une décision de justice.

Mais il fallait toutefois limiter les degrés de parenté et alliance susceptibles de justifier une demande de récusation, afin que la procédure de récusation ne soit dévoyée et ne devienne une arme contre le juge. Par exemple, un incident survenu au cours d'un procès tristement célèbre permet de mesurer cet impact émotionnel que peut avoir la récusation. Le 28 janvier 1998, Me A. KLARFELD, l'un des avocats des parties civiles dans le procès engagé contre M. PAPON, révélait par voie de presse un lien de parenté lointain entre le Président de la cour d'assises de Gironde et certaines personnes dont la déportation était imputée à l'accusé, lui reprochant de n'en avoir pas fait état. La simple menace d'une demande de récusation pour ce motif a suscité de vifs émois, dans tous les camps, l'intégrité du juge ne faisant apparemment que peu de doutes. Le fond de l'affaire était si lourd que même l'avocat de l'accusé affirma ne jamais invoquer ces faits au soutien d'une quelconque demande de récusation. Finalement, aucune demande de récusation ne fut présentée, sans doute parce que, ne concernant pas un lien de parenté compris dans les motifs prévus à l'article 668 du C.P.P., elle aurait été irrecevable. L'émotion suscitée par l'affaire était si largement partagée, que celle d'un juge lointainement concerné ne pouvait qu'être assimilée, dans l'esprit collectif, à l'émotion normale et tolérable, et ne devait justifier de perturber les débats de fond.

Cette répercussion semble par exemple expliquer que les liens existant entre le juge ou son conjoint et une partie susceptibles de justifier une récusation soient indifféremment pris en compte jusqu'au 4^e degré aux termes du code de l'organisation judiciaire, que le juge soit directement impliqué dans ces liens ou simplement allié¹¹⁷.

Pour autant, le caractère indirect de l'attachement du juge par le truchement de son conjoint justifie que le motif de récusation ne perdure après la séparation que jusqu'au 2^e degré¹¹⁸. En effet, l'éloignement de celui qui justifiait, par répercussion, la prise en compte de l'attachement à des degrés si lointains a suffisamment distendu ce lien pour ne risquer de le voir perdurer qu'avec les plus proches.

Ainsi, par exemple, lorsque le juge ou son « conjoint », au sens précédemment défini, est parent ou allié du tuteur, subrogé tuteur, curateur ou conseil judiciaire de l'une des parties¹¹⁹, ou quand ce lien de parenté ou d'alliance existe entre le juge ou son « conjoint » et un administrateur, un directeur ou un gérant d'une société, partie au procès¹²⁰, l'engagement affectif du juge est présumé être trop fort pour que son impartialité demeure garantie.

Par ailleurs, la présomption d'affection peut également reposer sur l'existence d'une communauté ou d'une contradiction d'intérêts entre un juge et une partie¹²¹.

En premier lieu, la présomption d'affection qui sous-tend certaines causes de récusation peut reposer sur l'idée de « communauté » d'intérêt qui suppose une convergence entre les aspirations du juge lui-même - et non d'un parent ou allié - et celles d'une ou plusieurs personnes concernées par le litige¹²².

¹¹⁷ Art. L.111-6, 3^o du C.O.J. La récusation est admise si le juge ou son conjoint est parent ou allié de l'une des parties ou de son conjoint jusqu'au quatrième degré inclusivement. Par ailleurs, le code pénal appréhende ces liens jusqu'au degré de cousin issu de germain inclusivement (art. 668, 1^o du C.P.P.).

¹¹⁸ Art. 668, 1^o, al. 2 et 668, 3^o du C.P.P. Le magistrat reste récusable après la séparation du couple et malgré le décès de son conjoint, si ce dernier était l'allié de l'une des parties jusqu'au deuxième degré inclusivement.

¹¹⁹ Art. 668, 3^o du C.P.P. ; les dispositions de cet article sont l'occasion de rappeler que certaines causes de récusation se rapprochent d'incompatibilités existantes, notamment celle prévue par l'article R. 111-4 du C.O.J. qui crée une incompatibilité lorsque le juge est membre de la famille de la personne qui assiste l'une des parties à l'instance.

¹²⁰ Art. 668, 3^o du C.P.P.

¹²¹ Selon H. ANGEVIN, et en matière pénale, cette catégorie regroupe les prévisions des art. 668, 2^o, 4^o, 6^o, 7^o et 8^o du C.P.P.

¹²² Article 668, 2^o du code de procédure pénale ; art. L. 111-6, 1^o du C.O.J.

Les émotions susceptibles d'être à l'origine de réactions partiales de la part du juge qui se trouvent pourchassées par ce biais reposent sur l'espoir de valoriser son patrimoine ou celui d'un tiers qu'il assiste¹²³, ou, inversement, sur la crainte des conséquences néfastes d'une décision sur la situation pécuniaire concernée.

Il y a par exemple convergence d'intérêts lorsque le magistrat ou son « conjoint » a un intérêt personnel dans la contestation, ou quand le juge est le tuteur, subrogé tuteur, curateur ou le conseil judiciaire de personnes ayant un intérêt dans la contestation. Il y a également convergence d'intérêts lorsque le magistrat participe à l'administration ou à la surveillance de sociétés ou d'associations ayant un intérêt dans la contestation¹²⁴, lorsque le juge ou son conjoint est créancier ou débiteur d'une partie, s'il est l'héritier présomptif ou le donataire de l'une des parties¹²⁵, c'est-à-dire s'il est celui qui doit lui hériter, sans toutefois relever de la catégorie des parents¹²⁶, ou encore s'il est chargé d'administrer les biens de l'une des parties¹²⁷.

L'article 668, 8° du code de procédure pénale prend en considération un intérêt commun plus indirect en permettant la récusation dans l'hypothèse où le magistrat est saisi d'une affaire dont l'objet est similaire à un litige dont lui-même ou l'un de ses proches est partie : l'idée est alors qu'à défaut de récusation, le juge pourrait être tenté d'adopter la solution qui, transposée à son litige, lui donnerait satisfaction¹²⁸.

¹²³ Il peut s'agir d'une personne physique ou morale.

¹²⁴ En l'absence de précisions légales sur ce qu'il faut entendre par « intérêt dans la contestation », il semblerait que le législateur ait voulu désigner tout intérêt, quelles qu'en soient la nature et même s'il concerne une personne non partie à l'instance, du moment qu'il existe un lien de fait ou de droit entre cet intérêt et le litige.

¹²⁵ Il s'agit ici de présumer que celui qui sera désigné en qualité d'héritier, sans que la loi n'ait guidé ce choix, entretient des liens de cœur et des intérêts pécuniaires suffisamment forts pour entraîner la préférence du juge.

¹²⁶ L.111-6 du C.O.J., 2°

¹²⁷ L. 111-6 du C.O.J., 6°

¹²⁸ Voir H. ANGEVIN, *op. cit.*, n° 64.

En second lieu, la présomption d'affection peut reposer sur l'idée de « contradiction » d'intérêts, qui suppose une opposition entre les aspirations du juge et celles d'une personne concernée par le litige. C'est le cas par exemple, lorsqu'il existe une situation de dépendance avec une des parties¹²⁹ qui prive le juge de sa libre conscience¹³⁰, ou lorsqu'un procès oppose le juge, son « conjoint », un parent ou allié en ligne directe à l'une des parties, son conjoint ou ses parents ou alliés dans la même ligne¹³¹, la récusation visant dans cette dernière hypothèse à écarter du jugement de l'affaire l'inimitié que le juge pourrait entretenir pour un ancien adversaire¹³².

Il y a enfin contradiction d'intérêts lorsque le magistrat ou son « conjoint » a un procès devant un tribunal où l'une des parties est juge¹³³. L'intérêt personnel réside alors dans l'espérance d'être ensuite récompensé par ce prochain juge dans l'affaire les concernant¹³⁴.

¹²⁹ Art. 668, 4° du C.P.P.

¹³⁰ La situation de dépendance peut découler du lien de subordination issu d'une relation de travail, mais plus largement, de toute espèce de soumission morale ou économique. Les dispositions pénales sont plus larges, sur ce point, que celles de l'article L. 111-6, 7°, du C.O.J. pour la matière civile qui prévoit que la récusation est possible en raison de l'existence d'un lien de subordination entre le juge ou son conjoint et l'une des parties ou son conjoint.

¹³¹ Art. 668, 6° du C.P.P. Cette hypothèse découle également de l'article L. 111-6 C.O.J., 4°.

¹³² Dans cette logique, il serait légitime de concevoir un risque d'inimitié exacerbé dans le cas d'un procès présent. Cette hypothèse est pourtant exclue par l'article, l'art 6 de la C.E.D.H. permettant toutefois de combler cette lacune. V. Cass. crim., 16 mai 2000, JurisData n° 2000-002478, *bull. crim.*, 2000, n° 191 : la Cour a décidé, au visa de l'article 6, § 1, de la C.E.D.H., qu'un juge d'instruction ne pouvait se faire attribuer une affaire dans laquelle il est nommé impliqué à la suite d'une plainte avec constitution de partie civile, ce qui visait en l'espèce une affaire en cours. Par ailleurs, l'article L. 111-6, 4° du code de l'organisation judiciaire vise plus largement toute hypothèse d'un litige, passé ou présent.

¹³³ Article 668, 7° du C.P.P.

¹³⁴ H. ANGEVIN, *op. cit.*, n° 66 : « le procès doit, semble-t-il, être pendant, en sorte que le juge pourrait avoir intérêt à favoriser celle des parties qui aura à connaître de sa propre cause dans l'espoir d'être payé de retour ».

Ainsi, la récusation participe à la lutte contre les conflits d'intérêts¹³⁵, devenue d'autant plus indispensable que les évolutions sociétales contribuent à l'apparition de nouveaux risques d'oppositions¹³⁶, alors que la transparence érigée en exigence sociale fait que ce qui était auparavant toléré est à présent devenu inacceptable¹³⁷.

¹³⁵ Les conflits d'intérêts sont également pourchassés en matière arbitrale. Il en découle une obligation de révélation des liens entretenus par l'arbitre avec les parties suffisante pour permettre d'exercer le droit de récusation. (Article 1456, alinéa 2 du code de procédure civile, issu du décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage, pose l'obligation pour l'arbitre de révéler, sans délai, dès qu'il en a eu connaissance, toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité, tant antérieurement à l'acceptation de sa mission que postérieurement); voir, E. KLEIMAN, « Arbitrage et conflits d'intérêts : une année mouvementée », in *Les mouvements du droit face aux conflits d'intérêts*, J.C.P., G, supplément au n° 52, 26 décembre 2011, pp. 25-33.

¹³⁶ En effet, la globalisation et les interactions toujours plus développées entre les acteurs économiques, politiques et sociaux d'une part, les changements d'ordre démographique d'autre part, expliquent la multiplication des situations dans lesquelles des conflits d'intérêts risquent de se présenter. Dès lors que les deux individualités d'un couple travaillent et que l'allongement de la durée de travail à l'échelle d'une vie dont l'espérance augmente, plusieurs sphères d'intérêts, intergénérationnelles ou internes au couple, se côtoient dans une même cellule familiale. Voir J.-M. SAUVE, « Pour une nouvelle déontologie de la vie publique, à propos du rapport de la Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêt dans la vie publique », in *Les mouvements du droit face aux conflits d'intérêts*, J.C.P., G, supplément au n° 52, 26 décembre 2011, p. 12.

Ce sont précisément ces derniers facteurs qui ont engendré la situation de laquelle est né le scandale à l'origine des récents travaux relatifs à la lutte contre les conflits d'intérêt : au printemps 2010, les enregistrements des conversations de madame BETTENCOURT ont mis en lumière les liens entretenus entre certains membres du gouvernement et des personnes chargées de la gestion du patrimoine de la milliardaire. L'épouse du Ministre du budget et Trésorier de l'U.M.P. travaille en effet pour la société Clymène, chargée de gérer le patrimoine de l'actionnaire principale de L'Oréal. Le scandale est tel qu'outre les démissions qui ont suivi, la création d'une commission est annoncée. F. WOERTH démissionne de son poste et son époux quitte ses fonctions de trésorier de l'U.M.P., qu'il cumulait avec celles de Ministre du Budget. Une lettre de mission a alors été adressée par le Président de la République, avant même la création de la Commission de réflexion sur la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, le 8 septembre 2010. Celle-ci désirait voir « déterminer, pour ce qui concerne les membres du gouvernement, les responsables d'établissements publics ou entreprises publiques et en tant que de besoin les hauts fonctionnaires, les règles de fond, de procédure ou de comportement qui seraient les mieux à même de répondre à ces préoccupations ». Il s'agissait donc pour la Commission de réflexion présidée par J.-M. SAUVE, vice-président du C.E., de restaurer, par le biais de la lutte contre les conflits d'intérêts, la confiance de citoyens dans le service public et les autorités.

¹³⁷ Voir J.-M. SAUVE, « Quelle déontologie pour les hauts fonctionnaires ? », *Intervention à l'Ecole nationale d'administration*, mercredi 27 mars 2013, p. 3. Il faut préciser par ailleurs que, s'il ne fait aucun doute que le domaine judiciaire n'est pas épargné par ces changements de société et que les juges sont en proie au risque de conflits d'intérêts, le rapport de la Commission de réflexion sur la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, traitant des agents de la fonction publique, ne semble pas proposer de solutions qui permettraient de lutter contre les conflits entre les intérêts privés des magistrats et l'exercice de leur mission de service public. Le domaine d'étude semble les exclure, *rationae personae*. Voir, V. DUVAL, « Conflits d'intérêts », in *Le nouveau pouvoir judiciaire*, n° 395, juillet 2011, p. 6. (L'auteur ajoute que lorsque l'Union Européenne statue sur les dispositifs proposés par la Commission, elle n'entend pas les étendre aux magistrats : voir par exemple la Recommandation n° R (2000) 10 du Comité des Ministres aux Etats Membres sur les codes de conduite pour les agents publics, adoptée le 11 mai 2000, prévoyant expressément qu'elle ne concerne pas, en tant qu'agents publics, les personnes exerçant des fonctions judiciaires). Au contraire, leur statut apparaît comme une source d'inspiration des propositions du rapport de la Commission, comme un modèle intégrant d'ores et déjà nombre des principes proposés à la réforme

concernant les agents publics. En effet, le dispositif législatif qui permettrait selon la Commission de réaliser un meilleur équilibre entre la prévention, le traitement et la répression des conflits d'intérêts concernant les agents publics devrait intégrer la définition de ces conflits et sécuriser les règles en matière d'abstentions, de déport et d'obligations de déclaration d'intérêts et devrait par ailleurs être complété par des dispositions déontologiques précises afin de sensibiliser *a priori* les acteurs au risque de conflits d'intérêts (Voir rapport précité, p. 12). (La prise illégale d'intérêts est déjà érigée en infraction dans le code pénal de 1810 et le « délit de pantouflage » a été consacré par une loi du 6 octobre 1919. Voir, J.-M. SAUVE, J.-C. MAGENDIE, D. MIGAUD, *Pour une nouvelle déontologie de la vie publique, Rapport de la commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêt dans la vie publique*, présidée par J.-M. SAUVE, remis au Président de la République le 26 janvier 2011, Paris, La documentation française, 2011, pp. 30 et s. Mais les garanties sont encore insuffisantes : les incompatibilités permettent de prévenir les conflits les plus évidents. Pour le reste, les agents ont peu de repères : « Il n'existe pas de dispositions législatives ou réglementaires prescrivant de manière générale aux personnes qui concourent à l'exercice d'une mission de service public de s'abstenir de tout comportement qui les placerait en situation de conflit d'intérêts ou de mettre fin à de tels conflits, s'ils surviennent, ni, a fortiori, de dispositions leur expliquant la marche à suivre pour ce faire ». Voir rapport précité, p. 43-44). A propos de l'importance de la déontologie et de la rigueur individuelle, voir également J.-M. SAUVE, « Un juge indépendant et impartial », in *La conscience des droits, Mélanges en l'honneur de Jean-Paul COSTA*, Paris, Dalloz, 2011, pp. 559 et 560 ; a propos du caractère lacunaire des règles déontologiques existantes, voir rapport précité, pp. 40 et s.

Or, de tels dispositifs de prévention et de sanction des conflits d'intérêts sont déjà organisés concernant les magistrats et les enjeux déontologiques sont intégrés dans les esprits au sein du corps judiciaire : la déontologie des magistrats leur impose par exemple d'éviter les situations susceptibles de faire naître des causes de récusation, mais aussi de s'abstenir spontanément de juger chaque fois qu'ils ne s'estiment pas en mesure de se prononcer en toute impartialité. Ainsi, les juges ont l'obligation de « veiller à éviter que soit porté à l'encontre de la juridiction à laquelle il appartient et aux décisions qu'elle rend le moindre soupçon de partialité. Ainsi, dès lors qu'il a pu manifester des signes de soutien à une partie, il doit s'abstenir de siéger », voir C.A. Bourges, 2 mars 2001, JurisData n° 2001-154161). Parmi les mesures proposées à la réforme concernant les agents publics, apparaît justement la possibilité de récuser déjà organisée concernant le juge, lorsqu'il y a communauté ou contradiction d'intérêts. De même, s'agissant du « déport ». Voir J.-M. SAUVE, J.-C. MAGENDIE, D. MIGAUD, *Pour une nouvelle déontologie de la vie publique, Rapport de la commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêt dans la vie publique*, présidée par J.-M. SAUVE, remis au Président de la République le 26 janvier 2011, Paris, La documentation française, 2011, p. 49.

Il faut toutefois reconnaître l'impact de certaines propositions sur le statut des magistrats. Voir V. DUVAL, *op. cit.*, p. 6. En effet, la possibilité d'élargir l'obligation de déclaration d'intérêts aux juges est nouvelle et intéressante puisqu'elle permet une prise de conscience et par là même une meilleure prévention, par les juges eux-mêmes, mais également par les tiers en facilitant l'appréciation des cas de récusation. Le projet de loi relatif à la déontologie et à la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, n° 3704, délibéré par le Conseil des ministres et enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 27 juillet 2011 va dans ce sens en instaurant cette déclaration pour les personnes visées par la Commission, comme pour les magistrats administratifs et financiers. Le projet de loi organique n° 1321, relatif au renforcement des obligations déontologiques des magistrats de l'ordre judiciaire, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 24 juillet 2013, prévoit un renforcement des obligations de transparence pour ces magistrats, tout en tenant compte de la spécificité de leurs missions et des dispositifs existants. Il vise à introduire dans l'ordonnance statutaire une obligation générale de prévenir et régler immédiatement les éventuels conflits d'intérêts et une définition des conflits d'intérêts. Il instaure un entretien déontologique pour l'ensemble des magistrats ayant une activité juridictionnelle, obligatoire pour tous les magistrats du siège et du parquet à l'occasion de leur installation dans leurs fonctions et, d'autre part, une obligation de déclaration de patrimoine pour certains hauts magistrats. Voir § 70 de la présente étude. Ces dispositifs seront par ailleurs renforcés puisque les articles L.111-6 et L.111-7 du C.O.J. seront modifiés pour prévoir que la récusation d'un magistrat du siège pourra être demandée en cas de conflit d'intérêts. Les magistrats devront s'abstenir et se faire remplacer lorsqu'ils penseront être en situation de conflit d'intérêts. (Sur les travaux faisant suite au rapport remis par la Commission présidée par le vice-président du Conseil d'État, J.-M. SAUVE, voir M. MEKKI, « Les conflits

Ensuite, la présomption d'affection peut reposer sur la connaissance antérieure de la cause¹³⁸. Le juge ne doit pas avoir connu antérieurement de l'affaire à un titre quelconque¹³⁹.

d'intérêts : prévenir et guérir », *La Semaine Juridique Edition Générale*, n° 24, 13 Juin 2011, p. 669. Chaque assemblée a constitué un groupe de travail : un groupe de travail a été constitué le 6 octobre 2010, sous la présidence du président de l'Assemblée nationale M. B. ACCOYER, qui a donné naissance notamment à l'élaboration d'un code de déontologie et à l'instauration, par une décision du bureau du 6 avril 2011, du « déontologue de l'assemblée nationale » dont la mission est d'assurer le respect des principes figurant dans le code de déontologie. Le Sénat propose quant à lui un rapport plus détaillé, réalisé par la Commission des lois dont le groupe de travail était présidé par J.-J. HYEEST, qui s'appuie sur une définition précise de la notion de « conflits d'intérêts ». Voir J.-J. HYEEST, *Rapport d'information fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale, par le groupe de travail sur les conflits d'intérêts, présidé par J.-J. HYEEST*, enregistré à la Présidence du Sénat le 12 mai 2011, publié le 26 mai 2011, n° 518, 2010-2011).

V. DUVAL souligne toutefois que l'obligation de déclaration d'intérêts pourrait poser problème dans la mesure où elle s'étendrait aux conjoints des magistrats, exerçant parfois la profession d'avocat. D'autres questions d'indépendance pourraient se poser (l'art.3 prévoit que l'exposé des motifs du projet de loi relatif à la déontologie et à la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique précise que les déclarations d'intérêts seront communicables à l'Autorité de la déontologie de la vie publique, à l'exception de celles des personnes exerçant des fonctions juridictionnelles, en raison du principe constitutionnel d'indépendance des juridictions : « Si cette déclaration n'est pas publique et n'est accessible que par le chef de juridiction ou le déclarant, on voit alors mal l'intérêt d'imposer une telle démarche au magistrat et à sa famille proche, si ce n'est un moyen d'essayer d'exercer une certaine influence et d'exprimer une défiance à l'égard des magistrats... Si cette déclaration, non publique, figure au dossier du magistrat, elle est alors directement accessible par de nombreuses personnes, notamment par le C.S.M., éventuellement dans le cadre de ses fonctions disciplinaires. Si cette déclaration est rendue publique ou est accessible à tout justiciable le sollicitant, on imagine aisément le risque important de campagnes de déstabilisation pour manque d'impartialité, les demandes régulières de récusation uniquement destinées à écarter le juge naturel d'un dossier »). Voir V. DUVAL, *op. cit.*, pp. 6 et s.

¹³⁸ Cette troisième catégorie dégagée par M. ANGEVIN renvoie à l'art. 668, 5° du C.P.P. Il faut y joindre l'article L. 111-6, 5° du C.O.J. qui autorise la récusation si le juge « a précédemment connu de l'affaire comme juge ou comme arbitre ou s'il a conseillé l'une des parties ».

¹³⁹ La jurisprudence a déjà reconnu que la participation d'un magistrat à une formation de jugement, alors qu'il avait connu de l'affaire antérieurement, ne permet pas de garantir l'exigence d'impartialité, au sens de l'article 6§1 de la C.E.D.H. (Cass. crim., 6 novembre 1986, *bull. crim.* 1986, n° 328, 2° espèce). Voir aussi, dans le même sens : C.A. Paris, ord. Premier président, 26 octobre 2000, *D.* 2001, n°21, p. 1646. L'affaire mettait en cause les activités d'une société dans laquelle le Président du tribunal correctionnel, faisant l'objet d'une récusation, avait siégé huit ans plus tôt en qualité d'assesseur du même tribunal dans une instance impliquant la même personne morale.

En revanche, la règle est plus souple quand il s'agit d'apprécier successivement une même demande à l'égard d'une même affaire. Il en est ainsi du pourvoi en cassation : « les dispositions de l'article 6, § 1, de la Convention européenne des droits de l'homme et celles de l'article 668 du code de procédure pénale ne font pas obstacle à ce que les mêmes magistrats composent la chambre criminelle lors de pourvois successifs au cours de la même affaire » (Cass. crim., 22 novembre 2005, *JurisData* n° 2005-031121, *bull. crim.*, 2005, n° 305).

Concernant la révision du procès, la Cour de cassation considère qu'aucune disposition légale ou conventionnelle ne fait obstacle à ce qu'un même magistrat puisse faire partie de la commission appelée à connaître de requêtes successives tendant à la révision d'une même condamnation pénale en vertu des articles 622 à 626 du C.P.P., ce qui explique le rejet de la requête en récusation formée au motif que le même conseiller à la Cour de cassation avait été le rapporteur lors des deux instances. Voir Cass. crim., 15 février 2005, *JurisData* n° 2005-027226, *bull. crim.* 2005, n° 59. Il faut déplorer qu'aucune disposition légale ou jurisprudentielle n'ait imposé au juge d'obligation d'information, à l'instar de ce qui existe concernant les arbitres (article 1456 du N.C.P.C.) en ce qui concerne les relations avec les parties qui pourraient faire douter de sa partialité. (Voir G. VINEY, « Rapport de synthèse », in *La*

Ce cas de récusation vise le risque de pré-jugement de l'affaire, en ce qu'il pourrait empêcher le juge d'analyser les faits avec la distance nécessaire caractéristique d'une première lecture.

Plus encore, il s'agit d'éviter que le juge soit confronté à son erreur : dans ce cas, il pourrait ne pas assumer la nécessité de revenir sur sa propre conviction, prise en son for intérieur et affirmée publiquement. La capacité de dépasser ses contradictions internes nécessiterait une grande aptitude au dépassement de ses émotions, d'insatisfaction de soi ou de honte¹⁴⁰.

Par ailleurs, la présomption de l'affinité naît parfois d'un sentiment. Par exemple, l'article L. 111-6 du C.O.J.¹⁴¹ organise la possibilité de récuser un juge « s'il y a amitié ou inimitié notoire entre le juge et l'une des parties »¹⁴²

Enfin, cette cause de récusation étant spécifique à la procédure pénale, une manifestation de nature à faire suspecter l'impartialité du juge peut fonder la récusation¹⁴³.

La formulation de ce motif, moins objective que celle des autres cas, laisse aux Premiers présidents de la cour d'appel et de la Cour de cassation une large marge dans l'appréciation de la gravité des hostilités ou faveurs manifestées par les magistrats et des émotions qui sous-tendent¹⁴⁴.

Il s'agit donc de veiller tout particulièrement à éviter l'usage excessif ou abusif de cette cause de récusation afin que la défiance systématique à l'égard des juges ne paralyse l'institution¹⁴⁵.

C'est pourquoi cette cause de récusation doit reposer sur des faits personnels au juge¹⁴⁶, qui doivent par ailleurs être suffisamment sérieux pour permettre de soupçonner la partialité du juge¹⁴⁷.

responsabilité, aspects nouveaux, journées panaméennes, Travaux de l'association Henri CAPITANT des amis de la culture juridique française, tome 50, 1999, Paris, L.G.D.J., 2003, p. 5).

¹⁴⁰ Voir § 17 de la présente analyse. Rappelons que la satisfaction constitue l'une des émotions primaires dans la théorie de KEMPER. Voir T. D. KEMPER, « social constructionist and positivist approaches to the sociology of emotions », *American Journal of Sociology*, vol. 87, n°2, sept. 1981, pp. 336-362.

Les règles d'incompatibilité de fonctions comme l'interdiction pour un même magistrat de tenir successivement des fonctions de poursuites et de jugement, ou d'instruction et de jugement, sous peine d'annulation de la décision rendue protègent déjà le justiciable de ce risque, alors même qu'aucune récusation n'aurait été sollicitée.

¹⁴¹ Art. auquel il est fait renvoi à l'article 341 du code de procédure civile en ce qui concerne la définition des causes possibles de récusation.

¹⁴² Article L. 111-6 du C.O.J., 8°.

¹⁴³ Il s'agit de la quatrième catégorie dégagée par M. ANGEVIN. Cette catégorie renvoie à l'art. 668, 9° du C.P.P.

¹⁴⁴ Article 672 du C.P.P.

¹⁴⁵ Il s'agit du cas le plus souvent invoqué en pratique, d'autant qu'il englobe aussi bien les manifestations d'hostilité que d'amitié à l'égard d'une des parties.

En cas de doute sur le caractère sérieux, celui-ci profite au magistrat soupçonné et la requête en récusation doit être rejetée¹⁴⁸.

Ainsi, en pratique, bien que ce dernier cas semble d'interprétation plus large, la preuve sera plus délicate à rapporter pour le demandeur.

29. Mais, si la procédure de récusation organisée par le législateur passe par la définition objective des causes de récusation et par l'objectivation des émotions qui sous-tendent, l'analyse des décisions relatives aux demandes de récusation devrait à présent permettre de prendre la mesure de la rigueur de l'appréciation de l'objectivation en pratique¹⁴⁹ et d'en déduire le champ laissé aux empreintes émotionnelles dans le jugement.

30. Une remarque préliminaire s'impose. Alors que le Conseil supérieur de la magistrature a pu relever une tendance à l'augmentation du nombre de demandes de récusation et de renvoi pour cause de suspicion légitime¹⁵⁰, la rareté des décisions relatives à ces demandes en pratique est manifeste¹⁵¹. Cette réalité peut s'expliquer de différentes manières.

D'un point de vue substantiel, d'abord, l'appréciation des motifs de récusation laisse peu de place aux conflits d'interprétation. D'une part, parce que le caractère objectif des causes de récusation facilite leur appréciation. Certaines récusations semblent en effet reposer de manière évidente sur un motif légal de récusation.

¹⁴⁶ Cass. crim., 15 novembre 1907, *bull. crim.*, 1907, n° 463, p. 733.

¹⁴⁷ Le juge d'instruction ayant publiquement exprimé à l'issue d'un interrogatoire son hostilité à l'égard de l'inculpé dont il instruisait l'affaire a créé un doute quant à sa partialité. (Cass. crim., 21 août 1990, *bull. crim.*, 1990, n° 305; il s'agissait en l'occurrence d'une demande de renvoi pour cause de suspicion légitime, mais la récusation était également possible sur le fondement de l'article 668, 9°).

¹⁴⁸ C.A. Paris, 3 mai 1929, *D.H.*, 1929, p. 321, qui rejette la requête en récusation, faute d'éléments sérieux caractérisant une inimitié actuelle entre le Président du tribunal correctionnel et le prévenu. Ajoutons que la jurisprudence de la Cour E.D.H. affirme que l'impartialité personnelle du juge doit être présumée, mais la preuve contraire peut être rapportée devant la juridiction compétente pour se prononcer sur la demande de récusation. Voir par ex. Cour E.D.H., *DUBUS S.A. c/ France*, 11 juin 2009, Requête n° 5242/04.

¹⁴⁹ Pour une étude de la jurisprudence en matière de récusation, voir M. FABRE, « Le droit à un procès équitable : étude de jurisprudence sur l'application de l'article 6, § 1 de la Convention E.D.H. », *La Semaine Juridique Edition Générale*, n° 31, 29 Juillet 1998, I, p. 157.

¹⁵⁰ Cette tendance est corroborée par l'évolution du nombre de demandes de protection statutaire : d'une quinzaine de cas par an en 1997 et 1998, le nombre a progressivement augmenté jusqu'à ce qu'il y en ait 80 en 2003, dont 72 relatifs à des magistrats. Voir rapport du C.S.M. avis du 11 mars 2004. Ainsi, les justiciables ne semblent pas convaincus par l'irréprochabilité de leurs juges.

¹⁵¹ Voir également, J. PRADEL, « La notion européenne de tribunal indépendant et impartial selon le droit français », *R.S.C.*, 1990, p. 694.

C'est le cas lorsqu'un juge a empêché les requérants de s'exprimer lors d'une audience, a tenu des propos injurieux à leur égard et les a menacés de prononcer le placement de leur enfant en institution¹⁵². C'est également le cas lorsque l'auteur d'une plainte s'est constitué partie civile en mettant en cause notamment le juge d'instruction qui a rendu une ordonnance de refus d'informer¹⁵³.

D'autre part, parce que l'administration de la preuve d'un risque de partialité est favorisée par l'existence d'une présomption légale de soupçon : il n'incombe pas au demandeur d'établir un risque de partialité, mais l'existence d'un des neuf cas prévus par l'article 668 du C.P.P¹⁵⁴. Cette preuve établie, la récusation est obligatoirement acquise. L'irréfutabilité de la présomption de partialité lorsque la preuve d'une cause de récusation a été apportée constitue le prolongement de la définition objective des causes de récusation.

Ensuite, d'un point de vue procédural, le fait que la récusation apparaît techniquement parmi les incidents de procédure n'y est pas indifférent¹⁵⁵. En effet, la récusation étant « incidente par rapport à l'instance principale »¹⁵⁶, cette contestation à l'intérieur de l'instance civile ou pénale compte parmi les pièces composant les dossiers mais n'apparaîtrait dans les jugements et arrêts que dans les hypothèses de contentieux portant justement sur la récusation.

¹⁵² Voir cour d'appel Paris, Pôle 2, chambre 1, 11 Septembre 2013, n° 13/07730. Les propos litigieux du juge des enfants étaient les suivants : « si vous refusez de participer à cette évaluation, [...] je n'aurai pas d'autre solution que de confier Luc à une institution [...] ». « Les familles qui [...] énoncent des contrevérités pour échapper à toute vérification de leur fonctionnement », ou : « En ce qui concerne l'Association Olga S. que vous dénoncez de façon tout à fait stupide voire plus », ou encore : « Quand on se targue de connaître la loi, on évite de citer ». Il s'agit là d'un cas classique de récusation pour inimitié notoire.

¹⁵³ Cass. crim., 16 mai 2000, pourvoi n° 99-85.444 : « Attendu qu'un magistrat visé par une plainte avec constitution de partie civile ne saurait statuer sur cette plainte sans faire naître un doute sur son impartialité ».

¹⁵⁴ La requête doit désigner nominativement les magistrats concernés et contenir les motifs précis. Sur l'obligation de motiver la demande de récusation, voir par exemple : C.A. Pau, 14 octobre 2002, JurisData n° 2002-199804; C.A. Toulouse, 24 février 2000, JurisData n° 2000-111230.

¹⁵⁵ L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, Paris, Litec, 2006, n° 656, p. 423 ; G. COUCHEZ, *Procédure civile*, Paris, Armand Colin, 2002, n° 659 à 664. ; S. GUINCHARD, J. VINCENT, *Procédure civile*, Paris, Dalloz, 1999, n° 1161; A. VITU, « La récusation en matière pénale », in *Mélanges dédiés à Jean VINCENT*, Paris, Dalloz, 1981, p. 429.

¹⁵⁶ L. CADIET et E. JEULAND, *op. cit.*

Or, précisément, la procédure de récusation applicable en matière pénale n'ayant pas un caractère juridictionnel, mais administratif¹⁵⁷, le magistrat récusé y est un sujet passif et non une partie, la procédure se déroule sans notification ni avis, sans débats, sans communication de pièces, elle n'est ni publique ni contradictoire et la décision rendue sous forme d'ordonnance est insusceptible de recours¹⁵⁸. Les contentieux sont donc impossibles¹⁵⁹.

Une spécificité de la procédure applicable en matière civile permet cependant davantage de visibilité dans la mesure où le juge dispose en quelque sorte d'un droit de réponse après la communication qui lui est faite de la demande de récusation, duquel va dépendre l'étude de la requête par la cour d'appel : il peut acquiescer ou s'opposer *a priori*, et non par voie d'un quelconque recours, à la demande et motiver son refus¹⁶⁰. Ce n'est que dans cette dernière hypothèse que la cour d'appel statue, laissant trace de sa décision¹⁶¹.

Ainsi, s'il répond favorablement à la demande de récusation, seul le changement de nom du juge apparaîtra dans la décision portant sur le fond du litige, la demande de récusation comptant uniquement parmi les pièces du dossier. S'il s'oppose à la demande, la cour d'appel rendra bien une décision, cette hypothèse étant plutôt rare en pratique.

En somme, et en dehors du fait que la plupart des situations correspondant à un motif de récusation se résolvent en pratique par une abstention du juge, en interne, sans que les motifs n'apparaissent¹⁶², il existe peu de décisions rendues en matière de récusation¹⁶³.

¹⁵⁷ R. MERLE et A.VITU, *Traité de droit criminel. Procédure pénale*, Cujas, 1979, 4e éd., n° 564.

¹⁵⁸ Art. 671 al. 2 du C.P.P. ; art. 672 et art. 674. ; La décision appartient au Premier président de la juridiction à laquelle appartient le magistrat concerné par la demande de récusation, qui rend une ordonnance non motivée, après avis du procureur général, produisant effet de plein droit, sans recours possible.

S'il entend donner suite à la demande de récusation, il saisit un magistrat qui remplacera celui qui vient d'être récusé. Dans le cas contraire, s'il rejette la demande, la juridiction statue telle qu'elle était initialement composée, et le premier président prononce la condamnation du demandeur à une amende civile (Art. 673 du C.P.P.).

Sur l'absence de recours, voir par ex. Cass. crim., 14 mars 2001, *bull. crim.*, 2001, n° 69 ; Cass. crim., 5 octobre 1999, pourvoi n° 98-81.395, inédit.

¹⁵⁹ Et l'uniformisation de la jurisprudence par la Cour de cassation est de ce fait également impossible.

¹⁶⁰ Article 345 du code de procédure civile : « Le secrétaire communique au juge la copie de la demande de récusation dont celui-ci est l'objet » ; Article 347 du même code : « Dans les huit jours de cette communication, le juge récusé fait connaître par écrit soit son acquiescement à la récusation, soit les motifs pour lesquels il s'y oppose ». Article 348 : « Si le juge acquiesce, il est aussitôt remplacé » ; Article 349 : « Si le juge s'oppose à la récusation ou ne répond pas, la demande de récusation est jugée sans délai par la cour d'appel ou, si elle est dirigée contre un assesseur d'une juridiction échevinale, par le président de cette juridiction qui se prononce sans appel ».

¹⁶¹ En matière pénale, le juge désigné par la demande de récusation rend un mémoire, dont le sens ne conditionne pas le fait que le Premier président statue sur la requête.

¹⁶² L'abstention est en quelque sorte souterraine puisque le magistrat demande à être remplacé avant même d'être juridiquement saisi. Elle échappe donc même à la connaissance des parties. De plus, un juge visé par une requête en

récusation conserve la possibilité de s'abstenir, la récusation devenant alors sans objet (dans ce sens, V. Cass. crim., 24 décembre 1869, *bull. crim.*, 1869, n° 273; C.A. Colmar, 20 juin 2002, JurisData n° 2002-186031).

¹⁶³ Il existe par contre des décisions disciplinaires qui correspondent aux motifs de récusation. Il s'agit, pour illustrer le propos, d'un juge laissant entendre avant une audience qu'il serait déjà convaincu de la culpabilité, d'un juge raciste ou présentant des liens de parenté avec l'une des parties. Voir C.S.M. statuant comme conseil de discipline des magistrats du siège, 20 juillet 1994, *Recueil des décisions et avis disciplinaires*, S079 : répétition d'altercations avec un justiciable, mari de la maîtresse du magistrat ; Absence de déport d'un magistrat dans des affaires mettant en cause sa maîtresse ainsi qu'une personne connue de lui ; C.S.M. statuant comme conseil de discipline des magistrats du siège, décision du 02 juillet 1992, *Recueil des décisions et avis disciplinaires*, S062. L'espèce citée en premier lieu, concernait des qualifications disciplinaires de manquements aux devoirs d'impartialité, de légalité et de probité, à l'encontre d'un J.A.P. soupçonné d'avoir manifestement violé des règles de procédure et des règles régissant l'exécution des peines et régulièrement fréquenté un détenu suivi par son service. Le C.S.M. a considéré qu'aux termes du premier alinéa de l'article 43 de l'ord. n° 58-1270 du 22 décembre 1958 « Tout manquement par un magistrat aux devoirs de son état, à l'honneur, à la délicatesse ou à la dignité, constitue une faute disciplinaire ». C.S.M., décision du 03 mai 1990, S052, réuni en conseil de discipline du siège, à huis clos, sous la présidence de M. DRAI, Premier président de la Cour de cassation, a décidé, le retrait des fonctions de J.A.P. et son déplacement d'office de M. X qui avait placé L, en qualité de vaguemestre coursier au siège de « l'Association pour le développement de la semi-liberté et des chantiers extérieurs » qu'il présidait, l'a autorisé à avoir une résidence privée ; qu'il a accordé à ce condamné des permissions de sortir d'une durée d'au moins quinze jours qui n'ont pas été précédées de l'avis de la commission de l'application des peines et n'ont pas été notifiées au Procureur de la République; qu'il a laissé L conduire sa voiture personnelle pour l'accompagner au palais de justice et sur les chantiers extérieurs; qu'en outre, il s'est fait conduire par ce condamné à l'aéroport de W; que ces pratiques ne peuvent être justifiées par la fatigue ou les difficultés qu'entraînerait pour M. X la conduite d'une automobile ; que l'ensemble de ces faits et circonstances ne peuvent qu'être interprétés comme un « échange de services » entre un juge et un condamné ; qu'un tel comportement est contraire à la dignité que tout juge doit s'imposer ; Considérant en définitive que les manquements réitérés de M. X aux devoirs de rigueur de son état ainsi que le comportement contraire à la dignité du juge, qui ont été relevés ci-dessus, sont de nature à motiver une sanction ;

Une autre procédure concernait des manquements aux devoirs d'impartialité, de délicatesse à l'égard de la justice, de légalité, aux devoirs liés à l'état de magistrat et au devoir de probité constatés d'un Président de tribunal de grande instance et qui justifieront son déplacement d'office. Les faits sont relatifs à l'intervention de ce magistrat dans des procédures relatives à des personnes qu'il connaissait. Le C.S.M. retient qu'aux termes du premier alinéa de l'article 43 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant L.O. relative au statut de la magistrature, « Tout manquement par un magistrat aux devoirs de son état, à l'honneur, à la délicatesse ou à la dignité constitue une faute disciplinaire » ; qu'il est établi qu'à la demande de M. X et pour permettre à celui-ci de siéger le jour où serait débattue l'action en revendication dirigée contre le promoteur de l'immeuble dans lequel il est copropriétaire, le Vice-président de la première chambre civile a renvoyé le dossier de l'affaire A/B ; qu'à l'audience du 13 mars 1990, présidée par M. X, il n'a pas été délibéré sur le champ; que ce dernier a conservé le dossier en délibéré ; que la décision a été rendue le 12 juin 1990, après quatre prorogations ; que M. X s'est contenté d'informer de la solution par lui choisie l'un de ses assesseurs qui s'est chargé lui-même d'en parler au troisième membre de la formation de jugement ; que M. X a siégé, en qualité de juge rapporteur, dans une affaire de divorce A/B dont l'un de ses amis l'avait entretenu ; qu'ayant conservé cette affaire en délibéré pendant plus de dix mois, il s'est prononcé, sans en avoir rendu compte au tribunal en sa formation collégiale, comme le lui imposait l'article 786 du N.C.P.C. ; Le conseil considère ces circonstances sont d'autant plus suspectes que M. X n'avait jamais fait auparavant usage de la faculté d'assurer effectivement la présidence d'une formation de jugement, ce qui lui avait valu, en 1988, les observations du Premier président de la cour d'appel ; Le conseil disciplinaire retiendra que ces comportements caractérisent un manquement aux devoirs de son état de juge pour prononcer la sanction du déplacement d'office. C.S.M. statuant comme conseil de discipline des magistrats du siège, décision du 02 juillet 1992, *Recueil des décisions et avis disciplinaires*, S062, siégeant à la Cour de cassation sous la présidence de M. Pierre DRAI.

Pour la plupart, les décisions rendues concernent la subsidiarité des dispositions de la C.E.D.H. par rapport à la procédure du droit interne, dans des affaires où les mis en cause invoquent l'article 6§1 sans avoir demandé au préalable la récusation, ou encore l'exigence de motivation des demandes, lorsque celles-ci sont mal motivées au regard des cas limitativement énumérés par la loi. De façon plus résiduelle, la demande de récusation procède parfois d'une affabulation¹⁶⁴, créant un malaise là où rien ne le justifiait¹⁶⁵.

Toutefois, avant d'en arriver au stade des poursuites disciplinaires, ces exemples ne nous ayant servi qu'à matérialiser les situations concrètes, ces hypothèses de partialité subjective relèvent en amont, pour la plupart, des garanties d'impartialité organisées par la procédure pénale interne, telles que la récusation du juge ou la procédure de suspicion légitime.

¹⁶⁴ Il arrive que les craintes des justiciables participent d'une tendance à l'affabulation et au fantasme et l'émotion à l'origine de la requête relève parfois davantage de la déception de perdre qu'un doute quant à l'impartialité. Voir par exemple, Cour d'appel de Versailles, 28 Juin 2006, n° 06/03346. La requête en récusation fondée sur l'article 668-9° du code de procédure pénale reprochait à un juge d'instruction « d'avoir communiqué le dossier au parquet qui prenait des réquisitions supplétives aux fins de mise en examen de la plaignante pour dénonciation d'un délit imaginaire, préjudiciant ainsi de la valeur des indices révélés par l'information et de la décision que le juge serait amené à prendre sur les faits reprochés », et « d'avoir interprété les conclusions de l'expertise graphologique et de la possibilité ignorée de l'expert d'un faux matériel par manipulation ». « Considérant que Madame L. spéculait sur les intentions supposées du juge d'instruction qui a transmis le dossier au ministère public, face aux incohérences et contradictions ressortant des déclarations de la partie civile, alors que l'information est toujours en cours et que les faits initiaux, comme les faits nouveaux, restent ouverts au débat judiciaire dans le cadre de l'instruction en cours ; que le fait que les investigations menées ne se soient pas révélées conformes aux attentes de la plaignante, ne saurait lui être reproché comme une manifestation de partialité ».

¹⁶⁵ C'est le cas des demandes fondées sur des considérations discriminatoires ou encore de celles qui ne seraient que dilatoires. En-cela ces requêtes révèlent le dévoiement possible de la procédure et doivent être déclarées irrecevables. C'est ce qu'a fait le Premier président de la cour d'appel de Lyon le 27 novembre 2012 : une requête avait été déposée par un avocat à l'encontre d'Albert LEVY, Premier vice-président du T.G.I. de Lyon, en raison de ce que ce juge, de confession juive, intervenait dans une affaire familiale dans laquelle le père de la prévenue appartenait au même culte. L'émotion suscitée dans le monde juridique et politique a été vive. Le Président du Syndicat de la magistrature M. BONDUELLE a souligné le fondement antisémite de la requête, la démarche ayant été qualifiée au sein de son organisme de « juridiquement délirante » et « humainement inacceptable » (Syndicat de la magistrature, Communiqué de presse, 27 novembre 2012). L'avocat à l'origine de la procédure fera l'objet d'une procédure disciplinaire. La garde des Sceaux, Madame C. TAUBIRA, a dénoncé une discrimination et apporté son soutien au magistrat concerné (C. TAUBIRA, *Protection des magistrats*, Communiqué de presse du ministre de la Justice, 28 novembre 2012 ; voir également dépêches Jurisclasseur, « Une requête en récusation contre un magistrat « juridiquement délirante » rejetée », 29 novembre 2012, 2410).

Ainsi, certaines demandes de récusation peuvent, plutôt que de lutter contre les émotions du juge, venir ajouter chez lui un malaise, parfois ressenti plus largement.

L'intention de nuire peut transparaître dans une demande de récusation. Par exemple, la juridiction rejette la demande de récusation qui reposait sur le doute quant à l'impartialité du tribunal de commerce de Tours dès lors que certains de ses magistrats feraient partie d'une association dont serait également membre une partie, au motif que « la simple appartenance d'un magistrat à une association dont est également membre une partie est insuffisante, à défaut d'autres éléments, pour caractériser le manque d'impartialité objective de ce magistrat », allant jusqu'à reprocher au demandeur de se livrer à des « insinuations malveillantes devant la juridiction d'appel », voir Cour d'appel Orléans, 6 mai 2010, n° 09-01692, 164.

Au surplus, les décisions statuant véritablement sur le caractère justifié du motif de récusation invoqué concluent majoritairement par la négative, estimant ainsi que les doutes du demandeur ne sont pas justifiés au regard de la situation personnelle et émotionnelle du juge.

Ces constats révèlent-ils une grande rigueur et un souci de neutralité émotionnelle sans failles de la part des juges, ou sont-ils simplement les conséquences du caractère objectif et limitatif des causes de récusation d'une part, et de l'objectivation des émotions sur lesquelles elles reposent d'autre part, qui trouveraient une stricte application prétorienne?

31. L'appréciation par les juges des émotions pouvant justifier une récusation semble différer selon les types de contentieux.

Parfois, par une appréciation large des émotions pouvant justifier une récusation, toute implication même lointaine étant susceptible de fonder un conflit d'intérêts, la jurisprudence semble lutter très largement contre les émotions dans la prise de décision et consacrer ainsi l'exigence d'une neutralité émotionnelle totale.

C'est le cas dans les hypothèses de conflits d'intérêts financiers : les juridictions semblent très attentives à garantir strictement le droit de récusation¹⁶⁶. Par exemple, la jurisprudence retient que le fait, pour le président de la C.O.B. de faire des déclarations, en termes péjoratifs, qui insinuent qu'une personne est coupable, avant la décision, bien qu'il n'y ait pas, par la suite, participé, a pu donner l'impression que la sanction n'avait pas été décidée en toute impartialité¹⁶⁷.

En ce qui concerne plus spécifiquement la récusation, la jurisprudence va jusqu'à considérer que les parties doivent pouvoir exercer ce droit de manière effective, antérieurement à l'instance devant la Commission des sanctions de l'A.M.F. A défaut, la procédure est irrégulière¹⁶⁸.

¹⁶⁶ Il faut préciser ici que, cette matière permettant souvent l'intervention d'autorités administratives indépendantes, le fait que certaines d'entre elles disposent d'un pouvoir de sanction comparable à celui qui découle du procès a conduit à soumettre ces instances à l'exigence d'impartialité, parfois de manière stricte. V. par ex., C.E.D.H. 11 juin 2009, *Dubus SA c/ France*, n° 5242/04; V. également F. BRUNET, « De la procédure au procès : le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes », *R.F.D.A.*, 2013, n°1, pp. 113 et s.

¹⁶⁷ C.A. Paris, chambre économique, 7 mai 1997, *JurisData* n° 2007-612538. Sur le fondement de la présomption d'innocence, l'arrêt admet que même si le préjugé n'émane pas de la personne qui a eu finalement à connaître de l'affaire et a été émis antérieurement aux poursuites, il y a atteinte à la présomption d'innocence.

¹⁶⁸ C.A., Paris, Pôle 5, chambre 5-7, 24 octobre 2013, n° 160, n° 2012-14904 : La société NATIXIS avait lancé une opération de reconstitution de fonds propres en lançant une augmentation de capital avec droit préférentiel de souscription par émission d'actions nouvelles, avec maintien du droit préférentiel des actionnaires. Les sociétés COUDREE et COMPANIA FINANCIERA INTERNATIONAL ont alors acheté des droits préférentiels aux actions NATIXIS à émettre et vendu par anticipation les anciennes, afin de réaliser un profit. Le secrétaire général de l'A.M.F. a ouvert une enquête qui a permis d'ouvrir une procédure devant la Commission des sanctions qui les a

Par ailleurs, dans cette même espèce, si la Cour rappelle qu'il ne lui appartient pas de statuer sur la recevabilité des motifs d'une éventuelle demande de récusation qui n'a justement pas pu être présentée, elle reconnaît tout de même que les doutes des requérantes ne sont pas dénués de caractère sérieux. Ces doutes reposaient sur le fait que le membre de la Commission exerçait la fonction de secrétaire général de la compagnie Saint-Gobain et en était membre du comité exécutif, cette entreprise ayant signé une ligne de crédits avec 24 banques, dont l'une concernée par la procédure. La même entreprise avait par ailleurs lancé une émission obligataire avec le soutien d'une banque concernée par la même procédure.

Il convient donc de remarquer à la lecture de cette espèce, d'une part que, par une appréciation large des émotions pouvant justifier une récusation, toute implication même lointaine étant susceptible de fonder un conflit d'intérêts, la jurisprudence permet ici de lutter plus largement contre les émotions dans la prise de décision et semble consacrer l'exigence d'une neutralité émotionnelle totale de la personne en charge de trancher l'affaire¹⁶⁹.

sanctionnées. Les sociétés ont alors formé un recours en annulation et en réformation de ladite décision, arguant de la composition irrégulière de la Commission. En effet, sa composition leur avait été notifiée, avant d'être modifiée, cette dernière notification leur parvenant avant le délai de 15 jours qui leur était imparti pour formuler une demande de récusation contre l'un des membres de la première composition de la Commission. Or, c'est finalement dans cette composition initiale que siègera la Commission, sans notification de ce dernier changement. Ils disaient alors n'avoir pas pu exercer valablement leur droit de récusation dans les conditions prévues par l'article R. 621-39-2 du code monétaire et financier, alors qu'il existait bien un lien entre le membre de la Commission concerné et certaines banques parties à la procédure. (Le décret n° 2008-293 du 2 septembre 2008 publié au J.O. du 5 Septembre 2008 modifie la partie réglementaire du C.M.F., détaille la procédure de récusation nouvellement instaurée par l'article L. 621-15- III bis du même code, notamment en ce qui concerne le délai dans lequel la demande de récusation devait être formée (Il a créé les articles R. 621-39-1 à R. 621-39-10). Sur les raisons de la réforme et les enjeux de la nouvelle procédure, voir K. ANGEL, E. DEZEUZE, « Le décret n° 2008-293 du 2 septembre 2008 et l'avenir de la procédure de sanction de l'Autorité des marchés financiers », *Revue de Droit bancaire et financier*, n° 1, Janvier 2009, étude 1) et l'article 6§1 de la C.E.D.H.

La cour d'appel a finalement considéré que les sociétés avaient bien été privées de l'exercice de leur droit de récuser, antérieurement à la séance, quand bien même elles ne s'étaient pas opposées au début de la séance à la présence de ce membre. En conséquence, la cour annule la décision. La solution se comprend en l'espèce, dès lors que la récusation ne peut être sollicitée qu'au plus tard à la fin de la séance de la Commission et suppose donc une connaissance antérieure des motifs, donc, *a fortiori*, des personnes chargées de connaître l'affaire, seul moyen d'effectuer les diligences nécessaires pour vérifier de l'absence de tout conflit d'intérêts. Il semble pourtant en l'espèce, que, malgré les dispositions de l'article R. 621-39-2, 3° qui n'envisagent que le cas où la cause de récusation aura été connue après l'expiration du délai imparti pour solliciter la récusation, mais avant la fin de la séance devant la Commission des sanctions, le vice ait été invoqué *a posteriori*, au soutien d'une demande d'annulation de la décision.

¹⁶⁹ Pourtant, dans cette matière, on choisit de faire connaître les affaires, dans le cadre de l'autorité administrative indépendante, par des gens intégrés dans le milieu, et qui présentent donc des liens avec les parties. Apparaît ainsi une contradiction entre l'existence de liens souhaitée, mais les émotions qui pourraient en découler qui sont, elles,

D'autre part, l'appréciation des émotions couvertes par la procédure de récusation semble se faire de manière objective, dans la mesure où n'importe quelle personne, dans la même situation, serait identiquement récusée. Cette appréciation des émotions contribue ainsi à garantir l'impartialité objective consacrée par la Convention européenne des droits de l'Homme.

Plus largement, il est possible de conclure que, dans certains types de contentieux, de la conception souple des émotions pouvant être à l'origine de la récusation découle une plus large lutte contre les émotions. La jurisprudence cherche ainsi à élargir le champ des causes de récusation pour qu'il embrasse d'autres émotions que celles objectivées par l'énumération légale des cas de récusation. Par conséquent, l'appréciation souple des émotions, même lorsque celles-ci ont été objectivées par la définition de motifs objectifs de récusation, révèle la volonté de consacrer un juge objectivement exempt de toute émotion, et donc une conception objective de la neutralité émotionnelle du juge.

Cette première tendance devrait œuvrer à la multiplication du nombre de décisions prononçant la récusation. Mais elle semble contrebalancée par une certaine tolérance dans d'autres contentieux, qui découle d'une interprétation stricte des émotions telles qu'objectivées par les causes de récusation, menant à l'exclusion de certaines émotions du champ de la récusation. C'est la seconde tendance observée.

Il a par exemple été jugé, que le fait que le Conseiller prud'hommal et le gérant d'une société partie à la procédure entretiennent « des relations de courtoisie et de confraternité lors de circonstances particulières et exceptionnelles ou que leurs dirigeants puissent avoir l'un envers l'autre des égards de pure bienséance extérieure conformes aux convenances sociales, ne suffit pas à caractériser une amitié notoire [...] ou une relation d'affaires avec la société dirigée par ce dernier »¹⁷⁰. Ainsi, la simple connaissance ne suffit pas à caractériser la partialité. Seul le lien d'amitié sera de nature à engendrer les émotions qui annihileront la neutralité. Le motif de récusation tenant à l'amitié notoire existant entre un juge et une partie est ici strictement apprécié¹⁷¹.

rejetées. La logique voudrait que l'on tende vers une appréciation plus subjective des causes objectives de récusation. Une telle interprétation permettrait de n'écarter que les juges entretenant des liens de nature à faire naître des émotions qui les rendraient véritablement partiaux.

¹⁷⁰ Cour d'appel, Lyon, Chambre sociale B, 2 Octobre 2013, n° 13-05371.

¹⁷¹ Le caractère notoire du lien d'amitié exigé fait penser à l'exigence d'apparence en matière d'impartialité.

Toutefois, dans cet arrêt, l'appréciation de la réalité de l'amitié notoire se fait au regard de l'attachement réel et concret, de sorte que l'objectivation réalisée au moyen des causes de récusation se trouve ici nuancée.

Ainsi, à l'image des évolutions constatées dans l'appréciation européenne de l'impartialité objective, une dose de subjectivisme semble introduite dans l'appréciation des émotions qu'il convient d'évincer au moyen de la récusation, le juge ou conseiller ne devant pas nécessairement, selon cette tendance jurisprudentielle, être objectivement exempt de toute émotion¹⁷².

Cette tendance expliquerait le peu de décisions de récusations en pratique, dès lors que même une situation susceptible de correspondre à un motif de récusation strictement apprécié, ne justifiera la récusation que si l'émotion qui sous-tend est subjectivement caractérisée. C'est sans doute même là sa raison d'être.

32. Pour conclure, s'il faut porter un regard global sur le régime organisé en matière de récusation, il faut constater qu'alors même que l'objet de la mesure est d'évacuer les émotions qui pourraient altérer le jugement, par le truchement de l'évincement de celui qui les éprouve, plusieurs écueils apparaissent, empêchant une épuration parfaite du risque de partialité lié aux émotions du juge.

Tout d'abord, si une demande de récusation non suivie du remplacement du juge n'entache pas la régularité de la procédure, le refus d'écarter le juge n'est pas toujours de nature à dissiper tous les doutes quant à la réelle impartialité du juge¹⁷³. C'est *a fortiori* le cas lorsque l'échec de la demande tient à des défauts de procédure¹⁷⁴.

¹⁷² En effet, la tendance similaire a été constatée dans la jurisprudence de la Cour européenne qui, partie d'une application rigoureuse du critère objectif de l'impartialité en matière d'incompatibilités de fonctions, interdisant au juge l'exercice successif de fonctions juridictionnelles dans une même affaire, a évolué vers une approche plus souple. Voir § 42 de la présente étude. Cette évolution a été justifiée par la trop grande importance accordée au critère d'apparence d'impartialité. Le caractère notoire de l'amitié ou de l'inimitié nécessaire à une récusation semble s'apparenter à l'exigence d'apparence, et c'est précisément concernant ce cas de récusation que la jurisprudence semble réintroduire la prise en compte d'éléments concrets dans l'appréciation de la justification de la demande. Cela laisse présumer de la nécessité de réguler les demandes de récusation afin de ne pas paralyser les juridictions.

¹⁷³ Une fois la sérénité de la justice mise à mal, il est parfois malaisé de la restaurer. Voir commentaires par W. JEANDIDIER, à propos des arrêts Cass. crim., 6 novembre 1987, Michel Droit et Cass. crim., 10 décembre 1987, *La Semaine Juridique Edition Générale*, n° 17, 27 Avril 1988, II, p. 20988.

¹⁷⁴ Voir par ex Cour d'appel de Paris, Chambre correctionnelle, 30 mars 2000, n° 98-07997, JurisData n° 2000-117208.

Le deuxième écueil tient à l'essence même du régime de la récusation, dès lors que la récusation n'est possible que si le cas d'ouverture apparaît avant que l'autorité de la chose jugée ne soit acquise¹⁷⁵. Ainsi, certains liens non encore révélés, obscurs, pourraient ne pas donner prise à la récusation.

Enfin, les caractères limitatif et objectif du cadre fixé par les dispositions textuelles en excluent par définition certaines émotions. Ainsi, au-delà du cadre, les émotions subsistantes ne pourront être écartées par le biais d'une demande de récusation, alors même que l'esprit de la mesure le justifierait.

D'un point de vue prétorien, la jurisprudence vient enrayer ce dernier écueil dans certains types de contentieux, en assouplissant l'interprétation du cadre objectivement défini, pour assurer une neutralité émotionnelle totale. Dans d'autres contentieux, la jurisprudence semble s'accommoder davantage des écueils relevés, se contentant de faire une application stricte du cadre objectivement défini. Par ailleurs, une tendance à la réintroduction de la prise en compte d'éléments plus subjectifs est à constater.

En somme, la lutte contre les émotions du juge au moyen de la récusation oscille entre une rigueur dans l'appréciation du cadre objectivement défini, qui empêche la disparition totale des émotions dans la prise de décision, et son appréciation souple, révélant une conception objective et totale de la neutralité émotionnelle du juge, toutefois nuancée par la prise en compte de certains éléments d'ordre subjectifs.

33. Une remarque subsidiaire est enfin nécessaire : l'étude de la jurisprudence aura par ailleurs permis de constater les imbrications entre la récusation et les procédures de renvoi vers une autre juridiction¹⁷⁶.

¹⁷⁵ La demande de récusation doit intervenir au plus tôt et ne peut être relevée d'office par la juridiction. Si l'impartialité est suspectée avant la tenue du procès, la requête doit être formée avant toute défense au fond. En cours d'instance, la partie ne sera reçue à demander la récusation qu'à raison des circonstances survenues depuis, lorsqu'elles seront de nature à constituer une cause de récusation (C.P.P., art. 669). Comme en matière civile, la sanction de la tardiveté de la demande est son irrecevabilité.

¹⁷⁶ Voir par exemple, Cass. crim., 20 juin 2013, pourvoi n° 13-84.177, JurisData n° 2013-012442 ; Cass. crim., 25 novembre 1976, *bull. crim.*, 1976, n° 343 : la chambre criminelle s'est déclarée incompétente pour statuer sur une requête de renvoi pour cause de suspicion légitime au seul motif que le président de la chambre d'accusation visée se serait livré à des manifestations de nature à faire suspecter son impartialité. Il s'agissait en effet selon la Cour de cassation, non pas d'une requête en suspicion légitime visant une juridiction, mais « d'une requête en récusation entrant dans les prévisions de l'article 668-9° du code de procédure pénale et qui, selon les dispositions de l'article 669 du même code, doit être présentée à peine de nullité au premier président de la cour d'appel ». Voir encore, pour

La loi prévoit une hypothèse de renvoi pour cause de sûreté publique, permettant de désigner de nouveaux juges, ainsi que le renvoi dans l'intérêt de l'administration d'une bonne justice¹⁷⁷. Le renvoi pour cause de suspicion légitime est prévu par l'article 662 du C.P.P.

En ce qui concerne ce dernier motif de renvoi, il semble y avoir lieu à renvoi pour cause de suspicion légitime toutes les fois que les faits invoqués peuvent faire suspecter la partialité de la juridiction saisie. Le fondement de ce renvoi repose donc sur l'exigence d'impartialité. Ainsi, il s'agit d'un autre outil permettant de garantir l'impartialité de la juridiction : c'est pourquoi il retiendra notre attention.

Toutefois, le détour par la procédure de renvoi pour cause de suspicion légitime n'a lieu d'être au sein de cette analyse qu'en ce qu'il contribue à préciser les contours de la récusation. En effet, dans le cadre de cette procédure de renvoi vers une autre juridiction, la suspicion quant à l'impartialité s'adresse non au juge mais à la juridiction dans son ensemble. En cela, elle dépasse le cadre de la présente analyse. Il faut donc concentrer l'attention sur la distinction entre les procédures de renvoi pour cause de suspicion légitime et de récusation afin d'insister sur le caractère nécessairement individuel de la récusation.

34. Tout d'abord, la récusation, fondée, rappelons-le, sur la suspicion du justiciable, est idéologiquement proche de la procédure de renvoi pour suspicion légitime, toutes deux reposant sur la défiance envers les émotions de l'entité désignée pour juger la cause.

Plus encore, lorsque la procédure de récusation vise, et c'est le point de rencontre qui est source de confusions, plusieurs magistrats, voire la totalité du collège¹⁷⁸.

La récusation, dite « collective » lorsqu'une ou plusieurs parties entendent mettre en cause, à titre individuel, plusieurs, voire tous les magistrats composant la juridiction saisie, se subdivise en quelque sorte en l'accumulation de récusations, visant différents juges, pour des motifs parfois distincts¹⁷⁹. Les différents magistrats concernés doivent toutefois être désignés individuellement¹⁸⁰.

un exemple de requalification d'une demande de requête en renvoi pour suspicion légitime, déclaré irrecevable : Cour d'appel, Pau, ordonnance Premier Président, 18 Octobre 2011, n° 11-4683.

¹⁷⁷ Art. 665 du C.P.P.

¹⁷⁸ Les deux procédures visent le dessaisissement et le remplacement de plusieurs juges, en raison d'un risque de partialité.

¹⁷⁹ La récusation de plusieurs magistrats répond aux prévisions des articles 668 et s. du C.P.P.

¹⁸⁰ Art. 669, al. 3 du C.P.P. Sur la distinction entre le renvoi pour cause de suspicion légitime et la demande de récusation, voir par ex., Cass. crim., 25 novembre 1976, *bull. crim.*, n° 343.

La confusion s'accroît également lorsque les doutes d'une partie quant à l'impartialité concernent la juridiction toute entière, - c'est donc la procédure de renvoi de l'affaire vers une autre juridiction qui est envisageable, notamment pour suspicion légitime¹⁸¹- mais que la juridiction est composée d'un juge unique : le juge, visé personnellement, l'est aussi en tant que juridiction.

Par ailleurs, techniquement, l'article 355 du code de procédure civile, auquel les dispositions pénales font référence¹⁸², redirige vers les dispositions applicables en matière de renvoi pour cause de suspicion légitime, alors même qu'un tel renvoi n'aurait pas été demandé¹⁸³.

Pour autant, les deux procédures ne se confondent pas et se distinguent essentiellement par l'objet sur lequel porte la suspicion. En effet, la récusation collective soupçonne de partialité chaque magistrat, pris individuellement, alors que le renvoi pour cause de suspicion légitime s'adresse à l'ensemble de la juridiction, objet d'un doute identique¹⁸⁴.

La requête de renvoi pour cause de suspicion légitime ne doit pas viser un magistrat en particulier¹⁸⁵ mais une juridiction réellement saisie.

Les conséquences de ces procédures seront par conséquent différentes : en cas de récusation, un autre juge appartenant au même tribunal pourra être désigné pour remplacer le premier, ce qui est impossible lorsqu'il y a renvoi pour suspicion légitime.

Par ailleurs, les preuves exigées semblent plus strictes en matière de suspicion légitime, puisqu'elle doit reposer sur des preuves fortes de l'incapacité de l'organe à juger l'affaire de façon impartiale¹⁸⁶.

¹⁸¹ La jurisprudence récente rappelle fréquemment que le renvoi ne doit viser qu'une juridiction et non un ou deux magistrats. Voir par ex. C.A. Montpellier, 5 juin 2001, JurisData n° 2001-158985; C.A. Aix-en-Provence, 6 septembre 2001, JurisData n° 2001-162077 ; C.A. Aix-en-Provence, 25 octobre 2001, JurisData n° 2001-171131. Sur la distinction entre le renvoi pour cause de suspicion légitime et la demande de récusation, voir également Cass. crim., 25 novembre 1976, *bull. crim.*, n° 343.

¹⁸² Pour trouver le fondement de la récusation collective, il faut se référer à l'article 674-2, alinéa 2 du C.P.P., qui renvoie aux dispositions de procédure civile en la matière, donc aux articles 355 du code de procédure civile et L. 111-8 du C.O.J.

¹⁸³ Cette solution correspond à celle dégagée par la Cour de cassation lorsqu'elle assimile la récusation de tous les membres d'une juridiction à une demande de renvoi pour cause de suspicion légitime. Voir Cass. crim., 30 mars 1931, *bull. crim.*, 1931, n° 101, p. 189 ; Cass. crim., 2 décembre 1932, *bull. crim.*, 1932, n° 248, p. 470 ; Cass. crim., 2 janvier 1936, *bull. crim.*, 1936, n° 2, p. 2).

¹⁸⁴ En ce qui concerne les différences procédurales, notamment sur l'objet de la preuve à rapporter, voir A. VITU, « La récusation en matière pénale », in *Mélanges dédiés à Jean VINCENT*, Paris, Dalloz, 1981, p. 429.

¹⁸⁵ Cass. crim., 29 janvier 1948, *bull. crim.* 1948, n° 40, p. 57.

La récusation d'un juge repose davantage sur des indices plus vaporeux permettant le doute quant à l'impartialité du juge.

Enfin, le degré de gravité des situations auxquelles s'appliquent ces procédures les distinguent : la suspicion légitime doit être réservée à des situations plus inquiétantes que la récusation. Les motifs invoqués doivent être graves et sérieux, basés sur des faits précis¹⁸⁷.

35. En somme, le droit conféré aux justiciables de solliciter la récusation des juges contribue à la garantie de l'impartialité des décisions de justice et à l'éviction des émotions. Son domaine par rapport au renvoi de l'affaire vers une autre juridiction ayant été délimité, il convient à présent de rappeler que le juge peut également contribuer, lui-même, à éviter l'altération du jugement d'une affaire par l'empreinte de ses émotions. Il le fera au moyen de l'abstention.

b. L'abstention et l'éviction spontanée des émotions du juge

36. L'abstention est un outil mis à disposition du juge, une prérogative qu'il exerce spontanément, qui consiste à demander à être soulagé du jugement d'une affaire, afin d'anticiper tout doute quant à sa partialité¹⁸⁸.

L'état d'esprit de l'abstention est proche de celui de la récusation, notamment en ce qu'elle participe à la lutte contre l'intrusion des émotions du juge dans le jugement, garantissant ainsi l'impartialité du tribunal. Ceci justifie que les développements renvoient pour partie à ceux précédemment exposés¹⁸⁹.

¹⁸⁶ La preuve peut résulter par exemple du climat passionnel régnant dans la localité à laquelle appartient la juridiction.

¹⁸⁷ Pour des raisons de corporatisme, il est rare que des magistrats désavouent officiellement leurs collègues en donnant suite à une demande de renvoi pour cause de suspicion légitime. Cependant, il leur arrive tout de même de prononcer le renvoi en le justifiant par la nécessité de la bonne administration de la justice et non par une suspicion légitime. Voir P. NERAC, « Les garanties d'impartialité du juge répressif », *J.C.P.*, 1978, n°1, p. 2890.

¹⁸⁸ L'article 674 encadre l'abstention en imposant que le juge obtienne l'autorisation du Premier président de la cour d'appel, après avis du Procureur général. En cas d'abstentions multiples, voir Cass. crim., 19 septembre 1901, *D.P.*, 1902, I, p. 333 ; V. aussi Cass. civ., 9 décembre 1889, *D.P.*, 1890, I, p. 65.

¹⁸⁹ La terminologie est un indice en ce sens : parfois appelée auto-récusation, puisque le magistrat se déporte, ou récusation d'office.

37. De l'identité de leurs raisons d'être découle une certaine complémentarité des procédures.

Tout d'abord, les motifs pouvant être à l'origine de l'abstention d'un juge procèdent de renvois procéduraux. En effet, ceux-ci sont identiques à ceux consacrés en matière de récusation, puisque l'abstention n'est implicitement admise que s'il existe une cause de récusation¹⁹⁰.

Toutefois, il semble que l'abstention soit plus largement admise que la récusation. En effet, en-dehors des motifs légalement établis, l'article 339 du code de procédure civile conçoit que le juge puisse estimer « en conscience devoir s'abstenir ». Ces dispositions semblent pouvoir être étendues aux magistrats de la Cour de cassation en matière pénale, grâce au renvoi fait par le C.P.P. à la matière civile, qui ne porte toutefois que sur les dispositions du chapitre II du titre X du code de procédure civile. Au-delà, pour étendre l'abstention à d'autres motifs, il faudrait trouver un autre fondement. Pourtant, la jurisprudence considère bien que les causes pour lesquelles le juge, non récusé par les parties, peut s'abstenir, ne sont pas limitativement déterminées par la loi¹⁹¹. Cette souplesse est consacrée de manière plus évidente en ce qui concerne les membres de la Cour de justice de la République. Par ailleurs, tout juge peut invoquer le risque qu'un plaideur soulève la violation du principe d'impartialité sur le fondement de l'article 6§1 de la C.E.D.H.¹⁹².

Enfin, la jurisprudence a admis que les juges ont l'obligation de « veiller à éviter que soit porté à l'encontre de la juridiction à laquelle il appartient et aux décisions qu'elle rend le moindre soupçon de partialité. Ainsi, dès lors qu'il a pu manifester des signes de soutien à une partie, il doit s'abstenir de siéger »¹⁹³.

En somme, la lutte contre les émotions par le biais de l'abstention du juge ému semble moins encadrée et donc possiblement plus large qu'en matière de récusation où les motifs sont limitativement énumérés. Ceci s'explique sans doute par le fait qu'il n'y a pas, par définition, en matière d'abstention, les risques d'abus et de dévoiement de la procédure par les justiciables.

Ensuite, l'abstention rejoint encore la récusation lorsqu'une demande d'abstention par les parties est rendue possible par la jurisprudence¹⁹⁴.

¹⁹⁰ Articles 674 et 668 du C.P.P.

¹⁹¹ Cass. civ., 29 janvier 1913, *D.P.*, 1915, I, p. 56.

¹⁹² Voir par ex. C.A. Toulouse, ord. prem. prés., 15 février 2001, *B.I.C.C.*, n° 542, 1^{er} octobre 2001, n° 964.

¹⁹³ C.A. Bourges, 2 mars 2001, JurisData n° 2001-154161.

¹⁹⁴ Cass. crim., 8 août et 6 octobre 1960, *bull. crim.* 1960, n° 406 et 436.

Enfin, la complémentarité des régimes apparaît avec l'idée que l'abstention vient parfois compenser l'interdiction de toute récusation dans le cadre de certaines juridictions spécialisées. En effet, concernant les juridictions militaires, la récusation n'est pas organisée, mais un dispositif d'abstention obligatoire repose sur une liste de motifs similaires à des causes de récusation¹⁹⁵.

38. En somme, l'état d'esprit de ces dispositions est comparable à la lutte contre certaines émotions à laquelle œuvre la récusation puisque l'abstention permet au juge de se retirer du jugement d'une affaire lorsqu'il pense que sa situation émotionnelle ne lui permettrait pas d'être impartial¹⁹⁶. Il peut le faire en prévision d'une demande de récusation ou lorsque celle-ci est impossible. Il peut également en user concomitamment à une demande de récusation dirigée contre lui, la récusation devenant alors sans objet¹⁹⁷.

39. Mais, si le mécanisme de l'abstention repose sur l'initiative spontanée du juge, il existe par ailleurs des règles qui s'imposent à lui. Il s'agit des incompatibilités.

c. Les incompatibilités et l'éviction péremptoire des émotions du juge

40. Les incompatibilités désignent les situations dans lesquelles un magistrat, bien que régulièrement désigné pour faire partie d'une formation de jugement, ne peut légalement siéger dans l'affaire déterminée parce que, étant atteint d'une cause d'incompatibilité tenant aux circonstances propres à cette affaire, son impartialité n'est plus garantie.

¹⁹⁵ Articles 20 et 21 du code de la justice militaire. Le code de justice militaire nouveau, issu de l'Ord. n° 2006-637, du 1^{er} juin 2006, portant refonte du code de justice militaire, J.O., 2 Juin 2006 et du Décret n° 2007-759, 10 mai 2007, portant partie réglementaire du code de justice militaire, J.O., 11 Mai 2007, a revu la procédure, article L. 111-15 et L.111-16, code de justice militaire, respectivement art. 20 et art 21 ancien.

¹⁹⁶ La possibilité d'abstention d'un citoyen assesseur est aussi prévue : si celui-ci « suppose en sa personne une cause de récusation ou estime en conscience devoir s'abstenir le fait connaître avant l'examen au fond. Le Président de la juridiction peut alors l'autoriser à se faire remplacer par un citoyen assesseur dans les formes prévues à l'article 10-7 ». (Loi n°2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs). Au contraire, un juré ne peut pas s'abstenir (Cass. crim., 26 août 1842, *bull. crim.* 1842, n° 221). Mais il pourra demander à être excusé par la cour ou confesser le motif au représentant du ministère public qui le récusera (Cass. crim., 18 juillet 1907, *bull. crim.* 1907, n° 334).

¹⁹⁷ V. Cass. crim., 24 décembre 1869, *bull. crim.* 1869, n° 273.

Il est effectivement à craindre qu'un magistrat ne prenne pas sa décision en toute impartialité lorsqu'il a, par exemple, connu antérieurement de l'affaire qu'il va devoir juger ou qu'il a des liens d'alliance ou de parenté avec d'autres magistrats siégeant ou requérant dans la même cause.

Ces circonstances font donc naître un doute quant à la partialité du juge placé en situation d'incompatibilité. Or, le droit à un tribunal indépendant et impartial prévu à l'article 6 § 1 de la Convention E.D.H. renvoie à la double acception de l'impartialité subjective et objective précédemment évoquée¹⁹⁸. La première consiste à essayer de déterminer ce qu'un juge pense en son for intérieur, alors que l'impartialité dite objective consiste, selon la Cour, à rechercher si le juge offre des garanties suffisantes pour exclure tout doute légitime et a pour principe de rechercher si l'impartialité est assurée dans le fonctionnement même de la juridiction. De ce fait, tout juge placé dans une même situation verrait son impartialité appréhendée de la même manière¹⁹⁹.

C'est en l'occurrence l'exigence d'impartialité objective qui commande aujourd'hui l'existence de règles d'incompatibilités.

41. Certaines règles d'incompatibilité résultent de ce que le législateur a entendu confier le rôle de poursuite au ministère public²⁰⁰, alors qu'est consacré le principe de séparation de cette fonction de celles de l'instruction²⁰¹ et de jugement²⁰², elles-mêmes distinctes²⁰³.

¹⁹⁸ Voir § 21 de la présente étude. Voir Cour E.D.H., 15 décembre 2005, Requête n° 73797/01, KYPRIANOU c/ CHYPRE ; Cour E.D.H. 26 octobre 1984, n° 9186/80, DE CUBBER c/ Belgique ; Cour E.D.H., 24 mai 1989, n° 10486/83, HAUSCHILDT c/ Danemark ; Cour E.D.H., 1^{er} octobre 1982, Requête n° 8692/79, PIERSACK c/ Belgique.

¹⁹⁹ R. DE GOUTTES, « L'impartialité du juge. Connaître, traiter et juger : quelle compatibilité ? », *Revue sciences criminelles et de droit pénal comparé*, 2003, n°1, p. 66.

²⁰⁰ Art. 31 C.P.P.

²⁰¹ Art. 49 al.1 C.P.P.

²⁰² La séparation des fonctions de poursuite de celles d'instruction et de jugement n'est consacrée par aucun texte de loi mais résulte du caractère accusatoire de la procédure, alors que la chambre criminelle de la Cour de cassation le pose dans son arrêt de principe en date du 13 septembre 1827, *D.*, 1827, I, p. 495.

²⁰³ Voir par ex., décision du Cons. cons., 7 décembre 2012, n° 2012-286, Société Pyrénées services, sur Q.P.C, *J.O.* du 8 décembre 2012, p. 19279 qui a jugé que la saisine d'office du tribunal de commerce est contraire à la constitution. « Considérant, toutefois, que ni les dispositions contestées ni aucune autre disposition ne fixent les garanties légales ayant pour objet d'assurer qu'en se saisissant d'office, le tribunal ne préjuge pas sa position lorsque, à l'issue de la procédure contradictoire, il sera appelé à statuer sur le fond du dossier au vu de l'ensemble des éléments versés au débat par les parties ; que, par suite, les dispositions contestées confiant au tribunal la faculté de se saisir d'office aux fins d'ouverture de la procédure de redressement judiciaire méconnaissent les exigences découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789 ».

D'autres incompatibilités étrangères à ce principe séparatiste reposent sur les liens de parenté ou d'alliance qu'entretiennent les juges. Enfin, certaines incompatibilités sont justifiées par le statut même de magistrat.

Toutes ces règles fixant des incompatibilités se rejoignent en ce qu'elles tentent d'écarter, *a priori*, certaines émotions que tout juge serait susceptible d'éprouver en pareille situation, en évinçant ceux-ci du jugement de l'affaire, afin qu'aucun doute ne puisse subsister quant à l'impartialité de la décision.

42. Tout d'abord, les incompatibilités liées aux fonctions exercées par les magistrats, tenant à la connaissance antérieure de l'affaire, trouvent leur raison d'être dans la volonté de garantir l'impartialité dans le fonctionnement judiciaire, sans qu'aucun doute ne puisse légitimement naître dans l'esprit des justiciables.

Mais il faut toutefois souligner que l'application jurisprudentielle du critère objectif de l'impartialité a été fluctuante en matière d'incompatibilités de fonctions, tant en ce qui concerne la Cour E.D.H. que concernant celle de la Cour de cassation, et son appréciation demeure empreinte de subjectivité.

En effet, la Cour européenne est partie d'une application rigoureuse du critère objectif de l'impartialité, interdisant au juge l'exercice successif de fonctions juridictionnelles dans une même affaire, la séparation des fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement devant demeurer la plus stricte possible²⁰⁴, pour évoluer vers une approche plus souple²⁰⁵ en laissant filtrer certains éléments subjectifs dans l'appréciation du critère objectif.

Initialement, les juges européens renaient qu'ils devaient se fonder sur des considérations organiques : l'organisation judiciaire devait présenter des garanties suffisantes d'impartialité de ses membres. L'appréciation de ce critère étant trop floue, un simple doute dans l'esprit du justiciable suffisant, la Cour de Strasbourg a dû apprécier largement ce critère. C'est ainsi qu'une appréciation *in concreto* de l'attitude du juge s'est avérée être plus adaptée.

²⁰⁴ Pour la séparation des fonctions de poursuite et de jugement, voir Cour E.D.H., PIERSACK c/ Belgique, 1^{er} octobre 1982, requête n° 8692/79 ; pour la séparation des fonctions d'instruction et de jugement, voir, Cour E.D.H., DE CUBBER c/Belgique, 26 octobre 1984, requête n° 9186/80 ; pour les fonctions de poursuite et d'instruction, cf. arrêt HUBER c/ Suisse, 23 octobre 1990, requête n° 12794/87.

²⁰⁵ J. VAN COMPERNOLLE, « Evolution et assouplissement de la notion d'impartialité objective », *R.T.D.H.*, 1994, p. 437.

Au-delà de la sanction de la violation du principe organique de la séparation des fonctions, il s'agit désormais de prendre en considération les autres éléments de la cause « permettant de vérifier les appréhensions subjectives du requérant, en se fondant notamment sur l'étendue, la nature ou la portée des mesures adoptées antérieurement par le même juge »²⁰⁶.

Le critère devient fonctionnel et le seul fait que le juge ait participé à des décisions avant le procès n'est pas de nature à justifier, en lui-même, des appréhensions quant à son impartialité. Il faudra se questionner concrètement sur la réalité d'une prise de position quant au fond de l'affaire ou à la culpabilité de la personne poursuivie pour pouvoir douter de l'impartialité. Les critères objectifs et subjectifs tendent ainsi à se rapprocher²⁰⁷. De plus, la Cour E.D.H. ne se contente plus d'un simple doute du justiciable mais exige un « doute légitime » ou « raisonnable » de partialité²⁰⁸.

Cette évolution engagée dans l'arrêt HAUSCHILDT c/ Danemark du 24 mai 1989²⁰⁹, a été confirmée et plus aboutie dans une série d'arrêts de la Cour E.D.H. comme celui du 16 décembre 1992, SAINTE-MARIE c/ France, dans lequel la Cour estime qu'il n'y a pas d'atteinte à l'impartialité de la juridiction, lorsque deux conseillers à la cour d'appel exerçaient successivement, à l'égard de la même personne, les fonctions de juge des libertés et de la détention à la chambre d'accusation dans le cadre d'une affaire correctionnelle et de juges du fond dans une autre affaire connexe et de procédure parallèle. La Cour va même jusqu'à considérer parfois que même lorsque les juges ont siégé deux fois en la même qualité au cours d'une même affaire, il n'y a pas de violation de la règle d'impartialité²¹⁰.

²⁰⁶ R. DE GOUTTES, *op. cit.*, p. 67.

²⁰⁷ L'évolution a été justifiée par la trop grande importance accordée au critère d'apparence d'impartialité, dont il sera question, qui se trouvait en contradiction avec le bon fonctionnement des juridictions qui risquaient de voir leur fonctionnement paralysé par cet excès de rigueur.

²⁰⁸ V. MAGNIER, « La notion de justice impartiale », *J.C.P.*, 2000, I, 252, p. 1597.

²⁰⁹ Voir R. ERGEC et J. VELU, *La convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990, pp. 458-469 ; plus spécifiquement, p. 466, à propos de l'arrêt Cour E.D.H., HAUSCHILDT c/ Danemark, 24 mai 1989, requête n° 10486/83.

²¹⁰ Cour E.D.H., arrêt THOMANN c/ Suisse, 10 juin 1996, affaire n° 17602/91.

L'arrêt le plus significatif en la matière est l'arrêt MOREL c/ France du 6 juin 2000²¹¹. Bien que sans rapport avec la matière pénale, il résume la position récente de la Cour²¹² qui énonce ceci : « le simple fait, pour un juge, d'avoir pris des décisions avant le procès ne peut passer pour justifier en soi des appréhensions relatives à son impartialité. Ce qui compte est l'étendue des mesures adoptées par le juge avant le procès. De même, la connaissance approfondie du dossier par le juge n'implique pas un préjugé empêchant de le considérer comme impartial au moment du jugement sur le fond. Enfin, l'appréciation préliminaire des données disponibles, ne saurait non plus passer comme préjugant de l'appréciation finale. Il importe que cette appréciation intervienne avant le jugement et s'appuie sur les éléments produits et débattus à l'audience [...]». La Cour E.D.H. affiche ainsi sa volonté de rompre avec le critère purement objectif et cet arrêt marque, malgré quelques arrêts de résistance²¹³, un pas vers plus de souplesse en matière d'impartialité fonctionnelle, en consacrant une appréciation *in concreto* qui succède à l'ancien critère. Désormais, « il s'agit, pour le juge, de ne pas avoir traité de questions ayant le même objet et relevant du fond du litige ; il s'agit de ne pas s'être prononcé sur le fond de la même affaire ; il s'agit, [...] de ne pas avoir déjà arrêté son opinion sur la culpabilité de l'intéressé »²¹⁴.

Grâce à cette évolution, ce sont donc finalement bien les émotions qui empêcheraient un juge de revenir sur sa première analyse, sa conviction formée à un autre stade de la procédure qui sont visées par les incompatibilités de fonctions. Ces règles viennent donc prévenir l'impossibilité supposée que peut rencontrer un individu pour s'affranchir de manière autonome de la certitude et la satisfaction qu'il pourrait retirer de ses décisions, et qu'un juge retient *a fortiori* de ses jugements antérieurs²¹⁵.

²¹¹ Cour E.D.H., 6 juin 2000, MOREL c/ Fce., Requête n° 34130/96.

²¹² En l'espèce, il s'agissait de savoir si les décisions prises par le juge-commissaire pendant la période d'observation d'une société en cessation de paiement l'empêchaient d'appartenir à la juridiction ordonnant la liquidation judiciaire après refus du plan de continuation.

²¹³ Cour E.D.H., ROJAS MORALES c/ Italie, 16 novembre 2000, Requête n° 39676/98.

²¹⁴ R. DE GOUTTES, *op. cit.*, p. 77.

²¹⁵ Voir § 17 de la présente analyse. Il faut rappeler que la satisfaction fait partie des émotions primaires dans la théorie de T. D. KEMPER, qui pourraient empêcher le juge d'accepter de voir ses décisions remises en cause (Voir T. D. KEMPER, « social constructionist and positivist approaches to the sociology of emotions », *American Journal of Sociology*, vol. 87, n°2, sept.1981, pp. 336-362). Or, le recueil des obligations déontologiques établit justement que l'attention aux autres exige une disponibilité d'esprit et une réelle capacité à se remettre en cause en acceptant, par avance, le risque d'être critiqué (article E.12 du recueil, à propos de l'attention à autrui). Voir C.S.M., *Recueil des obligations déontologiques des magistrats*, Paris, Dalloz, 2010, p. 35.

L'incompatibilité de fonction repose ainsi sur une sorte de présomption d'attachement du juge à ses décisions pouvant être source d'un doute légitime quant à l'impartialité objectivement définie²¹⁶.

Sur le plan interne, malgré le caractère progressif de l'avènement des incompatibilités, une logique générale commune aux règles législatives et jurisprudentielles découle de cette conception objective, atténuée par des considérations subjectives, de l'impartialité.

²¹⁶ L'expérience confiée par Roland CUER lors d'une intervention radiophonique va dans ce sens. Il révèle les précautions qu'un magistrat peut prendre afin de se prémunir de ses propres émotions qui pourraient le mener à la partialité en expliquant par exemple n'avoir jamais voulu conserver un seul de ses jugements, afin de ne pas se sentir lié par ses propres positions antérieurement prises dans des affaires semblables. Voir Roland CUER, magistrat intervenant à France culture, *Emission Le Bien commun*, « Doute et subjectivité du juge, Quelle est la place du doute et celle de la subjectivité dans le métier de juge ? », 02 juillet 2011, 13:30, présentée par A. GARAPON, invité Roland CUER, magistrat. Son exemple va évidemment plus loin que l'attachement que visent les incompatibilités de fonctions, puisqu'il évoque le risque, au-delà d'une même affaire, de se sentir lié par ses positions précédemment prises au cours de sa carrière. Son sentiment permet toutefois de révéler les liens d'attachements d'un juge à ses décisions, qui seraient *a fortiori* exacerbés s'il s'agissait de réintervenir dans une même affaire.

En effet, si notre droit positif s'attache à séparer les phases de poursuite, d'instruction et de jugement²¹⁷, c'est en appréciant si, par nature, la mission accomplie en premier lieu offre au magistrat une connaissance approfondie de la procédure et fait ainsi obstacle à toute intervention ultérieure dans la procédure, tout en s'assurant par ailleurs, qu'à défaut d'étude approfondie, la seconde mission « supporte d'être conduite par un magistrat animé d'un *a priori* »²¹⁸.

Dans le cadre de la première vérification, il semble que le critère de la connaissance approfondie de la procédure qu'offre la mission, dans sa nature même, et non *in concreto*, suffise à déterminer si toute nouvelle intervention serait incompatible²¹⁹.

²¹⁷ C'est selon la logique décrite que doivent s'analyser les principes de séparation des fonctions posés par les articles 253 et 49 al. 2 du C.P.P. L'article 253 du C.P.P. est consacré aux incompatibilités empêchant un magistrat de faire partie de la cour d'assises appelée à juger une affaire dont il a eu précédemment à connaître, soit parce qu'il a fait un acte de poursuite ou d'instruction, soit parce qu'il a participé à l'arrêt de mise en accusation ou à une décision sur le fond relative à la culpabilité de l'accusé (l'article 257 du code d'instruction criminelle faisait défense aux magistrats s'étant prononcés sur la mise en accusation de l'accusé ainsi qu'au juge d'instruction, de faire partie de la cour d'assises ; l'article 253 du code de procédure pénale reprend ces dispositions en étendant leur portée).

Sous réserve de l'application des dispositions de la Convention E.D.H. (l'article 6§1 sert de fondement à de nombreuses incompatibilités de fonctions. V. par ex. Cour E.D.H. 26 octobre 1984, n° 9186/80, DE CUBBER c/ Belgique : constitue une violation de l'article 6§1 le fait qu'un magistrat ait siégé à un tribunal correctionnel dans une affaire dont il avait connue en qualité de juge d'instruction ; Cour E.D.H., 24 mai 1989, n° 10486/83, HAUSCHILDT c/ Danemark : est contraire à la même disposition le fait qu'un magistrat ait siégé à un tribunal dans une cause dont il avait connue auparavant en statuant sur la détention du prévenu ; Cass. crim., 10 janvier 1996, JurisData n° 1996-001035, *bull. crim.*, 1996, n° 9, p. 20 : la chambre criminelle a déclaré illégalement composée, au visa tant de l'article 6 de la Convention E.D.H. qu'à celui de l'article 253 du C.P.P., une cour d'assises dont faisait partie comme assesseur un magistrat qui avait connu de l'affaire en qualité de juge des enfants), l'énumération de l'article 253 est limitative : « Les incompatibilités prévues par l'article 253 du code de procédure pénale [...] sont de droit étroit et ne peuvent être étendues par voie d'analogie ». Voir par ex. Cass. crim., 3 février 1971, *bull. crim.* 1971, n° 39, p. 98; Cass. crim., 31 janvier 1996, JurisData n° 1996-001050.

La Cour de cassation interprète restrictivement les incompatibilités. En effet, elle juge qu'un magistrat qui avait participé à la formation de jugement ayant condamné un prévenu et ordonné son maintien en détention pouvait faire partie de la juridiction appelée à statuer ultérieurement sur une demande de mise en liberté, Cass. crim., 3 avril 2002, *bull. crim.* 2002, n° 76, p. 250.

L'article 49 prévoit quant à lui les incompatibilités entre les fonctions d'instruction et de jugement dans son alinéa 2, ces dispositions étant également d'interprétation stricte. V. par ex. Cass. crim., 19 janvier 1983, *bull. crim.* 1983, n° 23; Cass. crim., 17 décembre 2002, JurisData n° 2002-017820, la chambre criminelle a estimé que le juge d'instruction chargé d'instruire une plainte avec constitution de partie civile des chefs de chantage, abus de pouvoir déposée par une personne contre son ancienne compagne et contre un policier, pouvait juger cette personne lorsqu'elle était poursuivie pour des violences et menaces de mort dirigées contre son ancienne amie et des menaces et outrages à l'égard d'autres policiers du même commissariat dès lors que les dispositions de l'article 49, alinéa 2, du C.P.P. sont d'interprétation stricte et qu'il s'agit d'affaires distinctes. Ainsi, les incompatibilités ne peuvent être étendues par analogie à des situations voisines.

²¹⁸ S. JOSSERAND, *L'impartialité du magistrat en procédure pénale*, Paris, L.G.D.J., 1998, p. 26.

²¹⁹ Cette logique ressort des arrêts rendus par l'Assemblée plénière le 6 novembre 1998. Le premier arrêt concernait un juge des référés ayant statué sur le versement d'une provision et le second un juge ayant ordonné une mesure conservatoire (C. cass., Ass. plén. 6 novembre 1998, pourvoi n° 94-17709, *bull. Ass. plén.*, 1998, n° 5, p. 7, BORD NA MONA : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal impartial, cette exigence

Ainsi, la première mission ne doit pas impliquer la neutralisation de l'impartialité du magistrat²²⁰. En somme, toute étude approfondie d'un dossier au cours d'une première intervention à la procédure entraîne une interdiction de ré-intervenir ultérieurement dans le même dossier, en raison d'un « pré-jugement » source d'incompatibilité. A l'inverse, une étude plus superficielle du fond de l'affaire par un magistrat ayant mené à bien une première mission ne lui conférant qu'un bref aperçu de la procédure ne fait pas obstacle à une nouvelle intervention du même magistrat.

Cependant, la hiérarchie évoquée par Sylvie JOSSERAND entre *a priori* et « pré-jugement » devient indispensable pour comprendre que, dans ce dernier cas, l'*a priori* issu de la première mission, rendra nécessaire que la seconde soit telle qu'elle empêche le magistrat de revenir sur ce que l'on appellera plutôt sa « prise de position » initiale. Seules les missions permettant au magistrat d'exprimer une prise de position élaborée au cours de la première intervention dans la procédure, celles susceptibles d'en constituer le support, la matérialisation, relèveront d'une quelconque incompatibilité²²¹. Il s'agit donc de s'assurer dans un second temps que la mission succédant à la première, rendue possible par la non-exclusivité de celle-ci, est de nature à apporter les garanties contre l'expression de la position première du magistrat.

Puisque la mission de jugement offre bien au juge la possibilité de manifester son opinion préétablie, la prise de position même la plus neutre, fondée sur une étude superficielle du dossier, reprendra son importance dans la perspective d'une seconde mission de jugement²²².

devant s'apprécier objectivement, dès lors un juge qui a statué en référé sur une demande tendant à l'attribution d'une provision en raison du caractère non sérieusement contestable d'une obligation, ne peut ensuite statuer sur le fond du litige afférent à cette obligation ». A rapprocher de C. cass., Ass., plén., 6 novembre 1998, pourvoi n° 95-11006, *bull. Ass. plén.*, 1998, n° 4, p. 6. : « N'implique pas une atteinte à l'exigence d'impartialité appréciée objectivement, la circonstance qu'un magistrat statue sur le fond d'une affaire dans laquelle il a pris préalablement une mesure conservatoire ». Dans le second cas, la Cour décide que le magistrat conserve la faculté d'intervenir ultérieurement dans la procédure, alors qu'elle fait tomber sous le coup des incompatibilités le cas du juge ayant ordonné le versement d'une provision. L'argument retenu est le suivant : pour allouer cette provision, le juge a dû se prononcer sur le caractère non sérieusement contestable de l'obligation en cause, donc sur un élément du fond de l'affaire. C'est ici que se trouve la différence avec l'autre cas d'espèce, qui révèle le critère retenu : celui de l'appréciation au fond de l'affaire. Voir commentaire à propos de ces arrêts, P. SARGOS, « Le juge des référés peut-il connaître de l'appel dirigé contre le jugement sur le fond ? », *J.C.P., G.*, 02 décembre 1998, II, n° 49, 10198, pp. 2117-2123. La Cour de cassation revient donc sur son appréciation institutionnelle précédente, selon laquelle le caractère provisoire du référé suffisait à garantir l'impartialité (Cass. crim., 16 juin 1988, *bull. crim.*, 1988, n°274, p. 734, *Gaz. Pal.*, 1989, 1, p. 40).

²²⁰ Ainsi, il s'agit de s'assurer que le juge n'a pas procédé à des actes « de nature à [l'] initier à la connaissance des faits incriminés et à influencer [son] appréciation » V. par ex. Cass. crim., 21 mars 1935, *bull. crim.*, 1935, n° 35.

²²¹ S. JOSSERAND, *op. cit.*, p. 50.

²²² Le contentieux de l'exécution des peines et l'appréciation de la culpabilité et de la sanction sont exclus des compétences d'un juge animé d'un pré-jugement.

Toute mission consistant à déterminer le sort du justiciable est donc interdite pour un juge déjà intervenu dans la procédure²²³. *A contrario*, toute mission dont la vocation n'est pas de décider du sort du prévenu peut être accomplie par le magistrat animé d'un pré-jugement.

Ainsi par exemple, il n'y aurait pas d'incompatibilité à siéger dans la juridiction de jugement en ayant accompli des actes de procédure non tournés vers la recherche de vérité et sans influence sur la solution de l'espèce. Il en va ainsi pour les actes d'administration judiciaire ou l'adoption d'une décision d'incompétence²²⁴. En outre, l'existence d'une cause d'incompatibilité interdit en principe au magistrat qui en est atteint de participer aux débats et au jugement de l'affaire dans laquelle elle se produit²²⁵. Il a l'interdiction de faire « les actes particuliers de juridiction », c'est-à-dire ceux qui se rapportent exclusivement à l'affaire dans laquelle s'est produite la circonstance constitutive de l'incompatibilité, mais non « les actes d'administration générale »²²⁶, ni ceux qui « ont pour objet d'assurer le service général de la session »²²⁷.

Cette logique qui ressort de l'étude du droit positif manifeste bien le présupposé selon lequel l'aptitude d'un juge à prendre des distances avec sa propre position, fût-elle une simple « prise de position », et, à plus forte raison s'il s'agit d'un pré-jugement, ne peut être garantie, de sorte qu'il faut veiller à ce qu'aucun juge ne se trouve en position de devoir le faire²²⁸.

C'est la raison pour laquelle un premier principe a été posé, celui de la séparation des fonctions de poursuite et de jugement²²⁹.

²²³ L'article 49 al. 2 du C.P.P. dispose que le magistrat animé d'un préjugé ne peut participer à une mission de jugement, là où l'article 253 du C.P.P. lui interdit de faire partie de la cour d'assises.

²²⁴ Sur les actes d'administration judiciaire, voir Cass. crim. 14 décembre 1988, *bull.crim.*, 1988, n°430, p. 1137; sur l'adoption de décisions d'incompétence, voir Cass. crim. 22 août 1981, *bull. crim.* n°245, pourvoi n°81-91309.

²²⁵ Cass. crim., 20 mars 1952, *bull. crim.* 1952, n° 82, p. 137.

²²⁶ Cass. crim., 4 septembre 1948, *bull. crim.*, 1948, n° 235, p. 351.

²²⁷ Cass. crim., 17 octobre 1833, *bull. crim.*, 1833, n° 445, p. 555.; Cass. crim., 13 août 1908, *bull. crim.* 1908, n° 356, p. 667.

²²⁸ Une seconde crainte justifiant d'interdire à un juge d'intervenir à plusieurs reprises vient de ce que sa connaissance plus approfondie de l'affaire pourrait lui conférer par la force des choses une voix prépondérante par rapport à ses collègues qui seraient amenés à connaître de l'affaire postérieurement. Ainsi, le mécanisme de la collégialité, lorsqu'il est prévu, serait vidé de son sens.

²²⁹ L'exigence de séparation des fonctions a été rappelée, dans une hypothèse étrangère à toute succession de postes, par le Conseil constitutionnel le 2 février 1995 (Cons. cons., 2 février 1995, n° 95-360 DC, *J.O.* 7 février 1995, p. 2097. Le Conseil censure le dispositif de « transaction pénale » qui entendait reconnaître au M.P. le pouvoir d'enjoindre au délinquant d'exécuter des obligations de paiement de sommes au Trésor public ou de procéder à des réparations, ce qui entraînait l'extinction de l'action publique. Le Conseil constitutionnel a estimé que « la séparation des autorités chargées de l'action publique et des autorités de jugement concourt à la sauvegarde de la liberté individuelle ». La censure du Conseil est motivée par le fait que ce dispositif requerrait la compétence d'une autorité de jugement conformément aux exigences constitutionnelles de séparation des fonctions de poursuite et de jugement.

Il interdit à un membre du ministère public ayant connu d'une affaire de participer ensuite au jugement de celle-ci²³⁰. L'interdiction repose ici sur le fait qu'il ne peut être demandé à celui qui a justement pour mission d'étudier un dossier à charge de retrouver un œil neutre et de se défaire de ses idées premières afin de juger en toute impartialité, quitte à renier sa conviction antérieure.

Il découle de ce principe, par exemple, qu'à moins que le Procureur de la République n'ait pas « pris une part directe ou indirecte à la poursuite de cette affaire bien que faisant partie du parquet qui l'avait engagée »²³¹, celui-ci ne peut siéger comme juge au tribunal correctionnel, comme conseiller à la chambre des appels correctionnels ou à la cour d'assises dans la même affaire.

Il faut noter des exemples de l'application rigoureuse de cette séparation. La chambre criminelle censure, au visa de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme, l'arrêt d'une cour d'assises dans laquelle siégeait le magistrat qui avait, en qualité de juge des enfants, recueilli la plainte de la victime de viol aggravé, puis saisi le Procureur des faits²³². La même censure est encourue par l'arrêt d'une chambre d'accusation confirmant une ordonnance de non-lieu rendue sur les réquisitions de l'épouse du conseiller qui avait siégé dans cette chambre d'accusation²³³. Cette dernière application du principe de séparation revient à l'étendre à des hypothèses de succession de personnes différentes aux fonctions concernées.

V. J.-F. KRIEGK, « L'impartialité, contrepartie exigeante de l'indépendance », *Petites affiches*, 12 juillet, 1999, p. 6. Par conséquent, le projet de « compensation judiciaire » présenté en mai 1998 a tenu compte de ces remarques.) Concernant les magistrats précédemment chargés de poursuites, l'interdiction de cumuler avec une fonction de jugement en cour d'assises est aujourd'hui posée par l'article 253 du C.P.P qui dispose que « ne peuvent faire partie de la Cour [d'assises], en qualité de président ou d'assesseur, les magistrats, qui, dans l'affaire soumise à la cour, ont soit fait un acte de poursuite ». La loi consacre donc l'incompatibilité des poursuites avec le jugement de l'affaire en cour d'assises. Ces dispositions ont été élargies à l'ensemble des juridictions de jugement, par une interprétation analogique opérée par la chambre criminelle. V. Cass. crim. 15 mars 1960, *bull. crim.*, 1960, n°148, p. 309. Ce principe a été renforcé par la loi du 15 juin 2000 proclamant dans l'article préliminaire du C.P.P le principe de séparation des autorités chargées de l'action publique et des autorités de jugement. Ces principes font l'objet d'une interprétation large. V. R. DE GOUTTES, « L'impartialité du juge. Connaître, traiter et juger : quelle compatibilité ? », *Revue sciences criminelles et de droit pénal comparé*, 2003, n°1, p. 71.

²³⁰ Cass. crim. 26 avril 1990, pourvoi n° 88-84586, *bull. crim.*, 1990, n° 162 p. 418.

²³¹ Cass. crim., 17 décembre 1964, pourvoi n° 62-90072, *bull. crim.* 1964, n° 342. Cette formule vient rappeler que, si ce principe est absolu et ne souffre d'aucune exception, il voit toutefois ses contours limités par le critère de la connaissance approfondie du dossier, par l'interprétation objective retenue de l'impartialité.

²³² Cass. crim., 10 janvier 1996, pourvoi n° 95-81591, *bull. crim.*, 1996, n° 9, p. 20. Voir § 54 de la présente étude pour l'analyse de l'impact du droit de la Convention européenne sur l'élargissement du champ des incompatibilités de fonctions.

²³³ Cass. crim., 29 février 1996, pourvoi n° 95-82648 et 95-84967, *bull. crim.* n°99, p. 289.

Le même présupposé de l'inaptitude du juge à revenir sur sa position première dicte ensuite le deuxième principe, posant la séparation des fonctions de poursuite et d'instruction, qui veille à ce que l'impartialité du juge soit assurée dans la recherche et l'appréciation des preuves et que l'instruction puisse être menée à charge et à décharge, sans risque de réminiscence et d'attachement à des avis précédemment élaborés à charge lors de la mission de poursuite.

Cette interdiction implique, d'une part, que le procureur de la République qui déclenche les poursuites ne peut accomplir d'actes d'instruction et ne peut restreindre l'étendue de la saisine du juge d'instruction²³⁴, et, d'autre part, que le juge d'instruction ne peut se saisir d'office²³⁵.

La même logique sous-tend le troisième principe venant dissocier les fonctions d'instruction et de jugement. Cette fois, il s'agit seulement d'éviter que le juge n'ait à revenir sur sa conviction antérieurement acquise. En effet, le juge d'instruction instruisant à charge et à décharge, il ne peut lui être reproché d'être partie prenante à l'affaire, comme c'est le cas pour les magistrats du parquet.

A l'origine consacré au sein de l'article 257 du code d'instruction criminelle de 1808, qui interdisait au juge d'instruction de présider les assises ou même d'assister le président, le principe a vu son domaine élargi par la loi des 8-10 décembre 1897 qui consacre l'incompatibilité des actes de juridiction avec toute décision de jugement, en matière criminelle, correctionnelle ou de police²³⁶. La chambre criminelle s'attache à l'esprit de la loi pour étendre les incompatibilités à la participation aux jugements correctionnels et de police, et attribuer ainsi un caractère général à l'incompatibilité visée. Il faut désormais se référer à l'article 49 du C.P.P.²³⁷. L'application de l'alinéa 2 de cet article a entraîné une jurisprudence excluant le juge d'instruction lorsqu'il a fait un acte lui permettant de se faire une opinion sur la culpabilité au cours de l'instruction et quand sa participation au jugement porte sur le fond de l'affaire.

²³⁴ Cass. crim., 24 mars 1977, *bull. crim.* 1977, n° 112, p. 274.

²³⁵ Article 51 du code de procédure pénale dispose que le juge d'instruction ne peut informer qu'après avoir été saisi par un réquisitoire du Procureur de la République ou par une plainte avec constitution de partie civile dans les conditions prévues par les articles 80, 85 et 86 du C.P.P.

²³⁶ L'article premier de la loi des 8-10 décembre 1897 est reproduit dans l'actuel article 49 al. 2 du C.P.P.

²³⁷ Art. 49 alinéa 2 du C.P.P. « le juge d'instruction ne peut participer au jugement des affaires pénales dont il a connu en sa qualité de juge d'instruction ».

L'article 253 du même code prévoit quant à lui que « les magistrats qui, dans l'affaire soumise à la cour d'assise, ont, [...fait un acte] d'instruction », ne peuvent siéger au sein de la juridiction criminelle. Ces prescriptions ont été généralisées par la jurisprudence²³⁸.

Ainsi, l'intervention dans le cadre de certaines missions en matière d'instruction entraîne l'interdiction définitive d'en exercer une autre au cours de la même procédure.

Le principe de séparation des fonctions d'instruction et de jugement ne s'applique qu'au juge d'instruction, mais non aux magistrats des juridictions de jugement qui procèdent à des actes d'instruction. Si le principe interdit de manière évidente au juge d'instruction qui aurait mené à bien l'instruction dans son ensemble de faire partie de la juridiction de jugement qui connaîtra de l'affaire qu'il a instruite²³⁹, l'interdiction vaut également pour les membres de la chambre de l'instruction²⁴⁰. L'hypothèse du magistrat ayant pris part à l'instruction ou n'ayant effectué qu'un acte d'instruction suscite davantage d'hésitations et mérite quelques précisions.

La chambre d'instruction a pris soin de définir ce qu'elle considère être un acte d'instruction : il s'agit d'un acte qui « a pour objet de constater l'infraction, d'en découvrir ou d'en convaincre les auteurs »²⁴¹. La haute juridiction sanctionne la tendance à dissocier les juges d'instruction de ceux qui en auraient exercé les missions un temps. Cette position résulte notamment d'un arrêt du 14 janvier 1953, concernant une procédure impliquant un magistrat venant en remplacement d'un juge d'instruction pour un temps, et ayant siégé ultérieurement comme assesseur à la cour d'assises.

²³⁸ L'interdiction concerne tant la participation du juge d'instruction au jugement de l'affaire devant le tribunal correctionnel (Cass. crim., 7 mars 1946, *bull. crim.*, 1946, n° 82, p. 120) ou la cour d'assises (Cass. crim., 3 juin 1992, *bull. crim.* 1992, n° 220, p. 614), qu'au jugement devant la cour d'appel (Cass. crim., 23 mars 1934, *bull. crim.*, 1934, n° 67, p.141).

Ainsi, par exemple, ne peuvent faire partie de la chambre des appels correctionnels les magistrats qui, dans une affaire déterminée, ont participé à un arrêt de la chambre d'accusation dans lequel a été examinée la valeur des charges pouvant justifier le renvoi devant le tribunal correctionnel. Cass. crim., 27 juin 1996, pourvoi n° 96-80079, *bull. crim.*, 1996, n° 279, p. 842.

²³⁹ Voir par ex. Cass. crim., 18 mai 1976, *bull. crim.*, 1976, n° 168, p. 418 ; Cass. crim., 18 mars 1982, *bull. crim.*, n° 79.

²⁴⁰ L'article 253 le prévoit expressément lorsque la juridiction de jugement est la cour d'assises. Lorsque la juridiction de jugement est la juridiction correctionnelle, on fait application de l'article 49 aux membres de la chambre de l'instruction qui ne peuvent faire partie de la chambre des appels correctionnels quand ils ont participé à un arrêt de leur chambre dans lequel a été examinée la valeur des charges pouvant justifier le renvoi devant le tribunal correctionnel. V. Cass. crim., 7 avril 1992, n° 91-86.396, *JurisData* n° 1992-001268, *bull. crim.*, 1992, n°148, p. 388 ; Cass. crim., 27 juin 1996, pourvoi n° 96-80079, *bull. crim.*, 1996, n° 279, p. 842.

²⁴¹ Cass. crim., 7 mars 1961, *bull. crim.*, 1961, n° 142, p. 277.

Elle précise que « l'article 257 du code d'instruction criminelle ne fait aucune distinction entre le juge d'instruction et celui des juges qui en aurait exercé les fonctions par empêchement du titulaire, ni entre celui qui a instruit toute affaire et le juge qui aurait procédé à quelques-uns des actes de l'information »²⁴². Le fondement de l'incompatibilité est finalement exprimé dans les termes suivants par la chambre criminelle dans son arrêt du 18 mai 1976 : tout acte d'instruction, quel qu'il soit, est incompatible avec la mission de jugement car « il implique l'examen préalable du fond »²⁴³.

Cette position sera confirmée par la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt De CUBBER contre Belgique du 24 octobre 1984²⁴⁴. Le critère de l'incompatibilité est donc finalement que l'acte auquel il a été procédé, fût-ce de manière occasionnelle, implique un examen préalable du fond²⁴⁵.

L'on revient alors au critère de l'étude approfondie du fond du dossier et, *a contrario*, de l'insignifiance d'un préjugé né d'autres fondements que celui de la lecture des détails de l'espèce. Mais la Cour de Strasbourg semble infléchir sa position dans son arrêt FEY contre Autriche du 24 février 1993²⁴⁶. Un juge d'instruction avait demandé par commission rogatoire à un juge territorialement compétent d'entendre un témoin, avant que le dossier ne soit finalement transmis à ce juge, qui, après avoir fait des actes complémentaires, avait condamné à juge unique le requérant pour escroquerie. La Commission européenne, saisie de l'exercice cumulé des fonctions d'instruction et de jugement²⁴⁷, conclut à la violation de l'article 6§1 de la Convention, considérant qu'« au cours de la phase précédant le procès, le juge a, en fait, procédé à des actes qui sont typiquement ceux d'un juge d'instruction »²⁴⁸. La Cour E.D.H. ne semble pourtant pas d'accord avec ce raisonnement et considère que le juge du tribunal de district n'avait pas à examiner les accusations portées contre le requérant dans le cadre de la mission qui lui avait été confiée et qu'il s'est borné à recueillir d'autres renseignements revêtant un caractère préparatoire.

²⁴² Cass. crim., 14 janvier 1953, *bull. crim.*, 1953, n°16, p. 25.

²⁴³ Cass. crim., 18 mai 1976, pourvoi n° 75-90366, *bull. crim.*, 1976, n°168, p. 418.

²⁴⁴ Cour E.D.H., DE CUBBER c/Belgique, 26 octobre 1984, Requête n° 9186/80.

²⁴⁵ L'intervention doctrinale du professeur PRADEL lorsqu'il écrit que « le magistrat instructeur, au cours de ses investigations, a réuni des indices puis des charges qui font que, au moins en fait, il a déjà une idée sur la culpabilité » fait intervenir une nouvelle notion dans le critère de l'examen approfondi de l'affaire. J. PRADEL, note à propos de Cass. crim., 7 janvier et 6 novembre 1986, *D.*, 1987, p. 237 (4 espèces). Il semblerait qu'un examen justifiant une incompatibilité puisse porter tant sur les éléments de droit, que de fait.

²⁴⁶ Cour E.D.H., FEY c/ Autriche, 24 février 1993, requête n° 14396/88.

²⁴⁷ L'affaire a été ensuite déférée à la Cour par la Commission européenne puis par le Gouvernement de la République d'Autriche, respectivement les 13 décembre 1991 et 7 février 1992.

²⁴⁸ Commission européenne des droits de l'Homme, rapport du 15 octobre 1991 (article 31) rendu suite à la requête n° 14396/88 du 10 novembre 1988 : elle relève, par seize voix contre trois, une violation de l'article 6 §1.

C'est au stade de l'audience de jugement qu'il rencontra pour la première fois le requérant et pu se forger une opinion sur sa culpabilité, de sorte qu'elle conclut à la non violation de l'article 6§1. Il semble évident à la lecture de cette décision, que la violation du principe d'impartialité dépend du degré d'approfondissement de l'étude du dossier. Une étude superficielle n'engage en rien l'impartialité, quand bien même cette étude aurait pu faire naître des préjugés sur l'espèce.

Cette jurisprudence est confirmée par l'arrêt BULUT contre Autriche du 22 février 1996, concernant un juge ayant pris part à l'instruction en interrogeant deux témoins²⁴⁹. La Cour, tout en rappelant que cela pouvait avoir suscité des doutes quant à l'impartialité, précise que ces derniers ne pouvaient être « objectivement justifiés qu'en fonction des circonstances de la cause ». Le caractère limité dans le temps du rôle du juge rendait la violation de l'article 6§1 inexistante. Le législateur français et la chambre criminelle ignorent ces jurisprudences FEY et BULUT pour s'aligner sur celle énoncée dans l'arrêt DE CUBBER.

Le cumul est par exemple interdit lorsque le juge a délivré un mandat de justice. L'incompatibilité est parfois étendue, puisque le tribunal correctionnel est irrégulièrement composé si, statuant sur une infraction de dénonciation calomnieuse, l'un des juges a instruit les faits de viol concernés par la dénonciation, puisqu'il a émis, dans l'ordonnance de non-lieu, un avis permettant d'émettre un doute sur la véracité du contenu de la plainte²⁵⁰.

Mais le cumul est permis lorsqu'il n'a fait qu'un acte d'administration judiciaire²⁵¹, lorsqu'un membre de la chambre d'accusation a rejeté une requête en annulation de pièces de l'information²⁵² ou encore si le magistrat a procédé à l'exécution d'un supplément d'information²⁵³.

²⁴⁹ Cour E.D.H., BULUT c/ Autriche du 22 février 1996, Requête n°17358/90.

²⁵⁰ C.A. Caen, 10 mai 1996, n° 96-298, JurisData n° 1996-048749.

²⁵¹ Cass. crim. 14 décembre 1988, *bull.crim.*, 1988, n°430, p. 1137.

²⁵² Cass. crim., 9 novembre 1995, pourvoi n° 94-84204, *bull. crim.*, 1995, n° 346, p. 1003.

²⁵³ Cass. crim., 19 janvier 2000, n° 99-80.655, *bull crim.*, 2000, n°35, p. 97 : A un mémoire contestant la présidence de la chambre des appels correctionnels par un magistrat chargé d'un supplément d'information par un précédent arrêt de cette chambre, il a été répondu que l'exécution de cette mesure ordonnée « en application de l'article 463 du code de procédure pénale n'est pas contraire aux dispositions de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme dès lors qu'elle n'implique pas que le magistrat commis acquiert, à l'occasion de cette mesure, une conviction sur la culpabilité des prévenus ». Cette analyse est à rapprocher de la décision qu'a rendue la Cour européenne, MOREL c/ France, Requête n° 34130/96, 6 juin 2000, à propos du juge commissaire français : « en exerçant ses fonctions durant la phase d'observation, le juge-commissaire ne se forge pas d'avis préconçu sur la question dont il aura à trancher devant le tribunal de commerce » (§ 38). « Lorsqu'il statue au sein du tribunal, le juge-commissaire intervient pour rendre compte à ses collègues des tâches qu'il a accomplies durant la période d'observation. Son avis ne lie pas les autres juges appelés à statuer sur la viabilité de l'entreprise. Ainsi l'appréciation du tribunal est souveraine et sans rapport avec les différents actes accomplis par le juge-commissaire durant la période d'observation » (§ 39). « [...] le simple fait, pour un juge, d'avoir déjà pris des décisions avant le procès ne

La chambre criminelle de la Cour de cassation a également considéré qu'en examinant la recevabilité d'une constitution de partie civile la chambre d'accusation n'examine pas les charges de sorte que le Président de la chambre d'accusation peut siéger au sein de la chambre des appels correctionnels qui juge le prévenu au fond²⁵⁴. Par ailleurs, la signature d'une demande de renseignements relative à l'état de santé d'un témoin devant être entendu n'empêche pas de juger ultérieurement l'affaire²⁵⁵, de même que la remise aux experts de pièces à conviction et de la réception de leur serment²⁵⁶.

Il est intéressant de constater que le principe de séparation des fonctions d'instruction et de jugement vaut de manière non absolue et souffre de quelques exceptions. L'exigence d'impartialité objective cède parfois quelque peu face à d'autres objectifs de valeur équivalente. C'est par exemple le cas lorsque l'article 8 al. 8 de l'ordonnance du 2 février 1945 prévoit que le juge des enfants, une fois son instruction close, peut renvoyer le mineur devant une juridiction pour enfants, ou le juger lui-même en chambre du conseil²⁵⁷.

Cette exception est dictée par le besoin d'une justice éducative, « le risque objectif de partialité étant par ailleurs compensé » par les règles de collégialité en première instance et du double degré de juridiction, l'appel étant étudié par des magistrats n'ayant pas connu de l'affaire²⁵⁸.

peut passer pour justifier en soi des appréhensions relativement à son impartialité. Ce qui compte c'est l'étendue des mesures adoptées par le juge avant le procès. De même, la connaissance approfondie du dossier par le juge n'implique pas un préjugé empêchant de le considérer comme impartial au moment du jugement sur le fond. Enfin, l'appréciation préliminaire des données disponibles ne saurait non plus passer comme préjugant l'appréciation finale. Il importe que cette appréciation intervienne avec le jugement et s'appuie sur les éléments produits et débattus à l'audience » (§ 45).

Pour d'autres exemples, voir R. DE GOUTTES, « L'impartialité du juge. Connaître, traiter et juger : quelle compatibilité ? », *Revue sciences criminelles et de droit pénal comparé*, 2003, n°1, p. 72.

Plus généralement, Paul LEMMENS a démontré par l'étude de la jurisprudence que, lorsque la loi confère le pouvoir à une juridiction de jugement de prendre des mesures provisoires ou préalables, le juge peut ré-intervenir dans la procédure, sauf si les mesures prises au préalable démontrent qu'il s'est forgé une opinion sur la culpabilité. Si la loi prévoit en revanche une répartition des tâches entre différents organes, le justiciable doit pouvoir s'attendre à être jugé par des organes distincts. Analyse de P. LEMMENS, in P. MARTENS, « la tyrannie de l'apparence », *R.T.D.H.*, 1996, p. 640.

²⁵⁴ Cass. crim., 27 octobre 1999, *bull. crim.* 1999, n° 237, p. 749.

²⁵⁵ Cass. crim., 26 novembre 1897, *bull. crim.*, 1897, n° 376, p. 570.

²⁵⁶ Cass. crim., 3 février 1865, *bull. crim.*, 1865, n° 24, p. 39.

²⁵⁷ Cette dérogation entre dans les prévisions de l'art. 14 du Pacte international de New York du 16 décembre 1966, relatif aux droits civils et politiques, ainsi que dans celles des règles de Beijing (ensemble de règles minima des Nations Unies concernant l'administration de la justice pour mineurs, adopté par l'Assemblée générale de Nations Unies dans sa résolution 40/33 du 29 novembre 1985).

²⁵⁸ Cass. crim. 7 avril 1993, n° 92-84.725, *D.*, 1993, p. 553.

Toutefois, si les articles L. 251-3 du code de l'organisation judiciaire et 24-1 de l'ordonnance du 2 février 1945 prévoyaient qu'un juge des enfants composait le tribunal pour enfant et le tribunal correctionnel pour mineur, sans autre précision, le conseil constitutionnel sanctionne désormais, au moyen d'une interprétation abstraite²⁵⁹, ces dispositions dans deux décisions de juillet et août 2011²⁶⁰ et le législateur exclut le juge des enfants ayant renvoyé l'affaire devant le tribunal de sa composition²⁶¹.

Il faut également souligner que les règles régissant les incompatibilités de fonctions s'étendent parfois au-delà des magistrats professionnels. C'est le cas lorsque, dans son arrêt rendu le 5 février 1999, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, juge qu'un membre de la Commission des opérations de bourse qui, dans une procédure de sanction, a été nommé rapporteur et a été chargé de procéder à l'instruction d'une affaire et à toutes investigations utiles, ne peut pas participer au délibéré²⁶².

Puis, toujours dans la même intention de ne pas placer un juge dans une position qui l'obligerait à arbitrer entre sa conviction première et sa nouvelle analyse d'une affaire, l'article 253 du C.P.P. règle la question de la situation des actes relatifs au règlement de l'instruction, en prévoyant que la participation d'un juge à l'arrêt de mise en accusation l'empêche de participer au jugement en cour d'assises²⁶³.

²⁵⁹ Voir sur ce point, C. CLAVERIE-ROUSSET, « L'impartialité de la justice pénale des mineurs », *Revue droit pénal*, n°3, mars 2012, étude 8, pp. 13 et s.

²⁶⁰ Cons. cons., décisions du 8 juillet 2011, n°2011-147, Q.P.C. et du 4 août 2011, n°2011-635 D.C.

²⁶¹ Loi n° 2011-1940 du 26 décembre 2011, visant à instaurer un service citoyen pour les mineurs délinquants, *J.O.* 27 décembre 2011 p. 22275 (art. 5).

²⁶² Cass. Ass. plén., 5 février 1999, pourvoi n° 97-16440, *bull. Ass. plén.*, 1999, n° 1, p. 1.

²⁶³ Loi des 17 et 31 juillet 1856, qui modifie plusieurs dispositions du code d'instruction criminelle, *bull. n° 3877, D.* 1856, 4^e partie, p. 123, consacrent cette incompatibilité, après avoir supprimé la chambre du conseil chargée auparavant de ces actes relatifs au règlement de l'instruction, pour en transférer la compétence aux juges d'instruction. La mise en accusation devant la cour d'assises est prononcée par ordonnance du juge d'instruction, depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000, qui modifie l'article 181 du C.P.P. Cette ordonnance constitue un acte d'instruction rendant le magistrat qui l'a rendue inapte à faire partie de la cour d'assises qui jugera l'accusé. La loi précitée a néanmoins laissé en l'état l'article 253 sur ce point. La cour d'assises dans laquelle siège un magistrat ayant participé à l'arrêt de mise en accusation est, aujourd'hui comme par le passé, illégalement composée. Voir par ex. Cass. crim., 29 janvier 1986, *bull. crim.*, n° 38, p. 89; Cass. crim., 11 mars 1986, *bull. crim.* 1986, n° 100, p. 260. Cass. crim., 11 mai 1988, pourvoi n° 87-91864, *bull. crim.*, 1988, n° 207, p. 542. « Les dispositions des articles 305-1 et 599, alinéa 2, du code de procédure pénale, relatives au moment où doivent être soulevées les exceptions tirées d'une nullité entachant la procédure qui précède l'ouverture des débats, ne s'appliquent pas aux nullités entachant la composition de la Cour. Il s'ensuit que peut être soulevée valablement après l'ouverture des

Ensuite, le fait qu'un magistrat ait participé « à une décision sur le fond relative à la culpabilité de l'accusé », autre hypothèse prévue par l'article 253 du code de procédure pénale, permet d'englober les cas, distincts de ceux qui ont été précédemment examinés, où un magistrat risque, en raison de la connaissance qu'il a eu de l'affaire, d'avoir un préjugé sur la culpabilité de la personne poursuivie²⁶⁴.

La question s'est posée de savoir quelles étaient les décisions pouvant être considérées comme étant relatives à la culpabilité et notamment si les décisions rendues en matière de détention provisoire pouvaient être considérées comme telles. La Cour de cassation opère à ce sujet une distinction : en matière correctionnelle elle a décidé que des magistrats n'ayant pas participé à l'arrêt de renvoi peuvent faire partie de la chambre des appels correctionnels lorsqu'ils ont statué sur la détention provisoire²⁶⁵. Ainsi, aucune disposition légale n'interdit aux membres de la chambre d'accusation, qui se sont prononcés sur la détention provisoire d'une personne mise en examen, de faire ensuite partie de la chambre des appels correctionnels saisie du fond de l'affaire²⁶⁶.

En matière criminelle, si la Cour de cassation décidait auparavant que la participation à un arrêt de chambre d'accusation statuant, non sur le renvoi de l'accusé devant la cour d'assises, mais sur une demande de mise en liberté, ne constituait pas une cause d'incompatibilité²⁶⁷, elle juge désormais le contraire.

débats la nullité tenant à ce qu'un magistrat qui a participé à l'arrêt de mise en accusation fasse partie de la cour d'assises ».

²⁶⁴ Voir par ex. Cass. crim., 21 février 1996, *bull. crim.*, 1996, n° 82, p. 234 : ne peut siéger en qualité d'assesseur de la cour d'assises le magistrat qui a précédemment porté une appréciation sur les faits de viols et agressions sexuelles aggravés reprochés à l'accusé, à l'occasion d'une instance en divorce l'opposant à son épouse et au cours de laquelle étaient invoqués les faits poursuivis.

²⁶⁵ Voir, Cass. crim., 11 juin 1985, *bull. crim.*, n° 226 ; Cass. crim. 11 mars 1986, *bull. crim.* n°100, p. 260 ; Cass. crim., 6 novembre 1986, *bull. crim.*, n° 328, p. 838 ; Cass. crim., 1^{er} décembre 1987, *bull. crim.*, n° 439, p. 1160 ; Cass. crim., 27 juin 1996, pourvoi n° 96-80079, *bull. crim.*, 1996, n° 279, p. 842.

Voir également J. PRADEL, « La notion européenne de tribunal impartial et indépendant selon le droit français », *R.S.C.*, 1990, p. 699.

²⁶⁶ V. par ex. Cass. crim., 19 février 1998, pourvoi n° 96-83423, *bull. crim.*, 1998, n° 74, p. 196 ; cass. crim., 28 mars 2012, pourvoi n° 11-85.225, *JurisData* n° 2012-006949.

²⁶⁷ Cass. crim., 28 mai 1968, pourvoi n° 67-93326, *bull. crim.* 1968, n° 175.

En effet, la chambre criminelle de la Cour de cassation, par une analyse *a contrario*, use de la jurisprudence de la Cour E.D.H. au soutien de la création d'autres incompatibilités en établissant que la présence du juge d'instruction et du conseiller à la chambre d'accusation ayant préalablement statué sur la liberté du mis en examen au sein de la juridiction de jugement, est désormais sanctionnée puisque le magistrat « a nécessairement procédé à un examen préalable du fond », ce qui lui interdit de participer ensuite du jugement de l'accusé²⁶⁸.

L'incohérence vient donc de ce que la chambre criminelle sanctionne la présence du juge d'instruction et du conseiller à la chambre d'accusation ayant préalablement statué sur la liberté du mis en examen au sein de la Cour d'assises, mais ne transpose pas le raisonnement devant la chambre des appels correctionnels. Cette divergence s'explique sans doute par le fait que l'article 253 du code de procédure pénale, qui interdit formellement aux membres de la chambre d'accusation ayant fait un acte d'instruction de siéger à la cour d'assises, n'a pas d'équivalent dans la procédure correctionnelle. Pourtant, l'esprit des interdictions semble aller dans le sens de la prohibition, de même que les dispositions de l'article 6§1 de la Convention européenne, dès lors que la chambre d'accusation, en statuant sur la détention provisoire, a « nécessairement procédé à un examen préalable du fond », ainsi que le reconnaît la chambre criminelle dans son arrêt du 3 décembre 1997, alors qu'un examen préalable du fond entraîne, selon certains arrêts, même en matière correctionnelle, interdiction de juger au fond²⁶⁹. La Cour de cassation semble donc se mettre en contradiction avec la tendance jurisprudentielle lorsqu'elle admet l'exercice successif de fonctions au sein de la chambre d'accusation et de la chambre des appels correctionnels²⁷⁰.

²⁶⁸ Ils ne peuvent siéger à la cour d'assises même si la chambre d'accusation n'a statué qu'en matière de détention provisoire dès lors que le magistrat concerné, même s'il n'a pas participé directement à un acte ayant pour objet de rechercher les preuves d'une infraction ou celles de la culpabilité du demandeur, a nécessairement procédé à un examen préalable du fond. V. Cass. crim., 12 octobre 1983, *bull. crim.* 1983, n° 243, p. 622.

²⁶⁹ Cass. crim., 27 juin 1996, pourvoi n° 96-80079, *bull. crim.*, 1996, n° 279, p. 842 ; Cass. crim., 4 décembre 2001, JurisData n° 2001-012609.

²⁷⁰ Voir Cass. crim, 24 janvier 1985, pourvoi n° 84-93030, *bull. crim.* 1985, n° 41. « Aucune disposition légale n'interdit aux membres de la chambre d'accusation s'étant prononcés sur la détention provisoire d'un prévenu de faire ensuite partie de la chambre des appels correctionnels saisie de l'affaire. Cette prescription n'est contraire ni à l'article 49 du code de procédure pénale ni à l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'homme et des libertés fondamentales ». Un magistrat de la chambre d'accusation ayant participé à un arrêt sur la liberté de l'inculpé peut donc valablement siéger ultérieurement au sein de la chambre des appels correctionnels. Voir J. PRADEL, *op. cit.*, p. 701.

La jurisprudence va parfois jusqu'à tenir compte des mots employés par les juges et de l'orientation des questions qu'ils posent : une chambre d'accusation, saisie d'une demande de mainlevée des obligations du contrôle judiciaire d'un mis en examen, avait confirmé l'ordonnance du juge d'instruction, au motif qu'une reprise des fonctions au sein de la société au préjudice de laquelle « il a détourné » des sommes importantes, provoquerait inévitablement un trouble à l'ordre social. La chambre des appels correctionnels, présidée par l'un des conseillers ayant rendu cet arrêt, avait ensuite aggravé la peine prononcée contre le prévenu. Cette décision a été censurée, au motif que « ne peuvent

Les inconvénients de l'instauration d'une incompatibilité entre le fait de statuer sur la détention et sur le fond de l'affaire ont été abordés, notamment à l'occasion des arrêts rendus en Assemblée plénière BORD NA MONA et GUILLOTTEL le 6 novembre 1998²⁷¹. En effet, le nombre de juges est trop restreint pour rendre effectif ce désir de séparation²⁷². Le Procureur général BURGELIN rejoint cet avis : des nuances trop subtiles peuvent engendrer des confusions et seraient contraires à l'exigence de sécurité juridique²⁷³.

Enfin, la phase de jugement étant elle-même hétérogène, il a fallu s'interroger, au regard de l'incapacité du juge à prendre du recul par rapport à sa position initiale, sur la possibilité de cumuler des fonctions contemporaines à cette phase.

En effet, un juge peut être amené à rendre des décisions avant le jugement au fond, mais aussi à suivre une affaire après son jugement, dans le cadre de l'application des peines. Concernant les décisions pouvant intervenir avant le jugement au fond, les décisions sur incident de procédure - telles que la jonction de dossier, la demande de nouvelles mesures d'instruction ou de mise en liberté - sont réglées par la juridiction saisie du fond²⁷⁴. Le cumul est donc possible, parfois même obligatoire, en matière de demande de nouvelle mesure d'instruction²⁷⁵.

faire partie de la chambre des appels correctionnels les magistrats qui, dans l'affaire soumise à cette juridiction, se sont précédemment prononcés sur la culpabilité du prévenu » (Cass. crim., 29 mars 2000, pourvoi n° 99-80837, inédit). Dans le même sens, C.E., 23 février 2000, Labor Métal et autres, *R.F.D.A.*, 2000, p. 435, concl. SEBAN : sur le fondement du principe d'impartialité et des droits de la défense, le C.E. a estimé que la Cour des comptes ne pouvait poursuivre une procédure juridictionnelle de gestion de fait, dès lors que cette affaire avait été évoquée dans un rapport public « relevant explicitement l'irrégularité des faits ». Voir sur ces questions, D. N. COMMARET, « Impartialité du juge. Incompatibilités. Appréciations portées sur la valeur des charges ou la culpabilité. Motivation des décisions », *R.S.C.*, 2000, p. 852.

²⁷¹ C. cass., Ass. plén., 6 novembre 1998, pourvoi n° 94-17709, *D.*, 1999, *Juris.*, p. 1, *bull. Ass. plén.*, 1998, n° 5, p. 7 (BORD NA MONA) ; C. cass., Ass. plén., 6 novembre 1998, pourvoi n° 95-11006, *bull. Ass. plén.*, n° 4, p. 6 (GUILLOTTEL), *J.C.P.*, 1998, II, p. 10128.

²⁷² Note du Conseiller rapporteur P. SARGOS, *J.C.P. G.* 1998, n° 49, 02 décembre 1998, II, n°10198, pp. 2117-2123. L'auteur parle d'une « règle de raison ».

²⁷³ J-F. BURGELIN, « Quand le juge des référés prend parti », *D.*, 1999, J., p. 1.

²⁷⁴ En matière correctionnelle, il a été admis qu'il n'était pas contraire à l'exigence d'impartialité qu'un magistrat de la chambre correctionnelle d'une cour d'appel ayant condamné un prévenu et ordonné son maintien en détention, fasse partie de la juridiction appelée à statuer ultérieurement sur une demande de mise en liberté (Cass. crim., 3 avril 2002, *bull. crim.*, 2002, n° 76, p. 250, *JurisData* n° 2002-014315). De la même manière, les dispositions des articles 702-1 et 703 du code de procédure pénale qui donnent compétence, pour statuer sur les demandes de relèvement d'interdiction, de déchéances ou d'incapacités, à la juridiction, éventuellement composée des mêmes magistrats, qui a prononcé la condamnation, ne sont pas incompatibles avec cette même exigence d'impartialité dès lors qu'il s'agit de trancher un incident d'exécution et non de décider du bien-fondé d'une accusation (Cass. crim., 9 janvier 2002, pourvoi n° 01-80397, *bull. crim.*, 2002, n° 1, p. 1).

En matière criminelle, il a été jugé que les dispositions de l'article 253 du code de procédure pénale et de l'article 6 de la Convention européenne n'interdisent pas à un magistrat qui a fait partie de la cour d'assises ayant prononcé

Concernant l'intervention du juge des libertés et de la détention, la loi du 15 juin 2000²⁷⁶ qui l'a institué a prévu que ce magistrat ne peut, à peine de nullité, participer au jugement des affaires pénales dont il a eu connaissance²⁷⁷. Doit donc être annulé le jugement d'un tribunal correctionnel, dont le président, en qualité de juge des libertés et de la détention, a préalablement ordonné le maintien en détention du prévenu²⁷⁸.

En matière de jugement de culpabilité et d'ajournement, la solution est la même et l'esprit de la règle permettant à un juge de prononcer un jugement d'ajournement le commande. L'issue favorable au prévenu lors du second jugement est contenue en filigrane dans le premier jugement et il est normal que le second juge soit le même²⁷⁹. Il est donc possible de généraliser en affirmant que le cumul est possible concernant les incidents antérieurs au jugement, mais contemporains à cette phase.

Qu'en est-il des interventions successives d'un même magistrat lors du jugement et dans les suites de celui-ci ? Le magistrat étant intervenu dans la procédure ne peut plus, depuis un revirement de 1991, prendre part au contentieux de l'exécution des peines²⁸⁰. Toutes les missions, largement appréciées, confiées à une juridiction de jugement sont concernées par la règle gouvernant l'incompatibilité²⁸¹.

Toutefois, plus spécifiquement, le juge de l'application des peines peut être intégré au tribunal²⁸², sauf lorsque ce dernier est saisi d'un recours du Procureur de la République contre une décision du juge de l'application des peines, sur le fondement de l'article 733-1 du C.P.P.

l'arrêt de condamnation de siéger à nouveau pour statuer sur une demande de mise en liberté dont la cour d'assises a été saisie dans les conditions prévues par l'article 148-1, alinéa 2, du code de procédure pénale (Cass. crim., 18 février 1998, *bull. crim.*, 1998, n° 67, p. 179). Voir par ailleurs, Cass. crim., 20 novembre 1991, pourvoi n° 91-81691, *bull. crim.*, 1991, n° 421, p. 1076.

²⁷⁵ Cass. crim., 2 août 1934, *D.H.*, 1934, p. 494.

²⁷⁶ Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000, renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, *J.O.R.F.*, 16 juin 2000.

²⁷⁷ Art. 137-1 du C.P.P. Dans le sens contraire, il avait été jugé que le président du tribunal ou son délégué qui avait ordonné le placement en détention provisoire sous l'empire de la loi du 4 janvier 1993 pouvait participer au jugement lorsque l'affaire était ensuite examinée au fond par la chambre des appels correctionnels (V. Cass. crim., 2 février 2000, *JurisData* n° 2000-001004, *bull. crim.* 2000, n° 55, p. 150).

²⁷⁸ Cass. crim., 23 septembre 2010, pourvoi n° 10-81.245, *bull. crim.* n° 140, *JurisData* n° 2010-017025.

²⁷⁹ J. PRADEL, *op. cit.*, p. 704.

²⁸⁰ Cass. crim. 27 février 1991, *bull. crim.*, 1991, n° 99, p. 251. La cour reprend les termes de la Cour E.D.H., selon lesquels « l'exigence d'impartialité doit s'apprécier objectivement ». Le magistrat averti sur l'affaire est donc exclu du jugement et de ses suites relatives à l'exécution de la peine.

²⁸¹ Ainsi, par exemple, le juge prononçant une dispense de révocation de sursis est tenu par cette exigence.

²⁸² 744 al 3 C.P.P.

Par ailleurs, lorsque le juge de l'application des peines est à l'origine d'un recours devant le tribunal pour faire exécuter un travail d'intérêt général, la jurisprudence admet qu'il puisse siéger, alors qu'au regard de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme, ceci est contestable dans la mesure où le poursuivant sera aussi juge.

Lorsque le juge de l'application des peines saisit la juridiction pour l'application d'un sursis avec mise à l'épreuve, le cumul est envisagé par la loi à travers une lecture *a contrario* de l'article 744 al. 4 du C.P.P. Un juge d'application des peines qui a donné un avis sur l'opportunité de la révocation d'un sursis avec mise à l'épreuve, peut composer le tribunal correctionnel dès lors que cet avis n'emporte pas d'appréciation sur la valeur des charges retenues contre le prévenu²⁸³.

Concernant l'exercice successif de fonctions en différentes matières, aucune disposition ne vise expressément la situation d'un juge composant le tribunal correctionnel qui a préalablement statué en matière civile. Par conséquent, les juridictions doivent rechercher si le juge a eu à apprécier la valeur des charges pesant sur le prévenu²⁸⁴. Par ailleurs, au visa des articles 6§1 de la C.E.D.H. et 510 du code de procédure pénale, a été censurée la présence au sein de la chambre des appels correctionnels ayant prononcé une relaxe, d'un magistrat s'étant déjà prononcé, dans une instance prud'homale de licenciement, sur les faits justifiant le renvoi du prévenu du chef d'escroquerie²⁸⁵.

Pour conclure, le présupposé sur lequel reposent les incompatibilités de fonctions est bien ancré en droit positif, à tel point que la doctrine fait preuve de réserves à propos de l'acceptation en jurisprudence de certains pré-jugements, même rares, dénonçant les incohérences contenues dans la jurisprudence en matière de séparation des fonctions et des incompatibilités qui en découlent²⁸⁶.

²⁸³ Cass. crim., 18 octobre 2000, n° 99-86.289, JurisData n° 2000-006849.

²⁸⁴ Voir par ex. Cass. crim., 8 avril 2009, n° 08-83.923, *bull. crim.* n°73, JurisData n° 2009-048323.

²⁸⁵ Cass. crim. 24 novembre 1999, pourvoi n°98-85327, *bull. crim.*, 1999, n° 275, p. 862, *Dr. pénal*, avril 2000, n° 52, « Un magistrat, qui à l'occasion d'une instance prud'homale a porté une appréciation sur le comportement d'un salarié dans ses rapports professionnels avec un client, ne peut, sans méconnaître l'exigence d'impartialité, participer ensuite à la chambre correctionnelle appelée à juger l'intéressé à raison des mêmes faits pénalement qualifiés. Encourt dès lors la censure la décision de la chambre correctionnelle ainsi irrégulièrement composée ». Voir D. N. COMMARET, *op. cit.*, p. 852.

²⁸⁶ Ainsi par exemple, le magistrat ayant pris une décision sur la liberté, ou ordonné un supplément d'information dans l'attente du jugement n'est pas écarté du jugement, alors même que le pré-jugement repose sur une connaissance approfondie du dossier et que la seconde mission de jugement porte sur le sort définitif du justiciable. V. Cass. crim, 20 décembre 1984, pourvoi n° 84-90.964, *bull. crim.* n°412.

Alors, il est possible de dénoncer la protection lacunaire de l'impartialité au moyen des incompatibilités en raison de certaines contradictions jurisprudentielles, mais également de certaines dispositions légales telles que l'attribution du double pouvoir d'enquête et de juridiction au juge d'instruction.

Il faut par ailleurs s'interroger sur l'adéquation des règles gouvernant les incompatibilités avec la théorie de l'apparence en matière d'impartialité : l'apparence d'impartialité n'est-elle pas affaiblie lorsqu'un magistrat s'étant prononcé sur la liberté au stade de l'information participe au jugement postérieur²⁸⁷?

43. Par ailleurs, en dehors des incompatibilités de fonctions dictées par le principe séparatiste, d'autres incompatibilités existent, commandées, cette-fois, par les liens familiaux des magistrats.

Ces incompatibilités reposent sur la volonté de parer à tout doute quant à l'impartialité qui serait dû aux risques de connivence ou de conflits d'intérêts qui pourraient découler de l'affection ou de l'inimitié exacerbées par des liens familiaux entre les juges au sein des juridictions.

Le juge engagé dans ces liens serait perçu comme ne pouvant pas être entièrement neutre au regard de la position défendue par son parent ou allié. Ce manque d'objectivité viendrait par exemple vider de toute utilité la collégialité du jugement, dès lors que deux des voix délibérantes seraient liées par des liens familiaux.

Ces causes générales d'incompatibilités tenant à la parenté ou à l'alliance, communes à toutes les juridictions répressives, découlent sur le plan conventionnel de l'article 6 de la Conv. E.D.H. et reposent donc sur l'exigence d'un procès équitable devant un tribunal indépendant et impartial²⁸⁸.

En droit interne, elles sont édictées par les articles L. 111-10, R. 111-3 et R. 111-4 du C.O.J.²⁸⁹.

D'une part, l'article L. 111-10 du C.O.J. prévoit dans son premier alinéa que « [l]es conjoints, les parents et alliés jusqu'au troisième degré inclus ne peuvent, sauf dispense, être simultanément membres d'un même tribunal ou d'une même cour en quelque qualité que ce soit »²⁹⁰.

²⁸⁷ Sur la question de l'apparence, voir § 49 de la présente étude.

²⁸⁸ La Cour de cassation tire de l'article 6 de la Conv. E.D.H. la conséquence que deux magistrats conjoints ne peuvent connaître d'une même cause. Voir Cass. crim., 29 février 1996, JurisData n° 1996-001512, *bull. crim.* 1996, n° 99, p. 289.

²⁸⁹ Anciennement, art. R. 721-1 et R. 721-3 du C.O.J.

²⁹⁰ L'article L.111-11 du C.O.J. précise que pour l'application de l'article L. 111-10, la personne liée au juge par un pacte civil de solidarité est assimilée au conjoint.

Cette incompatibilité s'applique lorsque le conjoint, parent ou allié est magistrat, mais également greffier en chef²⁹¹.

La dispense est accordée par décret²⁹² et est très encadrée puisqu'elle ne peut en aucun cas être octroyée lorsque la juridiction ne comprend qu'une chambre ou que l'un des conjoints, parents ou alliés jusqu'au troisième degré inclus est le président de la juridiction ou le chef du Parquet près celle-ci²⁹³. Par ailleurs, même si une dispense est octroyée, les conjoints, parents ou alliés jusqu'au troisième degré inclus ne peuvent siéger dans une même cause²⁹⁴.

La Cour de cassation a précisé les cas dans lesquels deux conjoints ne peuvent connaître d'une « même cause ». C'est dans l'interprétation de cette dernière notion que la Cour a eu à statuer et s'est montrée rigoureuse puisque l'interdiction semble s'appliquer dans tous les cas où les conjoints, l'un au siège et l'autre soit au parquet soit au siège, sont amenés à connaître de la même affaire, quelle que soit la juridiction pénale devant laquelle l'affaire est évoquée.

Il en est ainsi par exemple, en matière criminelle, dans le cas où l'un des conjoints, conseiller à la cour d'appel, préside une cour d'assises, alors que son mari, Substitut du Procureur général, avait, dans la même affaire, exercé les fonctions du ministère public à la chambre d'accusation qui avait prononcé le renvoi de l'accusé devant ladite cour d'assises, dont l'arrêt de condamnation a été, pour cette raison annulé²⁹⁵ ou lorsque siège, comme conseiller à la chambre de l'instruction, le conjoint du magistrat du parquet qui avait pris des réquisitions ayant conduit au prononcé, par le juge d'instruction, de l'ordonnance frappée d'appel²⁹⁶. L'incompatibilité frappe également la femme magistrat représentant le ministère public pour le jugement sur le fond d'une affaire à l'occasion de laquelle son mari avait concouru à rendre un jugement avant dire droit ordonnant une expertise dont il avait été chargé de surveiller l'exécution²⁹⁷. La Cour de cassation a également jugé que des magistrats conjoints ne peuvent connaître d'une même affaire à deux degrés de juridiction²⁹⁸.

²⁹¹ Article 32 alinéa 1^{er} du décret n° 92-413 du 30 avril 1992 portant statut particulier des greffiers en chef des services judiciaires. En ce qui concerne les greffiers, l'article 25 alinéa 1^{er} du décret n° 92-414 du 30 avril 1992 portant statut particulier des greffiers des services judiciaires a été abrogé par le décret n° 2003-466 du 30 mai 2003, *J.O.R.F.* 31 mai 2003.

²⁹² Art. R. 111-3 du C.O.J., ancien art. R. 721-1, al. 1 du C.O.J.

²⁹³ Art. L. 111-10, al. 2 du C.O.J.

²⁹⁴ Ancien art. 721-1 du C.O.J.

²⁹⁵ Cass. crim., 29 juin 1983, *JurisData* n° 1983-701710, *bull. crim.* 1983, n° 204, p. 528.

²⁹⁶ Cass. crim., 29 février 1996, *bull. crim.* 1996, n° 99, p. 289. Dans cette affaire, la cassation a été prononcée au visa, non seulement de l'article R. 721-1 du code de l'organisation judiciaire mais encore de l'article 6 de la Convention européenne.

²⁹⁷ Cass. crim., 10 février 1982, inédit, n° de pourvoi non communiqué.

²⁹⁸ V. Cass. crim., 19 mai 1978, *bull. crim.* 1978, n° 159, p. 409.

A l'inverse, il a été jugé que ne constitue pas une cause d'incompatibilité empêchant un magistrat de siéger à la cour d'assises en qualité d'assesseur, le fait que son conjoint ait remplacé le juge d'instruction chargé de l'affaire pour statuer sur une demande de mise en liberté formée par un co-inculpé de l'accusé non soumis au même débat devant la cour d'assises²⁹⁹.

La haute juridiction a également décidé que rien ne s'oppose à ce que deux magistrats conjoints puissent siéger séparément à la cour d'assises puis au sein de la chambre d'accusation à l'occasion de demandes de mise en liberté déposées successivement par un accusé devant ces deux juridictions, dans la mesure où un même magistrat peut se prononcer sur diverses demandes de mise en liberté présentées par un même accusé dans une même affaire³⁰⁰.

D'autre part, une interdiction de même nature que la précédente est prévue par l'article R. 111-4 du code de l'organisation judiciaire : « Ne peut faire partie d'une formation de jugement tout juge dont le conjoint, un parent ou allié jusqu'au troisième degré inclus est partie au procès ou représente ou assiste l'une des parties. La personne liée au juge par un pacte civil de solidarité est assimilée au conjoint ».

La même logique est par ailleurs suivie concernant les jurés, puisque l'article 289 du C.P.P. prévoit dans son dernier alinéa que doivent être rayés de la liste de session, « les noms des jurés qui se révéleraient être conjoints, parents ou alliés jusqu'au degré d'oncle ou de neveu inclusivement d'un membre de la cour ou de l'un des jurés présents inscrits avant lui sur ladite liste ».

Toutefois, aucune incompatibilité liée aux relations familiales n'a par exemple été instaurée concernant les couples composés d'un magistrat ayant pour conjoint un fonctionnaire de police ou un mandataire de justice. Des difficultés similaires à celles appréhendées par ailleurs par le droit positif au regard de l'impartialité objective peuvent pourtant découler de ces situations de faits.

Le Syndicat de la magistrature considère cependant qu'il convient de maintenir les règles actuelles concernant les incompatibilités familiales en privilégiant, pour les situations dépassant le cadre posé, la mise en œuvre des principes déontologiques³⁰¹.

²⁹⁹ Cass. crim., 6 mars 1991, JurisData n° 1991-701364, *bull. crim.*, 1991, n° 114, p. 291.

³⁰⁰ Cass. crim., 28 mars 2001, *bull. crim.* 2001, n° 86, p. 276, JurisData n° 2001-009258.

³⁰¹ Syndicat de la magistrature, « Observations du Syndicat de la magistrature sur le projet d'adaptation des règles statutaires applicables aux magistrats », Paris, 4 octobre 2010, p. 6.

Ainsi, il faudrait préférer résoudre certaines situations présentant un risque de partialité en privilégiant la sensibilisation de l'ensemble des magistrats, plus que par l'édiction de règles nouvelles dont le caractère impératif entraînerait des difficultés de gestion supplémentaires.

Dès lors, les magistrats pourraient user par exemple de la voie de l'abstention s'ils s'estiment dans l'incapacité de juger sereinement une affaire.

Il s'agirait alors d'admettre d'abandonner quelque peu l'exigence d'impartialité objective protégée par les incompatibilités de fonctions, au profit de l'impartialité subjective.

44. Enfin, certaines incompatibilités découlent du statut même de magistrat. Ainsi, il existe des interdictions d'exercer des fonctions secondaires, extérieures cette fois aux postes relevant de la magistrature ou d'intervenir en certaines qualités.

Ces règles participent à la lutte contre les conflits d'intérêts et visent plus particulièrement à éviter qu'un juge ne se trouve en situation de devoir arbitrer entre ses intérêts qu'il tient d'une autre fonction ou qualité et l'intérêt général qu'il défend dans le cadre de l'administration de la justice. Si une telle situation devait se présenter, un doute pourrait légitimement naître quant à son impartialité réelle. L'incompatibilité repose donc ici sur la présomption selon laquelle le juge cèderait à la tentation de faire primer ses intérêts extérieurs sur sa mission d'intérêt général, ou pour le moins, sur l'idée que la fonction secondaire pourrait interférer sur la mission de service public.

C'est pourquoi, la fonction de magistrat entraîne tout d'abord l'interdiction d'exercer d'autres fonctions extérieures incompatibles avec ce statut. Ces interdictions sont régies par le statut de la magistrature³⁰².

De manière assez générale, l'article 8 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 énonce que « l'exercice des fonctions de magistrat est incompatible avec l'exercice de toutes fonctions publiques et de toute autre activité professionnelle ou salariée »³⁰³.

³⁰² L'article L. 111-5 du C.O.J. prévoit que l'impartialité des juridictions judiciaires est garantie par les dispositions du même code et celles prévues par les dispositions particulières à certaines juridictions ainsi que par les règles d'incompatibilités fixées par le statut de la magistrature, résultant de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

³⁰³ Cette généralité explique que des dérogations puissent être individuellement accordées, par décision des chefs de cours, « pour donner des enseignements ressortissant à leur compétence ou pour exercer des fonctions ou activités qui ne seraient pas de nature à porter atteinte à la dignité du magistrat et à son indépendance, à l'exception des activités d'arbitrage, sous réserve des cas prévus par les dispositions législatives en vigueur ». Les magistrats n'ont par ailleurs pas besoin d'autorisation préalable pour se livrer à des travaux scientifiques, littéraires ou artistiques.

Cette règle concerne seulement les magistrats de carrière et ne s'applique pas aux magistrats recrutés à titre temporaire et exerçant leurs fonctions à temps partiel.

Plus spécifiquement, l'article 9 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 déclare l'exercice des fonctions de magistrat incompatible avec certaines fonctions de représentation et mandats électoraux tels que l'exercice d'un mandat au Parlement, au Parlement européen ou au Conseil économique, social et environnemental³⁰⁴.

A l'exception des magistrats de la Cour de cassation, l'exercice des fonctions de magistrat est également incompatible avec l'exercice d'un mandat de conseiller régional, général, municipal ou de conseiller d'arrondissement, de conseiller de Paris ou de membre de l'Assemblée de Corse dans le ressort de la juridiction à laquelle appartient ou est rattaché le magistrat³⁰⁵.

Une nouvelle fois, les interdictions sont étendues au regard des relations conjugales entretenues par le magistrat, dans la mesure où aucun juge, à l'exception des magistrats de la Cour de cassation, ne pourra être nommé ni demeurer dans une juridiction dans le ressort de laquelle se trouve tout ou partie du département dont son conjoint est député ou sénateur³⁰⁶.

L'article pose également que « [n]ul ne peut être nommé magistrat ni le demeurer dans une juridiction dans le ressort de laquelle il aura exercé depuis moins de cinq ans, une fonction publique élective visée au présent article ou fait acte de candidature à l'un de ces mandats, à l'exception du mandat de représentant au Parlement européen, depuis moins de trois ans »³⁰⁷.

³⁰⁴ La liste de l'article 9 se poursuit : l'incompatibilité vise également les responsabilités de membre du congrès ou d'une assemblée de province de la Nouvelle-Calédonie, de représentant à l'assemblée de la Polynésie française, de membre de l'assemblée territoriale des îles Wallis et Futuna, de conseiller territorial de Saint-Barthélemy, de conseiller territorial de Saint-Martin, de conseiller général de Mayotte ou de conseiller territorial de Saint-Pierre-et-Miquelon ou avec la fonction de membre du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie ou du gouvernement de la Polynésie française.

³⁰⁵ Article 9 du statut de la magistrature, alinéa 3. Par ailleurs, les magistrats et anciens magistrats ne peuvent occuper un emploi au service des collectivités d'outre-mer de Saint-Barthélemy, de Saint-Martin, de Mayotte, de la Polynésie française et de Saint-Pierre-et-Miquelon ou de leurs établissements publics lorsqu'ils ont exercé leurs fonctions sur le territoire de la collectivité intéressée depuis moins de deux ans (article 9-1-1 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, introduit par la loi organique n° 2004-192 du 17 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française et étendu par la loi organique n° 2007-223 du 21 février 2007, *J.O.R.F.* 22 février 2007 aux collectivités d'outre-mer de Saint-Barthélemy, de Saint-Martin, de Mayotte et de Saint-Pierre-et-Miquelon et à leurs établissements publics).

³⁰⁶ Article 9 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958.

³⁰⁷ Article 9, alinéa 4, de l'ordonnance statutaire.

Ensuite, l'article 9-1 vient poser l'incompatibilité, sauf pour les magistrats de la Cour de cassation, des fonctions de magistrats et anciens magistrats avec les professions d'avocat, d'avoué, de notaire, d'huissier de justice, de greffier de tribunal de commerce, d'administrateur judiciaire ou de mandataire-liquidateur ou de collaborateur au service d'un membre de ces professions dans le ressort d'une juridiction où ils ont exercé leurs fonctions depuis moins de cinq ans.

Réciproquement, l'article 32 pose que nul ne peut être nommé magistrat dans le ressort d'un tribunal de grande instance ou d'un tribunal de première instance où il aura exercé depuis moins de cinq ans les professions d'avocat, avoué, notaire, huissier de justice ou agréé près les tribunaux de commerce, cette exclusion pouvant être étendue, pour une nomination déterminée, à un ou plusieurs autres ressorts de tribunaux du ressort de la cour d'appel.

Par ailleurs, le magistrat en disponibilité ou qui demande à être placé dans cette position doit, lorsqu'il se propose d'exercer une activité privée, en informer préalablement le garde des sceaux, lequel peut s'opposer à l'exercice de cette activité lorsqu'il l'estime contraire à l'honneur ou à la probité, ou que, par sa nature ou ses conditions d'exercice, cette activité compromettrait le fonctionnement normal de la justice ou porterait le discrédit sur les fonctions de magistrat³⁰⁸. La même obligation s'applique pendant cinq ans au magistrat ayant définitivement cessé ses fonctions. La loi organique n° 2007-287 du 5 mars 2007 a introduit un article 20-1 dans la loi organique n° 94-100 du 5 février 1994 sur le Conseil supérieur de la magistrature et a complété l'article 72 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 afin d'octroyer également à ce Conseil un pouvoir d'avis sur « la compatibilité des fonctions envisagées par le magistrat avec les fonctions qu'il a occupées au cours des trois dernières années » en matière de demande de mise en position de détachement ou de disponibilité « émise par un magistrat pour exercer une activité libérale ou une activité lucrative, salariée ou non, dans une entreprise ou un organisme privé »³⁰⁹.

³⁰⁸ Article 9-2 de l'ordonnance du 22 décembre 1958, créé par la loi organique n° 94-101 du 5 février 1994.

³⁰⁹ Le décret n° 2008-818 du 21 août 2008 modifiant le décret n° 93-21 du 7 janvier 1993 pris pour l'application de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature a adapté les dispositions du décret du 7 janvier 1993 afin de tenir compte de ce pouvoir d'avis. L'article 36 de ce texte concerne désormais seulement « le magistrat ayant définitivement cessé ses fonctions depuis moins de cinq ans ou le magistrat en disponibilité » ; l'article 36-1, créé à cette occasion, s'applique quant à lui, au « magistrat qui demande à être placé en position de détachement ou de disponibilité ».

Concrètement, les magistrats doivent faire parvenir au garde des sceaux une déclaration qui doit comporter les mentions nécessaires à la réalisation d'une enquête afin de s'assurer efficacement de l'absence de conflit d'intérêt. Par exemple, il s'agit d'éviter qu'un magistrat soit placé en disponibilité auprès d'une entreprise qu'il a surveillée dans le cadre de ses fonctions précédentes. En outre, l'article 12 prévoit que les magistrats ne peuvent, en dehors de leurs fonctions, être requis pour d'autres services publics que le service militaire et qu'aucun magistrat ne peut être affecté à un cabinet ministériel ni être placé en position de détachement s'il n'a accompli quatre années de services effectifs dans le corps judiciaire depuis son entrée dans la magistrature.

Le Syndicat de la magistrature a émis un avis sur l'élargissement des incompatibilités en 2010 et s'est montré favorable à une clarification et une extension du régime des incompatibilités concernant les activités des magistrats au sein des entreprises privées, y compris après le départ en retraite des magistrats³¹⁰. Les incompatibilités avec les fonctions électives semblent quant à elles suffisantes³¹¹.

En deuxième lieu, la fonction de juge entraîne certaines incompatibilités spécifiques pour les jurés, pareillement confrontés au risque de conflits d'intérêts. En effet, l'article 257 du C.P.P. prévoit que les fonctions de jurés sont incompatibles avec celles de membre du Gouvernement, du Parlement, du Conseil constitutionnel, du Conseil supérieur de la magistrature et du Conseil économique, social et environnemental, avec celles de membre du Conseil d'Etat ou de la Cour des comptes, magistrat de l'ordre judiciaire, membre des tribunaux administratifs, magistrat des tribunaux de commerce, assesseur des tribunaux paritaires de baux ruraux et conseiller prud'homme. L'incompatibilité englobe également les postes de Secrétaire général du Gouvernement ou d'un ministère, directeur de ministère, membre du corps préfectoral. Enfin, les fonctionnaires des services de police ou de l'administration pénitentiaire et militaire de la gendarmerie, en activité de service ne peuvent être jurés.

³¹⁰ La situation du Premier président de la cour d'appel de Paris parti faire profiter de son expérience au groupe Lagardère a suscité un débat puisque cette attitude fait peser des soupçons sur son impartialité.

³¹¹ Syndicat de la magistrature, « Observations du Syndicat de la magistrature sur le projet d'adaptation des règles statutaires applicables aux magistrats », Paris, 4 octobre 2010, p. 6.

En dernier lieu, la fonction de juge est incompatible avec la qualité de témoin. Ceci signifie que lorsqu'un membre de la cour régulièrement cité est dénoncé en qualité de témoin, il ne peut participer aux débats et au jugement de l'affaire concernée et devra être remplacé³¹².

La raison d'être de la mesure va cette fois au-delà de la lutte contre les conflits d'intérêts. Il s'agit véritablement d'épargner au juge ce dédoublement de personnalité qui consisterait à être dans la position de celui qui doit contribuer à se prouver à lui-même la réalité des éléments factuels.

45. Pour conclure, lorsqu'un juge a participé au jugement d'une affaire alors qu'il était atteint par une cause d'incompatibilité, la nullité des débats et de l'arrêt rendu est encourue³¹³. En matière d'instruction, l'article 49 du C.P.P. énonce que les dispositions relatives aux incompatibilités sont prescrites à peine de nullité³¹⁴. La nullité qui fait suite à la violation des règles d'incompatibilité est d'ordre public et peut être relevée d'office par la Cour de cassation, sans qu'il soit besoin qu'ils aient été récusés dans les conditions de l'article 668 du C.P.P.

Si cette dernière précision est nécessaire, c'est en ce que le domaine des incompatibilités se rapproche parfois de certaines causes de récusation. Par exemple, la parenté ou l'alliance d'un magistrat ou de son conjoint avec une partie constitue une cause d'incompatibilité ainsi qu'une cause de récusation³¹⁵. Toutefois, si les deux garanties tendent *in fine* au retrait du magistrat visé, elles diffèrent profondément quant aux conditions dans lesquelles cet éloignement se produit.

³¹² Afin d'éviter que ce procédé ne soit utilisé pour écarter sans raison valable un membre de la cour, ses membres, accompagnés par le magistrat désigné en remplacement de celui qui fait l'objet de la citation, doivent rechercher si l'assignation ainsi délivrée ne constituait pas un moyen détourné, en dehors des formes de récusation prévues par la loi, d'empêcher ce magistrat de siéger, auquel cas l'annulation de la citation est encourue. Voir Cass. crim., 4 août 1949, *bull. crim.* 1949, n° 269, p. 429.

³¹³ Sur l'illégalité de la composition de la cour d'assises, voir Cass. crim., 26 mai 1981, *bull. crim.*, 1981, n° 170, p. 475 ; Cass. crim., 18 mars 1982, JurisData n° 1982-700732, *bull. crim.* 1982, n° 79 ; Cass. crim., 21 février 1996, JurisData n° 1996-001301, *bull. crim.*, 1996, n° 82, p. 234.

³¹⁴ En matière d'assises, la nullité tenant à ce qu'un magistrat ayant participé à l'arrêt de la chambre d'accusation a fait partie de la cour d'assises peut être valablement soulevée après l'ouverture des débats (Cass. crim., 11 mai 1988, *bull. crim.*, 1988, n° 207, p. 542) et le moyen a été reçu lorsqu'il a été invoqué pour la première fois devant la Cour de cassation (Cass. crim., 18 mai 1976, *bull. crim.* 1976, n° 168, p. 418).

Devant les juridictions correctionnelles cette méconnaissance dans la composition du tribunal correctionnel doit pouvoir être invoquée pour la première fois devant la cour d'appel mais ne devrait pouvoir l'être pour la première fois devant la Cour de cassation en raison des dispositions de l'article 599 qui interdisent de présenter comme moyen de cassation les nullités commises en première instance qui n'ont pas été proposées devant la cour d'appel.

Lorsque la violation de l'article 49 a été commise lors de l'audience de la juridiction d'appel, le moyen peut être soulevé pour la première fois devant la Cour de cassation (Cass. crim., 7 avril 1992, JurisData n° 1992-001268, *bull. crim.* 1992, n° 148, p. 388).

³¹⁵ Voir § 28 de la présente étude.

C'est précisément le caractère péremptoire du motif de retrait du juge atteint d'une incompatibilité qui permet de distinguer cette garantie de la récusation, dans laquelle il a été montré que le juge n'est tenu de s'écarter que lorsqu'il a été fait droit à une requête présentée à cette fin, faute de quoi la présence du magistrat ne vicie pas la composition de la cour.

46. Une dernière garantie d'impartialité, entretenant un lien étroit avec les incompatibilités de fonctions tout juste présentées doit être à présent étudiée. Il s'agit du double degré de juridiction.

d. Le double degré de juridiction : garantie *a posteriori*

47. Le principe du double degré de juridiction complète l'arsenal de garanties contre la partialité des juges, permettant de pallier les manques d'objectivité du degré de juridiction précédent.

Le droit à un double degré de juridiction se trouve garanti en matière pénale par l'article 2 du Protocole n° 7 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales qui énonce le principe selon lequel « toute personne déclarée coupable d'une infraction pénale par un tribunal a le droit de faire examiner par une juridiction supérieure la déclaration de culpabilité ou la condamnation ».

Ce double degré de juridiction existe au stade du jugement comme en matière d'instruction préparatoire.

En effet, l'instruction préparatoire, obligatoire concernant les crimes³¹⁶, se déroule à deux degrés³¹⁷. La chambre de l'instruction peut, par le biais du contrôle de régularité et de l'opportunité des actes de l'information, pallier les fautes ou négligences d'un magistrat instructeur partial. Ce contrôle ne peut s'opérer que sur saisine du juge d'instruction ou du Procureur de la République³¹⁸, ou à la suite d'un appel conformément à l'article 186 du C.P.P.³¹⁹. La nullité des actes irréguliers peut alors être prononcée.

³¹⁶ Art. 79 du C.P.P.

³¹⁷ Art. 181 du C.P.P.

³¹⁸ Art. 171 du C.P.P.

³¹⁹ P. NERAC, « Les garanties d'impartialité du juge répressif », *J.C.P.* 1978, n°1, p. 2890.

La Cour de cassation peut également relever les moyens d'office pour annuler des procédures contenant des irrégularités non sanctionnées expressément par la nullité (contrôle sur la régularité des actes de l'instruction).

En l'absence d'une quelconque cause de nullité, la chambre de l'instruction, saisie par voie d'appel, peut remédier aux excès d'une information trop orientée au moyen du contrôle de l'opportunité des actes de l'instruction.

Un droit d'évocation est dévolu à la chambre de l'instruction, en cas d'infirmité d'une ordonnance du juge d'instruction à l'encontre de laquelle un appel a été interjeté, (article 207 al.2 du C.P.P), sauf en matière de détention provisoire, en cas d'annulation d'un acte de l'instruction dont la cour a été saisie, notamment dans le cadre de l'article 171 du C.P.P. (art. 206, al.3). Le même droit d'évocation existe au profit de la chambre des appels correctionnels³²⁰.

Au stade du jugement, l'article 496 du C.P.P. prévoit que les jugements correctionnels peuvent être attaqués par la voie de l'appel. En matière de police, le droit d'appel est limité dès lors que certains jugements sont rendus en premier et dernier ressort³²¹. Enfin, la cour d'assises d'appel a été instituée en 2001³²².

Toutefois, le double degré de juridiction ne constitue qu'une garantie *a posteriori*, entre les degrés de juridiction, qui n'influe pas directement sur la décision prise par le premier juge concerné.

Pour que le principe du double degré de juridiction garantisse un véritable réexamen impartial de l'affaire, ce dernier doit être effectué par de nouveaux magistrats. C'est ce qu'a affirmé la chambre criminelle de la Cour de cassation dans son attendu de principe au sein de l'arrêt du 23 février 1961³²³, lorsqu'elle énonce qu'« [a]ttendu que la loi, en soumettant la même poursuite à un double degré de juridiction et en confiant l'examen du recours à un juge supérieur, a voulu assurer une garantie efficace à la justice ; que ce recours serait illusoire si le même magistrat pouvait, dans la même affaire, remplir son office devant les deux degrés de juridiction ». Cet attendu de principe, souvent repris, a pu être ensuite transposé en matière d'instruction³²⁴.

³²⁰ Cass. crim. 4 janvier 1969, *D.* 1969, p. 258.

³²¹ Art. 546 du C.P.P.

³²² Art. 380-1 du C.P.P., issu de la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000, art. 81, *J.O.R.F.*, 16 juin 2000, en vigueur le 1^{er} janvier 2001.

³²³ Cass. crim., 23 février 1961, *bull. crim.*, 1961, n° 123, p. 236.

³²⁴ Cass. crim., 27 mars 1990, pourvoi n° 90-80204, *bull. crim.* 1990, n° 134, p. 361 ; A propos d'un juge d'instruction ayant instruit l'affaire déférée en appel, « Encourt la cassation l'arrêt rendu par la chambre d'accusation dont l'un des membres la composant avait instruit l'affaire en qualité de juge d'instruction ».

En effet, le même présupposé que celui qui sous-tend les incompatibilités de fonctions, selon lequel l'aptitude d'un juge à prendre des distances avec sa propre position peut être douteuse, doit s'appliquer. C'est pourquoi, le principe du double degré de juridiction s'appuie justement sur certaines incompatibilités de fonctions pour pouvoir être tout à fait effectif.

Ainsi, les magistrats ayant statué sur une affaire en première instance ne peuvent faire partie de la chambre appelée à statuer en appel sur cette affaire³²⁵ et le juge d'instruction qui a instruit une affaire ne peut siéger comme membre de la chambre d'accusation saisie de cette affaire³²⁶. La Cour de cassation fonde aujourd'hui cette incompatibilité sur les dispositions de l'article 6§1, de la Convention européenne relatives à l'exigence d'un tribunal impartial³²⁷.

La cohérence de la jurisprudence apparaît dès lors qu'il est interdit au magistrat ayant participé à la décision de condamnation avec sursis de faire partie de la juridiction qui statuera sur la dispense de révocation de ce sursis³²⁸. Cependant, certaines étrangetés sont à constater dans la jurisprudence lorsque, par exemple, un juge d'application des peines qui a fixé les modalités du travail d'intérêt général pourra sans grief faire partie du tribunal correctionnel statuant sur la violation de cette mesure³²⁹ ou lorsque qu'un juge à l'origine d'une interdiction temporaire du territoire pourra appartenir à la juridiction saisie d'une demande de relèvement de cette peine³³⁰.

48. Il semble qu'à travers ces dernières solutions, révélant une application moins stricte de l'exigence d'impartialité objective, la chambre criminelle de la Cour de cassation se mette en harmonie avec la volonté affichée sur le plan supranational de ne pas obstruer le bon fonctionnement des juridictions.

³²⁵ Article L. 111-9 du C.P.P.; voir Cass. crim., 23 février 1961, *bull. crim.*, 1961, n° 123, p. 236. Cass. crim. 26 janvier 1982, pourvoi n° 81-92433, *bull. crim.*, 1982, n°31, p. 74; Cass. crim., 27 mars 1990, *bull. crim.*, 1990, n°134, p. 361.

³²⁶ Cass. crim., 27 mars 1990, *bull. crim.*, n° 134, *D.*, 1990, n°42, p. 376, obs. J. PRADEL.

³²⁷ Cass. crim., 26 septembre 1996, *bull. crim.*, 1996, n° 333, p. 991.

³²⁸ Cass. crim., 27 février 1991, pourvoi n° 90-84091, *bull. crim.*, n° 99, p. 251. « Le magistrat qui a présidé le tribunal correctionnel ayant prononcé une peine d'emprisonnement avec sursis ne peut ensuite siéger à la chambre des appels correctionnels saisie d'une requête en dispense de révocation dudit sursis ».

³²⁹ Cass. crim., 6 novembre 1986, pourvoi n° 85-93937, *bull. crim.*, 1986, n° 329, p. 841; *D.* 1987, p. 237 et s. « Aucune disposition légale n'interdit au juge de l'application des peines qui a fixé les modalités d'une peine de travail d'intérêt général de faire partie du tribunal correctionnel appelé à statuer sur la violation de cette mesure ».

³³⁰ Cass. crim., 15 juin 1994, pourvoi n° 93-83847, *bull. crim.* n°242, p. 581. « Selon l'article 55-1 du code pénal, dont les dispositions sont reprises par l'article 702-1 du code de procédure pénale, les demandes en relèvement des interdictions, déchéances ou incapacités doivent être présentées à la juridiction qui a prononcé la condamnation, cette juridiction étant éventuellement composée des mêmes magistrats. De telles dispositions ne sont pas incompatibles avec l'exigence d'impartialité prévue par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme ». Voir R. DE GOUTTES, « L'impartialité du juge. Connaître, traiter et juger : quelle compatibilité ? », *Revue sciences criminelles et de droit pénal comparé*, 2003, n°1, p. 75.

En somme, la multitude de garanties prévues en droit interne permet de lutter, avec plus ou moins de rigueur selon les conditions et interprétations jurisprudentielles retenues, contre certaines émotions du juge (1). Toutefois, la rigueur du principe est réintroduite au moyen de l'exigence d'apparence (2).

2. L'importance accordée à l'apparence : une objectivation paroxysmique de l'office du juge

49. Au-delà des différentes acceptions de l'impartialité dégagées en droit positif, il ressort des garanties internes, comme de la jurisprudence européenne, que l'apparence d'impartialité tient une part importante à l'égard des justiciables³³¹.

L'adage anglo-saxon selon lequel la justice doit non seulement être rendue, mais également être perçue comme telle, trouve ici sa pleine application³³².

Plus exactement, il faut que la procédure soit dépourvue d'apparence de partialité, de proximité d'un juge avec l'une des causes en présence, il faut qu'aucun doute ne puisse s'installer dans l'esprit des destinataires du service public de la Justice. L'apparence ne doit permettre au justiciable de douter ni de l'impartialité structurelle d'une juridiction ni de celle de l'un de ses magistrats.

Toutefois, une évolution est à noter quant à la rigueur de l'exigence d'apparence en matière d'impartialité. En effet, là où l'arrêt PIERSACK c/ Belgique fixait la distinction entre l'impartialité objective et subjective et semblait n'exiger que l'invocation d'un motif objectif d'impartialité³³³, la Cour E.D.H. ne se contente désormais plus d'un simple doute du justiciable mais exige un « doute légitime » ou « raisonnable » de partialité³³⁴.

³³¹ A propos de l'apparence, voir J. ALLARD, A. GARAPON, F. GROS, *Les vertus du juge*, Paris, Dalloz, 2008, pp. 39-42.

³³² D-N. COMMARET, « Une juste distance ou réflexions sur l'impartialité du magistrat », *D.* 1998, n°27, p. 262.

³³³ Cour E.D.H., PIERSACK c/ Belgique, 1^{er} octobre 1982, requête n° 8692/79.

³³⁴ V. MAGNIER, « La notion de justice impartiale », *J.C.P.*, 2000, I, 252, p. 1597.

Cette évolution, engagée dans l'arrêt HAUSCHILDT c/ Danemark du 24 mai 1989³³⁵, a été confirmée par la suite, par exemple par l'arrêt du 16 décembre 1992, SAINTE-MARIE c/ France, dans lequel la Cour estime qu'il n'y a pas d'atteinte à l'impartialité de la juridiction lorsque deux conseillers à la cour d'appel exerçaient successivement, à l'égard de la même personne, les fonctions de juge des libertés et de la détention à la chambre d'accusation dans le cadre d'une affaire correctionnelle et de juges du fond dans une autre affaire connexe et de procédure parallèle³³⁶.

La Cour va même jusqu'à considérer parfois que même lorsque les juges ont siégé deux fois en la même qualité au cours d'une même affaire, il n'y a pas de violation de la règle d'impartialité³³⁷. L'arrêt BULUT a poursuivi cette orientation et l'arrêt MOREL a finalement exigé que l'on démontre la pertinence du motif de partialité. Ainsi, une simple apparence ne semble plus suffire.

50. Mais observons plutôt des exemples tirés de la jurisprudence. L'exigence d'apparence ressort à la fois des décisions rendues par la Cour E.D.H. et de celles des instances nationales.

Par exemple, l'attendu de principe de l'arrêt SRAMEK c/ Autriche du 22 octobre 1984 est significatif en la matière: « dès lors qu'un tribunal comporte parmi ses membres une personne se trouvant [...] dans un état de subordination de fonctions et de services par rapport à l'une des parties, les justiciables peuvent légitimement douter de l'indépendance de cette personne. Pareille situation met gravement en cause la confiance que les juridictions se doivent d'inspirer dans une société démocratique »³³⁸.

Le Conseil constitutionnel a pour sa part renvoyé à la notion d'apparence dans sa récente décision du 7 décembre 2012, rendue sur Q.P.C, Société Pyrénées services³³⁹, faisant ainsi un effort de mise en conformité du droit processuel à l'exigence d'apparence, longtemps attendu par la doctrine.

³³⁵ Voir R. ERGEC et J. VELU, *La convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990, pp. 458-469 ; plus spécifiquement, p. 466 à propos de l'arrêt Cour E.D.H., HAUSCHILDT c/ Danemark, 24 mai 1989, requête n° 10486/83.

³³⁶ Cour E.D.H., SAINTE-MARIE c/ France, 16 décembre 1992, requête n° 12981/87.

³³⁷ Cour E.D.H., arrêt THOMANN c/ Suisse, 10 juin 1996, affaire n° 17602/91.

³³⁸ Cour E.D.H., SRAMEK c/ Autriche, 22 octobre 1984, requête n° 8790/79.

³³⁹ Cons. cons., 7 décembre 2012, n° 2012-286, Société Pyrénées services, sur Q.P.C., *J.O.* du 8 décembre 2012, p. 19279.

En effet, la Cour de cassation se réfère implicitement à la théorie de l'apparence puisqu'elle estimait qu'en ouvrant l'instance en redressement judiciaire, le juge « peut être perçu comme une partie »³⁴⁰, le débiteur, voyant une juridiction se saisir d'office, pourrait en déduire que le tribunal a un préjugé et ne peut donc plus juger l'affaire³⁴¹. Or l'impartialité tennant dans l'apparence³⁴², le Conseil constitutionnel a finalement déclaré inconstitutionnelle cette possibilité de saisine d'office par le tribunal de commerce, en application de l'article L. 631 5 du code de commerce, pour ouvrir une instance en redressement judiciaire. Cette affirmation aura des conséquences au-delà des tribunaux de commerce concernés en l'espèce.

L'intérêt de ces jurisprudences s'accroît lorsque l'on s'aperçoit que le C.S.M., statuant en matière disciplinaire, s'en sert de fondement.

En effet, en dehors des textes portant sur l'organisation judiciaire ou sur des règles de nature procédurale, seule la jurisprudence fonde les décisions du C.S.M. en matière disciplinaire. Ainsi, par exemple, ce Conseil a pu affirmer qu'« en prenant des décisions de poursuite ou de classement dans des procédures mettant en cause des personnes avec lesquelles il était en relation d'affaires, [le magistrat] a pu faire légitimement douter de l'impartialité du parquet et [...] il a ainsi, manquant aux devoirs de son état, commis une faute disciplinaire d'une particulière gravité »³⁴³.

Le principe de l'apparence est donc renforcé par l'application de la jurisprudence le concernant en matière disciplinaire par le C.S.M., à tel point que ce dernier a même entendu l'élargir, à travers l'exemple cité, aux magistrats parquetiers, déontologiquement tenus de s'interroger à propos des apparences d'impartialité³⁴⁴.

51. Toutefois, cette règle de l'apparence établie, il ne faudrait pas tomber dans les écueils d'une trop grande rigueur. C'est en ce sens qu'a pu s'interroger Paul MARTENS lorsqu'il aborde la problématique de la « tyrannie de l'apparence »³⁴⁵.

Une exigence stricte en matière d'apparence est justifiée en matière pénale, dès lors qu'il s'agit de protéger la présomption d'innocence et les droits de la défense.

³⁴⁰ Cass. com., 16 octobre 2012, pourvoi n° 12-40061, 12-40062, 1085, inédit.

³⁴¹ M-A. FRISON-ROCHE, « Principe d'impartialité et droit d'auto-saisine de celui qui juge », *D.*, 2013, p. 28.

³⁴² M-A. FRISON-ROCHE, *op. cit.*, p. 28.

³⁴³ Voir, C.S.M. statuant comme conseil de discipline des magistrats du parquet, 21 décembre 1994, *Recueil des décisions et avis disciplinaires*, P023.

³⁴⁴ D-N. COMMARET, *op. cit.*, p. 264.

³⁴⁵ P. MARTENS, « La tyrannie de l'apparence », *R.T.D.H.*, 1996, p. 640.

Lorsque ces garanties sont apportées, l'apparence d'une prise de position provisoire ne doit pas faire obstacle à la circulation des idées au cours du procès, qui constitue elle-même la meilleure garantie du respect du contradictoire³⁴⁶. Parmi les écueils d'une grande rigueur, il faut bien mesurer la distinction entre l'exigence d'une apparence d'impartialité qui doit révéler une réalité, c'est-à-dire la traduction d'une impartialité préhensible³⁴⁷, et le masque d'une apparente impartialité feinte. Le moyen de lutter contre ce dernier biais passe notamment, nous le verrons, par l'obligation de motiver³⁴⁸.

52. Pour conclure, il ressort de l'étude des garanties que le droit positif lutte contre les impressions et aspirations individuelles du magistrat d'une part, et qu'il écarte d'autre part le risque d'une fermeture d'esprit liée à l'exercice même des fonctions, ce qui ressort des incompatibilités érigées. Ces biais à éviter semblent correspondre respectivement aux acceptions subjective et objective de l'impartialité dégagées par la Cour E.D.H.³⁴⁹, alors qu'une place importante est accordée à la garantie de l'apparence d'impartialité.

Mais, si les nombreuses garanties internes permettant d'évincer certaines émotions des décisions s'inscrivent bien dans le cadre général des exigences de la Convention européenne des droits de l'Homme relatives à l'impartialité (A), une question fondamentale reste à prendre en considération. Il s'agit de celle de l'articulation des fondements interne et communautaire (B).

B. Le fondement du droit de la Convention E.D.H. : complément des garanties internes contre les émotions

53. A l'échelle européenne, l'argument de l'impartialité des magistrats s'est révélé d'une telle importance pratique qu'il a fallu en réguler l'articulation avec le droit interne afin d'éviter, dans les cas où ce dernier serait suffisant pour trancher une question, que les plaignants n'arguent en dernier recours de l'article 6§I de la Convention E.D.H. pour échapper à la décision.

³⁴⁶ P. MARTENS, *op. cit.*, p. 655.

³⁴⁷ P. MARTENS, *op. cit.*, pp. 640 et s.

³⁴⁸ M-A. FRISON-ROCHE, « L'impartialité du juge », *D.*, 1999, chr., p. 54.

³⁴⁹ Cour E.D.H., PIERSACK c/ Belgique, 1^{er} octobre 1982, requête n° 8692/79 ; Cour E.D.H., DE CUBBER c/Belgique, 26 octobre 1984, requête n° 9186/80 ; Cour E.D.H., HAUSCHILDT c/ Danemark, 24 mai 1989, requête n° 10486/83 ; Cour E.D.H., FEY c/ Autriche, 24 février 1993.

C'est la raison pour laquelle l'arrêt rendu par la Cour de cassation en Assemblée plénière le 24 novembre 2000³⁵⁰ est venu fixer le principe selon lequel il convient de considérer comme « subsidiaires » les dispositions de l'article 6 de la Convention E.D.H. et « premières », celles du droit interne.

Ainsi, tout en réservant aux principes fondamentaux leur juste place, la plus haute juridiction française apporte une limitation à l'utilisation de l'article 6§1 de la C.E.D.H. Le droit interne prime et l'intervention du principe général de la Convention est intéressante pour les dispositions qui le débordent³⁵¹.

Ainsi, lorsque les règles nationales sont suffisantes, la subsidiarité du droit européen par rapport à celles-ci exige de considérer plus au fond les garanties internes³⁵², les dispositions européennes se contentant, lorsque la chambre criminelle les mentionne dans son visa, de conforter la référence aux garanties internes³⁵³. Pour le reste, la généralité du droit conventionnel permet à la chambre criminelle de fonder des solutions en dehors de toutes dispositions nationales, lorsque ces dernières se révèlent trop restrictives et offrent en cela des garanties insuffisantes. La souplesse de l'article 6§1 permet ainsi le développement d'un contentieux qui ne peut reposer sur aucun fondement légal ou jurisprudentiel.

54. Le domaine des incompatibilités de fonctions est particulièrement révélateur sur ce point, puisque la jurisprudence européenne reflète un souci de distanciation par rapport aux critères de l'atteinte à l'impartialité générée par l'exercice de fonctions successives posés en droit interne.

En effet, le fondement de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme permet de ne pas faire reposer les incompatibilités sur les seuls critères permettant de déterminer si l'impartialité est menacée établis par l'article 253 du C.P.P, que sont la nature de l'acte antérieur et son objet³⁵⁴.

³⁵⁰ C. cass., Ass. plén., 24 novembre 2000, *bull. Ass. plén.*, 2000, n°10, p. 17; *D.*, 2001, p. 1067.

³⁵¹ Pourtant, même lorsque le droit conventionnel trouve seul à s'appliquer, la chambre criminelle fonde ses arrêts en matière d'incompatibilités sur des dispositions internes et semble se servir des causes d'incompatibilité nationales pour mettre en œuvre le droit conventionnel, au-delà de leurs champs d'application. Voir D. REBUT, « Le droit à un tribunal impartial devant la chambre criminelle », *R.S.C.*, 1998, p. 460. Le droit conventionnel assouplit donc les exigences nationales, mais ces dernières demeurent le cadre des modèles des incompatibilités admis.

³⁵² Voir note 50.

³⁵³ D. REBUT, *op. cit.*, pp. 449 et s.

³⁵⁴ Didier REBUT parle d'« appréciation formaliste » de l'impartialité pour qualifier la position du droit interne, dès lors que l'article 253 du code de procédure pénale ne peut pas s'appliquer quand la participation antérieure du

La jurisprudence de la Chambre criminelle prend tout d'abord bonne note de cet élargissement du champ de l'article 253 du C.P.P. par le droit conventionnel en faisant désormais reposer certaines incompatibilités sur des actes qui ne sont ni des actes d'instruction, ni des actes de poursuite et dont la nature ne relève donc pas de l'article précité. Ainsi, la chambre criminelle considère par exemple, au visa de l'article 6§I de la Convention européenne dont la violation n'avait pourtant pas été invoquée par le demandeur, que « ne peut faire partie de la cour d'assises, comme président ou assesseur pour le jugement de l'affaire, le juge des enfants qui a connu des faits, objets de l'accusation », ayant entendu « sur les faits la victime, des membres de sa famille, la psychologue de son école, et l'accusé lui-même avant de transmettre les éléments ainsi recueillis au Procureur de la République qui a mis en oeuvre les poursuites ».

Le motif de l'interdiction repose sur l'idée que « même s'il [n'avait] pas participé directement à un acte ayant pour objet de rechercher les preuves d'une infraction ou celles de culpabilité, [il] avait été à l'origine des poursuites »³⁵⁵. Ainsi, si le premier acte effectué par le magistrat, qui se cantonnait à transmettre les pièces à l'autorité en charge des poursuites, n'entre pas dans la catégorie des actes d'instruction ou de poursuite pouvant fonder une incompatibilité au sens de l'article 253 du code de procédure pénale, le visa de l'article 6§1 de la Convention E.D.H. permet à la chambre criminelle de la Cour de cassation d'élargir le champ des incompatibilités³⁵⁶.

Par ailleurs, la chambre criminelle de la Cour de cassation, par une analyse *a contrario*, use de la jurisprudence de la Cour E.D.H. au soutien de la création d'autres incompatibilités en établissant que la présence du juge d'instruction et du conseiller à la chambre d'accusation ayant préalablement statué sur la liberté du mis en examen au sein de la juridiction de jugement doit être sanctionnée puisque le magistrat « a nécessairement procédé à un examen préalable du fond », ce qui lui interdit de participer ensuite au jugement de l'accusé, que ce soit en qualité de président ou d'assesseur³⁵⁷.

magistrat n'a pas porté sur un acte d'instruction ou de poursuite ou une décision sur le fond relative à la culpabilité. Voir D. REBUT, *op. cit.*

³⁵⁵ Cass. crim., 10 janvier 1996, *bull. crim.*, 1996, n° 9, p. 20.

³⁵⁶ Voir D. REBUT, *op. cit.*, pp. 449 et s.

³⁵⁷ Ils ne peuvent siéger à la cour d'assises même si la chambre d'accusation n'a statué qu'en matière de détention provisoire dès lors que le magistrat concerné, même s'il n'a pas participé directement à un acte ayant pour objet de rechercher les preuves d'une infraction ou celles de la culpabilité du demandeur, a nécessairement procédé à un examen préalable du fond. V. Cass. crim., 12 octobre 1983, *bull. crim.* 1983, n° 243, p. 622.

Ensuite, la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation s'accommode de la prise en compte plus large de l'objet de l'acte initial pouvant justifier une incompatibilité de fonctions. Ainsi par exemple, alors que l'article 253 du code de procédure pénale semblait limiter les interdictions aux décisions répressives, sans pouvoir s'appliquer lorsqu'un magistrat avait participé à une instance civile antérieure avant d'avoir à juger une personne, désormais mise en accusation, qui y était partie³⁵⁸. Pourtant, la chambre criminelle admet désormais de manière constante, sur le fondement de l'article 6§I de la Convention européenne des droits de l'Homme, certaines incompatibilités reposant sur la participation du juge à une décision antérieure de divorce, quand bien même il ne s'agit pas là d'une « décision sur le fond relative à la culpabilité »³⁵⁹.

Enfin, ce même contentieux révèle également que, si la détermination des incompatibilités de fonctions repose traditionnellement sur l'appréciation des risques de partialité que peuvent engendrer une décision, l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme permet plus généralement de déplacer l'analyse afin de tenir également compte des faits jugés en vérifiant qu'un magistrat ne connaît pas plusieurs fois des mêmes faits. En effet, la Chambre criminelle prononce l'incompatibilité chaque fois que le jugement de divorce a été fondé sur les faits qui font l'objet des poursuites³⁶⁰, alors que les arrêts ne retenant pas l'incompatibilité sont motivés par la différence existant entre les faits faisant l'objet des examens successifs³⁶¹.

³⁵⁸ L'argument tient principalement au fait que les décisions civiles ne constituent pas des décisions sur le fond relatives à la culpabilité de l'individu. Voir D. REBUT, *op. cit.*, pp. 449 et s.

³⁵⁹ V. par exemple Cass. crim., 16 octobre 1991, *bull. crim.*, 1991, n° 351, p. 877 ; Cass. crim., 30 novembre 1994, *bull. crim.*, 1994, n° 390, p. 960 ; Cass. crim., 21 février 1996, *bull. crim.*, 1996, n° 82, p. 234. Pour plus de développements sur l'analyse de la jurisprudence, Voir D. REBUT, *op. cit.*, pp. 449 et s.

³⁶⁰ Par exemple, la chambre criminelle censure un arrêt rendu par une cour d'assises composée d'un juge qui avait fait partie de la juridiction civile qui avait retenu comme cause de divorce les violences conjugales, pour lesquelles il était par la suite poursuivi. Cass. crim., 30 novembre 1994, *bull. crim.*, 1994, n° 390, p. 960 ; ou lorsqu'un juge qui avait statué sur un divorce justifié par un viol, se retrouve à juger l'auteur du viol devant la cour d'assises, Cass. crim. 16 octobre 1991, pourvoi n°90-86527, *bull. crim.*, 1991, n° 351, p. 877. Concernant un magistrat ayant participé au jugement de divorce de l'accusé prononcé à ses torts exclusifs et fondé sur les faits ayant motivé son renvoi devant la cour d'assises, « Ne peut siéger à la cour d'assises un magistrat qui, en qualité de juge civil, a déjà porté une appréciation sur la culpabilité de l'accusé ». Voir également, Cass. crim., 21 février 1996, *bull. crim.*, 1996, n° 82, p. 234.

³⁶¹ Voir par ex. Cass. crim., 5 juillet 1994, pourvoi n° 93-85829, *bull. crim.*, 1994, n° 265, p. 657. A propos d'un magistrat ayant participé au jugement de divorce de l'accusé prononcé à ses torts exclusifs et fondé sur des faits autres que ceux ayant motivé son renvoi devant la cour d'assises. « Est régulière, tant au regard de l'article 253 du code de procédure pénale que de l'article 6.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la composition de la cour d'assises appelée à juger l'accusé à laquelle siège un magistrat ayant participé antérieurement au jugement de divorce de celui-ci, prononcé à ses torts exclusifs mais fondé sur des faits d'adultère, étrangers à ceux de violés aggravés retenus par l'arrêt de renvoi et excluant, dès lors, qu'une

Ainsi, la reconnaissance par la Chambre criminelle de la généralité du droit conventionnel a donné lieu à des incompatibilités nouvelles, permettant d’embrasser plus largement les émotions des juges qu’il faut écarter et d’accroître ainsi l’effectivité du droit à un tribunal impartial³⁶².

55. En conclusion, de nombreux outils sont mis en place par le droit pour éviter qu’un magistrat ne soit amené à statuer sur un dossier dans lequel il serait confronté à ses émotions qui viendraient entacher son impartialité et altèreraient ainsi son raisonnement.

Mais une idée générale domine en matière d’impartialité et semble avoir inspiré le droit positif en vigueur au cours de son évolution.

Il s’agit de la nécessité pratique de garantir un noyau dur d’obligations, sans pour autant faire de l’impartialité un principe excessivement rigoureux, afin, d’une part, de ne pas paralyser le fonctionnement des juridictions et d’éviter les recours dilatoires³⁶³, et, d’autre part, de ne pas vider de son sens la prohibition du déni de justice³⁶⁴.

Ces considérations expliquent que les garanties internes classiques de l’impartialité soient majoritairement soumises à des conditions restrictives que la jurisprudence hésite à mettre en œuvre.

Toutefois, cette rigueur est contrebalancée par la généralité des termes de la Convention européenne des droits de l’Homme, qui permet de combler certaines lacunes liées à l’absence de principe général interne, mais qui contribue également à l’accroissement tant redouté du contentieux relatif à la composition des juridictions répressives³⁶⁵.

56. S’il a été démontré que le droit tente, par le biais de l’exigence d’impartialité, de protéger les magistrats des émotions dites « actives » qu’il pourrait ressentir (§I), c’est à présent aux émotions provoquées par les tiers qu’il faut s’attacher à travers la notion d’indépendance (§II).

appréciation de culpabilité ait pu être portée sur le compte du demandeur, avant sa mise en accusation » Voir D. REBUT, *op. cit.*, pp. 449 et s.

Pour des exemples contraires, il faut envisager notamment les cas dans lesquels un juge ayant statué sur la garde des enfants, connaît de la non-représentation ou de l’enlèvement du même mineur. Voir Cass. crim. 19 avril 1983, pourvoi n°80-93436, *bull. crim.*, n°110, « Aucune disposition légale n’interdit à un juge ayant rendu une décision civile concernant la garde d’un mineur de faire ensuite partie de la juridiction correctionnelle qui sanctionne l’infraction constituée par l’inobservation des dispositions prévues par ladite décision ».

³⁶² D. REBUT, *op. cit.*, pp. 449 et s.

³⁶³ D. REBUT, *op. cit.*, pp. 449.

³⁶⁴ P. MARTENS, « La tyrannie de l’apparence », *R.T.D.H.*, 1996, p. 640 ;

³⁶⁵ D. REBUT, « Le droit à un tribunal impartial devant la chambre criminelle », *R.S.C.*, 1998, pp. 449-450.

§II. Les garanties d'indépendance et la lutte contre les émotions « subies »

57. L'indépendance de l'autorité judiciaire est consacrée par l'article 64 de la Constitution³⁶⁶. Elle est également reconnue à l'échelle supranationale, par l'article 10 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, par l'article 14-1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, et au sein de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. De nombreuses recommandations d'instances internationales rappellent en outre l'importance de ce principe, notamment l'O.N.U.³⁶⁷ et le Conseil de l'Europe³⁶⁸.

58. A l'instar de ce qui a été dit en matière d'impartialité, les garanties d'indépendance visent à préserver les juges des émotions qui pourraient influencer leurs décisions et ainsi nuire à la bonne administration de la justice.

En effet, si le juge était placé dans une position de dépendance quelconque, il devrait opérer un choix entre ce qu'il pense devoir faire dans le cadre de son office et la satisfaction d'intérêts contradictoires. De ce différentiel entre ce qu'il doit faire d'une part, et ce qu'il veut préserver ou garantir d'autre part, naît l'émotion. En assurant la liberté du juge dans sa prise de décision, les garanties procédurales visent à éviter que le juge ne doive arbitrer entre la bonne administration de la justice et d'autres considérations plus personnelles.

Toutefois, les modalités de la lutte contre les émotions qui résulteraient de la soumission du juge à une relation de dépendance diffèrent en raison de leur origine par définition distincte de celles qui sont source de partialité.

³⁶⁶ L'autorité judiciaire est gardienne de l'indépendance des juges du siège, Voir Cons. cons., 20 janvier 1981, n° 80-127 DC, *J.C.P. G.*, 1981, n° 2, p. 19701.

³⁶⁷ Voir notamment les Principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature adoptés par le septième congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants qui s'est tenu à Milan du 26 août au 6 septembre 1985 et confirmés par l'Assemblée générale dans ses résolutions 40/32 du 29 novembre 1985 et 40/146 du 13 décembre 1985. Voir également les Principes directeurs applicables au rôle des magistrats du parquet adoptés par le huitième congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants qui s'est tenu à La Havane du 27 août au 7 septembre 1990.

³⁶⁸ Voir la Recommandation n°R (94)12 du Comité des Ministres aux Etats membres, sur l'indépendance, l'efficacité et le rôle des juges, du 13 octobre 1994 et la Recommandation CM/Rec (2010) 12 du Comité des Ministres aux Etats membres, sur les juges : indépendance, efficacité et responsabilités, du 17 novembre 2010.

En effet, conformément à la définition du vocabulaire juridique de CORNU, l'indépendance signifie l'absence de subordination³⁶⁹. Ainsi, contrairement à l'impartialité qui se définit uniquement relativement à l'individu, l'indépendance, en supposant l'absence de lien de subordination, intègre un tiers à la relation.

Précisément, si l'indépendance de la Justice doit s'analyser en premier lieu au sein de la relation unissant le juge et les parties, destinataires de la décision³⁷⁰, elle s'est historiquement construite autour de la relation de la Justice avec les pouvoirs exécutif et législatif.

Toutefois, les contours de cette indépendance ont vocation à changer et le critère de la subordination permet aujourd'hui d'élargir l'analyse en y intégrant les rapports à un autre « pouvoir » que constituent les médias. En effet, ces nouveaux acteurs, dans le cadre de leur mission d'information, peuvent tantôt révéler, tantôt contribuer à façonner l'opinion que le public se fait de l'office du juge et être ainsi le vecteur de nouvelles pressions et émotions.

Ainsi, dans le cadre de la recherche constante d'administration d'une bonne justice, fondement de l'indépendance, c'est précisément la neutralisation de toutes les émotions qui pourraient être dictées par les pressions extérieures subies par les magistrats qui est garantie, en plaçant le juge hors d'atteinte de ces influences.

Il convient alors d'étudier comment les garanties d'indépendance organisées en droit positif permettent de placer le juge hors d'atteinte des pressions émanant des pouvoirs exécutifs et législatifs d'une part (A), et du public et des médias d'autre part (B), afin de lutter contre l'apparition des émotions qui en découleraient.

A. La lutte contre les pressions émanant des pouvoirs institutionnels

59. L'indépendance des juges à l'égard des pouvoirs exécutif et judiciaire découle des idéaux de LOCKE, MONTESQUIEU et VOLTAIRE, consacrés au sein de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789 énonçant le principe absolu de séparation des pouvoirs, dont l'objectif est d'assurer une balance des pouvoirs afin qu'aucune entité ne puisse en avoir la maîtrise pleine et entière³⁷¹.

³⁶⁹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, P.U.F., 1990. L'étymologie du mot permet d'en comprendre le sens : le préfixe *in* doit être dissocié du corps du mot, *dependere*.

³⁷⁰ Le juge n'est pas tenu de déférer aux demandes des parties, n'a pas de compte à leur rendre et n'est pas responsable à leur égard.

³⁷¹ Voir notamment MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Paris, Garnier frères, 1961, tome I, pp. 163 et s.

Il en découle que le pouvoir judiciaire doit être exercé par des organes distincts et indépendants des pouvoirs exécutif ou législatif, tant par leur mode de désignation que par leur fonctionnement.

C'est pourquoi, des garanties d'indépendance des juges ont été érigées. Il s'agit de préserver ces derniers des pressions visant à influencer le sens de leurs décisions, qui placeraient finalement le magistrat en situation de conflit d'intérêt puisqu'il devrait arbitrer entre ses ambitions de carrière et la bonne administration de la justice³⁷².

En effet, le fait de préserver l'exercice de l'office du juge de tout lien de subordination permet à celui-ci d'être soulagé des craintes relatives au déroulement de sa carrière. Ses aspirations professionnelles ne pouvant être entérinées ou empêchées par un tiers, les promesses ou menaces auxquelles les juges pourraient être confrontés n'auront pas d'impact sur les décisions prises *in fine*³⁷³.

Ainsi, comme cela peut être le cas en matière d'impartialité, la garantie de l'indépendance repose sur la lutte contre les conflits d'intérêts, à la différence que, cette fois, ce conflit ne naît pas spontanément dans l'esprit du juge mais est initié par l'intervention d'un tiers³⁷⁴.

³⁷² Certaines affaires illustrent plus largement les risques de connivence de la justice au sens large avec les dirigeants politiques. Par exemple, l'assassinat de Jean DE BROGLIE, ancien Ministre du Général DE GAULLE, fondateur du Mouvement des Républicains indépendants qui a participé à la négociation des accords d'Evian, le 24 décembre 1976, fut une affaire d'Etat. Elle fut l'occasion de craindre la connivence entre le pouvoir politique et les services de police, en raison de l'empressement du Ministre de l'Intérieur de l'époque et de la hiérarchie policière à classer le dossier en désignant des coupables, alors que des rapports de police annonçaient l'assassinat de Jean DE BROGLIE et les noms de ses futurs assassins bien avant la commission de ce méfait. Le Ministre de l'Intérieur fut finalement soupçonné d'avoir été informé de l'imminence de ce meurtre et de ne l'avoir pas empêché.

Une autre affaire illustre les risques de pressions qui peuvent reposer sur les juges, même si leur travail semble avoir été serein en l'espèce. Il s'agit de l'enlèvement de l'opposant au régime marocain Mehdi BEN BARKA le 29 octobre 1965, par deux policiers français, à Paris. Des coïncidences finissent par désigner le général Mohammed OUFKIR, Ministre marocain de l'Intérieur et chef des services secrets comme étant à l'origine de cet assassinat. Il est condamné, aux côtés d'autres responsables, par défaut, à la réclusion à perpétuité. Le juge Patrick RAMAEL qui instruit le dossier a signé cinq mandats d'arrêt internationaux contre des Marocains, dont l'un vise le chef de la gendarmerie royale. L'affaire n'est toujours pas complètement élucidée.

³⁷³ La nécessité de l'absence de lien de subordination justifie également que certaines garanties d'indépendance particulières concernent certains magistrats afin de les protéger contre les pressions que pourraient exercer sur eux les présidents de juridiction. Certaines fonctions, comme celles de juge des libertés et de la détention ou de président de cour d'assises, qui ne tiennent leur pouvoir que d'une désignation par le président de la juridiction sont particulièrement exposées à cette pression.

³⁷⁴ Voir § 26 et s. de la présente étude.

Cette différence ne reposant que sur l'origine du conflit d'intérêts explique que certaines garanties présentées au titre des garanties d'impartialité contribuent également à l'indépendance des juges. Tel est le cas notamment des incompatibilités reposant sur l'exercice de mandats de représentation³⁷⁵.

S'il ne faut pas revenir sur ces garanties précédemment évoquées, il faut toutefois mettre en évidence celles qui protègent le juge des autres pouvoirs institutionnels.

Dans un contexte de suspicion répandue à l'encontre des institutions, il convient de mettre l'exigence d'indépendance des juges à l'épreuve et d'étudier les garanties instituées en procédure pénale (1), avant de s'intéresser aux apparences de cette indépendance qui doivent la rendre perceptible par les justiciables (2).

1. Les garanties d'indépendance des juges à l'égard des pouvoirs politique et législatif

60. Pour assurer l'indépendance des juges à l'égard des pouvoirs exécutif et législatif, il faut garantir qu'aucune interférence de ces derniers ne puisse apparaître à aucun stade du déroulement normal de la carrière d'un juge, ni même lors du contrôle de l'exercice de sa fonction, fut-il purement disciplinaire.

C'est pourquoi, des garanties d'indépendance des juges ont été érigées³⁷⁶. Afin d'éviter que les gouvernants ne soient tentés de refaçonner le concept d'indépendance selon les circonstances et d'user du droit et de ses techniciens comme soutien dans leurs entreprises politiques, ces garanties ont été consacrées au sein d'un statut fixé par une loi organique, de sorte que toute modification est nécessairement examinée par le Conseil constitutionnel en application de l'article 61 de la Constitution³⁷⁷.

³⁷⁵ Voir § 44 de la présente étude.

³⁷⁶ L'indépendance financière des juges ne sera pas étudiée ici, dès lors qu'elle ne touche pas directement leur personne, mais l'institution dans son ensemble. Toutefois, précisons que le politique dispose de l'arme financière pour limiter l'action judiciaire, de sorte qu'une avancée significative résulterait de la possibilité offerte à la Justice de faire une demande de sa propre enveloppe budgétaire. Il faudrait, *a minima*, que les magistrats aient la possibilité d'énoncer leurs besoins. Ensuite, le système du financement fera que le ministère du budget adoptera ou non cette proposition, mais, au moins, la demande ayant pu être formulée, les citoyens pourront mesurer la réalité de l'indépendance. A la suite du Conseil consultatif de juges européens, la C.N.C.D.H. recommande que le C.S.M. soit consulté lors de l'élaboration du projet de loi de finances dans sa partie concernant le budget de la justice et sur les documents qui y sont annexés, notamment le projet annuel de performance. Voir C.N.C.D.H., avis sur l'indépendance de la Justice, Assemblée plénière du 27 juin 2013.

³⁷⁷ Les règles statutaires intéressant les magistrats sont définies par l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature. Les dispositions du statut général des fonctionnaires

Parmi les garanties d'indépendance ainsi édictées figurent la réglementation de leur nomination et de leur avancement ainsi que le principe de leur inamovibilité (a). Par ailleurs, une autre garantie d'indépendance des juges réside dans le fait de confier la supervision de l'exercice de leur fonction à un organe extérieur dont l'indépendance doit elle-même être assurée (b). Enfin, la garantie de l'indépendance passe par la mise en place de sanctions en cas de violation des règles visant à lutter contre les conflits d'intérêt (c).

a. La protection des juges contre les pressions : l'encadrement de la nomination, de l'avancement et l'inamovibilité.

61. Les principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature, adoptés par le septième congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, approuvés par l'Assemblée générale des Nations Unies en novembre 1985 recommandent de garantir la protection des magistrats contre toute intervention, pression ou menace, de prévoir des garanties contre « les nominations abusives », d'inscrire dans une loi « la durée du mandat des juges, leur indépendance, leur sécurité, leur rémunération appropriée, leurs conditions de service, leurs pensions et l'âge de leur retraite » et de s'assurer que l'avancement des magistrats est fondé sur « des facteurs objectifs ». Ils établissent un principe de non-discrimination dans les procédures de recrutement, ainsi qu'un principe d'inamovibilité des juges et prévoient que la distribution des affaires et le dessaisissement relèvent exclusivement de la compétence des magistrats.

relatives à la déontologie ou aux conflits d'intérêts et notamment la loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires que le projet de loi relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires modifie, ne s'appliquent pas aux magistrats. Aux termes du troisième alinéa de l'article 64 de la Constitution du 4 octobre 1958, « une loi organique porte statut des magistrats ». Cette loi organique doit respecter les principes statutaires posés expressément par les articles 64 et 65 de la Constitution, qui prévoient les principes d'indépendance de l'autorité judiciaire et d'inamovibilité des magistrats du siège, ainsi que les conditions d'intervention du Conseil supérieur de la magistrature dans le cadre des nominations et de la discipline des magistrats. Ainsi que le rappelle le Conseil constitutionnel dans un considérant de principe : « En spécifiant que ressortit au domaine d'intervention d'une loi ayant le caractère de loi organique une matière que l'article 34 range par ailleurs au nombre de celles relevant de la compétence du législateur, le Constituant a entendu accroître les garanties d'ordre statutaire accordées aux magistrats ». Voir par ex. décision n° 2001-445 DC du 19 juin 2001.

Par ailleurs, la Charte européenne sur le statut des juges, adoptée par les participants de pays européens et les membres de deux associations internationales de juges réunis du 8 au 10 juillet 1998 à Strasbourg reprend ces principes et promeut notamment le principe de non-discrimination dans le recrutement, garantit le principe d'inamovibilité des juges, leur promotion à l'ancienneté ou par le mérite, leur droit à la formation, leur libre exercice de toute activité extérieure, sous réserve que celle-ci ne porte pas atteinte à leur impartialité, leur indépendance et leur disponibilité, ainsi qu'une rémunération suffisante.

L'ensemble des recommandations figurant notamment au sein de ces dispositions, montre que la garantie de l'indépendance passe successivement par la réglementation de la nomination, de l'avancement et par l'inamovibilité des magistrats.

62. Tout d'abord, le mode d'accession aux fonctions de magistrat joue un rôle important dans la garantie de l'indépendance des juges dans l'exercice de leur office, certains systèmes les rendant plus vulnérables aux pressions, alors que d'autres les préservent davantage³⁷⁸. C'est pourquoi, il a fallu encadrer ce mode d'accession aux fonctions³⁷⁹.

L'histoire révèle la succession de plusieurs systèmes, avec une alternance entre des périodes où les juges étaient élus, et d'autres où ils étaient nommés³⁸⁰.

³⁷⁸ Voir CASAMAYOR, *Les juges*, Paris, Seuil, 1963, 191 p.

³⁷⁹ La Cour européenne est venue préciser les implications de l'indépendance du tribunal, en énonçant qu'elle s'apprécie au regard du mode de désignation et de la durée du mandat des membres. Cour E.D.H., 23 juin 1981, LE COMPTE, VAN LEUVEN et DE MEYERE c/ Belgique, requête n° 6878/75, 7238/75. Pour une étude de l'exigence d'indépendance du tribunal dans la jurisprudence de la Conv. E.D.H., voir R. ERGEC et J. VELU, *La convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990, pp. 454-458.

³⁸⁰ Le système d'élection des juges fut d'abord consacré : les juges seraient élus par le peuple souverain pour six ans et rééligibles. Les premiers résultats furent bons, avant que les conditions strictes d'éligibilité ne fussent modifiées par les Assemblées suivantes (Voir M. ROUSSELET, *Histoire de la magistrature française, des origines à nos jours*, Paris, Plon, 1957, p. 130). Tout citoyen pouvait être élu dès lors qu'il remplissait les conditions d'âge, sans considération de ses compétences. La constitution de l'an VIII ne prévoyait plus l'élection que des juges de paix. Les autres magistrats étaient nommés par le gouvernement parmi des candidats issus d'une liste de confiance. Le Sénatus-consulte du 16 thermidor an X (1802) abolit les listes d'éligibles mettant ainsi fin à l'élection des juges. Jusqu'à la Restauration et la Monarchie de juillet, les anciennes habitudes perdurèrent et les magistrats ne se résolurent pas à ne pas désigner leur successeur. On parle de démissions conditionnelles à charge de présenter son successeur. Un bref retour à la question de l'élection des juges apparut à la fin du XIX^{ème} siècle, mais fut réduit à néant grâce à l'effort de persuasion de WALDECK-ROUSSEAU. Voir sur ce point, M. ROUSSELET, *op. cit.*, pp. 202-204.

En effet, initialement nommés par le Roi, les officiers de justice ont ensuite approché le système de l'élection³⁸¹. Les hésitations entre ces deux systèmes sont révélatrices des exigences en matière d'indépendance des juges car le système de nomination, répondant à des critères prédéfinis, offre plus de garanties et protège davantage les juges que l'élection qui les place dans une relation de séduction et de dépendance avec les électeurs.

Ce sont justement les défauts du système de l'élection, les élus étant choisis parmi les partisans, qui justifiaient qu'il soit remplacé par le système de la vénalité des offices³⁸². Leur hérédité suivra³⁸³, de sorte qu'à la fin de l'Ancien Régime, les charges de judicature sont vénales et patrimoniales et se transmettent entre particuliers. En conséquence, le Roi voit son pouvoir de nomination et d'intervention en matière de recrutement limité aux offices ayant fait l'objet de résignation par le titulaire ou ses héritiers.

Les systèmes de vénalité des charges de justice et de l'accession à la propriété enlevaient tous questionnements en matière d'indépendance des juges dans le cadre de leur recrutement, comme au stade de leur avancement, dès lors que le choix du titulaire de l'office se faisait au regard de considérations financières et que la propriété de leur office ne pouvait être remise en cause en raison de leur manque de coopération avec ceux qui tentaient de les influencer³⁸⁴.

Toutefois, la période révolutionnaire fut favorable à la gratuité de la justice, de sorte que les épices disparurent sous l'impulsion du chancelier MAUPEOU et l'Assemblée nationale supprima la vénalité des offices en août 1789.

³⁸¹ Au sens de cooptation. Le chancelier se concertait avec des membres du Conseil du Roi pour former une commission d'hommes sages qui désignerait lesdits officiers.

³⁸² D'abord occulte aux XIV^{ème} XV^{ème} siècles, la vénalité des offices deviendra, avec François Ier, protégée par le pouvoir qui y voit une source considérable d'argent. La vénalité des offices contribuera à faire de la magistrature ce que MONTESQUIEU qualifiera un « métier de famille », phénomène qui se retrouvera dans la reconnaissance de grandes familles de justice tels que les LAMOIGNONS, TALON ou autres DAGUESSEAU.

³⁸³ Henri IV décidant en 1604 que, moyennant principalement le paiement d'un impôt annuel (l'annuel ou Paulette), les héritiers pouvaient récupérer l'office ou le résigner en faveur de la personne de leur choix au décès de l'ascendant.

³⁸⁴ Quelle que soit la décision adoptée, le pouvoir en place ne pouvait dépouiller les magistrats de leurs charges. Voir M. ROUSSELET, *op.cit.*, t. 2, pp. 89-103.

Par ailleurs, la Révolution, inspirée par l'idée de séparation des pouvoirs, ne souffre plus que le Roi intervienne dans le Justice³⁸⁵ et l'Assemblée constituante décide que « le pouvoir judiciaire ne pourra en aucun cas, être exercé par le Roi, ni par le Corps législatif, mais que la Justice sera administrée au nom du Roi par les seuls tribunaux, établis par la loi suivant les principes de la Constitution et selon les formes déterminées par la loi »³⁸⁶. Dès lors, il fallut redéfinir les modes de recrutement et de nomination³⁸⁷.

Aujourd'hui, la nomination fait suite à une sélection par un concours de la fonction publique. Les magistrats ainsi recrutés sont nommés par le pouvoir exécutif³⁸⁸ et le ministère de la justice reste, dans une large mesure, maître de l'évolution de la carrière des magistrats du siège et du parquet. En effet, pour la plupart des magistrats, le Garde des sceaux dispose de l'initiative de l'évolution de leur carrière, le C.S.M. n'ayant qu'un pouvoir de *veto* puisqu'il ne donne qu'un avis simple sur le projet de nomination des magistrats du siège, autres que les juges siégeant à la Cour de cassation et des Premiers présidents de cours d'appel et des Présidents de tribunal de grande instance pour lesquels le Conseil a un pouvoir de proposition auprès du Président de la République³⁸⁹.

Dès lors, les juges dépendent du pouvoir exécutif en ce qui concerne leur nomination et ceux qui aspirent à une évolution de leur carrière ne peuvent non plus prétendre à une totale indépendance³⁹⁰.

Une plus grande indépendance de la justice passe donc nécessairement par le transfert d'une partie des pouvoirs du Ministre de la justice au Conseil supérieur de la magistrature. Sur ce point, le projet de loi constitutionnelle constitue une avancée réelle en ce qui concerne les magistrats du parquet³⁹¹.

³⁸⁵ M. ROUSSELET, *op. cit.*, pp. 32, 37 et s.

³⁸⁶ Article 19 du décret de l'Assemblée constituante du 1^{er} octobre 1789.

³⁸⁷ Voir H. DALLE, « Le recrutement et la formation des magistrats : une question de légitimité », *Revue française d'administration publique*, 1991, n°57, pp. 53- 60.

³⁸⁸ Article 1^{er} de la L.O. n°92-189 du 25 février 1992, modifiant l'ord. n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant L.O. relative au statut de la magistrature : « Tout magistrat a vocation à être nommé, au cours de sa carrière, à des fonctions du siège et du parquet ».

³⁸⁹ Article 65 de la Constitution du 4 octobre 1958, issu de la loi constitutionnelle n° 93-952 du 27 juillet 1993 portant révision de la Constitution du 4 octobre 1958 et modifiant ses titres VIII, IX, X et XVI.

³⁹⁰ Voir. J. CHATELAIN, *La nouvelle constitution et le régime politique de la France*, Paris, Berger-Levrault, 1959, pp. 135-146 ; M. DEBRE, *La mort de l'Etat républicain*, Paris, Gallimard, 1947, pp. 121 et s.

³⁹¹ Les membres du ministère public sont sous la hiérarchie du Garde des sceaux et ne peuvent donc être indépendants. La loi n° 2013-669 du 25 juillet 2013 relative aux attributions du Garde des sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et de mise en œuvre de l'action publique, *J.O.R.F.* n° 0172 du 26 juillet 2013, p. 12441, vient poser des règles renforçant l'indépendance du parquet. La loi organique n° 2013-1115 du 6 décembre 2013, *J.O.R.F.* n° 0284 du 7 décembre 2013, p. 19939 institue le procureur de la République

Les garanties d'indépendance projetées sont plus nuancées en ce qui concerne les juges, dès lors que la généralisation du pouvoir de proposition du C.S.M. à l'ensemble des magistrats n'y a pas été envisagée.

Toutefois, si les juges demeurent soumis au pouvoir exécutif en ce qui concerne leur nomination, cette relation qui les lie est contrebalancée par l'inamovibilité des juges, une fois nommés, de sorte que leur indépendance est tout de même garantie³⁹².

63. C'est donc l'inamovibilité des juges qui a dû être consacrée afin de parfaire l'indépendance des juges³⁹³.

Le principe de l'inamovibilité des juges, aujourd'hui contenu dans l'article 64 de la Constitution de 1958 et dans l'article 4 du statut de la magistrature selon lequel « le magistrat du siège ne peut recevoir, sans son consentement, une affectation nouvelle même en avancement »³⁹⁴, a un double objet.

financier. Compétent sur tout le territoire national et entouré de 15 magistrats, il garantit une enquête à la fois indépendante et techniquement irréprochable pour les infractions financières les plus graves et les plus complexes, à l'abri de tout risque de pression. Il est entré en fonction le 1^{er} février 2014.

Le projet de réforme constitutionnelle visant à renforcer le C.S.M. modifie les articles 64 et 65 de la Constitution, afin de garantir la nomination sur avis conforme du Conseil de tous les membres du ministère public ainsi que l'alignement des procédures disciplinaires sur celles qui concernent les magistrats du siège.

³⁹² La complémentarité de l'inamovibilité des juges avec les règles relatives à la nomination a été rappelée à l'occasion d'un arrêt important rendu par la Cour de cassation, en Assemblée plénière, le 15 juin 2012, à propos de la recevabilité de la constitution de partie civile du Président de la République, pendant la durée de son mandat. En effet, la Cour a considéré que « La seule nomination des juges par le Président de la République ne crée pas pour autant une dépendance à son égard dès lors qu'une fois nommés, ceux-ci, inamovibles, ne reçoivent ni pressions ni instructions dans l'exercice de leurs fonctions juridictionnelles. Par conséquent, après avoir constaté que chacune des parties avait pu présenter ses arguments et discuter ceux de son adversaire tout au long de l'instruction préparatoire et des débats devant le tribunal puis devant la cour d'appel, l'arrêt retient que le prévenu ne démontre pas avoir souffert d'une atteinte portée au droit au procès équitable et en déduit à bon droit que le principe de l'égalité des armes n'a pas été méconnu ». (C. cass., Ass. plénière, 15 juin 2012, n° 10-85.678, JurisData n° 2012-012907, *bull. crim. Ass. plén.*, juin 2012, n° 1, p. 1).

³⁹³ Initialement, les juges n'étaient nommés que pour une session. Avec Philippe VI, ils devenaient inamovibles, mais cette inamovibilité ne durait que le temps de la vie d'un Roi. La vénalité des charges et l'hérédité ayant assis un peu plus l'inamovibilité, l'idéal d'une bonne administration de la justice triompha et la magistrature résista même à l'épisode de la Fronde. La Constitution de l'an III consacra l'impossibilité de déplacer les juges sans leur consentement. La Constitution de l'an VIII édicta l'inamovibilité des magistrats, autres que les juges de paix mais ce ne fut que la Constitution du 27 octobre 1946 qui consacra le principe selon lequel les magistrats du siège étaient inamovibles, sans distinction (La Constitution de 1946 consacre son titre IX relatif au C.S.M. et précise à l'article 84 que les magistrats du siège sont inamovibles).

³⁹⁴ Par ailleurs, l'article 130 du code pénal vient frapper de dégradation civique les préfets, sous-préfets, maires et autres administrateurs qui « se seront immiscés dans l'exercice du pouvoir législatif [...] ou qui se seront ingérés de

D'une part, il assure au magistrat la pérennité des fonctions du siège au sein de la juridiction où il a été nommé, tandis que, d'autre part, il garantit au justiciable qu'une juridiction ne sera pas tout exprès composée pour juger une affaire déterminée, en déplaçant des magistrats spécialement choisis dans diverses juridictions.

L'importance d'ériger l'inamovibilité en principe constitutionnel se ressent tout particulièrement en temps de crise, dès lors que le dessein des gouvernements est alors de conserver la magistrature sous contrôle, afin de se prémunir contre ses représailles et jugements au cas où des mises en causes seraient proférées à leur endroit, mais également pour assurer une répression sévère des opposants à leur idéologie.

L'histoire révèle en effet la vulnérabilité des juges en temps de crise politique et sociale. En effet, la loi du 31 août 1883 sur la réforme de l'organisation judiciaire avait évincé 614 magistrats en quelques semaines³⁹⁵. Plus tard, l'épisode de Vichy, avec la loi du 17 juillet 1940, avait permis, pendant une période prolongée et à de nombreuses reprises, que les magistrats puissent être relevés de leurs fonctions, en dépit de toutes dispositions contraires. C'est ainsi qu'une centaine de magistrats du siège furent relevés de leurs fonctions en raison de leur idéologie libérale. Au-delà de cette disposition d'une généralité redoutable, des lois spéciales vinrent aggraver l'atteinte à l'inamovibilité. Tel fut le cas par exemple de la loi de 1941 sur les sociétés secrètes, de celle du 2 juin de la même année interdisant aux juifs d'exercer les fonctions de magistrats. C'est ainsi que 130 autres magistrats, siège et parquet confondus, furent évincés de la profession³⁹⁶.

prendre des arrêtés généraux tendant à intimer des ordres ou des défenses quelconques à des cours et tribunaux ». L'article 130 du code pénal n'a pas donné lieu à application depuis 1810 et apparaît comme le dernier survivant des 43 incriminations de ce type contenues dans le code de 1791. Il s'agit de faire perdurer symboliquement, par cet article, le principe révolutionnaire de séparation des pouvoirs. Voir J. PRADEL, « La notion européenne de tribunal impartial et indépendant selon le droit français », *R.S.C.*, 1990, p. 694.

Le recueil des obligations déontologiques des magistrats pose également l'exigence. Voir C.S.M., *Recueil des obligations déontologiques des magistrats*, Paris, Dalloz, 2010, p. 2. « L'inamovibilité des magistrats du siège et le principe de l'avancement librement consenti constituent une garantie essentielle de l'indépendance des juges ».

A l'échelle supranationale, la Cour européenne est venue poser le principe d'inamovibilité des juges au cours de leur mandat comme un corolaire de leur indépendance et considère que l'indépendance exige que le juge ne reçoive aucune pression ou instruction dans l'exercice de ses fonctions juridictionnelles, qu'elles émanent du pouvoir exécutif (Cour E.D.H., 28 juin 1984, requête no 7819/77, 7878/77 CAMPBELL et FELL c/ Royaume-Uni), du pouvoir législatif (Cour E.D.H., 26 août 2003, requête n° 10526/02, FILIPPINI c/ Saint-Marin) ou des parties (Cour E.D.H., 22 juin 1989, n° 11179/84, LANGBORGER c/ Suède).

³⁹⁵ Il s'agissait pour les républicains d'évincer les magistrats bonapartistes ou monarchistes afin d'assoier le pouvoir.

³⁹⁶ R. BADINTER, « Une si longue défiance », *Pouvoirs*, 1995, n° 74, pp. 7-12, comptabilise 200 magistrats évincés parmi les juifs et francs-maçons.

Un acte constitutionnel³⁹⁷ disposait que « les Secrétaires d'Etat, hauts dignitaires et hauts fonctionnaires de l'Etat sont personnellement responsables devant le Chef de l'Etat », qui pourrait prononcer des réparations civiles, amendes, ou autres peines à leur rencontre³⁹⁸. Le maréchal PETAIN prononça des sanctions à l'encontre de détenus transférés au fort du Portales pour y purger leurs peines³⁹⁹. Par la suite, le 20 septembre 1943, une ordonnance disposait que pendant les hostilités, le Comité français de la libération nationale pourrait déplacer, rétrograder ou suspendre les juges par décret. L'ordonnance du 27 juin 1944 prévoyait des sanctions disciplinaires pour les magistrats récalcitrants et 363 magistrats furent évincés⁴⁰⁰. L'ordonnance du 15 avril 1945 vint rétablir l'inamovibilité après cinq années de reniement.

En 1961, au cours de la guerre d'Algérie, De GAULLE suspendait à nouveau l'inamovibilité des magistrats du siège en Algérie au titre de l'article 16 de la Constitution et signait le 12 juillet 1962 une ordonnance mettant à la retraite anticipée le Premier président de la Cour de Paris Marcel ROUSSELET⁴⁰¹.

C'est pourtant dans ces périodes de crises que la magistrature doit résister à toute emprise. C'est pourquoi, l'inamovibilité va acquérir une valeur constitutionnelle sous la Vème république⁴⁰².

Toutefois, même en dehors des périodes de crise au cours desquelles la magistrature moderne a pu être marquée par des épurations de ses membres, il est possible de constater que l'inamovibilité des juges peut être remise en cause⁴⁰³. En effet, il existe dans la loi une « obligation de mobilité » pour les magistrats, qui peut être le moyen de faire échec à la garantie d'inamovibilité⁴⁰⁴.

³⁹⁷ Acte constitutionnel n°7 du 27 janvier 1941, article 2. Le 29 septembre 1941, un décret du Chef de l'Etat créait un Conseil de Justice politique chargé d'aviser les questions qui devaient relever de sa compétence en vertu de l'application de l'acte constitutionnel précité (*J.O.*, 30 septembre 41).

³⁹⁸ M. ROUSSELET, *op. cit.*, p. 40.

³⁹⁹ M. ROUSSELET, *op. cit.*, p. 41.

⁴⁰⁰ Soit 17% des effectifs de la magistrature de l'époque.

⁴⁰¹ J. GEORGEL, « La dépendance de la magistrature en France », in *Présence du droit public et des droits de l'homme, Mélanges offerts à J. VELU*, Bruxelles, Bruylant, 1992, vol. 2, p. 847.

⁴⁰² Article 64 al. 4 de la Constitution du 4 octobre 1958 : « Les magistrats du siège sont inamovibles ».

⁴⁰³ Voir sur ce point, concernant les crises plus lointaines dans le temps, M. ROUSSELET, *op. cit.*, tome 2, pp. 166-175.

⁴⁰⁴ La loi organique n° 2012-208 du 13 février 2012 facilite la mise en œuvre de la nouvelle obligation de mobilité statutaire instituée par la loi organique du 5 mars 2007 : l'objet de la mobilité statutaire est redéfini afin de permettre aux magistrats de l'accomplir auprès de juridictions administratives, financières ou internationales. La durée de cette mobilité statutaire est portée à deux ans ; à ce sujet, voir J-P. BUFFELAN-LANORE, « De l'indépendance de la magistrature », *Petites affiches*, 11 juin 1993, n°70, p. 11. Cette obligation ne semble pas conciliable avec une

Cependant, le Conseil constitutionnel a déclaré conformes à la Constitution des dispositions qui créent une obligation de mobilité pour les magistrats ne justifiant pas de cinq années de services effectifs. Dans la décision du 19 juin 2001, il a affirmé que le législateur pouvait limiter la durée d'exercice de certaines fonctions judiciaires sous réserve de déterminer les garanties permettant de concilier ces dispositions avec le principe de l'inamovibilité des magistrats du siège, sans pour autant préciser ce que doivent être ces garanties, pour conclure que les dispositions limitant à sept ans la durée d'exercice par un magistrat des fonctions de chef d'une même juridiction du premier ou du second degré et à dix ans celle des fonctions de juge spécialisé au sein d'un même tribunal sont conformes à la Constitution⁴⁰⁵.

64. L'indépendance des juges est ensuite assurée par la réglementation de l'avancement des magistrats⁴⁰⁶.

Si la vénalité des charges de justice et l'accession à la propriété dispensaient de tous questionnements en matière d'avancement des juges, dès lors que les juges se trouvent désignés, la réglementation de l'avancement revêt d'autant plus d'importance que les traitements des magistrats sont traditionnellement modérément élevés.

En effet, en l'absence de réglementation, les juges pourraient succomber aux pressions ou propositions politiques lucratives, à l'occasion de certains procès stratégiques, de peur de devoir renoncer à la carrière qu'ils espèrent ou, au contraire, pour accéder à des postes qu'ils convoitent.

C'est pourquoi, au début du XX^{ème} siècle, un tableau d'avancement et une hiérarchie cohérente ont été mis en place⁴⁰⁷. Cependant, les règles d'avancement restent un peu obscures et relèvent de la discrétion du pouvoir en place, au gré des ententes personnelles⁴⁰⁸.

inamovibilité effective. Voir sur ce point les observations de J.-L. BODIGUEL, *Les magistrats, un corps sans âme ?*, Paris, P.U.F., 1991, 293 p.

⁴⁰⁵ Cons. cons., décision n° 2001-445 DC du 19 juin 2001.

⁴⁰⁶ M. ROUSSELET, *op. cit.*, tome 2, pp. 130-153.

⁴⁰⁷ Le décret SARRIEN du 18 août 1906 pose l'obligation d'inscription sur le tableau d'avancement de la magistrature, sur le modèle de l'armée. Auparavant, plusieurs tentatives furent faites, en vain. Une commission dite du tableau d'avancement fut créée pour étudier les propositions des chefs de cours et les magistrats ne figurant pas dans ses propositions pouvaient également la saisir aux fins de réclamations. Le pouvoir central n'y avait pas la majorité mais pouvait la récupérer en nommant des chefs de la Cour de cassation acquis à sa cause. La commission comprends les directeurs de la Chancellerie, les chefs de la Cour de cassation, quatre membres de cette haute juridiction nommés chaque année par ministre. La protection de l'indépendance était mitigée.

En 1927, une autre réforme tenta d'améliorer le système d'avancement, le décret du 21 juillet définissant la hiérarchie judiciaire. Pour franchir un échelon, il fallait au moins deux ans d'exercice à l'échelon inférieur et être inscrit au tableau d'avancement. Le nombre d'échelons était très élevé et l'on tenta de le réduire progressivement. La réforme fit passer l'avancement sur le critère de l'ancienneté, rompant ainsi avec celui du choix par le politique. De

Il a donc fallu concevoir un avancement librement consenti, encadré par des règles non guidées par des considérations de politique générale. C'est en ce sens que la Constitution du 27 octobre 1946 a considérablement modifié la situation des juges du siège, puisque l'avancement est désormais entre les mains du Conseil supérieur de la magistrature nouvellement créé. Un juste équilibre semble ainsi avoir été trouvé.

L'intervention du C.S.M. constitue bien une garantie, dès lors que son extériorité et l'indépendance de ses membres sont elles-mêmes assurées.

b. L'extériorité de l'organe chargé de veiller sur la discipline et l'indépendance des juges

65. La nécessité de l'extériorité de l'organe chargé de chapeauter la magistrature appelle plusieurs remarques.

La première consiste à relever que le Président de la République ne remplit pas cette condition d'extériorité.

En effet, pour être réelle, l'indépendance de la justice doit être reconnue par la Constitution⁴⁰⁹. Pourtant, si elle reconnaît bien l'indépendance de la justice, la Constitution de 1958 y apporte une nuance de taille et entérine l'ambiguïté en faisant du Président de la République le garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire, organe non-indépendant puisqu'à la tête de l'exécutif⁴¹⁰.

plus, le tableau d'avancement devint maîtrisé par le Premier président de la Cour de cassation, la Chancellerie n'ayant plus son mot à dire.

⁴⁰⁸ Le tableau d'avancement fut supprimé par le régime de Vichy mais rétabli par l'ordonnance du 15 avril 1945, date à partir de laquelle le Garde des sceaux ne pouvait plus choisir que des magistrats figurant sur ce tableau pour les nominations, même s'il n'était pas obligé de les promouvoir.

⁴⁰⁹ Voir la Recommandation n°R (94)12 du Comité des Ministres aux Etats membres, sur l'indépendance, l'efficacité et le rôle des juges, du 13 octobre 1994 et les Principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature adoptés par le septième congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants qui s'est tenu à Milan du 26 août au 6 septembre 1985 et confirmés par l'Assemblée générale dans ses résolutions 40/32 du 29 novembre 1985 et 40/146 du 13 décembre 1985.

⁴¹⁰ Il ne s'agit pas là de la seule immixtion des autres pouvoirs qui est consacrée dans les textes de références en matière d'indépendance puisque la Révolution, sous couvert de la consécration de la séparation des pouvoirs au cœur de l'article 16 de la D.D.H.C., s'est contentée de donner l'apparence d'une indépendance en refusant d'accorder tout pouvoir d'interprétation aux juges. Le pouvoir de juger demeure ainsi soumis à la loi et donc au Parlement.

C'est pourquoi, la Commission nationale consultative des droits de l'Homme recommande que l'article 64 de la Constitution soit modifié afin qu'y soit inscrit le principe selon lequel le Conseil supérieur de la magistrature est seul garant de l'indépendance du pouvoir judiciaire⁴¹¹.

La seconde remarque concerne le C.S.M., dont l'extériorité permet bien de garantir l'indépendance des juges dans le cadre des différentes missions au cours desquelles il intervient aujourd'hui. Toutefois, il ne pourra remplir complètement cet objectif que si, d'une part, sa composition est telle qu'elle lui permet d'être lui-même indépendant. L'indépendance du C.S.M. par rapport au pouvoir politique doit être garantie par sa composition et par le mode de nomination de ses membres, afin d'asseoir sa légitimité⁴¹². D'autre part, il faut garantir l'indépendance financière du Conseil. Enfin, pour garantir réellement l'indépendance de l'autorité judiciaire, il est nécessaire de permettre au C.S.M. d'intervenir dans le débat public dès que l'indépendance de l'autorité judiciaire est en jeu.

66. Il faut donc tout d'abord s'assurer que la composition du C.S.M. lui permette d'être indépendant. Créé par la loi du 30 août 1883 relative à l'organisation judiciaire, le C.S.M. est initialement une formation particulière de la Cour de cassation siégeant toutes chambres réunies en matière de discipline des magistrats.

La Constitution du 27 octobre 1946 en fait un organe constitutionnel autonome afin de fonder une justice indépendante⁴¹³. Il réunit alors le Président de la République, qui le préside, le Garde des sceaux qui en assure la vice-présidence, six personnalités élues pour 6 ans par l'Assemblée nationale, quatre magistrats élus pour la même durée par leurs pairs et deux membres désignés, au sein des professions judiciaires, par le chef de l'Etat.

Ainsi composé, le C.S.M. ne pouvait garantir une totale indépendance des juges dès lors qu'il était majoritairement composé de membres du pouvoir exécutif.

La Constitution de 1958 réforme à son tour ce Conseil, les présidence et vice-présidence restant identiques, mais neuf membres sont dès lors désignés par le chef de l'Etat.

⁴¹¹ Commission nationale consultative des droits de l'Homme, *Avis sur l'indépendance de la justice*, J.O.R.F. n° 0176 du 31 juillet 2013, Assemblée plénière du 27 juin 2013.

⁴¹² Par ailleurs, la légitimité de l'institution nécessite que le C.S.M. ne soit pas une instance de défense corporatiste des magistrats. Cette considération est également au cœur des réflexions portant sur la composition du C.S.M.

⁴¹³ Titre IX de ladite Constitution.

La loi constitutionnelle du 27 juillet 1993 et la loi organique du 5 février 1994 modifient ensuite la composition du Conseil en créant deux formations, l'une compétente à l'égard des magistrats du siège, l'autre à l'égard de ceux du parquet. La présidence et la vice-présidence restent alors inchangées mais les six magistrats de chacune des formations sont dorénavant élus⁴¹⁴.

Une réforme a été engagée en 1998 pour renforcer l'indépendance de la justice. La Commission présidée par Monsieur TRUCHE a déposé un rapport le 10 juillet 1997 selon lequel le renforcement des pouvoirs du Conseil a comme corollaire une modification de sa composition et un accroissement du nombre de membres non magistrats. Le projet proposait donc que, sur 21 membres, le futur Conseil compte 11 personnalités extérieures et 10 magistrats. La réforme du C.S.M. a été adoptée par l'Assemblée nationale et le Sénat, mais le texte a été retiré dans les derniers jours de sa présentation au Congrès.

La loi organique du 25 juin 2001 a ensuite modifié le mode d'élection des magistrats autres que les membres de la Cour de cassation et les chefs de cour et de juridiction et a changé les modes de saisine et de fonctionnement du Conseil statuant en formation disciplinaire. Le Président de la République a créé par décret un comité de réflexion et de proposition présidé par M. Edouard BALLADUR qui a déposé un rapport comprenant la proposition de mettre fin à la présidence du Président de la République en lui substituant une personnalité indépendante.

Le Garde des sceaux ne serait plus un membre de droit⁴¹⁵, les magistrats devraient être minoritaires dans la composition du conseil, qui pourrait être saisi par les justiciables à titre disciplinaire.

La loi du 23 juillet 2008⁴¹⁶ de modernisation des institutions de la Vème République et la loi organique⁴¹⁷ ont réformé une nouvelle fois la composition, le fonctionnement du C.S.M., ses compétences, au regard notamment de la possibilité pour les citoyens de déposer une plainte contre un magistrat⁴¹⁸.

⁴¹⁴ Cinq magistrats du siège et un magistrat du parquet pour le Conseil compétent à l'égard des magistrats du siège. Le Conseil est composé de quatre membres communs aux deux formations, désignés par le Président de la République, les Présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat et par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat.

⁴¹⁵ Il faut noter sur ce point que l'alinéa 22 de l'article 2 du projet de loi constitutionnelle prévoit que : « le ministre de la justice peut participer aux séances des formations du C.S.M. », sauf en matière disciplinaire. Dans une perspective d'indépendance, cette possibilité offerte au Garde des sceaux n'est pourtant pas souhaitable.

⁴¹⁶ Loi n°2008-274.

⁴¹⁷ Loi organique n°2010-830 du 22 juillet 2010 relative à l'application de l'article 65 de la Constitution.

⁴¹⁸ Le projet de texte constitutionnel a été adopté en Conseil des ministres le 23 avril. Ce projet a ensuite été voté par l'Assemblée nationale le 3 juin. Après examen par le Sénat, il a été adopté définitivement le 21 juillet par le Parlement réuni en Congrès à Versailles lors d'une session extraordinaire. La loi organique n° 2010-830 du 22 juillet 2010 a été publiée au journal officiel et le Conseil issu de la réforme a pris ses fonctions le 26 janvier 2011.

Le progrès a été incontestable : la présidence et la vice-présidence de cette institution ont été retirées au Président de la République et au Garde des sceaux. Désormais, la formation compétente à l'égard des magistrats du siège est présidée par le Premier président de la Cour de cassation, pour leur discipline comme pour leur nomination⁴¹⁹. La réforme du Conseil porte le nombre des personnalités extérieures à la magistrature communes aux deux formations compétentes à huit⁴²⁰. Par ailleurs, la loi a également prévu que les magistrats soient placés en situation de minorité au sein du Conseil dans les formations compétentes pour les nominations et en situation de parité dans les formations disciplinaires.

Le projet de loi constitutionnelle examiné en première lecture par les deux chambres du Parlement en juin et juillet 2013 prévoit à son tour de renforcer l'impartialité du Conseil supérieur de la magistrature en modifiant la composition et le mode de désignation de ses membres⁴²¹.

En effet, il entend redonner la majorité aux magistrats mais l'Assemblée nationale a modifié en première lecture ce projet de loi afin que les différentes formations du C.S.M. soient composées à parité de magistrats et de non-magistrats, de manière à éviter les jeux de réseaux, et à améliorer le regard des citoyens sur le C.S.M. soupçonné de connivence et d'entre soi⁴²². La Commission nationale consultative des droits de l'Homme recommande également cette parité et préconise que la présidence du Conseil soit confiée à une personnalité élue en son sein, qui aurait voix prépondérante en cas de partage égal des voix.

⁴¹⁹ Le 7ème alinéa de l'article 65 institue une formation plénière, présidée par le Premier président de la Cour de cassation, compétente pour connaître des demandes formulées soit par le Président de la République, soit par le Garde des sceaux, sur les questions énumérées par l'article 65 de la Constitution.

⁴²⁰ Un conseiller d'Etat, un avocat et six personnalités, nommées respectivement par le Président de la République, le Président de l'Assemblée nationale et le Président du Sénat.

⁴²¹ Projet de loi constitutionnelle portant réforme du Conseil supérieur de la magistrature, n° 815, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 14 mars 2013. Les deux chambres ne sont pas parvenues à une rédaction commune.

⁴²² Il faudrait discuter de la présence en nombre de membres de la magistrature, pour envisager le risque de corporatisme. En effet, la question du conflit d'intérêts se fait forte et la mise en place d'un contrôle externe serait légitime. Toutefois, l'analyse effectuée par messieurs CANIVET et JOLY-HURARD permet de nuancer ces propos, de plusieurs manières, en révélant, d'une part, que la composition de différents organes disciplinaires étrangers n'est généralement pas plus paritaire, et d'autre part, que notre système ne fait que respecter parfaitement la Charte européenne sur le statut des juges qui recommande que chaque Conseil supérieur de justice soit composé au moins pour moitié de magistrats. Voir G. CANIVET, J. JOLY-HURARD, « La responsabilité des juges, ici et ailleurs », *Revue internationale de droit comparé*, 01 décembre 2006, n°4, pp. 1091 et s. ; Art. 5 de la Charte européenne sur le statut des juges adoptée à Strasbourg, lors de la réunion multilatérale sur le statut des juges en Europe, organisée par le Conseil de l'Europe les 8-10 juillet 1998.

Concernant les magistrats, la Commission nationale consultative des droits de l'Homme appelle à une réforme du mode d'élection de ces représentants. Le mode de scrutin est actuellement un vote par collège, ce qui a pour effet de surreprésenter la hiérarchie.

Concernant les membres non magistrats, la Commission nationale consultative des droits de l'Homme se félicite du mécanisme mis en place par le projet de loi constitutionnelle, qui crée un collège de personnalités, chargé de désigner six des huit membres non magistrats⁴²³, composé du Vice-président du Conseil d'Etat, du Président du Conseil économique, social et environnemental, du Défenseur des droits, du Premier président de la Cour de cassation, du Procureur général près Cour de cassation, et du Premier président de la Cour des comptes⁴²⁴.

Si ces personnalités sont nommées par l'exécutif, la procédure qui aboutit à leur nomination est entourée de garanties⁴²⁵ et la durée de leurs mandats permet de prévenir les risques de similitudes entre les obédiences politiques du collège et du Gouvernement⁴²⁶.

67. Ensuite, de façon tout à fait pragmatique, le Conseil supérieur de la magistrature doit pouvoir bénéficier d'une indépendance financière pour ne pas être lié dans son action. Pour cela, la loi du 22 juillet 2010 prévoit l'autonomie budgétaire du Conseil qui doit lui donner un surcroît d'indépendance.

68. Enfin, pour garantir l'indépendance de la justice, il faut confier au C.S.M. un pouvoir d'intervenir dans le débat public dès que celle-ci est en cause.

⁴²³ La commission des lois du Sénat souhaite supprimer ce collège chargé de désigner les membres non magistrats du C.S.M. pour revenir au système actuel de désignation par les Présidents de la République, du Sénat et de l'Assemblée nationale, avec approbation aux trois cinquièmes par les Commissions des lois des deux assemblées. Le Président du C.S.M. serait à nouveau le Premier président de la Cour de cassation. Ce système offre pourtant moins de garanties puisque les trois Présidents peuvent appartenir à la même majorité politique.

⁴²⁴ Commission nationale consultative des droits de l'homme, *Avis sur l'indépendance de la justice*, J.O.R.F. n° 0176 du 31 juillet 2013, Assemblée plénière du 27 juin 2013.

Le projet déposé par le Gouvernement prévoyait la désignation de cinq personnalités extérieures ; à la suite de la modification du texte par l'Assemblée nationale, ce chiffre passe à six, de sorte que la parité entre magistrats et non-magistrats est assurée.

⁴²⁵ En effet, le Vice-président du Conseil d'Etat (art. L. 133-1 du code de justice administrative) et le Premier président de la Cour des comptes (art. L. 121-1 du code des juridictions financières), sont nommés par décret en conseil des ministres. Le Premier président de la Cour de cassation est proposé par le C.S.M. Le Président du Conseil économique, social et environnemental est élu par l'assemblée de ce Conseil. Le Défenseur des droits et le Premier président de la Cour des comptes sont désignés selon la procédure prévue à l'article 13 de la Constitution.

⁴²⁶ Le Défenseur des droits est nommé pour six ans non renouvelables. Le Premier président de la Cour des comptes et le Premier président de la Cour de cassation sont nommés sans durée maximale et sont inamovibles.

C'est dans ce sens que s'inscrit le projet de loi constitutionnelle puisqu'il permet au C.S.M. de répondre aux demandes d'avis formulées par le Président de la République, et à celles du Ministre de la justice sur les questions relatives à la déontologie des magistrats ainsi que sur celles relatives au fonctionnement de la justice, alors qu'un pouvoir de saisine d'office concernant l'indépendance de l'autorité judiciaire et la déontologie des magistrats y est par ailleurs consacré⁴²⁷. L'Assemblée nationale s'est quant à elle contentée de reconnaître aux magistrats la possibilité de saisir le Conseil d'« une question de déontologie », sans que cette faculté de saisine ne puisse être élargie à toutes les questions relatives à l'indépendance de la justice⁴²⁸. Par exemple, un juge de la liberté et de la détention déssaisi par ordonnance du Président de la juridiction peut saisir le C.S.M. s'il estime que les motifs de ce déssaisissement portent atteinte à son indépendance.

c. La garantie de l'indépendance par la sanction des conflits d'intérêts

69. La garantie de l'indépendance par le biais de la lutte contre les conflits d'intérêts est rendue effective grâce à la mise en place de sanctions. En effet, d'une part, les magistrats sont soumis à des obligations déontologiques visant à éviter les conflits d'intérêts dans l'ordre judiciaire dont la violation est passible de sanctions disciplinaires, et d'autre part, un lourd arsenal répressif permet de les sanctionner pénalement⁴²⁹.

En ce qui concerne les sanctions disciplinaires, le serment prêté par les juges leur impose une obligation de dignité et un devoir de se comporter honorablement, desquels découle l'exigence de probité attendue de tout magistrat dans l'exercice de son office⁴³⁰. L'article 10 du statut de la magistrature rappelle en outre la réserve à laquelle les magistrats sont astreints. Enfin, la faute disciplinaire est définie comme « tout manquement par un magistrat aux devoirs de son état, à l'honneur, à la délicatesse ou à la dignité »⁴³¹.

⁴²⁷ Projet de loi constitutionnelle portant réforme du Conseil supérieur de la magistrature, n° 815, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 14 mars 2013.

⁴²⁸ Amendement n° CL56 présenté par M. RAIMBOURG, rapporteur au nom de la Commission des lois constitutionnelles de la législation et de l'administration générale de la République, visant à compléter le 3^{ème} alinéa de l'article 2 du projet de loi constitutionnelle n° 815 portant réforme du Conseil supérieur de la magistrature.

⁴²⁹ La problématique de la lutte contre les conflits d'intérêts englobe évidemment celle du rapport des juges aux groupes de pression.

⁴³⁰ Voir le serment des magistrats, article 6 de l'ordonnance statutaire.

⁴³¹ Article 43 du statut de la magistrature.

Au-delà des sanctions disciplinaires, le droit pénal vient sanctionner les conflits d'intérêts à travers le délit de prise illégale d'intérêts, dans l'exercice des fonctions⁴³² et à l'issue de celles-ci⁴³³, les peines prévues par le code pénal étant très lourdes⁴³⁴. S'agissant du délit de prise illégale d'intérêts dans l'exercice des fonctions, sont visées « les personnes dépositaires de l'autorité publique, les personnes chargées d'une mission de service public, et les personnes investies d'un mandat électif public ». Les magistrats peuvent donc entrer dans le champ d'application de cette disposition⁴³⁵. Tel n'est pas le cas de la prise illégale d'intérêt à l'issue des fonctions qui concerne les seuls « fonctionnaires ou agents d'une administration publique ».

70. Toutefois, il faut s'interroger sur la subsistance de certaines lacunes dans la protection de l'indépendance des juges par le biais de la lutte contre les conflits d'intérêts. Tout d'abord, il existe à ce sujet des failles dans les dispositions statutaires, puisque, à l'instar de ce qui peut être constaté dans l'ensemble de la fonction publique, l'approche des conflits d'intérêts se fait essentiellement sous l'angle des interdictions et des sanctions et ne permet pas une prévention suffisante⁴³⁶.

⁴³² Article 432-12 du code pénal.

⁴³³ Article 432-13 du code pénal.

⁴³⁴ L'article 432-12 du code pénal prévoit une peine de cinq ans d'emprisonnement et de 500 000 € d'amende, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction. En vertu de l'article 432-13 du même code, la prise illégale d'intérêts à l'issue des fonctions est punie de trois ans d'emprisonnement et d'une amende de 200 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction. Des peines complémentaires d'inéligibilité et d'interdiction d'exercer une fonction publique peuvent être par ailleurs prononcées en application de l'article 432-17 du code pénal.

⁴³⁵ Par exemple, le C.S.M. a prononcé la sanction de révocation à l'encontre d'un magistrat justement mis en examen pour prise illégale d'intérêt pour avoir confié abusivement à des proches des missions de prévention pour les entreprises en difficulté, de mandataire *ad hoc* ou de consultant dans des procédures judiciaires commerciales (C.S.M., Siège, 13 mai 2003, *Recueil des décisions et avis disciplinaires*, S125).

⁴³⁶ Etude d'impact, projet de L.O. n° 1321, relatif au renforcement des obligations déontologiques des magistrats de l'ordre judiciaire, 22 juillet 2013. Voir également, J.-M. SAUVE, J.-C. MAGENDIE, D. MIGAUD, *Pour une nouvelle déontologie de la vie publique, Rapport de la commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêt dans la vie publique*, présidée par J.-M. SAUVE, remis au Président de la République le 26 janvier 2011, Paris, La documentation française, 2011, p. 49.

C'est pour pallier ces lacunes que le projet de loi organique relatif au renforcement des obligations déontologiques des magistrats de l'ordre judiciaire⁴³⁷ a vu le jour, avec pour objectif de renforcer la confiance des citoyens dans la justice et de prévenir les risques ou les soupçons de conflits d'intérêts en prévoyant un renforcement des obligations de transparence pour les magistrats de l'ordre judiciaire, tout en tenant compte de la spécificité de leurs missions et des dispositifs d'ores et déjà existants. Il vise à introduire dans l'ordonnance statutaire des magistrats de l'ordre judiciaire quatre nouveaux articles permettant de développer l'attention des intéressés sur les situations dans lesquelles ils sont susceptibles de se trouver en conflits d'intérêts, posant, d'une part, une obligation générale de prévenir et régler immédiatement les éventuels conflits d'intérêts et une définition des conflits d'intérêts⁴³⁸ et instaurant un entretien déontologique pour l'ensemble des magistrats ayant une activité juridictionnelle, obligatoire pour tous les magistrats du siège et du parquet à l'occasion de leur installation dans leurs fonctions⁴³⁹ et, d'autre part, une obligation de déclaration de patrimoine pour certains hauts magistrats⁴⁴⁰.

L'instauration d'un mécanisme de déclaration de situation patrimoniale lors de l'entrée en fonction et lors de la cessation des fonctions permet de s'assurer que les personnes concernées n'ont pas bénéficié d'un enrichissement anormal du fait de leurs fonctions.

Seuls les plus hauts magistrats de la Cour de cassation et les chefs des cours d'appel sont soumis à cette nouvelle obligation de déclaration de patrimoine, sans qu'il ne soit utile d'instaurer le mécanisme de la déclaration d'intérêts prévu par le projet de loi relatif à la transparence de la vie publique et envisagé dans le projet de loi relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires aux magistrats de l'ordre judiciaire, compte tenu des règles déontologiques qui s'appliquent d'ores et déjà à eux et aux mécanismes de récusation existants, qui seront toutefois renforcés⁴⁴¹.

⁴³⁷ Le statut des magistrats relève de la loi organique, conformément à l'article 64 alinéa 3 de la Constitution. Donc c'est l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature qui doit être modifiée.

⁴³⁸ L'article 1 du projet de loi organique relatif au renforcement des obligations déontologiques des magistrats de l'ordre judiciaire, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 24 juillet 2013, insère dans l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature un nouvel article 7-1 qui impose à ces magistrats de prévenir les situations de conflit d'intérêts et, si elles surviennent, d'y mettre fin. Il introduit également une définition du conflit d'intérêts.

⁴³⁹ L'article 7-2 est relatif à l'entretien déontologique.

⁴⁴⁰ Les articles 7-3 et 7-4 sont relatifs à la déclaration de patrimoine.

⁴⁴¹ Du fait de son statut, le juge n'a pas à justifier de son impartialité, laquelle résulte des garanties apportées à l'exercice de sa mission, et des modalités procédurales qui permettent aux parties de la contester. L'institution d'une obligation de déclaration d'intérêts pour les magistrats de l'ordre judiciaire pourrait conduire à renverser la charge de la preuve de l'impartialité du juge, qui serait contraint de rapporter la preuve de celle-ci par la production de la

La Commission de recueil des déclarations de patrimoine des magistrats de l'ordre judiciaire a été créée pour recevoir ces déclarations afin de garantir l'indépendance de la magistrature⁴⁴², qui pourra, au besoin, saisir l'administration fiscale.

L'entretien déontologique a quant à lui pour objet de prévenir tout conflit d'intérêts⁴⁴³. L'objectif de prévention et de contrôle effectif des conflits d'intérêts a dicté le choix du critère de la proximité s'agissant des autorités avec lesquelles les magistrats auront cet entretien, qui sera l'occasion de rappeler au magistrat ses obligations déontologiques et notamment de déport⁴⁴⁴.

Par ces modifications, la réforme organique entend d'une part renforcer la confiance des citoyens dans l'institution judiciaire en garantissant effectivement que les magistrats agissent avec impartialité, indépendance, intégrité, objectivité et probité, en servant l'intérêt général et non des intérêts particuliers. D'autre part, l'impact majeur attendu est le renforcement de la prévention des conflits d'intérêts.

Les efforts de transparence devraient, en outre, permettre de prévenir tout soupçon de conflits d'intérêts et d'éviter le recours à des mesures plus contraignantes, portant atteinte à l'image de l'institution judiciaire⁴⁴⁵.

déclaration d'intérêts. Les parties, informées qu'une telle déclaration a dû être effectuée, pourraient demander à ce que celle-ci soit produite chaque fois qu'elles souhaiteraient mettre en doute l'impartialité du juge. Dès lors il serait difficile d'imaginer que ce document puisse conserver une quelconque confidentialité.

⁴⁴² La Haute autorité de la transparence de la vie publique créée par le projet de loi n° 1005, relatif à la transparence de la vie publique, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 24 avril 2013, texte adopté, n° 208, le 17 septembre 2013 (article 19), ou la Commission de déontologie de la fonction publique, placée auprès du Premier ministre créé par le projet de loi relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires (article 8) ne présentaient pas ces garanties d'indépendance.

⁴⁴³ Seuls le Premier président de la Cour de cassation et le Procureur général près cette Cour sont exclus de ce dispositif.

⁴⁴⁴ Chaque magistrat s'entretiendra avec l'autorité chargée de l'organisation de la juridiction ou du service dans lequel il exerce. Voir § 28 de la présente étude en ce qui concerne la lutte contre les conflits d'intérêts et la garantie de l'impartialité au moyen de la récusation.

⁴⁴⁵ Etude d'impact relative au projet de loi organique relatif au renforcement des obligations déontologiques des magistrats de l'ordre judiciaire, 22 juillet 2013.

71. En somme, si la magistrature désormais en place conserve une certaine indépendance, les garanties sont parfois lacunaires, en raison des modalités de nominations et des quelques entorses faites à l'inamovibilité. De plus, la Révolution, sous couvert de la consécration de la séparation des pouvoirs au cœur de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, s'est contentée de donner l'apparence d'une indépendance de la Justice : d'une part, refusant d'accorder tout pouvoir d'interprétation aux juges, le pouvoir de juger demeure soumis à la loi et donc au Parlement ; d'autre part, la Constitution de 1958 entérine une ambiguïté en faisant du Président de la République le garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire, associé à un C.S.M.⁴⁴⁶ majoritairement composé de représentants de l'exécutif⁴⁴⁷.

Derrière ces quelques lacunes en matière de garantie de l'indépendance des juges, il faut finalement percevoir une certaine vulnérabilité des magistrats face aux pressions qu'ils pourraient subir, aux émotions passives.

Il faut également voir dans ces quelques contradictions, l'une des raisons des revendications d'indépendance des juges au sein de la société actuelle. En effet, l'objectif affirmé de consacrer cette qualité, confronté à la réalité de certaines dispositions, a pu faire naître des frustrations. La problématique de l'indépendance de la Justice est ainsi devenue dans l'esprit collectif un idéal difficilement atteint⁴⁴⁸.

Ainsi, au-delà des garanties, c'est donc l'apparence d'indépendance qui doit être sauvegardée afin de restaurer au sein de la société cette confiance en la justice qui permettra à nouveau d'asseoir l'autorité de la chose jugée⁴⁴⁹.

2. La nécessaire perception de l'indépendance par les citoyens

72. Parfois, l'indépendance des juges est mise à mal par l'interventionnisme des représentants politiques dans l'office des juges.

A titre préliminaire, il faut bien distinguer les intrusions réellement constatées du pouvoir politique dans le fonctionnement judiciaire des circonstances dans lesquelles l'indépendance de la magistrature est remise en cause dans les discours publics, non suivis d'effets.

⁴⁴⁶ Art. 64 de la Constitution du 4 octobre 1958.

⁴⁴⁷ J-D. BREDIN, « Qu'est-ce que l'indépendance du juge ? », *Justices*, n°3, janvier- juin 1996, pp. 161-162.

⁴⁴⁸ Si le Comité consultatif pour la révision de la Constitution de 1993 proposait d'introduire l'intitulé suivant dans le titre VIII : « de l'indépendance de la magistrature », il est probable que le besoin de réaffirmer l'indépendance se faisait déjà ressentir.

⁴⁴⁹ L'indépendance légitime seule la force obligatoire des décisions judiciaires une fois l'autorité de la chose jugée acquise.

En somme, il s'agit ici d'arbitrer entre les discours d'opportunité politiques et les réelles manifestations de dépendance. Ces deux biais sont graves, le premier parce qu'il porte effectivement atteinte à l'indépendance des juges, les plaçant dans des situations de conflits d'intérêts empêchant ainsi un jugement dénué de ces émotions contraires à la bonne administration de la justice, le second parce qu'il porte atteinte à l'image de la justice en mettant en doute l'apparente indépendance des juges. Cette apparence doit cependant nécessairement être assurée (a) et renforcée (b).

a. L'exigence d'apparence en matière d'indépendance des juges

73. Le concept d'apparence, traité précédemment en matière d'impartialité, concerne également l'exigence d'indépendance structurelle⁴⁵⁰.

C'est aux arrêts *SRAMEK c/ Autriche*, du 22 octobre 1984, et *BELILOS c/ Suisse* du 29 avril 1988 qu'il faut ici se référer⁴⁵¹. Il s'agissait d'examiner respectivement la composition de l'autorité régionale d'approbation des transactions immobilières du Tyrol, et de la commission de police de Lausanne chargée d'infliger des amendes. Dans les deux espèces, il a été conclu à la violation de l'article 6§1 de la C.E.D.H. Dans l'affaire *SRAMEK*, la Cour considère que : « dès lors qu'un tribunal compte parmi ses membres une personne se trouvant - comme en l'espèce - dans un état de subordination de fonctions et de services par rapport à l'une des parties, les justiciables peuvent légitimement douter de l'indépendance de cette personne. Pareille situation met gravement en cause la confiance que les juridictions se doivent d'inspirer dans une société démocratique ». Dans l'arrêt *BELILOS*, la Cour considère que « des considérations de caractère fonctionnel et organique entrent aussi en ligne de compte ; même les apparences peuvent présenter de l'importance [...]».

A Lausanne, le membre de la commission de police est un fonctionnaire supérieur issu de la direction de police et susceptible d'être appelé à y accomplir à nouveau d'autres tâches. Les justiciables auront tendance à voir en lui un membre du corps de police, intégré à une hiérarchie et solidaire de ses collègues. Pareille situation risque d'ébranler la confiance que les juridictions se doivent d'inspirer dans une société démocratique »⁴⁵².

⁴⁵⁰ C.S.M., *Recueil des obligations déontologiques des magistrats*, Paris, Dalloz, 2010, paragraphe a.5, p. 2. « Ils doivent apparaître, aux yeux des citoyens et des justiciables, comme respectant ces principes ». Voir § 49 et s. de la présente étude.

⁴⁵¹ Cour E.D.H., Affaire *BELILOS c/ Suisse*, 29 avril 1988, Requête n° 10328/83.

⁴⁵² L'arrêt renvoie à Cour E.D.H., arrêt *DE CUBBER c/Belgique*, 26 octobre 1984, Requête n° 9186/80.

La lecture de ces arrêts laisse penser que l'exigence d'apparence est stricte. Le fonctionnaire communal, dans l'arrêt BELILOS, siège à titre individuel et n'est pas dans un état de subordination dans l'exercice de ses attributions, il prête un serment distinct de celui des policiers, est à l'abri d'une révocation pendant la durée de son mandat. Mais ce sont des considérations d'ordres fonctionnel et organique qui priment au titre de l'exigence d'apparence.

Il faut approuver la fermeté de la Cour E.D.H., le besoin d'apparence en matière d'indépendance se faisant plus pressant même que pour l'impartialité, tant les suspicions sont fortes en la matière.

Ce souci d'apparence se traduit notamment en droit interne par un certain formalisme procédural. Par exemple, lorsqu'un chef d'Etat assiste à une audience solennelle de rentrée d'une juridiction, il ne prend symboliquement la parole qu'au sein de la Chambre du Conseil ou dans le cabinet du Premier Président et non pas dans la salle d'audience. Ainsi s'exprimait par exemple, le Président de la République Vincent AURIOL lors de l'audience de rentrée de la Cour de cassation le 16 octobre 1947, et plus tard, le 2 octobre 1954 le Président Monsieur René COTY, profitant de l'entrée des Chefs de la Cour pour se lever au diapason avec l'assemblée, marquant ainsi leur qualité d'invité⁴⁵³.

b. Le besoin d'une apparence renforcée

74. L'indépendance des juges est questionnée. En effet, selon une première enquête, les français sondés sont 75% à trouver que la justice fonctionne mal, soit 10 points de plus par rapport au mois de juin de l'année précédente, et 57% ne croient pas les juges d'instruction indépendants du pouvoir politique, ce dernier nombre étant apparemment stable depuis l'année passée⁴⁵⁴.

⁴⁵³ M. ROUSSELET, *Histoire de la magistrature française, des origines à nos jours*, Paris, Plon, 1957, p. 38.

⁴⁵⁴ Sondage BVA pour Le Parisien Dimanche, réalisé auprès d'un échantillon représentatif de la population française âgée de 18 ans et plus, selon la méthode des quotas, de 981 Français recrutés par téléphone et interrogés par Internet les 13 et 14 février 2014.

Au cours d'une table ronde consacrée à l'image de la justice dans l'opinion publique à l'occasion du débat national sur la justice du 21^e siècle⁴⁵⁵, Jean-Paul JEAN exposait les conclusions d'une autre enquête, l'enquête opinion des français sur la justice I.P.S.O.S. de novembre 2013⁴⁵⁶ qui confronte ces opinions avec celles de ceux, parmi les personnes interrogées, qui ont été des justiciables, c'est-à-dire qui ont eu affaire à la justice⁴⁵⁷. Il en résulte que 40% des français considèrent que les juges ne sont pas indépendants.

75. Si les français s'indignent des tentations de la justice⁴⁵⁸, de sorte que le renforcement de l'apparence est nécessaire, c'est tout d'abord en raison de l'interventionnisme des pouvoirs publics. En effet, certains vestiges de la domination exercée par le Roi sur la justice demeurent et les interventions gouvernementales consistant à commenter le travail des magistrats ou les positions à avoir sur un dossier sont autant de manifestations de l'ingérence du pouvoir politique dans l'administration de la justice. Elles ont pour conséquence de laisser planer le doute de la dépendance des juges par rapport aux gouvernants.

Quelques occurrences d'interventions éloquentes de chefs de l'Etat dans la justice seront citées pour illustrer le propos.

⁴⁵⁵ J.-P. JEAN, « L'image de la justice dans l'opinion publique ; évolutions dans le temps et comparaisons européennes », 2^e table ronde, *Actes du débat national sur la justice du 21^e siècle ouvert le 10 janvier 2014*, pp. 44 et s.

⁴⁵⁶ Enquête réalisée par l'institut I.P.S.O.S., *Opinions des Français sur la justice 2013*, en novembre 2013, Sous-Direction de la Statistique et des Etudes, Secrétariat Général, Ministère de la justice, *infostat justice*, janvier 2014, n°125. Enquête téléphonique mise en œuvre sur 3000 personnes, à propos de leurs perceptions générales et attentes. Les réponses spontanées des français, en ce qui concerne leurs attentes prioritaires générales, portent sur les délais qu'ils perçoivent comme imprévisibles, ensuite viennent le besoin de compréhension et d'information générale. En ce qui concerne les opinions des justiciables plus précisément, (pour les affaires pénales, il y a des auteurs et des victimes mais certains auteurs ne déclarent pas avoir eu affaire à la justice) leur opinion s'est améliorée sur tous les plans par rapport à l'enquête réalisée en 2001 avec la mission de justice, auprès des citoyens ayant eu affaire à la justice dans les 3 dernières années dans le cadre d'un contentieux relevant du tribunal d'instance, du tribunal de grande instance, du tribunal de police ou du tribunal correctionnel. Toutefois, même si leur expérience personnelle est favorable, cela ne change pas leurs représentations générales de la justice (sa lenteur par exemple). Les principales qualités attendues des fonctionnaires de justice sont le respect, la courtoisie, la compétence et, en 2001 comme en 2013, l'image est excellente sur ces points. Plus spécifiquement, en ce qui concerne l'impartialité des magistrats, au civil et au pénal, le juge est apparu globalement impartial, en 2001 comme en 2013. Voir L. CRETIN, « L'opinion des français sur la justice », *Infostat justice, bulletin d'information statistique*, Ministère de la justice, Janvier 2014, n°125, 8 p.

⁴⁵⁷ C'est-à-dire les personnes atraies devant la justice, et non usagers de la justice qui vont, par exemple, demander un document administratif.

⁴⁵⁸ J. ROBERT, « De l'indépendance des juges », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1988, p. 5.

L'exemple du Président de la République, prenant publiquement la parole afin de dénoncer des erreurs commises par les magistrats dans l'affaire dite « l'affaire Laëticia », constitue bien une critique *ad hominem*⁴⁵⁹. Le Président de la République a en effet affirmé que des « dysfonctionnements graves » des services de police et au sein de la Justice avaient permis la remise en liberté, sans suivi, du présumé coupable, Tony MEILHON. Ces affirmations annonçaient des sanctions⁴⁶⁰. Outre la terminologie employée, aux antipodes de l'esprit du droit pénal qui garantit la présomption d'innocence, c'est bel et bien une menace d'ingérence dans la mise en œuvre de la responsabilité des magistrats, tout au moins en tentant d'impacter les esprits, qu'il faut déplorer. C'est ainsi que - fait rare - le corps de la magistrature a exercé son droit de grève en décidant le report des audiences les moins urgentes. S'en est alors suivi une autre tentative de dissuasion de la part de la Chancellerie, celle-ci s'attelant à rechercher les identités de chaque magistrat gréviste lors de ce même mouvement.

Le renforcement nécessaire de l'apparence d'indépendance des juges passerait ici par la mesure imposée aux responsables politiques.

Ensuite, le souci d'apparence en matière d'indépendance mène certains auteurs à déplorer la promiscuité entre les membres du parquet et du siège. Il ne faudrait pas, au nom de cette apparence, que l'on puisse passer du premier rôle au second⁴⁶¹.

Enfin, l'imbrication du travail des juges avec celui des policiers, qui, en raison d'un manque budgétaire chronique, se voient déléguer certaines tâches au moyen des commissions rogatoires par les juges, participe également à une certaine promiscuité permettant parfois de douter de l'indépendance de la justice⁴⁶².

⁴⁵⁹ Arrêt rendu par la Cour d'assises de Nantes le 5 juin 2013, condamnant T. MEILHON à la réclusion criminelle à perpétuité assortie d'une peine de sûreté de 22 ans et d'une demande de « rétention de sûreté » pour l'enlèvement, la séquestration et le meurtre de L. PERRAIS, à Pornic, en décembre 2011.

⁴⁶⁰ L'instrumentalisation politique de la souffrance peut aboutir à une « dictature fondée sur l'exploitation et l'émotivité des masses » (M. WEBER, *Le savant et le politique*, trad. C. COLLIOT-THELENE, Paris, la Découverte, 2003, 206 p.), des décisions politiques radicales peuvent être acceptées par des individus craintifs. Voir G. ERNER, *La société des victimes*, Paris, La découverte, 2006, 223 p.

⁴⁶¹ J-F. BURGELIN, « L'indépendance de la justice », in *Travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, 2006, sur le thème, *La justice « La France serait-elle malade de sa justice ? »*, séance publique du lundi 20 mars 2006 : « Quand on a été accusateur public on serait en quelque sorte disqualifié pour être juge ».

⁴⁶² J. GEORGEL, « La dépendance de la magistrature en France », in *Mélanges offerts à J. VELU, Présence du droit public et des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1992, vol. 2, pp. 854-855.

76. Or, s'il faut garantir l'apparence de l'indépendance de la justice, c'est parce qu'elle commande la confiance des français dans la Justice, qui peut être définie, selon le sociologue ARROW, comme une institution invisible, c'est la possibilité de faire une hypothèse sur un comportement futur, c'est donc un économiseur d'institution et de contrat. Elle a donc une dimension de type cognitif.

La confiance est à l'origine de la légitimité. Il en existe trois types, qui sont à la dérive. La première est la légitimité procédurale conférée par l'élection politique. La seconde est la légitimité substantielle qui tient aux qualités intrinsèques de l'individu. La dernière est la légitimité d'exercice qui repose sur le fait que la volonté générale n'est pas seulement exprimée au moment électoral mais qu'elle peut être renouvelée, ou retirée. C'est la raison pour laquelle les institutions doivent représenter, autrement que par le politique, l'intérêt général au moyen de l'impartialité et de leur proximité⁴⁶³, mais également de leur indépendance.

En somme, il faut renforcer l'apparence de l'indépendance des juges pour assurer la confiance des justiciables qui ne craindront plus la connivence entre les juges et les représentants de l'Etat.

77. Cependant, il faut relever qu'il arrive que, loin de dénoncer la proximité d'intérêts entre les puissants de l'Etat et les magistrats, l'opinion renverse ses prétentions lorsqu'il s'agit de revendiquer l'interventionnisme de l'Etat dans les affaires médiatiquement sensibles.

En effet, l'indépendance des juges peut paradoxalement être perçue comme une source d'atteintes à la sécurité des personnes. En effet, un juge dispose de nombreux pouvoirs de décision, tels que la libération conditionnelle d'un individu dont on ne pourra jamais être assuré qu'il ne présentera pas à nouveau un trouble à l'ordre public et à la sécurité des personnes ou le prononcé d'un non-lieu à poursuivre⁴⁶⁴. Derrière la contestation de l'indépendance des juges, se cache alors le reproche, souvent dicté par la stigmatisation du travail de la justice par une partie de la classe politique⁴⁶⁵, d'un laxisme impropre à réaliser la mission de maintien de l'ordre public⁴⁶⁶.

⁴⁶³ Intervention de Pierre ROSANVALLON « Comment définir les demandes d'impartialité et de proximité exprimées par les citoyens aujourd'hui, comment se redessine la légitimité démocratique ? », *Actes du débat national sur la justice du 21^e siècle ouvert le 10 janvier 2014*, p. 27.

⁴⁶⁴ V. sur cette question, M.-A. FRISON-ROCHE, « Indépendance des juges et sécurité des personnes », *D.*, 2006, p. 2745.

⁴⁶⁵ Voir Commission nationale consultative des droits de l'Homme, *Avis sur l'indépendance de la justice*, *J.O.R.F.* n° 0176, du 31 juillet 2013, Assemblée plénière du 27 juin 2013.

⁴⁶⁶ A propos de l'influence des discours publics, il est évident que, dans une perspective électorale, bien inspiré est celui qui tente de séduire l'opinion publique en désignant des coupables à la suite de faits divers médiatisés. L'économiste et sociologue français A. SAUVY s'est exprimé en ces termes : « L'opinion publique est souvent une

Ainsi, en fonction de l'intérêt à faire valoir, l'indépendance est souhaitée ou déplorée, le constat d'un pouvoir exécutif chapeautant le pouvoir judiciaire est dénoncé, ou félicité.

Le renforcement de l'apparence d'indépendance des juges, en protégeant leur travail de l'interventionnisme de l'Etat, préserverait donc encore, indirectement cette fois, la confiance des citoyens en empêchant que le discours politique ne jette le discrédit sur la rigueur des juges.

B. L'indépendance à l'égard des médias et de l'opinion publique

78. A titre liminaire, il convient d'expliquer les raisons pour lesquelles, alors que le rapport de la Justice aux médias est souvent abordé sous l'angle de l'impartialité, cette question sera traitée ici dans le cadre de l'exigence d'indépendance des juges.

Tout d'abord, les définitions des notions d'indépendance et d'impartialité retenues dans la présente démonstration, adoptant les critères d'intériorisation ou d'interaction avec un tiers comme éléments de différenciation, impliquent de traiter le rapport du juge et des médias dans la perspective d'une réflexion relative à l'indépendance. En effet, il s'agit de protéger les magistrats des pressions pouvant être exercées par des tiers⁴⁶⁷. C'est ce même raisonnement qui explique que l'étude des pressions de l'opinion ait également lieu à ce stade.

force politique, et cette force n'est prévue par aucune constitution ». Voir A. SAUVY, *L'opinion publique*, Paris, P.U.F., 1956, 127 p.

Cependant, le discours politique repose alors sur le fait, pour en faire l'élément déclencheur de la norme. Dès lors, un mécanisme juridique comme l'indépendance des juges, plus largement, les règles de droit, ne seraient supportables que si elles ne viennent pas contredire ce fait ressenti majoritairement - en l'espèce la peur de l'insécurité - et ne se trouveraient pas consacrées par leur adoption, par exemple une loi votée, mais par l'admission que nous en avons. Dès lors, si l'on peut montrer que l'indépendance des juges peut parfois nuire à une politique de sécurité des personnes, alors l'indépendance des juges devrait s'exercer de façon limitée.

Mais ce raisonnement repose sur une inversion puisque « c'est le droit qui organise l'ordre social. Il ne peut y avoir de sécurité sans ordre, et, en démocratie, il ne peut y avoir d'ordre sans le droit. L'indépendance des juges, qui n'équivaut pas à leur irresponsabilité, en est au coeur. Monter le fait contre le droit, c'est affaiblir l'ordre, et donc la protection des personnes » Voir M.-A. FRISON-ROCHE, *op. cit.*, p. 2745.

⁴⁶⁷ Voir S. JOSSERAND, *L'impartialité du magistrat en procédure pénale*, Paris, L.G.D.J., 1998, p. 16.

Ensuite, si l'imbrication entre indépendance et impartialité est réelle, dès lors que, du manque d'indépendance dû à l'irrespect, par les journalistes, de certaines garanties imposées, peut découler une certaine partialité des magistrats concernés⁴⁶⁸, les subtilités tenant aux régimes juridiques permettent de rattacher les possibles influences médiatiques aux problématiques relatives à l'indépendance des juges. En effet, la partialité du juge rendant une décision sous l'influence d'un média ne résultant pas de la violation directe d'une garantie d'impartialité, la sanction ne sera pas la nullité de la décision, contrairement aux décisions violant les garanties d'impartialité.

79. La nécessité de protéger les juges de l'influence de l'opinion publique va de pair avec le développement des sources d'information du public. En effet, grâce à l'essor qu'a connu la presse écrite au milieu du 19^{ème} siècle, au développement de la radio, de la télévision et de l'internet, l'actualité judiciaire est devenue accessible au plus grand nombre.

Cette diffusion plus large des décisions de justice, facilitée par les médias, participe à la publicité de la justice et permet donc un regard extérieur sur le travail opéré par les juges. En cela, la diffusion médiatique du déroulement des procès permet un contrôle supplémentaire de la bonne administration de la justice.

Toutefois, si la presse peut révéler à grande échelle les erreurs de la justice, la médiatisation de la justice ne présente pas que des avantages.

En effet, d'une part, le contrôle que permettent les médias reste limité⁴⁶⁹, et d'autre part, la médiatisation de la justice présente des risques⁴⁷⁰ : parfois, la presse révélera au grand public les positions de l'accusation et attisera le mépris de l'opinion publique à l'égard de la personne mise en cause.

⁴⁶⁸ Les propos de Georges LEVASSEUR traduisent l'imbrication entre la dépendance et l'impartialité dans les rapports des juges aux médias : « on peut redouter que des comptes rendus plus ou moins tendancieux n'aient pour résultat de fausser le cours de la justice [...]. Il en serait de même si la connaissance de certains articles d'information créait un préjugé dans l'esprit et dans la conscience des magistrats », G. LEVASSEUR, « Rapport introductif français », in *Vingt-deuxièmes journées de défense sociale, journées franco-suisse, la publicité dans le procès pénal*, R.S.C., 1976, p. 526.

⁴⁶⁹ Prenons l'exemple de l'affaire des H.L.M. de la Ville de Paris, qui concernait des détournements de la procédure des marchés publics et des versements de commissions occultes par les entreprises du bâtiment et travaux publics, à l'occasion de la construction ou de la rénovation des marchés H.L.M. de la Ville de Paris. Les médias en ont parlé, ce qui n'a pas empêché l'étouffement de l'affaire, puisqu'après neuf ans d'instruction, plus aucun responsable politique mis en cause au stade de l'instruction ne figure parmi les prévenus devant la 11^e chambre du T.C. de Paris.

⁴⁷⁰ Voir R. BADINTER, « Justice et médias dans la société de l'information : le couple infernal », in *BADINTER (R.), BREYER (S.), Les entretiens de Provence, Le juge dans la société contemporaine*, Paris, Fayard, publications de la Sorbonne, 2003, pp. 307-328.

Dans d'autres cas, elle sera le vecteur de cette opinion toute acquise contre l'accusé jusqu'aux oreilles des magistrats concernés par le jugement de l'affaire, au risque d'influencer leur décision⁴⁷¹. L'impact des informations relayées par les médias a pu être démontré, dans la mesure où ces derniers divulguent en général des renseignements négatifs sur la personne mise en cause et engendrent ainsi des émotions négatives chez les juges⁴⁷². Ces influences concernent les juges professionnels ainsi que les jurés que l'expérience de la Cour d'assises impressionne encore davantage. C'est alors la présomption d'innocence qui est mise à mal et les atteintes aux droits de la défense seront d'autant plus importantes que le champ de diffusion de l'information sera vaste⁴⁷³.

Finalement, l'enjeu de la protection des juges contre les opinions révélées par les médias réside dans le fait ne pas laisser l'opinion du public intégrer la réflexion du juge. En effet, nombre d'erreurs judiciaires trouvent leur cause dans les passions publiques⁴⁷⁴, souvent extrêmes et, par définition, éloignées de la réalité des dossiers et de la procédure⁴⁷⁵.

⁴⁷¹ M. LAILLER, H. VONOVEN, *Les erreurs judiciaires et leurs causes*, Paris, A. Pedone, 1897, p. 39.

⁴⁷² Voir par exemple, E. CONSTANTINI, J. KING, « The partial juror : correlates and causes of prejudgment », *Law and society review*, 1980-1981, vol. 15, n°1, pp. 9-40.

⁴⁷³ Certains exemples de procès nationaux attendus permettent de mettre en évidence les dérives possibles. L'affaire d'Outreau a été particulièrement médiatisée et c'est l'une des problématiques qu'elle a pu soulever. Les suites sont intéressantes et le procès d'Angers, dans lequel la Cour d'assises avait à connaître du même type de faits de pédophilie dans un contexte également médiatisé, a pourtant su éviter les pièges. Il s'agissait de préserver les débats en organisant la mise à distance de l'opinion publique, tout en faisant le choix d'écarter le *huis clos*, craignant que les médias ne soient moins modérés dans le cas contraire et que les avocats retranscrivent les débats sans le souci de la fidélité à la réalité. Voir E. LINDEN, « Justice et opinion publique: réflexions après le procès d'Angers », in *Entre magistrat dans la cité, entre légitimes attentes et tentations démagogiques, Les cahiers de la justice, revue de l'Ecole nationale de la magistrature*, Printemps 2007, pp. 135-139. Voir § 233 et s. de la présente étude.

⁴⁷⁴ M. LAILLER, H. VONOVEN, *op. cit.*, pp. 27 et s.

⁴⁷⁵ Les dangers d'un système judiciaire surmédiatisé apparaissent à travers la comparaison prudente qui pourrait être faite avec les procédures américaines. En effet, aux Etats-Unis, l'opinion publique accède au procès par l'intermédiaire des médias admis aux audiences. Ils maîtrisent, aussi bien que les avocats, l'art oratoire du débat et de la mise en scène et permettent le contrôle par l'opinion publique de la valeur du débat judiciaire. La garantie de l'impartialité apparente se fait alors *a posteriori* par le biais du consensus public, alors que l'opinion dispose dans les cas de suspicion de la procédure du *recall of judicial decision*, sorte de *referendum* sur une décision judiciaire pour s'opposer à cette dernière. V. MAGNIER, « La notion de justice impartiale », *J.C.P.*, 2000, I, 252, p. 1600.

Cette conception de l'apparence, participant du mouvement impulsé par la Cour E.D.H., convient à un droit essentiellement procédural tel que celui applicable aux Etats-Unis et peut présenter des risques en France, d'autant que les médias n'y sont en principe pas autorisés à capter d'images ou de sons, de sorte que seule la retranscription des débats n'est possible, avec les risques d'imprécision que cela comporte. Voir sur ce point, § 234 et s. de la présente étude. Le rôle des médias ne doit alors être calqué sur celui qui leur est reconnu outre-Atlantique.

On peut faire référence aux propos de l'avocat Vincent de MORO-GIAFFERI: « L'opinion publique, chassez-là, cette intruse, cette prostituée qui tire le juge par la manche ».

Toutefois, dès lors que le juge n'est pas suffisamment protégé contre ces influences, il se retrouve confronté au différentiel suivant : le droit commande de décider dans un premier sens, mais l'opinion publique ne comprendrait pas un tel choix puisqu'elle demande la décision contraire. Ainsi, par exemple, un juge ayant lu des commentaires sur sa façon de mener les débats, qui doit à nouveau entendre un prévenu sur la même affaire, se déterminera probablement ensuite par référence à ce qu'on a pensé de lui. Par ailleurs, la célébrité de certains juges peut ajouter à leur désir de plaire au public ou par celui de le surprendre⁴⁷⁶.

Mais l'influence peut être plus forte encore lorsque le juge a lui-même du mal à se forger son intime conviction sur un dossier. Dans ce cas, il peut être tenté de se référer à l'opinion publique qui, par le scandale et l'émotion collective, révélerait l'attachement à certaines valeurs sociales⁴⁷⁷. Ainsi, en lisant de nombreux articles, les juges peuvent perdre leur objectivité et risquent de se livrer au conformisme général.

C'est ainsi qu'apparaît le poids de l'émotion publique sur les magistrats, forgée et véhiculée par les médias, que le juge peut intégrer, souvent inconsciemment, en en faisant sa propre conviction. Dans d'autres cas, cette émotion publique vient simplement ajouter une contradiction à la conviction du juge, suffisamment forte pour qu'il soit parfois difficile de s'en extraire. Il est donc nécessaire que le droit protège les juges des influences des émotions publiques véhiculées par le biais des médias⁴⁷⁸. Cette protection passe par l'encadrement de la liberté d'expression ainsi que par l'organisation du secret de la procédure (1). Par ailleurs, il faut garantir l'indépendance des juges à l'égard des citoyens qui chercheraient à exercer sur eux des pressions directes, en les protégeant contre les menaces et autres violences (2).

1. Les limites à la liberté d'expression en matière judiciaire et le secret de la procédure

80. La protection des magistrats de l'influence des émotions publiques véhiculées par les médias passe tout d'abord par l'organisation du secret des étapes de la procédure qui ont pour objet la recherche de la vérité et la constitution du dossier.

⁴⁷⁶ Ce sera *a fortiori* le cas dans des systèmes comme les Etats-Unis dans lesquels les juges sont élus.

⁴⁷⁷ Voir § 228 et s. de la présente étude.

⁴⁷⁸ Il s'agit ici de le protéger de l'émotion collective qui tendrait à influencer sur l'appréciation des faits d'une affaire en particulier. Lorsque l'émotion révèle plus largement l'attachement à une valeur sociale, indépendamment de l'appréciation des faits d'une espèce, elle peut légitimement être prise en compte par le juge. Voir § 228 et s. et § 267 et s. de la présente étude.

En effet, la question de la communication des affaires judiciaires repose en premier lieu, et suivant les phases du procès pénal, sur le principe du secret de l'enquête et de l'instruction⁴⁷⁹. Pensé pour protéger l'enquête et garantir la présomption d'innocence, le secret incombe à « toute personne qui concourt à la procédure » et sa violation est passible d'un an d'emprisonnement⁴⁸⁰. Mais, si le secret est posé, c'est d'abord pour la bonne administration de la justice, mais également pour éviter que l'opinion publique ne s'enflamme contre une personne qui doit être présumée innocente. Il faut craindre les émotions véhiculées par les médias dans l'opinion publique⁴⁸¹.

D'ailleurs, lorsque le secret de l'instruction fait l'objet d'entraves, c'est précisément pour tenter d'instrumentaliser les médias afin de provoquer cet « emballement » émotionnel dans l'opinion publique⁴⁸². Ainsi, il arrive que les policiers diffusent des informations, et les magistrats instructeurs ont eux-mêmes parfois intérêt à ce que les médias s'emparent d'une affaire. Ils recherchent alors le soutien de l'opinion publique afin de contraindre le parquet à aller dans leur sens⁴⁸³.

L'instrumentalisation des médias peut également être le fait des avocats pénalistes⁴⁸⁴. Bien qu'ils ne soient pas concernés par la règle du secret de l'instruction, ils doivent cependant respecter le secret professionnel.

Serge GUINCHARD décrit une époque où les journalistes se mettent du côté des avocats, qu'il désigne comme étant une « République des avocats »⁴⁸⁵. En effet, il n'est pas rare de voir des avocats plaider la cause de leurs clients hors de la salle d'audience, parfois même sur des plateaux télévisés.

⁴⁷⁹ Article 11 du code de procédure pénale : « sauf dans le cas où la loi en dispose autrement et sans préjudice des droits de la défense, la procédure au cours de l'enquête et de l'instruction est secrète ».

⁴⁸⁰ Article 226-13 du code pénal.

⁴⁸¹ Il s'agit également de protéger les familles des victimes qui tiennent à leur intimité dans des moments par définition difficiles. Cette idée ressort du questionnaire adressé aux juges à propos de l'éthique, voir A. GARAPON, « Le juge et son éthique : synthèse des réponses au questionnaire », *Les Cahiers de l'I.H.E.J.*, Paris, Institut des hautes études sur la justice, n°1, 1993, p. 22.

⁴⁸² Voir S. GUINCHARD, *Les procès hors les murs*, in *Droit civil, procédure, linguistique juridique, écrits en hommage à G. CORNU*, Paris, P.U.F., 1994, pp. 201-216.

⁴⁸³ A. GARAPON parle de « mentalité de croisé » pour désigner le fait que les magistrats justifient parfois la médiatisation par un souci d'éthique. Voir A. GARAPON, « La justice est-elle « délocalisable » dans les médias ? », *Droit et société*, n°26, 1994, pp. 73 et s.

⁴⁸⁴ Sur les différentes instrumentalisation possibles, voir M. PEYROT, « Le magistrat et la pression médiatique », in *Etre magistrat dans la cité, entre légitimes attentes et tentations démagogiques*, *Les cahiers de la justice, revue de l'Ecole nationale de la magistrature*, Printemps 2007, pp. 129 et s.

⁴⁸⁵ S. GUINCHARD, *op. cit.*, pp. 201-216.

Plus encore, ils diffusent parfois l'ordonnance de mise en accusation, permettant au grand public de connaître les détails des faits sur lesquels porte le procès⁴⁸⁶. Ils espèrent ainsi faire peser sur les juges le poids de l'opinion publique, moins avertie des techniques de manipulation de la vérité et donc plus facilement influençable.

Et puis, il faut rappeler que les journalistes ne sont pas soumis au secret de l'instruction, même s'ils peuvent toutefois être poursuivis pour recel de violation du secret de l'instruction. En pratique, ils sont protégés par le secret des sources et le droit à l'information⁴⁸⁷, qui permettent de développer le procès hors des murs, selon la formule consacrée par Serge GUINCHARD, en pratiquant un journalisme d'investigation⁴⁸⁸.

Une incohérence apparaît donc : ceux qui sont informés doivent garder le silence, alors que ceux qui informent ne sont pas censés détenir les informations.

Finalement, alors que les médias devraient constituer un contre-pouvoir permettant d'informer les citoyens de ce que fait la justice, le risque est qu'ils tendent à devenir une justice concurrente, qui se fait en dehors de toutes garanties procédurales, accentuant ainsi la défiance sociale envers la justice institutionnelle et venant parasiter la sérénité du travail des juges⁴⁸⁹. Ce sont ces dérives que la procédure pénale tente d'éviter en érigeant le secret.

81. Par ailleurs, la protection des juges se fait par le biais de l'encadrement de la liberté d'expression.

L'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme consacrant ce droit, précise en son deuxième paragraphe quelques conditions et restrictions auxquelles peut être soumise la liberté d'expression afin notamment de « garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire »⁴⁹⁰.

⁴⁸⁶ Voir E. LINDEN, *op. cit.*, pp. 135 et s.

⁴⁸⁷ Article 10 de la C.E.D.H..

⁴⁸⁸ S. GUINCHARD, *op. cit.*, pp. 201-216.

⁴⁸⁹ F. LYN, « Le droit du procès pénal à l'épreuve de la médiatisation », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 01 mars 2003, n°1, pp. 87-98.

⁴⁹⁰ Reste que, d'une manière plus générale, la liberté d'expression fait l'objet d'une protection particulièrement vigoureuse par la Cour E.D.H. et que certaines atteintes au droit au respect de la vie privée peuvent même être justifiées par le droit à l'information du public, dès lors qu'aucune atteinte à la dignité humaine n'est constatée. Voir par ex., Cour E.D.H., 18 août 2004, éditions Plon c/ France, Requête n°58148/00: l'interdiction de la publication du livre de l'ancien médecin du Président MITTERAND constitue une atteinte à la liberté d'expression, qui ne pourrait être tolérée, sans être contraire à la Convention, que si les conditions de l'art 10§2 étaient remplies (une immixtion peut être justifiée si elle est prévue par la loi, qu'elle est inspirée par des buts légitimes et est nécessaire dans une société démocratique. En l'espèce, « nul besoin social impérieux ne justifiait plus l'interdiction de la diffusion » du livre plusieurs mois après le décès du Président).

Les dangers de la liberté d'expression au regard de l'indépendance de la Justice apparaissent à travers certains arrêts de la Cour E.D.H., justifiant d'ailleurs que celle-ci y admette certaines restrictions. La Cour E.D.H. a par exemple autorisé dans son arrêt WORM contre Autriche du 29 août 1997, une certaine restriction à la liberté d'expression d'un journaliste, auteur d'un article relatif à la procédure pour fraude fiscale dont faisait l'objet un ancien Ministre des finances, qui avait en l'espèce énoncé la culpabilité du prévenu comme étant certaine, puisqu'elle approuve sa condamnation par les juridictions autrichiennes justifiée par le reproche d'avoir tenté d'exercer une influence abusive sur l'issue de la procédure et d'avoir mis en péril le cours de la justice⁴⁹¹.

Le lien entre la restriction à la liberté d'expression et la volonté de garantir l'indépendance des juges dans leur raisonnement apparaît ici de manière évidente.

C'est d'ailleurs cette même logique qui conduit la Cour E.D.H. à se montrer davantage protectrice de la liberté d'expression du journaliste qui commente une décision de justice d'ores et déjà rendue⁴⁹². En effet, l'atteinte à la liberté d'expression n'est plus nécessaire lorsque celle-ci ne risque plus d'influencer le cours de la justice.

Ainsi, si des restrictions à la liberté d'expression sont admises par la Cour E.D.H., c'est bien aux fins de protection des juges contre les influences qu'elle pourrait faire peser sur eux.

Le droit interne prévoit également la possibilité d'encadrer la liberté d'expression, au moyen de certaines restrictions.

La première limite légale à la liberté d'expression du journaliste réside dans l'interdiction de « publier, avant l'intervention de la décision juridictionnelle définitive, des commentaires tendant à exercer des pressions en vue d'influencer [...] la décision des juridictions d'instruction ou de jugement ». Ce délit prévu par l'article 434-16 du code pénal⁴⁹³ protège les juridictions avant qu'elles n'arrêtent leurs décisions, contre les pressions de la presse.

En effet, l'élément matériel de délit formel est le fait, pour un journaliste, de faire un commentaire qui « tend à exercer des pressions », peu important que les pressions aient eu une influence sur la décision des juges.

⁴⁹¹ Cour E.D.H., 29 août 1997, n° 22714/93, WORM c/ Autriche.

⁴⁹² L'arrêt De HAES et GIJSELS contre Belgique du 24 février 1997, n° 19983/92 en est une illustration. Deux journalistes mettaient en cause l'impartialité de quatre magistrats dans leurs articles, les accusant d'avoir favorisé l'une des parties par amitié ou affinités politiques. Condamnés pour diffamation par les juridictions pénales belges, la cour E.D.H. estime que l'ingérence des autorités publiques dans l'exercice de la liberté d'expression n'avait pas caractère de nécessité et s'en trouve être une violation de l'article 10 de la convention.

⁴⁹³ Voir sur ce point, D. ROETS, *Impartialité et justice pénale*, thèse Poitiers, 1995, p. 251 et s.

Pour caractériser les « pressions », le premier tribunal saisi de la question compara l'incrimination avec celle de la subornation de témoins qui est caractérisée par des « promesses, offres ou présents, pressions, menaces, voies de fait, manœuvres ou artifices »⁴⁹⁴ pour conclure que, puisque dans les deux textes, le mot « pressions » désignait le même comportement⁴⁹⁵, la définition qui en est donnée en matière de subornation est transposable à la présente infraction. Or, la « pression » y est caractérisée par des « menaces déguisées, des demandes réitérées et pressantes, bref tous moyens qui aboutissent à créer une sorte de contrainte sur l'esprit de la personne qui les reçoit »⁴⁹⁶. Cette définition montre bien que l'objet de l'incrimination est de protéger les juges contre les émotions qui l'empêchent d'être indépendant dans sa prise de décision.

Toutefois, cette assimilation a été critiquée⁴⁹⁷. Il reste donc à définir la pression comme une influence plus générale des médias. Ce qu'il s'agit donc de punir, c'est un discours partial, susceptible d'emporter la conviction des personnes qui le lisent et l'écoutent.

La Cour de cassation estime que les juges doivent prendre en considération « les termes et les formes » des commentaires, le seuil, à partir duquel l'intensité des pressions aurait mérité la répression étant très élevé et souvent finalement tout de même caractérisé par la présence de « menaces ou contraintes envers la juridiction pour la déterminer à prendre une décision »⁴⁹⁸.

De plus, la Cour d'Appel de Rouen, dans son arrêt du 11 décembre 1984, a ajouté au texte une condition : celle du caractère massif de commentaires dont l'ensemble constitue une campagne de presse, pour en déduire que les auteurs du délit doivent s'adresser à l'opinion publique dans son ensemble. La chambre criminelle a rejeté le pourvoi formé contre cette décision, adhérant implicitement à cette position⁴⁹⁹. Cette interprétation explique le déclin de l'incrimination.

⁴⁹⁴ Art. 434-15 du code pénal.

⁴⁹⁵ A propos du jugement du T.C. Rouen, du 19 juin 1959, voir L. HUGUENEY, « Crimes et délits contre la chose publique », *R.S.C.*, 1960, pp. 75-78, spécifiquement, p. 76.

⁴⁹⁶ R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, Paris, Cujas, 1981, n° 571, p. 442 ; voir également, Y. MAYAUD, *Jurisclasseur, Pénal*, 10 janvier 2008, art. 434-15, fasc. 20 ; Voir Cass. crim., 26 janvier 1972, *Gaz. Pal.*, 1972, n° 2, p. 718.

⁴⁹⁷ Les critiques reposent sur le fait que, contrairement aux circonstances de la subornation de témoin, aucune relation personnelle ne s'établit entre le juge et le journaliste. De plus, la subornation vise directement quelques témoins déterminés, alors que le commentaire illicite ne s'adresse à personne en particulier mais à l'opinion publique en général, qui la répercute les juges.

⁴⁹⁸ Voir Cass. crim., 4 novembre 1987, *bull. crim.*, 1987, n° 388, p. 1024 ; Cass. crim., 27 octobre 1992, *bull. crim.*, 1992, n° 343, p. 943, sous l'empire de l'ancien article 227 du code pénal. Une simple imprudence ne suffirait pas à caractériser l'infraction. Cass. crim., 15 mai 1961, *J.C.P. G.*, 1961, II, 12233, note P. MIMIN.

⁴⁹⁹ Cass. crim., 4 nov. 1987, *bull. crim.*, 1987, n° 388, p. 1024.

L'élément moral du délit participe également à l'appréciation stricte de l'incrimination, dès lors que l'article 434-16 incrimine des « commentaires tendant à exercer des pressions en vue d'influencer les déclarations des témoins ou la décision des juridictions ». Il semble donc que l'incrimination suppose que les influences soient intentionnellement recherchées, antérieurement à l'adoption d'une décision définitive. Ainsi, la conscience de la « pression » exercée par son commentaire constitue le dol général de l'infraction, alors que l'espoir d'influencer la solution du juge dans un sens constitue le dol spécial. Si l'on exige le cumul de ces dols, la répression sera limitée. La cour d'appel de Limoges a considéré que « la loi punit la connaissance sans s'occuper du mobile, et de la possibilité sans s'occuper de l'effet », ajoutant que, de toute façon « les commentaires incriminés n'étaient pas de taille à exercer une influence quelconque »⁵⁰⁰. D'autres arrêts vont dans le sens contraire et il s'agit là de la position de la chambre criminelle de la Cour de cassation⁵⁰¹.

Dès lors, si ces restrictions visent bien à protéger le juge contre les influences exercées par la presse, la complexité de la caractérisation de l'infraction rend donc l'article 434-16 précité presque inapplicable.

Ensuite, une autre limite à la liberté d'expression relève de l'article 38 al. 1^{er} de la loi de 1881 qui vient poser le principe de l'interdiction de publier les actes d'accusation et tout acte de procédure criminelle ou correctionnelle avant qu'ils aient été lus en audience publique⁵⁰². Il s'agit d'éviter, dans l'intérêt de la défense comme de celui de l'accusation, que la publication prématurée des pièces et leur critique éventuelle ne risque d'influencer l'esprit des juges.

Enfin, la dernière limite légale à la liberté d'expression, dépassant le stricte cadre de la presse, tient à l'interdiction de « jeter le discrédit publiquement, par actes, paroles, écrits ou images, sur un acte ou une décision juridictionnelle dans des conditions de nature à porter atteinte à l'autorité de la justice ou son indépendance »⁵⁰³. Ce délit prévu à l'article 434-25 du code pénal sanctionne le journaliste ou citoyen, à l'origine d'une accusation lancée à l'encontre du magistrat.

⁵⁰⁰ C.A. Limoges, 8 févr. 1962, attaqué au moyen d'un pourvoi rejeté par Cass. crim., 2 mai 1963, *bull. crim.*, 1963, n° 164, p. 334.

⁵⁰¹ La chambre criminelle va dans le sens de l'exigence du dol spécial et qualifie de « surabondants et erronés » les motifs relevés dans la décision de la cour de Limoges qui rejetait la nécessité d'un dol spécial (Cass. crim., 2 mai 1963, *op. cit.*).

⁵⁰² L'auteur de l'infraction encourt une amende de 25 000 francs.

⁵⁰³ Il faut trouver, ici encore, la manifestation de l'intégration des rapports entre la justice et les médias au coeur de la problématique de l'indépendance.

La jurisprudence œuvre également à la protection des magistrats puisque la Cour de cassation estime de manière générale que les déclarations ne doivent pas excéder les limites de la libre critique permise aux citoyens et ne doivent pas atteindre, au-delà même des magistrats, l'institution toute entière⁵⁰⁴.

2. La protection des juges contre les violences et l'émotion

82. La vulnérabilité des juges face aux violences diverses exercées sur eux est un aspect obscur de leur profession.

L'avis du C.S.M. du 11 mars 2004 a permis de constater une augmentation du nombre d'attaques personnelles dirigées contre des magistrats⁵⁰⁵. Ce constat est corroboré par l'évolution du nombre de demandes de protection statutaire adressées au ministère de la justice⁵⁰⁶.

En effet, le C.S.M. avait demandé une étude au ministère de la justice relative à la nature des attaques ayant fait l'objet d'une demande de protection statutaire par des magistrats en 2003⁵⁰⁷. Il en résulte que 31 actions pénales ont été engagées contre des magistrats par des justiciables mécontents, 24 diffamations contre lesquelles le magistrat agit en demande au pénal ou au civil ; 7 atteintes aux biens des magistrats ont été constatées ; 5 actions civiles en responsabilité ; 5 atteintes à leur personne ; 4 menaces ; 3 outrages. Toutes les demandes de protection présentées par les magistrats depuis janvier 2002 ont été acceptées par le ministère, sauf une⁵⁰⁸.

⁵⁰⁴ Par exemple, l'arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation en date du 16 février 1994, approuve la condamnation par une cour d'appel pour complicité d'outrage à magistrat à l'encontre d'un prévenu, qui avait adressé au juge une lettre en ces termes, à la demande d'un justiciable mécontent : « nous constatons que vous faites volontairement un blocage à notre plainte au pénal » (Cass. crim., 16 février 1994, *dr. pén.*, juin 1994, n° 130, p. 7) ; Dans un arrêt du 10 mai 1994, la chambre criminelle refuse d'annuler la condamnation d'un journaliste et de son directeur de publication pour diffamation publique envers un fonctionnaire public et complicité, la journaliste ayant écrit dans le compte rendu des débats d'une cour d'assises : « on a vu la présidente se muer au fil de la journée en procureur général... Elle ne devrait pas donner l'impression de quitter son habit pour un autre » (Cass. crim., 10 mai 1994, *dr. pén.*, octobre 1994, n°217, p. 12). L'article aurait selon la Cour de cassation dépassé « les limites d'un véritable compte rendu judiciaire », et « les propos contenaient une imputation de partialité qui portait atteinte à l'honneur et à la considération de la présidente à raison de sa qualité et de ses fonctions ».

⁵⁰⁵ C.S.M., avis du 11 mars 2004.

⁵⁰⁶ C.S.M., avis du 11 mars 2004 : « d'une quinzaine de cas par an en 1997 et 1998, on est passé à 64 en 2000 et 2001, 53 en 2002, puis 80 en 2003, dont 72 relatifs à des magistrats. On peut relever aussi la progression du nombre de condamnations prononcées pour outrage à magistrat (194 en 2000, 198 en 2001, 223 en 2002) ».

⁵⁰⁷ Directeur des services judiciaires du ministère de la justice, note du 18 février 2004 adressée au C.S.M., *in C.S.M., avis du 11 mars 2004*.

⁵⁰⁸ Il est possible de constater l'augmentation de la mise en œuvre de cette protection: une quinzaine de cas par an en 1997 à 72 dossiers ouverts concernant 79 magistrats en 2003. Voir sur ce point l'avis du C.S.M., du 11 mars 2004.

Il est en effet fréquent de voir des magistrats mis en cause lors des audiences et même jusqu'à leur domicile. Il peut également arriver que des enquêtes soient effectuées afin de connaître l'entourage du juge et remettre en cause son impartialité, que des menaces ou agressions physiques soient dirigées contre des magistrats (jets d'objets sur les juges, gestes agressifs ou obscènes, menaces de mort, agressions physiques telles que gifles, coups, blessures avec arme, envoi de lettres de menaces) ou encore que des attentats contre les bâtiments judiciaires ou les biens appartenant à des magistrats soit perpétrés⁵⁰⁹.

Aux dires des magistrats, cette problématique se pose davantage lorsque la juridiction dans laquelle ils exercent permet la promiscuité⁵¹⁰.

Ces atteintes sont destinées à déstabiliser le magistrat avant sa décision ou à l'issue de son prononcé. Elles sont sources de pressions et de craintes. Il faut donc protéger les magistrats pour qu'ils ne subissent pas ces émotions de natures à influencer leurs décisions.

83. Pour combattre ces phénomènes, plusieurs dispositions existent. Tout d'abord, le code pénal et la loi de 1881 sur la liberté de la presse assurent aux magistrats une protection en cas d'atteintes physiques, menaces, violences contre les biens personnels du magistrat en vue d'influencer son comportement dans l'exercice de ses fonctions, de corruption active, d'outrage, de pressions en vue d'influencer la décision des juridictions, de discrédit jeté sur un acte ou une décision juridictionnelle, de diffamation envers un magistrat ou envers les cours et tribunaux.

Au-delà de ces dispositions, l'article 11 du statut de la magistrature prévoit que « les magistrats sont protégés contre les menaces, attaques de quelque nature que ce soit, dont ils peuvent faire l'objet dans l'exercice ou à l'occasion de leurs fonctions. L'Etat doit réparer le préjudice direct qui en résulte, dans tous les cas non prévus par la législation des pensions ».

⁵⁰⁹ Par exemple, en 1996, le domicile privé d'un Procureur de la République avait été incendié ; en janvier 2002, un attentat était perpétré contre le domicile privé d'un substitut ; des locaux judiciaires étaient incendiés en juillet 2002 à l'occasion d'une audience devant la chambre de l'instruction et un palais de justice faisait l'objet d'un mitraillage en février 2003 ; en août 2003, le véhicule d'un Président de tribunal faisait l'objet d'un attentat, à son domicile, et pour terminer par un exemple récent, souvenons-nous de l'homicide commis en 2012 à Bordeaux.

⁵¹⁰ Tel est le cas dans les D.O.M.-T.O.M. ou dans les ressorts des petits tribunaux de campagne, où ils seront plus facilement pris à partis dans leur cadre privé.

Toutefois, certaines insuffisances sont à constater dans la lutte contre ces attaques. Tout d'abord, l'ineffectivité de ces mesures vient, outre la difficile constatation de ces infractions, du fait que de nombreuses incriminations nécessitent la plainte du magistrat victime pour mettre en mouvement l'action publique. En effet, il incombe aux magistrats de faire constater les faits commis et de les porter à la connaissance des autorités compétentes pour y donner suite⁵¹¹. En conséquence, si le magistrat porte plainte, il se verra déssaisi de la procédure à l'occasion de laquelle il a été victime. Ceci explique que les magistrats victimes ne dénoncent pas toujours les faits.

Pour remédier à ce problème, le C.S.M. propose d'admettre par une disposition de procédure pénale que la plainte du Garde des sceaux puisse suppléer la plainte du magistrat victime, dans tous les cas où cette plainte constitue un préalable à l'action publique.

Plus largement, saisi d'une demande d'avis suite à une affaire sensible⁵¹², le Conseil formule des propositions tendant à améliorer la sécurité des conditions de travail des magistrats et la protection de l'indépendance de l'autorité judiciaire, considérant que « ce procès a révélé des lacunes au regard des exigences générales de sécurité et de confidentialité des locaux et équipements mis à la disposition des magistrats : insuffisante protection des bureaux de la juridiction en raison tant de la relative vétusté des équipements que de la possibilité d'accès aux locaux de personnes non autorisées. De même, la conception dépassée des systèmes informatiques utilisés et le non-respect des mesures de sécurisation prévues ne permettaient pas d'assurer la sécurité minimale exigée. Des constatations analogues ont été faites en ce qui concerne la sécurité du système téléphonique »⁵¹³.

⁵¹¹ Voir par exemple l'article 433-3 du code pénal concernant les menaces et actes d'intimidation commis contre les personnes exerçant une fonction publique, notamment les magistrats.

⁵¹² Le 30 janvier 2004, la 15e chambre du tribunal correctionnel de Nanterre a rendu sa décision dans la procédure suivie des chefs d'abus de confiance, abus de biens sociaux, complicité et recel de ces délits et prise illégale d'intérêts contre vingt-huit prévenus. L'affaire était médiatique eu égard aux personnalités politiques qu'elle concernait. Le quotidien *Le Parisien* publiait, le 22 octobre 2003, soit cinq jours après la clôture des débats, un article de presse visant M. René GROUMAN, Premier substitut, qui tenait le siège du ministère public à l'audience, dans ces termes : « Renseignements généraux - le procureur de Juppé fiché à l'extrême droite ». Des articles de presse faisant état de pressions subies par des magistrats du tribunal de grande instance de Nanterre, le Président de la République avait demandé au Premier ministre de confier une mission d'enquête administrative au Vice-président du Conseil d'État, au Premier président de la Cour de cassation et au Premier président de la Cour des comptes. Il formulait une demande d'avis par une lettre du 8 mars 2004, invitant le Conseil à se prononcer « sur l'ensemble des questions abordées dans ce rapport, qu'il s'agisse de la sécurité des palais de justice, de l'organisation des procès ou de la protection des magistrats ». Le Conseil constate que les précautions prises ont permis de sauvegarder la sérénité et le secret du délibéré, ainsi que la confidentialité du projet de jugement. Par ailleurs, il constate qu'aucune pression n'a été subie par ces magistrats (C.S.M., avis du 28 avril 2004).

⁵¹³ C.S.M., avis du 28 avril 2004.

Le C.S.M. rappelle alors qu'il est urgent de mettre en œuvre des mesures de sécurisation des juridictions relatives aux personnes, aux locaux et aux systèmes d'information. Il appelle de ses vœux la sécurisation des palais de justice, des salles d'audience et des cabinets des magistrats en contact avec le public⁵¹⁴.

Par ailleurs, il préconise que les magistrats soient formés à la maîtrise des situations de crise pour avoir des réflexes de sécurité. En ce qui concerne les procès sensibles, tous les chefs de juridiction devraient bénéficier systématiquement d'une préparation aux situations d'urgence.

Outre cette formation de base, une préparation particulière des magistrats et fonctionnaires directement impliqués devrait être assurée dès lors que l'audience se veut sensible. Cette formation pourrait être organisée au sein de l'Ecole nationale de la magistrature, dans le cadre de la formation continue.

84. Si les concepts d'impartialité et d'indépendance sont les outils traduisant, sur le plan juridique, l'exigence d'objectivation de la fonction et d'émancipation des magistrats par rapport aux émotions (Section I), la rigueur du cadre juridique de la prévention les protège de l'intrusion des émotions des parties dans leur propre esprit (Section II).

Section II. Le cadre juridique des débats : limite aux émotions des parties

85. Quelques remarques préliminaires sont dictées par les récentes évolutions du droit pénal qui a vu disparaître certains dispositifs qui permettaient d'encadrer le champ des émotions. La procédure encadrerait en effet les débats relatifs à la détermination du *quantum* de la peine : traditionnellement, la loi pénale fixe une peine maximale encourue pour chaque infraction, que le juge ne peut dépasser. Il conserve cependant toute liberté de descendre dans l'échelle des peines, aussi bas qu'il lui paraît approprié de le faire⁵¹⁵. Toutefois, par exception, le terme de « peine-planchers » désignait, jusqu'à récemment, l'impossibilité pour le juge, dans les situations définies par la loi, de prononcer un *quantum* inférieur à un seuil minimal.

⁵¹⁴ Depuis lors, la mise en place de dispositifs systématiques d'organisation et de contrôle a été mise en œuvre au palais de justice de Paris, avec la sécurisation de toutes les entrées du palais au moyen de portiques de contrôles.

⁵¹⁵ Selon l'article 132-24 du code pénal dans son ancienne version : « la juridiction prononce les peines et fixe leur régime en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur ». La loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 ajoute un second alinéa selon lequel « la nature, le quantum et le régime des peines prononcées sont fixés de manière à concilier la protection effective de la société, la sanction du condamné et les intérêts de la victime avec la nécessité de favoriser l'insertion ou la réinsertion du condamné et de prévenir la commission de nouvelles infractions ». Ces dispositions ont été modifiées par l'article 3 de la loi n° 2014-896 du 15 août 2014.

Le système pénal en vigueur dernièrement ne connaissait en réalité que peu de cas de peines planchers. La première hypothèse était celle, consacrée par l'article 132-18 du code pénal, dans laquelle la cour d'assises qui déclarait la culpabilité d'un accusé pour un crime pour lequel la peine encourue est la réclusion ou la détention criminelle à perpétuité, ne pouvait prononcer une peine inférieure à deux ans, ni à un an lorsque la peine encourue est la réclusion (ou la détention) criminelle à temps.

La seconde circonstance au cours de laquelle la liberté du juge dans la détermination de la peine était restreinte résultait de la loi du 10 août 2007 relative à la lutte contre la récidive. En effet, celle-ci instaurait un système restreignant la liberté des juges dans la fixation du *quantum* de certaines peines d'emprisonnement ou de réclusion puisque les crimes ou délits commis en état de récidive légale ne pouvaient être punis d'une peine inférieure aux seuils fixés par la loi et proportionnels au maximum encouru⁵¹⁶. Toutefois, la juridiction gardait la possibilité de prononcer une peine inférieure, par une motivation spéciale détaillant les garanties de réinsertion du condamné.

Dans le cadre de ces circonstances d'une exceptionnelle gravité, la loi tentait ainsi de contourner une éventuelle clémence ou une trop grande compassion des juges et *a fortiori* des jurés. Plus encore, le mécanisme des peines-plancher permettait d'éviter que la pitié ne vienne rompre l'équilibre général de la répression pénale.

En effet, la pitié repose précisément sur des émotions égoïstes de l'individu qui se projette dans une situation et craint que le même malheur subi par l'autre ne le touche un jour. Les juges et les jurés n'ont donc de pitié que dans le cadre de certaines situations suffisamment proches d'eux pour qu'ils puissent s'y projeter. Une injustice en découle donc⁵¹⁷.

Finalement, la fixation de peines plancher réduisait les discussions des magistrats et injectait des éléments plus objectifs dans le choix de certaines peines. Ces considérations n'ont toutefois pas suffi à maintenir en vigueur le système des peines plancher, l'objectif d'une plus large individualisation des peines ayant obtenu la faveur du législateur⁵¹⁸.

⁵¹⁶ L'état de récidive légale désigne la survenance de faits commis après une première condamnation, dans un certain délai, et pour des faits similaires. Voir les articles 132-8 à 132-11 et le nouvel article 132-18-1 du code pénal.

⁵¹⁷ A propos de la mesure que le juge doit conserver dans la compassion et la pitié, voir J. ALLARD, A. GARAPON, F. GROS, *Les vertus du juge*, Paris, Dalloz, 2008, pp. 65 et s., spécifiquement p. 70 : « [L]a pitié est injuste ». B. SPINOZA expose l'inutilité de la pitié dans *L'Ethique*, trad. A. GUERINOT, partie IV, Ivrea, 1993, pp. 286-287.

⁵¹⁸ La réforme pénale pour la prévention de la récidive et l'individualisation de la peine présentée en 2013 a annoncé la suppression des peines plancher (voir le projet de loi relatif à la prévention de la récidive et à l'individualisation des peines, n° 1413, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 9 octobre 2013). Elles ont finalement été

Ces précisions apportées, il faut s'attacher à présent aux dispositions en vigueur. Actuellement, le droit tente de faire en sorte que les émotions des parties ne puissent faire pression sur les magistrats, afin que le raisonnement du juge ne soit pas paralysé. La protection intervient au stade des débats à l'audience (§I), mais également au cours du délibéré (§II).

§I. L'atténuation des émotions échangées au cours de l'audience

86. La procédure pénale délimite la saisine de la juridiction de jugement, ce qui permet de filtrer certaines émotions (A), alors que la possibilité de restreindre la composition de l'auditoire permet également de nuancer l'atmosphère du procès (B).

A. Le cadre de la saisine de la juridiction : premier filtre à certaines émotions

87. Le tribunal correctionnel est saisi des infractions relevant de sa compétence soit par la comparution volontaire des parties, soit par la citation, soit par la convocation par procès-verbal, soit par la comparution immédiate, soit enfin par le renvoi ordonné par la juridiction d'instruction⁵¹⁹.

La saisine de la juridiction permet de délimiter les faits, la qualification qu'ils ont reçue, et donc le fondement légal invoqué, l'étendue des poursuites, les personnes poursuivies⁵²⁰.

Lorsque l'on se trouve au stade de l'appel, la juridiction est tenue par l'acte d'appel et la qualité de l'appelant en raison de l'effet dévolutif de l'appel⁵²¹.

supprimées par la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales, *J.O.R.F.* n° 0189 du 17 août 2014, page 13647.

⁵¹⁹ Art. 388 du C.P.P.

⁵²⁰ Voir notamment l'article 215 du C.P.P. : « L'arrêt de mise en accusation contient, à peine de nullité, l'exposé et la qualification légale des faits, objet de l'accusation, et précise l'identité de l'accusé ».

⁵²¹ En matière d'instruction, le principe est posé par les articles 185 et s. du C.P.P. ; devant la chambre des appels correctionnels, il s'agit de l'article 509 du C.P.P. : « L'affaire est dévolue à la cour d'appel dans la limite fixée par l'acte d'appel et par la qualité de l'appelant ainsi qu'il est dit à l'article 515 » ; L'article 515 du C.P.P. dispose que « la partie civile ne peut, en cause d'appel, former aucune demande nouvelle ; toutefois elle peut demander une augmentation des dommages-intérêts pour le préjudice souffert depuis la décision de première instance ». L'article 515 dispose également que « la cour peut, sur l'appel du ministère public, soit confirmer le jugement, soit l'infirmer en tout ou en partie dans un sens favorable ou défavorable au prévenu » mais que si elle est saisie sur le seul appel du prévenu, du civilement responsable, de la partie civile ou de l'assureur de l'une de ces personnes, elle ne peut aggraver le sort de l'appelant. Il s'agit du principe de *non reformation in pejus*.

En matière criminelle, il faut se référer aux dispositions des articles 381-1 et s. du C.P.P., étant précisé qu'en cette seule matière, l'appelant ne peut pas limiter la portée de son recours.

Cela signifie par exemple que si un recours devant la chambre de l'instruction ne concerne que certains termes de l'ordonnance contestée, la chambre n'est pas saisie du surplus.

De plus, il revient désormais aux présidents ou conseillers rapporteurs en appel de demander en début d'audience à l'appelant de se prononcer sur l'objet de son appel. Il s'agit de savoir si celui-ci entend revenir sur les débats relatifs à sa culpabilité ou sur le simple *quantum* de la peine précédemment prononcée contre lui. L'audience ne sera consacrée qu'à l'examen de cet objet. Ainsi, au-delà de la procédure écrite, le prévenu participe à la délimitation orale de la saisine de la juridiction.

Toutes ces manifestations de la délimitation de la saisine permettent à la juridiction de s'affranchir de certaines considérations au cours des débats, de recadrer ces derniers, afin de ne pas laisser place aux émotions lorsque celles-ci sont sans liens avec l'objet des débats.

Par exemple, lorsqu'une partie civile aborde, au cours d'une procédure en appel concernant un auteur de l'infraction, des faits qui concernent un coauteur non concerné par l'acte d'appel, le juge prendra le prétexte du cadre stricte de sa saisine pour interrompre ces discussions qui n'apportent rien à la résolution de l'affaire mais risqueraient au contraire de venir perturber la bonne tenue de l'audience et de biaiser le raisonnement du juge.

88. Au-delà de la délimitation de la saisine de la juridiction, la composition de l'auditoire influe également sur l'ambiance au cours du procès.

B. L'atténuation de l'émotion par la modification de l'auditoire.

89. La possibilité offerte aux victimes de se constituer parties civiles modifie l'ambiance du procès, de sorte qu'il est préférable qu'elle soit limitée (1), alors que la publicité de l'audience est parfois écartée en raison du caractère sensible de l'affaire (2).

1. La recevabilité de la constitution de partie civile et l'émotion

90. Il s'agit de déterminer quelles victimes peuvent être admises en qualité de partie civile, l'enjeu étant que, par le biais de l'action civile, la partie civile peut mettre en mouvement l'action publique, à la fois pour obtenir réparation du préjudice subi, ainsi que pour faire condamner l'auteur des faits objets de la poursuite.

Outre l'exigence d'un préjudice certain résultant d'une infraction principale punissable, l'article 2 du C.P.P. pose deux conditions nécessaires pour invoquer la qualité de partie civile, puisqu'il réserve cette qualité à la victime qui a personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction⁵²².

Le législateur et la doctrine adoptent initialement une appréciation stricte de ces conditions, l'enjeu de cette rigueur résidant justement dans le fait que la qualité de partie civile conditionne le pouvoir de déclencher les poursuites aux fins de sanctions lorsque le ministère public n'a pas exercé cette prérogative. Ce pouvoir conféré à la partie civile a donc des conséquences évidemment plus lourdes que s'il s'agissait de simples considérations pécuniaires comme cela est le cas en matière civile et mérite de ce fait d'être accepté avec parcimonie.

De plus, l'appréciation stricte de la recevabilité des victimes à se constituer parties civiles au procès pénal permet de ne pas laisser pénétrer dans le prétoire trop d'émotions, puisque chaque victime porte avec elle son lot d'émotions qui pourraient paralyser l'action publique et biaiser le cours normal et serein du procès pénal⁵²³.

Toutefois, la jurisprudence relative à la recevabilité de la constitution de partie civile ne semble pas aller dans le sens de la réduction de la place de la victime au sein du procès pénal. Au contraire, elle a peu à peu élargi la notion de partie civile. En effet, elle ne tient généralement pas compte de l'exigence du caractère personnel du dommage et qualifie la qualité de partie civile au regard du seul lien de causalité existant entre le dommage et l'infraction. La jurisprudence majoritaire classe donc les victimes en fonction du dommage subi, direct ou non, pour admettre l'action des frères et sœur, parents, grands-parents et concubins à l'exclusion des autres⁵²⁴. Elle réduit le premier critère à néant : la question du dommage personnellement subi est devenue dérisoire en jurisprudence⁵²⁵.

⁵²² Les conditions d'appréciation de la recevabilité de la constitution de partie civile sont plus souples au stade de l'instruction en raison de la nature par définition plus incertaine de cette phase de la procédure. Article 85 du C.P.P.

⁵²³ Voir § 216 et s. de la présente étude.

⁵²⁴ Cass. crim, 4 février 1998, pourvoi n° 97-80305, *bull. crim.*, 1998, n° 43, p. 109 : l'action de l'enfant né d'un viol est recevable aux vises des art. 2 et 3, au motif que les proches sont recevables à rapporter la preuve d'un dommage dont ils ont personnellement souffert ; Cass. crim, 27 mars 2008, pourvoi n° 07-85076, *bull. crim.*, 2008, n° 84, déclare l'action des sœurs de la victime de viol recevable, au visa des art. 2 et 3.

⁵²⁵ Cass. crim. 23 janvier 1963, pourvoi n° 62-92357, *bull. crim.* 1963, n° 41, prive l'article 2 de son intérêt en interprétant la première condition comme nécessitant un dommage personnel et non pas comme nécessitant que la victime ait personnellement souffert du vol. Donc la Cour de cassation se place sur le critère du caractère indirect du dommage ; Cass. crim, 27 juin 63, pourvoi n° 62-91086, *bull. crim.* 1963, n° 238 à propos de la responsabilité du commettant du fait de son préposé : la cour énonce que le dommage n'est pas la conséquence directe de l'escroquerie et seules éprouvent un dommage direct les personnes qui ont remis des fonds. Elle raisonne donc uniquement à partir

Lorsque les juges distinguent bien l'exigence d'un dommage direct et personnel, ce dernier critère est majoritairement interprété comme s'il s'agissait de caractériser un dommage subi soi-même et non pas par autrui, contrairement à la conception stricte du critère qui exigerait que la victime ait personnellement subi le dommage, et non pas un dommage, découlant de l'infraction, de sorte que l'appréciation du caractère personnel reviendrait à s'assurer qu'il corresponde bien à la valeur sociale protégée par l'incrimination.

Cette seconde interprétation présente un intérêt fondamental : elle fait coïncider l'intérêt particulier de la partie civile et l'intérêt général défendu au premier chef au cours du procès pénal par le ministère public. Conformément au vœu du législateur, la conséquence de l'infraction pour la victime et pour la société devrait être la même⁵²⁶. Par exemple, dans l'hypothèse d'un homicide par imprudence, selon la première acception, celui qui est blessé, sa femme, ou ses enfants se verraient reconnaître la qualité de partie civile. Selon la seconde, seule la personne blessée pourrait bénéficier de cette qualité.

Dans ce type de contentieux, alors que la jurisprudence retenait l'argument du dommage indirect pour exclure la femme⁵²⁷, elle admet finalement la recevabilité de la constitution de partie civile des victimes dites « par ricochet »⁵²⁸.

du lien de causalité ; Cass. crim, 4 novembre 69, pourvoi n° 68-91999, *bull. crim.*, n° 280, la cour considère la constitution de partie civile en matière d'escroquerie et d'utilisation frauduleuse du nom d'un tiers, comme étant irrecevable car le préjudice est indirect puisqu'il n'y a pas eu de remise de fonds ; Cass. crim, 3 novembre 2009, pourvoi n° 08-88438, *bull. crim.* 2009, n° 182 : l'arrêt est rendu au double visa des art 3 et 2. On admet la constitution de partie civile des enfants de la victime d'abus de faiblesse, or ils n'ont pas personnellement souffert du dommage ; Cass. crim. 19 février 2002, pourvoi n° 00-86244, *bull. crim.*, 2002, n° 34 p. 97 (rendu en matière d'instruction) : la cour considère que les universités ne sont pas victimes car le préjudice n'est pas direct, sans étudier le critère du préjudice personnellement subi.

⁵²⁶ Voir Cass. crim., 29 septembre 2009, pourvoi n° 09-81159, *bull. crim.*, 2009, n° 160, « Est indirect, pour une société intervenant comme sponsor d'une équipe cycliste, le préjudice résultant de l'atteinte que porterait à son image de marque la commission, imputée à un coureur à cette équipe, d'infractions liées à la pratique du dopage ». Cet arrêt montre en filigrane que ces deux intérêts doivent correspondre : la cour qualifie le préjudice du sponsor d'indirect et ne se place pas sur la question du préjudice dont aurait personnellement souffert la victime. De plus, les intérêts du sponsor n'ont rien à voir avec ceux que défend l'infraction (il s'agit de préoccupation strictement économiques).

⁵²⁷ Ass. plénière 12 janvier 1979, *bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Assemblée plénière*, n° 1, p. 1, au visa de l'article 2 : l'épouse d'une personne blessée s'était portée partie civile pour la réparation du préjudice moral résultant de la gravité des blessures de son mari suite à un accident de chasse et de la souffrance consécutive à l'accident. La Cour de cassation refuse de faire droit à la demande au motif qu'elle n'a pas personnellement souffert de l'atteinte condamnée par la loi pénale.

⁵²⁸ La Cour de cassation opère en effet un revirement de jurisprudence et déclare recevable, au visa des articles 2 et 3 du C.P.P., l'action des proches de la victime (épouse, enfants), que la victime soit décédée ou non (Cass. crim, 9 février 1989, pourvoi n° 87-81359, *bull. crim.*, 1989, n° 63, p. 173. Cet arrêt de 89 dénature l'art 3 en le visant pour régler un problème de recevabilité alors que ce n'est pas son rôle : sous l'empire du code d'instruction : la victime par imprudence peut avoir réparation du dommage corporel et pas pour la destruction du véhicule. Donc le dommage matériel était exclu au pénal, il fallait aller au civil. L'art 3 a été introduit pour permettre à la victime d'obtenir

Certains auteurs considèrent cette jurisprudence comme étant trop permissive⁵²⁹ et il faut en effet condamner ce dévoiement du sens premier de la loi par la jurisprudence, qui donne accès au prétoire à un grand nombre de victimes qui n'ont pas été personnellement atteintes par l'infraction, mais dont les émotions imprègnent malgré tout le procès, ainsi que l'esprit du juge.

2. La publicité des débats et l'émotion

91. Lorsque l'affaire jugée présente des caractéristiques telles qu'elle pourrait heurter l'opinion publique, la présence du public dans la salle d'audience pourrait exacerber les tensions et les sensibilités de chacun, de sorte que l'ambiance des débats ne serait pas propice à un examen serein des preuves⁵³⁰.

C'est pourquoi, si le principe de la publicité de l'audience est posé afin de permettre un contrôle par les citoyens sur le bon déroulement de la justice⁵³¹, la procédure organise le jugement de certaines causes en chambre du conseil, alors que certaines hypothèses d'*huis-clos* sont prévues lorsque la présence du public risquerait cette fois de mettre en péril la bonne administration de la justice.

réparation des préjudices découlant des faits objets de la poursuite. C'est donc l'art. 2 qui règle la question de la qualité à agir et l'article 3 ne concerne que celle de l'étendue de la réparation ; Le danger est alors qu'en considérant le préjudice pour déterminer la recevabilité de la constitution de partie civile, ce ne sont pas seulement les proches qui seront recevables. Par ailleurs, la notion de proche est vague).

Le même raisonnement est ensuite admis en matière de viol : l'action des sœurs de la victime de viol est déclarée recevable, au visa des art. 2 et 3 (Cass. crim, 27 mars 2008, pourvoi n° 07-85076, *bull. crim.*, 2008, n° 84). Il en va de même pour les enfants des victimes (Cass. crim, 4 février 1998, pourvoi n° 97-80305, *bull. crim.*, 1998, n° 43, p. 109) ; Cass. crim, 3 novembre 2009, pourvoi n° 08-88438, *bull. crim.* 2009, n° 182 (l'arrêt est rendu au double visa des articles 2 et 3 du C.P.P.) admet la constitution de partie civile des enfants de la victime d'abus de faiblesse.

On parle de victimes indirectes ou par ricochet, preuve qu'on se place sur le critère du lien de causalité en jurisprudence pour élargir la notion de partie civile.

⁵²⁹ F. CASORLA, « La victime et le juge pénal », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 01 décembre 2003, n°4, p. 642.

⁵³⁰ H. LEVY-BRUHL, *La preuve judiciaire : étude de sociologie juridique*, Paris, Marcel Rivière, 1964, p. 54.

⁵³¹ La publicité des débats constitue selon la Cour de cassation une règle d'ordre public et un principe général du droit, même si la loi peut en limiter la portée. Voir 1^{ère} civ. 28 avril 1998, *bull. civ.* 1998, I, n° 155, p. 102 ; Cass. crim., 10 juillet 1974, *bull. crim.*, 1974, n° 253, p. 649 : « la publicité des débats est un principe essentiel de la procédure ». Ce principe s'applique à toute juridiction statuant sur le bien-fondé d'une « accusation en matière pénale ».

De son côté, la Cour européenne des droits de l'homme a précisé, par exemple, dans un arrêt du 21 février 1990, HAKANSSON et STURESSON c/Suède, requête n°11855/85, que « la publicité des débats constitue un principe fondamental, consacré par l'article 6§1 ». L'article 14-1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques consacre le même principe.

En ce qui concerne les décisions prises en chambre du conseil, la règle de la publicité est écartée eu égard à la nature de l'affaire. Il en est ainsi, par exemple, des décisions rendues par le juge des enfants seul, des instances en paiement de dommages-intérêts pour constitution de partie civile abusive ou dilatoire⁵³² et des incidents relatifs à l'exécution des jugements⁵³³. De même, en matière d'incidents d'exécution d'une condamnation assortie du sursis avec mise à l'épreuve, le tribunal correctionnel statue en chambre du conseil⁵³⁴. Enfin, les jugements et arrêts interprétatifs doivent être rendus dans cette même formation⁵³⁵.

La justification de l'éloignement du public dans ce type d'affaires peut se trouver dans le caractère sensible du contexte, par exemple lorsque le juge des enfants est en charge de juger un mineur, avec lequel il faut suffisamment de sérénité pour garantir la pédagogie de la sanction.

Dans les autres cas, le caractère non public semble davantage être justifié par l'enjeu individuel de l'objet sur lequel doit porter l'intervention du juge, qui intéresse peu l'intérêt général.

Par ailleurs, concernant le jugement des affaires à *huis clos*, l'article 400 du C.P.P. prévoit que les audiences sont publiques en matière correctionnelle, mais « le tribunal peut, en constatant dans son jugement que la publicité est dangereuse pour l'ordre, la sérénité des débats, la dignité de la personne ou les intérêts d'un tiers, ordonner, par jugement rendu en audience publique, que les débats auront lieu à huis clos »⁵³⁶.

La référence à la nécessité de garantir la sérénité des débats renvoie à l'idée que, dans certains cas, le remède à une ambiance trop empreinte d'émotions réside dans la fermeture de l'accès du public aux débats. C'est bien admettre que la présence du public peut exacerber les émotions présentes au cours du procès pénal.

En matière criminelle, l'article 306 du C.P.P. pose également le principe de la publicité des débats devant la cour d'assises, « à moins que la publicité ne soit dangereuse pour l'ordre ou les mœurs »⁵³⁷.

⁵³² Article 91 du C.P.P.

⁵³³ Articles 710 et 711 du C.P.P.

⁵³⁴ Article 744 du C.P.P.

⁵³⁵ Cass. crim., 10 juin 1970, *bull. crim.*, 1970, n° 197, p. 471.

⁵³⁶ Cette disposition est applicable au tribunal de police et à la cour d'appel.

⁵³⁷ L'article 306 poursuit : « Toutefois, le président peut interdire l'accès de la salle d'audience aux mineurs ou à certains d'entre eux ». « Lorsque les poursuites sont exercées du chef de viol ou de tortures et actes de barbarie accompagnés d'agressions sexuelles, le huis clos est de droit si la victime partie civile ou l'une des victimes parties civiles le demande ; dans les autres cas, le huis clos ne peut être ordonné que si la victime partie civile ou l'une des victimes parties civiles ne s'y oppose pas ». « Par dérogation au huitième alinéa de l'article 20 de l'ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante, la cour d'assises des mineurs peut décider que le présent article

Ces fondements du *huis clos* relèvent de l'appréciation souveraine des juges du fond, qui peut être délicate en raison de la relative incertitude qui caractérise ces notions. En particulier, la dangerosité pour les mœurs est une notion aux contours flous. Elle pourra justifier le *huis clos* lorsque les débats nécessiteront des détails présentant un caractère immoral ou scandaleux. Ainsi, par exemple, le jugement d'un inceste fera l'objet d'un *huis clos*, puisque la publicité du jugement de ce type d'affaires serait l'occasion d'introduire le scandale, et les émotions sur lequel il repose, dans le prétoire⁵³⁸.

92. Finalement, le caractère public des débats semble emporter l'introduction des émotions au sein de la salle d'audience, alors que l'intimité du jugement l'en préserve. C'est d'ailleurs ce qui explique en partie le caractère secret de l'instruction et du délibéré. Ainsi, l'impact du public au cours de l'audience démontré, il faut s'attarder sur l'intimité du délibéré. Force est de constater que l'audience est un moment bien moins protégé des émotions que le délibéré.

§II. La suppression de certaines émotions grâce au secret du délibéré

93. Lorsque les juges n'étaient pas encore magistrats de métier, ils opinaient et délibéraient en public. L'Ancien Régime consacrait le secret de tous les délibérés. La période révolutionnaire rétablit l'obligation d'opiner en public⁵³⁹. Depuis cette époque, le secret du délibéré, fondement de l'indépendance effective des juges, est devenu légion. Il est consacré par le serment prêté par les magistrats⁵⁴⁰ et l'article 378 du code pénal réprime la violation générale du secret du délibéré.

est applicable devant elle si la personne poursuivie, mineure au moment des faits, est devenue majeure au jour de l'ouverture des débats et que cette dernière, le ministère public ou un autre accusé en fait la demande. Elle ne fait pas droit à cette demande lorsqu'il existe un autre accusé toujours mineur ou que la personnalité de l'accusé qui était mineur au moment des faits rend indispensable que, dans son intérêt, les débats ne soit pas publics. Dans les autres cas, la cour statue en prenant en considération les intérêts de la société, de l'accusé et de la partie civile, après avoir entendu le ministère public et les avocats des parties, par une décision spéciale et motivée qui n'est pas susceptible de recours ».

⁵³⁸ Sur le scandale révélant les valeurs sociales et la nécessité de ne pas laisser les émotions sociales intégrer directement le prétoire, voir § 228 et 229 de la présente étude.

⁵³⁹ Décret du 26 juin 1793 : « La Convention nationale décrète qu'à compter du jour de la promulgation du présent décret, tous les juges des tribunaux civils et criminels seront tenus d'opiner à haute voix et en public ».

⁵⁴⁰ Les juges prêtent le serment de garder religieusement le secret des délibérations, article 6 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

Ce secret permet d'une part d'apaiser les débats quant à l'objet même des délibérations (A). Il constitue d'autre part un rempart aux pressions postérieures à la décision (B).

A. Le secret et l'apaisement des débats au cours des délibérations

94. Le secret du délibéré a vocation à garantir la bonne administration de la justice, dès lors qu'il garantit une certaine sérénité dans la recherche de la vérité et permet de rester mesuré dans la prise de décision. En effet, les périodes caractérisées par l'obligation d'opiner publiquement se sont révélées d'une sévérité excessive, chacun désirant prouver sa rigueur⁵⁴¹.

Il est possible de se rendre compte à quel point le secret du délibéré peut être important : d'une part, il permet de rééquilibrer les opinions puisqu'il contribue à relativiser des situations extrêmes, et, à l'inverse, permet de confronter un éventuel laxisme à l'opinion majoritaire plus ferme des autres membres du collège. La modération apportée par le secret du délibéré porte à la fois sur les débats relatifs à la culpabilité, mais également sur le choix de la peine et la fixation de son *quantum*⁵⁴².

D'autre part, le caractère intimiste des débats permet la sincérité nécessaire à une délibération efficace. En effet, la conscience que les juges ont de ce phénomène de rééquilibrage leur permet d'exprimer plus librement leurs positions en comptant sur l'appréciation des autres membres du collège pour les modérer.

L'intérêt protégé par le secret du délibéré réside ainsi dans la garantie de « la sincérité de l'expression à laquelle, justement, la publicité peut nuire en encourageant la lâcheté et l'hypocrisie, ou au contraire la fanfaronnade »⁵⁴³. En effet, plus le public est vaste, plus les considérations d'image prennent de l'importance. La recherche de fierté ou la crainte du mépris ou de la honte impliqueront d'aller dans le sens de la position la plus largement partagée⁵⁴⁴.

⁵⁴¹ Le décret LOUVET des 13-19 octobre 1793 avait déjà procédé à la suppression du secret du délibéré.

⁵⁴² Le choix de ce *quantum* est parfois guidé par le législateur, lorsque des causes légales d'aggravation ou d'atténuation de peines sont prévues. Voir les articles 132-71 et suivants du code pénal. Il s'agit d'une autre manière de restreindre le champ de discussion des juges et de limiter, par l'insertion d'éléments objectifs, l'impact des émotions du juge, de la pitié par exemple, sur la fixation de la peine.

⁵⁴³ J-H. ROBERT, « fais ton intéressant », *Droit pénal*, n° 11, novembre 2006, repère n°10.

⁵⁴⁴ A propos de la honte et de l'estime de soi, voir J. RAWLS, *Théorie de la justice*, trad. par C. AUDARD, Paris, Seuil, 1987, pp. 479 et s. L'auteur insiste sur le fait que l'individu attache de l'importance à la reconnaissance de ses actions par les personnes qu'il estime lui-même et qui composent son entourage.

B. Le secret, rempart aux pressions extérieures à la décision

95. Un procès tragique a pu révéler l'une des raisons d'être du secret du délibéré, conçu comme un mode de protection des magistrats.

Lors de l'Occupation, le 21 août 1941, suite à l'assassinat d'un aspirant de la marine allemande dans une station du métro parisien, les sections spéciales de la Cour d'appel chargées de réprimer l'action communiste et anarchiste furent créées, lesquelles condamnèrent à mort trois inculpés. Les magistrats ayant siégé dans cette affaire furent ensuite déférés à la Cour de justice de la Seine. L'un d'eux prétendait s'être montré hostile à la peine d'exécution.

Fallait-il tenir compte de son avis émis au cours d'un délibéré censé être secret ? La réponse adoptée fut la suivante : le secret du délibéré étant voué à protéger les membres du collège, sa violation devait être tolérée dans le cas où celle-ci profiterait à la protection de celui-là.

Mais la véritable protection d'un magistrat ne résiderait-elle pas justement dans le maintien du secret en toutes circonstances ? En effet, l'opinion révélée d'un membre du collège permet d'en déduire celle des autres. Dès lors, si la violation du secret du délibéré se trouvait justifiée par le fait qu'elle protège ledit membre du collège, elle ne devrait pas être légitime en ce qu'elle permet de dévoiler les positions contraires de ses confrères, à qui elle ne serait pas favorable.

L'enjeu du secret du délibéré réside justement dans l'impossibilité d'identifier les positions individuelles des membres du collège, de sorte que la honte liée à un éventuel déjugement, par l'opinion ou au cours d'une étape ultérieure de la procédure, pourra être diluée.

Le secret du délibéré permet donc de protéger les juges des pressions extérieures, même postérieures à leur prise de décision. C'est ce qu'a affirmé la Cour de cassation lorsqu'elle précise que « cette obligation, [...] a pour but d'assurer l'indépendance et la liberté des juges en même temps que l'autorité morale de leurs décisions [...] »⁵⁴⁵.

96. Dès lors, pour que le secret du délibéré remplisse son office et garantisse la protection des juges face aux pressions extérieures, il faut en garantir le respect au moyen de sanctions.

Le principe du secret du délibéré est avant tout posé au sein du serment que prêtent les magistrats de « garder religieusement le secret des délibérations »⁵⁴⁶.

⁵⁴⁵ Cass. crim., 25 janv. 1968, *bull. crim.* 1968, n° 25, p. 48.

⁵⁴⁶ Ord. n° 58-1270, 22 déc. 1958, portant loi organique relative au statut de la magistrature, *J.O.*, 23 décembre 1958, art. 6.

Ce serment engage tous les juges, qu'ils interviennent au stade du jugement au fond ou qu'ils siègent au sein de la Cour de cassation. Un serment similaire engage les jurés, qui jurent, avant l'ouverture des débats, sur chaque affaire, de « conserver le secret des délibérations, même après la cessation de [leurs] fonctions »⁵⁴⁷.

Par ailleurs, le secret du délibéré concerne autant la phase d'instruction que celle de jugement. Ainsi, en matière d'instruction, l'article 200 du code de procédure pénale dispose que « lorsque les débats sont terminés, la chambre de l'instruction délibère sans qu'en aucun cas le procureur général, les parties, leurs avocats et le greffier puissent être présents ». Cette disposition, dont l'observation doit être constatée dans l'arrêt, est prescrite à peine de nullité⁵⁴⁸.

Au stade du jugement, le caractère général et absolu de ce principe devant la cour d'assises est rappelé par de nombreux arrêts de la Cour de cassation qui énoncent que « la délibération en commun de la cour et du jury est essentiellement secrète »⁵⁴⁹.

Le secret du délibéré a de nombreuses conséquences. Tout d'abord, si un magistrat peut, en principe, être entendu en qualité de témoin, il peut refuser d'être entendu sur les éléments qui sont couverts par le secret du délibéré⁵⁵⁰. Ensuite, puisque le délibéré doit être secret, seules certaines personnes nommément désignées peuvent y assister⁵⁵¹.

Une autre conséquence du secret du délibéré réside dans la double interdiction de communiquer avec l'extérieur, puisqu'il est interdit, d'une part, de pénétrer dans la chambre des délibérations, pour quelque cause que ce soit, sans autorisation du président⁵⁵², et d'autre part, les magistrats et les jurés qui y participent ne peuvent sortir de ladite chambre avant d'avoir pris leur décision⁵⁵³.

⁵⁴⁷ Article 304 du code de procédure pénale.

⁵⁴⁸ Cass. crim., 26 avril 1988, *bull. crim.*, 1988, n° 176, p. 456.

⁵⁴⁹ Voir par ex. Cass. crim., 18 septembre 1943, *bull. crim.*, 1943, n° 89, p. 129 ; Cass. crim., 15 mai 1946, *bull. crim.*, 1946-1947, n° 120, p. 172.

⁵⁵⁰ Voir par ex. Cass. crim., 18 août 1882, *bull. crim.*, 1882, n° 212, p. 360.

⁵⁵¹ Par exemple, en sont exclus les assesseurs et jurés qui ont pu être ajoutés à la formation ordinaire en cour d'assise, de même que le représentant du ministère public, partie au procès, n'assiste évidemment pas à la délibération sous peine de nullité (Cass. crim., 17 avril 1985, *bull. crim.*, 1985, n° 146, p. 378). Le greffier n'y assiste pas non plus (Cass. crim., 25 avril 1968, *bull. crim.*, 1968, n° 123, p. 295). Par exception au principe, le dernier alinéa de l'article 19 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 dispose que les auditeurs de justice peuvent assister aux délibérés des cours d'assises, mais pas y participer (Cass. crim., 22 novembre 2000, n° 00-82.458, JurisData n° 2000-007683, *bull. crim.*, 2000, n° 351, p. 1036). C'est au Président de la cour d'assises qu'il appartient d'autoriser ou non, discrétionnairement, des auditeurs de justice à assister à la délibération de la cour et du jury (Cass. crim., 15 avril 1972, *bull. crim.* 1972, n° 126, p. 312).

⁵⁵² Article 354 du code de procédure pénale.

⁵⁵³ Article 355 du code de procédure pénale.

Toutefois, pour qu'une nullité soit encourue, il faut, dans l'un et dans l'autre cas, que soit constatée l'existence d'une communication « qui serait de nature à exercer une influence illégale sur l'opinion » des magistrats et des jurés⁵⁵⁴. Cette souplesse dans l'interprétation de la violation montre bien que le secret vise à protéger la décision des influences extérieures.

Enfin, en l'absence de procès-verbal, « aucune pièce de la procédure ne peut révéler ce qui s'est passé » durant la délibération⁵⁵⁵, de sorte que la Cour de cassation ne peut exercer de contrôle sur le déroulement du délibéré⁵⁵⁶.

L'effectivité du principe du secret des délibérations est assurée au moyen des sanctions pénales prévues par les articles 304 du code de procédure pénale et 226-13 du code pénal.

97. Toutefois, la protection du secret du délibéré ne s'oppose pas à ce que soit envisagée la révélation de la majorité à laquelle les décisions sont adoptées, à l'image de la possibilité offerte aux juges siégeant à la Cour européenne des droits de l'Homme d'indiquer dans leurs arrêts à quelle majorité ils ont été adoptés et de rédiger une opinion séparée, dissidente ou concordante, jointe à l'arrêt publié⁵⁵⁷. Cet inflexionnement du secret du délibéré, inspiré du droit anglo-saxon, n'a toutefois pas encore imprégné la procédure applicable en France.

98. En conclusion, le droit positif impose une distance des magistrats à l'égard de certaines émotions. Pour permettre cette objectivation de la fonction, il met en place de nombreuses garanties permettant de filtrer les émotions auxquelles les juges pourraient être confrontés.

Ainsi, certaines règles juridiques permettent de lutter contre les émotions « subies » par les magistrats. Tel est le cas des dispositions garantissant l'indépendance des juges à l'égard des pouvoirs institutionnels, médiatiques et de l'opinion publique, alors que les émotions des parties au procès pénal sont également mises à distance.

Les émotions dites « actives » susceptibles de perturber le raisonnement du juge sont quant à elles encadrées par le principe d'impartialité.

⁵⁵⁴ Voir par ex. Cass. crim., 22 juillet 1932, *bull. crim.*, 1932, n° 185, p. 350; Cass. crim., 5 mai 1953, *bull. crim.*, 1953, n° 155, p. 268.

⁵⁵⁵ Cass. crim., 2 juillet 1958, *bull. Crim.*, 1958, n° 514, p. 906.

⁵⁵⁶ Voir par ex., Cass. crim., 11 juillet 1957, *bull. crim.*, 1957, n° 544, p. 984 ; Cass. crim., 20 mai 1976, *bull. crim.*, 1976, n° 172, p. 433.

⁵⁵⁷ Art. 45-2 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

En outre, si le droit positif encadre effectivement l'impact des émotions dans l'exercice des fonctions de juge (Chapitre I), la volonté des acteurs juridiques d'œuvrer dans le même sens d'une conviction moins faillible se ressent également dans la pratique (Chapitre II).

Chapitre II: Une objectivation recherchée par les acteurs juridiques.

99. Entre réformes et réflexions engagées, la fonction de juger voit ses contours évoluer.

Traditionnellement, la fonction de juger traduisait une subordination du juge au législateur, dont la volonté était présumée claire. Il suffisait au juge d'appliquer la loi à l'espèce, de prononcer un jugement conforme aux textes et à l'intention du législateur. La place de la jurisprudence était alors réduite. Toutefois, la complexification et la multiplication des sources du droit ont contribué à ce que le juge se voit reconnaître une plus grande liberté d'interprétation.

Parallèlement, la fonction même de juger a changé, le juge occupant progressivement une place de médiation, par le biais de l'établissement de nouvelles conditions procédurales. Il devient celui qui assure la construction d'une solution acceptable par les parties eu égard au respect de la procédure⁵⁵⁸. Des drames judiciaires comme l'affaire dite d'« Outreau » ont finalement eu pour conséquences de pointer du doigt, dans l'esprit collectif, les éventuelles défaillances d'un juge. Voici qui ajoute à la défiance, se traduisant par un processus non officiel de réduction de ses pouvoirs, alors que sa fonction pourrait bien redevenir plus arbitrale⁵⁵⁹.

Plus largement, il semble que la pratique pénale ne se contente plus de faire le tri entre les émotions du juge, mais aspire à limiter tout simplement leur champ d'intervention.

Ce mouvement se traduit d'une part par l'accroissement du rôle de l'expert pour aider le juge dans son office. En effet, la formule consacrée de RABELAIS, pour qui « science sans conscience n'est que ruine de l'âme » semble trouver sa réciproque au cœur de la société actuelle, puisqu'il semblerait que le recours isolé à la réflexion humaine effraye⁵⁶⁰.

⁵⁵⁸ J-L. GENARD, *Les dérèglements du droit. Entre attentes sociales et impuissance morale*, Paris, Castells, 2000, p.51.

⁵⁵⁹ Le rôle du juge oscille donc entre les systèmes accusatoire et inquisitoire, auxquels le système français emprunte alternativement certains caractères puisque la procédure est orale et contradictoire, mais le juge n'est en principe pas relégué à un simple rôle d'arbitre (le système accusatoire réduit le juge à un rôle passif au cours du procès, se bornant à dire le droit. Le système inquisitoire au contraire, est basé sur l'ouverture du procès par le magistrat, d'office, au nom de l'intérêt général dès lors qu'une infraction constatée porte atteinte à l'ordre public. Le magistrat est en charge de la procédure du début à la fin et la victime reléguée au second plan).

⁵⁶⁰ F. RABELAIS, *Pantagruel*, chap. VIII, « Comment Pantagruel, estant à Paris, receult lettres de son père Gargantua, et la copie d'icelles », in *RABELAIS, Œuvres complètes*, texte établi et annoté par J. BOULENGER, revu par L. SCHELER, bibliothèque de la Pléiade, vol. 15, Paris, Gallimard, 1955, p. 228.

Ainsi, la preuve scientifique paraît s'affirmer en tant que base objective au soutien du jugement humain, tenant dès lors lieu de remède à l'émotivité du juge.

La « scientification » du procès pénal constitue l'exemple le plus manifeste de la réduction du champ émotionnel dans la pratique pénale (Section I).

D'autre part, les réflexions visant à garantir une expérimentation accrue des juridictions dénotent également une aspiration à la réduction du champ des émotions (Section II).

Section I: La « scientification » du procès, remède à l'émotivité du juge

100. C'est dans le domaine pénal que le besoin de science se fait le plus sentir, davantage que dans les rapports plus abstraits du droit civil ou commercial.

A partir du XVIII^{ème} siècle sont apparues, avec le développement des sciences humaines, des théories psycho-pathologiques⁵⁶¹, sociologiques ou encore criminologiques, dont l'objet est d'analyser et d'expliquer les comportements délinquants et criminels. Il n'y avait plus qu'un pas à franchir pour que ces théories imprègnent la discipline juridique.

En effet, si les rédacteurs du code d'instruction criminelle et du code pénal ne consacraient pas l'expertise, alors qu'E. FERRI⁵⁶² annonçait déjà que la justice pénale entrait dans une ère scientifique, cette dimension a progressivement pris une place importante dans le paysage juridique⁵⁶³.

Ce recours à la science s'explique par la complexité croissante de certains contentieux comme celui de la responsabilité médicale, mais aussi par les avancées notoires, tant scientifiques que dans l'esprit du droit pénal, appelant à mieux appréhender les méandres de l'esprit humain.

Toutefois, il faut également voir dans le recours à la science la manifestation de la crainte des magistrats d'être à l'origine d'une erreur, de sorte que ceux-ci tentent d'asseoir leurs jugements sur des bases « objectives ».

Ainsi apparaît le besoin de recourir à la science afin de garantir des jugements toujours plus éclairés, moins emprunts d'émotions (§I). Il faut toutefois veiller à ce que l'aspect scientifique ne prenne le pas sur le raisonnement juridique, de sorte qu'il tendrait à concurrencer le jugement (§II).

⁵⁶¹ Avec notamment P. PINEL, Scientifique et philosophe fondateur de l'aliénisme au cours du XVIII^{ème} siècle.

⁵⁶² Co-fondateur de l'École italienne de criminologie avec Cesare LOMBROSO et Raffaele GAROFALO. Il contribua à établir les thèses de l'anthropologie criminelle. Auteur de *La sociologie criminelle*, Paris, Alcan, 1884.

⁵⁶³ Le XIX^{ème} siècle sera charnière.

§I. La science au soutien de jugements éclairés

101. Lorsque le magistrat F. GORPHE s'interroge sur la possibilité de réaliser une justice scientifique, il conçoit deux manières possibles afin de mener au perfectionnement de la justice par la science, non exclusives l'une de l'autre et pour le moins complémentaires⁵⁶⁴. Il conviendrait selon lui d'appliquer l'esprit scientifique dans la discipline juridique, autant qu'au sein de la méthode judiciaire et il serait également opportun d'emprunter certains procédés scientifiques, notamment dans les modes d'instruction⁵⁶⁵. Il est aisé d'imaginer en quoi le raisonnement scientifique peut être utile à la vérification des preuves au stade de l'instruction.

Par ailleurs, il convient de mettre à la disposition des juges des moyens scientifiques utiles à la connaissance approfondie de la personnalité des délinquants. C'est principalement aux sciences sociales et psychologiques que les techniciens du droit font appel, afin d'appréhender la personnalité des délinquants avant de les juger.

Ainsi, les développements qui suivent portent à la fois sur les techniques scientifiques d'interprétation des indices et sur les expertises psychologiques des individus, utiles au cours des phases d'instruction et de jugement⁵⁶⁶.

102. Toutefois, si le recours à la science peut être utile, la véritable problématique est alors de concilier deux disciplines ne présentant *a priori* que peu de passerelles, l'une se révélant indispensable au perfectionnement de la seconde, sans pour autant qu'elles ne se neutralisent.

Apparaît alors immédiatement une première incompatibilité des deux domaines : chaque discipline fait appel à un vocabulaire spécifique irréductible à l'autre. La précision des termes et le renvoi à des concepts indispensables à la matière scientifique⁵⁶⁷ expliquent le sentiment d'incompétence des magistrats dès lors que de tels enjeux interviennent dans les débats.

⁵⁶⁴ F. GORPHE, « Peut-on réaliser une justice scientifique ? », *Revue internationale de criminologie et de police technique*, 1950, p. 83.

⁵⁶⁵ La science permet de réduire le champ des possibilités. Puis, le raisonnement par induction permet d'imaginer les situations qui ont dû exister pour que le contexte actuel soit ce qu'il est. Voir sur ce point, M. ESPINOZA, *Théorie du déterminisme causal*, Paris, l'Harmattan, 2006, pp. 195 et s.

⁵⁶⁶ Sur les différentes mesures d'expertises ou mesures voisines, voir G. BOURGEOIS, P. JULIEN, M. ZAVARO, *La pratique de l'expertise judiciaire*, Paris, Litec, 1999, pp. 174 et s.

⁵⁶⁷ La formation scientifique des magistrats devrait être tant sociale, morale, psychologique, criminologique, médicale que psychiatrique.

Pourtant, la loi oblige le juge à tout juger⁵⁶⁸. L'alternative suivante s'offre donc à lui : s'en remettre aux expertises scientifiques, ou accéder à une plus grande formation scientifique afin d'augmenter son champ de compétences.

Ainsi apparaissent, ouvertement pour l'un et plus officieusement pour le second, le besoin de recourir aux expertises scientifiques afin de donner une base objective aux décisions de justice (A) et celui de former les magistrats aux sciences (B).

A. L'expertise scientifique, base objective et tempérament de l'émotion

103. Au-delà de l'objectif premier de parvenir à l'établissement de la vérité judiciaire, le juge qui choisit de recourir à l'expertise peut poursuivre un double dessein.

D'une part, la science peut l'aider à se forger son intime conviction, en substituant à son doute une part de certitude liée à la propension à l'exactitude de certaines sciences⁵⁶⁹. Ainsi, il craindra moins l'erreur. En cela, le recours à la science dans le procès pénal participe à la réduction des émotions du juge.

D'autre part, l'assise scientifique de son argumentaire permet au juge de justifier sa conviction auprès du plus grand nombre, se prémunissant de la sorte contre les critiques et contestations de ses décisions. De cette manière, le juge se protège alors du désaveu des justiciables, du public et éventuellement des juridictions supérieures qu'il redoute particulièrement⁵⁷⁰.

Il faut alors prêter attention aux évolutions observées en matière de recours à l'expertise : si le nombre d'expertises ordonnées est en nette augmentation en matière civile⁵⁷¹, il semble faire preuve de plus de constance dans le contentieux pénal.

⁵⁶⁸ L'article 434-7-1 du code pénal pose l'interdiction du déni de justice.

⁵⁶⁹ Sur l'importance du doute dans la décision, voir § 188 et s. de la présente étude.

⁵⁷⁰ Voir D. BOURCIER, M. de BONIS, *Les paradoxes de l'expertise, savoir ou juger ?*, Le Plessis-Robinson, Institut Synthélabo, Les empêcheurs de penser en rond, 1999, pp. 47 et s. et pp. 54 et s. ; voir également J. BIEDER, « Expertise pénale : le juge ou le hasard », *Justice*, octobre-novembre, 1987, n°116-117, pp. 17 et 18, à propos du dessein des juges d'obtenir la confirmation scientifique de leurs intuitions.

⁵⁷¹ En 2009, 53 914 rapports d'expertises ont été déposés, dont 17 494 dans les litiges en matière de construction. Voir S. AUTIN, C. BUSSIÈRE, *Rapport de la Commission de réflexion sur l'expertise*, Ministère de la justice et des libertés, mars 2011, p. 7. La revue *Experts* a publié une enquête d'activité réalisée auprès des experts judiciaires français couvrant la période de septembre 1999 à août 2000 et répétée en 2001 sur les mêmes mois. Le questionnaire a été adressé aux abonnés, 692 réponses ont été exploitées en 2000, 520 en 2001, in *Experts*, n°55, juin 2002, pp. 29-32.

D'après le Pr. émérite Jean DONIO, expert près la Cour de cassation et la Cour d'appel de Paris, en 1995, environ 65 000 expertises ont été ordonnées, mais ce chiffre aurait diminué en 1996. Une importante juridiction comme le tribunal de grande instance de Paris ordonne environ 7000 expertises par an et la Cour d'appel de Paris en ordonne à peu près 500 par an⁵⁷².

Mais il faut toutefois constater une extension du domaine dans lequel les expertises interviennent. En effet, depuis le début du XXe siècle, le recours à l'expertise mentale n'est plus limité aux hypothèses dans lesquelles l'individu est susceptible d'être déclaré dément, les spécialistes pouvant désormais intervenir dans les affaires délicates soit en raison du jeune âge des protagonistes, soit *rationae materiae*, pour les auteurs de certaines infractions qui doivent être systématiquement expertisés⁵⁷³.

Il existe donc des affaires dans lesquelles le soutien de spécialistes est indispensable, à tel point que le droit positif a progressivement intégré ce besoin d'expertise. Par exemple, en matière civile, la Cour de cassation a estimé que l'expertise biologique est de droit en matière de filiation, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder⁵⁷⁴. La Cour Européenne des droits de l'Homme a, pour sa part, relevé qu'une expertise était susceptible d'influencer de manière prépondérante l'appréciation du juge administratif de sorte qu'il aurait fallu respecter la possibilité de la discuter contradictoirement, en informant les parents d'une victime décédée des suites de plusieurs interventions chirurgicales⁵⁷⁵.

En matière pénale, l'article 156 du C.P.P. établit que « toute juridiction d'instruction ou de jugement, dans le cas où se pose une question d'ordre technique, peut, soit à la demande du ministère public, soit d'office, ou à la demande des parties, ordonner une expertise ». De plus, il permet au ministère public ou à la partie qui demande une expertise de préciser dans sa demande les questions qu'il voudrait voir posées à l'expert. Ainsi, les parties peuvent demander au juge d'ordonner une expertise et en déterminer l'objet. Toutefois, le juge d'instruction peut ne pas faire droit à une demande d'expertise. Il doit alors rendre une ordonnance motivée⁵⁷⁶.

⁵⁷² F. CHAMOZZI, A. GRELON, L. MOUNIER, *Les ingénieurs experts judiciaires, Rapport final*, Laboratoire d'analyse secondaire et de méthodes appliquées à la sociologie, C.N.R.S., E.H.E.S.S., Université de Caen, Juillet 2003, p. 29.

⁵⁷³ Le recours à l'expertise est par exemple obligatoire en matière criminelle, sur le point de savoir si, selon l'art. 122-1, la personne était atteinte ou non, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli ou altéré son discernement ; voir J. PRADEL, « L'expertise psychiatrique », in *L'expertise*, Dalloz, 1995, p.12.

⁵⁷⁴ Cass, 1^{ère} civ., 28 mars 2000, pourvoi n° 98-12806, *bull. civ.* 2000, I, n° 103 p. 69 ; revient sur la solution de Cass, 1^{ère} civ., 12 février 1985, pourvoi n° 83-16284, *bull. civ.*, 1985, I, n° 57, p. 56.

⁵⁷⁵ Cour E.D.H., MANTOVANELLI c/ France, du 18 mars 1997, requête n°21497/13.

⁵⁷⁶ Voir par ex. Cass. crim., 8 décembre 2010, pourvoi n° 10-82861 ; 10-86852, inédit.

Le recours à l'expertise est donc possible lorsque qu'une question technique se pose, mais son opportunité reste soumise l'appréciation du juge⁵⁷⁷.

Il faut alors se demander quel usage ce dernier fait de son rôle de filtrage.

La diversification des dossiers dans lesquels les juges ont recours à l'expertise pourrait justement manifester le besoin des magistrats d'asseoir leurs décisions sur des éléments *a priori* objectifs, en tous cas facilement matérialisés. Les conclusions d'experts et les analyses médico-légales sont des éléments concrets sur lesquels le juge peut faire reposer sa conviction, de sorte que celle-ci en deviendra moins discutée.

B. Un besoin de sensibilisation des magistrats à la science

104. Si les juges ne doivent en aucun cas aspirer à se substituer purement et simplement aux experts dans les différents domaines, ils doivent être en mesure de ne faire appel à eux qu'en cas de nécessité et être capables d'appliquer les sciences de l'homme sans un besoin récurrent de recourir à des experts⁵⁷⁸. Il y aurait là une indépendance technique qui concourrait justement à introduire davantage d'objectivité dans le jugement.

Par ailleurs, dans les hypothèses où les lumières des experts demeurent incontournables, comment pourrait-on concevoir meilleure conciliation qu'à travers la compréhension des phénomènes par les magistrats? La sensibilisation des magistrats à l'esprit scientifique leur permettrait d'être mieux à même d'analyser et d'interpréter les conclusions des experts. Il leur serait ainsi plus aisé de ne passer à côté d'aucun détail des circonstances de l'espèce et, plus encore, ils pourraient analyser les conclusions des experts à la lumière de leurs connaissances afin de conserver également une certaine indépendance à l'égard de leur contenu.

⁵⁷⁷ Plus largement, le code d'instruction criminelle de 1808 ne consacrait que deux articles à l'expertise (Article 43 et 44 du code d'instruction criminelle), alors que le code de procédure pénale de 1959 lui consacre une section entière comportant une quinzaine d'articles. Aujourd'hui, les articles 156 et suivants du C.P.P. réglementent l'expertise en général. Les premières listes d'experts ont été introduites par la loi du 30 novembre 1892 sur l'exercice de la médecine, puis l'ordonnance n° 60-529 du 4 juin 1960 en matière pénale (*J.O.R.F.* du 8 juin 1960, p. 5107), avant que la loi n° 71-498 du 29 juin 1971 relative aux experts judiciaires et le décret n° 74-1184 du 31 décembre 1974 relatif aux experts judiciaires n'instaurent une liste unique à la fois civile et pénale dans chaque cour d'appel et une liste nationale établie par le bureau de la Cour de cassation classant les experts par spécialités (Art. 157 C.P.P.). Ces listes ayant été contestées, le régime d'inscription des experts judiciaires a été réformé, notamment par la loi n° 2004-130 du 11 février 2004 et son décret d'application du 23 décembre 2004, ainsi que par la loi n° 2010-1609 du 22 décembre 2010 relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées et aux experts judiciaires, introduisant plus de rigueur dans l'inscription sur les listes des cours d'appel et de la Cour de cassation, une période probatoire étant désormais fixée à trois ans.

⁵⁷⁸F. GORPHE, *op. cit.*, p. 84.

105. La formation scientifique des magistrats devrait porter tant sur le fond et les concepts médicaux⁵⁷⁹, que sur l'esprit et la démarche scientifique, afin que la manière juridique de juger et punir s'accommode par exemple de l'esprit criminologique de recherche des tendances criminelles⁵⁸⁰.

Le rapport du groupe de réflexion opine dans ce sens, souhaitant que les formations initiale et continue des magistrats soient améliorées, spécialement dans les matières informatique et financière⁵⁸¹. Les différents congrès, de Défense sociale, criminologiques et pénitentiaires, regroupant hommes de sciences et praticiens, médecins ou juristes, réclament de leurs vœux l'utilisation de procédés scientifiques au soutien de la préparation des décisions et de l'exécution des peines⁵⁸².

Le souhait de formation à la matière scientifique transparait également à travers le discours majoritaire des magistrats, déplorant, par soucis de rigueur intellectuelle, de devoir consacrer un temps considérable à l'apprentissage au cas par cas des notions indispensables à la bonne lecture des dossiers avant même d'interroger les experts au cours des audiences.

Par exemple, la médecine légale et la police scientifique faisant appel au vocabulaire médical, le magistrat ne peut ignorer ces matières et doit savoir appréhender leur méthode de pensée⁵⁸³.

106. Le besoin de former les magistrats aux sciences médicales peut être illustré par un exemple tiré du contentieux des « erreurs médicales ». Le rappel des faits se veut aussi détaillé que possible afin de demeurer fidèle au rapport qui a été le point de départ de l'audience. Ainsi, il sera possible de se rendre compte des difficultés techniques auxquelles peuvent être confrontés les magistrats au stade de l'étude d'un dossier dans la compréhension des circonstances.

⁵⁷⁹ Sur la différence de langage, voir J. PRADEL, « Les rôles respectifs du juge et du technicien dans l'administration de la preuve en matière pénale », in *Xème colloque des I.E.J.*, Poitiers, 1975, Paris, P.U.F., 1976, p. 69.

⁵⁸⁰ F. GORPHE, *op. cit.*, p. 84.

⁵⁸¹ Voir S. AUTIN, C. BUSSIÈRE, *Rapport de la Commission de réflexion sur l'expertise*, Ministère de la justice et des libertés, mars 2011, p. 8.

⁵⁸² F. GORPHE, « Peut-on réaliser une justice scientifique ? », *Revue internationale de criminologie et de police technique*, 1950, p. 85.

⁵⁸³ A propos des similitudes entre les raisonnements scientifique et judiciaire, voir R. POIRIER, « Rationalité juridique et rationalité scientifique », in *Archives de philosophie du droit, tome 23, formes de rationalité en droit*, Paris, Sirey, 1978, pp. 11-34.

La confrontation de cette première appréhension des faits à celle qui ressortira des auditions des experts permettra de souligner l'importance des explications expertales, mais aussi, par conséquent, du temps qui pourrait être gagné à former davantage les magistrats à certaines notions scientifiques, pour rendre le délibéré plus précis et sûr⁵⁸⁴.

La chambre jugeait un médecin anesthésiste pour homicide involontaire sur la personne d'un patient, venu dans la clinique privée subir, sous anesthésie générale, une rhinoplastie, concomitamment à une liposculpture abdominale. Les deux opérations pratiquées par deux chirurgiens différents se déroulèrent sans évènement indésirable. Après l'opération, le patient avait été placé en salle de réveil et, après des examens cliniques satisfaisants effectués par le médecin anesthésiste, il regagnait une chambre. Plus tard, le chirurgien ayant pratiqué la liposculpture le trouvait fatigué mais ne notait rien d'inquiétant lors de sa visite. La sortie était prévue pour le lendemain. Le matin suivant, le patient était revu par l'anesthésiste qui indiquait sur le bulletin de sortie « à suivre ». Le chirurgien ayant opéré son nez se rendait lui aussi au chevet du patient et ne relevait rien d'anormal au niveau otorhino-laryngologique. Le chirurgien en charge de l'intervention abdominale, qui n'avait été informé d'aucun problème, ne revoyait pas le patient le lendemain, estimant que la fatigue qu'il avait constaté la veille était normale. En milieu de matinée, le patient manifestait des signes d'angoisse et d'agitation. Dans la journée, étaient constatés asthénie, nausées et anxiété, ce qui amenait l'anesthésiste à le revoir à plusieurs reprises et à différer sa sortie. En début de soirée, l'anesthésiste quittait l'établissement mais restait joignable. L'infirmier prenait son service et l'état de santé du patient se détériorait. A 22 heures, le taux d'hémoglobine était à 8 g/dl. C'est seulement à 3 heures que l'anesthésiste était avisé d'une dégradation générale de l'état du patient. Il prescrivait un bilan biologique et se rendait à la clinique où il arrivait vers 4 heures. Dès son arrivée, il décidait de faire appel au SAMU et se chargeait, avant même son arrivée, d'organiser le transfert du patient vers l'hôpital de Lariboisière. Le patient était transporté jusqu'au véhicule du SAMU et présentait un premier arrêt cardiaque. Malgré les tentatives de réanimation du médecin anesthésiste, du médecin du SAMU et du médecin régulateur du SAMU, le patient décédait.

⁵⁸⁴ L'affaire étudiée a été jugée par la Cour d'appel de Paris, pôle 2 chambre 9, 28 mai 2010, n° 09/07012, JurisData n° 2010-013658. Décision de relaxe du prévenu en raison de l'absence de faute en lien avec le dommage.

Une enquête préliminaire était diligentée, puis une information judiciaire ouverte contre X pour homicide involontaire⁵⁸⁵.

Le médecin légiste désigné dans le cadre de l'enquête préliminaire concluait que le décès avait pour origine un arrêt cardiaque par spoliation sanguine. Il relevait l'absence de complications hémorragiques ou infectieuse grave dans le foyer nasal mais constatait un large hématome infiltrant la paroi abdominale. Deux expertises étaient effectuées⁵⁸⁶ et leurs conclusions concordaient sur les causes du décès, conséquence directe et exclusive d'un arrêt cardio-respiratoire par spoliation sanguine grave consécutive à la constitution d'un volumineux hématome de la paroi abdominale, qui s'était constitué « à bas bruit » à la suite de la liposculpture. Il n'était pas cliniquement détectable avant le lendemain de l'opération. La rhinoplastie n'avait eu aucune incidence sur le décès. Selon ces experts, des signes cliniques de spoliation sanguine et d'anémie auraient dû amener l'anesthésiste à établir un bilan biologique avec dosage d'hémoglobine dès le début d'après-midi du lendemain de l'opération et à demander un avis médical. Cet avis est confirmé par le deuxième groupe d'experts qui ajoute qu'il n'avait pas agi conformément aux bonnes pratiques en ne visitant pas son malade le matin du lendemain de l'opération alors qu'il le trouvait fatigué la veille. Enfin, les conditions du transfert du malade du service de la clinique au véhicule du SAMU, sous la responsabilité du médecin du SAMU, sur une chaise roulante et non sur un brancard expliquent le désamorçage du cœur du patient dont l'« équilibre volémique » était précaire, au moment de son installation sur le brancard.

Les deux médecins concernés par ladite opération ainsi que l'infirmier, étaient mis en examen pour homicide involontaire. Le chirurgien ayant opéré l'abdomen du patient bénéficiait d'un non-lieu⁵⁸⁷. L'anesthésiste et l'infirmier étaient renvoyés devant le Tribunal de Grande Instance de Paris qui, dans un jugement du 13 février 2009, les a relaxés, aux motifs que les faits reprochés n'étaient pas constitutifs du délit d'homicide involontaire et ne pouvaient recevoir de qualification pénale. Selon le Tribunal, l'anesthésiste avait été le seul médecin à avoir pris en charge le patient le lendemain des opérations jusqu'à ce qu'il ait quitté la clinique.

⁵⁸⁵ L'épouse du défunt déposait une plainte avec constitution de partie civile pour homicide involontaire et le Conseil Départemental de la Ville de Paris de l'Ordre des Médecins se constituait partie civile dans le cadre de la procédure d'instruction.

⁵⁸⁶ L'une dans le cadre d'une procédure civile diligentée avant l'information pénale et l'autre ordonnée par le magistrat instructeur.

⁵⁸⁷ Le magistrat instructeur indiquait dans son ordonnance de clôture que s'il avait bien commis une faute - qui ne pouvait cependant être qualifiée de pénale - en ne se rendant pas au chevet du patient le lendemain de l'opération, l'hémorragie ne pouvait être détectée au moment où il aurait dû effectuer cette visite post-opératoire.

Si une erreur de diagnostic avait été commise, elle ne s'expliquerait pas par une négligence, mais par la complexité des symptômes et la difficulté de leur constatation.

Concernant l'infirmier, le tribunal avait considéré que le fait d'avoir prévenu le médecin anesthésiste tardivement n'était pas constitutif d'une faute pénale dès lors qu'il est établi que l'infirmier ignorait le taux élevé d'hémoglobine au départ et avait bien respecté les consignes internes de la clinique prévoyant que l'alerte devait être donnée lorsque le taux d'hémoglobine était inférieur ou égal à un seul non franchi.

Le Conseil Départemental de l'Ordre des Médecins de la Ville de Paris avait interjeté appel des dispositions civiles du jugement⁵⁸⁸ et le ministère Public des dispositions pénales, les consorts du défunt faisant appel des dispositions civiles du jugement.

Au cours des débats devant la cour d'appel, deux experts sont intervenus. Leurs explications ont permis de comprendre que l'hémorragie causée par l'opération de liposculpture est considérée comme extrêmement rare. De plus, l'hématome qui s'est constitué très lentement (« à bas bruit ») ne pouvait être détecté à l'examen clinique avant le milieu de la journée suivant l'opération de liposculpture compte tenu de l'endroit où il s'était créé. Par ailleurs, la prise en charge du patient par le SAMU, lorsque celui-ci a été transporté assis et non allongé jusqu'à l'ambulance, a provoqué un désamorçage fatal du cœur du patient dont l'« équilibre volémique » était précaire. Ces dernières précisions ne permettent pas davantage de caractériser une faute imputable à l'anesthésiste puisque le patient était alors sous la responsabilité des intervenants du SAMU.

L'enjeu des débats était de comprendre ce que signifie la « volémie »⁵⁸⁹ : en effet, une première étude du dossier pouvait conduire à penser que le patient était décédé suite à la perte de sang et donc à un contrôle insuffisant des constantes. Or l'hémorragie n'a pas entraîné une perte de sang mortelle en elle-même mais a placé le patient dans une situation de déséquilibre volémique qui a entraîné le désamorçage du cœur non irrigué à cause de la position verticale du patient. Ce déséquilibre aurait pu être stabilisé avec la transfusion de sang avant un transfert. C'est donc le transfert qui aurait été à l'origine de la manifestation des conséquences de cette hypovolémie. Les responsabilités qui en découlent se trouvent donc fondamentalement changées aux vues de ces explications.

⁵⁸⁸ Sa constitution de partie civile avait été déclarée irrecevable en première instance.

⁵⁸⁹ Il s'agit du volume sanguin global.

Cette affaire illustre parfaitement le besoin de recourir à l'expertise de spécialistes, parfois à chaque stade de la procédure⁵⁹⁰. De plus, il s'agit là d'un exemple des difficultés de compréhension qui peuvent être rencontrées par les magistrats à l'audience, qui doivent dans un premier temps demander aux experts de vulgariser les termes médicaux pour tenter d'approcher les diagnostics, comprendre les circonstances et pouvoir enfin démêler les responsabilités. De ces difficultés naît le sentiment d'incompétence et d'incapacité à juger une affaire dont la technicité fait resurgir la crainte de l'erreur chez le juge.

107. L'approche psychosociale est quant à elle rendue nécessaire par les évolutions contemporaines des objectifs même du procès pénal et de la peine.

En effet, l'apparition progressive de la notion de dangerosité en droit pénal et son importance croissante au sein de nombreux textes législatifs, suppose que les magistrats soient à même d'apprécier ce caractère, ce qui nécessite de les rendre accessibles à une formation relative aux sciences sociales, psychologiques et psychiatriques, ainsi qu'à la criminologie.

Cette nouvelle exigence ajoute à la responsabilité sociale qui pèse sur les juges dès lors qu'il leur revient, en sus de leur rôle d'appréciation des faits et d'adaptation de la sanction, d'anticiper la potentialité de récidive d'un individu et sa dangerosité au moment même où il se prononce. Cette charge est lourde et peut à être l'origine d'appréhensions, dès lors qu'elle tend à faire peser sur eux le poids d'une récidive qu'ils n'auraient pu pressentir.

Ainsi, les magistrats doivent se familiariser à l'appréciation de la dangerosité de l'individu qu'ils ont à juger, afin de ne pas appréhender cette mission et d'être moins en proie aux remords.

Toutefois, il ne semble pas évident de cerner parfaitement les contours de la notion de dangerosité. Reposant sur l'agressivité d'un individu dangereux, la notion trouve ses limites en ce qu'elle ne se fonde sur aucun critère tangible, une simple potentialité pouvant la caractériser⁵⁹¹.

La particularité est que ce terme récent se réfère directement à la psychologie en tant que terme didactique⁵⁹².

⁵⁹⁰ Dans cette espèce les experts étaient nombreux à avoir été entendus.

⁵⁹¹ La courte définition proposée par le C.P.P. semble être un point de départ de réflexions mais ne peut satisfaire l'analyse. Ces précisions du code relatives à la dangerosité s'apparentent davantage à une tautologie qu'à une définition. La dangerosité y est entendue comme « le risque pour la personne condamnée de commettre une nouvelle infraction après sa libération ». Le mot lui-même est apparu dans le Dictionnaire historique de la langue française de 1969, bien après le nom commun « danger » datant de 1160.

⁵⁹² Ce caractère psychologique est également souligné par le grand Robert lorsque celui-ci définit le mot « dangereux » comme étant un « caractère dangereux ». Les définitions que l'on retrouve dans les différents

Il semble par ailleurs falloir distinguer les notions de comportement dangereux et d'état dangereux⁵⁹³. Ce deuxième concept fait appel à une dangerosité qui doit renvoyer cumulativement à « la propension à récidiver et au risque social induit par cette récidive »⁵⁹⁴.

La difficulté de définir le concept de « dangerosité » est d'autant plus complexe que le terme employé dans le domaine judiciaire, désignant l'aspect criminologique, se trouve confondu avec la dangerosité psychiatrique, nouvelle manifestation de la difficile conciliation des langages juridiques et scientifiques⁵⁹⁵.

dictionnaires s'affranchissent en réalité de ce caractère psychologique pour permettre à ce terme de s'appliquer tant à une personne qu'à une chose ou une maladie par exemple.

⁵⁹³ La notion de dangerosité doit également être distinguée de celle de risque. En effet, un grand nombre des questions soulevées par la problématique de l'emprisonnement relèvent de la gestion des risques. Cette nouvelle notion introduite dans la réflexion désignerait moins un danger précis qu'un effet de la mise en relation de données abstraites rendant probables des comportements indésirables. Elle résulterait de la dissolution de l'individu au profit de la prise en compte de facteurs à risques. Voir R. CASTEL, « De la dangerosité au risque », *Revue actes de la recherche en sciences sociales*, 1983, n° 46-50, pp. 122-123.

⁵⁹⁴ C'est ainsi qu'un juge d'application des peines a pu affirmer que « c'est à la fois la capacité et la volonté de recommencer et la teneur de l'atteinte qu'il faut évaluer. Un exhibitionniste multirécidiviste peut présenter moins de dangerosité qu'un violeur primo-délinquant » (entretien A. AZOULAY, Juge d'application des peines).

⁵⁹⁵ Le rapport rendu par G. FENECH devant l'Assemblée nationale le 12 décembre 2007 doit être cité à propos de cette distinction fondamentale. Le constat unanime de l'insuffisance des connaissances scientifiques sur ces deux notions trop souvent confondues y est souligné en rappelant que toute personne dangereuse n'est pas nécessairement atteinte de troubles mentaux et toute personne atteinte de troubles mentaux n'est pas automatiquement une personne dangereuse (G. FENECH, *Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi n° 442 relatif à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 12 décembre 2007, n° 497).

Déjà dans le rapport BURGELIN de la Commission santé justice, la distinction entre ces types de dangerosités était clairement affirmée (J.-F. BURGELIN, *Santé, justice, et dangerosités : pour une meilleure prévention de la récidive*, *Rapport de la Commission Santé-Justice*, Ministère de la justice, 6 juillet 2005, 193 p.)

Il convient alors de s'attacher successivement à chacune de ces notions. Le Docteur R. COUTANCEAU cité dans le rapport FENECH définit la dangerosité psychiatrique comme le risque de passer à l'acte à un moment donné en raison de troubles mentaux. Le rapport de la Commission Santé-Justice la définit comme « un risque de passage à l'acte principalement lié à un trouble mental et notamment au mécanisme et à la thématique de l'activité délirante ». Elle se situe donc dans le champ médical et renvoie à une maladie mentale, mais son appréciation dépend du parcours du patient et de l'analyse de son passage à l'acte dans le cadre de l'évaluation des risques de récidive.

La dangerosité criminologique, à l'inverse, se situe dans le champ pénal. C'est le risque qu'un individu commette une infraction. Elle prend en compte l'ensemble des facteurs environnementaux, sociologiques et situationnels susceptibles de favoriser l'émergence du passage à l'acte et peut se définir comme « un phénomène psychosocial caractérisé par les indices révélateurs de la grande probabilité de commettre une infraction contre les personnes ou les biens » (Définition de C. DEBUYST, issue du II^{ème} cours international de criminologie de Paris en 1953, cité par le Rapport d'information Assemblée nationale, n° 1718, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 7 juillet 2004, déposé par la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, en conclusion des travaux d'une mission d'information constituée le 4 mars 2004 sur le traitement de la récidive des infractions pénales, p. 45 ; également cité in J.-F. BURGELIN, *Santé, justice, et dangerosités : pour une meilleure prévention de la récidive*, *Rapport de la Commission Santé-Justice*, Ministère de la justice, 6 juillet

De ces acceptions distinctes apparaît le besoin de mettre les magistrats en mesure de se former aux concepts scientifiques.

Mais l'intérêt fondamental doit être cherché en amont. La notion de dangerosité se veut le point de départ de la prise en compte de l'individu dans sa complexité, cette aspiration résultant de l'évolution de l'esprit du droit pénal.

Cette façon de juger en considération de l'individu et de sa moralité mérite en elle-même une formation tournée vers la psychologie, et ce, tant au stade de la déclaration de culpabilité ou d'irresponsabilité qu'au niveau du choix de la peine à prononcer, puisqu'il faut également compter sur l'évolution de la fonction de la peine vers un but thérapeutique⁵⁹⁶.

En effet, une mutation progressive des fonctions de la peine s'observe en matière pénale depuis plusieurs années, ainsi qu'en atteste la création de mesures telles que la rétention de sûreté, consacrant l'originalité d'un enfermement pour soins, aux fins de prévention⁵⁹⁷.

2005, p. 10). Les personnes concernées ne semblent pas être des malades mentaux souffrant de troubles psychiatriques les rendant dangereux mais des condamnés, non déclarés irresponsables par la justice, à propos desquels les expertises décèleraient la dangerosité criminologique. En ce sens, elle se confond avec le risque de récidive. Le rapport FENECH rappelle en outre l'importance « de ne pas confondre la dangerosité en milieu ouvert et en milieu fermé. Ainsi, la bonne adaptation à l'univers carcéral de certains auteurs d'infractions sexuelles ne saurait être systématiquement considérée comme le gage d'une absence de dangerosité en milieu libre, où ils présentent un fort risque de récidive. Inversement, un rejet du milieu et des règles pénitentiaires chez certains condamnés ne signifie pas forcément qu'ils présenteront une dangerosité criminologique élevée en milieu ouvert ».

⁵⁹⁶ A propos des dérives et critiques, voir § 110 et s. de la présente analyse.

⁵⁹⁷ La question de la fonction de la peine étant liée à la politique criminelle, il faut l'étudier au regard de l'impact des différentes écoles de pensée. Le premier courant de pensée, dont les bases ont été posées par KANT dans ses ouvrages *Critique de la raison pratique* (1788) et *Eléments métaphysiques de la doctrine du droit* (1796), est celui de la justice absolue. Cette école exalte l'idée d'expiation dans l'exécution de la peine, considérant cette dernière comme une souffrance infligée au condamné en réponse à celle qu'il a fait subir à l'ordre public et aux victimes.

La deuxième école, celle des classiques, résumée dans le *Traité des délits et des peines* de BECCARIA, prône la fonction utilitaire d'une peine conçue comme un moyen de prévenir le crime par la crainte qu'elle fait naître. Voir, C. BECCARIA, *Traité des délits et des peines*, trad. de l'italien par M. CHAILLOU de LISY, publié à Paris en 1773 par J. F. BASTION, Paris, Librairie de la Bibliothèque nationale, 1877, chap. VI, p. 31 et Chap. XII, p. 44. La société a le droit de punir, la répression étant utile à la défense de l'ordre social. Cette répression doit être proportionnée à l'utilité de la peine et à la gravité des faits. La sanction fait ici appel à une émotion : la peur d'une condamnation aggravée. La même crainte sous-tend lorsqu'on prononce du sursis. L'école néo-classique de la fin du XIX^{ème} siècle se penche sur les rapports entre peine et responsabilité morale du délinquant pour s'efforcer de rechercher les moyens d'améliorer l'efficacité thérapeutique de la peine. Les contradictions entre une peine expiatoire, intimidante, mais favorisant l'amendement et la réinsertion apparaissent alors. L'école positiviste du XIX^{ème} siècle nie pour sa part totalement le libre arbitre et se veut déterministe. L'expiation ne peut de ce fait plus être un objectif de la sanction et il s'agit de classer les individus selon des catégories et d'opter pour des mesures de sûreté adaptées à chaque type de délinquant (LOMBROSO est l'un des théoriciens de l'école positiviste italienne avec E. FERRI et R. GAROFALO). L'on voit ici le rapprochement qui peut être fait avec la rétention de sûreté. Mais, alors que pendant des siècles le châtement était perçu comme l'unique moyen de lutter contre le crime, ayant

Dès lors, s'il est possible de conclure à l'existence traditionnelle de trois fonctions de la peine, à savoir la dissuasion, la rétribution⁵⁹⁸ et la réinsertion, la fonction de rétribution et d'amendement de l'individu prend de plus en plus d'importance, menant à une démesure répressive nuisible à la fois aux intérêts des détenus et au lien de solidarité sociale⁵⁹⁹.

pour effets, la vengeance, l'expiation, la rétribution, la réparation du mal causé, l'intimidation, la réformation, la satisfaction de la conscience publique ou la prévention, le droit pénal va progressivement être chargé d'assurer la protection de la société contre le crime. Il s'agit de l'apparition du mouvement de la « défense sociale nouvelle » (M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle, un mouvement de Politique criminelle humaniste*, Paris, Cujas, 1966, p. 259). Dans la conception moderne, cette notion se présente avant tout comme la réaction contre un système uniquement rétributif et s'inscrit dans le mouvement de rénovation caractéristique du XX^{ème} siècle, tendant à la remise en cause progressive de la prison en luttant contre son usage abusif et en humanisant son régime. Voir M. ANCEL, « Réforme pénale et politique criminelle dans les dernières années du 20^{ème} siècle », in *Mélanges offert à R. LEGROS*, Bruxelles, éd. de l'université de Bruxelles, 1985, p. 4. On ajoute ainsi à la conception traditionnelle de la simple répression, les notions de prévention et de traitement. Il s'agit de resocialiser des délinquants (la réforme pénitentiaire de 1945 ajoute aux fonctions traditionnelles de la peine le besoin d'éduquer et de soigner). Ainsi, l'on tente désormais de protéger la société mais à travers la protection du délinquant lui-même, lui assurant le traitement approprié à son cas. Ceci a également pour but d'éviter la récidive. S'opère alors une substitution du traitement à la peine rétributive : c'est l'apparition de la nouvelle fonction de la peine, caractéristique d'une prise en compte accrue de la personnalité du délinquant, véritable sujet de droit. Restent deux conceptions opposées qui commandent la primauté de certaines des fonctions de la peine : la conception classique de l'emprisonnement fait de lui un moyen servant à rétablir l'harmonie brisée par la rétribution de l'acte. L'amendement du coupable, l'intimidation et donc la prévention ne sont alors que des effets de la peine d'emprisonnement et non sa fonction même. La conception moderne de la sanction fait, elle, de la fonction préventive la véritable finalité poursuivie.

L'on perçoit à travers ces écoles les difficultés à concilier les divers objectifs de la peine. Un choix doit être opéré entre l'idéologie sécuritaire et l'effort de réinsertion. C'est ce que traduit le rapport de la Commission G. CANIVET : « la peine n'a plus une fonction expiatoire, mais répond à la réinsertion sociale que la société attend pour sa sécurité, en conciliant nécessité de punir et volonté de réintégrer socialement » (G. CANIVET, *Amélioration du contrôle extérieur des établissements pénitentiaires, Rapport de la Commission à Madame le Garde des Sceaux*, juillet 1999, Paris, La Documentation française, décembre 2000, p. 6). Dès lors que l'on constate des difficultés de conciliation, il semble évident, malgré l'énumération faite par le Conseil Constitutionnel quant aux différentes significations de la peine, que l'une des fonctions de la peine prend *de facto* le dessus (Conseil constitutionnel, décision n° 93-334 D.C. du 20 janvier 1994, « L'exécution des peines privatives de liberté en matière correctionnelle et criminelle a été conçue non seulement pour protéger la société et assurer la punition du condamné mais aussi pour favoriser l'amendement de celui-ci et préparer son éventuelle réinsertion »).

⁵⁹⁸ E. KANT adapte la notion d'« expiation » au raisonnement laïque à travers ce terme de « rétribution » qui apparaît dans ses *Leçons d'éthique*, présentation, traduction et notes par Luc LANGLOIS, Paris, Librairie générale française, 1997. Il s'agit de faire souffrir la personne condamnée à la hauteur de la gravité de l'acte commis.

⁵⁹⁹ Il suffit d'observer les mesures consacrées à la réinsertion pour s'apercevoir qu'elles sont mises en retrait au profit d'une répression accrue. Hormis la fonction rétributive, les autres ne sont que rarement remplies. La mission de réhabilitation est souvent secondaire, les efforts n'étant faits qu'après avoir accompli les objectifs de sécurité interne. De plus, lorsque les politiques thérapeutiques et de réinsertion sont mises en œuvre, peu de moyens leur sont alloués. L'exemple de la rétention de sûreté est représentatif de la subsidiarité de la réinsertion par rapport à la protection de la société : l'incertitude dans laquelle est plongé le détenu quant à la fin de sa peine risque de rendre le encore plus instables psychologiquement. Il semblerait qu'une telle mesure soit justement orientée vers cette la considération d'individus malades, dangereux, et qui pourraient bien l'être définitivement. Il convient toutefois de nuancer les propos au regard de la dernière réforme pénale élargissant l'arsenal des peines et consacrant la contrainte pénale. En effet, la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des

Certains auteurs comme Marc ANCEL ont d'ailleurs vu dans l'augmentation de la population pénitentiaire depuis 1966, une conséquence directe de la réduction parallèle du nombre de lits dans les hôpitaux psychiatriques. Pourtant, le code de procédure pénale pose le principe de l'absence de malades mentaux en prison et présente une telle situation comme étant une antinomie⁶⁰⁰. La pratique se révèle donc plus nuancée et les établissements pénitentiaires abritent une forte population de psychotiques, non dirigés vers les hôpitaux psychiatriques en vertu de l'article D.398 du code de procédure pénale⁶⁰¹.

Apparaît alors le rôle fondamental de l'expertise psychiatrique qui devrait permettre d'opérer un tri entre les délinquants conscients de leur acte au moment où ils l'ont commis et ceux qui étaient atteints, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli⁶⁰² ou altéré⁶⁰³ leur discernement ou le contrôle de leurs actes⁶⁰⁴.

L'augmentation constatée de la déclaration de responsabilité pénale par les experts psychiatriques, ou, tout au moins, leurs réticences à admettre la maladie mentale source d'irresponsabilité est pourtant significative. Une interprétation téléologique de l'article 122-1 du code pénal met en évidence les raisons de la rédaction de l'alinéa 2. En prévoyant la situation intermédiaire de l'altération de discernement, il s'agissait d'adoucir la répression pénale au profit de plus de soins au sein du système pénitentiaire.

sanctions pénales, (*J.O.R.F.*, n°0189, 17 août 2014, p. 13647, texte n° 1), permet au juge de prononcer la contrainte pénale comme peine de substitution à l'emprisonnement, (l'article article 20 de la loi du 15 août 2014 prévoit qu'elle pourrait devenir, d'ici deux années, une peine principale) lorsque l'infraction reprochée constitue un délit puni d'une peine d'emprisonnement d'une durée inférieure ou égale à cinq ans (article 131-4-1, alinéa 1^{er}, du code pénal). Cependant, cette dernière limitation est temporaire puisque l'article 19 II de la loi dispose qu'à compter du 1^{er} janvier 2017, la peine sera encourue pour tous les délits punis d'emprisonnement, même d'une durée supérieure à 5 ans. A travers cette nouvelle mesure, l'accent semble mis sur l'objectif de réinsertion du délinquant.

⁶⁰⁰ L'article 122 du code pénal dispose que : « n'est pénalement responsable la personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuro-psychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes ; la personne qui était atteinte au moment des faits d'un trouble psychique ayant altéré son discernement ou entravé le contrôle de ses actes demeure pénalement responsable [...] ; toutefois, la juridiction tient compte de cette circonstance lorsqu'elle détermine la peine et en fixe le régime ».

⁶⁰¹ Ces personnes n'auraient-elles pas dû faire l'objet en amont de l'application de l'article 122-1 du nouveau code pénal ? N'est-ce pas justement le rôle de l'expertise pénale que de soustraire ces personnes à la justice en les déclarant pénalement irresponsables ?

⁶⁰² Ces personnes sont irresponsables pénalement.

⁶⁰³ Ces personnes demeurent punissables, la juridiction tenant compte de cette circonstance lorsqu'elle détermine la peine.

⁶⁰⁴ Art. 122-1 du code pénal.

La pratique montre que tel n'a pas été le cas, la tendance étant de se servir de cet alinéa pour ne pas prononcer l'irresponsabilité totale de l'accusé. En résulte une responsabilisation accrue de certains malades psychiatriques, alors que le dispositif de soins pénitentiaires n'est quant à lui aucunement renforcé en conséquence⁶⁰⁵.

L'apparition de la fonction thérapeutique de la peine d'emprisonnement constitue alors une réponse au sursaut de responsabilisation des malades dangereux, qui exige la familiarisation des magistrats aux données psychologiques.

108. La nécessité d'une formation des juges à l'utilisation de procédés scientifiques affirmée, il faut encore déterminer les moyens de cette formation.

Selon M. GORPHE, « il ne suffit plus de poser des questions à l'expert et de tirer les conséquences de leur rapport ; il faut collaborer avec lui complètement »⁶⁰⁶. Il ajoute que le système présente certaines lacunes. D'une part, les experts n'ont qu'une compétence limitée car ils ne sont ni criminologues, ni des psychologues à même d'appréhender les cas non pathologiques. D'autre part, les expertises psychologiques et psychanalytiques sont difficiles à intégrer dans la méthode d'ensemble de la pratique judiciaire.

Les évolutions actuelles en la matière et le recours fréquent à l'examen psychotechnique dans la détermination des compétences dans les milieux professionnels par exemple, permettent un recul favorable à l'insertion de l'expertise psychologique dans le processus judiciaire⁶⁰⁷.

L'exemple de l'intégration progressive de la psychotechnique dans la procédure pénale permet de montrer l'importance de la sensibilisation des magistrats aux techniques scientifiques, y compris dans les hypothèses d'intervention des spécialistes. Les psychotechniciens utilisent des techniques de tests qu'ils sont seuls à pouvoir réaliser. Pour autant, le juge devra être à même d'interpréter les conclusions des experts, de tirer le sens et la portée des procédés d'examen, afin d'en tirer les conséquences juridiques⁶⁰⁸.

Il faudrait également pouvoir compter sur une collaboration entre les experts des différentes spécialités, psychiatriques, psychologiques, criminologiques, afin d'assurer une réelle efficacité quasi-systématique des expertises.

⁶⁰⁵ Voir sur ce point, J-P. OLIE, W. De CARVALHO, C. SPADONE, « Expertise mentale dans le déroulement du processus pénal : le point de vue du psychiatre-expert », in *L'expertise, sous la direction de M-A. FRISON-ROCHE, D. MAZEAUD, thèmes et commentaires*, Paris, Dalloz, 1995, p. 25.

⁶⁰⁶ F. GORPHE, « Peut-on réaliser une justice scientifique ? », *Revue internationale de criminologie et de police technique*, 1950, p. 86.

⁶⁰⁷ F. GORPHE, *op. cit.*, p. 87.

⁶⁰⁸ F. GORPHE, *op. cit.*, p. 87.

Monsieur GORPHE propose une solution originale consistant à placer au sein des établissements pénitentiaires des assistants assurant le suivi régulier et informant les experts lorsque leur intervention est nécessaire⁶⁰⁹. Toutefois, le manque de moyens financiers s'oppose à la mise en place de telles pratiques.

109. En somme, la familiarisation des magistrats avec les principaux domaines scientifiques permettrait de rendre leurs jugements plus précis et rapides. Elle leur garantirait une plus grande assurance, ou tout du moins atténuerait les doutes et hésitations qu'ils développent en raison de leur sentiment d'incompétence dans des domaines qui prennent pourtant tant de place dans leur travail quotidien. En sus, cette formation, initiale ou continue, des magistrats pourrait venir tempérer le recours aux expertises.

M. le président GORPHE a exprimé cette idée par l'affirmation suivante : « si l'on veut qu'ils jugent en hommes, et en hommes éclairés, ils doivent être à mêmes d'appliquer les sciences de l'homme, sans que le recours à des experts spécialistes, qui ne peut être constant, les dispense de décider par eux-mêmes en connaissance de cause »⁶¹⁰.

Apparaissent alors les dérives de l'intervention des experts au cœur du procès pénal, ceux-ci pouvant aller jusqu'à concurrencer ou se substituer aux jugements des magistrats. Les acteurs scientifiques deviendraient alors source de dépendance, de pressions, à l'origine d'émotions « passives ».

§II. Les dérives d'une magistrature éblouie par la science

110. Sous l'Ancien Régime, les experts-jurés détenaient un véritable monopole en matière d'expertises judiciaires. C'est précisément l'indépendance de la justice qui a conduit à les supprimer afin de consacrer une nette séparation entre les fonctions d'experts et de juges⁶¹¹. La même logique se retrouve aujourd'hui dans l'encadrement strict de l'expertise par des règles procédurales qui laissent le juge véritablement maître du recours à l'expertise⁶¹² ainsi que dans le principe selon lequel l'expert ne donne que de simples avis non liants.

⁶⁰⁹ F. GORPHE, *op. cit.*, p. 88.

⁶¹⁰ F. GORPHE, *op. cit.*, p. 84.

⁶¹¹ La loi des 2 et 17 mars 1791 supprime les experts-jurés.

⁶¹² Voir D. BOURCIER, M. de BONIS, *Les paradoxes de l'expertise, savoir ou juger ?*, Le Plessis-Robinson, Institut Synthélabo, Les empêchements de penser en rond, 1999, pp. 15 et s. ; La procédure de l'expertise pénale est régie par les articles 156 à 169-1 du C.P.P.

Le juge d'instruction, puis la juridiction de jugement sont donc entièrement libres de suivre ou de ne pas suivre ses conclusions⁶¹³.

Toutefois, en pratique, il en va différemment car, en bien des matières, l'expertise tend à constituer une preuve.

Ainsi, s'il est un principe selon lequel le juge n'est pas lié par les conclusions des experts⁶¹⁴, les réalités de la pratique tendent à le neutraliser. Sans être uniquement complémentaires, les juges et les experts sont devenus concurrents de par leurs référents distincts pour une même analyse⁶¹⁵. En effet, la conscience que les magistrats ont de leurs lacunes les incite à se conformer aux avis d'experts dans la quasi-totalité des cas.

La subordination des experts aux juges s'étant progressivement muée en une autonomie assumée, dans le cadre de la recherche de preuves⁶¹⁶, le juge a lui-même tendance à se retrancher derrière l'avis de l'expert afin de faire reposer la vérité judiciaire sur une vérité scientifique. Dès lors, l'aléa de la conviction des juges indépendants se trouve remplacé par l'aléa d'une science qui s'impose aux juges.

La magistrature risque alors devenir hypnotisée par la science, perdant de vue l'aspect non absolu de certaines de ses branches et faisant fi des probabilités d'erreurs statistiques des tests scientifiques, de l'imperfection de certaines sciences ou de certaines méthodes d'expertises⁶¹⁷.

⁶¹³ L'Article 427 du code de procédure pénale énonce le principe que le juge doit décider d'après son intime conviction. Il est le juge des preuves.

⁶¹⁴ Par exemple, Cass. crim., 8 novembre 1973, pourvoi n° 73-90039, *bull. crim.*, n°412, p. 101 : « En adoptant les conclusions d'un rapport d'expert, les juges du fait ne font qu'user de leur libre pouvoir d'appréciation et répondent à des conclusions qui contestaient la pertinence des opérations d'expertise » ; D'autres arrêts permettent de s'interroger sur ce point : la Cour de cassation a estimé que l'expertise biologique est de droit en matière de filiation, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder (Cass, 1ère civ., 28 mars 2000, pourvoi n° 98-12806, *bull. civ.* 2000, I, n° 103 p. 69). La question de la liberté laissée au juge dans l'appréciation de la force probante des conclusions de l'expert est alors soulevée. La Cour E.D.H. a relevé, à propos d'une expertise française, que celle-ci était susceptible d'influencer de manière prépondérante l'appréciation du juge (Cour E.D.H., MANTOVANELLI c/. France, du 18 mars 1997, requête n°21497/13).

⁶¹⁵ J-L .GENARD, *Les dérèglements du droit. Entre attentes sociales et impuissance morale*, Paris, Castells, 2000, pp. 51- 58.

⁶¹⁶ Par exemple, l'expert se voit attribuer la faculté d'interroger seul l'inculpé dans les affaires financières, dans les hypothèses des art. 164 al. 2, 3 et 4 C.P.P. ; voir sur ce point J. PRADEL, « Les rôles respectifs du juge et du technicien dans l'administration de la preuve en matière pénale », in *Xème colloque des I.E.J.*, Poitiers, 1975, Paris, P.U.F., 1976, p. 79.

⁶¹⁷ Malgré les possibles contre-expertises, les risques de ce blanc-seing conféré aux experts sont réels. Voir F. GIBAUT, « L'expertise en matière pénale et les droits de la défense », *Travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, 2006, sur le thème, *La Justice « La France serait-elle malade de sa justice ? »*, séance publique du lundi 27 mars 2006. Dans l'affaire Outreau, les experts ont contribué à induire les juges en erreur ; voir également D. BOURCIER, M. de BONIS, *op. cit.*, pp. 32 et s. A propos de la question de la vérité dans la science, voir E. MORIN, *Science avec conscience*, Paris, Fayard, 1982, pp. 136 et s.

Dès lors, le concept de vérité judiciaire voyant ses contours se rapprocher de ceux de la vérité scientifique, la recherche de la vérité pourrait reposer sur des éléments de personnalité non factuels plus subjectifs (A) et la magistrature se placerait finalement en situation de dépendance à l'égard de ces intervenants, rompant ainsi avec la volonté du droit d'éradiquer les émotions dites « subies » (B).

A. Vers une vérité moins factuelle, en proie aux émotions

111. Le concept de « vérité judiciaire » est une construction théorique qui se rapproche de la croyance : la vérité correspondrait à ce que l'on croit être vrai. C'est un état mental qui vise la vérité. Elle ne sera vraie que si elle s'ajuste au monde.⁶¹⁸

Le concept est certainement venu pallier l'impossibilité d'atteindre une vérité absolue, proclamée par la révolution de 1789, perçue comme la « correspondance complète et exacte entre la réalité et les affirmations du juge sur le corps du délit, sur la culpabilité ou l'innocence du prévenu »⁶¹⁹.

Progressivement, cette quête de la vérité absolue est remplacée, dans le système français, par la vérité juridique, judiciaire. Durant le procès, on cherche donc des preuves qui permettront d'avoir de bonnes raisons de croire en la vérité d'une version.

Or, le recours toujours plus important aux expertises scientifiques dans la recherche de la preuve pourrait justement révéler la méfiance à l'égard de la souveraineté du juge et ainsi initier un retour vers l'idéal de vérité absolue. La science permettrait de combler les limites de la connaissance humaine, dépassant ainsi certains obstacles à la vérité absolue⁶²⁰.

Dès lors, l'expertise scientifique, comme les expertises dites de crédibilité ou de personnalité auxquelles recourent presque systématiquement les juges au pénal⁶²¹ peuvent toutes deux mettre à mal le concept de vérité judiciaire, pour des raisons différentes, et auront des conséquences plus ou moins graves.

⁶¹⁸ J.-C. BILLIER, « La manifestation de la vérité en question : pour une éthique de la vérité judiciaire », in *Penser l'éthique*, études, dimanche 14 février 2010, <http://www.raison-publique.fr/article193.html>.

⁶¹⁹ M. STROGOVITCH, *La doctrine de la vérité absolue dans l'instruction criminelle*, Leningrad, 1947, 275 p., exposé dans une note bibliographique par M.F., R.S.C., 1948, pp. 885 et s.

⁶²⁰ M. STROGOVITCH, *op. cit.*

⁶²¹ L'enquête de personnalité mise à disposition du juge d'instruction est prévue par les art. 41, 81al. 6, 362 du C.P.P. et l'art. 8 de l'ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante

La seconde voit son rôle d'individualisation de la peine glisser vers celui de l'appréciation de la culpabilité et devient donc un moyen d'établir une vérité judiciaire non plus fondée uniquement sur les faits mais déduite des éléments de personnalité, alors que la première, véritable mode de preuve, prend une importance telle qu'elle pourrait anéantir le rôle d'appréciation du juge.

112. En ce qui concerne l'enquête sur la personnalité de la personne mise en cause et les examens médicaux-psychologiques, l'article D. 16 du code de procédure pénale prévoit que le dossier de personnalité de l'accusé « ne saurait avoir pour but la recherche des preuves de la culpabilité ». La déclaration de culpabilité repose sur la preuve de faits constitutifs d'une infraction, la personnalité du coupable n'étant prise en compte que dans la détermination du *quantum* de la peine. L'examen critique des preuves relève donc de la compétence du juge.

Pourtant, de plus en plus, ces éléments d'expertise psychologique servent de base aux jugements⁶²², et l'examen des preuves se révèle souvent empreint de considérations psychologiques, lorsqu'il s'agit d'apprécier la crédibilité d'un témoin par exemple. Plus encore, certains vont jusqu'à déduire de leur analyse, les conclusions à en tirer sur la culpabilité.

Ainsi, au-delà des préoccupations objectives que sont la qualification juridique des faits aux fins de détermination de la loi applicable, il semble que le magistrat doive accorder davantage d'importance à ce que le président GORPHE appelle « l'aspect concret, qui domine l'autre ».

Il s'agit, selon lui, d'apprécier les faits dans leur gravité intrinsèque, selon les circonstances matérielles et morales de leur exécution et de plus en plus, au moyen de l'appréciation de la personnalité de l'auteur. « A travers l'acte, on cherche à apprécier l'individu [...] dans ses tendances criminelles »⁶²³.

La prise en compte de la personnalité de l'individu par le juge est récente. En effet, alors que depuis le Moyen-Age, la théorie reposait sur la notion de sanction des actes, l'accent se déplace du crime au criminel, ce n'est plus seulement l'acte qui est réprimé, mais c'est l'auteur lui-même, à travers sa psychologie qui est sanctionné. Par ce glissement, la psychiatrie devient un élément fondamental du droit pénal.

⁶²² P. HENNION, *Preuve pénale et droits de l'homme*, Thèse de doctorat en droit privé, sous la direction de R. BERNANDIN, Nice, 1999, p. 404.

⁶²³ F. GORPHE, « Peut-on réaliser une justice scientifique ? », *Revue internationale de criminologie et de police technique*, 1950, p. 84.

C'est à partir des réflexions engagées au XIX^{ème} siècle autour de crimes particulièrement horribles que le concept de « monomanie homicide » apparaît, conduisant à une psychiatrisation de la délinquance⁶²⁴. Depuis plusieurs années, la politique pénale intègre de manière presque systématique la question de la dangerosité des individus⁶²⁵ qui permet cette psychiatrisation de la délinquance, en justifiant à la fois l'incarcération de plus en plus de malades et l'importation des soins en prison et dans le système pénal⁶²⁶.

L'erreur de ces théories réside dans le fait de déduire la culpabilité d'une simple potentialité. Elle repose également dans la démarche déductive consistant à dire que parce qu'un sujet est crédible, il dit vrai, que la crédibilité du sujet dicte la matérialité des faits⁶²⁷.

Or, la preuve de la matérialité des faits doit relever d'autres éléments que l'expertise de personnalité, par exemple de la preuve scientifique. « La manifestation de la vérité » évoquée par le code de procédure pénale ne peut en aucun cas résulter d'interprétations telles que l'expertise psychologique⁶²⁸. C'est pourtant ce qu'oublie parfois les experts lorsqu'ils déduisent avec certitude, que de l'absence d'affabulation découle la réalité d'un viol, se substituant ainsi au juge dont le rôle dans l'appréciation des éléments de preuve factuels est réduit à néant.

Cette démarche déductive fait donc reposer l'issue du procès sur l'analyse subjective de la personnalité du mis en cause ou des victimes, appréciation en proie aux émotions et moins objective que l'établissement factuel de la vérité judiciaire.

⁶²⁴ Il faut remonter à l'école positiviste italienne, parfois représentée à travers la figure de LOMBROSO et de son « criminel-né », pour comprendre le rôle du critère de dangerosité au sein de l'enfermement. Ce courant substitue à la responsabilité morale classique, la responsabilité légale ou sociale : l'homme est responsable vis-à-vis de la société de sorte que la peine qui le frappe n'est plus rétributive mais devient une mesure de sûreté. Il ne s'agit plus de considérer ni le délinquant, ni l'infraction : l'unique question demeure celle du danger que le délinquant présente pour la société. Voir également, à propos de l'extension du champ pénal et l'avènement de sentences indéterminées : Y. CARTUYVELS, F. OST, *Crise du lien social et crise du temps juridique, Le droit est-il encore en mesure d'instituer la société? L'exemple du droit pénal*, Séminaire interdisciplinaire d'études juridiques, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, Luc TAYART de BORMS, 1998, pp. 79 et s.

⁶²⁵ Si la loi du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales semble être le seul exemple de l'intervention expresse de ce nouveau fondement d'incrimination sur le plan législatif, cette notion apparaissait déjà en filigrane dans des textes antérieurs comme la loi n° 98-468 du 17 juin 1998 sur les infractions sexuelles et la protection des mineurs qui a institué le suivi socio-judiciaire ou la loi Perben II, n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité. Celle-ci comporte un certain nombre de dispositions réservées à des criminels ou des délinquants présentant un fort risque de récidive.

⁶²⁶ Voir § 107 de la présente analyse.

⁶²⁷ L. BELLON, C. GUERY, « Juges et psy : la confusion des langues », *R.S.C.*, 1^{er} octobre 1999, n°4, p. 783 ; à propos de la prise en compte de la parole de l'enfant notamment.

⁶²⁸ Art. 81 C.P.P. : « Le juge d'instruction procède, conformément à la loi, à tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité ».

113. En somme, l'apport des sciences humaines à ce stade de la détermination de la peine trouve toute sa légitimité lorsque le magistrat doit statuer sur le *quantum* et sur les modalités d'application de la sanction⁶²⁹. Mais la définition des infractions doit demeurer d'interprétation stricte. La persistance de la tendance actuelle reviendrait à revoir la notion de vérité judiciaire pour consacrer une vérité déduite non pas des faits, mais des éléments de personnalité. Voici d'ailleurs l'idée soutenue par M. Robert BADINTER, lorsqu'il affirmait que nous ne jugeons plus les hommes pour ce qu'ils ont fait mais pour ce qu'ils sont. Il serait possible de juger l'âme du criminel⁶³⁰. Alors, en s'attachant davantage à la personnalité et en minimisant les faits de l'infraction, le risque serait d'accroître l'aspect émotionnel du jugement qu'il est justement question d'encadrer⁶³¹. Il faut donc veiller à ce que le recours à la science, plutôt que de conférer un support objectif à la décision du juge, n'introduise pas, au contraire, davantage d'éléments subjectifs dans l'appréciation de la culpabilité des personnes mises en cause.

114. En outre, même lorsque l'expertise scientifique doit pouvoir trouver sa place parmi les éléments permettant de parvenir à la vérité judiciaire, elle ne doit pas remplacer le raisonnement du juge. Ainsi, le recours à l'expertise scientifique ne doit pas ébranler l'indépendance des juges.

B. Le dévoiement de l'expertise scientifique et la remise en cause de l'indépendance des juges

115. Afin que les avis des experts ne constituent pas des pressions sur les juges, il faut tout d'abord cantonner le recours à l'expertise aux cas nécessaires.

Ainsi, en théorie, le juge ne devrait ordonner d'expertise que dans les cas où celle-ci est objectivement indispensable à la manifestation de la vérité ou à l'évaluation de la personnalité de l'auteur de l'infraction et non lorsqu'il lui revient simplement de procéder à des constatations qui pourraient relever de la compétence des enquêteurs.

⁶²⁹ L. BELLON, C. GUERY, *op. cit.*, p. 783.

⁶³⁰ F. CAROLI, J-L. MARCEL, « Difficultés de suivi d'un malade mental potentiellement dangereux », *Nervure, journal de psychiatrie*, vol. XX, n°9, supplément, décembre 2007, janvier 2008, p. 19. Il faut percevoir le risque de la définition dont raffolent les anglo-saxons à travers le mot « dangerousness », qui serait de passer d'un état passager à un concept qui deviendrait le cœur de la personnalité de l'individu concerné.

⁶³¹ C. SZEKERES, « La psychologie judiciaire et l'intime conviction du juge », *R.I.D.P.*, 1975, p. 155.

Pourtant, le constat réalisé en pratique n'est pas fidèle à cette exigence. En effet, le Ministre de la Justice a mis en place un groupe de réflexion sur l'expertise judiciaire⁶³², résumant ainsi la problématique: « Si les textes actuellement en vigueur aussi bien en matière civile que pénale limitent le recours à l'expertise aux investigations les plus complexes, la pratique révèle qu'en réalité la participation de l'expert au processus d'élaboration du jugement prend une ampleur de plus en plus considérable au risque d'affecter la « *jurisdictio* », de mobiliser inutilement les experts, de retarder la procédure et d'en aggraver les coûts »⁶³³.

Cette dérive s'explique par la formation lacunaire du prescripteur dans les matières spécialisées qui relèvent pourtant de sa compétence et par un recours insuffisant aux assistants que le code de procédure pénale met depuis la loi du 9 mars 2004, à la disposition des magistrats⁶³⁴. Elle révèle par ailleurs le besoin des juges d'être rassurés dans leur décision, face à la complexité de certains contentieux qu'ils ont le sentiment de ne pas maîtriser, ou face à leur peur de se tromper.

Ainsi, certaines demandes d'expertise pourraient être évitées en atténuant le sentiment des juges ne n'être à mêmes de conférer, par leur maîtrise, des bases techniques à leurs décisions, sans l'aval de spécialistes.

La solution précédemment avancée de les rendre accessibles à une formation et de les sensibiliser aux disciplines et à l'esprit scientifique contribuerait à leur apaisement et assurerait une meilleure lisibilité des rapports d'experts lorsque le concours de ceux-ci demeure indispensable.

116. D'autre part, là où le recours à l'expertise de spécialistes ne peut être évité, il faut assurer la collaboration de l'homme de science et de l'homme de droit, sans que le premier ne prenne le pas sur le second et ne lui dicte ses décisions⁶³⁵.

Il faut donc veiller à ce que l'avis de l'expert reste non liant et laisse le juge d'instruction, puis la juridiction de jugement entièrement libres de suivre ou de ne pas suivre ses conclusions⁶³⁶.

⁶³² Ministre de la Justice et des libertés, Lettre de mission du 25 mai 2010, mettant en place un groupe de réflexion sur l'expertise, in *Rapport de la Commission de réflexion sur l'expertise*, Ministère de la justice et des libertés, mars 2011, pp. 46-47.

⁶³³ Voir S. AUTIN, C. BUSSIERE, *Rapport de la Commission de réflexion sur l'expertise*, Ministère de la justice et des libertés, mars 2011, pp. 7 et s.

⁶³⁴ Voir S. AUTIN, C. BUSSIERE, *op. cit.*, p. 8.

Le rapport ajoute que l'expérience des juridictions interrégionales spécialisées (J.I.R.S.) en matière de criminalité organisée et financière et des pôles de santé publique a montré l'utilité du concours des assistants spécialisés, même si leur nombre reste trop faible.

⁶³⁵ Voir D. BOURCIER, M. de BONIS, *Les paradoxes de l'expertise, savoir ou juger ?*, Le Plessis-Robinson, Institut Synthélabo, Les empêcheurs de penser en rond, 1999, 125 p. ; L. DUMOULIN, « L'expertise judiciaire dans la construction du jugement : de la ressource à la contrainte », *Droit et Société*, 2000, 44-45, pp. 199-223 ; J. CARBONNIER, *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 205.

En effet, rappelons que l'article 6§I de la Convention européenne des droits de l'Homme pose l'exigence d'indépendance et d'impartialité des juges. L'article 353 du C.P.P. énonce lui que les juges doivent « s'interroger eux-mêmes dans le silence et le recueillement, et chercher, dans la sincérité de leur conscience, quelle impression ont faite, sur leur raison, les preuves rapportées contre l'accusé, et les moyens de défense ». La jurisprudence précise de manière constante que l'expertise n'est qu'un élément de preuve parmi les autres, « soumis à l'appréciation des juges du fond qui ne sont pas liés par les conclusions des experts »⁶³⁷.

La position indépendante du juge face aux experts est très présente dans les textes de procédure, et transparaît par exemple lorsqu'il est laissé à la discrétion du juge de permettre aux experts d'exposer leurs conclusions à l'audience⁶³⁸.

Toutefois, cette suprématie affirmée dans les textes se trouve bien plus nuancée dans la pratique où l'expert, principalement dans le domaine psychiatrique, concurrence parfois le juge dans sa mission de jugement et, en bien des matières, l'expertise tend à constituer une preuve⁶³⁹.

En effet, la mission de l'expert psychiatrique ne se borne pas toujours à émettre un avis technique, mais certaines décisions lui confèrent le pouvoir d'envisager la culpabilité de l'individu⁶⁴⁰, puisque le recours à l'expertise est obligatoire, en matière criminelle, afin de déterminer si la personne était atteinte ou non, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli ou altéré son discernement.

⁶³⁶ L'Article 427 du code de procédure pénale énonce le principe que le juge doit décider d'après son intime conviction. Il est le juge des preuves.

⁶³⁷ Cass. crim., 27 février 1968, pourvoi n° 67-92824, *bull. crim.*, 1968, n° 65, p. 157. Jurisprudence confirmée à de nombreuses reprises par la suite. Voir Cass. crim., 1^{er} octobre 1997, *bull. crim.*, n°322, p. 1065.

⁶³⁸ C. BOURRIER, A. ROQUES, « L'influence de l'expert psychiatrique sur l'intime conviction du juge: une atteinte aux règles du procès équitable? », *Gazette du Palais*, 15 octobre 2003, n° 288, p. 4.

⁶³⁹ La manifestation de la vérité par la procédure judiciaire ne justifie jamais le recours à tout moyen de preuve. L'article 6 de la Convention E.D.H. organise des garanties contre les preuves obtenues de manière illicite, qui sont nulles et le Conseil constitutionnel a constitutionalisé des principes relatifs à la preuve, tels le droit à un procès équitable, le respect des droits de la défense et de la présomption d'innocence. Ainsi, les principes d'égalité des armes, du contradictoire et de la présomption d'innocence dominant la recherche de la vérité (article préliminaire du code pénal ; Cons. Cons., 29 septembre 1989, décision n° 89-268 DC).

Dans le système inquisitoire français, la procédure contradictoire est encadrée et dirigée par l'institution judiciaire, contrairement au système accusatoire dans lequel les parties produisent elles-mêmes les preuves. En France donc, le débat contradictoire des preuves œuvre à côté de la recherche de la vérité par le parquet. Dès lors que les preuves sont discutées contradictoirement, elles sont recevables et l'on peut recourir, par exemple, aux expertises scientifiques.

⁶⁴⁰ Cass. crim., 9 avril 1991, *bull. crim.*, 1991, n°169, p. 432.

En ce domaine, les conclusions de l'expert dicteront la solution du procès de sorte que l'expert prend la place du juge : en cas d'abolition du discernement, le non-lieu ou la relaxe s'imposent. Par ailleurs, il semble aujourd'hui normal de condamner un individu au vu de ses empreintes digitales, de l'analyse de son taux d'alcoolémie, ou d'analyses A.D.N.

Ainsi, si le juge n'est en principe pas lié par les conclusions des experts, les réalités de la pratique tendent à neutraliser cette liberté puisque la conscience que les magistrats ont de leurs lacunes les incite à se conformer aux avis d'experts⁶⁴¹.

Par ailleurs, même si le juge venait à se forger une intime conviction allant dans le sens contraire des conclusions d'experts, son intime conviction, même consciencieusement motivée, pourrait ne pas suffire à justifier qu'il passe outre certains éléments de preuves scientifiques⁶⁴².

Ainsi, les conclusions de l'expertise constituent finalement le cadre de la réflexion du juge. Parfois, elles le dispensent de se forger une conviction propre, parfois elles lui imposent de se conformer aux données de la science, oubliant le caractère souverain de sa mission de juger en faits et en droit. La science et l'expertise peuvent finalement constituer des pressions qui pèsent sur le raisonnement du juge.

L'influence des conclusions expertales est encore plus présente devant les cours d'assises composées de jurés populaires, notamment en raison de la complexité du langage employé par le spécialiste⁶⁴³. La tentation de rapprocher les concepts techniques de ceux du langage courant est forte⁶⁴⁴.

Puisque les conclusions des experts influencent les juges, la question s'est posée de savoir si l'on est en droit d'attendre de l'expert la même impartialité que du juge.

⁶⁴¹ Cela est d'autant plus vrai si l'on tient compte du fait que les juges privilégient souvent le choix d'un expert en particulier avec lequel il ont pris l'habitude de travailler. Voir P. BERTAUX, C. MONSAT, *L'expertise psychiatrique au pénal ou la gestion du crime*, rapport P.R.C. I.N.S.E.R.M.-C.N.R.S., n°132017, 1986.

⁶⁴² G. CORNU, « Rapport de synthèse », in *Les rôles respectifs du juge et du technicien dans l'administration de la preuve, Xème colloque des Instituts d'études judiciaires*, Poitiers, 1975, Paris, P.U.F., 1976, pp. 107-123 met en évidence l'empiètement de l'expert sur la fonction normative du juge, notamment par la tendance des juges à adopter purement et simplement les conclusions des experts.

⁶⁴³ C. BOURRIER, A. ROQUES, *op. cit.*, p. 5.

⁶⁴⁴ Certains Présidents de la Cour d'assises de Paris notent l'impact du prononcé du mot « pervers » sur la sévérité des sanctions en matière d'infractions sexuelles. C. ARRIGHI, « Justice et sexualité : le pervers », in *3^e colloque de la Société française de psychologie légale, St. Maurice, 10 juin 1995, R.S.C.*, 1995, p. 207.

En effet, si une place importante est accordée à l'expertise, les garanties du droit au procès équitable⁶⁴⁵ ne doivent-elles pas être étendues à cette phase⁶⁴⁶? Il est évident que cette problématique est importante même au regard du caractère accessoire de l'expertise, mais le sera d'autant plus si cette pratique venait à avoir un rôle toujours plus central⁶⁴⁷.

Un droit à une expertise équitable a donc été progressivement consacré, en soumettant les experts aux exigences de l'article 6§I de la Convention. D'une part, la durée de l'expertise doit être prise en compte pour apprécier l'exigence de délai raisonnable dans lequel toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue⁶⁴⁸.

⁶⁴⁵ Elles comprennent le droit d'accès à un tribunal, le droit d'être jugé publiquement dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial et l'égalité des armes à laquelle est étroitement lié le principe du contradictoire (le débat contradictoire à l'audience est imposé par les art. 427, 512 et 537 du C.P.P.), le droit au recours, et, en matière pénale, le droit à la présomption d'innocence et les droits de la défense que sont le droit à l'assistance d'un avocat, le droit d'interroger ou de faire interroger des témoins et le droit d'être assisté gratuitement par un interprète. En effet, la recherche de preuve par tous moyens, et par voie de conséquence le recours à la preuve scientifique, empiète souvent, malgré les garanties consacrées, sur les droits de la personne concernée. Tout d'abord, le respect de la personne humaine dicte l'interdiction de certaines preuves, leur irrecevabilité ou illicéité. Pour les preuves non matérielles, il faut accorder la libre recherche de la vérité avec le respect juridique de la personne. Les droits de l'homme conditionnent l'effectivité des méthodes de recherche de la vérité et protègent contre les atteintes abusives. L'idée que toute preuve ne doit en aucun cas être admise s'applique évidemment à la preuve scientifique. Les droits substantiels restreignent donc la recherche de preuve.

Par ailleurs, les règles applicables en matière d'autorité de la chose jugée pourraient voir leur raison d'être bouleversée. L'autorité de chose jugée impose la reconnaissance d'une décision pénale devenue irrévocable à toutes les juridictions et empêche toutes poursuites pour des faits déjà jugés. La règle *non bis in idem* n'est expressément consacrée qu'au plan criminel à l'article 368 C.P.P. Mais la généralité de l'art. 6 C.P.P. semble étendre son domaine. Mais le caractère absolu de la preuve scientifique viendrait pourtant justifier la modification de l'autorité de chose jugée telle que conçue actuellement, celle-ci s'entendant justement par la notion de vérité judiciaire. En effet, c'est parce que la procédure pénale se satisfait d'une vérité judiciaire, non absolue, afin de permettre la répression, qu'une fois définitivement consacrée, cette vérité peut se figer dans le temps au moyen de l'autorité de chose jugée. C'est par le truchement de cette vérité-fiction que l'on peut définitivement clore une instance pénale. Si, au contraire, l'on venait à sacraliser la vérité scientifique, revenant à la recherche d'une vérité absolue supplantant celle qui est jusque alors judiciairement consacrée, l'objectif ne supporterait sans doute plus de limites temporelles. Toute entrave à la manifestation de cette vérité, ne pourrait être justifiée, même par une quelconque fiction.

La question relève alors ici de politique pénale, sociale et, bien évidemment, les conséquences pratiques, notamment au regard des droits de l'homme, impliqueraient de refondre tout le droit processuel. Qu'advierait-il de la présomption d'innocence, par définition acquise jusqu'à la déclaration définitive de culpabilité, si cette culpabilité, proclamée, pouvait être remise en cause au gré des nouvelles trouvailles scientifiques ?

⁶⁴⁶ J-P. MARGUENAUD, « Le droit à l'expertise équitable », *D.*, 17 février 2000, n°7, p. 111.

⁶⁴⁷ Certains auteurs vont plus loin dans la perspective d'une expertise toute puissante, imaginant l'application des garanties du procès équitable à l'expertise considérée en elle-même et non plus comme un accessoire du procès : ceci aboutirait un jour à la consécration d'un droit d'accès à l'expertise et, dans certains domaines, la reconnaissance du droit d'être assisté par un technicien lors de la phase expertale. Voir J-P. MARGUENAUD, *op. cit.*, pp. 111 et s.

⁶⁴⁸ Cour E.D.H., arrêt BILLI c/ Italie du 26 février 1993, série A, n° 257-G.

Dans une instance judiciaire contrôlée par un juge à qui incombe la mise en état et la conduite rapide du procès, le dépôt du rapport par l'expert ne doit pas tarder. Ainsi, l'art. 6 est étendu à la phase expertale, sans rompre la subordination de l'expert au juge⁶⁴⁹.

Des lacunes subsistent toutefois. En ce qui concerne l'impartialité de l'expert, si la question a été résolue par l'affirmative en matière administrative⁶⁵⁰, elle n'a pas été tranchée devant la deuxième chambre civile de la Cour de cassation⁶⁵¹. La Cour E.D.H. s'est prononcée au regard des garanties du « droit à un procès équitable » consacrées par l'art. 6 de la Convention⁶⁵², d'abord dans l'arrêt BÖNISCH c/ Autriche du 6 mai 1985⁶⁵³ à l'occasion duquel elle constate la violation de l'art. 6, alors que l'audition de l'expert s'était déroulée dans des conditions jugées contraires au principe d'égalité des armes puisque, à l'audience, il avait eu la possibilité, refusée aux témoins, d'assister à l'ensemble des débats et même d'interroger directement le prévenu. Le défaut de neutralité apparent d'un expert n'empêche donc pas de l'entendre, à condition qu'il le soit dans les mêmes conditions qu'un témoin à charge.

Dans un autre arrêt concernant l'Autriche, l'arrêt BRANDSTETTER du 28 août 1991⁶⁵⁴, la Cour limite davantage les exigences d'impartialité à l'égard de l'expert : un négociant en vins avait été condamné pour avoir frelaté ses produits, à la suite d'une expertise réalisée par un agent de l'Institut agricole qui avait provoqué le déclenchement de l'action publique. La Cour estime que ces circonstances n'autorisaient pas, en elles-mêmes, à croire l'expert incapable d'agir avec la neutralité voulue, sans quoi cela limiterait dans bien des cas de manière inacceptable la possibilité pour les tribunaux de recourir à une expertise. « La difficulté pour le juge de trouver des techniciens d'un niveau adapté à la complexité des faits de l'affaire justifie une exigence atténuée quant à l'impartialité de l'expert »⁶⁵⁵. Il est évident au regard de ces exemples, que les exigences d'apparence d'impartialité et d'indépendance, jugées indispensable pour les magistrats, semblent moindres à l'égard des experts.

D'autre part, il existe de réelles lacunes en matière de contestation et de contre-expertise. Ceci pose la question du respect des droits de la défense, de l'égalité des armes et de la remise en cause du principe du contradictoire.

⁶⁴⁹ J-P. MARGUENAUD, *op. cit.*, pp. 111 et s.

⁶⁵⁰ C.E. section, 2 février 1968, n° 64712, ville de Lille, *Recueil des décisions du C.E.*, Lebon, 1968, p. 89, pp. 1055 et 1056.

⁶⁵¹ Cass, 2^e civ, 5 mars 1997 pourvoi n°, 95-13362, inédit.

⁶⁵² Cour E.D.H., affaire GOLDER c/ Royaume-Uni, du 21 février 1975, requête n°4451/70.

⁶⁵³ Cour E.D.H., BÖNISCH c/ Autriche, 6 mai 1985, requête n°8658/79.

⁶⁵⁴ Cour E.D.H., affaire BRANDSTETTER c/ Autriche, du 28 août 1991, requêtes n°11170/84; 12876/87; 13468/87.

⁶⁵⁵ J-P. MARGUENAUD, *op. cit.*, pp. 111 et s.

La Cour E.D.H. considère le droit à une procédure contradictoire comme un élément fondamental du droit à un procès équitable⁶⁵⁶. Or le droit à une procédure contradictoire implique la faculté pour une partie de « prendre connaissance des observations ou pièces produites par d'autres, ainsi que d'en discuter ». Pourtant, les articles 156 à 169-1 du code de procédure pénale établissent le caractère non contradictoire de l'expertise en matière pénale. Le juge n'est pas obligé d'accéder à la demande des parties et dispose d'un pouvoir discrétionnaire, dans la désignation des experts figurant sur la liste des cours et tribunaux.

Concernant la communication des pièces de l'expertise, la France a été condamnée dans un arrêt MANTOVANELLI⁶⁵⁷. La Cour considère que le respect du contradictoire consacré à l'article 6 de la Convention européenne vise l'instance devant « un tribunal » et que, par conséquent, aucun principe général n'exige que les parties aient la possibilité de recevoir communication des pièces prises en compte par l'expert, mais elle finit par affirmer que les parties doivent tout de même pouvoir faire entendre leur voix avant le dépôt du rapport lorsque la question posée à l'expert relève d'un domaine technique échappant à la connaissance des juges puisque les conclusions de l'expert peuvent alors influencer de manière si prépondérante l'appréciation des faits par le tribunal que la seule possibilité de les contester devant la juridiction n'est plus suffisante⁶⁵⁸.

⁶⁵⁶ Cour E.D.H., 23 juin 1993, RUIZ MATEO c/ Espagne, requête n° 12952/87.

⁶⁵⁷ Cour E.D.H., MANTOVANELLI c/. France, du 18 mars 1997, requête n°21497/13. Une jeune fille avait dû subir en 14 mois une dizaine d'interventions chirurgicales sous anesthésie générale, en raison d'un panaris. A l'issue de la dixième opération, son état dégénéra en coma hépatique et elle décéda. Convaincus que la mort de la jeune fille était due à une administration excessive d'un produit utilisé pour les anesthésies, les parents saisirent le tribunal administratif afin de faire reconnaître la responsabilité du Centre hospitalier régional. Le tribunal fut conduit à ordonner une expertise contradictoire laquelle fut réalisée au mépris des dispositions du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel qui font obligation à l'expert d'avertir les parties des jours et heures auxquels il sera procédé à l'expertise par lettre recommandée au moins quatre jours à l'avance. Les époux demandèrent donc le retrait de cette expertise du dossier et d'en ordonner une nouvelle. Or, leur requête fut rejetée (conformément à la jurisprudence issue de l'arrêt du Conseil d'Etat, 1^{er} juillet 1991, n° 77231, inédit, qui refuse de sanctionner les atteintes au caractère contradictoire de l'expertise quand les parties ont encore la possibilité de discuter les conclusions du rapport devant le tribunal ayant ordonné la mesure). Pour la Cour de Strasbourg, une telle procédure n'avait pas revêtu le caractère équitable exigé par l'art. 6§1 de la Conv. E.D.H.

⁶⁵⁸ Cour E.D.H., MANTOVANELLI c/. France, du 18 mars 1997, requête n°21497/13.

« Comme il est relativement inhabituel que les juges désignent un expert pour lui poser des questions ressortissant à un domaine technique dont ils maîtrisent la connaissance, autrement dit pour lui poser des questions dont ils connaissent la réponse, il faut bien admettre en effet que, en dépit de ses affirmations liminaires et sauf situations très particulières, la Cour européenne des droits de l'homme a étendu toutes les exigences du contradictoire à la phase de l'expertise technique »⁶⁵⁹. Malgré cette évolution, l'expertise pénale échappe encore au principe du contradictoire et il faut souhaiter que l'extension amorcée par l'arrêt MANTOVANELLI s'appliquera également à cette matière⁶⁶⁰.

Concernant l'étendue du principe, l'exigence du respect du contradictoire garantit seulement aux parties de contester les éléments pris en compte par l'expert avant le dépôt du rapport⁶⁶¹. L'esprit du principe du contradictoire ne dicte-t-il pas plutôt le droit à une contre-expertise ? L'accusé a-t-il un droit à une contre-expertise ? La Cour de Strasbourg a eu à se prononcer pour la première fois sur ce point à l'occasion d'une affaire le 2 octobre 2001⁶⁶² et juge que le seul fait de refuser une contre-expertise n'est pas en lui-même inéquitable, la contre-expertise ne constituant pas un droit absolu. Toutefois, le particularisme de l'affaire a justifié que la Cour considère qu'il y avait atteinte au respect des droits de la défense et aux règles du procès équitable, dès lors que l'expert avait opéré un changement radical dans ses conclusions au cours de l'audience même, à la vue d'une nouvelle pièce, ce qui donnait à son intervention un poids plus important.

Alors, dans les situations où le prévenu ou autres accusés ne se trouveraient pas dans une situation de net désavantage, ils seraient privés de droit à une procédure contradictoire et équitable. Pour remédier à cette situation, il faudrait poser en principe la possibilité de recourir à une contre-expertise⁶⁶³, mais alors d'autres questions d'efficacité de la justice se poseraient⁶⁶⁴.

La justice a-t-elle le temps de laisser libre cours aux dialogues d'experts ? Qui désignerait l'expert intervenant en second lieu ?

⁶⁵⁹ J-P. MARGUENAUD, *op. cit.*, pp. 111 et s.

⁶⁶⁰ Pour aller plus loin, il faudrait également se poser la question de l'application du contradictoire à toutes les phases de l'expertise, au cours des examens en laboratoire par exemple.

⁶⁶¹ C. BOURRIER, A. ROQUES, « L'influence de l'expert psychiatrique sur l'intime conviction du juge : une atteinte aux règles du procès équitable ? », *Gazette du Palais*, 15 octobre 2003, n° 288, p. 3.

⁶⁶² Cour E.D.H., 2 octobre 2001, G. B. c/ France, requête n° 44069/98.

⁶⁶³ J-P. OLIE, W. De CARVALHO, C. SPADONE, « Expertise mentale dans le déroulement du processus pénal : le point de vue du psychiatre-expert », in *L'expertise, sous la direction de M-A. FRISON-ROCHE, D. MAZEAUD, thèmes et commentaires*, Paris, Dalloz, 1995, p. 24 et s.

⁶⁶⁴ Voir sur ce point, et sur la question de la compatibilité des dispositions nationales et européennes, J-F. RENUCCI, « L'expertise pénale et la Convention Européenne pour la Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales (C.E.D.H.) », *J.C.P.*, G., 10 mai 2000, n°19, pp. 850-856.

Il ne faudrait en aucun cas céder à l'aspect possiblement partisan des expertises qui doivent demeurer un outil entre les mains du juge et non un argument des parties. Qui payerait ces experts, déjà en sous nombre ? Les spécialistes appartenant à la même corporation oseront-ils véritablement contredire les arguments de leurs prédécesseurs à l'audience, les conclusions étant publiques ?

117. Finalement, le recours de plus en plus courant à l'expertise traduit un phénomène de « scientification » du travail des juges en quête de légitimité.

L'autorité de la loi pénale cède face au gage d'efficacité qu'offre la science, nouveau pôle de légitimité, conformément à l'approche positiviste qui privilégie la démarche empirique fondée sur l'observation, la vérification⁶⁶⁵.

Mais là où la science devait être pensée comme un moyen d'éclairer les magistrats et d'asseoir de meilleures décisions, la crainte de l'arbitraire des juges conduit à une toute puissance des sciences dans le processus de jugement. La confusion des missions revenant aux juges et aux experts, les lacunes dans l'application du principe du contradictoire et la substitution des experts aux juges, de ce fait moins indépendants dans le choix des décisions à prendre, et donc, soumis à de nouvelles pressions, sont autant de remises en cause du droit à un procès équitable.

C'est pourquoi, tant que l'harmonie entre les disciplines scientifiques et juridiques n'est pas assurée et que les moyens permettant cette coexistence ne sont pas suffisants, il ne serait pas raisonnable de considérer la preuve scientifique comme le remède parfait à l'émotivité du juge et l'objectivation de la fonction de juger au moyen de la science pourrait se révéler peu favorable à la garantie d'une bonne administration de la justice. L'arbitraire des juges ne peut être raisonnablement prévenu au moyen de l'arbitraire scientifique. Plus spécifiquement, l'humanité du juge et son émotivité ne peuvent être contournées par des procédés qui se révèlent en pratique être sources de pressions supplémentaires.

Il faudrait dès lors s'attacher à trouver des solutions complémentaires afin d'asseoir l'objectivité des décisions judiciaires.

⁶⁶⁵ Y. CARTUYVELS, F. OST, *Crise du lien social et crise du temps juridique, Le droit est-il encore en mesure d'instituer la société? L'exemple du droit pénal*, Séminaire interdisciplinaire d'études juridiques, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, Luc TAYART de BORMS, 1998, p. 86.

Ainsi, si le recours aux sciences tente de corriger, en partie et très imparfaitement, l'émotivité et la subjectivité des juges dans la pratique (section I), théoriciens et praticiens du droit envisagent de nouvelles perspectives afin de réduire toujours plus le champ des émotions du juge (section II).

Section II : La recherche d'expérimentation des juridictions et la réduction des émotions

118. La composition des juridictions fait l'objet de constantes réflexions. Parfois il s'agit de modifier le nombre des juges la composant pour parvenir, par l'addition des expériences individuelles, à plus de sagesse. C'est alors la collégialité du jugement qui est abordée comme un rempart aux émotions (§I).

Une remarque s'impose : si la collégialité peut bien s'analyser, d'un point de vue théorique, en une garantie procédurale de l'impartialité des juridictions, en ce qu'elle permet la confrontation des convictions et leur températions, le choix a été fait de ne l'aborder que sous l'angle des réalités pratiques de la mesure. Ainsi, derrière la logique théorique sous-jacente à la consécration de la collégialité des juridictions, il s'agit d'aborder les perspectives de la mesure envisagées et discutées dans les sphères juridiques. Ceci explique que le thème soit abordé à ce stade des développements et non dans le cadre de ceux qui précèdent.

Lorsqu'il ne s'agit pas du nombre de juges composant la juridiction, les réflexions portent sur la qualité des magistrats et ce sont alors les modalités de leur recrutement qui se trouvent au cœur des préoccupations (§II).

§I. Le jugement collégial et la réduction des émotions individuelles

119. Il est intéressant de s'attacher à la logique qui sous-tend chacun des systèmes que constituent la collégialité d'une part et le jugement par un juge unique d'autre part.

En effet, au début du XX^{ème} siècle, lorsque l'institution du juge unique réapparût, l'idée est principalement de rendre le magistrat moralement plus responsable de ses décisions. Ainsi, le fait de placer le juge dans une position isolée devait le responsabiliser face à sa prise de décision. En laissant le juge seul face au poids de ses doutes, à ses émotions, le système du juge unique devait garantir l'administration d'une bonne justice.

Il est étonnant de constater que la démarche est exactement inverse de celle prônée actuellement puisque c'est désormais la collégialité qui est perçue comme une garantie de l'administration d'une bonne justice⁶⁶⁶. Il s'agit aujourd'hui d'associer plusieurs magistrats afin d'aboutir, malgré l'éventuel anonymat que crée la collégialité, à des décisions plus impartiales et justes et épurées des colorations émotionnelles de chacun des membres du collège.

En effet, puisque la collégialité implique nécessairement une délibération et donc une discussion, elle permet de révéler les motivations de chacun dans sa prise de décision. De ce fait, les émotions sur lesquelles peuvent reposer les convictions de chaque membre du collège apparaissent et peuvent être contrôlées, au besoin tempérée par ses pairs.

Il semble donc que la tendance actuelle soit de considérer que, dans une société individualiste, les membres ne raisonnent pas mieux individuellement, mais il leur faut davantage de contrôle par la collectivité afin de penser le bien commun.

Ainsi, la mise en place de la collégialité des juridictions est une émanation du désir d'atténuer les émotions individuelles des juges et de limiter leur partialité⁶⁶⁷.

Cette idée est d'ailleurs entérinée par le recueil des obligations déontologiques des magistrats, lorsqu'il établit un lien direct entre les émotions, pressions et influences sources de dépendance et la collégialité. En effet, puisque le magistrat ne doit pas céder aux émotions telles que la crainte de déplaire ou le désir de plaire au pouvoir exécutif, aux parlementaires, à la hiérarchie judiciaire, aux médias ou à l'opinion publique⁶⁶⁸, « [d]ès qu'il pressent que des influences ou pressions [...] peuvent être exercées sur lui, le magistrat recourt à la collégialité »⁶⁶⁹.

⁶⁶⁶ Là où il serait possible de soutenir que la collégialité dissout les responsabilités et permet à certains caractères de s'affirmer au détriment des plus timides, d'aucuns préfèrent y voir « la certitude que la faiblesse, la passion ou l'imprudence d'un seul pourront être compensées par la force, la raison et le discernement d'un autre ». Voir J. ROBERT, « Le juge unique, le pouvoir judiciaire et les droits individuels », *Le Monde*, 15 juillet 1975.

⁶⁶⁷ Voir par ex. D. LEGRAND, « Regard critique sur les propositions de réforme de l'instruction », *Actualité juridique droit pénal*, 2006, p. 333 : « l'impartialité interroge aussi la distance et le positionnement : elle suppose une capacité à comprendre sans s'identifier, à repérer ses jugements de valeur et ses émotions. Cette impartialité-là, subjective, est mise à rude épreuve dans les affaires de nature sexuelle impliquant des enfants. Il n'est pas rare que la technique, ou la froideur, prétendent y suppléer. Il est possible que la collégialité aide à l'approcher, à condition d'une réelle volonté, d'une grande confiance et d'un respect mutuels entre ses membres ».

⁶⁶⁸ Article a. 11 du recueil des obligations déontologiques des magistrats. Voir C.S.M., *Recueil des obligations déontologiques des magistrats*, Paris, Dalloz, 2010, p. 3.

⁶⁶⁹ Article a. 12 du même recueil, C.S.M., *Recueil des obligations déontologiques des magistrats*, Paris, Dalloz, 2010, p. 4.

120. Cette logique explique que le système de la collégialité ait été érigé en principe et que sa généralisation soit souvent évoquée.

Il a tout d'abord été institué pour la phase de jugement. Il est désormais en débats concernant la phase d'instruction.

En ce qui concerne la phase de jugement, le principe était initialement, et jusqu'à une époque récente, celui de la collégialité, le système du juge unique étant cantonné à des affaires rares et dont la gravité n'était pas réelle⁶⁷⁰.

Cependant, la situation du budget alloué au ministère régalien de la justice, l'accroissement du nombre des affaires pénales et l'insuffisance des effectifs des magistrats ont mené les pouvoirs publics à céder à la tentation de généraliser l'institution du juge unique.

En effet, lors de la libération, un grand nombre de magistrats fut nécessaire à la constitution des Cours de justice et des Chambres civiques aux fins du jugement des actes de collaboration de sorte qu'il fallut pallier la pénurie consécutive de magistrats dans les juridictions de droit commun⁶⁷¹. Le 13 janvier 1945, le Gouvernement provisoire ordonna que les tribunaux de première instance pourraient, si besoin, et de préférence si les affaires n'étaient pas graves, siéger à juge unique⁶⁷². Ce dispositif fut mal vu, notamment parce que le délibéré issu de la collégialité permettait d'assurer une réelle formation pratique des jeunes magistrats. La loi du 18 août 1948 abrogea les dispositions de celle de 1945 et mis fin au juge unique⁶⁷³. C'est ainsi que, partant d'une situation dans laquelle seuls les juges d'instruction, les juges des enfants et les juges d'instance étaient isolés dans l'exercice de leurs fonctions, la loi du 29 décembre 1972⁶⁷⁴ vient apporter une exception au principe de collégialité. Désormais, le tribunal correctionnel pourrait également être composé d'un seul magistrat⁶⁷⁵.

⁶⁷⁰ En 1800, les tribunaux de première instance voyaient leurs jugements rendus par trois juges au moins. Auparavant, il en fallait quatre ou cinq pour les jugements ne souffrant pas d'appel. Au second degré, sept juges au moins étaient exigés, le décret-loi du 25 juin 1934 réduisant ce nombre minimum à trois afin de ramener l'homogénéité avec les tribunaux de première instance. L'institution du juge unique n'était alors pas envisagée, sauf concernant le juge de paix. Loi du 29 Ventôse an IX, (20 mars 1801).

⁶⁷¹ M. ROUSSELET, *Histoire de la magistrature française, des origines à nos jours*, Paris, Plon, 1957, p. 205.

⁶⁷² Ordonnance n° 45-54, du 13 janvier 1945, les jugements des tribunaux de première instance pourront être rendus par un seul magistrat, *J.O.R.F.* du 14 janvier 1945, p. 190.

⁶⁷³ Loi n° 48-1286 du 18 août 1948, abrogeant l'ord. du 13 janvier 1945 fixant la composition des tribunaux de première instance, *J.O.R.F.*, 19 août 1948, p. 8148.

⁶⁷⁴ Loi n° 72-1226 du 29 décembre 1972 simplifiant et complétant certaines dispositions relatives à la procédure pénale, aux peines et à leur exécution, *J.O.R.F.* du 30 décembre 1972, p.13783.

⁶⁷⁵ Art. 398. al. 2, C.P.P.

La loi limite cependant l'unicité du juge en matière correctionnelle aux quatre catégories de l'art. 398-1 C.P.P.⁶⁷⁶, ajoutant l'impossibilité de recourir au juge unique si le prévenu est en état de détention provisoire lors de sa comparution à l'audience, à moins que le tribunal n'ait été saisi selon la procédure de flagrant délit. Il semble donc que l'unicité du juge soit permise uniquement lorsque le contentieux ne présente pas une gravité trop importante⁶⁷⁷.

Dans ce cadre ainsi fixé, le Président du tribunal de grande instance dispose de larges pouvoirs discrétionnaires puisqu'il a le soin de déterminer quelles affaires peuvent être confiées à un seul juge et désigne les magistrats de son tribunal qualifiés pour connaître de ces procédures.

Dès lors, puisque, dans la conception actuelle, la collégialité est une garantie de l'objectivité de la décision judiciaire, l'octroi de ce pouvoir discrétionnaire au Président du T.G.I. revient en quelque sorte à lui permettre de choisir, au sein des contentieux les moins graves, les affaires parmi lesquelles les justiciables mériteront de se voir offrir cette garantie, avec toutes les réserves que cela comporte au regard de l'égalité des citoyens devant la justice.

Par la suite, un projet de loi tendant à faire du juge unique le principe et de la collégialité une exception, fut adopté par le Parlement en juin 1975, consacrant un nouvel article 398-1⁶⁷⁸. Mais, une nouvelle fois, la répartition du contentieux correctionnel entre différentes formations revient au pouvoir souverain du Président du tribunal, sans recours possible. Considérant de ce fait qu'il rompait avec le principe d'égalité des citoyens devant la justice⁶⁷⁹, le Conseil constitutionnel a déclaré ce texte non-conforme à la Constitution⁶⁸⁰. La loi qui servait de base à ce texte a donc été promulguée sans référence à ces dispositions⁶⁸¹. Il n'en demeure pas moins que la loi précédente, du 29 décembre 1972, reste en vigueur.

De nos jours, le principe demeure celui du jugement collégial, les collèges étant composés de trois juges et la tendance des réflexions irait même vers son extension à l'instruction.

⁶⁷⁶ Il s'agit des délits en matière de chèques, ceux commis à l'occasion de la circulation routière et en matière de coordination de transports, les délits prévus par le code rural en matière de chasse et pêche.

⁶⁷⁷ Voir P. NERAC, « les garanties d'impartialité du juge répressif », *J.C.P.*, 1978, n°1, p. 2890 et s.

⁶⁷⁸ Article 398-1: « sauf en matière de délits de presse, le tribunal correctionnel peut, lorsqu'il en est ainsi décidé par le président du tribunal de grande instance, être composé d'un seul de ses magistrats exerçant les pouvoirs conférés au président. Toutefois, le président du tribunal de grande instance ou le magistrat délégué par lui à cet effet peut décider, soit de sa propre initiative, soit à la demande du magistrat saisi, qu'une affaire déterminée sera jugée par le tribunal dans les conditions prévues à l'article 398 [...] ».

⁶⁷⁹ Consacré dans la D.D.H.C. de 1789 et solennellement réaffirmé par le préambule de la Constitution.

⁶⁸⁰ Cons. cons., décision du 23 juillet 1975, *J.O.*, 24 juillet 1975, p. 7533.

⁶⁸¹ Loi 75-701 du 6 août 1975, art. 6, *J.O.R.F.*, 7 août 1975, en vigueur le 1^{er} janvier 1976.

En pratique, l'exception du juge unique concurrence toutefois réellement le principe de la collégialité, étant entendu que le contentieux visé représente à peu près 47% du contentieux correctionnel⁶⁸².

Cela revient à dire qu'en pratique, le procès s'accommode de la suppression de la garantie d'objectivité que constitue la collégialité, sauf à considérer qu'un nouveau renversement de la logique s'est opéré, plaçant le principe de l'unicité de juge comme garantie de la bonne administration de la justice. Ce renversement ne peut toutefois pas être intervenu, alors que c'est le système de la collégialité qui est sans cesse envisagé en matière d'instruction.

En effet, en matière d'instruction, la loi du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale⁶⁸³ prévoyait le remplacement du juge d'instruction, à partir du 1^{er} janvier 2010, par un collège de l'instruction composé, à la diligence du Président du tribunal de grande instance, de trois juges d'instruction, dont un magistrat du premier grade exerçant les fonctions de juge coordonnateur, pour les principaux actes de l'instruction⁶⁸⁴. L'entrée en vigueur de ces dispositions, reportée à deux reprises en raison du projet de suppression des juges d'instruction et du manque de moyens humains nécessaires à sa mise en œuvre, était finalement prévue le 1^{er} janvier 2014⁶⁸⁵.

Malgré les difficultés de sa mise en œuvre, il ne semblait pas envisageable de renoncer à cette réforme, perçue comme un renforcement des droits des justiciables et de la défense introduit par « une approche contradictoire de l'instruction »⁶⁸⁶.

⁶⁸² P. NERAC, *op. cit.*, p. 2890 et s.

⁶⁸³ Loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale, *J.O.R.F.* n° 55, 6 Mars 2007, p. 4206 et *J.O.R.F.* n° 88, 14 avril 2007, p. 6818 (rectificatif).

⁶⁸⁴ Le collège devait exercer les pouvoirs du juge d'instruction autres que l'exécution des actes d'administration de la preuve et le placement d'un mis en cause sous statut de témoin assisté qui pouvaient être délégués à l'un des trois juges d'instruction (art. 1^{er} de la loi du 5 mars 2007 ; futur art. 83 du C.P.P.).

⁶⁸⁵ Les lois n° 85-1303, du 10 décembre 1985, portant réforme de la procédure d'instruction en matière pénale, *J.O.* du 11 Décembre 1985, p. 14391 et loi n° 87-1062, du 30 décembre 1987, relative aux garanties individuelles en matière de placement en détention provisoire ou sous contrôle judiciaire et portant modification du code de procédure pénale, *J.O.* du 31 Décembre 1987, p. 15546, avaient déjà échoué à mettre en place la collégialité de l'instruction, même limitée au seul placement en détention provisoire, en raison du manque de moyens budgétaires nécessaires à sa mise en œuvre.

⁶⁸⁶ W. ROUMIER, « La collégialité de l'instruction est différée au 1^{er} septembre 2014 », *Droit pénal*, n° 9, Septembre 2013, alerte n°44.

C'est pourquoi le Gouvernement a décidé d'aménager, au 1^{er} janvier 2014, une autre forme de collégialité de l'instruction par le biais d'un projet de loi instituant une collégialité intervenant uniquement à la demande des parties ou des magistrats, qui ne portera que sur les phases de l'instruction justifiant effectivement qu'une décision soit prise par un collège de trois juges⁶⁸⁷. Ce collège a pour rôle d'épauler le juge d'instruction, de sorte que la collégialité viendrait valider l'action du juge d'instruction⁶⁸⁸.

121. Ainsi, le désir de limiter l'empreinte émotionnelle dans la décision explique la tendance actuelle à la généralisation de la collégialité et peut faire porter la critique sur les hypothèses dans lesquelles l'unicité est tolérée. Cependant, si la collégialité œuvre en théorie à la garantie de l'impartialité des juges en permettant l'extériorisation des émotions et l'échange des points de vue, il faut toutefois s'assurer que le principe même du collège permette une réelle objectivation des décisions (A). Si un tel postulat était démontré en pratique, encore faudrait-il que la généralisation de la collégialité soit pour autant possible (B).

A. Les hésitations quant à l'objectivité d'une décision collective

122. Certaines imperfections observées en pratique permettent de douter de l'efficacité de la collégialité en ce qui concerne la garantie de l'objectivité et de la neutralité des décisions. Tout d'abord, le système de la majorité au sein du collège pourrait être un obstacle à la garantie d'une totale objectivité. En effet, Sylvie JOSSERAND considère que la collégialité ne préserverait pas les décisions de justice de la partialité, puisqu'elle ne permet en aucun cas de faire obstacle à la partialité individuelle et le système de la majorité pourrait au contraire entériner une décision partielle alors même que l'opinion minoritaire se voulait impartiale⁶⁸⁹.

⁶⁸⁷ L'entrée en vigueur de cette réforme est fixée au 1^{er} septembre 2014. Voir projet de loi n° 1323 relatif à la collégialité de l'instruction, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 24 juillet 2013, art. 6. La collégialité aurait pour champ de compétence de statuer sur la contestation de certains actes et sur le respect du calendrier prévisionnel de l'information. La loi n° 2013-1278 du 29 décembre 2013, de Finances pour 2014, *J.O.R.F.*, n° 0303, du 30 décembre 2013, p. 21829, reporte une nouvelle fois cette entrée en vigueur au premier janvier 2015, alors qu'un amendement n° II-174 a été adopté le 24 octobre 2014 par l'assemblée nationale afin de reporter de deux années supplémentaires cette date d'entrée en vigueur.

⁶⁸⁸ J. BUISSON, « Collégialité de l'instruction », *Procédures*, n° 11, Novembre 2013, comm. n° 321.

⁶⁸⁹ S. JOSSERAND, *L'impartialité du magistrat en procédure pénale*, Paris, L.G.D.J., 1998, p. 15.

Ainsi, il semblerait que la collégialité puisse parfois corriger la partialité de la minorité du collège, mais ne permette pas de paralyser une majorité empreinte de partialité. Apparaît l'idée selon laquelle la majorité peut se tromper et ne consacre pas nécessairement ce qui est juste⁶⁹⁰.

Par ailleurs, le bon fonctionnement du système de la collégialité repose sur la coopération et la bonne volonté des juges. Sur ce point, le philosophe HABERMAS affirme qu'il y a autant d'émotions de compétition dans une discussion que d'émotions de coopération⁶⁹¹.

Ce point de vue laisse entendre que la coopération de ceux dont l'opinion et les émotions devraient être modérées par les autres membres du collège pourrait être mise à mal par l'esprit de compétition. Ainsi, la collégialité ne permettrait pas toujours de modérer les positions de chacun. Plus encore, elle pourrait parfois exacerber les tensions.

Le risque est le même si l'on prend en considération le fait que le juge, étant obligé de rendre une décision sous peine de déni de justice, peut se trouver dans la difficile position du magistrat rapporteur et rédacteur d'un arrêt, dans lequel une solution adoptée à la majorité demeure à l'encontre de sa propre opinion. Les tensions internes, la contrariété qu'il ressent sont alors fortes et l'émotion du magistrat reprend ici toute sa place lorsque l'on conçoit qu'il doit se dédoubler, afin que sa plume semble convaincue de la motivation menant à la décision du collège, alors même que sa conviction propre est autre⁶⁹².

La pratique s'accommode dans pareilles hypothèses du changement de rédacteur. En effet, les juges s'accordent alors pour confier la rédaction de la décision à l'un des membres du collège ayant composé la majorité⁶⁹³.

Enfin, pour assurer l'objectivité d'un délibéré, il faudrait l'épurer des considérations de hiérarchie interne⁶⁹⁴. Sur ce point, des solutions ont été envisagées par le passé pour éviter toute hiérarchisation des opinions internes au délibéré.

⁶⁹⁰ M-A. FRISON-ROCHE, « La procédure injuste », in *Colloque de l'injuste au juste dans le jugement*, Paris, Dalloz, 1997, p. 79.

⁶⁹¹ J. HABERMAS, *De l'éthique de la discussion*, traduction de l'allemand par M. HUNYADI, Paris, Les éd. du Cerf, 1992, pp. 57 et s. A propos de l'opposition entre le système de l'intime conviction et l'idée de hiérarchie, voir également CASAMAYOR, *Les juges*, Paris, Seuil, 1963, pp. 121 et s.

⁶⁹² Cette hypothèse est tirée de l'observation du travail de magistrats, confrontés à la présente hésitation.

⁶⁹³ Il faudrait également repenser la possibilité de publier les opinions dissidentes, afin d'accroître la transparence des décisions judiciaires ; voir sur ce point : J-C. MAYMAT, « L'effet injuste d'un jugement juste », in *Colloque De l'injuste au juste dans le jugement*, Paris, Dalloz, 1997, pp. 99 et s.

⁶⁹⁴ Voir A. GARAPON, « Le juge et son éthique : synthèse des réponses au questionnaire », *Les Cahiers de l'I.H.E.J.*, Paris, Institut des hautes études sur la justice, n°1, 1993, p. 8.

Par exemple, l’Ancienne France avait tenté de consacrer une totale indépendance des membres des collèges en instaurant certaines règles : le Président ne pouvait émettre un quelconque avis avant ses conseillers afin que sa position de supériorité ne les influence ; les juges ne devaient s’interrompre les uns et les autres, ni manifester un quelconque désaccord avant que leur tour de parole vienne.

Par contre, dans les assemblées générales des compagnies judiciaires, seuls les Présidents et les plus anciens magistrats motivaient leurs opinions. Les autres *opinaient du bonnet*.

Aujourd’hui encore, tel est le cas lorsque la Cour de cassation délibère, toutes chambres réunies, statuant après que la Cour d’appel de renvoi ait refusé de s’incliner. Notre pratique française conserve donc la trace d’une hiérarchisation interne des opinions, dans ce cas apparente, mais parfois officieuse.

Il faut également aborder ici la spécificité de la psychologie du jugement en cour d’assises. Le Président de la juridiction doit se garder d’orienter les débats et d’imposer habilement sa conviction aux jurés, par sa façon de tenir l’audience ou au cours du délibéré⁶⁹⁵. Ainsi, le président de la Cour d’assises doit avoir conscience de la supériorité que pourrait avoir sa parole en tant que professionnel du droit. Il doit être conscient de son pouvoir et de la manipulation qu’il pourrait aisément opérer sur les codécideurs⁶⁹⁶.

Pour achever ce propos relatif à la hiérarchie des opinions au sein du collège, il faut tenter de cerner les habitudes pratiques. Le délibéré étant par définition secret, il est difficile de connaître les réelles implications concrètes de ces remarques. Cependant, les observations faites au sein d’une chambre correctionnelle de la Cour d’appel de Paris a permis de constater, et la pratique n’étant pas condamnable du fait de sa courtoisie, qu’il est de coutume, lorsqu’un magistrat intègre un collège préexistant, qu’il suive les pratiques, la jurisprudence de ce collège et se fie, du moins dans les premiers temps, à leurs habitudes surtout en ce qui concerne les échelles de peines prononcées. Cette pratique se trouve d’autant plus justifiée que les magistrats se voient souvent affectés à des juridictions afin de compléter le collège, bien qu’ils n’y soient pas intégrés de manière permanente. Ainsi, souvent, se retrouvent-ils à participer à des audiences traitant d’affaires à propos desquelles ils ne sont pas spécialisés.

⁶⁹⁵ Voir plus généralement, sur la question de l’orientation ou du contournement du doute : J-F. CESARO, *Le doute en droit privé*, Thèse Paris II, Paris, éditions Panthéon-Assas, L.G.D.J., 2003, pp. 236 et s.

⁶⁹⁶ M. BERNARD-REQUIN, « La recherche de la vérité en psychologie et psychiatrie judiciaires. La psychologie dans la décision judiciaire », *Annales Médico-psychologiques*, v.170, 2012, pp. 124-126.

Leur rigueur intellectuelle leur impose alors de s'en remettre à la compétence des membres « permanents » de ces juridictions qu'ils complètent au gré des absences⁶⁹⁷.

Il a donc été possible de constater l'importance des habitudes dans la fixation du quantum de la peine.

En effet, les magistrats se spécialisent progressivement dans le contentieux qu'ils ont à connaître au sein d'une juridiction et développent ainsi une mémoire des sanctions qu'ils ont prononcées. Ils peuvent ainsi raisonner en fonction des similitudes de circonstances afin de déterminer la peine finalement selon des critères individuellement, ou collégalement objectivés⁶⁹⁸.

La composition du collège au sein d'une juridiction étant, par manque de moyens, souvent modifiée, il faut constater que le membre intégrant nouvellement le collège, se rallie la plupart du temps à la « politique » développée par les autres magistrats relativement au prononcé de certaines peines dans des cas comparables⁶⁹⁹.

D'autres pratiques plus anciennes ont tenté de résoudre le problème de l'ordre d'intervention des magistrats au cours du délibéré en allant dans le sens contraire : les plus novices dans la juridiction étaient tenus de s'exprimer en premier. Ainsi étaient-ils moins influencés par les pratiques des plus expérimentés⁷⁰⁰.

Aujourd'hui, au sein de la Cour de cassation, le rapporteur s'exprime en premier, puis viennent les plus anciens, les plus jeunes, et enfin le Président. Des esprits timides pourraient bien ne pas oser faire valoir leur avis après celui de magistrats auxquels la tradition même de l'ordre de passage attribue plus d'égards.

⁶⁹⁷ Sur une période de 6 mois, la composition de la chambre correctionnelle (2-9) changea 5 fois.

⁶⁹⁸ Cette remarque est à rapprocher de l'effet d'ancrage décrit par M. BERNHARD et B. ENGLICH, « Juges sous influence », *cerveau et psycho*, n°57, mai-juin 2013, pp. 52 et s. qui renvoie aux raccourcis cognitifs permettant aux individus de se référer à des règles générales pour prendre leurs décisions en fonction d'un plus petit nombre de critères. Ce mécanisme cognitif semble partagé par les magistrats professionnels expérimentés, aussi bien que par les jeunes.

⁶⁹⁹ Il est également intéressant de rapprocher ces remarques de l'existence, depuis une dizaine d'années, d'un outil développé par les juges pour mettre en commun les solutions techniques ou juridiques par le biais des listes professionnelles. Elles constituent actuellement un espace de documentation professionnelle très actif qui appelle cependant encore un soutien technique. Le monde entrepreneurial parle de « *knowledge management* » pour désigner l'échange d'informations au sein de communautés d'intérêt et l'apprentissage informel par ses pairs. Voir sur ce point B. BERNABE, A. GARAPON, C. KADRI, S. PERDRIOLLE, *La prudence et l'autorité, l'office du juge au XXI^e siècle, Rapport de la mission de réflexion confiée par Madame C. TAUBIRA, Garde des Sceaux, à l'Institut des hautes études sur la justice, sur l'évolution de l'office du juge et son périmètre d'intervention*, rapport de l'I.H.E.J., mai 2013, p. 63.

⁷⁰⁰ Décret n° 3245 du 30 mars 1808, contenant Règlement pour la police et la discipline des Cours et Tribunaux.

En somme, certaines hésitations demeurent quant à l'efficacité de la collégialité à garantir une totale neutralité des décisions ainsi prises (A). Si ces incertitudes ne semblent pas remettre en cause le système consacré, il n'en demeure pas moins que sa généralisation pourrait rencontrer des obstacles (B).

B. Les empêchements matériels à une collégialité étendue

123. Le principal obstacle à la généralisation de la collégialité réside dans le manque actuel d'effectifs au sein de la profession de magistrats⁷⁰¹.

Pour se rendre compte de ce déficit, il faut mettre en relation l'évolution du nombre de candidats recrutés dans les dernières années avec le nombre de départs à la retraite.

La promotion de l'année 2005 est composée de 286 auditeurs de justice. L'année suivante, 289 candidats ont été reçus, puis 252 en 2007. En 2008, 207 candidats à la magistrature intègrent l'E.N.M. alors qu'en 2009 leur nombre n'est plus que 137, puis de 127 l'année suivante. Le nombre de candidats recrutés commence timidement à ré-augmenter à partir de l'année 2011 où ils sont 138 admis, puis, plus significativement en 2012 puisque leur nombre est porté à 212, 252 en 2013 et 275 en 2014.

La baisse est consécutive à la crise et aux réformes faisant suite à l'affaire Outreau⁷⁰², puisque le souci de bien recruter entraîne celui de hausser les exigences.

⁷⁰¹ Pourtant, ce déficit n'a pas toujours été. En effet, sous l'Ancien Régime, et jusqu'au XIX^e siècle, les juges étaient particulièrement nombreux. Il était possible de recenser, toutes juridictions comprises, 17000 personnes en charge de trancher les litiges. La Monarchie de juillet permit la prise de conscience du caractère pernicieux de cette situation, sans pour autant parvenir à mettre en œuvre aucune réforme. Un tournant remarquable s'est opéré en 1919, date à partir de laquelle il a sans cesse été question de diminuer le nombre de magistrats. L'ordonnance du 2 mars 1334 fixe le personnel du Parlement de Paris, les chiffres augmentent avec l'ordonnance du 3 juillet 1453 et à la mort de Louis XIV, le Parlement de Paris était composé de 9 chambres au sein desquelles le nombre de juges était considérable. A la veille de la Révolution, le Parlement de Paris comprend un Premier Président, 9 présidents à mortier, 8 présidents et 119 conseillers (la totalité du personnel s'élève à 230 membres, contre 81 en 1334 et 148 magistrats à la Cour d'appel aujourd'hui, pour un contentieux et une population bien supérieurs). Voir M. ROUSSELET, *Histoire de la magistrature française, des origines à nos jours*, Paris, Plon, 1957, pp. 53-54. La même évolution s'observe pour les Parlements de province. Loi du 28 avril 1919 relative à l'organisation judiciaire, aux traitements, au recrutement et à l'avancement des magistrats, *J.O.R.F.* du 30 avril 1919, p. 4478 réduit considérablement le nombre de conseillers des Cours d'appel. Une évolution similaire est constatable au niveau des tribunaux. A la réduction du nombre de magistrats, suivit celle du nombre de juridictions. Décret-loi de 1926 atténué par la loi du 16 juillet 1930, elle-même complétée par le décret du 28 mars 1934 qui met en place le système du juge résident.

⁷⁰² C.A. Paris, 1^{er} décembre 2005. A suivi la réunion d'une Commission d'enquête parlementaire chargée de rechercher les causes de dysfonctionnements de la justice dans l'affaire dite d'Outreau et de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement présidée par André VALLINI, tenue au mois de février 2006, voir rapport n° 3125

L'augmentation du nombre d'auditeurs recrutés qui suit correspond au moment où les départs à la retraite se font plus nombreux. En effet, la hausse significative du nombre d'auditeurs composant la promotion de 2012 fait suite au concours organisé pour l'année 2011. Or, si le nombre de départs à la retraite est en constante augmentation depuis 2006, un pic est constaté en 2011 (256 départs à la retraite). Les prévisions de départs à la retraite pour l'année 2014 suivraient cette tendance pour atteindre le nombre de 284⁷⁰³. Ce mouvement s'explique par la modification des règles d'admission à la retraite des magistrats⁷⁰⁴.

En somme, il semble que le recrutement n'ait pas été suffisant au cours des dernières années pour anticiper le départ massif à la retraite des juges, incité par les dernières réformes de la retraite, et l'âge vieillissant de la population des magistrats⁷⁰⁵. Les dernières augmentations ne semblent par ailleurs toujours pas compenser les départs à la retraite⁷⁰⁶. La perspective de maintenir l'état actuel de la composition des juridictions doit faire l'objet d'ajustements. Dès lors, la généralisation de la collégialité semble, *a fortiori*, compromise⁷⁰⁷.

fait au nom de la Commission d'enquête, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 6 juin 2006 ; la dernière réforme du concours de la magistrature résulte du décret n° 2008-1551 du 31 décembre 2008 modifiant le décret n° 72-355 du 4 mai 1972 relatif à l'École nationale de la magistrature et de l'arrêté du 31 décembre 2008 relatif aux modalités d'organisation, règles de discipline, programme, déroulement et correction des épreuves des trois concours d'accès à l'École nationale de la magistrature.

⁷⁰³ C.S.M., *Rapport annuel d'activité 2012*, Paris, La documentation française, 2013, p. 26.

⁷⁰⁴ Les règles d'admission à la retraite des magistrats résultent du premier alinéa de l'article 76 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 en vertu duquel « sous réserve des reculs de limite d'âge pouvant résulter des textes applicables à l'ensemble des agents de l'État, la limite d'âge pour les magistrats de l'ordre judiciaire est fixée à soixante-sept ans ». Toutefois, l'article 2 de la loi organique n° 2010-1341 du 10 novembre 2010 relative à la limite d'âge des magistrats de l'ordre judiciaire, modifié par la loi organique n° 2012-208 du 13 février 2012, prévoit que, par dérogation à cet article 76, la limite d'âge des magistrats de l'ordre judiciaire nés avant le 1^{er} janvier 1956 est fixée : pour les magistrats nés avant le 1^{er} juillet 1951, à soixante-cinq ans ; pour les magistrats nés entre le 1^{er} juillet et le 31 décembre 1951, à soixante-cinq ans et quatre mois ; pour les magistrats nés en 1952, à soixante-cinq ans et neuf mois ; pour les magistrats nés en 1953, à soixante-six ans et deux mois ; pour les magistrats nés en 1954, à soixante-six ans et sept mois.

⁷⁰⁵ Au 1^{er} janvier 2013, le nombre de magistrats de plus de 65 ans est de 244, alors qu'il était de 192 au 1^{er} janvier 2012. 1 197 magistrats ont entre 60 et 64 ans alors que ce nombre était de 1 191 au 1^{er} janvier 2012.

⁷⁰⁶ D'autant que les recrutements complémentaires ne permettent pas de recruter suffisamment de candidats de valeur. Voir sur ce point les différents rapports relatifs aux concours complémentaires. Voir également l'arrêté du ministère de la Justice du 24 mars 2014, portant ouverture au titre de l'année 2014 de concours de recrutement de magistrats du second et du premier grade de la hiérarchie judiciaire prévu par l'article 21-1 de l'ordonnance n° 58-1270, du 22 décembre 1958 modifiée portant loi organique relative au statut de la magistrature.

⁷⁰⁷ Même si le concours d'entrée devait être sensiblement ouvert, au risque de dévaloriser l'image de la profession, les effets de l'augmentation des effectifs ne pourraient se ressentir qu'à l'issue de la durée de la formation initiale des candidats ainsi recrutés.

124. Si la collégialité dans le jugement semble rencontrer des difficultés d'ordre structurel, certaines réflexions aboutissent à la proposition de la mise en place d'une collégialité à l'échelle des chambres, pour étudier plusieurs affaires similaires.

Les avis de ces collègues n'auraient pas de force contraignante pour le juge qui demeurerait seul en charge de juger l'affaire mais permettraient à ce dernier d'avoir des avis référents.

A la marge, le recours à la collégialité pour le jugement de certaines affaires complexes devrait pouvoir être demandé par le juge ou les parties⁷⁰⁸. Ainsi, les empêchements matériels à la collégialité systématique pourraient être contournés, sans toutefois renoncer aux bienfaits de la pratique.

125. Par ailleurs, indépendamment de la modification du nombre de personnes chargées de juger une affaire (§I), un autre moyen d'approcher l'objectivité des jugements a été trouvé dans la prise en considération de la personnalité de chacun des juges. C'est pourquoi, les contours du recrutement des personnalités candidates à la fonction ont progressivement changé (§II).

§II. Les contours changeants du recrutement des magistrats

126. Une fois le choix entre l'élection et la nomination des juges opéré⁷⁰⁹, les modalités de recrutement durent être définies.

Napoléon Ier avait souhaité associer la jeunesse aux lumières des anciens en instituant des juges et des conseillers auditeurs⁷¹⁰. Ces derniers prenaient directement place dans les Compagnies judiciaires importantes afin de travailler aux côtés des magistrats dotés d'expérience. Les juges auditeurs étaient placés près de chaque Cour d'appel, se tenaient à la disposition du ministère de la Justice qui les envoyait dans les tribunaux devant être composés de trois juges afin qu'ils complètent la juridiction⁷¹¹. Les conseillers auditeurs étaient nommés par le Gouvernement sur une triple liste de candidats présentée par la Cour qu'ils devraient intégrer. Les candidats devaient avoir appartenu au barreau deux années durant. A la fin de leur stage, ils pouvaient devenir magistrats sans autre exigence particulière.

⁷⁰⁸ A. GARAPON, S. PERDRIOLLE, B. BERNABE, C. KADRI, *op. cit.*, pp. 79-80.

⁷⁰⁹ Voir §62 de la présente étude.

⁷¹⁰ Le décret du 16 mars 1808 institue les juges-auditeurs près les cours d'appel.

⁷¹¹ L'ordonnance du 19 novembre 1823 élargit leur champ de compétence.

Pour des motifs divers, et en raison du caractère aristocratique de ce recrutement qui réservait la magistrature aux mêmes familles, il fallut abandonner ce système en 1830⁷¹². Il fallut alors remplacer la capacité de travail de ces anciens conseillers et juges auditeurs et l'on pensa à utiliser pour cela les juges suppléants. C'est ainsi que les fonctions de juge suppléant devinrent quasiment permanentes⁷¹³. Cependant, le jeune magistrat se trouva de ce fait moins formé alors qu'il avait vocation à occuper un large panel de fonctions judiciaires dès son entrée dans le corps de la magistrature (il pouvait être affecté au siège, au parquet, à l'instruction...) ce qui posa des problèmes de compétence et d'indépendance à l'égard du pouvoir politique⁷¹⁴.

C'est alors le système de l'examen qu'il fallut envisager⁷¹⁵. La loi de 1810 introduisit l'idée d'un recrutement au stade de la licence, le candidat devant alors justifier de deux ans de stage d'avocat pour entrer par la suite dans la magistrature. Très vite, l'insuffisance de ce recrutement se fit sentir. L'habitude fut prise de consulter les dossiers des écoles de droit pour ne recruter que les licenciés et docteurs ayant eu des prix. C'est ainsi que la magistrature moderne songea et réussit à attirer l'élite dans ses rangs. Il ne restait plus qu'un pas à franchir afin de mettre en place un concours à l'entrée de la magistrature.

C'est en 1875 qu'un premier concours fut institué, même si celui-ci ne concernait alors le recrutement que de certains magistrats⁷¹⁶. Il fut question de généraliser ce mode de recrutement. Le décret du 2 mai 1876 institua une session annuelle à Paris pour recruter certains magistrats. Les modalités des épreuves ressemblaient à celles que l'on connaît aujourd'hui.

⁷¹² M. ROUSSELET, *op. cit.*, tome 1, p. 181.

⁷¹³ Loi du 30 août 1883 sur la réforme de l'organisation judiciaire.

⁷¹⁴ La magistrature à l'origine composée d'hommes de grandes familles nobles, et souvent de familles de magistrats, n'attire plus guère les candidats mus par l'argent. Les industriels ou commerçants, les fils de grands avocats, les fils de magistrats n'y sont que peu représentés car ne sont pas attirés par une profession relativement mal rémunérée. La bourgeoisie s'oriente également vers d'autres professions et la magistrature recrute donc de plus en plus parmi les fils de fonctionnaires et d'enseignants. Cependant, les candidats se révélèrent être par la force des choses issus de familles plus ou moins aisées, dès lors qu'il leur fallait financer de longues études sans percevoir de salaire avant l'entrée dans la magistrature.

⁷¹⁵ Déjà au XV^{ème} siècle, des traces d'examen par les présidents et conseillers étaient présentes. Voir sur ce point, M. ROUSSELET, *op. cit.*, tome 1, p. 240. L'examen d'origine, concernant les Cours souveraines, consistait en l'explication de la loi, on désignait cela par l'expression « piquer la loi », suivi d'un interrogatoire par les Présidents. Ces modalités d'examen ne s'avérèrent pas constructives au regard des fraudes et ne sanctionnaient qu'une bonne mémoire d'un candidat, non sa réelle compétence. La réussite du candidat était soumise à un vote et les candidats insuffisants se voyaient tout de même proposer de revenir devant le jury rapidement. Par ailleurs, ceux qui avaient déjà négocié leur office étaient presque toujours reçus, sous réserve de ne pas juger ou rapporter pendant 6 mois à un an. Ainsi, seule la théorie importait à l'époque pour entrer dans la magistrature. L'avènement des études de droit rendit ces examens inutiles.

⁷¹⁶ M. ROUSSELET, *op. cit.*, tome 1, pp. 248 et s.

Malgré le succès apparent du recrutement par concours, ce n'est qu'en 1906 qu'il fut définitivement consacré comme le mode normal d'entrée dans la magistrature, les examinateurs étant des magistrats et l'examen étant généralisé à tout le territoire⁷¹⁷. L'objectif était de substituer au recrutement par relations la méritocratie, sur le modèle des autres concours des grands corps d'Etat⁷¹⁸. Il s'agissait également d'introduire une formation spécialisée au regard du métier de magistrat⁷¹⁹. Le décret du 13 février 1908 transforma le concours en examen, mais cela ne changea que la terminologie du recrutement. L'aspiration à un recrutement démocratique était amorcée. Les grandes lignes de cet examen perdurent aujourd'hui⁷²⁰. De nombreuses tentatives pour réintroduire la voie du concours n'ont pas abouti, et les difficultés de recrutement des années 1930 ont conduit à élargir les conditions relatives à la recevabilité des candidats susceptibles de passer l'examen. Les voies de recrutement parallèles ont été élargies. Les mêmes difficultés de recrutement ont justifié une nouvelle ouverture dans les critères de recrutement au cours de la seconde guerre mondiale. Les femmes ne furent acceptées dans le corps de la magistrature que depuis la loi du 11 avril 1946⁷²¹.

Actuellement, le recrutement des magistrats se fait par concours, ou sur titre, selon les modalités prévues par les articles 16 et 17 de l'ordonnance n°58-1270 du 22 décembre 1958 modifiée portant loi organique relative au statut de la magistrature ainsi que par le décret n° 72-355 du 4 mai 1972 modifié relatif à l'Ecole nationale de la magistrature.

127. Au sein des modalités de recrutement dans la magistrature, une attention plus particulière doit être portée à l'évolution des conditions relatives à l'âge requis pour intégrer l'Ecole nationale de la magistrature, créée en 1958 (A.), alors que la dernière réforme du concours d'entrée se distingue par la prise en compte du psychisme des candidats (B.)

⁷¹⁷ Décret SARRIEN du 18 août 1906, article 7.

⁷¹⁸ A. BOIGEOL, « Les transformations des modalités d'entrée dans la magistrature », *Pouvoirs*, 1995, n° 74, pp. 27-38.

⁷¹⁹ Le stage au barreau sera progressivement supprimé, en en diminuant tout d'abord la durée de moitié. Il sera réaménagé dans le cadre de l'E.N.M.

⁷²⁰ Un décret du 10 février 1941 ajoute une épreuve de culture générale.

⁷²¹ M. ROUSSELET, *op. cit.*, tome 1, p. 233. Sur les évolutions en matière de recrutement des juges ; voir H. DALLE, « Le recrutement et la formation des magistrats : une question de légitimité », *Revue française d'administration publique*, 1991, n°57, pp. 53- 60.

A. L'aspiration à une magistrature expérimentée dès l'entrée en fonctions

128. La maturité et l'expérimentation d'un candidat à la magistrature peuvent être approchées de différentes manières.

La première consiste à fixer des limites d'âge pour présenter les concours et accéder aux fonctions.

Sur ce point, si l'on considère l'entrée en fonctions et non l'avancement aux postes de présidents de juridictions, c'est au Roi Henri III qu'il faut se référer quand, aux termes de l'ordonnance de 1579, il exigeait que les magistrats conseillers aient au moins 26 ans. L'Edit de 1672 porta ce minimum à 27 ans. Aucune exception officielle n'ayant été octroyée, la pratique s'arrangea de ces dispositions⁷²² et, finalement, les dérogations se multiplièrent au XVIIIème siècle. Les textes consulaires et impériaux prévoient également des minimas d'âge légal pour entrer en fonction, il fallait alors avoir 25 ans⁷²³.

La magistrature moderne se veut plus stricte en ce qu'aucune dispense d'âge ne peut plus être accordée⁷²⁴. La loi du 16 juillet 1930 a fixé l'âge minimal à 25 ans pour les juges du siège. L'ancien article 17 du décret du 4 mai 1972 a limité l'âge pour le concours étudiant à 27 ans⁷²⁵. L'actuel article 17 du même texte prévoit que le premier concours est ouvert aux candidats âgés de 31 ans au plus au 1^{er} janvier de l'année du concours⁷²⁶.

Cette limite d'âge peut être reculée d'un, de deux ou de trois ans en faveur des candidats titulaires de l'un des diplômes prévus à l'article 17-1° de l'ordonnance du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature à condition qu'ils aient été âgés respectivement de vingt-cinq, vingt-six ou au moins vingt-sept au 1^{er} janvier de l'année de leur première inscription à l'université ou dans un établissement supérieur et qu'ils aient été admis dans les conditions prévues par le décret n° 61-440 du 5 mai 1961 modifié par le décret n° 63-62 du 25 janvier 1963. Par ailleurs, le décret du 4 juin 1972, tel que modifié, permet des dérogations, le recul ou l'inopposabilité des limites d'âges pour l'accès par la voie du concours, en raison de charges de famille ou de la participation aux fonctions armées⁷²⁷.

⁷²² Voir sur ce point, M. ROUSSELET, *op. cit.*, tome 1, p. 234.

⁷²³ Loi n° 5351, du 20 avril 1810 sur l'organisation de l'ordre judiciaire et l'administration de la justice, articles 64 et 65.

⁷²⁴ Circulaire de la Chancellerie du 16 août 1848.

⁷²⁵ Décret n° 72-355, du 4 mai 1972, relatif à l'Ecole nationale de la magistrature.

⁷²⁶ Modifié par décret n°2008-1551 du 31 décembre 2008, art. 16

⁷²⁷ Pour une étude détaillée de la composition du corps de la magistrature, voir J-L. BODIGUEL, *Les magistrats, un corps sans âme ?*, Paris, P.U.F., 1991, 293 p.

Ainsi, l'idée sous-jacente à la dernière réforme revient à permettre l'accès au recrutement par concours étudiant, à des jeunes gens plus mûrs, sans pour autant fermer l'accès aux plus jeunes d'entre eux, puisqu'elle décale simplement l'âge maximal à 31 ans sans augmenter l'âge minimal. Il ne fait aucun doute que cette réforme ait été inspirée par la défiance envers la jeunesse des magistrats suscitée par l'affaire d'Outreau.

L'âge minimal a par contre été modifié concernant les recrutements sur titre puisqu'il est conditionné à l'âge minimal de 31 ans⁷²⁸.

Ensuite, sans se cantonner aux affirmations officielles, il est possible de deviner une autre tendance dont l'objectif est de parvenir à une plus grande expérimentation des éléments reçus à l'école de la magistrature. Il s'agit de réorganiser les effectifs de magistrats recrutés par types de voies d'accès, afin de privilégier les actuelles formes de recrutement parallèles, par exemple le recrutement sur titre et celui fondé sur l'expérience professionnelle précédemment acquise, alors que certains regrettent que les candidats ne soient plus obligés d'exercer le métier d'avocat au préalable. Ainsi par exemple, alors qu'en 2004, 230 auditeurs étaient issus du premier concours, 13 du deuxième, 7 du troisième et 29 avaient été recrutés sur titre, ce dernier nombre n'a fait qu'augmenter depuis. En effet, 38 magistrats ont été recrutés sur titre en 2005, sur un total de 286 éléments recrutés, tous concours confondus. En 2006 ce nombre est de 39, sur un total de 289. Puis, en 2007, il augmente à 41 sur 252 reçus, soit un pourcentage de 16,2 % contre 13% les années précédentes⁷²⁹. En 2008, les 47 candidats recrutés sur titre représentent 22,7% des recrutements, contre 67% issus du premier concours⁷³⁰. En 2009, 32 candidats sont recrutés sur titre, contre 89 issus du premier concours étudiant, soit 23%, contre 64%. L'année suivante, 17% des élèves intégrant l'E.N.M. sont issus du recrutement sur titre, et 63% du concours étudiant. En 2011, le pourcentage de recrutement sur titre s'élève à 24% et en 2012 il rebaisse à 17,5%. En 2013, il est de 19,5% et enfin, en 2014, il augmente à nouveau à hauteur de 23% du recrutement global.

⁷²⁸ Art. 16 et 25 du décret n° 2008-1551 du 31 décembre 2008, *J.O.R.F.* n°0001 du 1 janvier 2009, p. 70, texte n°45, relatif à l'Ecole nationale de la magistrature, modifiant le décret n° 72-355 du 4 mai 1972 relatif à l'E.N.M. et l'arrêté du 31 décembre 2008 relatif aux modalités d'organisation, règles de discipline, programme, déroulement et correction des épreuves des trois concours d'accès à l'Ecole.

⁷²⁹ Avec 73,81% issus du premier concours, pour une moyenne d'environ 80 % les trois années précédentes ;

⁷³⁰ En 2008, 139 éléments sont recrutés par le premier concours, 14 sont issus du second, 7 du troisième, pour un total de 207.

En somme, dans l'ensemble, il faut constater une augmentation de l'âge moyen des personnes admises aux différents concours de la magistrature puisqu'il était de 27 ans en 2004, avant de diminuer à 26 ans en 2005 et en 2006, et de revenir au nombre initial en 2007 ainsi qu'en 2008.

L'année 2009 a vu l'âge moyen augmenter à 29 ans.

Ce constat résulte de l'évolution du recrutement, voulue par le législateur, donnant une plus large place au recrutement sur titre⁷³¹. Cette tendance rejoint celle de recruter des magistrats moins jeunes, en associant à l'âge, une recherche d'expérience professionnelle. Ainsi, l'augmentation de l'âge de recrutement et les modifications des voies d'accès à la magistrature se combinent pour contribuer à la sélection de candidats plus expérimentés.

Cette tendance se poursuit en 2010 puisque l'âge moyen des personnes recrutées est de 34,5 ans et de 30 ans en 2011. La moyenne d'âge redescend à 28 ans en 2012 pour rester à peu près stable jusqu'en 2014.

129. Dans un tout autre domaine, un rapport conjoint réalisé en 1998 par l'Inspection des services judiciaires et l'Inspection des finances stigmatise le fait que le recrutement des juges consulaires, élus, relève plutôt d'un mécanisme de cooptation et que la constitution des chambres spécialement composées pour le jugement de certaines affaires contrevienne au principe du juge naturel. Ces remarques ont inspiré la décision du Conseil constitutionnel du 26 février 1998 relative au recrutement par concours exceptionnels de magistrats⁷³².

Le Conseil a appelé de ses vœux le fait que le pouvoir règlementaire prévoie des épreuves permettant de contrôler le niveau de connaissances des candidats, et, concernant ceux qui n'auraient jamais exercé de fonctions juridictionnelles mais seraient appelés à siéger en appel, que leur aptitude à juger soit strictement appréciée.

⁷³¹ L'article 18-1 de l'Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature modifiée, pose que le nombre des auditeurs nommés au titre de l'article 18-1 ne peut dépasser le tiers - au lieu du cinquième auparavant- du nombre des auditeurs issus des concours d'accès à l'École nationale de la magistrature et figurant dans la promotion à laquelle ils seront intégrés.

⁷³² J.-F. KRIEGK, « L'impartialité, contrepartie exigeante de l'indépendance », *Petites affiches*, 12 juillet, 1999, p. 6.

130. Par ailleurs, certaines propositions tendent à offrir la possibilité d'intégrer directement des professionnels dans des formations de jugement définies, donc, à la différence des recrutements exceptionnels, avec une affectation particulière fonction de leurs compétences, pour une durée limitée, afin de veiller à la rédaction de jugements très spécialisés, l'objectif étant également d'améliorer la formation professionnelle⁷³³.

131. Mais au-delà des conditions d'âge et d'expérience, d'autres dispositions permettant de s'assurer de la moralité et de la maturité du candidat ont par ailleurs été introduites dans les modalités des concours.

B. Une attention particulière portée au psychisme des candidats à la magistrature.

132. Depuis toujours, la moralité des candidats aux postes de magistrats est surveillée, mais dans l'Ancienne France, les compagnies judiciaires étaient elles-mêmes en charge de ce contrôle.

La première occurrence d'une enquête sur la vie et les mœurs date des lettres patentes de François Ier concernant la Provence ; à Paris, c'est l'édit de 1543 qui mentionna ces enquêtes pour la première fois. Les membres du parquet désignaient des témoins qui seraient entendus par les conseillers des Compagnies judiciaires.

Dans la magistrature moderne, une circulaire du 2 mars 1809 prescrit que les magistrats doivent avoir la jouissance de leurs droits civils et politiques, être de bonne vie et mœurs et justifier d'une aptitude morale suffisante pour l'exercice des fonctions qu'ils sollicitent. Ils doivent réunir les lumières, la probité, aux autres qualités requises par la loi. C'est au ministère public qu'incombent désormais ces enquêtes.

Aujourd'hui, la nomination émanant du pouvoir central, ce sont les agents du gouvernement qui effectuent les enquêtes. Il faut saluer l'absence d'esprit de corps dans ces enquêtes et les cooptations sont plus difficiles.

⁷³³ La Cour de cassation et le Conseil d'Etat ont déjà suivi cette voie. Voir également sur ce point la proposition du rapport rendu en 2008 par la Commission présidée par S. GUINCHARD sur la répartition des contentieux en faveur du recrutement des Professeurs de droit et Maîtres de conférences comme juges associés et au niveau des cours d'appel : S. GUINCHARD, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée, Rapport de la Commission sur la répartition des contentieux*, présidée par S. GUINCHARD, Paris, La documentation française, 2008, p. 19.

133. A cela, s'ajoute aujourd'hui un entretien avec un psychiatre, dans le cadre du concours d'entrée à la magistrature.

Au stade de l'admission, l'introduction d'une épreuve collective de mise en situation permet un regard sur la dimension humaine du candidat.

Au moment de sa délibération, le jury dispose du résultat des tests d'aptitudes et de personnalité passés par le candidat et un psychologue analyse le résultat des tests à la suite d'un entretien avec le candidat.

Ce test de personnalité et d'aptitude d'une durée maximale de trois heures se divise en deux parties : le premier test intègre une approche de la personnalité appréciant les grandes tendances de celle-ci⁷³⁴ et une approche des grandes tendances pathologiques⁷³⁵.

Cette démarche a le mérite de définir la limite entre l'émotivité et l'émotion. Il convient de s'assurer d'avoir des candidats susceptibles d'être émus, sans être pour autant trop émotifs. L'une des facettes du test NEO-PI-R relatif à l'extraversion s'attache à rechercher chez le sujet des tendances à éprouver des émotions positives.

Il s'agit donc de trouver un équilibre : si l'émotivité prend le dessus, il y a un risque de dérive dans la mesure où, contrairement à l'émotion, cette première tendance ne mène pas à la vérité⁷³⁶.

Le second test est basé sur des épreuves classiques d'appréciation des aptitudes à la compréhension verbale (épreuve de syllogisme et de choix de signification d'un énoncé) et les aptitudes à passer rapidement d'un mode de raisonnement à un autre⁷³⁷.

Ces deux épreuves sont destinées à fournir au jury des éléments supplémentaires d'appréciation sur l'aptitude à développer les compétences fondamentales attendues d'un futur magistrat, autres que celles faisant appel à des connaissances (en particulier d'ordre juridique).

Ce test n'a pas été érigé au rang d'épreuve, mais reste un simple outil dont la valeur pratique devra être évaluée avec le recul suffisant.

⁷³⁴ Test N.E.O. P.I. R., l'Inventaire de Personnalité-Révisé, permet l'évaluation des cinq domaines principaux de la personnalité et des facettes constituant chacun de ces domaines ; il fournit une évaluation approfondie de la personnalité adulte. Ces facettes sont les suivantes : le Névrosisme (Identifie les individus enclins à des douleurs psychologiques), l'extraversion (tendance à la sociabilité, à être d'un naturel actif, confiant et optimiste), l'ouverture, l'agréabilité et la conscience (degré d'organisation, d'obstination, de contrôle et de motivation dans un but précis).

⁷³⁵ P. PICHOT., *Test P.N.P., Questionnaire des tendances paranoïaques, névrotiques et psychopathiques*, Paris, Editions du centre de psychologie appliquée, 1959.

⁷³⁶ Voir F. LENOIR, *Le temps de la responsabilité. Entretiens sur l'éthique*, Paris, Fayard, 1991, p. 159 : c'est dans le cadre de la question de la recherche de l'émotion dans les médias que sont abordés les rapports entre l'émotivité et l'intelligibilité par M. Y. JAIGU, ancien directeur de France culture et des programmes de France 3 à l'occasion de son entretien avec l'auteur, relatif aux rapports des médias à l'éthique. Ces propos pourraient bien être transposés en matière judiciaire. Voir § 79 et s. ainsi que § 233 et s. de la présente étude.

⁷³⁷ tests T.A.E.I. et B.V.17 du Pr. BONNARDEL (test de compréhension verbale).

134. En résumé, il a été démontré que le droit positif, aussi bien que la pratique et les acteurs du procès, tentent par différents moyens d'éviter l'influence des émotions dites « passives », paralysant le raisonnement du juge, ou l'intervention de certaines émotions « actives » comme la préférence de l'une ou l'autre partie, non fondées sur un raisonnement logique, et de réduire tout simplement le champ émotionnel.

Cependant, ces efforts d'objectivation tendant à rendre la conviction des magistrats moins faillible et à préserver leur raisonnement de l'arbitraire craint (Titre I) seraient vains s'il n'existait pas un contrôle effectif de l'exercice de l'office du juge (Titre II).

Titre II : Le contrôle et la sanction de l'arbitraire émotionnel

135. Après avoir mis en exergue les aspirations à protéger le juge de certaines émotions, il s'agit de s'attacher au contrôle de son office.

En effet, comment rendre compte de l'impact des émotions des juges dans leurs décisions ou comportements, afin de garantir l'objectivisation dont il a été question, si l'on ne rend pas son contrôle le plus effectif possible ? Les modalités du contrôle et des sanctions des émotions ainsi envisagées doivent donc à présent être appréhendées.

Le contrôle permet une vérification du respect d'une réglementation préalablement à l'engagement de la responsabilité. Il n'implique pas nécessairement de rapport hiérarchique entre le contrôleur et le contrôlé⁷³⁸. La responsabilité renvoie quant à elle, d'une part à l'obligation de répondre devant un tiers d'une violation d'une règle de conduite éventuellement sanctionnée. D'autre part, dans son acception préventive, la responsabilité se rapproche de la notion de conscience professionnelle.

Le contrôle de l'office des juges préalable à l'engagement de toute responsabilité est rendu possible par la matérialisation des émotions (chapitre 1). Ce contrôle permet la nécessaire responsabilisation et la sanction des juges qui se seraient laissés submerger par leurs émotions (chapitre 2).

⁷³⁸M. CICCIOLO, « Les divers types de responsabilité et de contrôle du juge », *R.I.D.P.*, vol. 46, 1975, pp. 67-98.

Chapitre I. La matérialisation des émotions : préalable à tout contrôle

136. La volatilité des émotions rend leur contrôle des plus difficiles. Celles qui se matérialisent aisément et s'extériorisent peuvent être sanctionnées. Cette manifestation peut avoir lieu au cours de l'audience, par exemple à travers les propos tenus ou les attitudes du juge et relèveront souvent des mesures disciplinaires.

Mais pour permettre un contrôle plus large, la lutte organisée par le droit positif contre les émotions qui demeurent difficilement perceptibles est, comme il ressort des précédents développements, fondée principalement sur des présomptions ou présupposés, sur des situations de nature à créer un doute sur l'impartialité ou l'indépendance du juge. Ce sont donc ces situations ciblées et conceptualisées, principalement sous les exigences d'indépendance et d'impartialité, qui seront susceptibles d'être contrôlées, décelées et donner prise le cas échéant à des sanctions (section 1).

Par ailleurs, les émotions peuvent également se manifester à travers la motivation des décisions. Ainsi, l'obligation de motiver les décisions de justice permet également la matérialisation des émotions et leur contrôle (section 2).

Section 1. Une matérialisation au moyen de présomptions d'émotions.

137. Il a été démontré précédemment que l'objectivation de la fonction de juger passe parfois, en droit, par l'érection de présomptions d'émotivité⁷³⁹. Il convient à présent d'expliquer plus précisément en quoi le recours au mécanisme de la présomption est utile dans le cadre de la lutte contre les émotions.

La présomption est un mode de raisonnement juridique par induction. A partir d'un fait établi, on induit un autre fait qui ne l'est pas. En matière civile, l'article 1349 les définit comme « des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu ». Il s'agit de tenir pour certain un fait rendu vraisemblable par un autre qui est quant à lui démontré. La présomption repose donc sur la vraisemblance, pour permettre de considérer un fait difficilement démontrable comme étant établi.

⁷³⁹ Voir par ex. § 28 de la présente étude.

Or, les émotions étant particulièrement difficiles à prouver, le droit recourt à la technique des présomptions pour admettre que l'établissement de la preuve de circonstances légalement définies permette d'en induire la vraisemblance d'une émotion justifiant certaines conséquences légales.

Par exemple, en matière de récusation des juges, lorsqu'il est établi qu'un juge a un lien de parenté avec une partie personnellement intervenue à l'instance, ce lien rend vraisemblable l'existence d'une certaine affection l'unissant à son proche. Pour prendre une illustration extrême, un juge qui s'apprête à condamner un proche à une peine d'emprisonnement aura des difficultés à le faire et aura tendance à vouloir minimiser le *quantum* de cette peine.

La vraisemblance de ces sentiments d'affection susceptibles de biaiser la perception d'une situation par le juge permet de les présumer et d'en tirer les conséquences pour autoriser la récusation de ce juge⁷⁴⁰.

Par ailleurs, lorsqu'il existe une convergence ou une contradiction d'intérêts avérée entre les aspirations du juge et celles d'une personne concernée par le litige, cette situation, une fois prouvée, rend vraisemblable l'espérance du juge de valoriser son patrimoine, ou, inversement, la crainte des conséquences néfastes d'une décision sur la situation pécuniaire concernée⁷⁴¹. Ainsi, lorsque le magistrat a un intérêt personnel dans la contestation, il est vraisemblable qu'il sera tenté d'orienter sa décision de façon à en tirer le meilleur profit⁷⁴².

⁷⁴⁰ L'article 668, 1^o, alinéa 2, du code de procédure pénale précise le degré du lien de parenté ou d'alliance devant être retenu pour prétendre à la récusation pour les cas prévus aux articles 668, 1^o et 3^o. Celui-ci s'étend « jusqu'au degré de cousin issu de germain inclusivement ». Le même raisonnement justifie la présomption d'émotion dans tous les cas où la récusation est fondée sur les liens de parenté ou d'alliance. Voir article 668, 3^o. Ainsi, par exemple, lorsque le juge ou son « conjoint », au sens précédemment défini, est parent ou allié du tuteur, subrogé tuteur, curateur ou conseil judiciaire de l'une des parties, ou quand ce lien de parenté ou d'alliance existe entre le juge ou son « conjoint » et un administrateur, un directeur ou un gérant d'une société, partie au procès, l'engagement affectif du juge est présumé être trop fort pour que son impartialité demeure garantie. Ces hypothèses sont à rapprocher de celle de la présomption de l'affinité qui naît d'un pur sentiment, « s'il y a amitié ou inimitié notoire entre le juge et l'une des parties » article L. 111-6 du C.O.J., 8^o. Le même raisonnement peut également être transposé aux incompatibilités reposant sur les liens de parenté ou d'alliance qu'entretiennent les juges. L'objectif de ces règles est de parer tout doute quant à l'impartialité qui serait dû aux risques de connivence ou de conflits d'intérêts qui pourraient découler de l'affection ou de l'inimitié exacerbées par des liens familiaux entre les juges au sein des juridictions. Le juge engagé dans ces liens serait perçu comme ne pouvant pas être entièrement neutre au regard de la position défendue par son parent ou allié.

⁷⁴¹ Par exemple, article 668, 2^o du code de procédure pénale ; art. L. 111-6, 1^o et 6^o du C.O.J.

⁷⁴² Article L. 111-6 du C.O.J., 6^o ; cette hypothèse est à rapprocher de la logique gouvernant la mise en place d'incompatibilités justifiées par le statut de magistrat : les interdictions d'exercer des fonctions secondaires, extérieures aux postes relevant de la magistrature ou d'intervenir en certaines qualités reposent sur la présomption selon laquelle le juge cèderait à la tentation de faire primer ses intérêts extérieurs sur sa mission d'intérêt général.

La vraisemblance de ces émotions susceptibles d'être à l'origine de réactions partiales de la part du juge permet de les présumer afin de fonder la récusation du juge.

Un autre exemple peut être relevé lorsque la présomption d'affection repose sur la connaissance antérieure de la cause⁷⁴³. Le pré-jugement de l'affaire, les interventions successives du juge dans une même procédure sont des éléments objectifs aisément démontrables. Ces faits rendent vraisemblable l'absence de distance nécessaire de la part du juge lors de sa seconde lecture. Plus encore, ils rendent vraisemblable l'incapacité du juge de dépasser son éventuelle erreur ou d'admettre ses contradictions. La vraisemblance de ces émotions justifie une nouvelle fois, qu'elles soient présumées, afin de fonder une demande de récusation.

Le recours au mécanisme de la présomption est encore plus évident lorsqu'il s'agit de garantir l'impartialité objective des juges. Par exemple, les règles fixant des incompatibilités tentent d'écartier, *a priori*, certaines émotions que tout juge serait susceptible d'éprouver en pareille situation, en évinçant ceux-ci du jugement de l'affaire, afin qu'aucun doute ne puisse subsister quant à l'impartialité de la décision. Ainsi, l'incompatibilité de fonction repose sur une sorte de présomption d'attachement du juge à ses décisions pouvant être source d'un doute légitime quant à l'impartialité objective de la décision. Considérer qu'un magistrat intervenu à plusieurs reprises dans une même procédure n'est pas impartial, que l'on s'attache ou non à son degré d'implication dans la prise de décision, conformément aux évolutions d'interprétation décrites précédemment⁷⁴⁴, revient à présumer qu'un individu connaît des difficultés à remettre en question sa première appréciation. Mais, puisque par hypothèse l'étude du dossier à divers moments de la procédure repose sur des éléments qui ont eu tout le temps d'évoluer, l'impartialité objective ne s'arrête donc pas à la présomption selon laquelle un individu jugerait de la même manière une affaire identique. Il s'agit plus encore de présumer que le juge n'aurait pas la faculté de se remettre en question pour prononcer un jugement contredisant celui qu'il aurait rendu précédemment.

⁷⁴³ Cette troisième catégorie dégagée par M. ANGEVIN renvoie à l'art. 668, 5° du C.P.P. il faut y joindre l'article L. 111-6, 5° du C.O.J. qui autorise la récusation si le juge « a précédemment connu de l'affaire comme juge ou comme arbitre ou s'il a conseillé l'une des parties ».

⁷⁴⁴ Voir § 42 de la présente étude.

Ainsi, c'est l'émotion empêchant cette remise en question qui se trouve en réalité présumée. Un juge est présumé s'auto-satisfaire de ses jugements. Son assurance, sa fierté, sa prétention l'empêcheraient dans une trop grande majorité des cas de remettre son jugement dans la balance, cette propension justifiant qu'une présomption soit posée⁷⁴⁵.

En somme, si de telles présomptions n'étaient pas mises en place, les émotions n'étant perceptibles, par définition, qu'au moyen des expressions physiologiques difficilement palpables et matérialisables, il serait difficile de les déceler, de les contrôler, de les empêcher et de les sanctionner. La lutte contre les émotions se fait donc par la présomption de leur existence, dans des contextes et situations précisément définis, présumés qui serviront de base concrète aux contrôles et sanctions. En d'autres termes, la situation dans laquelle l'émotion est présumée révèle cette dernière ainsi que la partialité ou la dépendance qui en découle.

Ainsi, si ces présomptions contribuent à la lutte contre les émotions, c'est surtout en ce qu'elles permettent une forme de matérialisation juridique des émotions.

138. Toutefois, il demeure des situations dans lesquelles aucune présomption n'a été établie. Par exemple, lorsqu'un juge intervient à plusieurs reprises au cours d'une procédure, en échappant au grief de partialité, car il ne s'est pas prononcé précédemment sur la culpabilité du prévenu.

Ces hypothèses extérieures au champ des présomptions pourraient toutefois receler des préjugements sur l'affaire. C'est alors l'obligation de motiver les décisions de justice qui permet de matérialiser le préjugé et de le révéler.

Section 2. Les émotions révélées par la motivation

139. Après avoir relevé que le droit et la pratique tentent tour à tour d'interdire les émotions dites « passives », paralysant le raisonnement autonome du juge, et l'intervention de certaines émotions « actives » comme la préférence de l'une ou l'autre partie, non fondées sur un raisonnement logique, et de réduire le champ émotionnel, l'idée force du système pénal semble apparaître : il s'agit de préserver le raisonnement du juge.

⁷⁴⁵ D'autant plus qu'un élément important de la prise de décision vient justement de la mémoire, en particulier des jugements passés. Il s'agit de sélectionner ceux qui sont pertinents pour le cas présent. Voir sur ce point, A. BERTHOZ, « Bases neurales de la décision. Une approche de neurosciences cognitives », *Annales Médico-psychologiques*, V. 170, 2012, p. 118.

Or, tout raisonnement fondé sur la logique est susceptible de faire l'objet d'une matérialisation par la voie de la motivation.

Dès lors, il conviendra d'étudier dans un premier temps en quoi la motivation constitue un filtre aux émotions du juge et permet leur contrôle (§ I), avant de s'interroger sur les lacunes de ce contrôle engendrées par la limitation du champ de l'obligation de motiver les décisions (§ II).

§I. Une motivation vectrice d'un double contrôle des émotions

140. La motivation peut être perçue comme une simple information n'appelant aucune autre réaction que l'application de la décision qui se trouve ainsi facilitée⁷⁴⁶. Elle peut être cantonnée au rôle didactique d'une démarche d'aspiration démocratique afin que les décisions puissent être reçues par les justiciables. Mais la définition proposée dans le Vocabulaire juridique de l'association CAPITANT retient davantage notre attention : la motivation y est définie comme étant l'ensemble des raisons de fait ou de droit d'un jugement, qui figurent avant le dispositif. Ainsi, elle doit aboutir à la révélation des raisons qui expliquent une décision.

La motivation passe par l'argumentation qui consiste, d'une part, à chercher en soi les raisons de sa conviction, et d'autre part, à trouver les éléments qui serviront à convaincre les autres⁷⁴⁷.

Ainsi, la motivation des décisions constitue une garantie contre l'arbitraire du juge, dans la mesure où ce dernier va devoir découvrir lui-même et présenter aux autres les raisons de sa décision.

Chaque élément de cette dernière affirmation est fondamental au regard de la présente analyse relative aux émotions qui pourraient s'immiscer dans une décision de justice.

En effet, le premier précepte traduit tout d'abord l'idée que toute décision doit être fondée sur la raison, sur un raisonnement.

⁷⁴⁶ M. GRIMALDI, « Ouverture des travaux », in *La motivation, journées nationales, actes du colloque, Limoges, 1998, Travaux de l'association Henri CAPITANT des amis de la culture juridique française*, tome 3, 1998, Paris, L.G.D.J., 2000, p. 2.

⁷⁴⁷ Voir F. LENOIR, *Le temps de la responsabilité. Entretiens sur l'éthique*, Paris, Fayard, 1991, p. 218, propos de Luc FERRY : « C'est en soi-même qu'on cherche des motifs de défendre une action, telles ou telles valeurs, tel ou tel argument ».

Il apparaît ensuite que la motivation des décisions permet un contrôle qui se révélera de double nature : conformément aux finalités exposées par le Conseil consultatif de juges européens, « la motivation permet non seulement une meilleure compréhension et acceptation de la décision par le justiciable mais elle est surtout une garantie contre l'arbitraire »⁷⁴⁸.

« D'une part, elle oblige le juge à rencontrer les moyens de défense des parties et à préciser les éléments qui justifient sa décision et rendent celle-ci conforme à la loi. D'autre part, elle permet une compréhension du fonctionnement de la justice par la société »⁷⁴⁹. La motivation permet par ailleurs d'apprécier l'opportunité d'exercer une voie de recours⁷⁵⁰.

Il en résulte que la motivation oblige d'une part le juge à l'introspection (A), alors qu'elle permet d'autre part un contrôle externe (B).

A. La motivation et l'effort de distanciation émotionnelle du juge

141. La motivation fait appel à la réflexion du juge. Elle exige un raisonnement qui intègre les faits et le droit. La construction d'un raisonnement et sa formalisation permet au juge de prendre des distances avec certains affects et certaines de ses émotions et ce pour différentes raisons.

D'abord, parce qu'il doit construire un raisonnement juridique. Or, la méthode syllogistique contribue à chasser, pour le moins théoriquement, la subjectivité du raisonnement, en imposant de partir de la règle de droit applicable pour l'appliquer aux faits de sorte que la solution à donner découle de ce raisonnement.

Ainsi, par exemple, si le texte de loi à appliquer exige un dol spécial pour engager la responsabilité pénale d'un individu sur le fondement d'une qualification juridique des faits, le juge aura beau être convaincu de l'intention, si aucun élément ne permet de caractériser ce dol spécial, il ne pourra condamner sur ce fondement⁷⁵¹.

⁷⁴⁸ Avis du Conseil consultatif de juges européens n° 11 (2008) à l'attention du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur la qualité des décisions de justice.

⁷⁴⁹ Cour de cassation, *Le droit de savoir, Rapport annuel 2010*, Paris, La documentation française, 2011, pp. 227 et s.

⁷⁵⁰ Cour E.D.H., 24 juillet 2007, BAUCHER c/ France, requête n° 53640/00.

⁷⁵¹ Voir par exemple, l'article 221-2 al. 2 qui exige un dol spécial : « Le meurtre qui a pour objet soit de préparer ou de faciliter un délit, soit de favoriser la fuite ou d'assurer l'impunité de l'auteur ou du complice d'un délit est puni de la réclusion criminelle à perpétuité ». Si aucune preuve ne permet d'établir qu'un lien existe entre le meurtre et l'accomplissement d'un autre délit, même si le juge en est convaincu, il ne pourra entrer en voie de condamnation sur ce fondement.

A l'inverse, s'il pense qu'un individu devrait pouvoir bénéficier d'un fait justificatif au regard des circonstances et d'une certaine équité, et si les conditions légalement définies pour pouvoir en bénéficier ne sont toutefois pas réunies, il ne pourra suivre son humanité⁷⁵².

Ensuite, la prise de distance du juge est due au fait qu'il doit évaluer la pertinence de ses propres arguments lui dictant de décider dans un sens donné. En quelque sorte, il doit à ce stade mettre à l'épreuve sa propre conviction. Ainsi, si le juge analyse les raisons de ses choix pour en tirer argumentation, il prendra nécessairement quelques distances à l'égard de ses émotions. Cette distanciation invite ainsi le juge à la prudence, qui lui permet de reconnaître ses influences ou penchants émotionnels pour mieux les combattre si nécessaire⁷⁵³.

Enfin, la nécessité de convaincre les destinataires de leurs décisions, - au premier chef les justiciables, en second lieu les juges qui auraient à connaître de leur argumentaire à l'occasion de recours - oblige à l'élaboration d'un raisonnement logique et cohérent. Ces efforts de cohérence et de conviction ne peuvent, au moins en apparence, laisser subsister des éléments de décision fondés sur des considérations émotionnelles.

142. Si toutefois l'obligation faite aux juges de motiver leurs décisions et d'explicitier leur raisonnement ne suffisait pas à susciter ces efforts de distanciation, un contrôle extérieur permettra alors de révéler les empreintes émotionnelles subsistant dans les décisions et de sanctionner ces argumentations fondées sur les émotions.

B. La motivation, préalable nécessaire au contrôle externe des émotions

143. La motivation permet de révéler les failles présentes dans le raisonnement du juge. Les éventuelles colorations émotionnelles soutenant une décision peuvent devenir publiques au moyen de la motivation, de sorte qu'il devient possible de contrôler la décision et de la contester. En effet, le contrôle doit pouvoir être opéré par les juridictions supérieures, incapables d'apprécier le bien-fondé d'une décision si celle-ci n'est pas motivée.

⁷⁵² Voir les articles 122-4 à 122-7 du code pénal.

⁷⁵³ A. GARAPON, « Entre procédure et vertu, la prudence », in *Le for intérieur*, Paris, P.U.F., 1995, p. 217.

Dans les hypothèses les plus flagrantes de partialité, il s'agit de confronter les conclusions des parties et la motivation du juge ou de s'assurer que ce à quoi il est fait référence dans le motif a bien été enregistré dans les écritures du procès⁷⁵⁴.

Mais ce contrôle se révèle parfois plus compliqué, lorsque par exemple aucune motivation spéciale n'est exigée, ou que la motivation consiste en des formules types.

En effet, les pratiques de certains juges habitués à recourir à des formules types de motivation peuvent vider l'obligation de son sens⁷⁵⁵.

C'est pour cette raison que l'article 593 du C.P.P. est venu poser que « les arrêts de la chambre de l'instruction, ainsi que les arrêts et jugements en dernier ressort sont déclarés nuls s'ils ne contiennent pas des motifs ou si leurs motifs sont insuffisants et ne permettent pas à la Cour de cassation d'exercer son contrôle et de reconnaître si la loi a été respectée dans le dispositif ».

Le contrôle par la Cour de cassation étant rendu possible par la motivation et cette voie de recours étant un droit, le défaut de motif et l'insuffisance de motifs sont sanctionnés non seulement au titre du manquement à l'obligation de motivation par le juge, mais également parce qu'il rendrait le contrôle impossible et viderait ainsi le recours de sa substance.

La Chambre criminelle s'assure donc que les décisions comportent une motivation réelle et sanctionne par exemple les jugements qui se borneraient à énoncer qu'« il résulte des débats de l'audience et des pièces versées à la procédure que le prévenu a bien commis les faits qui lui sont reprochés »⁷⁵⁶ ainsi que les décisions rédigées sur un imprimé portant des mentions pré-remplies ne comportant aucune référence aux circonstances de l'infraction réprimée⁷⁵⁷.

144. Ainsi, l'obligation de motivation œuvre-t-elle, en permettant le contrôle des émotions à différentes échelles, à la protection contre l'arbitraire émotionnel des décisions de justice. Toutefois, ces garanties sont limitées au champ d'application de l'obligation de motiver, qu'il faut à présent préciser.

⁷⁵⁴ G. GIUDICELLI, *La motivation des décisions de justice*, thèse pour le doctorat en droit, 1979, pp. 421 à 426.

⁷⁵⁵ J. LEROY, « La force du principe de motivation », in *La motivation, journées nationales, actes du colloque, Limoges, 1998, Travaux de l'association Henri CAPITANT des amis de la culture juridique française*, tome 3, 1998, Paris, L.G.D.J., 2000, p. 41.

⁷⁵⁶ Cass. crim., 28 septembre 2010, pourvoi n° 10-81.493.

⁷⁵⁷ Cass. crim., 9 décembre 1992, pourvoi n° 92-80.721, *bull. crim.*, 1992, n° 415, p. 1171.

§ II. Un contrôle des émotions limité au domaine de l'obligation de motiver

145. Sous l'Ancien Régime, les décisions de justice n'étaient pas soumises à l'obligation de motivation et le principe était rejeté, même si la pratique y était parfois plus favorable⁷⁵⁸. Dès le XIV^{ème} siècle, avec l'apparition de la hiérarchie judiciaire, les décisions juridictionnelles sont devenues motivées. La motivation aurait découlé de l'usage mais cette pratique disparut au XVI^{ème} siècle. Lorsqu'il s'agissait d'affaires graves ou susceptibles de constituer des précédents, les Présidents de chambre énonçaient les raisons de l'arrêt après l'avoir prononcé, mais il semble qu'aucune trace écrite de ces motivations ne subsistait (arrêts en robe rouge, ou présidentiaux). La Révolution consacra le principe de l'obligation de motivation des jugements et arrêts⁷⁵⁹. L'obligation a par la suite été reprise en matière pénale par le code du 3 brumaire de l'an IV (25 octobre 1795)⁷⁶⁰ et par la loi du 20 avril 1810 qui rend cette obligation effective en sanctionnant son irrespect par la nullité de la décision⁷⁶¹.

Cette obligation de motiver n'a plus aujourd'hui valeur constitutionnelle. Il s'agit désormais d'une obligation légale, principalement consacrée aux articles 485 et 593 du code de procédure pénale. Il faudra en étudier les contours actuels (A.), avant de s'attacher à l'éventualité d'accroître le domaine de la motivation (B).

A. Les contours actuels de l'obligation de motiver

146. L'obligation de motivation des jugements n'a pas été érigée en principe directeur dans le code de procédure pénale. Elle est donc prévue de manière ponctuelle.

En matière répressive, l'obligation de motiver est prévue notamment par les articles 485 et 593 du code de procédure pénale alors que la jurisprudence vient assimiler la contradiction de motifs⁷⁶² et l'insuffisance de motifs⁷⁶³ à leur absence.

⁷⁵⁸P. TEXIER, « Jalons pour une histoire de la motivation des sentences », in *La motivation, journées nationales, actes du colloque, Limoges, 1998, Travaux de l'association Henri CAPITANT des amis de la culture juridique française*, tome 3, 1998, Paris, L.G.D.J., 2000, pp. 5 et s.

⁷⁵⁹ Titre V, art. 15, lois des 16 et 24 août 1790 sur l'organisation judiciaire ; Art. 208 de la constitution de l'an III.

⁷⁶⁰ Article 88, 89, 152, 201 dudit code des délits et des peines.

⁷⁶¹ Article 7 de ladite loi n° 5351 du 20 avril 1810 sur l'Organisation de l'ordre judiciaire et l'administration de la Justice.

⁷⁶² Cass. crim., 5 juin 1996, inédit, pourvoi n° 95-83355.

⁷⁶³ Cass. crim., 27 mars 1996, pourvoi n° 95-83081, *bull. crim.*, n° 141, p. 405.

L'obligation de motivation concerne les décisions, les éléments à charge et à décharge et non l'explication du raisonnement fondé sur l'intime conviction. Il s'agit là d'une première limite au contrôle permis par la motivation de la cohérence du raisonnement du juge⁷⁶⁴.

Par ailleurs, l'obligation de motivation a un domaine vaste : elle concerne les décisions émanant des juridictions de jugement⁷⁶⁵, des juridictions de l'application des peines ou des chambres de l'instruction. Elle s'impose pour toutes décisions juridictionnelles rendues tant par les juridictions de droit commun que par celles d'exception, quelles que soient les circonstances dans lesquelles la procédure se serait déroulée, les juges du fond ayant la même charge que ceux de cassation⁷⁶⁶. Les décisions statuant sur l'action publique, comme sur l'action civile, doivent être motivées, de même que les décisions statuant sur des incidents de procédure⁷⁶⁷.

Certaines décisions sont cependant dispensées de l'obligation de motivation. C'est le cas des mesures d'administration judiciaire réalisées par les juges comme la jonction au fond des incidents de l'article 459 du C.P.P.⁷⁶⁸. Concernant les actes juridictionnels, certaines dispenses existent également pour les actes pour lesquels le juge dispose d'un pouvoir discrétionnaire⁷⁶⁹. Ces dispenses semblent justifiées par l'absence de gravité des décisions ainsi prises.

Toutefois, certaines décisions présentant un degré de gravité supérieur sont concernées par des dispenses de motivation bien plus discutables.

⁷⁶⁴ C'est la raison pour laquelle le système de l'intime conviction été longtemps critiqué. Toutefois, la crainte suscitée par l'absence d'extériorisation de la conviction entérinée par le juge repose sur une perception dépassée de l'intime conviction en tant que certitude morale reposant sur des émotions irrationnelles. Pour échapper à cette critique, il faudrait suivre l'enseignement suivant : « Il faut [...] que le juge du contrôle prenne au sérieux les droits de l'innocent et exige des motivations qui répondent à des paramètres d'évaluation objectifs et des conclusions qui présentent un niveau élevé de rationalité » (E. ZAPPALA, « Présomption d'innocence, entre « intime conviction » et « beyond reasonable doubt » », in *Mélanges offerts à R. GASSIN*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2007, p. 347). Il faudrait donc que le juge explique comment il a dépassé le doute simple, au moyen d'éléments objectifs. Dès lors qu'il est possible - comme cela sera démontré dans la suite des développements - d'analyser le système de l'intime conviction comme pouvant reposer sur des émotions rationnelles, cette défiance envers le système de l'intime conviction doit être dépassée. Voir sur ce point, § 191 et 193 et s. de la présente étude.

⁷⁶⁵ Plus précisément des juridictions de proximité, des tribunaux de police, des tribunaux correctionnels ou des chambres correctionnelles des cours d'appel.

⁷⁶⁶ J. NORMAND, « Le domaine du principe de motivation », in *La motivation, journées nationales, actes du colloque, Limoges, 1998, Travaux de l'association Henri CAPITANT des amis de la culture juridique française*, tome 3, 1998, Paris, L.G.D.J., 2000, pp. 20-21.

⁷⁶⁷ Cour de cassation, *Le droit de savoir, Rapport annuel 2010*, Paris, La documentation française, 2011, p. 228.

⁷⁶⁸ Cass. crim., 19 septembre 2007, pourvoi n° 06-84.763, *bull. crim.*, 2007, n° 214.

⁷⁶⁹ Par exemple, sur la répartition des dépens entre parties non-gagnantes.

Tel est le cas, par exemple, de l'octroi ou du refus du sursis⁷⁷⁰. Tel était le cas des arrêts rendus par les cours d'assises, avant que les dispenses n'aient été sensiblement réduites⁷⁷¹. Ces arrêts ne comportent pas d'exposé des principales raisons pour lesquelles une décision a été prise⁷⁷². Pour la chambre criminelle de la Cour de cassation, les arrêts de condamnation prononcés par les cours d'assises doivent contenir uniquement, en guise de motivation⁷⁷³, les réponses données par les magistrats et jurés aux questions posées conformément à l'arrêt de renvoi⁷⁷⁴. Hormis les cas expressément prévus par la loi⁷⁷⁵, le choix de la sanction n'a pas à être motivé spécialement⁷⁷⁶.

Si le régime de certains actes est plus complexe au regard de l'obligation de motiver⁷⁷⁷, l'idée force consiste à imposer la motivation dès lors qu'une décision ne va pas dans le sens courant, mais relève plutôt de l'exception. Ainsi, par exemple, les décisions prescrivant au cours de l'instruction préparatoire des mesures d'instruction ne sont soumises à aucune obligation de motiver, alors que celles qui refusent une telle demande doivent l'être⁷⁷⁸.

⁷⁷⁰ Voir sur ce point, L. LAZERGES-COUSQUER, *Jurisclasseur, Procédure pénale*, 1^{er} Mars 2010, art. 485 et 486, fasc. 20.

⁷⁷¹ Art. 353 C.P.P., modifié par l'article 12 de la loi n° 2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs, *J.O.R.F.*, n°0185 du 11 août 2011 p. 13744. Cet article s'est vu rajouter : « Sous réserve de l'exigence de motivation de la décision » à la formule existante « la loi ne demande pas compte à chacun des juges et jurés composant la cour d'assises des moyens par lesquels ils se sont convaincus ». La loi précitée crée par ailleurs l'article 365-1 ainsi rédigé : « Le président ou l'un des magistrats assesseurs par lui désigné rédige la motivation de l'arrêt. En cas de condamnation, la motivation consiste dans l'énoncé des principaux éléments à charge qui, pour chacun des faits reprochés à l'accusé, ont convaincu la cour d'assises. Ces éléments sont ceux qui ont été exposés au cours des délibérations menées par la cour et le jury en application de l'article 356, préalablement aux votes sur les questions. La motivation figure sur un document annexé à la feuille des questions appelé feuille de motivation, qui est signée conformément à l'article 364. Lorsqu'en raison de la particulière complexité de l'affaire, liée au nombre des accusés ou des crimes qui leur sont reprochés, il n'est pas possible de rédiger immédiatement la feuille de motivation, celle-ci doit alors être rédigée, versée au dossier et déposée au greffe de la cour d'assises au plus tard dans un délai de trois jours à compter du prononcé de la décision ».

⁷⁷² Les articles 353 et 357 du C.P.P. prévoient respectivement que « la loi ne demande pas compte aux juges des moyens par lesquels ils se sont convaincus » et que magistrats et jurés délibèrent à bulletins secrets.

⁷⁷³ Sur la question de la conformité de cette particularité à la C.E.D.H., voir Cour de cassation, *Le droit de savoir, Rapport annuel 2010*, Paris, La documentation française, 2011, p. 233.

⁷⁷⁴ Cour de cassation, *Le droit de savoir, Rapport annuel 2010*, Paris, La documentation française, 2011, pp. 227 et s.

⁷⁷⁵ Cas de l'emprisonnement ferme (art. 132-19 du C.P.) ou l'interdiction du territoire français (art. 131-30-1 du C.P.).

⁷⁷⁶ Cass. crim., 31 janvier 2007, pourvoi n° 06-85.070, *bull. crim.*, 2007, n° 26.

⁷⁷⁷ Voir sur ce point, J. NORMAND, *op. cit.*, p. 28.

⁷⁷⁸ Art. 81, 81-2, 167 du C.P.P. par exemple.

Plus généralement, l'obligation de motiver est affirmée pour tout ce qui touche aux prétentions et aux moyens selon lesquels le juge décide, sauf dans les hypothèses dans lesquelles le pouvoir discrétionnaire de celui-ci est affirmé⁷⁷⁹. A l'inverse, ce qui est en périphérie de la décision à proprement parler ne relève pas de l'obligation. C'est le cas de ce qui a trait à la procédure, à l'instruction⁷⁸⁰.

L'importance de la motivation est telle que le contenu des développements exigés des juges est parfois plus exigeant. En effet, la doctrine distingue la motivation générale de la motivation spéciale⁷⁸¹. La motivation générale doit caractériser les éléments constitutifs, matériels et intentionnels de l'infraction dont le prévenu est déclaré coupable. La motivation spéciale concerne les décisions devant comporter les critères énoncés par la loi et impose aux juges de détailler davantage les raisons de leur décision. Par exemple, une motivation spéciale est exigée en matière de détention provisoire⁷⁸² et la chambre criminelle censure les décisions de chambres de l'instruction ordonnant le placement sous contrôle judiciaire sans s'expliquer sur les circonstances justifiant cette mesure⁷⁸³. L'article 132-24 alinéa 3 du code pénal précisait quant à lui, qu'en dehors des cas de récidive légale prononcés en application de l'article 132-19-1 du C.P., une peine d'emprisonnement sans sursis ne peut être prononcée « qu'en dernier recours si la gravité de l'infraction et la personnalité de son auteur rendent cette peine nécessaire et si toute autre sanction est manifestement inadéquate ; dans ce cas, la peine d'emprisonnement doit, si la personnalité et la situation du condamné le permettent, et sauf impossibilité matérielle, faire l'objet d'une des mesures d'aménagement prévues aux articles 132-25 à 132-28 »⁷⁸⁴.

⁷⁷⁹ Voir pour plus d'approfondissement sur la délimitation de l'obligation, G. GIUDICELLI-DELAGE, *La motivation des décisions de justice*, thèse pour le Doctorat en droit, 1979.

⁷⁸⁰ J. NORMAND, *op. cit.*, p. 33.

⁷⁸¹ Cour de cassation, *Le droit de savoir, Rapport annuel 2010*, Paris, La documentation française, 2011, pp. 227 et s.

⁷⁸² L'art. 137-3 du C.P.P. impose que les décisions qui ordonnent ou prolongent une détention provisoire ou rejettent une demande de mise en liberté comportent l'énoncé des considérations de droit et de fait sur le caractère insuffisant des obligations du contrôle judiciaire et le motif de la détention par référence aux seules dispositions des articles 143-1 et 144 du C.P.P. Depuis l'entrée en vigueur de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 (loi n° 2009-1436, *J.O.R.F.*, n° 0273, du 25 novembre 2009, p. 20192), la Cour de cassation censure les décisions qui omettent d'expliquer le caractère insuffisant de l'assignation à résidence avec surveillance électronique. L'article 145-3 du code de procédure pénale dispose que lorsque la durée de la détention provisoire excède un an en matière criminelle ou huit mois en matière délictuelle, les décisions ordonnant sa prolongation ou rejetant les demandes de mise en liberté doivent comporter les raisons qui justifient la poursuite de l'information et le délai prévisible d'achèvement de la procédure.

⁷⁸³ Cass. crim., 13 février 2007, pourvoi n° 06-88.559.

⁷⁸⁴ Cet article a été modifié par l'article 3 de la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 qui supprime ces dispositions.

147. Ainsi, dès lors que la motivation permet la matérialisation des émotions des juges, dans les matières où elle n'est pas imposée, leur contrôle s'avère difficile. Par ailleurs, il faut craindre un manque de lisibilité et une relative imprévisibilité des décisions de justice du fait de l'absence de motivation dans les cas exempts de cette obligation. Le manque d'uniformité dans l'application de la règle se ressent, de sorte que la question de l'accroissement du domaine de l'obligation de motiver apparaît. C'est pourquoi, il faut envisager de redéfinir les contours de l'obligation de motiver⁷⁸⁵.

B. L'élargissement du domaine aux décisions les plus susceptibles d'émotions

148. L'exclusion de la procédure devant la cour d'assises du domaine de l'obligation fait régulièrement l'objet de débats, dans la mesure où il est difficile pour les justiciables de concevoir une telle dérogation alors que les affaires les plus graves et émouvantes relèvent précisément de ce contentieux.

Dès lors, certains œuvrent dans le sens de la consécration d'un principe général, comme en témoigne le rapport rendu par Madame le Professeur RASSAT au Garde des sceaux en 1996, alors qu'un projet de réforme avait prévu de revenir sur l'absence d'obligation de motivation des arrêts rendus en cours d'assises. La résistance des sénateurs avait fait échouer ce projet⁷⁸⁶.

La Cour de cassation a quant à elle censuré un arrêt rendu par une cour d'assises, au visa des articles 353 et 357 du code de procédure pénale, qui comportait des énonciations plus précises des circonstances dans lesquelles une personne condamnée pour violences mortelles aggravées avait porté un coup de couteau à la victime et évoquant des éléments de sa personnalité, alors que « les arrêts de condamnation prononcés par les cours d'assises ne peuvent comporter d'autres énonciations relatives à la culpabilité que celles qui, tenant lieu de motivation, sont constituées par l'ensemble des réponses données par les magistrats et les jurés aux questions posées conformément à l'arrêt de renvoi »⁷⁸⁷.

⁷⁸⁵ J. NORMAND, *op. cit.*, p. 32.

⁷⁸⁶ Projet de loi n° 2938, 26 juin 1996, portant réforme de la procédure criminelle. A propos des difficultés posées par la motivation des décisions en matière criminelle, voir B. FAYOLLE, « La procédure criminelle entre permanence et réforme », in *La Cour d'Assises. Bilan d'un héritage démocratique, Actes du colloque*, Paris, La documentation française, 2001, pp. 88 et s.

⁷⁸⁷ Cass. crim., 15 décembre 1999, pourvoi n° 99-84.099, *bull. crim.*, 1999, n° 308, p. 954 ; voir également Cass. crim., 15 décembre 1999, pourvoi n° 99-83.910, *bull. crim.* 1999, n° 307, p. 953. Voir également Cour de cassation, *Le droit de savoir, Rapport annuel 2010*, Paris, La documentation française, 2011, pp. 232-233.

La tendance semble toutefois s'inverser lorsque, pour la première fois, le 25 novembre 2010, le jury de la Cour d'assise de St-Omer s'est vu demander par la cour de répondre à des questions précises afin de motiver sa décision⁷⁸⁸. En effet, 16 questions avaient été posées au jury qui devait répondre par oui ou par non, les 14 premières ayant trait aux circonstances de faits, la 15e portant sur la culpabilité et la dernière sur le caractère intentionnel de l'acte. L'acquittement avait été prononcé en l'espèce, les jurés ayant considéré que l'accusée n'avait pas porté les coups mortels à la nouvelle épouse de son ex-mari.

L'impact réel d'une telle méthodologie est à relativiser dans la mesure où la Cour de cassation semble résister à la consécration d'une obligation pour les Cours d'assises de répondre à des questions⁷⁸⁹. Cette démarche a toutefois le mérite d'être conforme à la Convention européenne des droits de l'Homme et s'insère dans une tendance actuelle plus générale à l'extension de l'obligation de motiver ou de la précision de la motivation exigée⁷⁹⁰.

Finalement, l'art. 365-1 du C.P.P. est venu poser l'exigence de la motivation des arrêts rendus par la cour d'assises⁷⁹¹.

149. En conclusion, parmi les émotions que le droit et la pratique souhaitent écarter des décisions prises par les juges, seules celles qui pourront faire l'objet d'un contrôle seront susceptibles d'être évitées et sanctionnées.

Ce contrôle passe par la matérialisation des émotions, par le biais de présomptions d'émotivité élaborées pour garantir l'indépendance et la partialité, et au moyen de la motivation (Chapitre 1).

Par conséquent, seules les situations dans lesquelles les émotions se sont matérialisées seront susceptibles d'engager la responsabilité des juges.

Pour ces hypothèses, la lutte contre l'arbitraire émotionnel des juges passe donc *in fine* par la mise en œuvre de la responsabilité de ces derniers (Chapitre 2).

⁷⁸⁸ Cour d'assises de Saint-Omer, 24 novembre 2010.

⁷⁸⁹ Voir par ex. cass. crim., 12 octobre 2011, pourvoi n° 10-84492.

⁷⁹⁰ Voir par exemple Cour E.D.H., Grande chambre, TAXQUET c/ Belgique, 16 novembre 2010, Requête n° 926/05 ; Cour E.D.H., CASTELLINO c/ Belgique, 25 juillet 2013, Requête n° 504/08 ; Cour E.D.H., HECHTERMANS c/ Belgique, 18 novembre 2014, Requête n° 56280/09.

La violation de l'article 6§1 de la Convention E.D.H. a d'ailleurs été constatée à quelques reprises en ce qui concerne le système français : voir Cour E.D.H., AGNELET c/ France, 10 janvier 2013, Requête 61198/08.

Voir également les articles 132-19 du code pénal et 145 du C.P.P. qui imposent des conditions particulières de motivation.

⁷⁹¹ Loi n° 2011-939 du 10 août 2011, *J.O.R.F.*, n° 0185 du 11 août 2011, p. 13744.

Chapitre II : La responsabilité des juges et l'émotion

150. Il s'agit à présent d'analyser les conséquences qu'il convient de donner à la persistance des émotions perceptibles, contre lesquelles il est possible de lutter.

Sur ce point, les règles de responsabilité prescrivent la manière dont les sujets passifs d'une sanction doivent être choisis et comment la sanction doit être modifiée. « La responsabilité est la qualité de ceux qui doivent, l'irresponsabilité la qualité de ceux qui ne doivent pas, en vertu d'une règle, être choisis comme sujets passifs d'une sanction »⁷⁹². La responsabilité est susceptible de degrés, plus encore, elle peut apparaître dans des domaines qui n'en faisaient pas l'objet.

Dès lors, la responsabilité des juges est un thème général, qui englobe la problématique de la sanction de l'arbitraire émotionnel (Section 1).

Plus largement, la responsabilité est un fait social, une réalité sociale. « C'est le résumé abstrait de toutes les manières collectives de penser et de sentir qui s'expriment en détail dans les règles et les jugements de responsabilité »⁷⁹³. La conscience collective interprète ainsi ses propres tendances. Même le sentiment personnel que l'individu a de sa propre responsabilité est un fait social : l'individu, quand il prend conscience de ce sentiment, ne se réfère pas seulement à une opinion purement subjective mais se confronte à des concepts comme ceux de vérité et de justice. Il analyse son propre comportement au nom de la conscience collective⁷⁹⁴.

Ce sentiment personnel de responsabilité, pris comme un fait social, permet de concevoir une responsabilisation des juges *a priori*, de manière préventive (Section 2).

⁷⁹² P. FAUCONNET, *La responsabilité : étude sociologique*, Paris, Alcan, 1920, p. 4.

⁷⁹³ P. FAUCONNET, *op. cit.*, p. 1.

⁷⁹⁴ P. FAUCONNET, *op. cit.*, p. 1.

Section 1 : La responsabilité des juges, sanction de l'arbitraire émotionnel

151. Il convient de mettre en évidence les raisons rendant nécessaire, dans son principe, l'existence d'une responsabilité mesurée des magistrats (§ I), avant d'en envisager les modalités (§ II).

§I. Les raisons d'une responsabilité mesurée des juges

152. La responsabilité des juges est rendue indispensable dans son principe par la consécration de leur indépendance (A). Elle vient contrebalancer l'indépendance des juges et assoir ainsi la légitimité des juges qui ne sont, de ce fait, pas tous puissants. Toutefois, la responsabilité des juges doit rester mesurée afin de préserver justement leur indépendance (B).

A. La responsabilité, contrepoids nécessaire de l'indépendance émotionnelle des juges

153. Il a été démontré que l'indépendance bénéficie de larges garanties. Toutefois, les revendications d'indépendance des juges s'accompagnent de la crainte de leur toute puissance, et de les voir imposer leur autorité au pouvoir politique⁷⁹⁵.

C'est pourquoi des gages de ce que l'indépendance des juges s'accompagne d'un renforcement de leur responsabilité sont régulièrement demandés⁷⁹⁶. Ainsi, à mesure que leur indépendance augmente, le besoin de contrôler les juges croît⁷⁹⁷.

⁷⁹⁵ Cette crainte était exacerbée par la pénalisation excessive qui permettait d'engager très largement la responsabilité pénale des élus. La solution a été trouvée dans la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non-intentionnels, qui exige désormais la caractérisation d'une faute grave pour engager la responsabilité de celui qui n'aura été que la cause indirecte d'un dommage (article 121-3 du code pénal), et par la mise en place de la responsabilité pénale des personnes morales introduite en 1994 et modifiée par la loi du 9 mars 2004 (article 121-2 du code pénal).

⁷⁹⁶ O. DUFOUR, « Réforme de la justice : qui a peur de l'indépendance des juges ? », *Petites affiches*, 25 janvier 2000, n° 17, p. 3.

⁷⁹⁷ Voir sur ce point, G. GIUDICELLI-DELAGE, « Rapport de synthèse », in *Actes du colloque de l'ISPEC, Les juges: de l'irresponsabilité à la responsabilité ?*, 5-6 mai 2000, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2000, p. 235.

Cette corrélation trouve son explication dans la raison d'être de l'indépendance. Le principe ayant pour objet de garantir la bonne administration de la justice par des juges libres de leurs décisions, non soumises à des pressions quelconques, il ne s'agit pas de travestir l'exigence afin de donner aux juges les moyens de rendre de mauvaises décisions, sous prétexte de leur indépendance. Dès lors, si l'indépendance des juges doit être sauvegardée, ces derniers doivent rester à la portée d'un contrôle, exercé, non pas par le pouvoir exécutif, mais garanti par la soumission des juges au regard de leurs pairs et à celui des justiciables⁷⁹⁸.

Il faut pouvoir s'assurer de la qualité des décisions de justice prises en toute indépendance, prévenir et sanctionner les dérives. Il s'agit alors bien de prévoir un régime de responsabilité des magistrats qui vient sanctionner, *a posteriori*, la trop faible neutralité émotionnelle d'un juge.

En somme, la légitimité du juge dépend des contrôles qu'il est possible d'opérer sur son office et le respect de l'Etat de droit impose que l'indépendance des juges trouve son corolaire dans la modération de leur autorité par la voie du recours ainsi que par la possibilité d'engager leur responsabilité⁷⁹⁹.

B. Une responsabilité mesurée, préservant l'indépendance émotionnelle des juges

154. Si la responsabilité des juges doit être mesurée afin de ne pas vider l'autorité de la chose jugée de son sens⁸⁰⁰, c'est principalement la garantie de l'indépendance des juges qui commande cette mesure.

⁷⁹⁸ Répondant à une mission d'intérêt supérieur, le métier de juger doit respecter des exigences toutes particulières d'indépendance et d'impartialité, parmi d'autres, afin d'œuvrer à la bonne administration de la Justice. Mais si de nombreux débats apparaissent régulièrement à propos de la responsabilité des magistrats, il ne faudrait cependant pas oublier que le premier gage de responsabilité d'un juge demeure celui de prendre des décisions justes et équitables. Les destinataires de cette conscience professionnelle sont donc les justiciables.

⁷⁹⁹ A. GARAPON, D. SALAS, « Le droit disciplinaire des magistrats français : *quis custodiet custodes ?* », *R.T.D.H.*, 01 avril 1995, n° 22-NS, p. 200.

⁸⁰⁰ En effet, les règles de responsabilité sont parfois craintes en ce qu'elles remettraient en cause l'autorité de chose jugée d'une décision, alors que les voies de recours seraient justement faites pour rectifier les erreurs de jugement. La banalisation de l'exercice du droit d'appel entraîne par ailleurs une désresponsabilisation des premiers juges en pratique, alors que l'infirmité des jugements peut être perçue comme une véritable sanction par les juges de première instance. Lorsque ces voies n'ont pas été exercées ou que les juridictions supérieures se sont prononcées de manière définitive, les décisions devraient alors être définitives et inattaquables. Or, l'engagement de la responsabilité de l'Etat du fait de cette décision vient contredire ce caractère inattaquable issu de l'autorité de chose jugée. Toutefois, l'exigence de conformité à l'autorité de chose jugée n'est un obstacle à la responsabilité que lorsque cette autorité n'est pas elle-même déjà remise en cause par ailleurs. Les hypothèses dans lesquelles la responsabilité de l'Etat du fait du fonctionnement defectueux de la justice doit être engagée concernent bien souvent

En effet, le contrôle de la profession doit participer à l'effort de lutte contre les émotions passives des juges, en veillant à l'effectivité des garanties et en organisant le cas échéant les sanctions. Il ne doit pas s'agir, au contraire, d'un contrôle perverti de manière à ce qu'il devienne source de nouvelles pressions. Le contrôle ne doit en aucun cas venir imposer des émotions aux juges.

Apparaît alors la problématique fondamentale, visant à garantir un juste équilibre en matière de responsabilité des juges, entre la nécessité de contrôler une fonction, tout en la préservant des pressions qui pourraient découler des éventuelles mises en cause de ses membres et risqueraient de remettre en cause leur indépendance. Ainsi, la responsabilité doit préserver l'indépendance émotionnelle des juges, sans tomber dans l'écueil de les soumettre à d'autres dépendances.

155. Après avoir brièvement exposé les raisons d'une responsabilité mesurée des juges, il convient de s'attacher aux modalités de cette responsabilité.

§II. Les modalités de la responsabilité des juges en proie aux émotions

156. On ne saurait parler du contrôle des magistrats sans remonter à la pratique des Mercuriales de l'Ancien Régime. Ces cérémonies dont l'usage remonte à 1450, où toutes les chambres se prononçaient sur la discipline et les abus des juridictions et avaient égard aux contraventions aux ordonnances concernant les mœurs. Les sanctions consistaient en des remontrances, en la privation ou la suppression des offices⁸⁰¹. Cette pratique des Mercuriales n'existait plus, au début du XVIIIème siècle que dans les Parlements, malgré les vaines tentatives de DAGUESSEAU visant à leur donner un nouvel éclat⁸⁰².

Le raisonnement en matière de responsabilité des magistrats de l'Ancien Régime est intéressant en ce qu'il s'agissait de considérer que la responsabilité grandissait avec l'importance de la Compagnie judiciaire dans la hiérarchie.

des décisions ayant fait l'objet d'annulation, réformation ou rétractation. Ainsi, au principal, l'autorité de chose jugée n'est plus, et l'action en responsabilité vient en conséquence de cette disparition. Voir M. DONY, « La responsabilité de l'Etat pour faute du pouvoir judiciaire », in *Actes du colloque inter-universitaire des 14 et 15 mars 1991 par la faculté de droit de l'université catholique de Louvain et de la faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles*, Bruylant, Bruxelles, 1991, pp. 365 et s.

⁸⁰¹ M. ROUSSELET, *Histoire de la magistrature française, des origines à nos jours*, Paris, Plon, 1957, pp. 64 et s.

⁸⁰² Dans sa dix-huitième Mercuriale, l'une des dernières en 1715, DAGUESSEAU déplorait la fin de l'époque ou « le juste venait rendre compte de sa justice »

Par ailleurs, le corps judiciaire n'hésitait pas à rejeter officiellement et ostensiblement les membres défaillants au cours d'une cérémonie dite l'*exauctoration*⁸⁰³, pouvant aller jusqu'à prononcer des châtiments corporels. Chaque compagnie judiciaire était chargée de se débarrasser régulièrement des membres qui manquaient à l'honneur de la profession. Les fautes relatives au manque d'honnêteté étaient sévèrement réprimées⁸⁰⁴. Au contraire, dans la magistrature nouvelle, intervient la crainte du scandale et l'on préfère inciter le magistrat indigne à la démission, plus discrète, les affaires les plus graves étant cependant renvoyées devant la Cour de cassation.

Désormais, au plan supranational, la responsabilisation des magistrats passe en premier lieu par les recours devant la Cour européenne des droits de l'Homme, rendus possibles par la généralité des prescriptions de la Convention européenne.

Au plan interne, la voie disciplinaire subsiste, confiée au C.S.M. par la réforme constitutionnelle en date du 27 juillet 1993, tant pour les magistrats du siège que du parquet. La question est donc directement en lien avec le statut des magistrats et passe par la définition des procédures disciplinaires. Par ailleurs, la responsabilité civile peut être indirectement engagée.

Seules ces responsabilités civiles et disciplinaires font l'objet de l'analyse qui suit, puisqu'au plan national, en matière pénale, le magistrat est soumis à la loi commune et ne bénéficie plus d'aucun privilège de juridiction ni d'immunité⁸⁰⁵. Il peut être poursuivi en sa qualité d'agent public lorsque ce n'est pas en sa qualité de magistrat. En tant que dépositaire de l'autorité publique, il est soumis à la répression des infractions spécifiques prévues par le code pénal, tels l'abus d'autorité, la soustraction ou le détournement de biens. En tant que magistrat, il peut être poursuivi pour corruption ou déni de justice⁸⁰⁶.

157. Il s'agit dès lors de dresser un état des lieux des modalités de mise en œuvre des responsabilités civile (A) et disciplinaire (B) des magistrats pour sanctionner l'empreinte émotionnelle de leurs décisions.

⁸⁰³ M. ROUSSELET, *op. cit.*, t.2, p. 181-184.

⁸⁰⁴ M. ROUSSELET, *op. cit.*, t.2, p. 185-202.

⁸⁰⁵ Loi n° 93-2 du 4 janvier 1993, portant réforme de la procédure pénale, *J.O.* du 5 janvier 1993, p. 215.

⁸⁰⁶ L'ancien code pénal faisait de la partialité une infraction punissable. Son article 183 prévoyait que « tout juge [...] qui se sera décidé par faveur pour une partie ou par intimité contre elle, sera coupable de forfaiture et puni de la dégradation civique ». Ces dispositions ont été abrogées par les dispositions du nouveau code pénal entré en vigueur le 1^{er} mars 1994.

A. La responsabilité civile et l'émotion du juge

158. L'œuvre de la Justice étant présumée conforme au droit, elle ne peut en principe pas causer de préjudice qui ne soit légitime. C'est pourquoi, la reconnaissance d'un principe de responsabilité civile n'est parvenue que difficilement à s'imposer et a nécessité l'élaboration d'un régime garantissant la réparation des dommages causés aux justiciables, sans paralyser la prise de décision ni porter atteinte à l'autorité de la chose jugée. Il a par ailleurs fallu préserver les juges des pressions que pourrait engendrer l'engagement de leur responsabilité.

Le système finalement consacré se résume selon les principes suivants : notre droit n'a pas voulu permettre la mise en cause directe de la responsabilité civile des juges afin de ne pas jeter le discrédit sur la profession et de ne pas en paralyser le fonctionnement.

L'ordonnance du 22 décembre 1958 portant statut de la magistrature pose un principe général au terme duquel « les magistrats du corps judiciaire ne sont responsables que de leurs fautes personnelles. La responsabilité des magistrats qui ont commis une faute personnelle se rattachant au service public de la justice ne peut être engagée que sur l'action récursoire de l'Etat »⁸⁰⁷.

Il en résulte tout d'abord que la responsabilité directe des juges pour leurs fautes personnelles indépendantes de leurs fonctions relève de leur responsabilité civile de droit commun⁸⁰⁸, la spécificité de leurs fonctions n'intervenant que pour les assujettir aux dispositions disciplinaires du statut de la magistrature⁸⁰⁹.

La seconde conséquence de cette disposition est que l'Etat doit répondre des fautes personnelles des juges dès lors que celles-ci se rattachent effectivement au service public de la justice⁸¹⁰.

⁸⁰⁷ Art. 11-1 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant statut de la magistrature modifié par la loi organique n° 79-43 du 18 janvier 1979 prévoyant que les magistrats doivent répondre personnellement de leurs fautes, mais que la mise en cause de leur responsabilité ne peut résulter que d'une action récursoire de l'Etat, après que celui-ci ait été lui-même condamné pour dysfonctionnement du service public de la justice.

⁸⁰⁸ La responsabilité personnelle des juges lorsque la faute est dépourvue de tout lien avec le service public de la justice relève des dispositions de droit commun applicables en matière de responsabilité civile des citoyens ordinaires.

⁸⁰⁹ Article L.141-2 du C.O.J., modifié par loi n°2007-1787 du 20 décembre 2007, art. 26 .

⁸¹⁰ Il convient d'éclaircir la terminologie : le C.O.J. parle de faute personnelle du juge (régie par les dispositions disciplinaires) par opposition à la faute liée au fonctionnement defectueux de la justice (qui engage la responsabilité de l'Etat lorsqu'elle est lourde). L'ordonnance relative au statut de la magistrature parle de faute personnelle dans un sens plus large, englobant une faute personnelle rattachable au service public de la justice mais ne s'y résolvant pas. Tous ces types de fautes sont cependant nécessairement personnelles : celles qui sont « détachables » des fonctions relèvent des dispositions disciplinaires ; des lors qu'un lien avec le service public de la justice est constaté, l'Etat engage sa responsabilité.

Ainsi, dès lors que leur faute est en lien avec leur mission de service public, la responsabilité des juges n'est qu'indirecte, par le truchement de celle de l'Etat. Lorsque l'Etat voit sa responsabilité engagée du fait d'une faute personnelle d'un juge, il peut, contrairement aux hypothèses dans lesquelles sa responsabilité est mise en cause pour fonctionnement défectueux de la justice, exercer une action récursoire contre le juge.

Ensuite, seul l'Etat peut agir directement contre les juges, afin d'éviter que de tels recours ne se transforment en pressions sur les juges.

Enfin, l'Etat est tenu de réparer les dommages causés par le fonctionnement défectueux du service de la justice⁸¹¹. Toutefois, cette responsabilité de l'Etat est limitée à certains types de fautes⁸¹². L'Etat est responsable du fonctionnement défectueux du service public de la justice en cas de faute lourde ou de déni de justice⁸¹³. L'interprétation restrictive que la jurisprudence a longtemps réservé à ces deux notions a été sanctionnée par la Cour E.D.H., spécialement pour entrave au droit d'accès effectif au juge, avant qu'elle ne s'inverse pour retenir une conception souple de la faute lourde et du déni de justice⁸¹⁴.

Le déni de justice correspond au refus de juger une affaire en état, au refus de répondre aux requêtes, à une passivité intentionnelle du juge⁸¹⁵. La jurisprudence a, ici encore, élargi les contours de cette notion en l'assimilant à un manquement du service judiciaire à son devoir de protection juridictionnelle des individus, pour inclure dans cette répression des vices tels que les délais irraisonnables de jugement.

⁸¹¹ La loi n° 72-626 du 5 juillet 1972 pose ces deux principes, codifiés par décret dans deux alinéas de l'article L. 781-1 du C.O.J., aujourd'hui, il faut se référer à l'article L. 141-1 du C.O.J.

⁸¹² Un régime de responsabilité sans faute a toutefois été admis en France, cumulativement avec le régime général de responsabilité civile pour faute, puisqu'il existe des régimes spéciaux de responsabilité civile de l'Etat du fait des dysfonctionnements du service public de la justice, sans faute, lorsque les victimes ont subi des atteintes graves à leurs droits ou libertés. C'est par exemple le cas du dommage causé à un pupille dans le fonctionnement de sa tutelle, en cas de détention provisoire injustifiée, qui s'est révélée sans fondement (article 149 du C.P.P.) ou encore, en raison d'une erreur judiciaire avérée, spécialement lorsqu'une personne a été reconnue innocente à la suite d'une procédure de révision (l'article 626 du code de procédure pénale). Il s'agit de garantir la réparation, par l'Etat, des dommages anormaux ou d'une particulière gravité causés par les juges dans le cadre de leur activité judiciaire.

⁸¹³ Anc. art. L. 781-1 du C.O.J., nouvel art. L. 141-1 al. 2 du C.O.J. (Ord. n° 2006-673 du 8 juin 2006, portant refonte du code de l'organisation judiciaire et modifiant le code de commerce, le code rural et le code de procédure pénale, *J.O.R.F.*, n°132, du 9 juin 2006, p. 8710).

⁸¹⁴ G. CANIVET, J. JOLY-HURARD, « La responsabilité des juges, ici et ailleurs », *Revue internationale de droit comparé*, 01 décembre 2006, n°4, pp. 1049-1093.

⁸¹⁵ Art. 4 c. civ. ; art. 434-7-1 N.C.P.C. ; art 506 du code de procédure civile ; art 185 du code pénal.

En ce qui concerne la faute lourde, selon la jurisprudence, elle se définissait à l'origine comme la faute « commise sous l'influence d'une erreur tellement grossière qu'un magistrat, normalement soucieux de ses devoirs, n'y eût pas été entraîné »⁸¹⁶, ou celle qui implique « des méconnaissances graves et inexcusables des devoirs essentiels du juge dans l'exercice de ses fonctions »⁸¹⁷.

Mais les juridictions ont souhaité assouplir la notion de faute lourde en la retenant en cas de « comportement anormalement déficient du juge » ou de « détournement manifeste ou délibéré de procédure traduisant une intention de nuire »⁸¹⁸, enfin pour « toute déficience caractérisée par un fait ou une série de faits traduisant l'inaptitude du service public de la justice à remplir la mission dont il est investi »⁸¹⁹.

Le fonctionnement défectueux du service devient le critère objectif de la faute lourde et cette dernière peut désormais résulter d'un ensemble de fautes simples.

Ces nouvelles conceptions de la faute lourde permettent de qualifier comme telle l'intervention d'émotions dans le jugement. En effet, par exemple, les pressions ressenties par un magistrat pour favoriser ou défavoriser une partie peuvent entraîner un détournement de procédure traduisant une intention de nuire. Dans ce cas, l'Etat sera responsable de ce fonctionnement défectueux de la justice. Ainsi, l'Etat est garant de la bonne administration de la justice. Lorsque les règles de droit positif n'ont pas permis d'assurer la neutralité émotionnelle du juge, l'Etat en assume les conséquences.

L'Etat endosse donc la responsabilité des fautes des juges liées à leurs fonctions et pouvant résulter d'une absence de neutralité émotionnelle, soit sur le fondement du fonctionnement défectueux de la justice, soit en garantissant les victimes des dommages causés par les fautes personnelles du juge⁸²⁰.

⁸¹⁶ Cass. civ. 1ère, 20 février 1973, pourvoi n° 72-PP001, *bull. civ. I*, n° 67, p. 63, qui confirme la position consacrée dans un arrêt du 23 mars 1938 par la Cour de Riom, *D.* 1938, II, p. 93, note LENOIR.

⁸¹⁷ Cass. civ. 1ère, 10 mai 1995, pourvoi n° 93-17306, *bull. civ. 1995 I*, n° 202, p. 144.

⁸¹⁸ C.A. Paris, 11 octobre 1996, *JurisData* n°1996-024578.

⁸¹⁹ C. cass. Ass. plénière, du 23 février 2001, pourvoi n° 99-16165, *bulletin Ass. plén.*, 2001, n° 5, p. 10 suite à l'affaire dite du petit Grégory VILLEMEN.

⁸²⁰ Ce dispositif est institué par la loi n° 72-626 du 5 juillet 1972, et est codifié aux art. 781-1 al 1 et 3.

159. En pratique, l'application de la responsabilité de l'Etat pour faute du service de la justice par le juge judiciaire est majoritairement mise en cause en ce qui concerne le fonctionnement des juridictions pénales, même si les exemples d'admission d'une faute lourde par les juridictions sont rares⁸²¹.

Les tribunaux judiciaires se sont rarement prononcés sur une action en responsabilité de l'Etat du fait de la fonction judiciaire, prenant position, soit en faveur de l'irresponsabilité, soit en faveur d'une déclaration de responsabilité mais uniquement dans des cas de dommages causés par des opérations de police judiciaire⁸²².

En 1995, 1,5 millions de francs ont été versés par l'Etat pour indemniser les fautes lourdes commises par ses juges⁸²³. Concernant la mise en cause de l'Etat pour faute personnelle du magistrat relevant de l'art. 11-1 de l'ordonnance de 1958, les juridictions semblent difficilement l'admettre⁸²⁴ et dénie souvent la compétence des juridictions judiciaires en prétextant le rattachement de la faute au service public de la justice⁸²⁵. Il faut noter ensuite que l'action récursoire de l'Etat n'a semble-t-il jamais été mise en œuvre à l'encontre d'un magistrat.

160. Ces constats appellent régulièrement des réflexions quant à l'élargissement du champ de la responsabilité civile des juges. Celui-ci pourrait passer par une inversion de l'esprit avec la consécration d'une responsabilité civile directe des magistrats, ou par l'élargissement de la responsabilité tutélaire de l'Etat. Cependant, si ces modèles ne semblent pas satisfaisants, c'est précisément parce que l'engagement de la responsabilité civile doit permettre de sanctionner l'implication émotionnelle des juges, sans pour autant constituer une pression empêchant l'exercice serein de leur mission.

⁸²¹ O. RENARD-PAYEN, Y. ROBINEAU, « La responsabilité de l'Etat pour faute du fait du fonctionnement défectueux du service public de la justice judiciaire et administrative », in *Cour de cassation, La responsabilité, Rapport annuel 2002*, Paris, La documentation française, 2003, 2^{ème} partie, études sur le thème de la responsabilité, pp. 65-66.

⁸²² Tribunal civil de la Seine, 1^{ère} chambre, 5 décembre 1952, *J.C.P.*, 1953, II, 7371 ; C.A. Paris, 1^{ère} chambre, 2 février 1955, *J.C.P.*, 1955, II., 8619 ; Cass. 2^o Civ., 23 novembre 1956, *D.*, 1957, J., p. 34.

⁸²³ M. BEHAR-TOUCHAIS, « Rapport français », in *La responsabilité, aspects nouveaux, journées panaméennes, Travaux de l'association Henri CAPITANT des amis de la culture juridique française*, Tome 50, 1999, Paris, L.G.D.J., 2003, p. 517. Voir également les rapports d'activité de la Commission nationale de réparation des détentions.

⁸²⁴ G. WIEDERKEHR, « La responsabilité de l'Etat et des magistrats du fait de la justice », *Justices*, n° 5, janvier-Mars, 1997, p. 23.

⁸²⁵ C.A. Paris 12 juillet 1983, JurisData n° 1983-028987. Sur ces questions, voir également C. COSTE, « Plaintes des justiciables et fautes disciplinaires des magistrats », *B.I.C.C.*, 15 juillet 2000, n° 518, p. 13.

En effet, si l'on envisage dans un premier temps la possibilité de mettre en cause directement les magistrats, sans passer par le truchement de la responsabilité de l'Etat, celle-ci a été régulièrement envisagée, sans jamais s'imposer.

C'est tout d'abord dans ce sens qu'allait la procédure de prise à partie, qui demeure intéressante, malgré son abandon aujourd'hui en tant que règle de droit commun en ce qui concerne les magistrats du corps judiciaire⁸²⁶.

Elle permettait initialement au justiciable, après autorisation du Premier président de la cour d'appel, de prendre personnellement son juge à partie et de le traduire en justice devant la cour d'appel. Cette procédure est aujourd'hui possible pour les magistrats n'appartenant pas au corps judiciaire devant la cour d'appel et la Cour de cassation afin de les condamner à des dommages-intérêts lorsqu'ils se sont rendus coupables, lors de l'instruction ou du jugement, d'une faute lourde professionnelle, d'un dol, d'une fraude, de concussion ou d'un déni de justice⁸²⁷.

Le dol ou la fraude renvoient au fait de juger contrairement à la justice, par affection, animosité ou intérêt personnel. Il s'agit donc bien de sanctionner l'émotivité du juge.

La concussion découle directement de l'abolition des épices et vise à lutter contre la partialité en interdisant à un fonctionnaire de percevoir ou d'exiger ce qui ne lui est pas dû⁸²⁸.

Ces cas d'ouverture rappellent pour la plupart les causes de récusation et semblent en être le prolongement⁸²⁹.

Toutefois, l'abandon de cette procédure pour les magistrats professionnels va dans le sens de la présomption de leur faculté de maîtrise des émotions du fait justement de la déontologie organisée au sein de la profession.

Par ailleurs, ce recours paraît plus justifié dans des hypothèses où le jugement est opéré par les pairs, la promiscuité favorisant les risques de conflits d'intérêts et de connivence. Le juge de droit commun, plus extérieur, devrait partager plus rarement les intérêts des parties⁸³⁰.

⁸²⁶ Art. 11-1 al.2 de l'ord. de 1958 portant statut de la magistrature : « La responsabilité des magistrats qui ont commis une faute personnelle se rattachant au service public de la justice ne peut être engagée que sur l'action récursoire de l'Etat ». Art. 141-2 du C.O.J. la prise à partie n'est donc possible que pour les magistrats dits non professionnels, membres des juridictions d'attribution.

⁸²⁷ Article L.141-3 du C.O.J. créé par l'article 26 de la loi n°2007-1787 du 20 décembre 2007 ; art. 366-1 du C.P.Civ.

⁸²⁸ Art. 174 du code pénal. En matière de concussion, la jurisprudence est rare. Voir un arrêt rendu par la chambre des requêtes le 2 avril 1896 dans une espèce où un juge avait perçu des sommes indues, *D.*, 1896, I, p. 440.

⁸²⁹ Lorsque la récusation n'a pas été mise en œuvre, des motifs semblables peuvent justifier la prise à partie. Voir à propos de cette comparaison avec les motifs de récusation, § 28 de la présente étude.

⁸³⁰ La procédure de prise à partie n'a presque jamais abouti à des condamnations.

Ainsi, la procédure de prise à partie semble être un outil supplémentaire à la disposition de justiciables, venant compenser le risque accru de connivence et des émotions qui découlent de ces relations, au sein de certains types de contentieux. Les juges non professionnels sont présumés être plus enclins à subir des pressions et à être tentés de satisfaire leurs intérêts ou amitiés. Le champ du droit d'exercer la procédure de prise à partie a donc finalement été déterminé en fonction du risque d'émotions. L'accroissement de ce risque justifie l'ouverture de ce droit, alors qu'en ce qui concerne les juges professionnels, les outils existant par ailleurs suffisent à compenser un risque moindre, sans qu'il soit nécessaire de mettre par ailleurs en jeu leur indépendance, étant entendu que les cas d'ouverture de la prise à partie sont souvent passibles de sanctions disciplinaires et qualifiables de fautes lourdes dans le cadre de la responsabilité civile des juges.

Ensuite, la Charte européenne sur le statut des juges semble consacrer le fait que l'erreur manifeste d'appréciation, interprétée par la jurisprudence administrative comme l'erreur si évidente qu'elle serait décelable même par un non-spécialiste, permette d'engager la responsabilité personnelle du juge⁸³¹.

L'engagement de la responsabilité directe des juges a enfin été envisagé lorsque M. SARKOZY préconisait, en sa qualité de Ministre de l'Intérieur, la mise en place d'un système de responsabilité personnelle des magistrats pour leurs fautes de service, les soumettant au régime de droit commun de la responsabilité civile⁸³². Toutefois, cette proposition remettrait en question toute la distinction traditionnelle en droit administratif, concernant les magistrats de cet ordre, entre faute personnelle et faute de service. Par ailleurs, la possibilité de qualifier le contenu d'une décision d'un juge de faute reste problématique⁸³³.

De manière générale, les enjeux de l'absence de responsabilité directe relèvent des garanties d'indépendance et d'impartialité du juge dans sa prise de décision, la collégialité empêchant en outre, sauf à révolutionner la question du secret du délibéré, la recherche de toute responsabilité personnelle des juges.

⁸³¹ Charte européenne sur le statut des juges adoptée à Strasbourg, le 10 juillet 1998 dans le cadre de la réunion multilatérale sur le statut des juges en Europe organisée par le Conseil de l'Europe les 8-10 juillet 1998.

⁸³² D. LUDET, « A propos de la responsabilité des magistrats, quelques réflexions sur des déclarations ministérielles », *Gazette du palais*, 24 septembre 2005, n° 267, p. 4, en référence à l'interview de N. SARKOZY, Ministre d'Etat, Ministre de l'Intérieur et de l'Aménagement du territoire, interview, « A propos de la responsabilité des magistrats », *Dalloz*, 2005, n° 29, p. 1956.

⁸³³ Voir G. CANIVET, J. JOLY-HURARD, *La déontologie des magistrats*, Paris, Dalloz, 2004, p. 83.

En second lieu, il faut envisager l'élargissement de la responsabilité tutélaire de l'Etat. Si l'on compare le système national actuel à celui d'autres Etats, il faut constater que certains pays, par exemple l'Italie ont opté pour une responsabilité strictement mise en cause des magistrats, en cas de « faute grave » telle que la violation de la loi « par négligence inexcusable », ou l'affirmation d'un fait « dont l'existence est incontestablement exclue par les notes du procès » ou encore la négation d'un fait dont l'existence est établie, alors que d'autres Etats comme le Luxembourg opinent en faveur d'une responsabilité pour faute simple, ou quelconque⁸³⁴.

La question de la possibilité d'engager la responsabilité de l'Etat, au-delà des cas de faute lourde et de déni de justice s'est également posée en France, notamment à travers l'acceptation possible d'une simple faute. C'est d'ailleurs l'un des points sur lesquels l'irresponsabilité de principe du juge fait aujourd'hui difficulté en France⁸³⁵, certains préconisant la reconnaissance de la responsabilité de l'Etat chaque fois que le « dysfonctionnement judiciaire révèle un manquement au contrat de confiance entre le justiciable et l'Etat garant du bon fonctionnement de l'institution judiciaire ». M. SARKOZY, alors Ministre d'Etat, proposait quant à lui - après avoir appelé de ses vœux des sanctions contre un juge ayant accordé une libération conditionnelle à un individu soupçonné d'avoir ensuite participé à un crime - de privilégier un régime de faute simple pour engager la responsabilité de l'Etat du fait du service public de la justice⁸³⁶. Cela revient en réalité à entériner la position jurisprudentielle en modifiant l'article L. 781-1 du code de l'organisation judiciaire, l'Assemblée plénière ayant d'ores et déjà très largement assoupli son interprétation de la faute lourde en l'appliquant à « toute déficience caractérisée par un fait ou une série de faits traduisant l'inaptitude du service public de la justice à remplir la mission dont il est investi »⁸³⁷. Mais, plutôt que d'élargir la notion de faute lourde pour la rapprocher sensiblement de celle de faute simple, il s'agirait de consacrer, presque symboliquement, l'exigence de cette dernière. Dans le même sens, la réforme du C.S.M. proposée en 1997 envisageait d'étendre la responsabilité de l'Etat à toutes les fautes simples, en plus des dénis de justice.

⁸³⁴ Voir pour une étude comparative complète des principaux systèmes retenus par les Etats : G. CANIVET, J. JOLY-HURARD, « La responsabilité des juges, ici et ailleurs », *Revue internationale de droit comparé*, 1^{er} décembre 2006, n°4, p. 1091.

⁸³⁵ G. CANIVET, J. JOLY-HURARD, *op. cit.*, p. 1091 et s.

⁸³⁶ D. LUDET, *op. cit.*, p. 4.

⁸³⁷ C. cass. Ass. plénière, 23 février 2001, pourvoi n° 99-16165, *bull. Ass. plén.*, 2001, n°5, p. 10.

Certains auteurs introduisent cependant une distinction entre les fautes qui ont abouti à un mauvais jugement et les autres fautes comme le déni de justice⁸³⁸, afin d'en dissocier le régime de responsabilité civile en ce qui concerne la gravité de la faute exigée. Ils admettent que la faute simple puisse engager la responsabilité de l'Etat dans pareils cas⁸³⁹, lorsque ladite décision a été infirmée ou cassée.

Ces diverses propositions en faveur d'une reconnaissance plus large de la responsabilité de l'Etat sont en accord avec la Cour E.D.H., celle-ci admettant très largement cette responsabilité pour tous dysfonctionnements du système judiciaire ayant porté atteinte aux justiciables, sur le fondement du droit à un procès équitable⁸⁴⁰.

Toutefois, l'acceptation d'une simple faute pour engager la responsabilité de l'Etat pour fonctionnement défectueux de la justice ayant entraîné un mauvais jugement, comme, plus largement, l'élargissement de la responsabilité tutélaire de l'Etat, se heurtent à quelques obstacles⁸⁴¹. Le principal relève justement de ce que le mécanisme de la substitution de la responsabilité de l'Etat à celle des juges ne permet de les protéger des pressions que si cette responsabilité est limitée quant à la gravité de la faute susceptible de l'engager⁸⁴².

Plus encore, les dommages résultant du contenu même des décisions juridictionnelles ne doivent pas pouvoir engager la responsabilité de l'Etat.

⁸³⁸ P. LE TOURNEAU, « Rapport général », in *La responsabilité, aspects nouveaux, journées panaméennes, Travaux de l'association Henri CAPITANT des amis de la culture juridique française*, tome 50, 1999, Paris, L.G.D.J., 2003, pp. 417 et s. ; M. BEHAR-TOUCHAIS, *op. cit.*, pp. 530 et s.

⁸³⁹ J. VAN COMPERNOLLE, « considérations sur la responsabilité de l'Etat du fait du fonctionnement défectueux de la justice en droit belge », in *La responsabilité des gens de justice, Justices*, 1997, n°5, pp. 49 et s.

⁸⁴⁰ G. VINEY, « Rapport de synthèse », in *La responsabilité, aspects nouveaux, journées panaméennes, Travaux de l'association Henri CAPITANT des amis de la culture juridique française*, tome 50, 1999, Paris, L.G.D.J., 2003, p. 9.

⁸⁴¹ A propos des perspectives, voir O. RENARD-PAYEN, Y. ROBINEAU, « La responsabilité de l'Etat pour faute du fait du fonctionnement défectueux du service public de la justice judiciaire et administrative », in *Cour de cassation, La responsabilité, Rapport annuel 2002*, Paris, La documentation française, 2003, 2^{ème} partie, études sur le thème de la responsabilité, pp. 82 et s. Les hypothèses de déni de justice ou de non-révélation du risque de partialité du juge semblent pouvoir s'adapter à une responsabilité accrue de l'Etat, sans mettre à mal la mission juridictionnelle confiée au magistrat. En l'état actuel, la non-révélation du risque de partialité n'est susceptible d'aucune sanction de l'Etat, dès lors qu'aucune obligation d'information ne pèse sur le juge. Voir M. BEHAR-TOUCHAIS, « Rapport français », in *La responsabilité, aspects nouveaux, journées panaméennes, Travaux de l'association Henri CAPITANT des amis de la culture juridique française*, Tome 50, 1999, Paris, L.G.D.J., 2003, p. 535.

⁸⁴² Ainsi, il serait impossible d'envisager, sans porter atteinte à la libre appréciation du juge un régime de responsabilité sans faute de l'Etat lié au fonctionnement de la justice, pour les cas où une décision causerait un dommage sans qu'aucune faute ne soit caractérisée.

En effet, en ce domaine précisément, l'admission d'une quelconque responsabilité, même indirecte par le truchement de celle de l'Etat, porte le discrédit sur la décision et est susceptible de faire naître des pressions sur les juges dont le pouvoir souverain d'appréciation n'est alors plus garanti.

Cette question n'est pourtant pas totalement tranchée. La pratique a parfois préféré engager la responsabilité de l'Etat en raison de la particulière gravité du dommage causé par la décision litigieuse⁸⁴³. En cas d'erreur judiciaire, la loi du 8 juin 1895 est venue élargir le domaine de la révision et admettre que la puissance publique puisse être tenue de réparer les conséquences de l'erreur du juge⁸⁴⁴.

Pour toute autre situation, le justiciable peut uniquement s'adresser à la Commission d'indemnisation afin de prétendre à une réparation⁸⁴⁵. Par ailleurs, les voies de recours permettent déjà une certaine réparation et des indemnités spécifiques sont prévues, indépendamment de toute faute, lorsque l'erreur du juge a eu pour conséquence la violation de droits de l'Homme comme la détention provisoire abusive ou l'erreur judiciaire⁸⁴⁶. Le magistrat n'engagera en tout état de cause aucun de ses deniers personnels⁸⁴⁷.

161. Enfin, si la protection du juge contre les pressions extérieures commande que sa responsabilité civile ne puisse être directement engagée, l'engagement de l'action récursoire de l'Etat contre les magistrats dont la faute lourde personnelle rattachée à l'exercice de leurs fonctions a permis d'engager la responsabilité de l'institution pourrait être envisagée de façon systématique.

A défaut d'une telle automaticité dans notre droit positif, le juge n'est cependant pas à l'abri de voir sa responsabilité disciplinaire engagée.

⁸⁴³ Voir C.A. Paris, 25 octobre 2000, *D.*, 2001, n°7, p. 580, note LIENHARD.

⁸⁴⁴ Cette loi du 8 juin 1895 sur la révision des procès criminels et correctionnels et sur les indemnités aux victimes d'erreurs judiciaires concerne les juridictions judiciaires, correctionnelles et criminelles.

⁸⁴⁵ La Commission nationale de réparation des détentions est une formation au sein de la Cour de cassation.

⁸⁴⁶ M. BEHAR-TOUCHAIS, *op. cit.*, p. 532.

⁸⁴⁷ J. ROBERT, « De l'indépendance des juges », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1988, pp. 5 et s.

B. La responsabilité disciplinaire des juges appliquée à l'émotion

162. Il faut tout d'abord préciser quels types de fautes peuvent faire l'objet de poursuites disciplinaires.

D'une part, dans le cadre de la vie privée du juge, plus largement, lorsque ses fautes n'ont aucun lien avec l'exercice de ses fonctions, le juge est immunisé, le C.S.M. considérant que « les manifestations de la vie privée d'un juge ne relèvent pas, par elles-mêmes, de l'action disciplinaire »⁸⁴⁸, sauf s'il porte ainsi atteinte à « son crédit, à la confiance des justiciables, de ses collègues, des fonctionnaires du greffe ou des auxiliaires de justice »⁸⁴⁹.

D'autre part, lorsqu'il agit au titre de ses fonctions juridictionnelles, un juge ne peut en principe pas être inquiété à raison du contenu de ses décisions, sous réserve de certaines limites lorsque le juge dépasse, par son jugement, le cadre de sa saisine ou de ses compétences.

Une nouvelle fois, il s'agit de protéger ainsi le juge des pressions que le contrôle disciplinaire pourrait dissimuler s'il avait pour objet le contenu même des décisions.

163. Puis, il faut déterminer l'auteur autorisé à déclencher les poursuites disciplinaires contre un juge ayant commis une faute.

L'engagement des poursuites disciplinaires peut être fait par l'autorité publique. Toutefois, à une période durant laquelle l'engagement de ces poursuites était soumis au monopole du Garde des sceaux⁸⁵⁰ a succédé le partage des prérogatives de ce dernier avec les chefs de cour d'appel, par ailleurs chargés de l'évaluation des magistrats de leur ressort, ce qui les rend particulièrement à mêmes de prendre de telles décisions. Cette répartition des compétences offre davantage de garanties d'indépendance à l'égard de l'autorité politique.

⁸⁴⁸ C.S.M., statuant comme conseil de discipline des magistrats du siège, décision S090 du 28 mars 1996, *Recueil des décisions et avis disciplinaires*.

⁸⁴⁹ C.S.M., statuant comme conseil de discipline des magistrats du siège, décision S092 du 27 juin 1996, *Recueil des décisions et avis disciplinaires*. Pour des ex. jurisprudentiels, Voir G. CANIVET et J. JOLY-HURARD, *La déontologie des magistrats*, Paris, Dalloz, 2004, Chapitre III, pp. 73-102.

⁸⁵⁰ La L.O. n° 2001-539 du 25 juin 2001 relative au statut des magistrats et au Conseil supérieur de la magistrature étend la saisine du Conseil de discipline aux Premiers présidents des cours d'appel lorsque c'est un magistrat du siège qui est mis en cause. Lorsque c'est un magistrat du parquet qui est concerné, le déclenchement des poursuites a été étendu aux Procureurs généraux près les cours d'appel. Ceux-ci peuvent soumettre au Procureur général de la Cour de cassation la dénonciation des faits motivant les poursuites.

Par ailleurs, la consécration de la possibilité de saisine par les citoyens n'est toujours pas à l'ordre du jour, certains proposant, sans succès, la mise en place d'une commission nationale d'examen des plaintes des justiciables, en charge de filtrer et de transmettre aux autorités de poursuites compétentes, les plaintes de toute personne s'estimant lésée par un dysfonctionnement du service public de la justice, ou par une faute disciplinaire commise par un magistrat dans l'exercice de ses fonctions. L'opportunité de relancer ce débat fera l'objet de développements dans le cadre des perspectives à envisager en matière de responsabilité disciplinaire⁸⁵¹.

164. L'organe en charge d'effectuer le contrôle disciplinaire est le C.S.M., composé, dans sa formation disciplinaire, de onze membres dont quatre personnalités extérieures nommées par le Président de la République, le Président de l'Assemblée nationale, le Président du Sénat et le Conseil d'État⁸⁵².

La procédure applicable devant le Conseil réserve au magistrat mis en cause l'accès au dossier et le droit d'être assisté d'un avocat ou d'un magistrat.

Le Premier président de la Cour de cassation préside le conseil de discipline et désigne un rapporteur parmi les membres, chargé d'instruire l'affaire, les pièces devant être transmises au magistrat dans le respect des droits de la défense.

La L.O. du 25 juin 2001 a introduit, dans les articles 56 et 65 de l'ordonnance statutaire du 22 décembre 1958, le principe de publicité des audiences disciplinaires devant le C.S.M., entérinant la pratique du Conseil, à la différence que désormais, le magistrat ne peut plus s'opposer à cette publicité de l'audience. Seul le Conseil peut interdire l'accès de la salle d'audience au public pour protéger l'ordre public, les intérêts de la justice ou la vie privée du magistrat⁸⁵³.

165. Sur le fond, les comportements des juges sont appréciés en référence à l'ordonnance statutaire. Le magistrat prête le serment « de bien et fidèlement remplir [s]es fonctions, de garder religieusement le secret des délibérations et de [s]e conduire en tout comme un digne et loyal magistrat »⁸⁵⁴.

⁸⁵¹ G. CANIVET, J. JOLY-HURARD, « La responsabilité des juges, ici et ailleurs », *Revue internationale de droit comparé*, 01 décembre 2006, n°4, p.1091. Voir § 166 de la présente étude.

⁸⁵² Le C.S.M. exerce directement le pouvoir disciplinaire, en application des dispositions de l'article 48 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 précitée.

⁸⁵³ G. CANIVET, J. JOLY-HURARD, *op. cit.*, p. 1091.

⁸⁵⁴ Article 6 de l'Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

De cette obligation de dignité et du devoir de se comporter honorablement découle l'exigence de probité attendue de tout magistrat dans son office. L'article 10 du statut rappelle en outre la réserve à laquelle les magistrats sont astreints.

La faute disciplinaire se définit, aux termes de l'article 43 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, comme « tout manquement par un magistrat au devoir de son état, à l'honneur, à la délicatesse ou la dignité »⁸⁵⁵.

Le Conseil supérieur de la magistrature fait figurer l'impartialité parmi les devoirs de l'état de magistrat et sanctionne sur ce fondement les agissements faits en situation de conflit d'intérêts⁸⁵⁶.

L'instance disciplinaire exerce un contrôle strict du respect de l'obligation d'impartialité des magistrats, dont elle adopte une conception objective, proche de celle définie par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, en se référant à la notion d'apparence, le comportement fautif étant non seulement apprécié de manière intrinsèque, ainsi qu'au regard de l'image de l'institution judiciaire en général⁸⁵⁷. Le type de comportement susceptible d'être sanctionné est donc varié. Par exemple, le Conseil supérieur de la magistrature a statué sur des situations dans lesquelles les magistrats ne se sont pas déportés dans des procédures judiciaires impliquant des proches, des relations directes ou indirectes, voire de simples relations⁸⁵⁸. Dans d'autres cas, le C.S.M. sanctionne le fait pour un magistrat d'être intervenu ou s'être saisi d'office de procédures où étaient parties des personnes avec lesquelles il entretenait des relations personnelles⁸⁵⁹.

⁸⁵⁵ A propos de l'élargissement du champ et des contours de la faute disciplinaire, voir C. COSTE, « Plaintes des justiciables et fautes disciplinaires des magistrats », *B.I.C.C.*, 15 juillet 2000, n° 518, p. 13.

⁸⁵⁶ Ainsi, le Conseil a considéré qu'un magistrat, ayant participé « à un réseau d'influence » pour protéger le développement des affaires d'une de ses relations, avait « favorisé aux yeux du public une suspicion de compromission dans l'exercice de la justice, donnant ainsi de l'institution judiciaire une image dégradée de nature à affaiblir la confiance des justiciables dans l'impartialité qu'ils sont en droit d'exiger de leurs juges » (C.S.M., Sièges, 24 juillet 2000, *Recueil des décisions et avis disciplinaires*, S111).

⁸⁵⁷ Le C.S.M. a énoncé que le magistrat doit faire preuve d'une « réserve rigoureuse et éviter tout comportement de nature à entraîner le risque que son impartialité soit mise en doute » (C.S.M., Sièges, 20 juillet 1994, *Recueil des décisions et avis disciplinaires*, S079).

⁸⁵⁸ Voir par ex. C.S.M., Sièges, 5 mai 2010, *Recueil des décisions et avis disciplinaires*, S179 ; C.S.M., Sièges, 20 juillet 1994, *Recueil des décisions et avis disciplinaires*, S079.

⁸⁵⁹ C.S.M., Sièges, 2 juillet 1992, *Recueil des décisions et avis disciplinaires*, S062 ; C.S.M., Sièges, 9 juillet 1993, *Recueil des décisions et avis disciplinaires*, S071. En effet, un magistrat exerçant au sein de la même juridiction depuis plusieurs années doit « veiller avec une rigueur particulière à demeurer étranger à tout ce qui [peut] concerner

Il a également sanctionné le fait de donner des conseils juridiques ou de faire des démarches en faveur de relations dans des affaires dont le magistrat est, ou est susceptible d'être saisi⁸⁶⁰. Caractérise enfin un manquement au devoir d'impartialité, selon le C.S.M., le fait de proposer sa compagne comme assesseur de la juridiction correctionnelle que le magistrat préside⁸⁶¹ ou le fait, en tant que magistrat responsable du service du contrôle des expertises, de désigner à de nombreuses reprises son frère comme expert dans des procédures⁸⁶².

Toutefois, malgré la rigueur apparente, au regard de la procédure décrite au bilan de l'activité du C.S.M., le système français ne semble pas garantir un contrôle disciplinaire suffisamment effectif de ses juges dans son ensemble.

C'est ce que révèle tout d'abord le faible nombre des sanctions prononcées par la formation du siège⁸⁶³. En effet, depuis les réformes constitutionnelles du 4 octobre 1958 et du 27 juillet 1993, les sanctions n'ont pas été plus nombreuses que 8 par an maximum⁸⁶⁴. 76 magistrats ont fait l'objet de poursuites disciplinaires en France, entre 1994 et 2003, étant précisé que 6233 magistrats étaient en exercice en 1997 par exemple⁸⁶⁵. Entre le 1^{er} juillet 1995 et le 31 décembre 1996, neuf décisions ont été rendues en matière disciplinaire dont quatre déplacements d'office et une seule de révocation sans maintien de droit à pension⁸⁶⁶.

Une étude diffusée aux chefs de cours et à l'E.N.M.⁸⁶⁷ par la direction des services judiciaires sur la jurisprudence disciplinaire des magistrats permet d'avoir une idée générale des fautes entraînant des sanctions⁸⁶⁸.

les intérêts de ses amis ou de ses relations devant ce tribunal » (C.S.M., Sièges, 12 mars 1997, *Recueil des décisions et avis disciplinaires*, S096).

⁸⁶⁰ Par exemple, le C.S.M. a jugé incompatible avec l'obligation d'impartialité le fait pour un magistrat d'accompagner chez un notaire l'un de ses amis acheteur éventuel d'un terrain, après l'avoir informé de la possibilité de cette transaction alors qu'il était saisi d'une procédure de résiliation de bail rural portant sur cette parcelle et que, ne s'étant pas déporté par la suite, il a statué sur cette résiliation (C.S.M., Sièges, 12 mars 1997, *op. cit.*).

⁸⁶¹ C.S.M., Sièges, 17 février 2010, *Recueil des décisions et avis disciplinaires*, S175.

⁸⁶² C.S.M., Sièges, 18 novembre 2010, *Recueil des décisions et avis disciplinaires*, S186.

⁸⁶³ Article 45 de l'ord. n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

⁸⁶⁴ La tendance semble toutefois être à la multiplication, même timide, des poursuites disciplinaires. Voir F. COLIN, « La responsabilité disciplinaire des juges », in *Les juges : de l'irresponsabilité à la responsabilité ?*, Actes du colloque de l'ISPEC, 5-6 mai 2000, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2000, p. 82.

⁸⁶⁵ J-C. BILLIER, « La manifestation de la vérité en question : pour une éthique de la vérité judiciaire », in *Penser l'éthique*, études, dimanche 14 février 2010, <http://www.raison-publique.fr/>.

⁸⁶⁶ H. MOUTOUH, I. MONTAGNE- MOUTOUH, « Une réforme attendue, la responsabilité des magistrats », *D.*, 2000, n°8, p. 6.

⁸⁶⁷ A propos de la confidentialité de ce rapport, voir P. JACQUIN, « Une arme secrète à toutes fins utiles... », *Justice, revue du Syndicat de la magistrature*, mars 1995, n°144, p. 4.

La chancellerie a analysé depuis 1958 les manquements à la discipline des magistrats et les actions disciplinaires qui les sanctionnent. Parmi les manquements sanctionnés se trouvent les atteintes à l'honneur, à la délicatesse ou à la dignité qui renvoient au devoir de réserve, à l'interdiction de créer des contacts extérieurs avec les personnes que l'on doit juger, ou encore à des condamnations pour conduite en état d'ivresse, vol ou complicité d'abus de biens sociaux. Ensuite viennent les manquements du magistrat aux devoirs de son état comme le fait de tenir des propos non maîtrisés⁸⁶⁹.

En 2007, une requête en nullité des actes d'instruction des rapporteurs a été rejetée, il y a eu un sursis à statuer et un avis déclarait qu'il n'y avait pas lieu à sanction disciplinaire. Quatre décisions et avis ont été rendus cette année. L'année suivante donna lieu à un avis de non-lieu à sanction disciplinaire alors que deux avis et décisions étaient rendus au total. Le nombre d'avis et décisions est de 6 en 2009 et de 14 en 2010⁸⁷⁰.

Concernant les sanctions, sur la période de 2006 à 2010, une réprimande avec inscription au dossier a été prononcée, 3 déplacements d'office, le retrait de certaines fonctions a été prononcé à quatre reprises, l'interdiction d'être nommé ou désigné dans des fonctions de juge unique pendant une durée maximum de 5 ans (applicable à compter des faits postérieurs au 5 mars 2007) a été appliquée également dans quatre cas d'espèces. L'abaissement d'échelon est envisagé parmi les sanctions possibles, ainsi que l'exclusion temporaire de fonctions pour une durée maximum d'un an, avec privation totale ou partielle du traitement, sans avoir été prononcés. Une rétrogradation a été effectuée. La mise à la retraite d'office ou l'admission à cesser ses fonctions lorsque le magistrat n'a pas le droit à une pension de retraite ont été constatées respectivement dans cinq et deux cas. Enfin, il est possible de révoquer avec ou sans suspension des droits à pension et cette solution a fait l'objet de deux applications en pratiques⁸⁷¹.

Au cours de l'année 2010, les membres du C.S.M. compétents rendirent une décision de non-lieu à retrait de l'honorariat des fonctions de juge ; une décision avant dire droit ordonnant un complément d'enquête disciplinaire et une décision de non-lieu à sanction disciplinaire. La formation du siège du conseil de discipline du C.S.M. a rendu deux décisions sur des demandes d'interdiction temporaire d'exercice.

⁸⁶⁸ S. GUINCHARD, « La responsabilité des gens de justice, rapport de synthèse », *Justices*, n°5, Janvier-Mars 1997, p. 126.

⁸⁶⁹ Voir Syndicat de la magistrature, « La jurisprudence disciplinaire des magistrats de l'ordre judiciaire », in *Justice, revue du Syndicat de la magistrature*, mars 1995, n°144, pp. 5 et s.

⁸⁷⁰ C.S.M., *Bilan d'activité 2006-2010*, Paris, les éditions des journaux officiels, pp. 38 et s.

⁸⁷¹ C.S.M., *Bilan d'activité 2006-2010*, Paris, Les éditions des journaux officiels, p. 40.

La formation du siège a rendu treize décisions au fond en 2010 et trois en 2011⁸⁷².

Ensuite, malgré la diversité des comportements pouvant faire l'objet de sanctions disciplinaires, l'analyse de certaines décisions permet d'illustrer la gravité dont ces comportements doivent faire preuve pour justifier aux yeux du Conseil une sanction disciplinaire. Par exemple, il a pu être reproché à un juge de s'être notamment fait prêter une voiture par le garagiste dont il avait par ailleurs accueilli une demande en référé.

Il avait participé par ailleurs, à seize reprises, au jugement d'affaires à l'occasion desquelles il avait chargé son épouse d'effectuer une enquête sociale, avait accompagné chez un notaire un ami acheteur d'une parcelle de vignes alors qu'il était saisi d'une procédure de résiliation de bail rural portant sur ladite parcelle et avait statué sur la demande de résiliation du bail. Ces attitudes réitérées lui ont valu le retrait des fonctions de vice-président de T.G.I., assorti du déplacement d'office⁸⁷³.

Une autre décision en date du 27 avril 1999 a sanctionné un conseiller de la cour d'appel devenu ami avec une personne qu'il avait inculpé de détournement de gage quelques années auparavant⁸⁷⁴. Il a obtenu des remises d'argent de la part de ce dernier, à plusieurs reprises et sans justificatifs écrits, les sommes ayant été versées en cours du délibéré d'une affaire soumise à la chambre pénale de la cour d'appel dans laquelle siégeait le juge et qui concernait un ami du généreux donateur, ainsi que le lendemain d'une levée de garde à vue de ce dernier. La sanction prononcée a été l'interdiction temporaire de l'exercice de ses fonctions pour ce juge⁸⁷⁵.

⁸⁷² Un déplacement d'office, une rétrogradation assortie du déplacement d'office, un retrait des fonctions de juge d'instruction assorti d'un déplacement d'office pour un magistrat instructeur, une mise à la retraite d'office, une révocation sans suspension des droits à pension, un refus de retrait de l'honorariat des fonctions de juge, une interdiction d'être nommé ou désigné dans des fonctions de juge unique assortie du déplacement d'office, le retrait des fonctions de juge d'instruction assorti d'un déplacement d'office, la mise à la retraite d'office avec maintien des droits à pension, une interdiction d'être nommé ou désigné dans des fonctions de juge unique assortie d'un déplacement d'office, la fin des fonctions de juge de proximité et retrait de l'honorariat, le rejet de la requête en récusation et non-lieu à prononcer une sanction disciplinaire, le retrait des fonctions de premier vice-président assorti d'un déplacement d'office, la rétrogradation assortie d'un déplacement d'office. Les deux dernières décisions ont abouti à des mises à la retraite d'office. Voir C.S.M., *Rapport annuel d'activité 2011*, Paris, la documentation française, 2012, pp. 125 et s.

⁸⁷³ C.S.M., statuant comme conseil de discipline des magistrats du siège, décision du 12 mars 1997, *Recueil des décisions et avis disciplinaires*, S096.

⁸⁷⁴ C.S.M., statuant comme conseil de discipline des magistrats du siège, décision du 27 avril 1999, *Recueil des décisions et avis disciplinaires*, S104.

⁸⁷⁵ C.S.M., siège, 27 avril 1999, *op. cit.*

Un autre exemple de mise en cause disciplinaire d'un juge pour « manquements dans sa vie professionnelle et privée par référence aux devoirs de l'état de magistrat, d'atteinte à l'obligation de dignité du magistrat et de manquements dans l'exercice de ses fonctions par référence aux impératifs de rigueur professionnelle et d'impartialité objective » se trouve dans la décision du Conseil supérieur de la magistrature du 29 octobre 2004. Il a été reproché au juge d'avoir entretenu des relations durables avec un individu impliqué dans des affaires pénales instruites par lui alors qu'il était en fonctions. Il avait rencontré ce dernier, en dehors de tout cadre procédural, à de multiples reprises, notamment en organisant des entretiens personnels destinés à lui prodiguer conseils et assistance pour la restitution d'une caution, au versement de laquelle il l'avait lui-même astreint, allant jusqu'à lui donner des avis sur les affaires douteuses dont il l'entretenait. La nature de leurs liens a laissé croire aux membres d'une organisation criminelle qu'un pacte de corruption avait été conclu en vue d'effacer les condamnations figurant au casier judiciaire de l'un d'eux. Spécialement prévenu de cette méprise, le juge s'était abstenu de toute dénonciation.

Il s'agit donc de manquements à l'obligation de prudence du juge à l'égard des personnes poursuivies dans des affaires soumises à sa juridiction et à la dignité, au regard des circonstances particulières de cette relation donnant l'apparence d'une compromission du juge, ainsi qu'à la loyauté du fait de l'abstention du juge d'informer son chef de juridiction. Mais ce même juge s'est également vu reprocher une amitié notoire avec une personne impliquée dans des procédures pénales qu'il s'était abstenu de révéler à son chef de juridiction et dont il admet qu'ils faisaient obstacle à sa désignation pour instruire le dossier de corruption contre le prévenu. Ensuite, l'acte de saisine lui reprochait ses relations avec un proche du Président du conseil général alors qu'il instruisait à la même époque un dossier portant sur des infractions de favoritisme visant ce responsable et d'avoir fait intervenir en sa faveur un avocat au barreau de sa juridiction auprès d'un membre du gouvernement pour tenter d'obtenir une mutation en avancement. La sanction qui a résulté de ces griefs, auxquels d'autres s'ajoutaient, a été la mise à la retraite d'office prévue par l'article 45, 6°, de l'ordonnance du 22 décembre 1958⁸⁷⁶.

⁸⁷⁶ C.S.M., statuant comme conseil de discipline des magistrats du siège, 29 octobre 2004, *Recueil des décisions et avis disciplinaires*, S136.

Le C.S.M statuant comme conseil de discipline des magistrats du siège a par ailleurs rendu une décision le 8 février 1981⁸⁷⁷ en matière de manquement au devoir de délicatesse à l'égard des supérieurs hiérarchiques, aux devoirs liés à l'état de magistrat et notamment à l'obligation de respecter le principe de la séparation des pouvoirs. Enfin, les faits commis par le juge d'instance concerné étaient qualifiés également de manquement au devoir de probité et de réserve. Celui-ci avait violemment contesté des décisions du président du T.G.I en matière d'organisation et de fonctionnement du service et fait des déclarations radiophoniques sur une affaire dont il était saisi, tout en méconnaissant de façon répétée le cadre de sa saisine et en ayant violé le principe de séparation des pouvoirs. Le C.S.M. décida la révocation sans suspension des droits à pension.

De ces exemples, il faut retenir la disproportion entre la récurrence des fautes accumulées, la gravité des manquements et les sanctions finalement prononcées⁸⁷⁸. Il en découle une certaine tolérance et souplesse, si ce ne sont des lacunes dans le contrôle disciplinaire opéré.

166. Ce manque d'efficacité du contrôle, observé tant à travers la faiblesse du nombre de décisions que par la gravité des faits exigée pour sanctionner un juge, abonde dans le sens de la recherche de nouvelles perspectives permettant d'assurer l'effectivité du contrôle des magistrats et de tendre vers la responsabilisation souhaitée.

La responsabilisation disciplinaire pourrait tout d'abord passer par la systématisme. Le Pr. GUINCHARD parle de « responsabilité de moralisation des comportements des juges » qui nécessiterait de mettre en jeu systématiquement la responsabilité disciplinaire des juges chaque fois qu'une faute a engagé la responsabilité de l'Etat et que la décision dans laquelle cette faute s'est exprimée est réformée ou annulée irrévocablement⁸⁷⁹. L'obstacle majeur à cette systématisation réside une nouvelle fois dans la collégialité de certaines décisions, empêchant d'individualiser la faute.

⁸⁷⁷ C.S.M., statuant comme conseil de discipline des magistrats du siège, décision du 8 février 1981, *Recueil des décisions et avis disciplinaires*, S044.

⁸⁷⁸ Ce constat dénote avec ce que M. DE GOUTTES dit avoir pu constater au Québec, où le conseil de discipline sanctionnait un juge pour avoir dit oralement à un Acadien que ses compatriotes étaient connus pour être des voleurs. B. DE GOUTTES, avocat général près la Cour d'appel de Paris, entretien informel, jeudi 17 juin 2010, palais de justice de Paris.

⁸⁷⁹ S. GUINCHARD, « La responsabilité des gens de justice, rapport de synthèse », *Justices*, n°5, Janvier.-Mars 1997, p. 128.

Par ailleurs, un autre moyen de responsabilisation pourrait relever de l'ouverture de la procédure disciplinaire à des contrôles extérieurs. Un tel contrôle existe bien en France puisque l'ordre administratif contrôle les décisions, disciplinaires ou non, prononcées par le ministre de la justice et par le C.S.M.⁸⁸⁰. Le contrôle disciplinaire pourrait toutefois s'ouvrir davantage à des contrôles extérieurs à la profession, au stade de la saisine comme en ce qui concerne la composition de la formation disciplinaire du Conseil. Les modalités du contrôle disciplinaire pourraient évoluer vers l'intervention des citoyens.

Pour cela, il faudrait tout d'abord intégrer les justiciables dans le processus de saisine du conseil. Le besoin semble toujours présent chez les justiciables de pouvoir dénoncer efficacement les manquements disciplinaires des magistrats. En effet, l'administration centrale du ministère de la justice, le Médiateur de la République, les chefs de cour ou les chefs de juridiction reçoivent de nombreuses plaintes⁸⁸¹ attestant de cette volonté⁸⁸². Il pourrait donc être envisagé de mettre en place un contrôle public et démocratique sur le fonctionnement de la justice⁸⁸³.

La réforme du C.S.M. envisagée dès 1997, et qui avait fait l'objet d'un avant-projet de loi en 1999, a été abandonnée devant le Congrès en janvier 2000. Le projet tendait à permettre aux citoyens de saisir une Commission nationale d'examen des plaintes des justiciables, majoritairement composée de non magistrats et de donner aux chefs de cour la possibilité de saisir le Conseil⁸⁸⁴.

Le C.S.M. semble favorable à la création d'un organe indépendant chargé de filtrer les réclamations des justiciables pour les transmettre au Garde des sceaux et aux chefs de cour qui apprécieront les améliorations à engager ou engageront les poursuites qui se révéleraient nécessaires⁸⁸⁵.

⁸⁸⁰ Voir pour des développements sur ce point, P. FRAISSEIX, « Le contrôle du conseil d'Etat en matière de décisions disciplinaires et non disciplinaires des magistrats du siège », *Petites affiches*, n° 58, 1993, pp. 4 et s.

⁸⁸¹ Concernant la saisine directe du C.S.M. par les justiciables, « le volume du courrier reçu par le département des plaintes des justiciables a oscillé en 2012 entre 60 et 100 lettres par mois, [...]. Les requérants dits « d'habitude » représentent au moins 10 % de ces correspondants ». « En moyenne, 40 % de ces courriers aboutissent à l'enregistrement d'une plainte ». Les critiques concernent un peu plus les juges du siège que du parquet et sont moins nombreuses concernant les formations en cabinet. Voir C.S.M., *Rapport annuel d'activité 2012*, Paris, La documentation française, 2013, p. 97.

⁸⁸² G. CANIVET, J. JOLY-HURARD, « La responsabilité des juges, ici et ailleurs », *Revue internationale de droit comparé*, 1^{er} décembre 2006, n°4, pp. 1091 et s.

⁸⁸³ G. CANIVET, J. JOLY-HURARD, *op. cit.*, pp. 1091 et s.

⁸⁸⁴ H. MOUTOUH, I. MONTAGNE- MOUTOUH, « Une réforme attendue, la responsabilité des magistrats », *D.*, 2000, n°8, p. 6.

⁸⁸⁵ Voir C.S.M., *Rapport annuel d'activité 2006*, Paris, Les éditions des journaux officiels, 2007, p. 81, le Conseil supérieur de la magistrature propose de permettre à tout justiciable « qui s'estime lésé par un fait susceptible de recevoir une qualification disciplinaire, commis par un magistrat dans l'exercice de ses fonctions » de saisir le

L'écueil dont il faudrait alors préserver les juges, serait celui de l'utilisation de ce procédé pour les déstabiliser⁸⁸⁶.

Les britanniques usent de la technique de l'« *accountability* », c'est-à-dire de la reddition de compte, en ayant institué dans chaque juridiction, des commissions de contrôle composées de citoyens⁸⁸⁷.

Toutefois, les hésitations viennent de deux obstacles. Le premier résulte de l'absence de code de déontologie, sur lequel pourraient se fonder les justiciables pour dénoncer clairement un manquement, ainsi encadré. Le second réside dans l'impossibilité pour le C.S.M. de jouer directement le rôle de filtre, sans violer les exigences d'impartialité⁸⁸⁸.

Finalement, la loi du 23 juillet 2008⁸⁸⁹ de modernisation des institutions de la Vème République et la loi organique du 22 juillet 2010⁸⁹⁰ relative à l'application de l'article 65 de la Constitution sont venues réformer le C.S.M., en consacrant la possibilité pour les citoyens de déposer une plainte contre un magistrat, alors que le décret du 23 décembre 2010 a modifié le décret du 9 mars 1994 relatif au Conseil, créant les nouveaux articles 39-1 et 42.

Une piste pouvait être envisagée, celle de la création d'un médiateur regroupant toutes les plaintes contre tous types de professionnels de la justice. Cette centralisation permettait plus d'harmonie dans les suites disciplinaires données, et jouait son rôle de filtre de manière bien plus transparente que si les plaintes sont adressées à des organes aussi divers que le sont les objets de ces plaintes⁸⁹¹. Toutefois, le mécanisme d'examen des plaintes des justiciables faisant intervenir le Médiateur de la République comme organe de filtrage a été censuré par le Conseil constitutionnel qui l'a jugé contraire aux principes constitutionnels de séparation des pouvoirs et d'indépendance de l'autorité judiciaire⁸⁹².

Conseil. Etait prévu le filtrage de ces plaintes par une commission *ad hoc* formée d'anciens membres du C.S.M., magistrats et non-magistrats.

⁸⁸⁶ A propos des mises en causes des magistrats, voir C.S.M., *Rapport annuel d'activité 2003-2004*, Paris, Les éditions des journaux officiels, 2005, pp. 131 et s.

⁸⁸⁷ G. CANIVET, J. JOLY-HURARD, *op. cit.*, p. 1093.

⁸⁸⁸ Celui qui, en poursuivant des manquements, se prononce sur leur existence, ne peut ensuite examiner le bien-fondé des poursuites ; C.E. 20 octobre 2000, société Habib Bank Limited, *A.J.D.A.*, 2000, p. 1071.

⁸⁸⁹ Loi constitutionnelle n° 2008-724, du 23 juillet 2008, de modernisation des institutions de la Vème République, *J.O.R.F.*, 24 juillet 2008.

⁸⁹⁰ L.O. n° 2010-830 du 22 juillet 2010.

⁸⁹¹ D. LUDET, « A propos de la responsabilité des magistrats, quelques réflexions sur des déclarations ministérielles », *Gazette du palais*, 24 septembre 2005, n° 267, p. 4.

⁸⁹² Décision n° 2007-551 D.C. du 1^{er} mars 2007 relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats.

Trois commissions d'admission des requêtes ont été instituées dont deux compétentes pour les magistrats du siège, composées de deux magistrats et de deux personnalités non-magistrats. Pour des raisons d'impartialité, ces membres ne peuvent participer à la formation disciplinaire siégeant par la suite.

167. Malgré les perspectives envisagées pour assurer une plus grande effectivité du contrôle disciplinaire des juges, il faut constater pour conclure, qu'en pratique, les sanctions de magistrats pour partialité, par exemple, demeurent d'une exceptionnelle rareté, les quelques sanctions ne visant pas une partialité directe mais « un comportement de nature à créer le risque que l'impartialité soit mise en doute »⁸⁹³. La Chambre criminelle se contente donc d'annuler les décisions rendues en violation des garanties d'impartialité, sans relever explicitement la partialité. Il est possible d'attribuer ce constat au souci de préserver la profession au moyen de cette discrétion, ou, sans doute plus justement, d'admettre que cette position est en réalité la seule possible en raison de la difficile matérialisation des émotions en dehors de toute extériorisation et du fait que leur éviction ne peut s'effectuer que par le truchement de concepts eux même fondés sur des suppositions.

Finalement, cette pratique permet bien de neutraliser les émotions, sans que leur sanction ne soit toutefois officiellement soulignée⁸⁹⁴.

168. Dès lors, l'encadrement strict de la responsabilité civile des juges et le caractère parfois lacunaire du contrôle disciplinaire dont ils font l'objet rendant la sanction de l'arbitraire émotionnel du juge difficile, la responsabilité des juges devrait être envisagée en amont, à travers l'organisation de la prévention des penchants émotionnels des juges.

Ainsi, la responsabilité ne doit pas être focalisée sur les interventions *a posteriori*. La responsabilisation des juges doit également être organisée *a priori*, par la prévention de leur arbitraire émotionnel.

⁸⁹³ C.S.M., formation disciplinaire concernant les magistrats du siège, 20 juillet 1994, *Recueil des décisions et avis disciplinaires*, S079. Voir C.S.M., *Rapport annuel d'activité* 1995, Paris, Direction des journaux officiels, imprimerie des journaux officiels, juillet 1995, pp. 32 et s.

⁸⁹⁴ Au 31 décembre 2011, une seule des 421 premières requêtes avait été déclarée recevable, sept étaient en cours ; Voir, C.S.M., *Rapport annuel d'activité 2011*, Paris, la documentation française, 2012, p. 112 ; C.S.M., *Rapport annuel d'activité 2012*, Paris, La documentation française, 2013, pp. 98 et s.: le nombre des requêtes enregistrées durant l'année 2012 a diminué : 283 plaintes ont été enregistrées contre 421 en 2011. Mais la proportion de plaintes recevables est plus importante : onze requêtes ont été déclarées recevables en 2012 par les deux commissions d'admission des requêtes en ce qui concerne les seuls magistrats du siège, dont 5 concernaient le même magistrat, renvoyé devant la formation du Conseil compétente en matière de discipline.

Section II. La responsabilisation des juges et la prévention de l'arbitraire émotionnel

169. Si le terme de responsabilité est généralement envisagé sous l'angle de la sanction, la déontologie permet la responsabilisation des juges, *a priori*, au moyen de la prévention.

La responsabilité n'est alors plus envisagée comme l'imputation d'une action à un agent comptable de ses actes mais comme une mission⁸⁹⁵. Le juge se voit confier la mission d'administrer la justice en toute neutralité, sans se laisser envahir ni influencer par diverses émotions. Sa responsabilisation découle de sa prise de conscience de l'importance de cette mission. Le sentiment personnel qu'il a de sa propre responsabilité est un fait social. Lorsqu'il prend conscience de ce sentiment, il se confronte à des concepts sociaux et analyse son comportement au nom de la conscience collective⁸⁹⁶. Dès lors, le juge, conscient de ce que la tâche qui lui est confiée nécessite une certaine neutralité émotionnelle, analysera son comportement au regard des émotions tolérées dans l'exercice de celle-ci, ou collectivement rejetées.

Or, c'est précisément la mise en place de règles déontologiques qui permet l'anticipation, au sein de la profession, des comportements émotionnels tolérés et de les distinguer de ceux qui sont sanctionnés. Cette anticipation permet l'autodiscipline et contribue à prévenir les émotions des juges.

Dès lors, le recours à la déontologie permet la responsabilisation des juges par la prévention des émotions qu'ils ne doivent pas laisser intégrer leurs décisions et des situations qu'ils doivent éviter parce qu'elles sont susceptibles d'engendrer ces émotions⁸⁹⁷. Cette responsabilisation des juges passe donc par l'établissement de règles déontologiques (§I), alors que la prévention est facilitée par la diffusion de ces principes au moyen de la publicité des procédures disciplinaires (§II).

⁸⁹⁵ Voir F. LENOIR, *Le temps de la responsabilité. Entretiens sur l'éthique*, Paris, Fayard, 1991, p. 263, postface de P. RICOEUR.

⁸⁹⁶ Voir P. FAUCONNET, *La responsabilité : étude sociologique*, Paris, Alcan, 1920, p.1.

⁸⁹⁷ Par ailleurs, il s'agit d'assurer, par la voie de la responsabilisation envisagée sous cette acception, le bon fonctionnement de la justice. La responsabilisation permet, au moyen de la prévention, la satisfaction de l'attente des justiciables. Voir sur ce point G. VINEY, « Rapport de synthèse », in *La responsabilité, aspects nouveaux, journées panaméennes, Travaux de l'association Henri CAPITANT des amis de la culture juridique française*, tome 50, 1999, Paris, L.G.D.J., 2003, p. 9.

§I. Une responsabilisation par l'établissement de règles déontologiques

170. La déontologie repose sur les valeurs dégagées au sein de la profession elle-même. Y recourir suppose avant tout de se défaire du fantasme de l'infaillibilité et de dissocier la défaillance du juge de sa faute.

Plus concrètement, l'établissement de règles nécessite un travail de fond, en amont, exercé par une instance éthique. En ce qui concerne cette instance, Monsieur CANIVET et Madame JOLY-HURARD proposent l'institution d'une commission d'éthique judiciaire, indépendante, sur le modèle du Comité d'éthique médicale français⁸⁹⁸. Ils s'interrogent sur la mise en place de comités de consensus « chargés d'établir les bonnes pratiques judiciaires », « composés de professionnels et de citoyens » qui « recenseraient les pratiques professionnelles pour les soumettre à l'examen critique des usagers »⁸⁹⁹.

Une Commission de réflexion sur l'éthique dans la magistrature a déposé en 2003 un rapport proposant l'élaboration d'un recueil des principes déontologiques⁹⁰⁰. Puis, une Commission d'enquête parlementaire a remis un rapport proposant d'introduire un code de déontologie dans le statut des magistrats⁹⁰¹.

C'est finalement au Conseil supérieur de la magistrature que la loi organique du 5 mars 2007 a confié le soin d'établir, pour la première fois en France, un recueil des obligations déontologiques des magistrats⁹⁰².

⁸⁹⁸ Pour d'autres suggestions, voir A. GARAPON, « Le juge et son éthique : synthèse des réponses au questionnaire », *Les Cahiers de l'I.H.E.J.*, Paris, Institut des hautes études sur la justice, n° 1, 1993, pp. 23 et s.

⁸⁹⁹ G. CANIVET, J. JOLY-HURARD, « La responsabilité des juges, ici et ailleurs », *Revue internationale de droit comparé*, 1^{er} décembre 2006, n° 4, p. 1093. A propos de la responsabilisation des magistrats au moyen de la déontologie, voir également G. CANIVET, J. JOLY-HURARD, *La déontologie des magistrats*, Paris, Dalloz, 2004, pp. 103 et s.

⁹⁰⁰ Rapport remis au Garde des sceaux le 27 novembre 2003.

⁹⁰¹ A. VALLINI, *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, présidée par A. VALLINI*, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 6 juin 2006, n° 3125, proposition 68.

⁹⁰² Article 18 de la loi organique n° 2007-287 du 5 mars 2007, complétant l'article 20 de la loi organique du 5 février 1994. La réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 a rendu permanente la compétence déontologique du Conseil (loi constitutionnelle n° 2008-724, du 23 juillet 2008, de modernisation des institutions de la Vème République, *J.O.R.F.*, 24 juillet 2008). L'évolution de la société et des institutions conduira notamment à des mises à jour du recueil. Le Conseil consultatif de juges européens a quant à lui étudié le modèle canadien dans lequel une charte déontologique, plutôt qu'un code de déontologie a été adoptée.

Sur le fond, il a fallu déterminer les valeurs sur lesquelles repose l'éthique de la magistrature. Robert BADINTER a estimé que cette éthique doit reposer sur quatre grands principes : l'intégrité, la compétence, l'indépendance et la responsabilité devant la loi, devant l'opinion et éthiquement, devant ses pairs. La consultation de l'ensemble des magistrats en 1992 a permis de faire ressortir différentes valeurs éthiques importantes : le souci du justiciable, la préoccupation constante de la qualité du débat, la prudence, la responsabilité ainsi que le réalisme⁹⁰³. Le Conseil supérieur de la Magistrature a de son côté conduit une réflexion sur les valeurs et principes qui doivent guider les comportements personnels des magistrats, en s'appuyant notamment sur deux enquêtes qu'il a fait conduire en 2008 par un institut de sondage, l'une auprès du public et l'autre auprès des magistrats, sur l'état de leur confiance réciproque et les conditions de son amélioration⁹⁰⁴. Le C.S.M. a par ailleurs organisé la consultation de l'ensemble des magistrats, au sein de chaque cour d'appel, recueillant ainsi leurs réflexions et propositions en matière déontologique. Il a finalement consacré six valeurs auxquelles la profession doit être attachée : l'indépendance, l'impartialité, l'intégrité, la légalité, l'attention à autrui et enfin la discrétion et la réserve.

171. L'établissement de ces règles déontologiques est orienté, dans la logique même de l'élaboration du recueil, vers la prévention de certains comportements des juges.

En effet, les conduites y sont décrites de manière concrète, en fonction des situations dans lesquelles le juge peut se trouver, de sorte que ce texte vise à constituer un guide pour les magistrats⁹⁰⁵. Ce guide énonce des principes ainsi que des recommandations ayant pour but de soutenir et d'orienter l'action des magistrats⁹⁰⁶.

⁹⁰³ Voir A. GARAPON, *op. cit.*, pp.14-19.

⁹⁰⁴ Sondage réalisé sur un échantillon représentatif de la population française de 1008 personnes : Sondage I.F.O.P. pour le Conseil Supérieur de la Magistrature, *Les français, les magistrats et la déontologie*, réalisé le 30 mai 2008, in *C.S.M., Rapport annuel d'activité 2007*, Paris, La documentation française, pp. 143 et s.

En ce qui concerne la consultation des magistrats, voir le sondage I.F.O.P. pour le Conseil Supérieur de la Magistrature, *Les magistrats et la déontologie*, 23 juillet 2008, in *C.S.M., Rapport annuel d'activité 2008*, Paris, La documentation française, 2009, pp. 95 et s.

Pour une vue d'ensemble, voir sondage I.F.O.P. pour le C.S.M., *Le regard des Français et des magistrats sur la Justice et la déontologie*, *Les français, les magistrats et la déontologie*, octobre 2008, 44 p.

⁹⁰⁵ Il ne s'agit pas d'un code de discipline dès lors que seuls les manquements aux obligations statutaires peuvent déclencher des poursuites disciplinaires et être sanctionnés par le Conseil supérieur de la magistrature

⁹⁰⁶ Voir Préambule du recueil des obligations déontologiques des magistrats, C.S.M., *Recueil des obligations déontologiques des magistrats*, Paris, Dalloz, 2010, p. XIII.

Ainsi, par exemple, l'article 2 du recueil, traitant de l'indépendance des juges, pose l'exigence de leur liberté « par rapport à toute influence ou pression extérieure, sans avoir à craindre une sanction ou espérer un avantage personnel » et rappelle que « dire le droit de manière indépendante est également un état d'esprit, un savoir-être et un savoir-faire qui doivent être enseignés, cultivés et approfondis tout au long de la carrière ». L'article 4 poursuit ensuite en prescrivant aux magistrats de s'abstenir de toute relation inappropriée avec les représentants des pouvoirs exécutif et législatif et en se défendant de toute influence indue.

Ces recommandations sont parfois plus concrètes de sorte qu'elles peuvent véritablement inspirer l'action des magistrats. Tel est le cas par exemple lorsqu'il y est indiqué que « les magistrats en activité ne sollicitent pas pour eux-mêmes des distinctions honorifiques, afin d'éviter toute suspicion, dans l'esprit du public, sur la réalité de leur indépendance ». L'article 22 prévoit par ailleurs que le magistrat « s'abstient, dans le ressort territorial de la juridiction à laquelle il appartient, de tout prosélytisme politique, philosophique ou confessionnel pouvant porter atteinte à l'image d'indépendance de l'autorité judiciaire ». En matière d'impartialité, l'article 18 envisage quant à lui la circonstance précise suivante : « En audience collégiale, le prononcé de la décision pénale sur le siège, immédiatement après la plaidoirie, accréditant l'idée de l'inutilité des débats et du délibéré, est à éviter. Seule une discussion libre entre les membres de la formation est une garantie de la réalité de la délibération et de l'examen des arguments avancés par chacune des parties », alors que l'article 24 précise par exemple que « le magistrat n'accepte aucun don, offert notamment à l'occasion d'événements liés à sa vie professionnelle, de nature à porter atteinte à son impartialité ou à faire douter de celle-ci ». L'article suivant invite les magistrats à limiter les consultations juridiques qu'ils donnent à leur seul cercle étroit de proches.

En matière d'intégrité, l'article 38 va jusqu'à énumérer des situations qui révéleraient l'irrespect du principe du contradictoire et des droits des parties, comme par exemple les attitudes systématiques de refus ou d'acceptation des demandes des parties qui sont dès lors à éviter, ou encore l'acceptation de renvois non justifiés. Ces recommandations sont donc suffisamment précises pour servir de guide aux magistrats dans le choix de leurs comportements.

Par ailleurs, certaines implications émotionnelles sont directement visées dans le Statut. L'article 11 expose par exemple que le magistrat applique les règles de droit, en fonction des éléments de la procédure, sans céder à la crainte de déplaire ni au désir de plaire au pouvoir exécutif, aux parlementaires, à la hiérarchie judiciaire, aux médias ou à l'opinion publique.

Par ailleurs, l'attention que le juge doit porter à autrui commande que son attitude demeure en toutes circonstances, empreinte de neutralité et qu' « il ne laisse pas transparaître de sentiments personnels, de sympathie ou d'antipathie, vis-à-vis des personnes impliquées dans les causes dont il a à connaître »⁹⁰⁷.

Il est ensuite recommandé au titre de l'intégrité, que « les magistrats alertent les chefs de juridiction sur toute situation - notamment les interventions, intimidations ou menaces - susceptible d'affecter leur exercice professionnel, le fonctionnement de la juridiction et l'indépendance de l'autorité judiciaire »⁹⁰⁸.

172. Ainsi, le recueil permet aux juges d'anticiper les situations et comportements qu'ils doivent éviter afin de ne pas risquer d'être confrontés à certaines émotions considérées comme sources d'arbitraire.

Au-delà de cette grille de lecture des comportements permise par le recueil des obligations déontologiques, la publicité des procédures disciplinaires peut constituer une base de références pour les magistrats.

§II. La diffusion de principes déontologiques par la publicité des procédures disciplinaires et la prévention des émotions

173. Il existe un moyen permettant de tirer les leçons des sanctions disciplinaires et d'ériger ces dernières en principes déontologiques. Il s'agit de la consécration de la publicité des procédures disciplinaires. Ainsi, la pratique disciplinaire peut devenir source de préceptes déontologiques⁹⁰⁹.

En l'état actuel du droit positif, l'article 6 de la Convention E.D.H. impose la publicité des procédures, concernant tant les débats que le prononcé des décisions.

L'ordonnance portant statut de la magistrature en disposait pourtant autrement puisqu'elle prévoyait initialement que le Conseil statuait à *huis clos*⁹¹⁰.

⁹⁰⁷ Article e.17 du recueil des obligations déontologiques des magistrats, C.S.M., *Recueil des obligations déontologiques des magistrats*, Paris, Dalloz, 2010, p. 36.

⁹⁰⁸ Article c. 31 du recueil des obligations déontologiques des magistrats, C.S.M., *Recueil des obligations déontologiques des magistrats*, Paris, Dalloz, 2010, p. 20.

⁹⁰⁹ A propos du rôle pédagogique du C.S.M à travers ses décisions disciplinaires, voir G. CANIVET, J. JOLY-HURARD, *La déontologie des magistrats*, Paris, Dalloz, 2004, p. 21 et pp. 39 à 41.

⁹¹⁰ Art. 57 de l'ord. n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

Par ailleurs, l'article 38 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse interdit de dévoiler des informations sur les travaux du C.S.M.⁹¹¹. Ainsi, la discipline des juges a traditionnellement été entourée d'une extrême pudeur⁹¹². L'institution de ce secret était liée à la crainte de voir l'autorité des juges amoindrie du fait de l'engagement public de leur responsabilité.

Pourtant, le crédit de la justice tend aujourd'hui à reposer davantage sur la transparence des poursuites disciplinaires. C'est pourquoi, certaines évolutions en faveur de plus de publicité en la matière ont été constatées.

Tout d'abord, la possibilité de diffusion donnée au Garde des sceaux par l'art. 38 a parfois été utilisée pour communiquer la jurisprudence du C.S.M. aux Chefs de cour et au Directeur de l'E.N.M.⁹¹³.

Ensuite, la loi organique prise en application de la loi constitutionnelle du 27 juillet 1993⁹¹⁴, a imposé au Conseil la publication annuelle de ses rapports d'activités. Dès lors, les procédures disciplinaires peuvent être accessibles au public.

Enfin, depuis 1997, le magistrat poursuivi peut invoquer la Convention E.D.H. pour demander la publicité des débats, bien qu'il préfère souvent le silence⁹¹⁵.

Une modification de l'article 57 de l'ordonnance de 1958 a dû suivre pour entériner ces évolutions, en conformité avec la Convention européenne des droits de l'Homme. C'est en ce sens qu'allait la tentative avortée de réforme du C.S.M. engagée en 1997, et retirée du vote du Congrès en 2000 : il était question de rendre publiques les audiences et les décisions ainsi prises⁹¹⁶. C'est finalement la réforme statutaire issue de la loi organique du 25 juin 2001 qui a introduit le principe de la publicité des audiences disciplinaires.

⁹¹¹ Art. 38 : « Il est interdit de publier les actes d'accusation et tous autres actes de procédure criminelle ou correctionnelle avant qu'ils aient été lus en audience publique et ce, sous peine d'une amende de 3 750 euros. Sans préjudice des dispositions de l'article 15 du code pénal, il est interdit, sous la même peine, de publier aucune information relative aux travaux et délibérations du conseil supérieur de la magistrature, à l'exception des informations concernant les audiences publiques et les décisions publiques rendues en matière disciplinaire à l'encontre des magistrats. Pourront toutefois être publiées les informations communiquées par le président ou le vice-président dudit conseil ».

⁹¹² J.-Y. MACKEE, « Le conseil supérieur de la magistrature siégeant comme conseil de discipline des magistrats du siège, et l'article 6 de la C.E.D.H. », in *Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre DRAI*, Dalloz, 2000, p. 95.

⁹¹³ A. GARAPON, D. SALAS, « Le droit disciplinaire des magistrats français : quis custodiet custodes ? », *R.T.D.H.*, 1995, p. 197.

⁹¹⁴ Art. 20 de la loi organique n° 94-100 du 5 février 1994 sur le Conseil supérieur de la magistrature.

⁹¹⁵ H. MOUTOUH, I. MONTAGNE- MOUTOUH, « Une réforme attendue, la responsabilité des magistrats », *D.*, 2000, n°8, p. 5.

⁹¹⁶ H. MOUTOUH, I. MONTAGNE- MOUTOUH, *op. cit.*, p. 6 ; Voir également J.-Y. MACKEE, *op. cit.*, pp. 96-97.

Le magistrat ne peut désormais plus s'opposer à cette publicité, seul le Conseil peut décider *le huis clos* pour assurer la protection de l'ordre public ou de la vie privée⁹¹⁷.

174. Ainsi la publicité des procédures disciplinaires se révèle être le prolongement de la théorie de l'apparence consacrée en matière d'indépendance et d'impartialité (A.). Celle-ci permet en sus l'anticipation par les juges des comportements à adopter dans certaines situations, premier pas vers l'organisation d'une éthique judiciaire (B.).

A. La publicité des procédures disciplinaires, prolongement de l'exigence de neutralité apparente

175. La publicité des procédures disciplinaires est justifiée au regard de la prise en compte de l'apparence en matière d'appréciation des manquements aux devoirs des magistrats. En effet, si ce que perçoit un justiciable peut être le critère du manquement à l'obligation d'impartialité, il semble important de ne pas exclure ce même regard en ce qui concerne les sanctions finalement adoptées.

C'est de cette manière que la théorie de l'apparence peut remplir ses objectifs et faire disparaître tout doute légitime dans l'esprit des justiciables.

Ainsi, la publicité des procédures disciplinaires offre aux juges la légitimité de ce qui peut être publiquement observé⁹¹⁸.

B. La publicité et l'anticipation des comportements : vers une éthique judiciaire

176. La publicité des procédures disciplinaires et des décisions prises par le C.S.M. à propos des comportements des juges qu'ils ont à connaître assure une certaine lisibilité des attitudes admises et permet à la collectivité des juges de s'y référer afin de mieux cerner ceux qui sont considérés comme relevant de l'arbitraire émotionnel. Cette publicité peut par exemple apporter des éléments de réponse aux questionnements des juges à propos de la manière dont ils doivent concilier des impératifs pourtant opposés⁹¹⁹.

⁹¹⁷ Art. 57 et 65 de l'ordonnance statutaire du 22 décembre 1958.

⁹¹⁸ A. GARAPON, D. SALAS, *op. cit.*, p. 199.

⁹¹⁹ A. GARAPON, « Le juge et son éthique : synthèse des réponses au questionnaire », *Les Cahiers de l'I.H.E.J.*, Paris, Institut des hautes études sur la justice, n°1, 1993, pp. 4 et s. Les réponses au questionnaire révèlent que, dans

Ainsi, les décisions du C.S.M. peuvent servir de référents et contribuent à la prévention de certains comportements.

Finalement, le système tend à consacrer ce qu'Olivier ABEL appelle la « subjectivisation de la responsabilité »⁹²⁰ et rapproche le juge d'une éthique définie comme le rapport du juge à lui-même⁹²¹.

177. Mais la publicité des mesures disciplinaires pourrait également permettre de faire apparaître progressivement des règles qui deviendraient contraignantes. Il s'agirait ainsi de consacrer des comportements ou abstentions impératifs, qui rendraient l'appréciation du travail des magistrats mis en cause dans le cadre d'une procédure disciplinaire moins subjective.

Ainsi, émergerait progressivement une éthique judiciaire qui passe, cette fois-ci, nécessairement par l'organisation d'un contrôle exercé sur la base de règles précises, éventuellement regroupées au sein d'un code prévu à cet effet, afin d'institutionnaliser l'éthique fondée sur la responsabilité⁹²². Cette éthique trouverait sa source dans l'expérience et la responsabilité⁹²³.

de nombreuses circonstances, les juges se trouvent confrontés à des sortes de dilemmes éthiques qu'ils ont peine à résoudre.

⁹²⁰ O. ABEL, « La responsabilité incertaine », in *Les équivoques de la responsabilité*, Esprit, novembre 1994, pp. 20 et s.

⁹²¹ Le mot « éthique » désigne en grec la science morale. Après SOCRATE et PLATON, ARISTOTE participe à l'avènement de cette notion, au 6^e siècle avant J.-C., comme représentant la réflexion philosophique relative à l'acte humain, ses finalités et aux principes guidant l'action humaine. L'éthique de SOCRATE est une éthique de la connaissance de soi, celle de PLATON dépend de l'âme immortelle contemplant les corps au sein de la communauté politique, ARISTOTE parle d'une éthique du bonheur, les stoïciens mettent en valeur les vertus comme facteur de domination ; KANT associe l'éthique à une morale du devoir, dans le cadre d'un rapport à Dieu. NIETSCHE préfère l'autonomie de l'homme responsable dans son éthique. Les latins remplaceront ce terme par celui de morale. Il semble que la morale puisse toutefois consister en une étape de la réflexion globale sur le sens de l'action et les valeurs humaines, désignée par l'éthique, celle où interviendrait la responsabilité de l'individu. F. LENOIR, *Le temps de la responsabilité. Entretiens sur l'éthique*, Paris, Fayard, 1991, pp. 12-13.

L'éthique peut être définie à travers sa proximité avec la cohérence. Ce critère permet alors à certains d'établir une nouvelle distinction entre l'éthique de conviction et l'éthique de responsabilité. La première « s'oppose à l'opportunisme individuel, au nom des valeurs », alors que l'éthique de responsabilité « s'oppose à la démagogie au nom de l'interdépendance sociale, des implications multiples d'une décision collective ». Voir F. LENOIR, *op. cit.*, pp. 172 et s., propos de J. DELORS, se référant à la théorie de M. WEBER. A propos de la double dimension déontologique et « téléologique » de l'éthique, voir J. ALLARD, A. GARAPON, F. GROS, *Les vertus du juge*, Paris, Dalloz, 2008, pp. 3 et 17. A propos de la définition de l'éthique par rapport aux valeurs et en opposition à la déontologie, voir GARAPON (A.), « L'éthique du juge », *Les Cahiers de l'I.H.E.J.*, Paris, Institut des hautes études sur la justice, n°1, 1993, pp. 27-39.

⁹²² Il s'agit alors de la seconde acception de la définition de l'éthique dégagée par J. ALLARD, A. GARAPON, F. GROS, celle qui prend l'aspect de règles déontologiques et qui envisage le juge dans son rapport à l'institution. Voir J. ALLARD, A. GARAPON, F. GROS, *op. cit.*

A propos de la codification ou « normalisation » des principes déontologiques, voir G. CANIVET, J. JOLY-HURARD, *La déontologie des magistrats*, Paris, Dalloz, 2004, pp.113 et s.

L'assujettissement de la magistrature à de telles règles d'éthique atténuerait peut être le sentiment de l'impunité des juges éprouvé par les justiciables et permettrait également de calmer les ardeurs de certains représentants de ce corps qui se sentiraient protégés par le caractère indirect de leur responsabilité telle qu'elle est conçue actuellement.

Les juges seraient ainsi avertis des conséquences de leurs penchants et deviendraient convaincus de l'importance de s'en détourner, notamment par le biais de l'enseignement de l'éthique au sein de l'école de la magistrature ou encore par la mise en place d'un système de récompense⁹²⁴.

178. En somme, la question du contrôle et de la sanction des magistrats laisse entendre que l'objectivation souhaitée ne peut être atteinte que dans la mesure où les émotions peuvent être matérialisées. Alors seulement, les responsabilités civile et disciplinaire des juges pourront être engagées.

La responsabilité permet la sanction de l'arbitraire émotionnel. Cette sanction doit toutefois être limitée afin que le contrôle ne se transforme à son tour en pression exercée en vue d'influencer le travail des juges.

La protection de l'indépendance des juges explique donc que leur responsabilité civile soit indirecte et reste enserrée dans des conditions strictes, alors que le contrôle disciplinaire ne semble par ailleurs pas garantir l'effectivité de la sanction de l'arbitraire émotionnel des juges.

Apparaît alors la nécessité d'assurer la responsabilisation des juges par la prévention de leur arbitraire émotionnel. Celle-ci passe par l'établissement de règles déontologiques et peut par ailleurs être facilitée par la diffusion de ces principes au moyen de la publicité des procédures et des décisions disciplinaires.

La mise en place de règles déontologiques afin de sensibiliser les magistrats *a priori* permet finalement d'appréhender par la voie de l'autodiscipline des juges, les émotions échappant au contrôle en raison de l'absence de toute matérialisation⁹²⁵.

⁹²³ L'éthique des juges d'instruction a été pensée au XIX^{ème} siècle avec la publication de sept manuels au début du siècle, mais c'est presque exclusivement dans une circulaire du Président de la République et Président du C.S.M. Vincent AURIOL du 22 décembre 1952 que l'on retrouve l'éthique du juge fondée sur le devoir de réserve.

⁹²⁴ Voir J-P. DELEVOYE, « Seul le prononcé fait foi », in *Entre magistrat dans la cité, entre légitimes attentes et tentations démagogiques, Les cahiers de la justice*, revue semestrielle de l'E.N.M., printemps 2007, p.126. Voir également, G. CANIVET, J. JOLY-HURARD, *op. cit.*, pp. 105-112.

⁹²⁵ Par exemple, les règles déontologiques et éthiques pourraient sensibiliser les juges au fait que l'apparence de la personne mise en cause, son statut social peuvent tour à tour jouer en sa faveur ou en sa défaveur, de sorte de faciliter une prise de recul par rapports à ces facteurs. Voir M. BERNHARD, B. ENGLICH, « Juges sous influence », *cerveau et psycho*, n°57, mai-juin 2013, p. 56. L'article décrit une étude permettant de se rendre compte de l'influence de l'apparence physique sur les jugements : un physique attrayant suscite qu'on lui attribue des

179. Pour conclure, le juge doit rester à distance des émotions qui inhiberaient son raisonnement et appartiendraient au domaine de l'arbitraire malsain.

Mais la crainte de l'arbitraire émotionnel pouvant transparaître à travers les développements précédents et les efforts pour en limiter l'impact sur les décisions ne pouvant être niés, il ne faudrait pas perdre de vue les quelques avantages caractéristiques du maintien d'une certaine mesure d'arbitraire au sein de la fonction.

En effet, si l'on envisage la notion d'arbitraire telle qu'elle peut être perçue par les justiciables comme une source d'espoir d'obtenir gain de cause même dans les cas les plus désespérés⁹²⁶, la crainte de l'arbitraire du juge désignerait davantage l'incertitude quant à la solution prononcée, qui pourrait aussi bien se révéler défavorable qu'être rêvée favorable⁹²⁷.

Dans cette perspective, il se pourrait cette fois que la notion d'arbitraire œuvre en faveur d'un certain regain de confiance des justiciables en leur justice, contrebalançant ainsi le mouvement inverse constaté, dont elle est également à l'origine.

Si ces considérations ne remettent en aucun cas en question la nécessité de lutter contre les formes d'arbitraire dont pourraient faire preuve les magistrats, décrites dans la première partie, elles permettent toutefois de faire émerger l'idée que l'éradication de tout « arbitraire émotionnel » dans la fonction de juger, si elle est impossible faute de matérialisation, ne serait pas plus souhaitable.

Le juge pourrait donc conserver, en toute souveraineté, les émotions qui font de lui un humain pensant⁹²⁸. Finalement renvoyé à sa condition d'être humain, celui-ci ne pourra pas être totalement imperméable à toutes considérations émotionnelles.

caractéristiques positives, sous réserve toutefois que cette apparence n'ait pas joué un rôle dans la réalisation de l'infraction. Voir également, N. PRZYGDZKI-LIONET, « Psychosociologie du procès pénal », in *Etre magistrat dans la cité, entre légitimes attentes et tentations démagogiques, Les cahiers de la justice, revue de l'Ecole nationale de la magistrature*, Printemps 2007, pp. 232 et s.

Ces tendances doivent être réduites le plus possible et peuvent l'être par la prise de conscience de cette influençabilité ou par la confrontation des ancrages à des positions opposées. M. BERNHARD, B. ENGLICH, *op. cit.*, p. 56.

⁹²⁶ P. CONTE, « L'arbitraire judiciaire : chronique d'humeur », *J.C.P.*, 1988, n°2, p. 3343.

⁹²⁷ Sans doute faut-il alors modifier la terminologie pour désigner cette acception positive de l'arbitraire, préférant par exemple la notion d'« appréciation souveraine ».

⁹²⁸ Gardant à l'esprit que, depuis le XVIème siècle, le terme de légitimité s'est détourné du sens de conformité à la loi pour renvoyer à la notion d'équité et de justice, l'humanité du juge contribue à la légitimité et donc à l'autorité des décisions de justice. Voir S. JOSSERAND, *L'impartialité du magistrat en procédure pénale*, Paris, L.G.D.J., 1998, p. 2.

180. Ainsi, une fois la neutralité émotionnelle des juges assurée, son contrôle rendu effectif pour une part, la prévention œuvrant à l'autodiscipline des juges pour le reste (Partie I), le juge voit son champ d'action délimité et évolue alors au sein d'un espace dans lequel il ne pourra, sans perdre sa légitimité, être indifférent à toute considération émotionnelle (Partie II).

Partie II : L'impossible indifférence du juge aux émotions

181. S'il est fondamental de s'attacher à la neutralité du magistrat face à certaines émotions qu'il peut ressentir ou percevoir, c'est principalement en raison de ce que cette position de neutralité lui permet d'accomplir.

Au sein de l'espace laissé par le droit et la pratique à l'émotion, le magistrat doit tenter de garder le contrôle de celles qui survivent légitimement alors même qu'il est désormais réputé neutre.

L'objet de la réflexion doit dès lors dépasser les contradictions intrinsèques à la personne du juge pour envisager le rôle de régulation des émotions qui lui revient de par sa position de neutralité (Titre I). Il convient ensuite de prendre la hauteur permettant de replacer les émotions des magistrats au cœur du contexte social auquel elles appartiennent (Titre II).

Titre I : Un juge régulateur des émotions individuelles

182. Si le magistrat du siège est confronté à des situations qui l'obligent à filtrer les émotions, il ne peut, à l'extrême, se soustraire à la nécessaire prise en compte de certaines d'entre elles (Chapitre I). Cette tâche accomplie, il s'efforcera de rechercher une juste mesure, cette fois-ci, dans la production d'émotions dont il est à l'origine, sur les tiers (Chapitre II).

Chapitre I : La nécessaire prise en compte par le juge de certaines émotions « actives »

183. L'individualité du procès pénal commande que celui-ci ne soit pas dénué de toute émotion.

Le principe d'individualisation de la peine a été formulé pour la première fois par SALEILLES⁹²⁹ et est devenu, sous l'influence du courant doctrinal de la défense sociale nouvelle, un véritable enjeu de politique criminelle.

Par cette individualisation, il s'agit de mettre l'accent sur l'avenir du condamné, l'objectif étant de lui appliquer une peine adaptée pour ne pas le pervertir davantage et œuvrer à sa réinsertion. Les sanctions les plus radicales doivent donc être réservées aux individus dont l'amendement et la réinsertion semblent compromis.

En droit positif, la décision du Conseil Constitutionnel du 22 juillet 2005 relative à la loi précisant le déroulement de l'audience d'homologation de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité a consacré la constitutionnalisation du principe d'individualisation des peines⁹³⁰. Ainsi, le Conseil constitutionnel lie ce principe à celui de la légalité des peines ainsi qu'à celui de nécessité et de proportionnalité des sanctions, attribuant au juge le pouvoir de moduler une peine en fonction de la personnalité de l'auteur de l'infraction.

Toutefois, le pouvoir du législateur de fixer les règles de la répression demeure, de sorte que le principe constitutionnel de l'individualisation des peines n'est pas absolu et doit être concilié avec les règles assurant une répression effective des infractions⁹³¹.

⁹²⁹ R. SALEILLES, *L'individualisation de la peine : étude de criminalité sociale*, Paris, F. Alcan, 1927, 288 p.

⁹³⁰ Cons. cons., décision 2005-520 du 22 juillet 2005. Concernant la loi du 9 mars 2004 modifiant le second alinéa de l'article 495-9 du code de procédure pénale, qui précisait que la présence du ministère public à l'audience d'homologation de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité n'était pas obligatoire, le Conseil constitutionnel indiquait « qu'en précisant que le procureur de la République n'est pas tenu d'être présent à cette audience, la loi déferée n'a méconnu, contrairement à ce qui est soutenu par les requérants, [...] le principe d'individualisation des peines qui découle de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 », qui pose la nécessité et la légalité des peines.

⁹³¹ Cons. cons., décision n° 2007-554 du 9 août 2007, le Conseil constitutionnel n'a pas considéré que l'application obligatoire de peines minimales en cas de récidive était contraire au principe d'individualisation des peines, car « le principe d'individualisation des peines [...] ne saurait faire obstacle à ce que le législateur fixe des règles assurant une répression effective des infractions ; qu'il n'implique pas davantage que la peine soit exclusivement déterminée en fonction de la personnalité de l'auteur de l'infraction ».

C'est ce qu'entérinait jusqu'à peu l'article 132-24 du code Pénal: « Dans les limites fixées par la loi, la juridiction prononce les peines et fixe leur régime en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur »⁹³².

184. Quelle qu'en soit l'étendue, l'existence et la mise en œuvre du principe de personnalisation de la peine reposent sur la coexistence de deux individualités. D'une part, celle du magistrat, qui juge au moyen des mécanismes de l'esprit d'un être humain, parmi lesquels interviennent les émotions (section I). D'autre part, c'est l'individualité du justiciable qui sera prise en compte par le juge (section II).

Section I. L'intervention des émotions de l'individu qui juge

185. Deux défenses possibles contre les émotions seraient regrettables dans le cadre de l'office des juges. Il s'agit d'une part du développement d'une insensibilité face aux situations et d'autre part du retranchement derrière la certitude⁹³³.

C'est pourquoi, l'individualité du procès pénal commande que certaines émotions actives soient nécessairement perçues par les juges (§ I), le doute étant par ailleurs institué par le droit comme méthode de jugement (§ II).

§I. Certaines émotions actives du juge intégrant le processus décisionnel

186. Il faut revenir à la condition humaine du juge pour étudier le mécanisme de prise de décision, en général, et relever que, si celui-ci relève de processus cognitifs⁹³⁴, il se fait également au moyen de l'émotion⁹³⁵.

⁹³² Cette disposition a été supprimée par l'article 3 de la loi n° 2014-896 du 15 août 2014.

⁹³³ B. DE GOUTTES avocat général près la Cour d'appel de Paris, entretien informel, 17 juin 2010, palais de justice de Paris. Voir également, J. ALLARD, A. GARAPON, F. GROS, *Les vertus du juge*, Paris, Dalloz, 2008, p. 7 : « Le procès est un univers de fiction et de pressions, de manipulations légitimes : le juge doit à la fois savoir y résister et savoir y succomber : voilà toute la difficulté. Un bon magistrat doit préparer ses dossiers avant l'audience mais la prudence l'invite à se garder de tout décider avant dans son for intérieur en privant ainsi l'audience de tout suspense. La prudence commande de ne pas se laisser séduire par les effets de manche, mais elle demande également de se laisser convaincre ! ».

⁹³⁴ A. BERTHOZ, « Bases neurales de la décision. Une approche de neurosciences cognitives », *Annales Médico-psychologiques*, V. 170, 2012, p. 115.

⁹³⁵ Il est fréquent de parler dans le langage neuroscientifique de cerveau des émotions, côtoyant le cerveau rationnel.

En effet, la lacune majeure de la sociologie est de s'être cantonnée à opposer l'émotion à l'une ou l'autre, selon les auteurs, des caractéristiques de la rationalité, à ce qui est calculé, contrôlé, règlementé, prévisible, se bornant à en donner une appréciation par la négative, non indépendante d'autres notions⁹³⁶.

Toutefois, les théories de l'émotion dégagées respectivement par WEBER et DURKHEIM tentent tout de même d'expliquer les imbrications entre la rationalité et l'émotion. Ainsi, ces deux penseurs, au-delà de leurs divergences de vues, se retrouvent dans leurs études de l'action sociale et dans leurs projets d'en situer les origines entre les passions et l'intérêt⁹³⁷. Leurs théories permettent de relier l'émotion à la connaissance, nécessaire à toute action⁹³⁸.

En poursuivant l'étude de la pensée de WEBER, l'on s'aperçoit qu'il décline le choix qui relève de la rationalité pratique de l'action en deux alternatives⁹³⁹ : l'individu rationalise son action soit en « finalité », lorsque les moyens sont choisis en fonction de leur efficacité à atteindre les buts, (*zweckrational*), soit en fonction de leur valeur intrinsèque, que cette valeur soit morale, esthétique ou encore religieuse (*Wertrational*). Les actions affectuelles sont pour lui le domaine de prédilection de l'émotion et sont, par conséquent, irrationnelles. Pour les analyser, la seule possibilité selon lui est de les traiter comme des « perturbations » de la même activité « rationnelle en finalité ». Les émotions seraient donc parfaitement irrationnelles.

⁹³⁶ C-H. CUIN, « Émotions et rationalité dans la sociologie classique : les cas de WEBER et DURKHEIM », *Revue européenne des sciences sociales, Cahiers Vilfredo Pareto, Autour de l'épistémologie de la sociologie et de la sociologie des sciences : des débats, un réexamen*, n° XXXIX-120, pp. 77-100.

⁹³⁷ La terminologie employée par les auteurs du tournant du 19^{ème} siècle est intéressante : WEBER étudie les notions d'action « affectuelle » ou de « charisme ». Il place la rationalité affectuelle parmi les déterminants idéal-typiques de l'action : selon lui, les hommes agissent aussi sous le coup de l'émotion, sans pour autant que leurs actions soient irrationnelles ; PARETO parle des « résidus » et DURKHEIM fonde ses théories sur les concepts d'« effervescence générale », « d'ébranlement collectif » (les émotions participent à l'effervescence collective à partir de laquelle se construit le monde de la religion, celle-ci étant la première forme de connaissance du monde) ou d'« états forts de la conscience commune », n'hésitant pas à employer souvent le terme même d'« émotion ». Voir E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, Paris, PUF, 2007, p. 67 et E. DURKHEIM, *Les formes élémentaires de la vie religieuse, le système totémique en Australie*, Paris, C.N.R.S., 2007, pp. 314 et s., spécifiquement p. 318.

⁹³⁸ Voir sur ce point, M. DRULHE, « Emotion et Société : un enjeu sociologique », in, *Emotions, Corps & Santé : « Un gouvernement par la parole ? »*, Actes des Deuxièmes Journées Scientifiques du Réseau « Santé & Société », Toulouse, Face à face, n°9, 2006, « Nous savons bien qu'il n'y a pas d'action sans quelques formes de mobilisation de ressources cognitives : parmi elles les émotions ».

Par ailleurs, SPINOZA considérant que l'humain se définit par ses actes, distingue les actions (adéquation de l'agir à l'essence de l'individu par un déploiement autonome), qui produisent des affects positifs et les passions (l'inadéquation de l'acte vient de l'absence d'autonomie du désir). Les passions ne peuvent être dépassées que par la connaissance. Voir J-P. BRONCKART, « L'approche des émotions/ sentiments chez Spinoza, James et Vygotski », in *Emotions et sentiments : une construction sociale. Approches théoriques et rapports aux terrains*, sous la direction de M. CHARMILLOT, C. DRAYER, F. FARRUGIA, M-N. SCHURMANS, Paris, l'Harmattan, 2008, pp. 27 et s.

⁹³⁹ Sur les différents niveaux d'analyse de la rationalité dégagés par M. WEBER, voir M. COUTU, *Max WEBER et les rationalités du droit*, Paris, Québec, L.G.D.J., les Presses de l'Université Laval, 1995, pp. 27-30.

Ainsi, une analyse de l' « émotion » du juge, définie comme la mise en mouvement de la conscience, qui reposerait sur la capacité de choisir les moyens d'atteindre une finalité prédéterminée de cette émotion semble à première vue en parfaite opposition avec la classification de WEBER⁹⁴⁰.

Pourtant, l'analyse de WEBER ne semble pas devoir anéantir toute idée d'implication de certaines émotions dans un processus rationnel.

En effet, N. H. FRIJDA, auteur d'analyses psychologiques de l'émotion, a justement pu démontrer que les émotions ont un contenu et une visée intentionnels⁹⁴¹. S'il est évident que cette définition ne convient pas aux émotions passivement subies comme la terreur qui fait suite à une menace ou un chantage, ni aux émotions actives inhibant le raisonnement, là où l'émotion active laisse le juge maître de sa pensée, l'analyse relative à l'action sociale est parfaitement transposable.

Dès lors, là où WEBER affirme qu'une action est toujours intentionnelle, il est possible d'affirmer que certaines émotions peuvent l'être.

Par exemple, l'empathie, la compassion, qui manifestent une démarche vers la perception d'autrui, peuvent bel et bien être orientées vers le souci de mieux comprendre une situation. La non-intentionnalité ne peut donc être érigée en caractéristique universelle de l'émotion.

Plus précisément, l'émotion peut être l'un des éléments matériellement rationnels intervenant dans l'acte juridictionnel et participe ainsi à la rationalité du droit⁹⁴².

En effet, les émotions pourraient être rationnelles en ce que le sujet pourrait choisir - pour rester dans l'exemple qui constitue le fil conducteur de cette analyse - de faire preuve d'empathie et de compassion afin de pouvoir mieux comprendre une personnalité⁹⁴³.

⁹⁴⁰ L'intentionnalité d'une action est, pour WEBER, la capacité de son acteur de donner des buts à son action en fonction de ses choix. La rationalité est quant à elle la capacité de choisir les moyens d'atteindre ces buts. Voir M. WEBER, *Economie et société*, trad. de l'allemand par J. FREUND, P. KAMNITZER, P. BERTRAND, sous la dir. de J. CHAVY et E. de DAMPIERRE, Paris, Pocket, 1995, 2 vol., 410 et 424 p. Voir également M. WEBER, *Essais sur la théorie de la science*, Paris, Plon, 1965, 539 p.

Appliquée à l'émotion, l'intentionnalité pourrait être la capacité du sujet de donner un but à la mise en mouvement de sa conscience, en fonction des objectifs recherchés.

⁹⁴¹ Voir N. H. FRIJDA, *The Emotions*, Maison de sciences de l'Homme and Cambridge University Press, 1986, pp. 98 et s. Sur le lien entre rationalité et intentionnalité, voir R. DE SOUSA, « The rationality of emotions », in A.O. RORTY, *Explaining Emotions*, Berkeley and L.A., University of California Press, 1980, p. 129.

⁹⁴² M. COUTU, *op. cit.*, pp. 70 et s.

Ainsi, dès lors que la possibilité d'une rationalité des émotions « actives » est démontrée, la mise en mouvement de la conscience par l'individu peut se révéler être l'aboutissement d'un réel raisonnement consistant à y affecter des objectifs et, éventuellement, à choisir les moyens d'atteindre ces buts⁹⁴⁴.

La possibilité d'articuler les mouvements de conscience autour d'un « raisonnement émotionnel » est alors envisageable⁹⁴⁵. Ainsi, à côté du raisonnement juridique, du syllogisme, le magistrat est amené à user d'un raisonnement émotionnel.

Par suite, dès lors que les émotions peuvent intégrer un processus rationnel, il faut envisager l'hypothèse selon laquelle elles interviendraient dans le mécanisme de prise de décision. C'est ce qu'a permis de démontrer l'analyse des données neuroscientifiques.

En effet, les études neuroscientifiques ont montré que l'émotion et la raison concourent toutes deux à la décision, dans la mesure où le raisonnement cognitif intervient à la suite du traitement émotionnel de l'information, pour venir le justifier⁹⁴⁶.

Plus précisément, il a été démontré que l'*amygdale* reçoit les informations perçues par la vue et permet, par exemple au juge, d'enregistrer les informations concernant le mis en cause qui se présente devant lui.

⁹⁴³ Cette idée est en adéquation avec la définition de l'émotion perçue comme une attitude et non pas seulement comme une réaction. Voir R. DANTZER, *Les émotions*, Paris, P.U.F., 1988, p. 9 ; Voir A. FLÜCKIGER, « Pourquoi respectons-nous la soft law ?, Le rôle des émotions et des techniques de manipulation », *Revue européenne des sciences sociales*, 2009, n°144, *Rationalité et émotions : un examen critique*, pp. 73-103 : « L'opposition entre raison et émotion est en réalité utilisée à des fins persuasives dans tout processus de décision, que celui-ci soit juridique, politique, économique ou autre : celui qui appelle l'autre à la raison tente en fait de lui montrer qu'il existe d'autres émotions susceptibles de fonder sa décision qui doivent l'emporter ou que certaines émotions peuvent être apaisées. Les décisions qualifiées d'émotionnelles illustrent le propos. L'internement à vie des délinquants dangereux est émotionnellement fondé sur le dégoût et la peur du criminel pervers, sur l'empathie envers les victimes et la tristesse ainsi que la colère que celles-ci peuvent ressentir ; les mesures restrictives à l'égard des étrangers sont essentiellement fondées sur la peur de l'autre en raison de la dangerosité prétendue ou de la crainte que les indigènes perdent leurs emplois. Auprès de certains, ces émotions sont prépondérantes et l'emportent définitivement ; chez d'autres elles sont contrebalancées par des émotions soit semblables, mais dirigées autrement telles que l'empathie et la pitié envers le coupable ».

⁹⁴⁴ La difficulté découle du fait que l'on touche à la complexe question du contrôle des émotions. Sur cette question, voir § 255 de la présente étude.

⁹⁴⁵ Il faudra se référer à ce propos aux théories sur l'intelligence émotionnelle. Voir R. FARHAT, *L'optimisation des performances du négociateur par la gestion des affects ; « L'intelligence émotionnelle » en négociation commerciale*, thèse pour le Master professionnel NEGOCIA, Paris, 2008, 138 p.

⁹⁴⁶ M. BENEZECH, « Evaluation, jugement, vérité et intime conviction », *Annales médico-psychologiques*, V. 170, 2012, p.140.

Dès que le contact est établi par le regard, tout le cerveau émotionnel est activé⁹⁴⁷. Puis, cette structure qu'est l'*amygdale* affecte une valeur à ce que l'on voit. Ainsi, le juge trouvera la personne mise en cause agréable, ou antipathique, ou sentira un danger et aura ainsi sa première impression immédiate, positive ou négative, qui déclenche les manifestations végétatives.

C'est ensuite dans le *cortex orbito-frontal* que le lien est opéré entre la valeur affectée grâce à l'*amygdale* et le cerveau cognitif qui permet la prise de décision⁹⁴⁸. A ce stade, le changement d'opinion est également rendu possible⁹⁴⁹.

La décision cognitive et la décision émotionnelle s'articulent finalement en trois grandes étapes matérialisées par le neurobiologiste Etienne KOEHLIN : celle de la motivation qui se produit dans le cortex frontal (par exemple : j'ai envie de manger quelque chose), puis l'émotion qui émane de l'*amygdale* et du cortex orbito-frontal (j'aime ça) et enfin la décision dans le cortex préfrontal supérieur (je mange ce que j'aime)⁹⁵⁰.

Ce mécanisme semble tout à fait évident concernant les décisions des plus élémentaires, comme dans l'exemple cité, de la vie courante. Cependant, appliqué à la complexité d'une décision judiciaire, il pourrait se révéler moins évident : le premier élément serait la nécessité pour le juge de rendre une décision (je dois juger), puis l'émotion (l'empathie, le doute). Ces éléments ne mèneraient à la décision judiciaire qu'après leur confrontation aux éléments cognitifs, de fait et de droit.

Dans le même sens, DAMASIO est parvenu à démontrer que les émotions entrent dans le processus décisionnel rationnel à travers l'étude des choix d'individus dont la zone préfrontale, commandant les émotions, est lésée. Ces individus ne sont pas à même de faire des évaluations rationnelles à long terme⁹⁵¹.

⁹⁴⁷ La pratique de la visioconférence insère un écran et aseptise cette relation établie par le regard. L'odeur est également absente. Le juge ne verra pas forcément les tremblements du prévenu. Voir sur ces questions : B. BERNABE, A. GARAPON, C. KADRI, S. PERDRIOLLE, *La prudence et l'autorité, l'office du juge au XXI^e siècle, Rapport de la mission de réflexion confiée par Madame C. TAUBIRA, Garde des Sceaux, à l'Institut des hautes études sur la justice, sur l'évolution de l'office du juge et son périmètre d'intervention, rapport de l'I.H.E.J.*, mai 2013, pp. 74-77.

⁹⁴⁸ A. BERTHOZ, *op. cit.*, p. 117.

⁹⁴⁹ E. KOEHLIN, F. KOUNEIHHER, C. ODY, « The architecture of cognitive control in the human prefrontal cortex », *Science*, vol. 302, n° 5648, 2003, pp. 1181-1185.

⁹⁵⁰ E. KOEHLIN, F. KOUNEIHHER, C. ODY, *op. cit.*, pp. 1181-1185.

⁹⁵¹ A-R. DAMASIO, *L'erreur de Descartes : la raison des émotions*, traduit de l'anglais par M. BLANC, Paris, Odile Jacob, 2008, pp. 170 ; 224 et s. et spécifiquement, pp. 247 et s.

En somme, il y a bien des relations entre rationalité et émotions⁹⁵². Les émotions participent de la prise de décision et le maniement d'un « raisonnement émotionnel », côtoyant le syllogisme juridique se révèle donc possible et parfois nécessaire⁹⁵³.

187. L'individualité du procès commande donc que certaines émotions du juge intègrent sa décision (§I). Plus spécifiquement, le doute du juge tient une place importante au sein de la procédure et de la pratique pénale, en ce qu'il contribue aux différentes étapes du processus décisionnel (§II).

§II. La méthodologie du doute encadrant le système de l'intime conviction

188. Il faut partir de la définition qui fait de l'émotion une mise en mouvement de la conscience se traduisant par des troubles physiologiques. Le doute du juge, institué en droit pénal, semble être une mise en balance d'éléments pris en compte par la conscience afin d'approcher la vérité.

De plus, le doute qui s'exprime dans le cadre de l'élaboration de l'intime conviction du juge semble bien résulter du différentiel entre l'idéal de parvenir à la vérité, le désir de se forger une intuition juste dans une affaire et la réalité des éléments de preuve. Il s'agit d'un état de conscience qui oscille entre l'espoir de parvenir à la vérité et la peur de se tromper. Il semble donc répondre à la définition défendue par P. LIVET et constitue bien une émotion au sens de la présente réflexion.

Or, le différentiel décrit par l'auteur permet de réviser les attentes et croyances qui ne seraient plus en adéquation avec la situation constatée⁹⁵⁴.

⁹⁵² P. LIVET insiste sur le fait que l'émotion et la raison dépendent de sélections dictées par les mêmes considérations évolutives, appliquée à même individu, pour en conclure qu'il est tout à fait logique que ces processus soient en étroites relations. Voir P. LIVET, « Emotions et rationalités en sciences sociales », *intervention pour l'université de tous les savoirs*, conférence, 27 octobre 2002. C'est d'ailleurs bien parce que les émotions intègrent le raisonnement du juge qu'il faut le protéger de certaines d'entre-elles.

⁹⁵³ Cette remarque est d'autant plus éprouvée lorsque le poste occupé par le juge le met en position de devoir officier hors du cadre de toute audience, dans un lieu ne permettant aucune barrière avec les protagonistes. C'est le cas du juge des enfants, du J.A.P. voir sur ce point : A. GARAPON, S. PERDRIOLLE, B. BERNABE, C. KADRI, *op. cit.*, pp. 86-102.

⁹⁵⁴ Sur les rapports entre émotions et révision, voir P. LIVET, *Emotions et rationalité morale*, Paris, P.U.F., 2002, pp. 28 et s. et pp. 73 et s. L'auteur défend l'idée selon laquelle l'émotion est source de révision.

En l'occurrence, il s'agit pour le juge de reconsidérer les éléments qui l'ont fait aboutir à une intuition ou conclusion contraire à ce que les nouveaux éclairages peuvent révéler. Tant que cette révision n'aura pas lieu, l'émotion, le doute persistera.

Le doute peut donc être qualifié d'émotion active qui permet de structurer une réflexion et œuvre ainsi à la recherche de la vérité. Celui-ci s'apparente dès lors à ce que DESCARTES décrivait comme un doute méthodique⁹⁵⁵.

189. Répondant à ces conditions, le doute méthodique ou « judiciaire », doit outrepasser le filtre émotionnel, à tel point qu'il est institué comme un paramètre contribuant au jugement (A). Le doute est donc un ingrédient du jugement, il est au cœur de l'analyse du juge. La justice doit, à terme, faire cesser une incertitude pour la remplacer par une vérité judiciaire⁹⁵⁶. Le Doyen CARBONNIER désignait cette idée par cette formule : « le jugement est un doute qui décide ; le procès, l'institution d'une mise en doute avec une décision au bout »⁹⁵⁷.

Toutefois, le doute peut dépasser la mesure lui permettant de s'inscrire dans une démarche de raisonnement⁹⁵⁸. Ce doute du sceptique qui empêche, selon François TERRE, tout jugement, relèvera alors des émotions à proscrire⁹⁵⁹. Les juges craignent ce doute personnel, parfois paralysant, et tentent de lutter contre, là où ni le droit, ni la pratique n'ont pu les aider (B).

A. Le doute « judiciaire » : une émotion contribuant au jugement

190. Le doute peut apparaître dans l'esprit du juge à différents stades de son raisonnement : il peut avoir un doute quant à la qualification des faits et donc relativement à la règle de droit applicable.

⁹⁵⁵J-D. BREDIN, « Le doute et l'intime conviction », *Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique*, 01 janvier 1996, n°3, p. 21. Voir également R. DESCARTES, *Discours de la Méthode, Pour bien conduire sa raison, et chercher la vérité dans les sciences* (1637), Paris, librairie classique d'Eugène BELIN, 1861, 70 p., où l'on retrouve trace de ce doute dans la quatrième partie, pp. 29 et s., et surtout dans *les Règles pour la direction de l'esprit*, traduction et notes par J. SIRVEN, Paris, Vrin, 2003, 153 p.

⁹⁵⁶France culture, *Emission Le Bien commun*, « Doute et subjectivité du juge, Quelle est la place du doute et celle de la subjectivité dans le métier de juge ? », 02 juillet 2011, 13:30, présentée par A. GARAPON, invité Roland CUER, magistrat.

⁹⁵⁷J. CARBONNIER, *Sociologie Juridique*, Paris, P.U.F., 1972, pp. 135-136.

⁹⁵⁸ « Le doute n'est ni une impiété, ni un blasphème, ni un crime ; mais une transition d'où l'homme retourne sur ses pas dans les Ténèbres ou s'avance vers la lumière ». H. de BALZAC, *Séraphîta*, Pléiade, t.X, p. 545.

⁹⁵⁹ Voir F. TERRE, « Synthèse », in *Le doute et le droit*, Paris, Dalloz, 1994, pp. 1- 12.

Plus sensiblement, le juge peut également être confronté au doute dans son appréciation des preuves dont il a connaissance. Ainsi, s'il y a peu de preuves, ou si elles sont contradictoires ou peu explicites, les hésitations peuvent s'installer.

De plus, même lorsque les preuves sont convaincantes et suffisantes, elles nécessitent une opération de raisonnement par inférence et traduisent de simples probabilités, potentiellement remises en causes lors des recours en révision⁹⁶⁰. Le doute subsiste au-delà de cette probabilité, dont le juge est libre d'apprécier la force⁹⁶¹.

Enfin, les hésitations se concentrent souvent autour de la décision relative à la culpabilité⁹⁶². Le doute peut alors intervenir soit dans le cadre de l'appréciation de l'élément matériel de l'infraction, soit au stade de l'évaluation de l'intentionnalité.

191. La naissance de ce doute n'est pas seulement un élément relevant de la pratique de l'office du juge. Le doute du juge est consacré par le droit⁹⁶³. Plus encore, les règles procédurales le suscitent.

Par exemple, si la partialité est prohibée, c'est notamment parce que le juge doit pouvoir être en situation de doute. Or la partialité du juge empêcherait tout doute. En effet, si le juge a un préjugé en faveur de la culpabilité ou rejuge un individu auparavant déclaré coupable, ses premières impressions négatives ont tendance à persister car elles aboutissent à la réalisation de portraits des individus, qui font attendre certains types de comportements de leur part⁹⁶⁴. La tendance naturelle du juge, comme celle de tout individu, sera alors de chercher les moyens de conforter sa position, de confirmer ses croyances, œuvre plus aisée que de s'imposer la contradiction⁹⁶⁵.

⁹⁶⁰ M-C. NAGOUAS-GUERIN, *Le doute en matière pénale*, Paris, Dalloz, 2002, p. 224.

⁹⁶¹ Le juge CUER rappelle dans son entretien que même dans les hypothèses d'aveux, le doute n'est pas anéanti. France culture, *Emission Le Bien commun*, présentée par A. GARAPON, *op. cit.*

⁹⁶² J-P. ANCEL, « Le doute du magistrat », in *Le doute et le droit, Actes du colloque IFC Barreau de Paris*, Paris, Dalloz, 1994, pp. 24 et s.

⁹⁶³ Plus largement, le droit positif autorise certains actes fondés sur l'existence d'un doute. Il en va par exemple ainsi des contrôles d'identité effectués par les services de police. Par ailleurs, l'article 62-2 du code de procédure pénale fait reposer le placement en garde à vue sur l'existence d'un doute : « la garde à vue est une mesure de contrainte décidée par un officier de police judiciaire, sous le contrôle de l'autorité judiciaire, par laquelle une personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement est maintenue à la disposition des enquêteurs ».

⁹⁶⁴ N. PRZYGODZKI-LIONET, « Psychosociologie du procès pénal », in *Etre magistrat dans la cité, entre légitimes attentes et tentations démagogiques, Les cahiers de la justice, revue de l'Ecole nationale de la magistrature*, Printemps 2007, pp. 227 et s.

⁹⁶⁵ Voir § 28 et 42 de la présente étude, en ce qui concerne les présomptions sur lesquelles reposent certains motifs de récusation et d'incompatibilités, liées à la connaissance antérieure du dossier.

Il va pour cela ne sélectionner que les faits ou les comportements qui vont dans le sens de ces prédictions⁹⁶⁶. Puisqu'il considère un individu comme étant coupable, il ne va s'attacher qu'à trouver les preuves de cette culpabilité⁹⁶⁷. Dès lors, le point de départ du raisonnement du juge se rapproche de la suspicion et ne laisse que peu de place au doute. Si un doute persistait tout de même à l'issue de la procédure, il ne pourrait être perçu comme suffisamment sérieux pour fonder la relaxe ou l'acquittement.

Par ailleurs, le principe du contradictoire œuvre également à l'existence d'un doute dans l'esprit de celui que les preuves doivent convaincre⁹⁶⁸.

Enfin, le système de l'intime conviction laisse également la place au doute dans l'esprit du juge⁹⁶⁹.

En effet, si la définition de l'intime conviction renvoie, dans un sens ordinaire, à l'idée de certitude intérieure, ce mécanisme ayant longtemps relevé d'une théorie romantique de la preuve désignant une certitude morale reposant sur des émotions irrationnelles⁹⁷⁰, il semble pourtant, à la lecture des textes, qu'elle renvoie à la liberté dans l'appréciation de la preuve de la culpabilité⁹⁷¹.

⁹⁶⁶ Voir R. ROSENTHAL, « L'influence de l'expérimentateur sur les résultats dans la recherche en psychologie », in G. LEMAINÉ et J.-M. LEMAINÉ, *Psychologie sociale et expérimentation*, Paris, Mouton Bordas, 1969, pp. 291 et s.

⁹⁶⁷ M. LAILLER, H. VONOVEN, *Les erreurs judiciaires et leurs causes*, Paris, A. Pedone, 1897, p. 2.

⁹⁶⁸ Sur ces questions, voir J.-F. CESARO, *Le doute en droit privé*, Thèse Paris II, Paris, éditions Panthéon-Assas, L.G.D.J., 2003, pp. 39 et s. et pp. 63 et s.

⁹⁶⁹ L'article 427 du code de procédure pénale prévoit que le juge du tribunal correctionnel dispose de la liberté de la preuve et décide d'après sa conscience et son intime conviction. Les articles 304 et 353 du C.P.P. traitent de l'intime conviction devant la cour d'assises. L'article 353 de ce code est ainsi rédigé : « sous réserve de l'exigence de motivation de la décision, la loi ne demande pas compte aux juges des moyens par lesquels ils se sont convaincus, elle ne leur prescrit pas de règles desquelles ils doivent faire particulièrement dépendre la plénitude et la suffisance d'une preuve ; elle leur prescrit de s'interroger eux-mêmes, dans le silence et le recueillement et de chercher, dans la sincérité de leur conscience, quelle impression ont faite, sur leur raison, les preuves rapportées contre l'accusé, et les moyens de sa défense. La loi ne leur fait que cette seule question, qui renferme toute la mesure de leurs devoirs : avez-vous une intime conviction? ». Pour le tribunal de police, art. 536 du C.P.P. ; en matière d'appel, art. 512 du C.P.P.

⁹⁷⁰ E. ZAPPALA, « Présomption d'innocence, entre « intime conviction » et « beyond reasonable doubt » », in *Mélanges offerts à R. GASSIN*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2007, p. 345. Le système de la preuve pénale était quant à lui conçu pour éviter l'arbitraire du juge. Voir CASAMAYOR, *Les juges*, Paris, Seuil, 1963, p. 11.

⁹⁷¹ J.-D. BREDIN, « Le doute et l'intime conviction », *Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique*, 01 janvier 1996, n°3, pp. 21-29.

La précision est importante au regard des antinomies qu'elle permet de lever : elle permet d'une part de concilier l'intime conviction et la subsistance d'un doute. Ainsi, une conviction qui n'est plus synonyme de certitude laisse place à la possibilité du doute⁹⁷².

D'autre part, il est désormais possible d'analyser le système de l'intime conviction comme pouvant reposer sur des émotions parfaitement rationnelles. Une preuve de cette rationalité de la conviction intime se trouve dans les textes mêmes, précédemment cités, qui consacrent ce mode de jugement. En effet, l'article 353 du C.P.P. fait référence à la nécessité de chercher quelles impressions ont faite, sur leur raison, les preuves rapportées contre l'accusé, et les moyens de sa défense.

L'intervention de la raison est ainsi posée : la conviction se construit bien à partir d'éléments rationnels, que certains opposent aux émotions⁹⁷³, mais qui peuvent pourtant bien intégrer celles qui relèvent de la rationalité. Tel est justement le cas du doute qui contribue au jugement.

192. Ainsi, le point de départ de la méthode de réflexion du juge consiste généralement dans le fait de tenter de dépasser un doute initial⁹⁷⁴.

Le recours à l'intime conviction repose en effet sur un postulat : lorsque le doute s'installe face à l'incertitude de certaines preuves, seul celui-ci justifie le recours à ce système.

Toutefois, si un doute sérieux persiste par la suite dans l'esprit du juge, celui-ci transcende les premières ébauches de convictions du juge, afin de profiter à l'accusé.

C'est ainsi que le doute est institué comme étant à la fois un élément permettant de parvenir à une intime conviction (1), et une limite pouvant dicter la solution du procès (2).

⁹⁷² France culture, *Emission Le Bien commun*, présentée par A. GARAPON, invité R. CUER, *op. cit.*

⁹⁷³ E. ZAPPALA, *op. cit.*, p. 345.

⁹⁷⁴ Il est par ailleurs intéressant de rapprocher l'intime conviction de la notion de *for intérieur*, dans la mesure où le *for* désignait anciennement le tribunal. Dès lors, la conviction pourrait être la reproduction, dans la personne du juge, des instants du procès et de la décision et rien ne s'opposerait à ce qu'elle soit empreinte de doute. Ceci est également vrai, à la lecture de l'article 622 du C.P.P., lorsqu'il s'agit de réviser un jugement : « la révision d'une décision pénale définitive peut être demandée [...] lorsque, après une condamnation, vient à se produire où 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 ».

1. Le doute : condition et moyen de l'intime conviction

193. Le système de l'intime conviction est introduit au XVIII^{ème} siècle par le législateur révolutionnaire, par opposition à l'ancien système de la preuve légale.

Il a été souvent critiqué parce qu'il laissait trop de place à la subjectivité et aux sentiments⁹⁷⁵. Mais ces objections revenaient à analyser l'intime conviction comme une certitude, pour le moins comme un procédé de l'esprit dénué de raisonnement.

Il vient pourtant d'être démontré que l'intervention du doute reste possible au sein du système de l'intime conviction, de sorte que la conviction résulte d'une analyse dialectique des éléments, qui permet parfois de dépasser ces hésitations. L'intime conviction implique donc une dynamique de l'esprit.

Précisément, ce système est conçu comme une réponse à l'incertitude des preuves, afin d'approcher de manière plus sûre la vérité⁹⁷⁶: le juge a un doute sur la preuve des faits, mais son intime conviction va venir masquer ce doute afin qu'il ne se rende pas coupable de déni de justice. Le juge ne peut donc pas se retrancher derrière la subsistance d'un doute pour ne pas trancher un litige. Ainsi, la liberté de la conviction est en quelque sorte limitée par l'interdiction du déni de justice posée à l'article 4 du code civil. Par ailleurs, il ne peut pas invoquer un doute simple au soutien d'une décision, par exemple pour justifier l'allègement des dommages-intérêts. Il s'agit donc pour le juge de parvenir, à l'issue de l'étude du dossier, à une opinion personnelle intuitive mais non moins éclairée.

194. Afin de tenter d'approcher de plus près la démarche intellectuelle du juge, il est intéressant de s'attacher à la perception qu'ont les magistrats eux-mêmes du processus de l'intime conviction.

La majeure partie des magistrats réduit le jugement selon leur intime conviction à l'application systématique du doute à chaque élément de preuve afin de les classer en éléments à charge ou au contraire à décharge.

⁹⁷⁵ Cette critique peut être rapprochée de celle du jury faite par G. TARDE : « une autre superstition, la foi optimiste en l'infailibilité de la raison individuelle, du sens commun, de l'instinct naturel, a suscité en Europe, [...], le jury, révélation présumée du vrai par la conscience non éclairée et non raisonnante ». Voir G. TARDE, *La philosophie pénale*, Lyon, Storck, Paris, Masson, 2^{ème} édition, 1891, p. 435.

⁹⁷⁶ M-C. NAGOUAS-GUERIN, *op. cit.*, p. 241.

Ainsi, par une logique déductive, le doute viendrait méthodiquement révéler la vérité intrinsèquement contenue dans les faits⁹⁷⁷.

Le juge CUER a tenté d'explicitier la façon dont il construit une décision, précisant que cette problématique est source d'angoisse pour lui⁹⁷⁸. Il révèle une autre perception, plus résiduelle, que les magistrats peuvent avoir du système de l'intime conviction.

En effet, une certitude apparaît selon lui : rien ne fonctionne selon l'idée d'une balance en faveur de la culpabilité ou de l'innocence. Cette idée serait selon lui confortable car le raisonnement serait tout à fait arithmétique, mais ne correspond pas à la réalité.

Dans la pratique, que l'on soit l'unique juge ou que l'on délibère au sein d'un collège, la démarche est presque semblable : le délibéré part de la conviction de chacun pour se modifier.

Pour expliquer ce qu'est la démarche de la prise de décision ou le délibéré, il fait référence à DEULEUZE rappelant dans ses cours que l'esprit c'est un fourmillement de petites perceptions, qui, selon la formule de LEIBNITZ, « plie l'âme dans tous les sens »⁹⁷⁹. Au cours de la prise de décision, l'on peut, selon le magistrat interrogé, lire la douleur sur les visages des juges, qui retranscrit tous ces petites perceptions qui se choquent⁹⁸⁰.

Lorsqu'il s'agit de passer du fourmillement à l'élaboration d'une conviction, son sentiment est que tout fonctionne de façon linéaire : l'esprit examine les arguments les uns après les autres, jamais en même temps. « La conscience s'imprègne de l'examen de chaque argument ». Puis, lorsque le juge revient rétrospectivement à l'examen du premier argument, son état conscient est différent, tout se passe comme si ce n'était pas le même délibérant qui se penchait sur cet élément⁹⁸¹. Finalement, vient le moment où la conscience est envahie par la conviction⁹⁸².

⁹⁷⁷ M-J. GRIHOM, « L'intime conviction des magistrats : subjectivation pénale et conflit subjectif dans un cas d'inceste », *Annales Médico-psychologiques*, Vol. 170, 2012, p.121.

⁹⁷⁸ France culture, *Emission Le Bien commun*, « Doute et subjectivité du juge, Quelle est la place du doute et celle de la subjectivité dans le métier de juge ? », 02 juillet 2011 - 13:30, présentée par A. GARAPON, invité Roland CUER, magistrat.

⁹⁷⁹ Voir les cours de G. DELEUZE, Cours, Vincennes – St. Denis, la taverne, 24 février 1987 ; selon LEIBNIZ, le tissu de l'âme est un fourmillement de petites inclinations qui plie l'âme dans tous les sens. C'est ce que LEIBNIZ appelle les petites perceptions et les petites inclinations. Il dira que ce que LOCKE appelle inquiétude c'est ce fourmillement incessant.

⁹⁸⁰ France culture, *Emission Le Bien commun*, présentée par A. GARAPON, invité R. CUER, *op. cit.*

⁹⁸¹ France culture, *Emission Le Bien commun*, présentée par A. GARAPON, invité, R. CUER, *op. cit.*

⁹⁸² HUTCHESON parle d'imagination et d'intuition qui font suite à l'examen et à la réflexion sur les éléments du dossier : « j'attends le sentiment, le hunch, - cet éclair intuitif de l'entendement qui constitue l'étincelle de jonction entre la question et la décision et, au point où le sentier est le plus obscur pour le pied du juge, répand sa lumière le long de la route ». J. C. HUTCHESON, « Le jugement intuitif, la fonction du « hunch » dans la décision judiciaire », trad. MARTY (G.), in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. GENY*, Paris, Sirey, 1934, p. 539.

Le doute peut alors avoir été chassé, dans un sens comme dans l'autre, ou persister et profiter à la personne mise en cause. Le juge est alors soulagé, il sort d'une phase de scrupule pour entrer dans « l'horizon indépassable de la justice »⁹⁸³.

Il existe enfin selon le magistrat, une expérience professionnelle qui permet de dépasser le doute, par « des moyens de raison », comme la déduction, l'induction, la comparaison, et seuls les faits sur lesquels s'applique cette méthodologie restent subjectifs.

Ces derniers propos insistent sur l'importance de ne pas déconnecter l'intime conviction de toute assise méthodologique et technique dans l'évaluation des preuves, afin de ne pas laisser trop de place à l'intuition sans fondement⁹⁸⁴.

Ainsi, il retranscrit l'idée selon laquelle l'élaboration de l'intime conviction résulterait des doutes internes portant sur chaque élément, afin d'en éprouver la vérité, en ayant conscience de la faillibilité de sa propre pensée⁹⁸⁵. Il s'agit d'associer la pensée conceptuelle fondée sur des connaissances et les représentations liées à l'expérience⁹⁸⁶.

195. Le système de l'intime conviction est toutefois encadré par le respect du principe de légalité dans la production de la preuve, duquel découle celui du respect du contradictoire⁹⁸⁷.

⁹⁸³ France culture, *Emission Le Bien commun*, présentée par A. GARAPON, invité R. CUER, *op. cit.*

⁹⁸⁴ F. GORPHE, *L'appréciation des preuves en justice, essai d'une méthode technique*, Paris, Sirey, 1947, 488 p.

Sur la notion d'intuition, voir H. BERGSON, *La pensée et le mouvant Essais et conférences*, Paris, P.U.F., 1969, p. 20 : « Intuition signifie d'abord conscience, mais conscience immédiate, vision qui se distingue à peine de l'objet vu, connaissance qui est contact et même coïncidence ». « C'est ensuite de la conscience élargie [...] à travers des alternances rapides d'obscurité et de lumière, elle nous fait constater que l'inconscient est là ; contre la stricte logique elle affirme que le psychologique a beau être du conscient, il y a néanmoins un inconscient psychologique ».

Voir aussi, H. BERGSON, *op. cit.*, pp. 19 et 20 : « l'intuition, comme toute pensée, finit par se loger dans des concepts. Mais le concept qui est d'origine intellectuelle est tout de suite clair, au moins pour un esprit qui pourrait donner l'effort suffisant, tandis que l'idée issue d'une intuition commence d'ordinaire par être obscure » ; p. 118 : « l'intuition, une fois prise, doit trouver un mode d'expression et d'application qui soit conforme aux habitudes de notre pensée et qui nous fournisse, dans des concepts bien arrêtés, les points d'appui solides dont nous avons un si grand besoin. Là est la condition de ce que nous appelons rigueur, précision, et aussi extension indéfinie d'une méthode générale à des cas particuliers. Or cette extension et ce travail de perfectionnement logique peuvent se poursuivre pendant des siècles, tandis que l'acte générateur de la méthode ne dure qu'un instant. C'est pourquoi nous prenons si souvent l'appareil logique de la science pour la science même oubliant l'intuition d'où le reste a pu sortir ».

⁹⁸⁵ M-J. GRIHOM, *op. cit.*, p.121.

⁹⁸⁶ M-J. GRIHOM, *op. cit.*, p.122.

⁹⁸⁷ Art. 427 al 2 C.P.P.

Ainsi, le recueil et l'examen des preuves doivent respecter certaines conditions⁹⁸⁸ et, si les infractions peuvent en principe être établies par tous moyens, l'aveu étant une preuve souverainement appréciée par le juge, au même titre que les autres⁹⁸⁹, certains moyens de preuve semblent toutefois s'imposer au juge.

L'intérêt des mécanismes de renforcement de la force probante est justement de rendre plus difficile, dans les cas déterminés, l'apparition du doute dans l'esprit du magistrat qui examine ces documents⁹⁹⁰.

Ainsi, le doute qui concourt à la décision et participe à la naissance de l'intime conviction du juge est parfois guidé et atténué par l'affectation d'une force probante supérieure à certaines preuves.

196. Finalement, à l'issue de la réflexion du juge, aucune trace de doute ne doit demeurer et apparaître dans la motivation de sa décision. Dans le cas contraire, c'est la règle *in dubio pro reo* qui devrait s'imposer, ce qui conduit à analyser le doute comme un élément déterminant de la solution du procès.

⁹⁸⁸ J. BUISSON, « Les limites de l'intime conviction du juge répressif », *Procédures*, 01 mai 2000, n°5, pp. 3 et 4.

⁹⁸⁹ Art. 428 C.P.P.

⁹⁹⁰ Voir J. BUISSON, *op. cit.*, pp. 4-5. Par exemple, le juge a l'obligation de rejeter les preuves illégalement recueillies et est parfois lié par des présomptions légales. Certains documents procéduraux comme les procès-verbaux par lesquels des agents constatent personnellement certaines infractions ont une force probante particulière et ne valent pas simple renseignement. Ex. Cass. crim 11 décembre 78, pourvoi n° 77-93465, *bull. crim.*, n° 350, p. 914 : « si en matière de contributions indirectes, les procès-verbaux font foi jusqu'à preuve contraire des faits matériels dont les agents des impôts ont constaté l'existence, la même force probante ne saurait être reconnue aux déclarations d'une personne dénonçant des tiers comme ayant participé à une fraude, de telles déclarations ne constituant que des indices dont il appartient aux juges du fait d'apprécier souverainement la valeur ».

D'autres procès-verbaux valent jusqu'à preuve contraire, comme ceux qui révèlent la commission de contraventions, notamment en matière de circulation routière, Art. 537 al.2 du C.P.P. Lorsque la force probante est ainsi renforcée, la preuve contraire doit être rapportée par écrit ou par témoignages (art. 431 C.P.P.). Si tel n'est pas le cas, le juge est tenu par les constatations contenues dans le procès-verbal.

Il existe enfin des hypothèses dans lesquelles les procès-verbaux valent jusqu'à inscription de faux, lorsque deux agents ont personnellement constaté certains délits du code des douanes, des forêts ou de la pêche fluviale.

2. Un doute persistant dictant la solution du procès.

197. Le doute peut être souhaité afin de parvenir à une solution adaptée, mais un doute sérieux impose de retenir l'absence de culpabilité⁹⁹¹.

Cette affirmation est une application particulière du principe de présomption d'innocence formulé à l'article 9 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789, à l'article 6§2 de la Convention européenne des droits de l'Homme ainsi qu'à l'article 11 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948. En droit interne, l'article préliminaire du code de procédure pénale⁹⁹², l'article 304 du même code⁹⁹³ et l'article 9-1 du code civil posent le principe de la présomption d'innocence et la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse assure la sanction de sa violation. Le Conseil constitutionnel énonce que la charge de la preuve pèse sur la partie poursuivante⁹⁹⁴. Ainsi, le doute ne permet pas de renverser cette présomption.

La notion de bénéfice du doute n'est évoquée que dans de faibles proportions (2,5% des décisions de relaxe soumises à la chambre criminelle) et permet aux juges du fond de qualifier ainsi les relaxes ou acquittements qui ne procéderaient pas d'une absence d'élément légal, matériel ou moral de l'infraction ou d'une totale extériorité à l'affaire⁹⁹⁵.

Ainsi, la présomption d'innocence vient au secours du juge lorsque celui-ci est envahi par des doutes sérieux.

198. Toutefois, puisque le doute contribue à toute prise de décision, il ne faut pas que les juges s'en servent pour s'abstenir de rendre la justice.

⁹⁹¹ Le doute permet de prévenir les erreurs judiciaires, mais peut également permettre leur réparation lorsqu'il s'agit d'une révision.

⁹⁹² Issu de la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000, renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes : « toute personne suspectée est présumée innocente tant que sa culpabilité n'a pas été établie ».

⁹⁹³ Le Président de la Cour d'assises doit rappeler aux membres du jury que « l'accusé est présumé innocent et que le doute doit lui profiter ».

⁹⁹⁴ Il existe toutefois des présomptions de culpabilité, jugées conformes à la constitution, sous certaines conditions, notamment leur caractère révocable, que les droits de la défense soient préservés et que les faits rendent l'imputation vraisemblable. Voir décision n° 99-411 D.C., 16 juin 1999, *J.O.* 19 juin 1999, p. 9018, et Cour E.D.H. 7 octobre 1988, SALABIAKU c/ France, n° 10519/83, où la Cour ajoute l'exigence de la prise en compte de la gravité de l'enjeu pour justifier la présomption de culpabilité. Un exemple : l'art. 225-6, 3° du code pénal dispose qu'est réputé proxénète celui qui vit avec une personne qui se livre à la prostitution et ne peut justifier de revenus correspondant à son train de vie.

⁹⁹⁵ Cour de cassation, *La preuve dans la jurisprudence de la Cour de cassation, Rapport annuel 2012*, Paris, La documentation française, 2013, p. 215.

C'est la raison pour laquelle seul un doute sérieux peut entériner l'innocence jusqu'ici présumée, pour palier l'irrésolution des juges⁹⁹⁶. La nécessité d'un doute sérieux renvoie au concept anglo-saxon du « *beyond reasonable doubt* »⁹⁹⁷.

Le caractère sérieux du doute fait l'objet d'un large contrôle de la part de la Cour de cassation qui distingue les hésitations insurmontable des juges du fond, des insuffisances ou erreurs de raisonnement⁹⁹⁸. Ainsi par exemple, vérifie-t-elle que le doute sérieux ait persisté après que toutes les mesures d'investigations possibles aient été réalisées. Par conséquent, les juges du Quai de l'horloge considèrent de manière constante que doivent être cassés les arrêts qui relaxent au bénéfice du doute alors que toutes les investigations possibles n'ont pas été entreprises⁹⁹⁹.

Par ailleurs, la Cour de cassation contrôle cette gradation dans l'importance du doute et censure pour insuffisance ou contradiction de motifs des jugements de relaxe au bénéfice du doute lorsque les juges ont seulement exprimé un doute irrationnel, après avoir énoncé les nombreuses charges rendant vraisemblable la culpabilité¹⁰⁰⁰.

Ainsi, la jurisprudence de la Cour de cassation fait réapparaître l'idée que le doute doit pouvoir s'expliquer par un raisonnement, être rationnel et semble ainsi entériner la distinction chère à Messieurs TERRE et DESCARTES, entre et le doute méthodique (A) et le scepticisme (B).

⁹⁹⁶ Par ailleurs, lorsque la collégialité est consacrée, le doute d'un de ses membres ne l'emportera pas sur les convictions des autres. Aux assises, les certitudes de huit membres du collège fait disparaître le doute des quatre autres.

⁹⁹⁷ « Au-delà du raisonnable doute ».

⁹⁹⁸ Le doute ne doit porter que sur les faits et non sur le droit. Voir sur ce point J-F. CESARO, *Le doute en droit privé*, Thèse Paris II, Paris, éditions Panthéon-Assas, L.G.D.J., 2003, pp. 170-180.

⁹⁹⁹ Cass. crim. 21 février 1952, *bull. crim.*, 1952, n°50, p. 82.

¹⁰⁰⁰ Ex. Cass. crim. 3 février 1992, pourvoi n° 91-81426, *bull. crim.*, 1992, n° 47, p. 115: « si les juges apprécient librement la valeur des éléments de preuve qui leurs sont soumis et se décident d'après leur intime conviction, ils ne sauraient, sans se contredire ou mieux s'en expliquer, après avoir reconnu la réunion de charges lourdes de culpabilité, se borner, pour prononcer la relaxe, à affirmer l'existence d'un doute ».

B. Le doute personnel : une émotion empêchant le jugement

199. La matière pénale est sans conteste le domaine du droit au sein duquel la crainte du doute personnel est la plus présente pour un magistrat. Plus encore lorsque le contentieux dont le juge a à connaître relève de la criminalité.

Ce doute personnel ne relève plus de l'intuition, point de départ permettant la construction d'un raisonnement intellectuel¹⁰⁰¹, mais est du ressort de l'angoisse, de la peur de se tromper, de passer à côté d'éléments importants du dossier, et parfois même des conséquences d'une telle erreur.

Le juge craint d'éventuelles récidives s'il vient à passer à côté de la culpabilité de l'individu qu'il juge. *A contrario*, celui-ci peut craindre les conséquences de sa condamnation sur un individu qui se révélerait innocent¹⁰⁰². L'angoisse était sur ce point exacerbée par le caractère irrémédiable du prononcé de la peine de mort lorsque cette sanction était possible en droit pénal.

Cette peine ne figurant plus dans l'arsenal des sanctions pénales, il semble que le stress et les démons de l'erreur tendent davantage à engendrer une répression accrue. Ainsi, le doute personnel du juge peut se révéler moins favorable à l'accusé (1). Ce doute personnel, en tant qu'émotion paralysant le raisonnement, doit être dompté (2).

1. Stress et démons de l'erreur : vers un doute moins favorable à l'accusé

200. Le stress peut être défini comme un état psychologique qui découle du différentiel entre les attentes de l'individu ou les objectifs que l'on attend qu'il réalise et leur confrontation aux capacités évaluées par le sujet à parvenir à ces objectifs¹⁰⁰³. Il peut également découler de l'appréhension des conséquences de l'échec, évalué en fonction de ce différentiel. En cela, il s'agit bien d'une émotion.

¹⁰⁰¹Voir H. BERGSON, *La pensée et le mouvant. Essais et conférences*, Paris, P.U.F., 1969 pp. 19-20, et p. 118 : « l'intuition est une forme de conscience, qui se matérialise par des concepts pour permettre la rigueur et l'application d'une méthode générale à des cas particuliers ».

¹⁰⁰² Selon RAWLS, le procès criminel est l'exemple même d'une justice procédurale imparfaite. Une erreur appréciée au regard de la vérité peut apparaître malgré l'absence de toute faute du juge. D'un point de vue terminologique, l'auteur englobe au sein de la notion « d'erreur judiciaire » à la fois les hypothèses dans lesquelles un innocent se trouve condamné, mais également celles où un coupable est relâché. J. RAWLS, *Théorie de la justice*, trad. par C. AUDARD, Paris, Seuil, 1987, p. 117.

¹⁰⁰³ H. BAZEX, « Les facteurs et les effets du stress chez les juges des enfants », *Annales Médico-Psychologiques*, Vol.170, 2012, p. 129.

Concernant le juge, le stress va découler de la crainte de se tromper, alors que repose sur lui l'exigence de rigueur nécessaire à la bonne administration de la justice ainsi que la charge de parvenir à la manifestation de la vérité.

La responsabilisation morale de la profession s'ajoutant aux discours publics parfois culpabilisants, ce stress professionnel, tantôt exacerbé par le surmenage, peut finalement contribuer à faire apparaître un doute personnel chez celui qui en est sujet et nuire ainsi à la prise de décision.

201. L'interdiction du déni de justice va toutefois imposer au juge de dépasser ce doute qui paralyse pourtant, par définition, tout raisonnement serein.

La solution semble alors avoir été parfois trouvée dans l'extension du principe de précaution, consacré en matière médicale, au sein de la procédure pénale¹⁰⁰⁴.

En effet, le juge doit tenter de neutraliser le risque d'erreur auquel il est confronté, qui réside dans l'inexactitude des faits qui fonderont sa décision¹⁰⁰⁵. Lorsqu'il n'y parvient, il est confronté aux deux conséquences distinctes que peut engendrer ce risque, qui feront des victimes différentes : le justiciable peut être condamné à tort ou la société peut souffrir de n'être protégée d'un coupable qui n'aurait pas été condamné.

Ne sachant pas comment évaluer les probabilités de fausseté des faits, et étant paralysé dans son raisonnement par la crainte de l'erreur, le juge ne peut utiliser son doute comme moyen de révision de ses croyances. Cette révision est pourtant nécessaire dès lors qu'il ne peut se retrancher derrière ce doute pour ne pas juger l'affaire¹⁰⁰⁶. Le juge va alors devoir choisir la valeur qu'il entend privilégier.

¹⁰⁰⁴ L'extension est rendue possible par la définition donnée par la Commission européenne, dans sa communication du 2 février 2000 sur le recours au principe de précaution, lorsqu'elle déclare que le recours au principe « s'inscrit donc dans le cadre général [...] de la gestion du risque qui correspond à la phase de prise de décision ». Il semble pouvoir s'imposer à tout décideur. Voir J. de MAILLARD, « L'émergence du principe de précaution judiciaire : une utopie coincée entre productivisme et contre-productivité », in *Etre magistrat dans la cité, entre légitimes attentes et tentations démagogiques, Les cahiers de la justice, revue de l'Ecole nationale de la magistrature*, Printemps 2007, p. 165.

¹⁰⁰⁵ J. de MAILLARD, *op. cit.*, p. 178.

¹⁰⁰⁶ Voir, à propos de l'angoisse, P. LIVET, *Emotions et rationalité morale*, Paris, P.U.F., 2002, p. 31.

C'est à ce stade que l'angoisse de l'erreur risque d'orienter son choix et que le principe de précaution peut intervenir¹⁰⁰⁷ : cette émotion va alors orienter la décision du juge en faveur de la protection de la valeur qu'il estimera être rationnellement la plus importante et de ce fait plus tranquillissante pour lui.

S'il n'est pas évident de constater concrètement cette tendance, cela pourrait semble-t-il se traduire par un mouvement favorable à davantage de condamnations. Ainsi, malgré le doute, les juges seraient parfois enclins à opiner en faveur de la culpabilité. Le doute se révélerait alors être moins favorable à l'accusé.

Pour compenser cette rigueur, les juges prendraient finalement soin de réduire en conséquence la peine prononcée¹⁰⁰⁸.

L'impact du doute se déplacerait ainsi de la culpabilité à la fixation de la sanction, sans toutefois que les décisions ne contreviennent nécessairement aux exigences de contrôle par le biais de leur motivation¹⁰⁰⁹.

2. Le doute personnel : une émotion devant être maîtrisée

202. L'éventualité d'un doute personnel, même temporaire, chez le juge est inévitable. Il ne peut être intégralement appréhendé par les efforts d'objectivation de la fonction de juger. Pourtant, cette émotion empêche son raisonnement serein et risque de favoriser une plus grande sévérité des juges. Ce doute ne doit toutefois pas se transformer en une forme d'arbitraire émotionnel contre lequel il a été démontré que le droit et la pratique tentent de lutter¹⁰¹⁰.

Dès lors, si les règles procédurales ne peuvent totalement l'empêcher, la collégialité permet de l'évincer dans la plupart des cas. Au surplus, c'est au juge que revient le devoir de le maîtriser.

¹⁰⁰⁷ Le principe de précaution peut susciter les mêmes craintes lors de l'application des peines. C'est pourquoi, la libération conditionnelle est entourée de conditions afin que le juge hésite moins à libérer l'individu dès lors qu'il répondrait à ce cadre défini, à cause des ses émotions ou de celles de la société. Voir art. 729 et s. du C.P.P.

¹⁰⁰⁸ Voir sur ce point, J-F. CESARO, *op. cit.*, p. 320.

¹⁰⁰⁹ Ceci explique la difficulté de confirmer ces tendances par l'analyse concrète des décisions de justice.

¹⁰¹⁰ Voir Partie I de la présente étude (§ 9 et s.).

Ainsi, le doute personnel d'un juge peut tout d'abord être dompté par les raisons plurielles¹⁰¹¹.

C'est ce que révèle une étude réalisée auprès des juges des enfants qui a permis d'évaluer leur stress pouvant être à l'origine de doutes et d'en établir le lien avec l'isolement qu'ils ressentent dans leurs prises de décision. En effet, les personnes interrogées estiment que leur travail est lourd, notamment en raison de leur solitude dans la prise de décision, qui ne permet pas de se déculpabiliser de l'impact violent des mesures qu'ils prennent pour les parents¹⁰¹². L'absence d'échange entre magistrats sur leurs difficultés de travail¹⁰¹³ ne permet pas d'évacuer le stress¹⁰¹⁴.

Les bienfaits de la collégialité apparaissent donc, cette fois, en ce qu'elle permet d'apaiser le doute personnel d'un juge par le dialogue avec ses confrères. La dissipation du doute personnel d'un juge par sa confrontation aux rationalités des autres membres du collège permet finalement de parvenir à un jugement éclairé, sans passer par l'excès d'une trop grande sévérité précautionneuse¹⁰¹⁵.

Ensuite, lorsque la collégialité n'est pas instituée ou lorsqu'elle ne parviendrait pas à dissiper le doute personnel d'un juge, il faudra compter sur sa capacité à maîtriser individuellement son émotion.

¹⁰¹¹ Il convient de préciser que la collégialité n'inhibe pas, dans son principe, les individualités. Voir sur ce point les réserves émises précédemment sur les impacts de la collégialité en matière d'impartialité. Voir § 122 de la présente étude. Elle ne fait que confronter, *in fine*, les différentes décisions issues des mécanismes neuroscientifiques de chacun de ses membres, pour ajouter une dernière étape avant le jugement : celle de l'entente, par le biais d'une harmonisation et de persuasion. Dès lors, si l'individualité d'une décision prise par un juge unique est évidente, les choix collégiaux n'en sont pas dépourvus. Ils sont donc d'autant plus empreints d'émotions qu'ils émanent de la somme des individualités. Durant l'étape lors de laquelle les membres du collège tentent de s'accorder, les émotions, en particulier les doutes personnels, peuvent éventuellement se neutraliser.

¹⁰¹² H. BAZEX, *op. cit.*, p. 130.

¹⁰¹³ Sur la nécessité de débattre avec ses pairs, voir B. BERNABE, A. GARAPON, C. KADRI, S. PERDRIOLLE, *La prudence et l'autorité, l'office du juge au XXI^e siècle, Rapport de la mission de réflexion confiée par Madame C. TAUBIRA, Garde des Sceaux, à l'Institut des hautes études sur la justice, sur l'évolution de l'office du juge et son périmètre d'intervention, rapport de l'I.H.E.J.*, mai 2013, p. 92.

¹⁰¹⁴ Le juge A. OSMONT racontait une anecdote lui étant arrivée par le passé : un individu incarcéré menace de se suicider. Afin d'éviter une mort tragique, le juge le convoque à son bureau, mais en chemin, le convoi est impliqué dans un accident de la circulation routière mortel. Quelle était la bonne décision à prendre ? M. OSMONT racontait cette anecdote avec du recul afin de faire entendre que parfois, il n'y a pas de bonne décision. Mais il ne fait aucun doute que l'annonce du drame aura été choquante sur le moment.

¹⁰¹⁵ Voir § 119 et s. de la présente étude.

Cette faculté ressort des théories relatives à l'intelligence émotionnelle - désignant la capacité à identifier et contrôler ses émotions, celles des autres et même d'un groupe -, qui permettent d'asseoir la possibilité d'agir sur les émotions et de les inhiber¹⁰¹⁶.

Joseph LEDOUX a par ailleurs démontré à travers l'étude de la peur chez les rats, qu'il existe deux modes de fonctionnement des émotions : d'une part, l'activation primaire qui déclenche des actions instantanées, et d'autre part, une activation secondaire qui laisse contrôler la réaction, module l'émotion ou permet d'y être moins sujet¹⁰¹⁷.

Finalement, en dépassant le *behaviorism*, qui considérait les *stimuli* et les réactions quasi automatiques de l'individu à ces *stimuli*¹⁰¹⁸, il a été admis que des différences de processus internes peuvent intervenir dans le traitement de l'émotion, la neurophysiologie venant au soutien de ces affirmations et montrant qu'il est possible de les contrôler grâce au circuit cortical¹⁰¹⁹.

Ainsi, si le doute personnel du juge, par définition irrationnel, relève des émotions qui sont difficilement dominées car elles exigent une prise de distance autonome de soi (comme pour les pré-jugements dont il a été question précédemment), la possibilité de son contrôle est toutefois établie.

¹⁰¹⁶ Les premières études sur l'intelligence émotionnelle datent du début des années 1990 avec P. SALOVEY et J-D. MAYER. Ces auteurs désignent généralement par ce concept la capacité à intégrer les émotions, à comprendre et à raisonner avec les émotions et à les réguler, tant en soi et que chez les autres. Le concept d'intelligence émotionnelle a été popularisé par le psychologue américain D. GOLEMAN. L'auteur insiste d'ailleurs sur l'entrave que peuvent constituer les « dispositions d'esprit négatives » sur la pensée. Voir D. GOLEMAN, *L'intelligence émotionnelle, comment transformer ses émotions en intelligence*, trad. T. PIELAT, Paris, Robert LAFFONT, 1997, pp. 106, 112 et s. Selon ces théoriciens, les émotions sont reconnues comme l'un des différents types d'opérations mentales que sont la motivation, les émotions, les cognitions et la conscience. Les émotions apparaîtraient chez les mammifères pour signaler les changements dans les relations entre l'individu et son environnement afin de fournir une réponse adaptée. Les cognitions permettent à l'organisme d'apprendre et d'improviser des solutions dans des situations nouvelles, souvent pour créer ou maintenir des émotions positives. La cognition implique un traitement intentionnel de l'information basé sur l'apprentissage et la mémoire. Selon MAYER, SALOVEY et CARUSO, l'intelligence émotionnelle se situe dans l'interaction entre les émotions et les cognitions.

¹⁰¹⁷ P. LIVET, *op. cit.*, pp. 18 et s.

¹⁰¹⁸ J. WATSON crée le concept de « *behaviorisme* » en 1913, comme l'étude des comportements mesurables, produits par des *stimuli* environnementaux. L'initiateur du courant scientifique du *behaviorisme*, décrira les émotions comme des phénomènes parasites qui plongent l'organisme dans un état chaotique dont il faudrait se débarrasser mais ses recherches ont davantage contribué à bloquer l'évolution de l'étude psychologique de l'émotion pendant longtemps. La recherche est abandonnée au domaine de la physiologie.

¹⁰¹⁹ A propos du contrôle des émotions, voir §255 de la présente étude.

203. En somme, parmi les émotions du juge qui intègrent le processus décisionnel, le doute judiciaire occupe une place importante et légitime au sein de la procédure et de la pratique pénale, en ce qu'il contribue aux différentes étapes du jugement.

Le doute personnel relève quant à lui des émotions que le juge devra maîtriser pour éviter qu'il ne paralyse le jugement.

204. Dès lors, après avoir démontré que l'individualité du juge rend inévitable l'intervention de ses émotions, même contrôlables, dans la décision judiciaire (Section I), il faut préciser que l'office du juge consiste également à prendre en compte les émotions de l'individu qu'il juge (Section II).

Section II. La prise en compte des émotions de l'individu jugé

205. D'une manière générale, le recueil des obligations déontologiques recommande aux magistrats de prêter attention à autrui. Cette attention passe par la délicatesse, le respect de la dignité des personnes et l'écoute¹⁰²⁰.

Les émotions de l'autre sont prises en compte dès lors qu'il est demandé au juge de s'abstenir de commentaires « déplacés, condescendants, vexatoires ou méprisants »¹⁰²¹.

Par ailleurs, il est précisé que la publicité des débats ne doit pas être l'occasion d'ériger le procès en spectacle¹⁰²², le président d'audience s'assurant que chacun a la possibilité de s'exprimer hors de toute « pression ou manœuvre collective d'intimidation »¹⁰²³.

Plus spécifiquement, dans le cadre de sa mission consistant à trancher l'affaire sur le fond, le juge tente de comprendre l'individu afin d'apprécier sa part de culpabilité, il tient compte de ses remords pour lui adapter la peine prononcée.

¹⁰²⁰ L'article E.1 du recueil des obligations déontologiques des magistrats dispose que « [l]e magistrat entretient des relations empreintes de délicatesse avec les justiciables, les victimes, les auxiliaires de justice et les partenaires de l'institution judiciaire, par un comportement respectueux de la dignité des personnes et par son écoute de l'autre », C.S.M., *Recueil des obligations déontologiques des magistrats*, Paris, Dalloz, 2010, p. 31.

¹⁰²¹ Article E.2 du recueil des obligations déontologiques des magistrats, C.S.M., *Recueil des obligations déontologiques des magistrats*, Paris, Dalloz, 2010, p. 32.

¹⁰²² Commentaire et recommandation e.4, du recueil des obligations déontologiques des magistrats, C.S.M., *Recueil des obligations déontologiques des magistrats*, Paris, Dalloz, 2010, p. 32.

¹⁰²³ Commentaire et recommandation e. 10, du recueil des obligations déontologiques des magistrats, C.S.M., *Recueil des obligations déontologiques des magistrats*, Paris, Dalloz, 2010, p. 34. Sur ces questions, voir A. GARAPON, « Le juge et son éthique : synthèse des réponses au questionnaire », *Les Cahiers de l'I.H.E.J.*, Paris, Institut des hautes études sur la justice, n°1, 1993, pp. 14-15.

Il tient ainsi compte des émotions du justiciable pour juger l'action qui lui est reprochée (§I). Il arrive par ailleurs que les émotions du justiciable constituent directement l'objet du jugement. Ainsi, par exemple, le doute du justiciable peut-être la raison même du jugement (§II).

§I. Les émotions du justiciable et la personnalisation du jugement

206. L'organisation du procès pénal est pensée pour susciter les émotions du justiciable. Cette remarque est encore plus perceptible dans le cadre du procès en cour d'assises, où le *decorum*, et le *pathos* des avocats sont poussés à leur paroxysme.

L'objectif est d'impressionner celui qui a fauté pour qu'il retire une première leçon de son jugement, mais il s'agit également de le mettre en condition d'être jugé et de le rendre plus transparent aux regards de ceux qui seront chargés de l'auditionner, afin qu'il soit finalement prononcé une sanction personnalisée¹⁰²⁴.

En effet, le travail du juge consiste souvent à changer de point de vue, à se mettre à la place de la personne qu'il juge pour comprendre si cette personne est capable d'avoir commis l'infraction dont on la soupçonne. Pour cela, il utilise les mêmes mécanismes de son cerveau que lorsqu'il s'agit de manipuler des référentiels spatiaux pour la navigation. La sympathie et l'empathie, qu'il convient de distinguer, peuvent intervenir. La sympathie est la contagion émotionnelle, c'est-à-dire qu'on éprouve les émotions d'autrui sans être à sa place. L'empathie revient à se mettre à la place de l'autre, avec changement de point de vue, sans forcément éprouver les émotions de l'autre et en sachant inhiber certaines émotions. C'est le travail que doit faire le juge.

L'empathie permet au juge d'apprécier la responsabilité pénale de l'individu ainsi que sa culpabilité. Il peut également percevoir ainsi la sociabilité pour prononcer une peine adaptée aux objectifs dernièrement réaffirmés d'amendement et de réinsertion¹⁰²⁵.

¹⁰²⁴ Article 132-24 du code pénal, modifié par l'article 3 de la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales (*J.O.R.F.*, n°0189, du 17 août 2014, p. 13647), prévoit la possibilité de personnaliser les peines. Cette loi ajoute la contrainte pénale aux sanctions que le juge peut prononcer lorsque l'infraction reprochée constitue un délit puni d'une peine d'emprisonnement d'une durée inférieure ou égale à cinq ans (article 131-4-1, alinéa 1^{er} du code pénal ; Cette restriction est temporaire puisque l'article 19 II de la loi dispose qu'à compter du 1^{er} janvier 2017, la peine sera encourue pour tous les délits punis d'emprisonnement). Ainsi, le juge dispose d'un outil supplémentaire afin de prononcer une peine adaptée à l'individu. (S'il s'agit d'une mesure subsidiaire à la peine d'emprisonnement, l'article 20 de la loi du 15 août 2014 énonce toutefois que la contrainte pénale pourrait, sous conditions, devenir une peine principale remplaçant l'emprisonnement pour certains délits).

¹⁰²⁵ Loi du 15 août 2014, *op. cit.*

207. Toutefois, si l'empathie et la sympathie se distinguent théoriquement, elles se retrouvent souvent imbriquées en pratique, de sorte qu'il devient difficile de dissocier les émotions des différents acteurs du procès pénal, tant les unes interagissent avec les autres.

Ainsi, les émotions du juge peuvent avoir un impact sur la prise en compte par celui-ci de l'individu qu'il juge et, puisque la considération du justiciable en qualité d'individu à part entière est posée par les dispositions procédurales, son recul est parfois symptomatique de la réapparition d'émotions inhibant le raisonnement du juge.

En effet, il faut constater que le stress et l'épuisement professionnel du juge ont un impact direct sur sa prise en compte de l'individualité du justiciable puisqu'ils entraînent souvent un désengagement du sujet, qui se rangera parfois derrière une posture procédurière afin de limiter les implications personnelles¹⁰²⁶. Ce remède fréquemment improvisé par les acteurs eux-mêmes, réside dans ce que Christine MASLACH appelle la « dépersonnalisation ». Ainsi les juges se détachent-ils de leurs dossiers en adoptant une conduite systématisée de leurs audiences¹⁰²⁷.

L'un des moyens pour le juge de parvenir à ce désengagement peut être, par exemple, le fait de désigner les justiciables de manière abstraite.

Mais les dangers de la systématisation apparaissent puisqu'elle engendre parfois une sévérité accrue.

§II. Le doute du justiciable : une émotion objet du jugement

208. Il a été démontré que la définition de l'émotion comme une mise en mouvement de la conscience se traduisant par des troubles physiologiques inclut le doute, dès lors qu'il s'agit d'un état dynamique, d'une mise en balance d'éléments pris en compte par la conscience afin d'adopter l'action qui convient¹⁰²⁸.

Plus spécifiquement, le doute du justiciable ou, en amont, du citoyen, revient pour lui à se demander s'il convient de se comporter d'une certaine manière ou préférer l'action contraire. Il peut encore s'agir d'apprécier si une situation présente un quelconque risque. En cela, le doute du justiciable constitue donc bien une émotion.

¹⁰²⁶ H. BAZEX, « Les facteurs et les effets du stress chez les juges des enfants », *Annales Médico-Psychologiques*, vol. 170, 2012, p. 130.

¹⁰²⁷ Voir M. P. LEITER, C. MASLACH, *Burn-out, le syndrome d'épuisement professionnel*, trad. par V. GOURDON, Paris, Les arènes, 2011, 269 p.

¹⁰²⁸ Voir § 188 de la présente étude.

C'est précisément dans le domaine de l'appréciation du risque que le doute a dû être appréhendé par le droit, qui a progressivement consacré des hypothèses dans lesquelles le doute d'un individu entraîne une nuisance pour autrui¹⁰²⁹.

Le domaine de prédilection de la prise en compte du doute du justiciable en droit pénal est celui des infractions non-intentionnelles¹⁰³⁰. Ces infractions prévues par le code pénal¹⁰³¹ reposent toutes sur l'idée qu'il ne faut pas exposer quiconque à un mal, même éventuel. Il s'agit de juger la négligence, l'imprudence ou l'ignorance de celui qui a agi en dépit du doute¹⁰³².

En effet, dans les fautes d'imprudence simple, de mise en danger délibérée d'autrui, de violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement et d'imprudence caractérisée (al. 4), l'idée de risque sous-tend¹⁰³³.

Mais deux types d'imprudences peuvent être distingués : d'une part, l'imprudence inconsciente, simple relâchement de la vigilance. Dans la mesure où il n'y a aucune intention de violer la loi, le relâchement de la vigilance s'apprécie quand il y a un dommage illicite.

¹⁰²⁹ L'absence de précaution prise par ceux qui doutaient légitimement d'un risque de crise sanitaire a entraîné des réflexions sur la nécessité de sanctionner ces comportements ou abstentions.

¹⁰³⁰ En matière pénale, la caractérisation d'une infraction nécessite la réunion d'un élément légal, matériel et moral. Ce dernier comprend la conscience et la volonté de violer la loi - qui correspond au dol général - et, pour les infractions intentionnelles, la volonté de parvenir au résultat, c'est-à-dire le dol spécial.

Il faut préciser que la présence d'un doute dans l'esprit de l'individu quant au contenu de la règle violée, n'est pas un obstacle à la caractérisation de l'élément moral. En effet, d'une part « nul n'est censé ignorer la loi » et d'autre part, celui qui tente d'échapper à la sanction en arguant du fait qu'il ne connaissait pas le contenu exact de la loi se verra reprocher de ne s'être abstenu, à défaut d'avoir demandé conseils. Voir Cass. crim. 10 avril 1997, pourvoi n° 96-83152, *bull. crim.* n° 140, p. 467. La Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir rejeté l'argumentation du prévenu invoquant une erreur de droit car « le doute dont il est fait état [...] ne pouvait conduire un professionnel de bonne foi qu'à s'abstenir ».

¹⁰³¹ L'article 121-3 du code pénal, modifié par loi n°2000-647 du 10 juillet 2000, art. 1, *J.O.R.F.* 11 juillet 2000 : « Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre. Toutefois, lorsque la loi le prévoit, il y a délit en cas de mise en danger délibérée de la personne d'autrui. Il y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait. Dans le cas prévu par l'alinéa qui précède, les personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage, mais qui ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter, sont responsables pénalement s'il est établi qu'elles ont, soit violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer ».

¹⁰³² Voir J-F. CESARO, *Le doute en droit privé*, Thèse Paris II, Paris, éditions Panthéon-Assas, L.G.D.J., 2003, p. 723.

¹⁰³³ La mise en danger délibérée et la violation manifestement délibérée de l'al. 4 tendent à se recouper, la seconde étant en réalité la définition plus précise de la première.

D'autre part, l'imprudence consciente, dans laquelle le comportement est porteur d'un risque mais l'auteur choisi de l'accomplir malgré tout.

Par ailleurs, l'article 223-1 du code pénal consacre le délit de risques causés à autrui comme étant la seule faute d'imprudence consciente, caractérisée indépendamment de la survenance d'un dommage.

Ainsi, la sanction des infractions non-intentionnelles repose essentiellement sur le reproche d'avoir agi en dépit du risque et du doute sur les conséquences d'une action.

Par ailleurs, c'est parfois l'expression d'un doute qui fera l'objet de sanctions pénales. C'est par exemple le cas lorsque le droit condamne toute diffamation, même dubitative.

209. En somme, si les magistrats tiennent nécessairement compte de certaines émotions dans leurs décisions, en tant qu'individu qui en juge un autre (Chapitre I), ils doivent par ailleurs tenter de trouver une juste mesure dans les émotions que leurs décisions produiront sur les tiers (Chapitre II).

Chapitre II : La recherche d'une juste mesure dans la production d'émotions tierces

210. Il faut dépasser la nécessaire prise en compte des émotions par le juge dans son office, pour intégrer à la réflexion le rôle de régulation des émotions qui lui revient du fait de sa position de neutralité¹⁰³⁴.

Cette mission du magistrat commence au sein de la relation qui l'unit aux acteurs du procès (Section I), mais la transcende pour acquérir une répercussion plus générale au sein de la société, au-delà du procès (Section II).

Section I : La régulation des émotions des acteurs du procès

211. Dans la mission qu'il remplit, le magistrat est la personnification du symbole de la balance de la Justice. Il va tenter de réguler les émotions des différents acteurs du procès dans le cadre de son jugement sur le fond (§I).

D'un point de vue plus formel, la présentation par le juge de sa décision aux parties, dès lors qu'elle est orientée vers leur adhésion à celle-ci, revêt également une importance certaine dans l'apaisement des émotions partisans (§II).

§I. La régulation des émotions des acteurs du procès et le jugement au fond du droit

212. Le juge doit tour à tour endosser un rôle aussi bien paternaliste et protecteur qu'autoritaire¹⁰³⁵ à l'égard des victimes désireuses que Justice leur soit rendue (A), de l'accusé fragilisé par une procédure quelque peu déshumanisante et veiller à nuancer les émotions des tiers intervenants (B).

¹⁰³⁴ L. THEVENOT a pu démontrer que les émotions contribuent au maintien de la discussion, de la négociation et du conflit dans lequel ils s'inscrivent, mais également dans la clôture des conflits. L. THEVENOT, « Emotions et évaluations dans les coordinations publiques », in P. PAPERMAN, R. OGIEN, *La couleur des pensées. Sentiments, émotions, intentions, série Raisons pratiques*, n°6, Paris, ed. de l'E.H.E.S.S., 1995, pp. 145-174 ; Voir J-P. ZIROTTI, « Sociologie de l'action et émotions, Les émotions dans l'expérience du déni de citoyenneté chez les jeunes de banlieue », in *L'affectivité : perspectives interdisciplinaires, NOESIS*, n°16, 2010, pp. 47-62.

¹⁰³⁵ M. LAILLER, H. VONOVEN, *Les erreurs judiciaires et leurs causes*, Paris, A. Pedone, 1897, p. 145.

A. Une écoute mesurée des victimes désireuses de Justice

213. L'acte de juger peut, en lui-même, tendre à l'atténuation d'une souffrance morale. Par ailleurs, l'appréciation de la douleur éprouvée par une victime fait partie de la réflexion du juge dans la fixation du montant de l'indemnisation de la partie lésée, dès lors que le droit à réparation a désormais intégré le procès pénal.

Pour ces raisons, les subtilités de la procédure et la substance du travail du magistrat s'organisent de plus en plus autour d'une victime largement présente au procès pénal.

Après avoir mis en doute la réalité de l'apaisement des victimes engendré par leur intervention au procès (1), il faut mettre en évidence la nécessité pour le juge de limiter l'attention qu'il leur porte afin de préserver le jugement de leurs émotions (2).

1. Une écoute nécessaire à un apaisement toutefois relatif des victimes

214. Dans les années 1960, les victimes vont être écoutées davantage au sein du procès pénal¹⁰³⁶.

La principale raison avancée relève de la psychologie. En effet, il semblerait que le travail de deuil d'une victime ainsi que le dépassement du choc qu'elle a subi commence au sein de la salle d'audience, sa présence y étant de ce fait indispensable.

Cette raison explique que, progressivement, les victimes aspirent à un véritable droit au procès. Un arrêt rendu par le Conseil d'Etat le 19 juillet 2011 permet d'illustrer le propos : l'affaire concernait un homme mis en examen pour assassinat et placé en détention provisoire qui s'était suicidé dans sa cellule le lendemain même de son incarcération. Ce décès entraînait l'extinction de l'action publique et donc l'arrêt des poursuites à son égard. Pourtant, les proches de la victime estimant que ce suicide résultait d'une faute de l'administration pénitentiaire, ont sollicité devant les juridictions administratives la réparation du préjudice moral résultant de l'impossibilité de bénéficier de ce qu'elles estimaient être un droit propre, le droit au procès. Le Conseil d'Etat a dû rappeler à cette occasion les objectifs premiers du procès, parmi lesquels ne figurent pas les attentes des victimes, soulignant ainsi le décalage entre les aspirations des victimes et les objectifs du procès pénal.

¹⁰³⁶ Par exemple, ces égards vont rendre les crimes contre l'humanité imprescriptibles. Voir G. ERNER, *La société des victimes*, Paris, La découverte, 2006, 223 p.

Par ailleurs, la souplesse dans l'appréciation de la recevabilité de la constitution de partie civile procède également, pour une part, de l'idée qu'il faut rendre le prétoire accessible à la victime afin de faciliter sa reconstruction¹⁰³⁷.

215. Pourtant, l'analyse des dossiers auxquels il a été possible d'assister permet de conclure à l'inadéquation de la procédure à un quelconque travail de deuil ou de reconstruction.

En effet, il semble tout d'abord que l'argument de l'atténuation d'une souffrance morale par l'acte de juger perde une partie de son sens si l'on rappelle la longueur des délais de procédure : les victimes et leurs familles sont replongées des années plus tard dans le drame qu'elles ont connu, *a fortiori* lorsque l'affaire fait l'objet d'un appel.

Ensuite, il apparaît que dans de nombreux cas, les victimes ne sont pas averties des raisons de leur présence au procès et pensent pouvoir jouer un rôle d'accusation plus important. Une frustration peut alors être ressentie lorsque les juges recadrent les débats, les empêchant parfois de s'adresser directement à celui qu'elles tiennent pour responsable de leurs souffrances¹⁰³⁸. Ainsi, les aspirations des victimes semblent contraires à l'esprit du procès pénal : là où elles se placent dans une logique de vengeance privée, le droit est là pour y substituer une justice institutionnalisée¹⁰³⁹.

La frustration des victimes est enfin d'autant plus grande que leur indemnisation en tant que parties civiles ne semble pas davantage mettre fin à leur souffrance.

¹⁰³⁷ Voir § 90 de la présente étude.

¹⁰³⁸ Voir par ex., l'affaire d'homicide involontaire sur un militaire en mission à l'étranger, jugée par le tribunal aux armées avant sa récente disparition, § 216 de la présente étude.

¹⁰³⁹ Monsieur OSMONT a pu résumer l'impossibilité matérielle de répondre aux attentes des victimes, lors d'un échange donné à propos d'une affaire d'homicide involontaire qui sera décrite plus après (voir § 216 de la présente étude). Il estime en effet que « ce type de dossier est bien « vécu » par tous si chacun peut longuement s'exprimer (même s'il faut que le président recadre tout possible débordement). 4 heures d'audience pour un homicide involontaire c'est de la justice de luxe quasi impossible dans un tribunal correctionnel ». Ce resenti relatif au difficile arbitrage à opérer entre la qualité du travail et les pressions liées à la réalité du contexte dans lequel les juges exercent leur mission semble partagé : voir A. GARAPON, « Le juge et son éthique : synthèse des réponses au questionnaire », *Les Cahiers de l'I.H.E.J.*, Paris, Institut des hautes études sur la justice, n°1, 1993, p. 10.

2. Une écoute limitée des victimes pour préserver le jugement de leurs émotions

216. Chaque victime portant avec elle son lot d'émotions, il semble que leur simple présence, ou celle de leurs proches, *a fortiori* lorsqu'une personne a été admise à se constituer partie civile, laisse place à des émotions qui perturbent le procès et paralysent le déroulement des débats au fond, censés déterminer la vérité judiciaire¹⁰⁴⁰. Le besoin de justice peut en effet masquer des instincts moins avouables de vengeance privée¹⁰⁴¹. Le travail des juges en devient compliqué puisqu'il doit composer avec la victime pour ne pas l'offusquer, ne jamais lui donner le sentiment que sa douleur ne compte d'aucune façon, sans toutefois laisser prise à ses instincts¹⁰⁴².

Afin de prendre la mesure des enjeux émotionnels de la présence des victimes à l'audience, il convient de partir de quelques observations faites au cours d'audiences et de les confronter aux opinions recueillies auprès des juges concernés afin de parvenir à une première conclusion : le déroulement de l'audience est différent lorsque la victime y est présente : l'accent est alors mis, sur les repentances et les égards de la part de la partie défenderesse envers la famille, chaque intervenant adaptant son discours à la sensibilité de cette dernière, oubliant parfois la simple défense du prévenu.

L'affaire choisie pour l'analyse relevait de la compétence du tribunal aux armées de Paris qui avait à juger d'un homicide involontaire : au retour d'une mission de terrain à l'étranger, un camarade de chambrée nettoie son arme mais celle-ci est toujours chargée (elle n'aurait plus dû l'être à cette étape du processus de traitement des armes après les missions). Une balle est tirée et atteint mortellement l'un de ses camarades. L'auteur du tir est poursuivi, ainsi que les protagonistes qui auraient dû intervenir afin de s'assurer que le chargeur était vide avant de le restituer pour nettoyage. Les parents du jeune militaire estimaient que la sanction devait être de plusieurs années d'emprisonnement et ont « médiatisé » l'affaire.

¹⁰⁴⁰ Voir J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Paris, Forum Flammarion, 1996, pp. 146 et s.

¹⁰⁴¹ Voir P. PONCELA, « Par la peine, dissuader ou rétribuer », in *L'utile et le juste, Archives de philosophie du droit*, Tome 26, Paris, Sirey, 1981, p 67.

¹⁰⁴² F. CASORLA, « La victime et le juge pénal », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 1^{er} décembre 2003, n°4, pp. 639 à 648 ; il parle de « vision marchande » d'une justice de compassion.

Le magistrat chargé de présider l'audience, Monsieur OSMONT, a bien voulu détailler sa perception de l'affaire du point de vue des émotions apportées par les parties lors de ce procès¹⁰⁴³.

Il remarquait tout d'abord que « l'avocate des parties civiles n'avait pas collé au discours de ses clients, rendant les débats plus apaisés » et qu'il n'y avait que peu de rapport entre ses conclusions écrites, très passionnelles, et sa plaidoirie assez sobre.

Monsieur OSMONT décrivait ensuite une scène qui n'était visible que par les membres du tribunal : la mère de la victime tenait sur sa poitrine une photo de son fils pour que le tribunal la remarque bien. Sans doute attendait-elle que le tribunal lui fasse une réflexion afin d'imprégner son discours de *pathos*. Cette tentative fut un échec car ni le tribunal ni les avocats n'ont relevé cette « mise en scène » ostentatoire.

Ainsi, les risques de débordement et de dévoiement du procès pénal peuvent être évités par les magistrats, affranchissant ainsi leur réflexion des émotions qui ne devraient pas intégrer le prétoire¹⁰⁴⁴.

Enfin, Monsieur OSMONT constatait que la famille de la victime se révélait plus présente que le ministère public, les plaidoiries s'adressaient beaucoup à elle et les prévenus faisaient passer leur défense après leurs excuses à la famille¹⁰⁴⁵. Il faut y voir une « posture : évoquer la victime serait rassurant, montrerait au tribunal qu'on est repentant et conscient de la douleur des victimes. Mais cela signifie que la présence de la victime « tétanise » le prévenu (et l'ambiance...) qui ne sait quelle attitude adopter ». Ce constat est semble-t-il récent, alors qu'il y a une vingtaine d'années, le président ne donnait pas la parole à la partie civile au cours des débats comme maintenant, ce qui évitait les « prises à partie violentes du prévenu ». Le juge ajoutait que « c'est vers le milieu des années 1990 que s'est progressivement instaurée cette pratique (avec tout un discours psychologique sur le travail de deuil qui pourrait alors débiter).

Parallèlement les avocats de la partie civile deviennent des procureurs bis et souhaitent démontrer l'existence de l'infraction (plus longuement que leurs demandes de dommages-intérêts).

¹⁰⁴³ Entretien informel. Monsieur OSMONT présidait le tribunal aux armées devant lequel comparissait ladite affaire. Il est par ailleurs conseiller à la Cour d'appel de Paris au sein d'une chambre correctionnelle et a eu à connaître à ce titre un large contentieux d'atteintes aux personnes relevant de la petite et moyenne délinquance, ainsi que le contentieux pénal lié à la santé publique.

¹⁰⁴⁴ Les propos de M. OSMONT soulignent qu'afin d'éviter toute dérive, il faut une « présence importante du président qui doit poser beaucoup de questions pour amener chacun à s'exprimer mais, surtout, ne jamais se faire déborder ».

¹⁰⁴⁵ En général, il constate que « lorsque le président redonne la parole aux prévenus en derniers, tous s'adressent aux parties civiles pour présenter regrets et condoléances ». Seul l'un d'entre eux n'a pas souhaité s'adresser à la famille lorsque le président lui a donné l'occasion d'ajouter quelque chose.

Certains vont même jusqu'à suggérer la peine (classique : un sursis avec mise à l'épreuve avec obligation de dédommager la victime) ». La conséquence de ces dérives se fait ressentir puisque « les appels sur les seules dispositions pénales sont de plus en plus fréquents pour éviter d'avoir deux « procureurs » (le vrai et l'avocat de la partie civile) et éviter que l'émotion ne permette plus une audience sereine. Concrètement il est en effet difficile d'évoquer en la critiquant la victime. Ce qui pose des problèmes pour les prévenus et leurs avocats »¹⁰⁴⁶.

217. Ainsi, il est possible de conclure que la présence de la victime au procès pénal rend les débats plus complexes à l'audience et pourrait parfois se révéler contreproductive au regard de la bonne administration de la justice.

Les juges doivent prendre garde à ce que le témoignage de la souffrance n'aboutisse pas à des condamnations expéditives sur le fondement de la pitié. Ce risque est d'autant plus important si cette souffrance correspond à un interdit social majeur tel que l'inceste ou la pédophilie, comme dans l'affaire Outreau¹⁰⁴⁷, dès lors que le seuil du dégoût est aisément atteint.

B. La régulation des émotions du mis en cause et des tiers intervenant au procès

218. Concernant la personne mise en cause, le juge tient tout d'abord compte des émotions qu'il ressent à propos de la commission des faits desquels il répond.

En effet, l'appréciation par le magistrat des éventuels remords ou du sentiment de culpabilité fait partie intégrante de la fonction de juger et pèse notamment aux stades de la détermination de la peine et de l'aménagement de la sanction.

Par ailleurs, l'expression des émotions permet de mieux prévoir le comportement d'autrui¹⁰⁴⁸.

¹⁰⁴⁶ Finalement, la décision de la chambre correctionnelle du tribunal aux armées de Paris a été favorable à la déclaration de culpabilité pour trois prévenus : 30 mois et 2 fois six mois d'emprisonnement, assortis d'un sursis. Le capitaine a été relaxé, n'ayant pas de pouvoir hiérarchique sur ses hommes au moment des faits. Le tribunal s'est déclaré incompétent pour statuer sur les intérêts civils. Lors du prononcé du jugement, la mère de la victime a traité le principal prévenu « d'assassin », la justice de « pourrie » et les gendarmes ont dû intervenir pour lui faire quitter la salle.

¹⁰⁴⁷ G. ERNER, *La société des victimes*, Paris, La découverte, 2006, 223 p.

¹⁰⁴⁸ Voir notamment P. LIVET, « Evaluation et apprentissage des émotions », in P. PAPERMAN, R. OGIEN, *La couleur des pensées. Sentiments, émotions, intentions, série Raisons pratiques*, n°6, Paris, ed. de l'E.H.E.S.S., 1995, p. 120.

C'est ainsi que le juge, en appréciant l'attitude du justiciable au cours de l'audience qui manifesterait d'éventuels remords, peut tenter de prévoir l'impact du jugement sur lui et sa manière de réagir à la sanction, à court terme, comme à moyen terme, lorsqu'il s'agit de prendre en compte l'aménagement de la peine. Le magistrat tient donc compte des émotions du « fautif » afin de favoriser au mieux son amendement et de permettre sa rédemption, étapes préliminaire avant de parvenir à sa réinsertion.

Ensuite, le juge a également un rôle d'apaisement de la personne mise en cause. En effet, il arrive que le juge doive aider la personne qui comparaît devant lui à dédramatiser sa situation. Il ne s'agit en aucun cas de minimiser les faits, ni même de les relativiser. Au contraire, le juge doit s'assurer que la personne mise en cause a bien conscience de ce qui lui est exactement reproché et en mesure les conséquences, sans qu'elle ne craigne toutefois des conséquences plus lourdes que celles qu'elle ne risque en réalité. Il faut ainsi éviter que la confusion des débats tienne à ce que le prévenu pense risquer une plus lourde peine ou se sente humilié d'être jugé dans sa personne, bien au-delà des faits qu'il aurait commis. Ses craintes ou la honte qu'il ressent pourraient empêcher l'individu de se livrer au juge. Dès lors, un dialogue apaisé permet parfois de parvenir plus sûrement à la vérité.

219. En ce qui concerne les tiers intervenants, comme les témoins ou les experts, le concours qu'ils apportent à la justice ne peut être utile que s'ils sont parfaitement paisibles. En effet, la raison d'être de leur intervention repose sur leur aptitude à apporter des éclairages nouveaux permettant d'apprécier les faits. Ils doivent ainsi concourir à la manifestation de la vérité.

Dès lors, il faut leur permettre de se départir de toutes pressions et tenter de n'entendre que les éléments objectifs qu'ils sont en mesure d'apporter¹⁰⁴⁹.

Pour cela, puisque chacun est apte à témoigner¹⁰⁵⁰, même une personne qui se trouve liée à l'une des parties, le juge fait prêter à tous les témoins le serment de dire toute la vérité¹⁰⁵¹.

¹⁰⁴⁹ Par ailleurs, les experts et les jurés sont également concernés par certains dispositifs de lutte contre les conflits d'intérêts. Voir sur ces questions et à propos des limites en la matière, § 44 et 116 de la présente étude.

¹⁰⁵⁰ Les enfants, les incapables majeurs, les parents ainsi que les amis ou les ennemis peuvent témoigner.

¹⁰⁵¹ Article 103 du C.P.P. : « Les témoins prêtent serment de dire toute la vérité, rien que la vérité. Le juge leur demande leurs nom, prénoms, âge, état, profession, demeure, s'ils sont parents ou alliés des parties et à quel degré ou s'ils sont à leur service. Il est fait mention de la demande et de la réponse ».

Il s'agit de responsabiliser la personne face au témoignage qu'elle s'apprête à donner, quels que soient ses liens avec l'une des parties. La mention des liens avec les parties permet par ailleurs au juge d'apprécier la juste valeur du témoignage.

Un problème particulier apparaît lorsqu'il s'agit d'entendre des jeunes enfants comme témoins, surtout dans des affaires de pédophilie. L'affaire Outreau a pu montrer que l'influence des adultes sur le témoignage des enfants est grande et qu'il est difficile d'accorder trop de crédit à leur témoignage.

L'extériorité des experts est souvent moins problématique, mais quelques précautions sont toutefois prises afin de garantir leur objectivité : ils sont souvent deux à intervenir, - notamment dans les affaires techniques d'homicide involontaire suite à un incident médical ou par accident de la circulation routière -, le second ne devant dès lors pas entendre les conclusions de son prédécesseur avant d'intervenir lui-même¹⁰⁵².

220. En somme, le juge tente de réguler les émotions des acteurs du procès dans le cadre de son jugement sur le fond (§I).

Par ailleurs, plus formellement, les modalités de la présentation de la décision par le magistrat aux parties peuvent revêtir une importance tout aussi considérable que le contenu ainsi révélé. En effet, l'apaisement des parties peut passer par la recherche de leur adhésion à la décision (§II).

§II. L'apaisement des parties par la recherche de leur adhésion à la décision.

221. Toute décision devrait constituer un apaisement. Cela est vrai pour les victimes, dans la mesure de ce qui a été énoncé précédemment, si tant est qu'une réparation pécuniaire suffise à combler ses douleurs, mais également pour la personne mise en cause. Ainsi, SOCRATE a pu expliquer que celui qui commet une injustice demeure malheureux s'il ne paie pas le châtement¹⁰⁵³.

Pourtant, selon l'attitude et la démarche du juge venant porter sa décision à la connaissance des parties, cette solution peut se révéler être une véritable violence faite à l'une ou l'autre des parties.

¹⁰⁵² Art. 156 à 169-1 du C.P.P.

¹⁰⁵³ PLATON, *Le bonheur selon Socrate : « Gorgias »*, trad. du grec par P. CHEMLA, Paris, Arléa, 1999, 158 p. ; voir la présentation de P. CHEMLA dans le même ouvrage, pp. 7, 8 et 15.

Ainsi, malgré une décision conforme au droit, son prononcé et sa mise en œuvre peuvent avoir des conséquences extrêmement douloureuses pour les parties, de sorte que la décision elle-même pourra être discréditée aux yeux de ceux qui y sont soumis.

C'est pourquoi, dans une démarche d'apaisement, il s'agit pour le juge d'obtenir l'adhésion des justiciables aux décisions et sanctions adoptées.

222. Tout d'abord, il convient d'observer une première tendance qui consiste à obtenir l'adhésion du justiciable en amont du prononcé de la sanction.

En effet, depuis la fin de la seconde guerre mondiale, les efforts vont dans le sens de l'adhésion des justiciables aux décisions qui les concernent, allant jusqu'à solliciter parfois la volonté de l'individu, considéré non seulement comme titulaire de droits subjectifs, mais avant tout comme étant capable d'avoir prise sur son destin¹⁰⁵⁴. Il s'agit pour le juge de poser le cadre d'une sorte de pacte civique¹⁰⁵⁵.

Plus significativement, le droit positif incite le juge à rechercher l'adhésion du justiciable aux mesures qu'il propose¹⁰⁵⁶. Par exemple, dans un contexte contraignant, l'individu peut accepter une comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité.

Plus encore, une modification profonde de certaines fonctions du juge pénal apparaît lorsque son rôle va être relégué au second plus par rapport à l'arrangement entre les parties.

En effet, après le développement du juge unique en réaction au grand nombre d'affaires à juger, d'autres procédures telles que la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, la composition, la médiation pénale ou l'ordonnance pénale délictuelle, ont pris le relai pour pallier les limites de cette première solution¹⁰⁵⁷.

Ces nouvelles formes d'intervention du juge se déroulent en principe en dehors de toute audience (à l'exception de l'audience d'homologation des comparutions sur reconnaissance préalable de culpabilité) et le juge ne fixe plus la peine mais se contente de l'homologuer ou de la rejeter¹⁰⁵⁸.

¹⁰⁵⁴ Cela renvoie à l'*empowerment*, la mise en capacité.

¹⁰⁵⁵ B. BERNABE, A. GARAPON, C. KADRI, S. PERDRIOLLE, *La prudence et l'autorité, l'office du juge au XXI^e siècle, Rapport de la mission de réflexion confiée par Madame C. TAUBIRA, Garde des Sceaux, à l'Institut des hautes études sur la justice, sur l'évolution de l'office du juge et son périmètre d'intervention, rapport de l'I.H.E.J.*, mai 2013, pp. 34-35.

¹⁰⁵⁶ Par exemple, le code civil prévoit que le juge doit rechercher l'adhésion de la famille aux mesures, ou bien le juge des enfants tente de concilier les attentes des familles avec l'intérêt de l'enfant.

¹⁰⁵⁷ Ces dernières procédures représentent actuellement la moitié des procédures pénales engagées à l'échelle nationale. Voir sur ces questions, A. GARAPON, S. PERDRIOLLE, B. BERNABE, C. KADRI, *op. cit.* pp.110-112.

¹⁰⁵⁸ Par exemple, dans le cadre de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, le Procureur de la République propose les peines à l'individu concerné, puis saisit le Président du tribunal de grande instance ou le juge

223. Ensuite, là où le juge reste tout à fait maître de la sanction qu'il prononce, la recherche de l'adhésion des parties à ses décisions passe d'une part par la pédagogie et d'autre part par le prononcé d'une peine juste¹⁰⁵⁹.

En ce qui concerne la pédagogie, cette qualité est tout d'abord évoquée dans le recueil des obligations déontologiques des magistrats qui recommande au juge de satisfaire à un devoir général d'explication¹⁰⁶⁰ et de veiller « à ce que ses propos soient intelligibles pour ses interlocuteurs, quels que soient leur culture, leur situation ou leur état »¹⁰⁶¹.

Ensuite, la nécessaire pédagogie du juge ressort des réflexions au sein du Conseil d'Etat à propos plus spécifiquement de la rédaction des décisions¹⁰⁶², qui doit convaincre les parties du bien-fondé de ses décisions, et, plus largement, la société¹⁰⁶³.

Enfin, le travail quotidien du médiateur de la République témoigne de ce besoin des justiciables d'explications et d'écoute¹⁰⁶⁴.

délégué par lui d'une requête en homologation (495-8 et s. du C.P.P.). Dans le cadre de la composition pénale, l'article 41-2 du C.P.P. dispose que : « [L]orsque l'auteur des faits donne son accord aux mesures proposées, le procureur de la République saisit par requête le président du tribunal aux fins de validation de la composition. Le procureur de la République informe de cette saisine l'auteur des faits et, le cas échéant, la victime. Le président du tribunal peut procéder à l'audition de l'auteur des faits et de la victime, assistés, le cas échéant, de leur avocat. Si ce magistrat rend une ordonnance validant la composition, les mesures décidées sont mises à exécution. Dans le cas contraire, la proposition devient caduque. La décision du président du tribunal, qui est notifiée à l'auteur des faits et, le cas échéant, à la victime, n'est pas susceptible de recours ».

¹⁰⁵⁹ A propos de l'importance de la reconnaissance par le biais de l'acte de juger, et, plus largement, de « l'éthique de la relation judiciaire », voir J. ALLARD, A. GARAPON, F. GROS, *Les vertus du juge*, Paris, Dalloz, 2008, pp. 180-184.

¹⁰⁶⁰ Commentaire et recommandation e.10 du recueil des obligations déontologiques des magistrats, C.S.M., *Recueil des obligations déontologiques des magistrats*, Paris, Dalloz, 2010, p. 34.

¹⁰⁶¹ Commentaire et recommandation e.15 du recueil des obligations déontologiques des magistrats, C.S.M., *Recueil des obligations déontologiques des magistrats*, Paris, Dalloz, 2010, p. 36.

¹⁰⁶² Le Conseil d'Etat recommande par exemple l'emploi du style direct, la référence aux précédents, la rédaction d'un paragraphe de conclusion qui explique la décision, d'expliquer le raisonnement déterminant qui a conduit à la décision. La Cour E.D.H., dans sa décision du 10 janvier 2013 concernant l'affaire AGNELET c/ France, requête n° 61198/08, a vérifié si l'accusé, condamné par une cour d'assises française, a été à même de comprendre la décision rendue, rappelant que la motivation sert à asseoir dans l'opinion publique la confiance dans une justice transparente et objective.

¹⁰⁶³ A. GARAPON, S. PERDRIOLLE, B. BERNABE, C. KADRI, *op. cit.*, p. 59.

¹⁰⁶⁴ Voir J-P. DELEVOYE, « Seul le prononcé fait foi », in *Etre magistrat dans la cité, entre légitimes attentes et tentations démagogiques*, *Les cahiers de la justice, revue semestrielle de l'E.N.M.*, printemps 2007, pp. 123 et s. Il faut préciser qu'il est évident que la pédagogie relève également du devoir des avocats.

C'est dans le cadre de son office de tutelle, et donc lorsqu'il occupe des postes laissant une large place à cette fonction, que le juge se trouve le plus confronté à la nécessité d'apaiser les parties par la pédagogie. Par exemple, le juge d'application de peines officie dans un bureau, face à l'humain¹⁰⁶⁵.

Le juge des enfants est quant à lui d'autant plus concerné par le souci de pédagogie qu'il doit faire entendre un discours à des mineurs ou à leurs parents, ces derniers devant admettre que la justice se substitue à eux pour exercer une autorité sur leurs enfants. En effet, une étude réalisée auprès des juges des enfants révèle que les situations professionnelles difficiles sont souvent vécues comme des manifestations de colère des justiciables suite au prononcé de leurs décisions, qu'ils ont ainsi du mal à motiver. Toutefois, les magistrats interrogés ont tous conscience que la préparation méticuleuse des audiences difficiles, comme celles qui aboutiront à un placement de l'enfant, permet d'apaiser les tensions¹⁰⁶⁶.

Plus largement, il semble que les magistrats qui font preuve de modération dans leur façon de mener les audiences et motivant scrupuleusement leurs décisions sont moins enclins à voir des recours exercés contre leurs décisions que, dans des contextes comparables, le sont des juges qui ont laissé aux parties l'impression de ne pouvoir être entendues¹⁰⁶⁷.

Ainsi, la pédagogie permet bien l'adhésion des justiciables aux décisions les concernant et peut contribuer plus généralement à leur apaisement¹⁰⁶⁸.

¹⁰⁶⁵ A. GARAPON, S. PERDRIOLLE, B. BERNABE, C. KADRI, *op. cit.*, pp. 86-102.

¹⁰⁶⁶ H. BAZEX, « Les facteurs et les effets du stress chez les juges des enfants », *Annales Médico-Psychologiques*, vol. 170, 2012, p. 130.

¹⁰⁶⁷ M. BERNARD-REQUIN, « La recherche de la vérité en psychologie et psychiatrie judiciaires. La psychologie dans la décision judiciaire », *Annales Médico-psychologiques*, vol. 170, 2012, p.126.

Toutefois, ces observations ne sont possibles qu'en matière correctionnelle dans la mesure où la motivation n'est pas requise en matière criminelle.

¹⁰⁶⁸ A propos de la possibilité pour le juge d'expliquer la solution même dans les hypothèses où une motivation classique n'est pas possible, voir B. FAYOLLE, « La procédure criminelle entre permanence et réforme », in *La Cour d'Assises. Bilan d'un héritage démocratique, Actes du colloque*, Paris, La documentation française, 2001, pp. 90-91. A propos de la nécessité d'une explication pédagogique de la décision par le juge, voir A. GARAPON, « Le juge et son éthique : synthèse des réponses au questionnaire », *Les Cahiers de l'I.H.E.J.*, Paris, Institut des hautes études sur la justice, n°1, 1993, p. 16.

En ce qui concerne la justesse des sanctions prononcées, l'adhésion du justiciable à la décision du juge nécessite une stricte proportionnalité entre la gravité de l'infraction et la sévérité de la peine finalement prononcée par le juge¹⁰⁶⁹. En effet, le justiciable ne peut voir sacrifier ses droits au profit des espoirs d'une dissuasion qui se diffuserait au-delà de l'affaire.

224. Finalement, bien que le droit pénal moderne suive toujours majoritairement un modèle d'imposition plus que de discussion¹⁰⁷⁰, l'apaisement des justiciables peut passer par la recherche de leur adhésion à la décision avant même que celle-ci ne soit entérinée, alors que les juges doivent avoir le souci d'adresser leurs sentences à leurs destinataires s'ils souhaitent que celles-ci tendent vers plus d'efficacité¹⁰⁷¹.

225. Dès lors, les émotions des acteurs du procès étant appréhendées et régulées au mieux par le magistrat, dans le cadre de son jugement sur le fond, comme par la recherche de l'adhésion plus formelle des parties à la décision judiciaire (Section I), c'est sur la société toute entière que l'apaisement peut se ressentir (Section II).

Section II : La diffusion de l'apaisement dans la société au-delà du procès

226. Une réflexion sur l'effet d'apaisement des décisions de justice au sein d'une société démocratique au nom de laquelle elles ont été rendues doit être menée.

L'apaisement social ne peut atteindre sa plénitude que si la société perçoit le jugement comme une réponse adaptée et juste au scandale déclenché par les faits dans l'opinion publique (§I). La lisibilité nécessaire à cette bonne réception par les citoyens nécessite une certaine maîtrise de la diffusion des décisions dans la société (§II).

¹⁰⁶⁹ Voir P. PONCELA, « Par la peine, dissuader ou rétribuer », in *L'utile et le juste, Archives de philosophie du droit*, Tome 26, Paris, Sirey, 1981, pp. 64 et s. ; A propos de la proportion entre les infractions et les peines, voir également C. BECCARIA, *Traité des délits et des peines*, trad. de l'italien par M. CHAILLOU de LISY, publié à Paris en 1773 par J. F. BASTION, Paris, Librairie de la Bibliothèque nationale, 1877, pp. 29 et s. ; MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Paris, Garnier frères, 1961, tome I, pp. 97 et s. et pp. 198 et s.

¹⁰⁷⁰ Y. CARTUYVELS, F. OST, *Crise du lien social et crise du temps juridique, Le droit est-il encore en mesure d'instituer la société ? L'exemple du droit pénal*, Séminaire interdisciplinaire d'études juridiques, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, Luc TAYART de BORMS, 1998, p.116.

¹⁰⁷¹ C'est selon cette logique qu'a été créé, d'abord de manière prétorienne avant d'être entériné par l'art. 710 du C.P.P., le recours permettant de revenir vers le juge en charge de l'affaire après que celle-ci ait été définitivement jugée, afin de le prier d'explicitier sa décision.

§I. Une décision perçue comme une réponse adaptée au scandale

227. Pour qu'une décision judiciaire parvienne à l'apaisement social escompté, il faut d'une part qu'elle soit adaptée au trouble causé à la valeur sociale protégée par l'infraction et réaffirmée par l'émotion collective (A), elle doit d'autre part pouvoir être comprise par le plus grand nombre (B).

A. L'apaisement par le jugement de ce qui fait scandale

228. Le principal rôle de la justice pénale est de protéger et de faire respecter les valeurs de la société. Or, l'un des marqueurs des valeurs auxquelles la société est attachée est le scandale. En effet, la révélation de certains faits peut faire naître un scandale dans l'opinion publique.

Le scandale revêt un aspect émotionnel, celui de l'indignation. Ainsi, la révélation du trouble à l'ordre public engendre l'émotion publique.

L'émotion collective repose sur l'idée d'un différentiel entre les valeurs sociales d'une part, et la réalité d'une situation d'autre part. La collectivité s'émeut soit dans des situations qui ont pour but des révisions (c'est le cas lors des manifestations ou révolutions), soit lorsqu'au contraire, il s'agit de lutter contre des révisions¹⁰⁷².

Dans le premier cas, l'émotion collective permet de réévaluer l'attachement à certaines valeurs¹⁰⁷³.

Puisque les mêmes émotions se retrouvent chez d'autres membres de la collectivité, c'est que ce différentiel est partagé et que ces valeurs le sont donc également¹⁰⁷⁴.

¹⁰⁷² P. LIVET, *Emotions et rationalité morale*, Paris, P.U.F., 2002, pp. 123-125, à propos de la définition et des critères de l'émotion collective.

¹⁰⁷³ P. LIVET, *op. cit.*, pp. 28 et s. Il fait référence au philosophe SCHERER qui soutient que les valeurs et l'émotion sont liées. En effet, GRANDJEAN et SCHERER ont dénombré qu'il existe quatre dimensions dans l'évaluation : la pertinence, l'évaluation de l'implication, le potentiel de maîtrise et l'évaluation de la signification normative. Pour qu'une situation soit colorée d'émotions, l'individu va tout d'abord percevoir un changement dans l'environnement qui captivera son attention. Il jugera de la pertinence de cette situation pour lui et pourra ensuite tenter d'identifier la cause et les conséquences de l'évènement. Il déterminera s'il peut affronter cette situation, dont il évaluera enfin la conformité avec les valeurs socioculturelles ; voir également P. LIVET, *op. cit.*, pp. 177 et s. ainsi que les travaux de GIBBARD, présentés par P. LIVET, *op. cit.*, pp. 158 et s.

Pour une vue d'ensemble, la portée évaluative des émotions est particulièrement développée dans les travaux qui portent sur l'imbrication entre les émotions et le jugement, dont l'objectif est de relier la sensation physique à l'évaluation. SOLOMON s'inscrit dans cette ligne à partir de l'exemple de la colère qu'il considère comme une interprétation du monde. LAZARUS s'est attaché à l'analyse de l'articulation entre la sensation physique et l'appréciation cognitive.

L'émotion collective contenue dans le scandale révèle ainsi les priorités d'une société, son attachement à la valeur violée et vise à ce qu'une réponse pénale sanctionne sa transgression.

Les médias sont les porte-voix de ces mouvements. Ainsi, par la médiatisation d'un fait divers, on en fait une question de société. Les professionnels du droit contribuent à la traduction de problèmes sociaux ou personnels en questions de droit et causes politiques¹⁰⁷⁵.

Le scandale, appréhendé par la justice, devient une affaire et les parties sont à nouveau placées sur un pied d'égalité¹⁰⁷⁶.

229. L'importance de la réponse apportée aux faits par la justice transparait alors : puisque l'attachement à la valeur sociale protégée a été fermement réaffirmé, l'intervention de la justice doit y être conforme¹⁰⁷⁷.

Il s'agit de transformer un « emballement » émotionnel social en affaire, afin d'organiser un procès serein, dont l'issue doit permettre d'apaiser l'indignation, de la canaliser par le rappel des valeurs inviolables, au moyen de la sanction¹⁰⁷⁸.

Emile DURKHEIM a théorisé cette idée que la peine est un facteur de cohésion sociale puisqu'elle « sert à guérir les blessures faites au sentiment collectif »¹⁰⁷⁹.

Mais pour remplir ce rôle d'apaisement, la peine doit être utile, proportionnelle au mal, pour qu'elle ne devienne impopulaire¹⁰⁸⁰.

¹⁰⁷⁴ Voir également, J. ELSTER, « Rationalité et normes sociales : un modèle pluridisciplinaire », in L.-A. GERARD-VARET, J.-C. PASSERON, *Le modèle et l'enquête, les usages du principe de rationalité dans les sciences sociales*, Paris, E.H.E.S.S., 1995, p. 147 : « [t]oute norme sociale est maintenue par un ensemble d'émotions ; la force souvent contraignante des normes provient des émotions qui les sous-tendent ».

¹⁰⁷⁵ L'articulation du droit, du travail de ses professionnels, avec les mouvements sociaux, s'appelle le *cause lawyering*. Voir sur cette question, L. ISRAEL, « Usages militants du droit dans l'arène judiciaire : le cause lawyering », *Revue Droit et société*, 2001, n°49, pp. 793-824.

¹⁰⁷⁶ D. DE BLIC, C. LEMIEUX, « Le scandale comme épreuve, éléments de sociologie pragmatique », *politix*, Paris, 2005, n°71, pp. 9-38.

¹⁰⁷⁷ A l'inverse, si le scandale naît d'une décision de justice conforme à la jurisprudence antérieure, c'est que la valeur jadis protégée et socialement admise ne l'est plus.

¹⁰⁷⁸ C'est à ce propos qu'apparaissent les questionnements relatifs aux modes alternatifs de règlement des conflits en matière pénale. En effet, s'ils manifestent, comme il a été avancé précédemment, le souci d'apaisement des personnes mises en cause, ils permettent moins de répondre à la demande de sanction dans laquelle la société trouve son apaisement. Alors, la portée de la solution du litige reste limitée aux parties et s'apparente davantage à une justice privée.

¹⁰⁷⁹ E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, Paris, P.U.F., 2007, pp. 76-77. Voir également pp. 52-64, et pp. 70 et s.

C'est ce qu'a théorisé J. BENTHAM à travers ses quelques mots : « c'est un mal que de donner un sentiment pénible au public par l'établissement d'une peine impopulaire. Ce ne sont plus les coupables seuls qu'on punit : ce sont les personnes les plus innocentes et les plus douces auxquelles on inflige une peine très réelle, en blessant leur sensibilité, en bravant leur opinion, en leur présentant l'image de la violence et de la tyrannie »¹⁰⁸¹.

B. L'apaisement par la lisibilité des décisions par le grand public

230. Si le rôle des lecteurs dans le traitement de l'information ne doit pas être négligé, il demeure que la technicité du langage juridique peut être un frein à la diffusion de l'apaisement social.

Une décision trop technique et peu pédagogique n'aura pour effet que d'accroître le sentiment d'opacité de la justice.

C'est pourquoi, de la même manière que le juge doit adresser ses jugements à leurs destinataires¹⁰⁸², il doit garder à l'esprit qu'il doit convaincre plus largement du bien-fondé de sa décision¹⁰⁸³.

Pour cela, sa décision doit être motivée de manière à ce qu'elle soit intelligible pour tous¹⁰⁸⁴.

231. Dès lors, l'apaisement de la société par un jugement conforme à ses valeurs et intelligible par tous étant désormais possible, il ne pourra produire son plein effet que si la diffusion de cette décision est maîtrisée.

¹⁰⁸⁰ Voir P. PONCELA, « Par la peine, dissuader ou rétribuer », in *L'utile et le juste, Archives de philosophie du droit*, Tome 26, Paris, Sirey, 1981, pp. 62-65.

¹⁰⁸¹ J. BENTHAM, *Théorie des peines et des récompenses*, in *Oeuvres de J. BENTHAM*, Tome II, Bruxelles, Société belge de librairie, Hauman et Cie, 1840, p. 18.

¹⁰⁸² Voir § 223 de la présente étude.

¹⁰⁸³ B. BERNABE, A. GARAPON, C. KADRI, S. PERDRIOLLE, *La prudence et l'autorité, l'office du juge au XXI^e siècle, Rapport de la mission de réflexion confiée par Madame C. TAUBIRA, Garde des Sceaux, à l'Institut des hautes études sur la justice, sur l'évolution de l'office du juge et son périmètre d'intervention, rapport de l'I.H.E.J.*, mai 2013, p. 59.

¹⁰⁸⁴ Par ailleurs, il pourrait être intéressant de sensibiliser davantage les citoyens aux grands concepts du droit.

§II. L'apaisement de la société par une diffusion maîtrisée des décisions

232. La première étape permettant la diffusion des décisions de justice a été de consacrer leur rédaction.

Alors qu'avant le XIII^e siècle, les décisions de justice n'étaient pas rédigées, coutume fut prise de recueillir les plus grandes décisions au sein des « olims ». Mais cette rédaction était lacunaire. L'ordonnance de Villers-Cotterêts de 1539 prescrivit ensuite que toutes les décisions seraient rédigées en français.

Toutefois, la consécration de l'écrit rend possible la diffusion des décisions de justice mais n'en empêche pas les interprétations.

Ainsi, pour que les décisions de justice produisent l'effet d'apaisement social escompté, il faut ensuite s'assurer que leur diffusion soit maîtrisée, l'essentiel étant de préserver le sens des décisions afin d'en limiter les interprétations possibles.

Dès lors, le rayonnement des décisions judiciaires étant assuré principalement par la communication médiatique, il s'agit d'encadrer cette communication pour prévenir les mauvaises interprétations (A), notamment en tentant d'appriivoiser le décalage terminologique et temporel entre les langages des médias et de la justice (B).

A. Encadrer la communication pour prévenir les mauvaises interprétations

233. La communication est tout d'abord encadrée dans le cadre de la restriction de la liberté d'expression.

En effet, si la mise en place de restrictions à la liberté d'expression a pour objet premier de garantir l'impartialité et l'indépendance des juges¹⁰⁸⁵, celles-ci permettent également d'encadrer la communication entourant les décisions de justice dans le but de préserver leur sens des mauvaises interprétations.

Il s'agit d'inciter les médias à assurer une retranscription fidèle des décisions de justice, pour les besoins de l'information du public, sans tomber dans les dérives du sensationnel et d'éviter que ceux-ci ne s'emparent d'affaires judiciaires en ne les traitant pas exactement comme des faits objectivement relatés, mais pas non plus comme des entières fictions¹⁰⁸⁶.

¹⁰⁸⁵ Voir § 81 de la présente étude.

¹⁰⁸⁶ La tendance constatée par Antoine GARAPON est plutôt inverse puisqu'il développe l'idée que les médias n'interprètent pas mais livrent leur réalité de manière brute : « la symbolisation [et donc la mise à distance] est

De ce flou pourrait naître le fantasme du public¹⁰⁸⁷, reposant sur des éléments d'appréciation complètement déconnectés de la réalité, mais dont l'ampleur ne permettrait cependant pas de garantir la confiance dans la justice.

C'est par exemple la dérive qui a été évitée de justesse, alors qu'il était question de produire des documentaires prenant l'opinion publique comme premier témoin de certaines affaires non élucidées ou définitivement jugées¹⁰⁸⁸.

Cette problématique appartient bien à celle de l'encadrement de la liberté d'expression et se résoudra par un arbitrage réalisé par les juges entre le droit à l'information du public et d'autres principes d'égale valeur, tels que celui du respect de la vie privée protégé par l'article 9 du code civil et par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme ou la nécessité de préserver l'image de la justice¹⁰⁸⁹.

menacée par le spectacle de plus en plus cru de la violence et de la souffrance [...] ». « [L]es médias, en nous plaçant ainsi sous la juridiction des émotions qui nous éloigne de celle du droit [...] ». Voir A. GARAPON, « La justice est-elle « délocalisable » dans les médias ? », *Droit et société*, n°26, 1994, p. 79. A propos de l'éthique de la mise en récit, voir A. GARAPON, *op. cit.*, p. 88.

¹⁰⁸⁷ Certaines de ces initiatives sont d'ailleurs soutenues par la chancellerie, pensant rétablir la réalité du fonctionnement judiciaire de la sorte.

¹⁰⁸⁸ La démarche est encore plus tendancieuse eu égard à l'autorité des décisions des juges lorsque les affaires sont définitivement jugées. Le téléfilm *Intime conviction* de Rémy BURKEL a d'abord été diffusé le 14 février 2014 sur la chaîne franco-allemande (R. BURKEL, *Intime conviction*, Maha productions, Arte, 14 février 2014, 20h50). En parallèle, un site internet prolongeant cette fiction devait permettre de suivre jusqu'au 2 mars le procès du suspect, « le docteur Villers », médecin légiste comme le vrai Dr MULLER. L'épilogue devait prendre la forme d'un verdict prononcé par le jury, et en parallèle d'un verdict issu d'un vote des internautes. Les avocats du Dr Jean-Louis MULLER soulignaient de nombreuses similitudes entre leur client et le téléfilm puis le faux procès. Or, fin octobre, Jean-Louis Muller, 58 ans, a été définitivement acquitté de l'accusation de meurtre de sa femme en 1999, après deux condamnations à 20 ans de prison. Ses avocats, Me DUPOND-MORETTI et Me Jérémie ASSOUS, estimaient que le programme remettait en doute son innocence, consacrée par la justice. Une juge des référés a interdit la diffusion par Arte d'« Intime conviction ». Selon l'ordonnance, « l'atteinte portée à la vie privée du docteur Jean-Louis Muller et le préjudice subi du fait du programme qui propose de le rejurer, et ce quelle que soit l'issue du faux procès ou le résultat des votes des internautes, sont d'une telle ampleur que la demande de cessation de diffusion du programme sans délai (...) est justifiée ». En conséquence, la juge des référés a ordonné à Maha Productions et Arte « de faire cesser toute diffusion du programme », sur quelque support que ce soit et sous astreinte de 50.000 euros. Cette interdiction court jusqu'à ce qu'une décision soit rendue par les juges du fond. L'avocat de la société Maha Productions, Me Christophe BIGOT, estime qu'il s'agit là d'une véritable censure et a interjeté appel, alors que l'avocat du défendeur, Me Eric DUPOND-MORETTI, s'est au contraire félicité que « [l]a justice se rend[e] dans les palais de justice et pas ailleurs ».

¹⁰⁸⁹ La Cour E.D.H. rappelle, ainsi qu'il a été constamment jugé, que la liberté d'expression et le droit au respect de la vie privée sont deux droits d'égale valeur normative (protection de l'art 8 de la C.E.D.H. pour la vie privée, art 10 de la C.E.D.H. pour la liberté d'expression) et d'égale importance. Aucun de ces droits n'est absolu, la C.E.D.H. prévoit pour chacun des restrictions à condition qu'elles soient légitimes et justifiées notamment au nom de la protection des droits d'autrui ou d'un impératif d'intérêt général.

234. D'autres règles procédurales permettent de maîtriser la communication des décisions de justice afin de préserver le sens des décisions des juges. Elles consistent en un aménagement du principe de publicité du procès.

En effet, les phases d'enquête et d'instruction terminées, l'obligation de secret qui les caractérise laisse en principe place à la publicité qui concerne tant les débats que la décision elle-même¹⁰⁹⁰. Ainsi, il est tout d'abord possible, sauf lorsque la loi interdit la publication de la décision dans la presse¹⁰⁹¹, ou lorsque le *huis clos* peut être prononcé¹⁰⁹², que les juges tendent vers une certaine maîtrise de la communication de leurs décisions en décidant spontanément de leur diffusion. Il arrive donc parfois que les juges ordonnent l'insertion de leur décision dans la presse.

Dans d'autres cas, de manière moins procédurale, face au risque de déformation des décisions, certains juges usent d'autres techniques pour prévenir les mauvaises interprétations. C'est ainsi qu'un magistrat a pu raconter que, sachant qu'une affaire était très médiatisée et que son issue était donc attendue, plutôt que de risquer que des journalistes ne déforment les termes de son arrêt, il avait préféré le rédiger en amont et l'enregistrer dans son intégralité sur un fichier informatique qu'il avait mis à disposition de la presse au moment même où le jugement était prononcé. Ainsi pouvait-il être sûr que les erreurs d'interprétation seraient réduites le plus possible.

Par ailleurs, il pourrait être utile de revenir sur l'interdiction de la prise d'image. En effet, une limite demeure en ce qui concerne la publicité des procédures : dans tous les procès, il est en principe interdit de capter des instants du procès, sauf exceptions¹⁰⁹³.

¹⁰⁹⁰ Art. 400 du C.P.P en matière correctionnelle. Sous réserve des cas dans lesquels le *huis-clos* peut être prononcé lorsque le débat peut être dangereux pour l'ordre public ou les mœurs, et des cas dans lesquels la presse est autorisée à assister aux débats sous réserve de n'en publier aucun compte rendu. Les juridictions de mineurs siègent sans publicité. Précisons que le jugement doit être rendu publiquement, sauf les décisions prises par le juge des enfants en audience de cabinet et les jugements incidents intervenant au cours de procès à *huis-clos*.

¹⁰⁹¹ C'est le cas lorsque les condamnés sont mineurs, article 14 dernier alinéa de l'ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante.

¹⁰⁹² Voir § 91 de la présente étude.

¹⁰⁹³ Loi n° 54-1218 du 6 décembre 1954 complétant l'article 39 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse en vue d'interdire la photographie, la radiodiffusion et la télévision des débats judiciaires, *J.O.R.F.* du 8 décembre 1954, p. 11445, art. 1 : il est inséré dans l'article 39 de la loi du 29 juillet 1981 sur la liberté de la presse, un avant-dernier alinéa : « Pendant le cours des débats et à l'intérieur des salles d'audience des tribunaux administratifs ou judiciaires, l'emploi de tout appareil d'enregistrement sonore, caméra de télévision ou de cinéma est interdit. Sauf autorisation donnée, à titre exceptionnel par le garde-des-sceaux, ministre de la justice, la même interdiction est applicable à l'emploi des appareils photographiques ».

Cette interdiction contraint les journalistes judiciaires à prendre des notes manuscrites lors des audiences afin d'en retranscrire fidèlement le déroulement, l'ambiance et l'issue¹⁰⁹⁴.

Toutefois, l'image prenant de plus en plus d'importance dans notre société, cette contrainte imposée aux journalistes judiciaires n'est peut-être plus toujours justifiée et la retranscription de l'information gagnerait peut être en fidélité si les journalistes pouvaient disposer des images pour traiter l'information postérieurement à l'audience.

De surcroît, l'autorisation de filmer, en plus d'assurer une communication plus fidèle des décisions de justice pourrait se prolonger en une autorisation de diffuser ces images, - sous réserve de les préserver des montages -, qui permettrait alors un contrôle supplémentaire sur la justice et œuvrerait ainsi à sa légitimation¹⁰⁹⁵. En effet la visibilité permettrait un contrôle démocratique qui s'ajouterait à ceux dont il a été question précédemment¹⁰⁹⁶.

Ainsi, le moyen de préserver le sens des décisions judiciaires ne réside pas nécessairement dans le fait de priver les médias et le public de l'accès aux salles d'audiences. Précisément, la stratégie de communication organisée lors du procès d'Angers a été inverse : le choix d'écarter le *huis clos* a été fait, craignant que les médias ne soient moins modérés dans le cas contraire et que les avocats retranscrivent les débats sans le souci de la fidélité à la réalité.

Un magistrat référent auprès de la presse a alors été désigné afin d'être l'interlocuteur des médias qui a joué le rôle de médiateur et a fiabilisé les informations dont disposaient les journalistes : il a fourni des documents précis avec les textes de lois notamment et a assisté les journalistes dans leur compréhension du déroulement des débats à l'audience¹⁰⁹⁷.

¹⁰⁹⁴ Article 41 al. 4 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, *J.O.R.F.* du 30 juillet 1881, p. 4201.

¹⁰⁹⁵ A propos des difficultés techniques de l'autorisation de la captation d'image, voir A. GARAPON, S. PERDRIOLLE, B. BERNABE, C. KADRI, *op. cit.*, pp. 77 : « L'autorité de la justice doit savoir se rendre télévisuelle. Le problème du filmage du procès est double : il est à la fois de savoir comment faire entrer l'image dans les prétoires mais réciproquement de faire entrer la justice dans l'image ». Certains exemples de captations d'images d'audiences réalisées avec autorisation semblent toutefois tout à fait satisfaisants et laissent même penser que leur diffusion permettrait aux mises aux points réalisées par les juges d'avoir une portée préventive plus large (notamment en ce qui concerne les contraventions ou délits relatifs aux obligations du code de la route ou en matière de trafic de stupéfiants). Voir par ex. R. DEPARDON, *Xème chambre, instants d'audience*, coproduction Palmeraie et désert, France 2 cinéma, 2004.

¹⁰⁹⁶ A. GARAPON, S. PERDRIOLLE, B. BERNABE, C. KADRI, *op. cit.*, pp. 76-77. A propos du contrôle, voir § 135 et s. de la présente étude.

¹⁰⁹⁷ E. LINDEN, « Justice et opinion publique : réflexions après le procès d'Angers », in *Etre magistrat dans la cité, entre légitimes attentes et tentations démagogiques, Les cahiers de la justice, revue de l'Ecole nationale de la magistrature*, Printemps 2007, pp. 140-141.

Dans une logique de meilleure lisibilité des décisions de justice par les médias, et donc d'une information plus précise des justiciables, il pourrait être envisagé de prolonger l'action de tels médiateurs afin qu'ils expliquent le sens et la portée des décisions prononcées par les juges.

235. Enfin, il faudrait réfléchir à certaines autorisations exceptionnelles faites aux magistrats de venir rectifier, dans le même espace que celui dans lequel les erreurs se multiplient, c'est-à-dire sur la scène publique, le sens de leurs décisions.

Le C.S.M. souhaite sur ce point prévoir une sorte de droit de réponse permettant de rappeler les règles applicables : il préconise « l'instauration d'une politique de communication permettant de répondre à des déclarations inexactes ou mensongères concernant l'organisation et le fonctionnement des juridictions, leur domaine d'intervention, leurs responsabilités propres, les délais de traitement des affaires », la difficulté étant toutefois de concilier cette volonté avec les exigences du devoir de réserve¹⁰⁹⁸. Ce rôle, à définir, reviendrait aux Chefs de cours et de juridictions.

¹⁰⁹⁸ Voir C.S.M., avis du 11 mars 2004 ; le juge doit répondre aux règles déontologiques qui l'obligent à la discrétion dans l'exercice de ses fonctions et à une réserve stricte dans l'expression de ses opinions. Toutefois, l'obligation de réserve ne vise en aucun cas à inciter les juges au silence ou au conformisme (C.S.M., Avis du 27 mai 1998 : les magistrats bénéficient également de la liberté d'expression, toutefois limitée par leur devoir de réserve), il s'agit seulement de ne pas permettre à l'opinion, à travers une parole ou un écrit, de douter de l'impartialité dudit magistrat. Celui-ci doit donc entourer ses propos de modération afin de ne point choquer et jeter ainsi le discrédit sur la profession entière. Cette exigence respectée, les juges demeurent libres de s'exprimer dans l'exercice de leurs fonctions. Le recueil des obligations déontologiques des magistrats apporte quelques précisions dans ce sens : « L'expression d'un magistrat *ès* qualités, quel que soit le support ouvert au public, nécessite la plus grande prudence, afin de ne pas porter atteinte à l'image et au crédit de l'institution judiciaire. Il en est de même de la publication, par des magistrats, de souvenirs professionnels personnels » (C.S.M., *Recueil des obligations déontologiques des magistrats*, Paris, Dalloz, 2010, p. 42). Le magistrat est aussi libre de s'exprimer dans le cadre syndical. Il ne doit pas commenter ses décisions autrement que par la motivation et doit s'abstenir de critiquer les décisions de ses collègues. Les voies de recours sont faites pour cela. Le juge ne communique pas directement avec la presse sur les affaires qu'il connaît, par opposition aux magistrats du parquet (C.S.M., *Recueil des obligations déontologiques des magistrats*, Paris, Dalloz, 2010, f. 11, p. 41). L'article 11 du C.P.P., lui permet de participer à la préparation de textes juridiques. L'article 10 alinéa 2 du statut de la magistrature énonce : « Toute manifestation d'hostilité au principe et à la forme du Gouvernement de la République est interdite aux magistrats, de même que toute démonstration de nature politique incompatible avec la réserve que leur imposent leurs fonctions ». Les juges peuvent écrire sur leur métier le temps de la retraite venu, mais doivent toujours faire preuve de retenue.

236. En somme, pour assurer un meilleur apaisement de la société au moyen d'une diffusion fidèle des décisions de justice, il faudrait faciliter l'accès des journalistes aux informations exactes, tout en les obligeant par la loi à faire preuve de plus de retenue en contrepartie¹⁰⁹⁹. Une faculté de rectification pourrait par ailleurs être reconnue aux autorités judiciaires lorsqu'une interprétation erronée a été publiée dans un média, par exemple en raison de la vulgarisation par le journaliste du vocabulaire juridique employé par le juge dans sa motivation.

B. L'appropriation du décalage entre les mondes médiatique et judiciaire

237. L'appropriation du décalage entre le travail médiatique et celui de la justice passe tout d'abord par l'atténuation des écarts terminologiques. En effet, le décalage observé avec le domaine scientifique apparaît également avec le langage journalistique¹¹⁰⁰. Chaque discipline dispose de son langage propre et de ses concepts, de sorte que les journalistes ne manient pas parfaitement le langage juridique.

Par ailleurs, quand bien même ils seraient eux-même spécialisés, ils doivent adresser leurs articles à des lecteurs non-initiés et tentent dès lors de rendre le contenu de leurs propos intelligible par tous. Il en découle parfois une certaine vulgarisation. Plus encore, certaines chroniques judiciaires narrent parfois une histoire différente de celle qui est jugée par les magistrats, au risque de travestir la vérité judiciairement consacrée¹¹⁰¹.

Une nouvelle fois, le recours à des médiateurs permettrait d'assurer la pédagogie nécessaire à la traduction fidèle des concepts juridiques aux journalistes afin que ces derniers les vulgarisent tout en conservent le sens exact de la décision.

¹⁰⁹⁹ G. BESTARD, « Le traitement des affaires judiciaires en cours d'enquête par la presse », in *Liberté de la presse et droits de la personne, Actes du colloque organisé le 20 juin 1997*, Paris, Dalloz, 1997, p. 120.

¹¹⁰⁰ Sur le décalage avec le domaine scientifique, voir § 104 et s. de la présente étude.

¹¹⁰¹ D. SALAS, *Le tiers pouvoir : vers une autre justice*, Paris, Hachette littératures, 2000, 323 p.

238. Ensuite, l'apaisement social par la diffusion des décisions de justice par les médias ne peut passer que par la temporisation de la frénésie de l'information.

En effet, le droit peut contribuer à l'établissement du lien social dans la mesure où il réussit à articuler « le temps de la mémoire qui lie le passé (et, ce faisant, donne des fondements à la société et des racines à l'individu), le temps du pardon qui délie le passé (et, ce faisant, lui ouvre un autre avenir), le temps de la promesse qui lie le futur (et, ce faisant, permet à la société de s'y projeter par des lois et des contrats), enfin le temps de la remise en question qui délie le futur (en lui permettant de s'adapter aux inévitables évolutions) »¹¹⁰². Il faut donc concevoir ces temporalités dans leur ensemble pour parvenir à un certain équilibre social.

Or, les évolutions sociales et la pression, notamment, des exigences économiques et des transformations technologiques, ont modifié la temporalité juridique. Parmi les raisons à l'origine de ce mouvement, il faut justement compter la place accrue des médias dans le champ de la justice. En effet, le temps médiatique relève pleinement du sensationnel et de l'instantané. En tentant de s'insérer dans le temps, plus lent, de la justice, il l'imprègne de ses caractères.

Désormais, le temps juridique s'apparente parfois davantage à l'éphémère¹¹⁰³. Il est par exemple possible de modifier plus rapidement certaines normes, ou encore certaines procédures en fonction de la nécessité de traiter efficacement certaines infractions, sous peine de voir la criminalité se délocaliser¹¹⁰⁴.

Si l'accélération est parfois utile et souhaitée afin de respecter l'exigence du délai raisonnable instaurée au niveau européen¹¹⁰⁵, la réalité du phénomène de l'inflation législative et ses méfaits ne sont plus à démontrer¹¹⁰⁶.

¹¹⁰² Y. CARTUYVELS, F. OST, *Crise du lien social et crise du temps juridique, Le droit est-il encore en mesure d'instituer la société ? L'exemple du droit pénal*, Séminaire interdisciplinaire d'études juridiques, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, Luc TAYART de BORMS, 1998, p. 25.

¹¹⁰³ Y. CARTUYVELS, F. OST, *op. cit.*, p. 25.

¹¹⁰⁴ Par exemple en matière de délinquance informatique. L'accélération du changement juridique génère, selon J. CARBONNER, une forme d'« anxiété ». Voir J. CARBONNIER, *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, L.G.D.J., 2001, pp. 201 et s.

¹¹⁰⁵ C. BECCARIA et J. BENTHAM s'accordent par ailleurs sur le fait que la peine doit suivre le plus rapidement possible l'infraction afin d'être efficace. Voir C. BECCARIA, *Traité des délits et des peines*, trad. de l'italien par M. CHAILLOU de LISY, publié à Paris en 1773 par J.F. BASTION, Paris, Librairie de la Bibliothèque nationale, 1877, pp. 64 et s. et J. BENTHAM, *Traité de législation civile et pénale*, in *Œuvres de J. BENTHAM*, t. I, Bruxelles, Société belge de librairie, Hauman et Cie, 1840, p. 156.

¹¹⁰⁶ A propos de l'inflation législative en matière pénale spécifiquement, voir Y. CARTUYVELS, F. OST, *op. cit.*, pp. 94 et s.

Dès lors, si par le passé, le droit avait une fonction de stabilisation sociale et s'inscrivait dans le long terme, l'équilibre permettant au droit de contribuer au lien social n'est aujourd'hui plus maintenu¹¹⁰⁷.

Toutefois, malgré les tentatives d'accélération de la temporalité de la justice, le décalage entre deux conceptions opposées, celles de l'instantanéité et de la réalité des procédures, demeure inévitable¹¹⁰⁸.

Ceci résulte du nécessaire respect des procédures - telles que celle de l'exercice des voies de recours - sous peine de voir l'esprit de la justice mis à mal. Le bon déroulement d'un procès nécessite des délais permettant d'étudier les dossiers, d'échanger des arguments. Ce qui est polémique relève de l'instantané et seul le temps permet de juger¹¹⁰⁹.

Par ailleurs, une justice restauratrice ne peut être réalisée avec des objectifs d'accélération¹¹¹⁰.

Dès lors, pour parvenir à l'apaisement social et revenir au rôle de stabilisateur de la justice, il faut préserver la temporalité du droit de l'accélération médiatique.

239. En somme, il n'est pas souhaitable d'abandonner l'exigence de stabilisation sociale au souci de briser le fossé qui demeure entre temps judiciaire et médiatique¹¹¹¹.

Les effets de l'accélération du temps juridique risqueraient de s'amplifier : la perte des repères et la dilution du rapport à la norme, l'individualisation des rapports sociaux, le déclin des institutions, les sentiments de défiance et d'exclusion, de solitude et d'insécurité s'aggravaient encore¹¹¹². La crise de confiance des citoyens dans les institutions caractéristique de l'époque contemporaine commande de ne pas laisser les us médiatiques dominer le monde juridique.

¹¹⁰⁷ Voir également, à propos du temps de la justice et de la nécessaire productivité : B. BERNABE, A. GARAPON, C. KADRI, S. PERDRIOLLE, *La prudence et l'autorité, l'office du juge au XXI^e siècle, Rapport de la mission de réflexion confiée par Madame C. TAUBIRA, Garde des Sceaux, à l'Institut des hautes études sur la justice, sur l'évolution de l'office du juge et son périmètre d'intervention, rapport de l'I.H.E.J.*, mai 2013, pp. 68 et s.

¹¹⁰⁸ B. THOUZELLIER, « Les affaires dans la presse : traitement et dérives », *Légicom*, 2005, n°33, pp. 6-13.

¹¹⁰⁹ J-L. GENARD, *Les dérèglements du droit. Entre attentes sociales et impuissance morale*, Paris, Castells-labor, 2000, p. 56-57.

¹¹¹⁰ Y. CARTUYVELS, F. OST, *op. cit.*, p.115.

¹¹¹¹ En dehors de la problématique liée au décalage temporel entre les traitements judiciaires et médiatiques, c'est la logique même de l'équité dans le procès qui semble incompatible avec la recherche de profit caractéristique du monde médiatique. Voir sur ce point, R. BADINTER, « Justice et médias dans la société de l'information : le couple infernal », in R. BADINTER, S. BREYER, *Les entretiens de Provence, Le juge dans la société contemporaine*, Paris, Fayard, publications de la Sorbonne, 2003, p. 320.

¹¹¹² Y. CARTUYVELS, F. OST, *op. cit.*, p. 70.

Pour autant, les médias constituent le lien entre la justice et les citoyens et permettent un regard sur le travail des professionnels de la justice. En cela, la médiatisation de la justice demeure indispensable.

Il convient donc de trouver les moyens d'un dialogue plus efficace, moins superficiel et, parfois, lacunaire, afin de permettre un meilleur rayonnement des décisions judiciaires et de réduire les mauvaises interprétations.

Ainsi, la diffusion maîtrisée de décisions de justice venant trancher ce qui a pu faire scandale permet d'assurer l'apaisement social.

Cette démarche pourrait bien être la première étape vers la restauration d'une confiance plus généralement reconnue par les citoyens en leur système judiciaire.

240. En conclusion, le juge ne peut se soustraire à la nécessaire prise en compte de certaines émotions. En effet, l'individualité du procès pénal commande que celui-ci ne soit pas dénué de toute émotion puisque, d'une part, certaines émotions du juge intègrent la prise de décision, et, d'autre part, les émotions du justiciable seront prises en compte par le juge.

Par ailleurs, le juge doit s'efforcer de rechercher une juste mesure, cette fois-ci, dans la production d'émotions dont il est à l'origine, sur les acteurs du procès et plus largement au sein de la société.

Ce rôle de régulation des émotions attribué au juge par sa position de neutralité étant désormais établi (Titre I), il convient de replacer les émotions des magistrats au cœur du contexte social auquel elles appartiennent.

En effet, les magistrats ne pouvant être isolés au sein d'une société donnée, ils sont, au même titre que tous ses membres, soumis à des préétablis émotionnels face aux situations qu'ils jugent. La considération de l'origine sociale des émotions permet d'établir que le juge se révèle être l'incarnation des émotions sociales (Titre II).

Titre II : Un juge, incarnation des émotions sociales

241. L'une des caractéristiques des émotions relevées en introduction réside dans le fait que celles-ci se manifestent par des expressions corporelles.

Les émotions de base, telles que la peur, la colère, le dégoût, la tristesse, la surprise et le contentement, donnent lieu à des expressions qui se trouvent être les mêmes dans plusieurs cultures, étudiées par EKMAN¹¹¹³. De plus, dans la plupart des cultures, le seuil de changement d'une catégorie émotionnelle à une autre est placé au même niveau.

Par ailleurs, un individu éduqué dans une certaine culture est soumis à des dispositions émotionnelles, qu'il a intégrées à tel point qu'elles deviennent presque contraignantes¹¹¹⁴.

Ainsi, il semble que certaines données émotionnelles relèvent de la condition humaine¹¹¹⁵.

Dès lors, l'approfondissement de ces affirmations permettra de mettre en évidence que, si l'on considère le juge comme un individu socialement intégré, un homme ému au cœur de son environnement, ce magistrat pourrait bien se révéler être imprégné des émotions sociales (Chapitre I), ce qui ferait de lui un représentant, à un nouveau titre, des émotions sociales (Chapitre 2).

¹¹¹³ P. EKMAN et W. FRIESEN ont en effet démontré qu'il existe des émotions fondamentales (joie, colère, dégoût, tristesse, peur et surprise) universellement partagées. Voir P. EKMAN, « An Argument for Basic Emotions », *Cognition and Emotion*, 1992, n° 6, pp. 175 et s.

Dans leurs études, les expressions faciales qui correspondent à ces émotions de base peuvent être identifiées par des individus appartenant à des cultures différentes. En présentant, dans les années 1971, des photos de visages exprimant ces émotions à des populations très éloignées, voire peu civilisées, ils ont constaté que ces expressions faciales étaient malgré tout reconnues.

¹¹¹⁴ R-H. FRANK, *Passions Within Reasons: the Strategic Role of the Emotions*, New York et Londres, W.W Norton and Compagny, 1988, 304 p.

¹¹¹⁵ P. LIVET, « Emotions et rationalités en sciences sociales », *intervention pour l'université de tous les savoirs*, conférence, 27 octobre 2002.

Chapitre I : Un magistrat imprégné des émotions sociales

242. Pour analyser la société, Emile DURKHEIM invente le concept de « fait social », qu'il définit comme « un ordre de faits qui présentent des caractères très spéciaux : ils consistent en des manières d'agir, de penser et de sentir, extérieures à l'individu, et qui sont douées d'un pouvoir de coercition en vertu duquel ils s'imposent à lui »¹¹¹⁶.

Il définit donc les phénomènes sociologiques comme étant ceux qui ont le pouvoir d'exercer, du dehors, une pression sur les consciences individuelles et pénètrent l'individu de force.

Si l'autorité devant laquelle s'incline l'individu quand il agit, ressent ou pense socialement, le domine, c'est qu'elle est le produit de forces qui le dépassent et dont il ne saurait rendre compte.

Ces faits sociaux doivent selon l'auteur être expliqués par les variations du milieu social telles qu'intériorisées par le sujet, et non par les états de conscience individuelle¹¹¹⁷.

Voici la caractéristique essentielle qui justifie de dissocier les présents développements des précédents.

243. Pour comprendre l'origine sociale des émotions du juge, il faudra tout d'abord analyser l'émotion comme un phénomène social (section I), avant d'étudier les biais par lesquels ce « fait social » imprègne naturellement l'individualité du juge (section II).

Section I. L'émotion comme fait social

244. Les premiers travaux relatifs à la définition moderne du concept d'émotion coïncident avec la période où, à la fin du XIX^{ème} siècle, la psychologie est érigée en discipline scientifique autonome¹¹¹⁸.

¹¹¹⁶ Toutefois, les faits sociaux sont également internes aux individus, en ce qu'ils ne s'expriment qu'à travers eux.

¹¹¹⁷ Dans la pensée de DURKHEIM, une société se réalise quand des individus agissent l'un sur l'autre, par la fusion des consciences individuelles. La société est donc plus que la somme de ses parties. A propos de la notion de conscience collective ou commune, qui dépasse les consciences individuelles, voir notamment, E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, Paris, PUF, 2007, p. 46.

¹¹¹⁸ B. RIME, *Le partage social des émotions*, Paris, P.U.F., 2005, p. 15.

C'est à Charles DARWIN que l'on doit l'étude de l'expression des émotions chez l'homme et les animaux, considérée par les spécialistes comme le point de départ de l'étude moderne de l'émotion¹¹¹⁹. En effet, en réaction à l'ouvrage de Charles BELL¹¹²⁰, dans lequel était avancée l'idée que l'homme a été conçu avec certains éléments de sa musculature spécialement adaptés à l'expression de ses sentiments, DARWIN, en sa qualité de théoricien de l'évolution, s'est attaché à démontrer comment les expressions émotionnelles ont émergé progressivement avant de pouvoir prétendre être devenues innées.

Ses recherches ont abouti à la théorie évolutionniste de l'émotion en vertu de laquelle il existerait un nombre limité d'émotions discrètes, dont l'origine se trouverait dans l'évolution, et qu'il serait possible d'observer de manière homogène dans toutes les cultures. Si les sept thèses soutenues par DARWIN en la matière relèvent du domaine de la psychologie, il est toutefois intéressant d'en relever les aspects sociologiques.

La première thèse, celle de « l'innéisme de l'émotion », désigne le caractère évolutionniste de l'émotion qui fait partie du bagage adaptatif d'un individu dès la naissance. La « thèse de la continuité phylogénétique » fait la corrélation entre les manifestations émotionnelles de l'être humain et celles des espèces proches. Vient ensuite la « thèse des catégories d'émotions » qui affirme qu'il y aurait huit émotions discrètes qui répondraient chacune à des circonstances particulières de déclenchement et correspondraient à des manifestations physiologiques caractéristiques. La « thèse des expressions analysables » signifie que chaque expression émotionnelle peut être analysée selon les muscles qu'elle actionne. La « thèse de la communication sociale de l'émotion » révèle que le lien entre émotion et expression permet à l'entourage d'une personne émue d'être informé de l'état de leur camarade. La « thèse de l'universalité de l'expression » présuppose que, du fait de l'origine évolutionnaire des émotions, elles seraient les mêmes dans toutes les cultures. La « thèse de l'impact de l'expression sur l'expérience subjective » a permis à DARWIN d'avancer l'idée que la subjectivité de l'émotion viendrait de l'effort musculaire impliqué par l'expression du fait de son impact sur le cerveau. Ce serait donc l'élément physiologique de l'émotion qui mènerait à la subjectivité. Ceci expliquerait les expériences de simulations qui prendraient le pas sur le réel¹¹²¹.

¹¹¹⁹ C. DARWIN, *L'expression des émotions chez les hommes et les animaux*, traduit de l'anglais par S. POZZI, R. BENOIT, Paris, C. REINWALD libraire-éditeur, 1890, 400 p.

¹¹²⁰ C. BELL, *The anatomy and philosophy of expression as connected with the fine arts*, Londres, G. Bell and Sons, York Street, Covent Garden, 1877, 7ème édition, 254 p.

¹¹²¹ B. RIME, *op. cit.*, pp.16-17.

Pour résumer la théorie de DARWIN, les émotions sont universelles, c'est-à-dire qu'elles sont présentes dans toutes les cultures. Elles sont également adaptatives, en ce qu'elles constituent les signaux internes des évènements extérieurs¹¹²² et favorisent ainsi la survie de l'espèce en permettant aux individus de se conformer aux exigences environnementales¹¹²³.

Patricia PAPERMAN parle de la rationalité sociale des émotions pour désigner l'existence d'« un couplage entre des situations typiques et des émotions typiques ». « [L]a mise en œuvre des procédures de sens commun permet [...] la saisie de traits typiques d'une situation autorisant ou au contraire prescrivant l'expression d'une émotion [...] liée de façon « logique » aux traits de la situation perçus en commun comme pertinents ». « Les émotions réintègrent la classe des conduites intelligibles, elles sont identifiables et compréhensibles non pas en vertu d'une capacité spéciale de discernement, mais sur la base de nos capacités communes d'identifier et de caractériser les situations »¹¹²⁴.

Les expressions faciales consécutives aux émotions ont, elles, une fonction communicative qui permet aux individus de percevoir ce que ressent l'autre et d'anticiper les actions qu'il pourrait entreprendre¹¹²⁵.

Ces arguments s'inscrivent dans la problématique plus générale de l'interaction des émotions à l'échelle individuelle, qui a permis de démontrer précédemment que le juge n'est pas étranger aux émotions des tiers¹¹²⁶. Ils sont par ailleurs également intéressants à ce stade du développement, dans la perspective de l'appréhension de la dimension sociale des émotions.

¹¹²² A. NUGIER, « Histoire et grands courants de recherche sur les émotions », *Revue électronique de Psychologie Sociale*, 2009, n° 4, p. 8 ; dans le même sens, Walter CANNON a étudié les mouvements de l'intestin et de l'estomac et a énoncé dès 1915 la théorie homéostatique de l'émotion qui donnait à cette dernière le statut de processus de mise en alerte de l'organisme. Avec lui, l'émotion redevient adaptative. Voir W. CANNON, *Bodily changes in pain, hunger, fear and rage: An account of researches into the function of emotional excitement*, New York, London : Harper & Row, 1963, 2e éd. L'auteur a concentré ses recherches sur les rapports entre le psychisme et les fonctions du corps humain.

¹¹²³ C. DARWIN, *op. cit.*, pp. 379 et s. et p. 392.

¹¹²⁴ Voir P. PAPERMAN, « Emotions privées, émotions publiques », *Multitudes*, 2013, 1, n° 52, p. 166 ; P. PAPERMAN, « Les émotions et l'espace public », *Quaderni*, 1992, vol. 18, n° 18, pp. 102-103.

¹¹²⁵ M-L. HOFFMAN a ainsi démontré dans les années 1980 que la communication d'une émotion permet à celui qui la ressent de faire comprendre à son interlocuteur la façon dont il a perçu une situation, provoquant ainsi une émotion complémentaire chez l'autre, qui modifiera son comportement en conséquence. Voir sur ce point, A. NUGIER, *op. cit.*, p. 9.

¹¹²⁶ Voir notamment §90 et s., § 206 et s. et 216 et s. de la présente étude.

245. Précisément, il convient de revenir aux caractères que DURKHEIM attribue aux faits sociaux, afin de les appliquer à l'émotion¹¹²⁷.

L'auteur définit les faits sociaux comme des systèmes de normes établies par la société, pour elle, sans qu'ils ne soient nécessairement des phénomènes dont l'individu a conscience, mais qui s'imposent à lui. Un des critères caractéristiques des faits sociaux réside dans leur résistance au changement. En effet, le fait social ne peut pas être modifié par la simple volonté¹¹²⁸.

Or, l'émotion collective suscitée par un événement s'impose bien à l'individu et résiste à la volonté¹¹²⁹. Par exemple, la commission d'une infraction provoque une émotion dans la société et seules des modifications sensibles de valeurs sociales permettent de moduler cette émotion ou son intensité, sans que la volonté n'ait d'impact réel¹¹³⁰. Ce phénomène peut donc bien constituer un fait social au sens durkheimien.

Dès lors, là où l'auteur a pu démontrer comment la société influence l'individu dans ses manières d'être et de penser par l'intermédiaire des faits sociaux, il devient évident que les émotions sociales imprègnent tout individu sociabilisé¹¹³¹.

¹¹²⁷ E. DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, 17^{ème} édition, Paris, P.U.F., 1968, pp. 18 et s.

¹¹²⁸ Il est d'autant plus difficile à modifier s'il a été entériné par une institution, telle qu'un code juridique. On peut citer l'exemple de l'interdiction du vol.

¹¹²⁹ L'émotion collective se rapproche également de la notion plus spécifique de « courants sociaux » développée par DURKHEIM. Voir E. DURKHEIM, *op. cit.*, pp. 19 et s. : « Ainsi, dans une assemblée, les grands mouvements d'enthousiasme, d'indignation, de pitié qui se produisent, n'ont pour lieu d'origine aucune conscience particulière. Ils viennent à chacun de nous du dehors et sont susceptibles de nous entraîner malgré nous. Sans doute, il peut se faire que, m'y abandonnant sans réserve, je ne sente pas la pression qu'ils exercent sur moi. Mais elle s'accuse dès que j'essaie de lutter contre eux. Qu'un individu tente de s'opposer à l'une de ces manifestations collectives, et les sentiments qu'il nie se retournent contre lui. Or, si cette puissance de coercition externe s'affirme avec cette netteté dans les cas de résistance, c'est qu'elle existe, quoique inconsciente, dans les cas contraires. Nous sommes alors dupes d'une illusion qui nous fait croire que nous avons élaboré nous-mêmes ce qui s'est imposé à nous du dehors. Mais, si la complaisance avec laquelle nous nous y laissons aller masque la poussée subie, elle ne la supprime pas. C'est ainsi que l'air ne laisse pas d'être pesant quoique nous n'en sentions plus le poids. Alors même que nous avons spontanément collaboré, pour notre part, à l'émotion commune, l'impression que nous avons ressentie est tout autre que celle que nous eussions éprouvée si nous avions été seul. Aussi, une fois que l'assemblée s'est séparée, que ces influences sociales ont cessé d'agir sur nous et que nous nous retrouvons seuls avec nous-mêmes, les sentiments par lesquels nous avons passé nous font l'effet de quelque chose d'étranger où nous ne nous reconnaissons plus. Nous nous apercevons alors que nous les avons subis beaucoup plus que nous ne les avons faits ».

¹¹³⁰ Voir § 228 de la présente étude.

¹¹³¹ C'est d'ailleurs ce que l'auteur a lui-même fait ressortir à travers ses travaux sur la religion, alors que la sociologie renvoyait initialement les émotions à leur dimension naturelle et individuelle, lorsqu'il a perçu dans les émotions un moyen de saisir l'attachement de l'individu à un groupe social. En effet, dans sa première période de réflexion, E. DURKHEIM considère que les émotions sont des pulsions naturelles, irrationnelles et non-intentionnelles, faisant obstacle à la vie sociale qu'il faut contrôler (voir E. DURKHEIM, *L'Éducation morale*, Paris, P.U.F., 1963, p. 110). La vie sociale n'est donc possible que dans la mesure où les émotions primaires de l'individu sont régulées. (C-H. CUIN met en évidence l'existence de deux types d'émotions dans la théorie de DURKHEIM :

Par ailleurs, la pensée socioconstructiviste vient également étayer cette thèse puisqu'elle développe l'idée selon laquelle la plupart des comportements et états de l'être humain sont des constructions socio-culturelles. Il en irait de même pour les émotions qui seraient des connaissances acquises par la socialisation et renforcées ou modifiées selon le rôle de l'individu dans cette collectivité, de sorte que « l'émotion ne relève pas d'une nature mais d'une culture »¹¹³².

Par exemple, James AVERILL analyse les émotions comme des scripts régis par les normes socio-culturelles, intériorisés par les individus, de sorte que leurs émotions pourraient être automatiques¹¹³³. L'individu interprète la situation au regard de ses référents culturels, le différentiel faisant émerger l'émotion¹¹³⁴. L'émotion est donc en quelque sorte dictée par le groupe qui attache une importance particulière à un événement et donc à une valeur¹¹³⁵.

Pour qu'une émotion soit perçue et exprimée par l'individu, elle doit appartenir à la palette culturelle et sociale. Un bagage émotionnel circule donc par les relations sociales et suggère aux acteurs les émotions qui devraient s'imposer à eux.

les émotions primaires qui se manifestent hors de tout contexte social ou en cas de défection de la société, et les émotions secondaires qui naissent des moments où les premières sont exacerbées par des dérèglements sociaux. Voir C-H. CUIN, « Emotions et rationalité dans la sociologie classique : les cas de WEBER et DURKHEIM », *Revue européenne des sciences sociales, Cahiers Vilfredo Pareto, Autour de l'épistémologie de la sociologie et de la sociologie des sciences : des débats, un réexamen*, n° XXXIX-120, pp. 77-100).

C'est donc la problématique de la régulation qui est alors dominante (E. DURKHEIM fait reposer l'ordre social sur la régulation, c'est-à-dire la nécessité de règles sociales, qui agissent sur les individus de l'extérieur, et sur l'intégration, c'est-à-dire la nécessité d'une « conscience collective », qui agit de l'intérieur. L'anomie désigne l'état de non-régulation de la société, qui engendre des conduites collectives émotionnelles aboutissant à l'individualisme. L'auteur va ensuite corriger son analyse en comprenant que c'est parce que la société suscite des émotions collectives puissantes chez l'individu qu'il respecte les normes qu'elle édicte. Par conséquent, le statut des émotions change, pour être désormais perçues comme étant à l'origine de la vie sociale. Sur ces questions, voir notamment E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, Paris, P.U.F., 2007, pp. 28 et s.).

La distinction classiquement opérée par DURKHEIM et MAUSS entre sentiments collectifs et individuels est « comprise comme une délimitation entre des émotions partagées, ressenties ensemble et des émotions qui sont produites par des causes et des objets qui n'auraient de signification qu'individuelle », voir P. PAPERMAN, « Emotions privées, émotions publiques », *Multitudes*, 2013, 1, n° 52, p. 167.

¹¹³² D. Le BRETON, « La construction sociale de l'émotion », *Les nouvelles d'Archimède, le journal culturel de l'Université des sciences et technologies de Lille*, n° 35, janvier, février, mars 2004, pp. 4-5.

¹¹³³ Mais J. R. AVERILL reconnaît toutefois que toutes les émotions ne peuvent relever de la socialisation, à l'exemple de la surprise ou de l'anxiété. Voir : J-P. ZIROTTI, « Sociologie de l'action et émotions, Les émotions dans l'expérience du déni de citoyenneté chez les jeunes de banlieue », in *L'affectivité : perspectives interdisciplinaires, NOESIS*, n°16, 2010, pp. 47-62.

¹¹³⁴ Les socioconstructivistes étudient les différences entre les cultures afin de comprendre leurs différences en matière d'implications émotionnelles.

¹¹³⁵ Les affirmations qui précèdent recourent tout à fait l'analyse des émotions comme des révélateurs des valeurs sociales, dont il a été question dans le cadre de l'émergence du scandale (voir § 228 de la présente étude). Voir aussi A. NUGIER, *op. cit.*, p. 12.

WEBER considère quant à lui l'émotion comme étant le fondement de la « communalisation » en raison du sentiment d'appartenir à une même communauté, alors que SIMMEL lui reconnaît sa part dans les interactions sociales¹¹³⁶.

MAUSS démontre que les sociétés imposent l'expression des sentiments pour que l'individu soit compréhensible par son groupe¹¹³⁷. A travers l'exemple des rites funéraires, il est possible de comprendre que les émotions, bien que sincères, sont des usages sociaux perçus comme un véritable langage entre les individus.

Pour Maurice HALBWACHS les émotions sont le prolongement de la contrainte sociale sur les individus, par l'intégration de structures mentales communes¹¹³⁸.

Plus récemment, le professeur Eliot SMITH a défendu l'idée que certaines réactions des individus par rapport aux événements sociaux sont des réponses émotionnelles basées sur l'appartenance de l'individu à des groupes sociaux¹¹³⁹.

246. Pour prendre un exemple tiré d'une affaire récente, l'affaire dite du bijoutier de Nice, datant du mois de septembre 2013, est significative de l'apparition d'émotions sociales. Les faits ne posent aucune difficulté : deux individus armés attaquent un bijoutier dans sa boutique pour le voler. Ils ressortent et tentent de quitter les lieux sur un véhicule à deux roues. Le bijoutier, sain et sauf, sort l'arme qu'il a en sa possession et tire en leur direction. La blessure est mortelle pour l'un des braqueurs. Il est donc poursuivi et mis en examen pour homicide volontaire.

Ce fait divers a suscité une réaction émotionnelle vive, notamment sur les réseaux sociaux, qui révèle plus largement la colère des citoyens à l'égard de ces actes de violence répétés, mais aussi à l'égard des institutions étatiques qu'une partie de la population juge incapables de les protéger.

¹¹³⁶ La sociologie a elle aussi consacré des recherches relatives à l'émotion qui deviennent de plus en plus nombreuses à partir des années 1970, alors que l'affect et les émotions font l'objet d'une attention renouvelée en psychologie. En 1986, la section 25 (sociologie des émotions) de l'*American Sociological Association* est reconnue comme une section à part entière. Arlie Russell HOCHSCHILD, Theodore KEMPER ou Thomas SCHEFF sont quelques-uns des chercheurs les plus importants dans ce domaine. Le philosophe Rom HARRE insiste également sur la nature sociale des émotions.

¹¹³⁷ M. MAUSS, « L'expression obligatoire des sentiments, rituels oraux funéraires australiens », 1921, in *Essais de sociologie*, Paris, éditions de Minuit, seuil, 1971, pp. 81-88 : l'expression des sentiments est obligatoire et l'existence de règles dans l'expression est attestée par l'existence de sanctions des conduites qui ne les respectent pas. Voir P. PAPERMAN, « Les émotions et l'espace public », *Quaderni*, 1992, vol. 18, n° 18, p. 97.

¹¹³⁸ S. BOURON, « Les émotions comme incorporation de « structures mentales », Le cas de la formation des jeunes identitaires », in *Congrès A.F.S.P., Vers une synergie des méthodes des Relations internationales et de la sociologie des mobilisations. Le cas des émotions dans les mobilisations violentes*, Paris, 2013, p. 1.

¹¹³⁹ A. NUGIER, *op. cit.*, p. 11.

Enfin, une certaine incompréhension est apparente dans la définition des rôles d'agresseur et d'agressé, remettant au cœur du débat la notion de défense légitime.

Ces réponses émotionnelles découlent bien de l'appartenance à une même société civilisée, et l'émotion est d'autant plus perceptible que le champ de cette communauté se recentre autour des membres d'une même profession, davantage concernée par les braquages.

Par ailleurs, ces émotions permettent de réaffirmer l'attachement de la société aux valeurs sociales protégées telles que le droit à la propriété ainsi qu'à la sécurité des personnes.

Toutefois, le sentiment d'injustice exprimé face à l'éventuelle condamnation de la victime du braquage pourrait entraîner une réévaluation des valeurs, faisant basculer la tolérance d'une défense légitime vers la réhabilitation de la vengeance privée.

Mais c'est précisément pour lutter contre ce type de dérives que les institutions interviennent en prédefinisant des concepts et des procédures afin d'éviter que les réévaluations au moyen des émotions collectives ne bouleversent trop aisément le système social établi.

Section II. Les vecteurs de pénétration de l'émotion sociale dans l'individualité du juge

247. Partant du postulat de William JAMES - à propos duquel les spécialistes s'accordent aujourd'hui à reconnaître qu'il comporte en partie l'explication de l'expérience subjective de l'émotion - selon lequel les expressions physiologiques entraînent les émotions, l'on comprend l'impact de l'interaction sociale sur le processus émotionnel¹¹⁴⁰.

Suivant le raisonnement de DURKHEIM qui considère les phénomènes sociologiques comme ceux qui exercent une pression extérieure sur les consciences individuelles, et par analogie, la contrainte sociale suivrait un mouvement « centripète ». En effet, cette contrainte est d'abord extérieure à l'individu, qu'elle tend ensuite à façonner du dehors à son image, contrairement aux mouvements inhibitifs qui sont « centrifuges », c'est-à-dire s'élaborent dans la conscience individuelle, et tendent ensuite à s'extérioriser¹¹⁴¹. L'inhibition est bien le moyen par lequel la contrainte sociale produit ses effets psychiques, mais elle n'est pas cette contrainte.

¹¹⁴⁰ William JAMES renverse la logique du sens commun selon laquelle ce serait l'état mental qui serait à l'origine d'une émotion et par conséquent d'une réaction physiologique. Il soutient que l'expérience d'une émotion passe avant tout par l'expérience des changements physiologiques. Il établit que l'état émotionnel ne serait pas une conséquence directe de la perception de l'évènement source d'émotion. Les réactions corporelles seraient une étape intermédiaire selon un mécanisme réflexe, ce qui signifie que l'émotion serait le sentiment des changements physiologiques qui font suite à une perception (W. JAMES, *The principles of psychology*, London, Macmillan, 1901, pp. 449 et s.). Voir B. RIME, *Le partage social des émotions*, Paris, P.U.F., 2005, p. 19.

¹¹⁴¹ E. DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, 17^{ème} édition, Paris, P.U.F., 1968, p. 101.

248. *A priori*, cette définition devrait forcer le classement des mouvements de conscience engendrés par les phénomènes sociaux dans la catégorie des émotions « subies », contre lesquelles le droit devrait lutter, ainsi qu'il a été démontré précédemment.

Cependant, la contrainte sociale intégrant la personne même du magistrat en se déclinant, d'une part, par le biais de l'éducation et du « mimétisme social », et d'autre part, par le déterminisme social, celle-ci construit l'individu et fait finalement partie de son individualité et de son autonomie de conscience. L'individu ayant toujours évolué au sein d'une société donnée, la contrainte exercée par cette dernière se mue en habitude par le biais de la sociabilisation. Cette contrainte ne peut de ce fait pas être perçue comme paralysant la conscience individuelle, dès lors qu'elle pourrait bien être la source de tous ses raisonnements.

C'est la raison pour laquelle les émotions d'origine sociale relèvent dans cette analyse des émotions actives ne paralysant aucunement le raisonnement du juge, de sorte qu'il n'y a pas d'obstacle à leur impact sur son jugement¹¹⁴².

249. L'émotion en tant que phénomène social est donc intégrée par le juge à travers l'apprentissage et le mimétisme d'une part (§I), et le déterminisme d'autre part (§ II).

§I. Apprentissage, mimétisme et origine sociale de l'émotion

250. Il faut tout d'abord étudier les phénomènes d'apprentissage et du mimétisme (A), avant de montrer en quoi ces mécanismes d'intégration de l'émotion sociale laissent toutefois place à une part d'intentionnalité nécessaire aux réévaluations des valeurs sociales (B).

¹¹⁴² Si toutefois un autre point de vue était adopté et qu'il s'agissait de classer les émotions socialement intégrées dans la catégorie des émotions imposées par la contrainte sociale et de ce fait subies, elles n'en demeureraient pas moins tolérées au sein de la décision du juge, dès lors qu'elles ne paralysent pas son raisonnement. Dès lors, l'originalité de ce point de vue serait uniquement de ne pas considérer toutes les émotions passives comme étant indésirables, mais de créer une subdivision au sein de cette catégorie entre les émotions subies paralysant le raisonnement, et celles - qui se résument, à notre sens, aux émotions découlant de la contrainte sociale - qui ne le paralysent pas. Seules ces dernières seront tolérées, conformément à la distinction opérée ici au sein des émotions actives.

A. L'apprentissage et le mimétisme émotionnel du juge

251. Au-delà de la question de la rationalité des émotions, c'est à la problématique de l'apprentissage des émotions qu'appartiennent les propos qui suivent.

Il s'agit de revenir sur le débat opposant les défenseurs du caractère inné ou acquis des émotions et de considérer les origines de leur éventuel apprentissage.

Selon DURKHEIM, l'Homme acquiert les faits sociaux par l'éducation et les intériorise. C'est donc par l'éducation qu'il se socialise.

Pierre LIVET a contribué à cette réflexion en affirmant qu'il n'existe aucune séparation entre les émotions et l'apprentissage des catégories émotionnelles. Selon lui, les émotions sont des modes d'évaluation des situations et les individus apprennent à affiner ces évaluations au moyen d'expressions afin de parvenir à attribuer de l'intentionnalité à des expressions. C'est de cette démarche que naissent les futurs concepts d'émotion¹¹⁴³.

Avant tout apprentissage, l'individu dispose seulement de « structures de valuations possibles qui ordonnent les rapports entre trois valeurs » que sont le zéro, l'indéterminé et le un¹¹⁴⁴. A travers ce raisonnement, LIVET cherche à construire un processus de différenciation des émotions, quel que soit leur niveau de raffinement et quelle que soit la culture.

Ainsi, les émotions doivent révéler des structures de valuation qui, suite à un apprentissage par l'échange d'expressions mettant en jeu ces structures, permettent la construction de catégories émotionnelles relevant, elles, des acquis culturels. L'objectif est non seulement de permettre d'anticiper les réactions d'autrui, conformément à la théorie précitée de DARWIN¹¹⁴⁵, mais également de résoudre les conflits collectifs¹¹⁴⁶.

En appliquant la conception durkheimienne des phénomènes sociaux au juge, l'apprentissage serait le moyen pour lui d'intérioriser des concepts sociaux préexistants dans le milieu extérieur.

Il serait, de ce fait, façonné sur le plan émotionnel, à l'image du milieu.

L'apprentissage serait le premier pas vers l'inhibition du magistrat nécessaire pour que la contrainte sociale produise ses effets psychiques.

¹¹⁴³ P. LIVET, « Evaluation et apprentissage des émotions », in P. PAPERMAN, R. OGIEN, *La couleur des pensées. Sentiments, émotions, intentions, série Raisons pratiques*, n°6, Paris, ed. de l'E.H.E.S.S., 1995, p. 120.

¹¹⁴⁴ P. LIVET, *op. cit.*, p. 120.

¹¹⁴⁵ C. DARWIN, *L'expression des émotions chez les hommes et les animaux*, traduit de l'anglais par S. POZZI, R. BENOIT, Paris, C. REINWALD libraire-éditeur, 1890, pp. 379 et s. et p. 392.

¹¹⁴⁶ P. LIVET, *op. cit.*, p. 121.

252. Plus précisément, l'un des mécanismes fondamentaux de l'apprentissage est le mimétisme. L'apprentissage des émotions passe-t-il également par ce biais ?

SPINOZA a pu montrer que les émotions relèvent de l'imitation sociale¹¹⁴⁷. En effet, il démontre à travers ses différentes propositions que le fait d'imaginer que quelqu'un aime quelque chose poussera le sujet à aimer également cette chose, la réciproque étant tout aussi vraie.

De la même manière, en imaginant l'autre ému, cette imagination provoquera une émotion semblable de notre corps¹¹⁴⁸.

Par ailleurs, Gabriel TARDE a également contribué à inscrire l'émotion dans les phénomènes d'imitation.

En effet, il considère que les similitudes d'origine sociale sont issues de l'imitation, sous ses différentes formes, telles que la coutume, la mode, la sympathie, l'obéissance, l'instruction ou l'éducation¹¹⁴⁹. Les forces sociales agissent à partir d'inventions antiques, devenues habitudes¹¹⁵⁰.

Pour résumer sa pensée, « tout ce qui est social et non vital ou physique, dans les phénomènes des sociétés, aussi bien dans leurs similitudes que dans leurs différences, a l'imitation pour cause »¹¹⁵¹. Il définit alors le groupe social comme « une collection d'êtres en tant qu'ils sont en train de s'imiter entre eux ou en tant que, sans s'imiter actuellement, ils se ressemblent et que leurs traits communs sont des copies anciennes d'un même modèle »¹¹⁵².

Selon lui, l'imitation doit s'entendre comme la perception faisant intervenir la mémoire et donc une forme d'habitude. Mais il distingue l'imitation « subsociale » de l'imitation sociale. La première est une imitation de soi-même par soi-même, à travers ses propres mémorisations internes, la seconde impliquant la remémoration d'un élément apporté de l'extérieur par une conversation ou par la vue, entre autres origines possibles¹¹⁵³.

¹¹⁴⁷ Voir P. LIVET, *Emotions et rationalité morale*, Paris, P.U.F., 2002, p. 22.

¹¹⁴⁸ B. SPINOZA, *L'Ethique*, trad. A. GUERINOT, Paris, Ivrea, 1993, 3^e partie, propositions 27 et 33, pp. 196 et 199, à propos du mimétisme affectif. Il faut préciser que les réflexions concernant les affects chez SPINOZA semblent pouvoir être transposées aux émotions désignées par la présente analyse.

¹¹⁴⁹ G. TARDE, *Les lois de l'imitation*, 2^e édition, Paris, 1895. Réimpression, Paris, Kimé Editeur, 1993, 428 p., version numérisée, p. 28.

¹¹⁵⁰ G. TARDE, *op. cit.*, p. 32.

¹¹⁵¹ G. TARDE, *op. cit.*, p. 51.

¹¹⁵² G. TARDE, *op. cit.*, p. 65.

¹¹⁵³ G. TARDE, *op. cit.*, pp. 65 et s.

Pour illustrer le propos, pensons aux actes terroristes. L'objet même du terrorisme repose sur la propagation de la terreur, qui se communique entre les individus et au sein des groupes. Une émotion de groupe va s'emparer d'un individu et se diffuser plus largement, liant les uns et les autres à cette émotion, la peur, le stress, qu'ils partagent. Ainsi, les forces collectives sont intégrées par l'imitation et l'émotion peut se diffuser.

253. En résumé, c'est donc bien par l'apprentissage des catégories d'émotions dans les dialogues d'expressions et par le mimétisme que le juge - qui ne peut s'extraire de ces mécanismes sociaux - intègre, comme tout être sociabilisé, les émotions sociales¹¹⁵⁴.

Toutefois si la réalité d'un mimétisme source d'émotion semble avérée, auquel les magistrats ne peuvent prétendre échapper en totalité, la principale lacune de la « contagion » de l'émotion par un simple reflet des expressions est de priver les protagonistes de toute communication intentionnelle et de les rendre étrangers à toute évaluation intentionnelle.

A l'échelle sociétale, il serait alors impossible de comprendre comment des émotions peuvent donner leur dimension évaluative aux différents jugements, plus encore, il serait impossible de construire des valeurs¹¹⁵⁵.

Ces dernières remarques expliquent pourquoi, si le mimétisme constitue bien un moyen de pénétration des émotions sociales au sein de la personne du juge, il demeure possible de repérer certains caractères intentionnels dans la transmission des expressions et des émotions, pour laisser place à la construction des évaluations nécessaires.

B. L'intentionnalité nécessaire à la réévaluation de l'émotion

254. Pour démontrer la présence d'intentionnalité dans les moyens d'expression, Pierre LIVET démontre « qu'un animal est sensible à un référent, à des termes, sous une certaine relation entre eux »¹¹⁵⁶.

¹¹⁵⁴ Tous les développements relatifs aux caractères et conséquences de la sociabilité s'appliquent évidemment, *de facto*, au juge, sans qu'il ne soit nécessaire de lui réserver des propos plus spécifiques.

¹¹⁵⁵ P. LIVET, « Evaluation et apprentissage des émotions », in P. PAPERMAN, R. OGIEN, *La couleur des pensées. Sentiments, émotions, intentions, série Raisons pratiques*, n°6, Paris, ed. de l'E.H.E.S.S., 1995, p. 120.

¹¹⁵⁶ P. LIVET, *op. cit.*, p. 135.

La méthode mise en place par PREMACK et WOODRUFF à propos des chimpanzés¹¹⁵⁷, énonce qu'il faut que « la relation (ou le mode de présentation) soit reconnue non seulement quand elle est lisible sur les formes de signaux de surface, mais quand les similitudes dont sont porteurs les signaux de surface vont à l'inverse de la relation »¹¹⁵⁸.

Par exemple, si deux personnes affichent une expression, avant que l'une d'elles n'en change, et que l'autre arbore une troisième expression, le fait, pour l'un des protagonistes, de maintenir l'expression d'origine, devrait avoir pour effet de restaurer la première expression chez son partenaire. Mais lorsque cette personne maintient la deuxième expression au lieu de revenir à la première, il résiste à l'association des expressions par similitude.

La preuve d'intentionnalité de l'expression recherchée se trouve précisément dans le fait que cette dernière ne subit pas systématiquement la résonance, ou ce qu'on appelle ici le mimétisme. Dès lors, le mimétisme des expressions, sources d'émotion, peut être atténué par la volonté de l'individu.

255. Par ailleurs, s'il a été démontré que lorsque l'individu en perçoit un autre qui est ému, les expressions de visage se transmettent par le biais du mimétisme, il semblerait qu'en accentuant ou en inhibant certaines expressions faciales, il serait possible d'accentuer ou de réduire l'état émotionnel lui-même¹¹⁵⁹.

La conséquence du postulat énoncé par JAMES, dont il développe les prémices avant que les contemporains ne confirment sa théorie, réside alors dans l'idée d'un possible contrôle des émotions.

Des approches transdisciplinaires, couplant les neurosciences et la psychologie, viendront confirmer la possibilité d'un tel contrôle en démontrant l'impact de l'expression émotionnelle sur le ressenti.

Par exemple, LEVENSON a montré dans les années 1990 que les émotions peuvent suivre les expressions faciales¹¹⁶⁰. NIEDENTAHAL a soutenu, en 2007, que l'imitation, volontaire ou purement mimétique, de l'expression faciliterait la compréhension du ressenti de la personne imitée puisqu'elle déclenche la même émotion.

¹¹⁵⁷ Voir par notamment A.J. PREMACK, *Les chimpanzés et le langage des hommes*, trad. par M-A. LEBLANC, Paris, éd. DENOEL, GONTHIER, 1982, 152 p.

¹¹⁵⁸ P. LIVET, *op. cit.*, p. 135.

¹¹⁵⁹ Il s'agit de l'un des postulats démontrés par W. JAMES, in *The principles of psychology*, London, Macmillan, 1901, pp. 458 et s. Voir sur ce point, B. RIME, *Le partage social des émotions*, Paris, P.U.F., 2005, p.19.

¹¹⁶⁰ Voir également les travaux de P. EKMAN ainsi que ceux de DAMASIO, A-R. DAMASIO, *L'erreur de Descartes : la raison des émotions*, traduit de l'anglais par M. BLANC, Paris, Odile Jacob, 2008, pp. 193 et s.

Par ailleurs, une étude réalisée par PHILIPPOT, CHAPELLE et BLAIRY sur le contrôle de la respiration montre que les changements musculaires ont pour conséquence des changements affectifs attendus¹¹⁶¹. Ainsi, modeler ses muscles conformément à la réaction physiologique liée à une émotion entraîne une tendance à l'apparition de cette émotion, pour le moins à une plus grande sensibilité aux éléments qui pourraient la susciter.

Le contrôle des émotions peut donc résulter d'un travail émotionnel tel que défini par A. R. HOCHSCHILD : la gestion profonde et pas seulement apparente des émotions¹¹⁶² est possible, notamment en modifiant les symptômes somatiques ou physiques des émotions, justement par la respiration par exemple. Par ailleurs, le changement des expressions entraîne selon l'auteur celui de l'émotion¹¹⁶³. Une dernière technique consiste dans le fait de modifier les pensées afin de changer les émotions qui y sont rattachées¹¹⁶⁴.

Ainsi, certaines émotions peuvent être atténuées ou au contraire provoquées par un travail émotionnel¹¹⁶⁵.

¹¹⁶¹ B. RIME, *op. cit.*, p. 20.

¹¹⁶² Le contrôle des émotions se veut davantage apparent ou superficiel dans la théorie développée par E. GOFFMAN. Voir E. GOFFMAN, *La mise en scène de la vie quotidienne*, trad. A. ACCARDO, Paris, Les éditions de minuit, 1973, 1^{er} volume, *La présentation de soi*, 255 p. ; 2^d volume, *Les relations en public*, notamment pp. 255 et s. et 261 et s.

¹¹⁶³ Il s'agit là de la confirmation de la théorie de JAMES.

¹¹⁶⁴ Les émotions sont « évoquées » lorsque « la cognition vise un sentiment désiré initialement absent », et peuvent être « supprimées », « la cognition vis[ant] un sentiment involontaire initialement présent ». L'objectif de ce travail émotionnel est de permettre à l'individu d'adapter ses émotions qui ne cadreraient pas avec les « définitions officielles » des émotions associées à des situations sociales contraignantes. Voir A. R. HOCHSCHILD, « Emotion Work, Feeling Rules and Social Structure », *American Journal of Sociology*, 1979, 85, pp. 551-575 ; « Travail émotionnel, règles de sentiments et structure sociale », *Travailler*, 2003, n° 9, pp. 19-49. Voir également P. PAPERMAN, « Emotions privées, émotions publiques », *Multitudes*, 2013, 1, n° 52, p. 168.

Voir également, M. DRULHE, « Emotion et Société : un enjeu sociologique », in, *Emotions, Corps & Santé : « Un gouvernement par la parole ? »*, Actes des Deuxièmes Journées Scientifiques du Réseau « Santé & Société », Toulouse, Face à face, n°9, 2006. La question du travail émotionnel renvoie aux travaux d'ELIAS. Il s'agit de « parvenir à ne plus parler et à ne plus agir comme on le sent dans l'immédiateté de ce qui a été ainsi éprouvé afin d'introduire de la durée (ce qui permettra de réfléchir avant de prendre la parole ou de s'engager dans l'action) ; finalement, remplacer la fougue impulsive d'un passage à l'acte immédiat par un temps de conscientisation qui débouche sur une décision mûrie ». L'apparition des émotions consiste en une « mobilisation d'énergie pour faire advenir quelque chose qui n'existait pas ou qui se présentait sous une autre forme ». « Il accomplit donc la génération et la gestion de ses propres émotions tout comme la gestion des émotions des autres ».

¹¹⁶⁵ La question du contrôle de l'émotion renvoie à l'idée, que certains intègrent dans leur classification des émotions, de l'intensité de l'émotion. Voir G. DUMAS, A. OMBREDANE, *Nouveau traité de psychologie, Les Associations sensitivo-motrices : L'Equilibre et l'orientation - L'Expression des émotions - Les Mimiques - Le Langage*, Paris, Librairie Félix Alcan, 1933, pp. 206-207 ; A propos des émotions douces, voir J-J. ROUSSEAU, *Œuvres complètes, Apologie du théâtre*, Paris, Hachette et cie, imprimerie générale de C. LAHURE, 1865, volume 1, pp. 334 et s.

L'aptitude à ce travail doit être encore plus grande dans le domaine professionnel, *a fortiori* lorsqu'il s'agit d'appréhender des relations sociales. Le juge doit donc disposer d'une grande faculté à exercer un tel travail émotionnel¹¹⁶⁶.

256. Enfin, l'imitation pourrait être emprunte de rationalité. En effet, les causes sociales de l'imitation peuvent être logiques ou non. Elles le sont lorsque l'innovation choisie l'est pour son utilité ou sa pertinence aux vues des buts ou principes d'ores et déjà intégrés par l'imitation¹¹⁶⁷.

257. Mais si l'apprentissage et le mimétisme, même empreints d'intentionnalité, contribuent largement à imprégner le juge des émotions socialement construites et partagées (§I), un autre phénomène y contribue également. Il s'agit du déterminisme social (§II).

§II. Le déterminisme émotionnel du magistrat

258. Le mouvement de pensée américain du Réalisme juridique des années trente, contemporain des nouvelles sciences sociales, de la psychanalyse et de la sociologie, avance l'importance des déterminismes subis par l'homme pour mettre en doute le caractère rationnel de certains de ses comportements¹¹⁶⁸. Son apport est de considérer le droit en rapport avec les phénomènes sociaux, pour en faire un « *social engineering* »¹¹⁶⁹.

Il faut toutefois préciser ce que désigne véritablement le déterminisme afin de revenir sur sa contrariété à toute rationalité du sujet.

Appliqué à notre classification, cette idée reviendrait à considérer que les émotions actives sont tolérées lorsqu'elles sont suffisamment modérées pour laisser place au raisonnement ou y contribuer sans l'inhiber. Les émotions passives ne sont quant à elles pas tolérées, malgré toute variation de l'intensité de la contrainte extérieure.

¹¹⁶⁶ « [C]ertains métiers sont plus exposés que d'autres : ceux qui sont les plus proches des tâches accomplies au sein des familles (les métiers de l'éducation et du soin en particulier) mobilisent compétences et savoir-faire acquis à travers la socialisation domestique pour mener à bien quelque type de travail émotionnel ». M. DRULHE, *op. cit.*

¹¹⁶⁷ G. TARDE, *op. cit.*, p. 106.

¹¹⁶⁸ V. MAGNIER, « La notion de justice impartiale », *J.C.P.*, 2000, I, 252, p. 1600. A propos de ces doctrines, voir également F. MICHAUT, « Le rôle créateur du juge selon l'école de la Sociological Jurisprudence et le mouvement réaliste américain. Le juge et la règle de droit », *Revue internationale de Droit Comparé*, 1987, pp. 343 et s., spécifiquement p. 348.

¹¹⁶⁹ B. OPPETIT, *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1999, pp. 67 et s.

Dans une acception large, le déterminisme désigne la prévision d'un comportement, en fonction de la réunion de certaines conditions¹¹⁷⁰.

Plus spécifiquement, le déterminisme social est un concept sociologique qui pose la primauté de la société et des interactions en son sein, sur les comportements individuels. Il suppose le rejet des instincts et semble opposer le social à ce qui relève de la biologie¹¹⁷¹.

Puisque nous avons montré que les émotions ne relèvent pas exclusivement de l'instinct et peuvent intégrer un raisonnement, rien ne s'oppose à ce qu'elles s'inscrivent dans le déterminisme social¹¹⁷².

Par ailleurs, le fait social de DURKHEIM se caractérisant par son extériorité et son pouvoir coercitif, il s'inscrit bien dans le cadre du déterminisme social. Or, l'émotion est un fait social qui relève donc de ce déterminisme¹¹⁷³.

259. Si la réalité de ce déterminisme social peut être démontrée, il faut préciser la mesure avec laquelle il peut influencer l'être social, et donc le juge (A), avant de lui reconnaître un rôle de sécurisation juridique (B).

A. Les mesures du déterminisme social

260. Pour parvenir à démontrer la réalité du déterminisme social, il faut démontrer que le déterminisme biologique ne peut expliquer toutes les actions de l'homme¹¹⁷⁴.

Il est ici commode de raisonner à partir d'un exemple. Les lois naturelles fondées sur la sélection et la concurrence, si elles n'étaient écartées aujourd'hui par la justice, relèveraient du déterminisme biologique. Mais la justice et les institutions ont précisément été mises en place afin de réguler les rapports extérieurs entre des individus et dompter ce déterminisme¹¹⁷⁵.

¹¹⁷⁰ P. AMSELEK, *Science et déterminisme, éthique et liberté : essai sur une fausse antinomie*, Paris, P.U.F., 1988, p. 27.

¹¹⁷¹ D. DRAGHICESCO, *Le problème du déterminisme social, déterminisme biologique et déterminisme social*, Paris, Editions de la « Grande France », 1903, p. 90.

¹¹⁷² Cette thèse s'oppose donc aux idées que développent C. DARWIN et W. JAMES, selon lesquels l'émotion serait avant tout un phénomène biologiquement déterminé. A propos du lien entre émotion, rationalité et prise de décision, voir § 186 de la présente étude.

¹¹⁷³ Sur l'analyse de l'émotion comme fait social, voir § 244 et s. de la présente étude.

¹¹⁷⁴ D. DRAGHICESCO, *op. cit.*, pp. 8 et s.

¹¹⁷⁵ D. DRAGHICESCO, *op. cit.*, p. 39.

Désormais, toutes les actions de l'homme ne sont pas déterminées par la nature et des règles viennent progressivement asseoir un autre type de déterminisme, cette fois-ci social.

La justice est donc l'exemple même de la domination de l'instinct biologique par la conscience sociale. La raison dérive de la constitution du groupe social et non pas de la physiologie de l'individu¹¹⁷⁶.

261. Il convient toutefois de relativiser ce déterminisme social car, s'il était absolu, il empêcherait tout libre arbitre et toute action¹¹⁷⁷.

Ainsi, comme en matière de mimétisme, une dose d'individualisme doit venir mesurer le déterminisme social¹¹⁷⁸.

En effet, même DURKHEIM - qui fut qualifié de déterministe et d'holiste à cause de ses positions et de sa méthodologie¹¹⁷⁹ -, laisse toutefois la place aux individus et au libre arbitre dans ses théories¹¹⁸⁰. L'auteur reconnaît ainsi la possibilité aux individus d'enrichir les composantes sociales par leurs émotions et pensées propres, alors que leur libre arbitre prend la forme d'une possibilité de révolte contre les règles morales existantes afin de les réformer¹¹⁸¹.

Il faut donc préférer un déterminisme relatif et d'un point de vue sociologique, c'est le concept d'*habitus* qui permet de relativiser le déterminisme social.

L'*habitus* désigne des comportements qui favorisent la reproduction sociale et son déterminisme, mais il repose toutefois sur les individus.

¹¹⁷⁶ D. DRAGHICESCO, *op. cit.*, p. 88.

¹¹⁷⁷ T. HONDERICH, *Etes-vous libres : le problème du déterminisme*, Paris, syllèpse, 2009, p. 71.

¹¹⁷⁸ A propos du mimétisme, voir § 254 et s. de la présente étude.

¹¹⁷⁹ E. DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, 17^{ème} édition, Paris, P.U.F., 1968, p. 14.

¹¹⁸⁰ Ses faits sociaux sont à la fois externes et internes aux individus. Par exemple, à propos de la moralité : « [b]ien qu'il y ait une morale du groupe [...] chaque homme a sa morale à soi : même là où le conformisme est le plus complet, chaque individu se fait en partie sa morale. Il y a en chacun de nous une vie morale intérieure, et il n'est pas de conscience individuelle qui traduise exactement la conscience morale commune, qui ne lui soit partiellement inadéquate ». Cela vaut pour tout fait social.

¹¹⁸¹ « Les émotions sont des formes de jugements moraux ordinaires, d'engagements avec le monde qui ont trait à la moralité. Elles ne relèvent [ni] de l'expression subjective arbitraire [ni] de la normativité sociale qui définirait sans critique des émotions appropriées. La moralité exprimée dans l'émotion n'est pas celle d'un groupe ou d'un collectif réclamant une adhésion aveugle, totale et immédiate, mais celle d'un cercle plus large dont la définition est toujours une question : l'émotion requise dont l'absence jette le trouble sur l'agent est celle qui exprime une signification proprement humaine des circonstances ». P. PAPERMAN, « Emotions privées, émotions publiques », *Multitudes*, 2013, 1, n° 52, pp. 170 et s.

Dans la sociologie de Marcel MAUSS, l'*habitus* permet de faire le lien entre les multiples dimensions physiques, psychiques, sociales et culturelles de l'homme. Norbert ELIAS évoque ce terme latin pour désigner l'empreinte marquée par la société sur l'individu¹¹⁸².

La notion d'*habitus* a également été développée plus tard, et tout au long de son œuvre, par Pierre BOURDIEU et désigne alors le fait de se socialiser, permettant à un individu d'évoluer dans la société et de l'interpréter d'une manière propre, mais qui correspond également à l'interprétation partagée avec les membres des catégories sociales auxquelles il appartient¹¹⁸³.

L'*habitus* se structure progressivement par un apprentissage social, grâce auquel les individus appartenant aux mêmes classes développent des comportements, goûts proches, allant jusqu'à créer un *habitus de classe*. La notion d'*habitus* rompt ainsi avec le déterminisme social qui transcende les individus, en insistant sur l'idée que tout déterminisme prend les individus comme support.

262. La prise en compte de l'individualité comme objet du déterminisme permet d'introduire l'idée de liberté, qui renvoie elle-même à la faculté d'autodétermination des comportements¹¹⁸⁴.

Il y a en effet des comportements automatiques et d'autres où l'homme contrôle volontairement ses mouvements, en fonction d'objectifs prédéfinis par la raison¹¹⁸⁵.

Finalement, il faut conclure à la soumission de l'être social, et donc du juge, à un déterminisme social certain, mais toutefois relatif. Le juge ne doit pas refouler ce déterminisme mais l'assumer, de manière à pouvoir en moduler l'emprise sur ses décisions, ceci étant rendu possible par caractère relatif du déterminisme¹¹⁸⁶.

¹¹⁸² N. ELIAS, *La société des individus*, trad. J. ETORE-LORTHOLOGY, Paris, Fayard, 1991, pp. 273 et s.

¹¹⁸³ Voir par ex. P. BOURDIEU, « Le sens pratique », in *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 2, n°1, 1976, pp. 43-86.

¹¹⁸⁴ P. AMSELEK, *op. cit.*, p. 34.

¹¹⁸⁵ P. AMSELEK, *op. cit.*, pp. 100-101.

¹¹⁸⁶ Voir J. ALLARD, A. GARAPON, F. GROS, *Les vertus du juge*, Paris, Dalloz, 2008, p. 8.

B. Déterminisme social du juge et sécurité juridique

263. Le déterminisme s'oppose au hasard, en ce qu'il est synonyme d'arbitraire, réalisant ainsi la prévisibilité¹¹⁸⁷.

Ainsi, dès lors que l'individu est contraint par les émotions qu'il a intégrées par son immersion dans son milieu social, ses réactions émotionnelles deviennent prévisibles¹¹⁸⁸.

Elles peuvent être anticipées par le justiciable puisque, appartenant à la même société que le juge, il a les mêmes valeurs, il dispose des mêmes référents émotionnels que lui et, même si l'individu qui est mis en cause pour avoir enfreint la loi s'est placé en contradiction avec ce cadre socialement établi, son acte s'analyse tout de même par rapport à ce référent qu'il partage¹¹⁸⁹.

Par suite, puisque les émotions du juge intègrent son raisonnement et contribuent à la décision, leur détermination participe d'une certaine sécurité juridique¹¹⁹⁰.

Finalement, les déterminations partielles et communes dont il a été question précédemment tendent à unifier les conduites et contribuent à une certaine uniformisation de la jurisprudence qui participe de la sécurité juridique.

Si l'on ajoute à cela l'institutionnalisation des rôles en matière de justice, on parvient au degré de coordination nécessaire à l'action sociale de justice¹¹⁹¹.

¹¹⁸⁷ D. DRAGHICESCO, *op. cit.*, p. 98.

¹¹⁸⁸ P. LIVET, « émotions et rationalités en sciences sociales », *intervention pour l'université de tous les savoirs*, 2002.

¹¹⁸⁹ Si l'individu n'a pas conscience de ce référent social, il appartient à la catégorie des personnes désociabilisées. Or, l'engagement de la responsabilité pénale exige que le discernement d'une personne ne soit pas aboli au moment de la commission des faits pénalement réprimés. Le cas échéant, cette personne est irresponsable (art. 122-1 du code pénal). Le discernement ainsi nécessaire à l'engagement de la responsabilité pénale renvoie justement à la capacité de l'individu à arbitrer entre le bien et le mal, entre ce qui est socialement considéré comme un interdit ou autorisé. Ainsi, on ne peut juger et sanctionner que les individus conscients des normes et valeurs sociales.

¹¹⁹⁰ Plus largement, au-delà de la considération du juge, l'intervention législative peut révéler le déterminisme social et ne s'y oppose pas. Le déterminisme peut donc se manifester par des lois sociologiques, entérinées par le droit positif. Voir D. DRAGHICESCO, *op. cit.*, p. 96. A propos de la contribution des émotions à la décision, voir § 186 de la présente étude.

¹¹⁹¹ L. THEVENOT, « L'action qui convient », in P. PHARO, L. QUERE, *Les formes de l'action, Raisons pratiques*, Paris, E.H.E.S.S., 1990, p. 57.

264. En conclusion, l'émotion peut s'analyser comme un phénomène social, qui imprègne l'individualité du juge par le biais de l'apprentissage et du mimétisme, ainsi que par le déterminisme social. Le juge est donc imprégné d'émotions qui présentent des ancrages sociaux (Chapitre I).

S'il partage les mêmes émotions que celles qui sont ressenties dans la collectivité, il peut dès lors légitimement en être le représentant (Chapitre II).

Chapitre II : Un magistrat : légitime représentant des émotions sociales

265. Dès lors que le juge est imprégné des émotions sociales, lorsque certaines de ses émotions participent inévitablement à sa décision, leur origine sociale fait qu'elles sont représentatives de celles qui seraient partagées par la collectivité.

Cette représentativité est alors source de légitimité à plusieurs égards. D'une part, la représentativité des émotions du juge vient justifier leur prise en compte dans le processus décisionnel, de sorte que le raisonnement émotionnel deviendrait un système pouvant légitimement compléter le syllogisme juridique (Section I).

D'autre part, la représentativité des émotions du magistrat légitime son action de rendre la justice au nom du peuple français (section II).

Section I. La représentativité des émotions du juge et la légitimité d'un système décisionnel complémentaire au droit

266. Il ressort des précédentes remarques et de la pensée de DURKHEIM que les émotions trouvent leurs sources dans le contexte social, plus que dans des éléments de conscience individuelle. Cette origine sociale permet d'admettre qu'à côté du raisonnement purement juridique, certaines décisions peuvent être prises « en émotion »¹¹⁹² (§I).

Cependant, les émotions dictées par le corps social ne peuvent s'exprimer pleinement que si les natures individuelles ne s'y opposent pas totalement¹¹⁹³. Il est alors possible d'apercevoir des interstices dans lesquels pourraient naître d'éventuelles divergences internes à la personne du magistrat, qui, confronté aux émotions sociales par définition imposées de l'extérieur, ressentirait des émotions propres en tension avec ces premières (§II).

¹¹⁹² Par opposition au jugement « en droit », ou « en équité ».

¹¹⁹³ E. DURKHEIM, *op. cit.*, p. 105.

§I. De la représentativité à la légitimation d'un mode de raisonnement juridico-émotionnel

267. L'intervention des émotions dans la décision du juge a été démontrée, leur origine sociale également. Il en découle une certaine représentativité des émotions qui pourraient intervenir dans un jugement, de sorte qu'une étape supplémentaire pourrait légitimement être franchie : il s'agirait d'assumer la part émotionnelle du jugement pour en faire un système de référence venant compléter le droit.

En effet, un sondage réalisé au Québec auprès de 1530 personnes révèle que 8% d'entre eux règlent leurs vies en fonction de la loi, 15% relativement à la religion, 23% tiennent davantage compte des valeurs sociales et 54 % des valeurs de leur milieu. La norme juridique est donc un système de référence parmi d'autres¹¹⁹⁴.

Puisque les justiciables se réfèrent aux valeurs sociales pour ajuster leurs comportements, le juge doit pouvoir évaluer ces agissements au regard du même système de référence¹¹⁹⁵.

Or, les émotions révèlent les valeurs sociales ou les révisions qui en sont attendues¹¹⁹⁶ et celles que ressent le juge sont représentatives de celles du milieu dans lequel il les a intégrées. Dès lors, le juge doit pouvoir faire confiance à ses émotions pour analyser les comportements au regard des valeurs socialement admises¹¹⁹⁷.

Ainsi, sans aller jusqu'à admettre que les émotions du juge puissent se substituer totalement au raisonnement juridique établi, il est sain qu'elles y participent sans être dissimulées.

268. Mais alors, dès lors que les valeurs de références se multiplient, le risque de conflits entre elles apparaît.

¹¹⁹⁴ Sondage réalisé dans le cadre du projet de la fondation du barreau du Québec sur les représentations de la normativité et du droit par les justiciables. Voir B. FOURNIER, M. JEZEQUEL, P. NOREAU, *Rapport préliminaire du sondage Démographie et droit : enquête quantitative*, présenté à la fondation du barreau du Québec, Montréal, avril 2002, 183 p. ; *Sondage Démographie et droit : enquête quantitative*, Montréal, Centre de recherche en droit public, juin 2001.

¹¹⁹⁵ François OST a pu opposer trois figures du juge : Jupiter, figure de l'inflexibilité, Hercule, le juge du cas par cas, et Hermès qui cherche davantage à juger en fonction des règles qui renforcent la société. Voir F. OST, « Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles de juges », in P. BOURETZ, *La force du droit*, Paris, Esprit, « Philosophie », 1991, pp. 241-271.

¹¹⁹⁶ Voir § 228 de la présente étude.

¹¹⁹⁷ L'acte de juger est un acte révélant ou dénonçant les consensus sociaux. Voir P. NOREAU, « L'acte de juger et son contexte : éléments d'une sociologie politique du jugement », in *Ethique publique, Ethique de la magistrature*, vol. 2, n° 2, automne 2001, pp. 17-26.

§II. L'apparition d'un conflit de modes décisionnels

269. Deux situations doivent être distinguées. Dans la première hypothèse, les émotions du juge sont tout à fait représentatives de celles de la société.

Le conflit revient alors à opposer les valeurs sociales aux règles juridiques qui ne seraient pas, ou plus en adéquation entre elles.

Ce conflit doit se résoudre par la hiérarchisation des règles en opposition. Tout dépend alors de la conception du droit adoptée : une conception positiviste empêche les valeurs sociales révélées par les émotions d'être source de droit.

Au contraire, si les valeurs sociales qui se reflètent par l'émotion collective dont le juge se fait le représentant ne sont plus en adéquation avec le droit positif et qu'elles s'imposent, alors l'émotion révèle la nécessité de faire évoluer le droit.

C'est par exemple ce qui a pu être constaté dans les pays ayant aboli la peine de mort, puisque celle-ci était souvent déjà abolie de fait par les juges, antérieurement à son abandon au sein de la législation. En effet, la peine de mort a commencé par susciter de vives émotions dans ces sociétés, ce qui manifestait un changement des valeurs et des mentalités. Alors, a débuté une longue période pendant laquelle la peine de mort n'a plus été prononcée par les juges. Puis, l'abolition a été effectivement consacrée par la loi.

Ainsi se trouve illustrée la possibilité pour les juges d'entériner les évolutions des valeurs sociales, manifestées par ses émotions qui représentent celles qui sont partagées dans le contexte environnant, et d'anticiper, voire de susciter une loi lorsque le droit ne réponds plus aux attentes collectives.

Finalement, lorsque l'émotion du juge est représentative des émotions socialement partagées, elle pourrait bien constituer une nouvelle source de droit.

Dans la seconde hypothèse, lorsque les émotions du juge ne sont pas représentatives de celles de la société, le conflit ne doit pas se résoudre par la révision¹¹⁹⁸.

En effet, par hypothèse, ces émotions du juge ont une assise sociale beaucoup moins certaine, de sorte que, si elles ne sont pas nécessairement à proscrire totalement, il faudra que le juge les rapporte à leur juste proportion afin de limiter leur intervention dans son jugement.

¹¹⁹⁸ Voir P. LIVET, *Emotions et rationalité morale*, Paris, P.U.F., 2002, pp. 28 et s. et pp. 73 et s.

270. La résolution du conflit dépend donc justement de la représentativité des émotions du juge.

La responsabilité du juge réside alors dans le fait d'avoir conscience de devoir incarner fidèlement, à travers ses émotions, les valeurs sociales.

La légitimité de l'intervention des émotions du juge dans la décision passe donc par une certaine discipline du juge qui consiste à réévaluer sans cesse la conformité de ses émotions à celles qui sont communément partagées¹¹⁹⁹.

Ainsi, le juge doit être vigilant, en raison de la particularité de sa mission et au regard de la représentativité de ses émotions qu'il convient de sauvegarder, à ne pas contribuer, à lui seul, à une révision qui ne serait validée à l'échelle de la collectivité.

Alors, sous réserve de la réévaluation de la conformité de ses émotions aux valeurs sociales, le juge, conscient qu'il représente les émotions communément partagées, pourra se sentir légitime dans son office et rassuré dans ses décisions.

271. En somme, si la représentativité des émotions du magistrat permet de justifier la prise en compte de certaines émotions comme quasi système décisionnel, de sorte que le raisonnement émotionnel deviendrait un mode décisionnel venant compléter le syllogisme juridique (section I), celle-ci peut également venir légitimer plus largement l'action du juge (section II).

Section II. La représentativité des émotions du juge et la légitimité de son action

272. L'ancrage social conféré à la décision judiciaire par l'intervention de certaines émotions du juge socialement représentatives permet de légitimer son office et rend alors inutiles les mesures visant à faire intervenir directement les citoyens dans le processus de jugement afin d'en accroître justement la légitimité (§I).

L'affirmation de la représentativité des émotions du juge qui pourraient infiltrer ses décisions doit finalement contribuer à rétablir la confiance des citoyens dans leurs juges et, plus largement, dans le système judiciaire (§II).

¹¹⁹⁹ Cette idée renvoie à la seconde maxime du sens commun développée par KANT, la maxime de la pensée ouverte. E. KANT, *Critique de la faculté de juger*, in *Oeuvres philosophiques, Des prolégomènes aux écrits de 1791*, tome 2, Paris, Gallimard, 1985, pp. 1072 et s. ; voir J. ALLARD, A. GARAPON, F. GROS, *Les vertus du juge*, Paris, Dalloz, 2008, pp. 120 et 121.

§I. La représentativité des émotions du juge et l'inutilité des mesures d'ancrage populaire des décisions

273. Dès lors que l'origine sociale des émotions du juge est affirmée, il faut s'interroger sur l'utilité des mesures visant à assurer un ancrage social des décisions de justice, telles que le jugement populaire.

L'institution du jury criminel permanent présidé par un magistrat habilité à statuer en dernier ressort est apparue en 149 avant J.-C.¹²⁰⁰.

Par la suite, une série de jurys ont été créés, soit de manière permanente, soit à titre de juridiction spéciale. Cette pratique devenue courante participait du système purement accusatoire.

Au XVIII^{ème} siècle, l'admiration ambiante pour l'institution du jury anglais a conduit à l'avènement du jury en matière criminelle par l'Assemblée¹²⁰¹. L'argumentaire mettait en avant les garanties que cela apporterait contre l'arbitraire des professionnels.

Depuis la nouvelle organisation de la justice criminelle de la Révolution, le jugement des affaires criminelles a toujours reposé sur l'institution du jury citoyen, composé de non-professionnels, dont le rôle a été étendu à l'intervention dans la mise en accusation.

Toutefois, progressivement, le rôle de médiation conféré au jury populaire a été perçu comme un danger, dès lors que des citoyens anonymes se prononçaient sans rendre compte de leur intime conviction¹²⁰². La place de l'institution a donc été réduite¹²⁰³.

Ainsi, les contours de l'intervention du jury populaire ont régulièrement fait l'objet de discussions et l'élargissement de son champ de compétence fait actuellement à nouveau l'objet de débats.

¹²⁰⁰ Un *tribun* de la *Pleb*, soucieux de réprimer des malversations commises par les magistrats, a fait voter par le peuple la *lex calpurnia de pecuniis repetundis*. Voir J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Paris, P.U.F., 2^{ème} édition, 2006, pp. 37-38.

¹²⁰¹ Le 30 avril 1790.

¹²⁰² Voir L. JAUME, « Toqueville et la perspective libérale sur le jury », in *La Cour d'Assises. Bilan d'un héritage démocratique, Actes du colloque*, Paris, La documentation française, 2001, pp. 117 et s.

¹²⁰³ Par exemple, en 1810, l'intervention du jury dans les affaires criminelles étant mal perçue, son intervention fut cantonnée au seul jugement (code d'instruction criminelle, 1811). A propos des aménagements visant à appréhender l'intrusion de non-professionnels dans le jugement, voir D. SALAS, « Juger en démocratie », in *La Cour d'Assises. Bilan d'un héritage démocratique, Actes du colloque*, Paris, La documentation française, 2001, pp. 9 et s.

Traditionnellement, si les partisans de l'institution souhaitent voir son domaine élargi, c'est parce qu'ils ressuscitent l'idée de la nécessité de dissocier le fait du droit, domaines qui devraient plus généralement être confiés à des individus différents¹²⁰⁴. Ils soulignent également l'indépendance des jurés à l'égard des pouvoirs publics et insistent sur le caractère indispensable du contact entre la justice pénale et l'opinion publique dans un Etat démocratique¹²⁰⁵. Pourtant, ces arguments se discutent au regard de la présente thèse.

En effet, tout d'abord, il a été justement démontré qu'une totale imperméabilité émotionnelle du juge était inenvisageable. Or, parmi les émotions intervenant dans la prise de décision, certaines sont marquées de leur origine sociale liée à l'intégration même du juge dans la société à laquelle il appartient.

L'assise sociale du jugement est donc bien garantie par la représentativité des émotions du juge qui révèlent les valeurs sociales, indépendamment de la présence de jurés choisis parmi les citoyens¹²⁰⁶. Dès lors, la présence d'une instance médiatrice est, sur ce point, vidée de son sens.

¹²⁰⁴ DUPORT, père du jury criminel, souhaitait la mise en place d'une stricte séparation des fonctions entre l'appréciation des faits par les jurés et l'application de la loi par le juge. Il s'agissait donc de soustraire la majeure du syllogisme juridique au juge.

¹²⁰⁵ Selon HEGEL, l'institution du jury permet d'enraciner le droit dans la société civile et au sein même de l'individu. Elle répond au « droit de la conscience de soi ». G.W.F. HEGEL, *Principes de la philosophie du droit ou droit naturel et science de l'Etat en abrégé*, trad. R. DERATHE, Paris, Vrin, 1982, §215, p. 235. Il considère donc le jury comme l'instance de médiation entre l'accusé et le juge qui ne défend que l'intérêt général en appliquant la loi abstraite. Voir sur ce point, L. JAUME, *op. cit.*, pp. 118 et s.

¹²⁰⁶ A propos de l'ancrage social des éléments de références des jurés, voir D. SALAS, *op. cit.*, pp. 15 et s. L'auteur démontre que l'institution du jury permet d'introduire au sein du jugement les normes sociales qui lui servent de référence : « L'individualisation du jugement est rendue possible par cette identité réciproque, cette structure en miroir entre celui qui juge et celui qui est jugé ». « Le jury réagit avec ses valeurs, certes, mais sa lecture de l'écart dans l'homme est surplombée par une commune mesure qui favorise la compréhension mutuelle. Ce qui n'exclut pas, pour autant, la sévérité de ses verdicts mais seulement quand la communauté s'estime blessée dans des valeurs, à ses yeux, essentielles ». (D. SALAS, *op. cit.*, p. 17). L'apport de la présente analyse est de transposer ce raisonnement du point de vue du juge, imprégné de ces valeurs sociales de référence et intégré dans cette même communauté.

Ensuite, le jury d'assises n'est pas plus légitime à incarner la souveraineté populaire que le juge. En effet, l'identification du jury à l'expression de la souveraineté populaire est un mythe¹²⁰⁷ dans la mesure où il n'est pas davantage le fruit d'un processus électoral de désignation que le juge professionnel¹²⁰⁸. Le jury populaire constitue certes l'une des expressions de la démocratie¹²⁰⁹. Il n'est cependant pas plus représentatif des valeurs et émotions que le juge.

Il n'apporterait donc pas plus de légitimité aux décisions de justice, ni sur le plan de la légitimité procédurale, ni d'un point de vue substantiel, aux sens définis par P. ROSANVALLON¹²¹⁰.

Si l'inutilité du jury populaire peut ainsi être affirmée, l'idée d'une représentativité des émotions du juge permet cependant également d'apporter la contradiction à certains arguments avancés par les adversaires de cette institution.

En effet, ces derniers soulignent le risque d'inégalité lié à la composition sociologiquement changeante du jury, alors que, par ailleurs, l'incompétence juridique des jurés risquerait d'introduire trop de subjectivité dans le jugement¹²¹¹.

Or, le risque d'inégalité lié à la composition variable du jury n'est pas plus préoccupant que celui qui découlerait du caractère aléatoire de la désignation du collège de juges professionnels, dès lors que l'ensemble des individualités considérées, professionnelles ou citoyennes, a intégré de manière comparable les valeurs et les émotions sociales.

¹²⁰⁷ G. GIUDICELLI-DELAGE a parlé de « mystique » de la souveraineté pour désigner le caractère excessif de la croyance dans la souveraineté du peuple qui rendrait la justice par la voix du jury et ferait ainsi figure de contre-pouvoir. Voir G. GIUDICELLI-DELAGE, *Institutions juridictionnelles*, 2^{ème} éd., Paris, P.U.F., 1993, p. 258.

¹²⁰⁸ Voir la définition du représentant de G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, P.U.F., 1990, p. 709 ; le tirage au sort à partir des listes électorales institué par la réforme de 1978 pour nommer les jurés ne leur confère aucune représentativité particulière qui ne peut résulter en principe que d'une élection. Ce système a seulement contribué à démocratiser le jury sans pour autant lui conférer une fonction juridique de représentation.

¹²⁰⁹ G. BLANC, « La souveraineté populaire en question. (À propos de la réforme de la Cour d'assises) », *La Semaine Juridique Edition Générale*, n° 30, 24 Juillet 1996, I, 3952.

¹²¹⁰ Intervention de P. ROSANVALLON, « Comment définir les demandes d'impartialité et de proximité exprimées par les citoyens aujourd'hui, comment se redessine la légitimité démocratique ? », *Actes du débat national sur la justice du 21^e siècle ouvert le 10 janvier 2014*, p. 27. Il distingue trois types de légitimités qui sont à la dérive : la légitimité procédurale, qui découle de l'autorisation donnée par l'élection politique, la légitimité substantielle tenant à des qualités intrinsèques et la légitimité d'exercice qui repose sur l'idée que la volonté générale n'est pas seulement exprimée au moment électoral.

¹²¹¹ J. PRADEL, *Procédure pénale*, Paris, Cujas, 2013, p. 68 ; B. BOULOC, G. LEVASSEUR, G. STEFANI, *Procédure pénale*, Paris, Dalloz, 2014, pp. 499 et s. ; P. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Procédure pénale*, Paris, Armand Colin, 1995, pp. 59-60 ; S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER, A. VARINARD, T. DEBARD, *Institutions juridictionnelles*, Paris, Dalloz, 2013, 1098 p.

Ensuite, l'argument de la corrélation entre la subjectivité et l'incompétence semble peu pertinent dès lors qu'il a été démontré que la professionnalisation des juges n'empêche pas une dose nécessaire de subjectivité, et que l'individualité des profanes s'inscrit, une nouvelle fois, dans le déterminisme social.

En somme, la représentativité des émotions du juge semble réduire considérablement l'intérêt de l'institution du jury populaire en ce qu'elle devrait conférer une assise sociale aux décisions de justice.

§II. La représentativité des émotions du juge et la confiance des citoyens dans la justice

274. La prise de conscience par les justiciables de l'appartenance du juge à la même collectivité et, dès lors, de la représentativité sociale des émotions qui peuvent intégrer ses décisions, devrait engendrer une certaine confiance dans l'office du juge, accordée *a priori* par les citoyens et les justiciables.

De cette confiance découlerait une certaine légitimité. En effet, être légitime c'est être reconnu et accepté publiquement pour ce que l'on est et ce que l'on fait. La légitimité du juge est donc appréciée par les justiciables à travers les décisions qu'il rend¹²¹².

Dès lors que la position du juge apparaît comme étant représentative, sur le plan des émotions et des valeurs socialement partagées, et qu'elle relève de la confiance accordée *a priori* à l'action du juge, il semble plus difficile de la contester *a posteriori*, lorsque le juge donne raison à la partie adverse¹²¹³.

Alors, grâce à la représentativité des émotions du juge, la formule selon laquelle la Justice est rendue au nom du peuple français prend un sens nouveau et le travail du juge se trouve légitimé.

¹²¹² B. MERCADAL, « La légitimité du juge », *Revue internationale de droit comparé*, 2002, n°54, pp. 277 et s.

¹²¹³ Dans son intervention dans le cadre du débat national sur la justice du 21^e siècle ouvert le 10 janvier 2014, P. ROSANVALLON mettait en rapport le besoin d'impartialité et de proximité des citoyens avec le déclin de trois types de légitimités : la légitimité procédurale d'une part qui découle de l'autorisation donnée par l'élection politique, la légitimité substantielle d'autre part, tenant à des qualités intrinsèques, et la légitimité d'exercice, pour une troisième part, qui repose sur l'idée que la volonté générale s'exprime et se renouvelle en cours de mandat. Voir P. ROSANVALLON, *op. cit.*, p. 27. C'est la légitimité substantielle qui est en question ici à propos du juge puisqu'il s'agit d'apprécier ses qualités.

275. En conclusion, la représentativité des émotions du magistrat, sous réserve d'être sans cesse réévaluée par celui-ci, permet de justifier la prise en compte de certaines de ses émotions dans sa décision, de sorte que le raisonnement émotionnel devient un mode décisionnel venant compléter le syllogisme juridique. Finalement, non seulement l'intervention des émotions représentatives du juge est justifiée par cet ancrage social, mais, plus encore, ces dernières sont sources de légitimité pour le juge dans l'exercice de son office.

Conclusion générale

276. Si les émotions ressenties par le juge sont sources de méfiance en raison de l'arbitraire qu'elles pourraient susciter, l'administration d'une bonne justice ne peut pourtant pas être réalisée indépendamment de toutes considérations émotionnelles.

C'est pourquoi, s'il faut lutter efficacement contre des sentences imprégnées de certaines émotions du juge, nier sa part d'humanité n'est toutefois pas envisageable.

Pour satisfaire cet équilibre, il faut garder à l'esprit que, comme en beaucoup de domaines, si chaque concept peut être détourné, chaque pratique dévoyée, ce n'est pas pour autant son existence même qu'il faut dénoncer. Seul l'excès doit être évité.

En ce qui concerne l'analyse, ce n'est pas l'émotion ressentie par le juge qui se révèle problématique, mais l'impact de celle-ci sur une éventuelle inhibition de son raisonnement¹²¹⁴.

L'effort de déclinaison entre les émotions dites « passives » et celles désignées comme étant « actives » semble dès lors pouvoir contribuer à la nécessaire recherche d'équilibre. Le droit et la pratique tentent d'évincer du jugement les émotions « passives », paralysant le raisonnement du juge, ou certaines émotions « actives » comme la préférence de l'une ou l'autre partie, qui ne sont pas davantage fondées sur un raisonnement logique, réduisant ainsi le champ émotionnel.

Cependant, parmi les émotions qui doivent être chassées de tout jugement, seules celles qui pourront faire l'objet d'un contrôle par le biais de leur matérialisation seront susceptibles d'être effectivement évitées et sanctionnées par l'engagement de la responsabilité du juge.

Au-surplus, les émotions ne pourront être appréhendées que par la voie de l'autodiscipline du juge, en sensibilisant celui-ci, *a priori*, au moyen de la mise en place de règles déontologiques et éthiques.

¹²¹⁴ Le juge peut bien juger avec ses émotions, mais pas sans réflexion. La « pensée élargie » à laquelle doit parvenir le juge lui permet de prendre de la distance par rapport à ses émotions, distance qui les transforme en jugement. H. ARENDT, *Juger, Sur la philosophie politique de KANT*, trad. M. REVAULT D'ALLONNES, Seuil, 1991, pp. 70-72. Voir J. ALLARD, A. GARAPON, F. GROS, *Les vertus du juge*, Paris, Dalloz, 2008, p. 43.

Au sein de l'espace dans lequel les émotions sont tolérées, le magistrat tente de réguler celles qui survivent légitimement.

En effet, le juge perçoit nécessairement certaines émotions telles que les doutes « juridiques » ou méthodiques nécessaires au jugement. Par ailleurs, il va devoir composer avec les émotions des tiers et les mesurer.

Finalement renvoyé à sa condition d'être social, le juge ne peut échapper aux émotions qu'il a intégrées par sa sociabilisation. Plus encore, il se révèle être le représentant des émotions sociales, restant ainsi en phase avec les valeurs collectives qu'elles révèlent.

Alors, lorsque certaines de ses émotions participent inévitablement à sa décision, cela est légitimé par leur représentativité sociale, de sorte que le raisonnement émotionnel peut venir compléter le syllogisme juridique. La représentativité des émotions du magistrat répond enfin à la nécessaire légitimation de son action ainsi que de ses décisions.

277. Il demeure cependant que, tant par son travail de refoulement des émotions prohibées dans son métier que lorsqu'il assume son rôle de représentant des émotions sociales, le juge peut se trouver fragilisé à force d'empathie et de compassion.

En effet, même lorsqu'il parvient à s'affranchir des émotions qui perturberaient son office pour en préserver ses décisions, il reste la cible des diverses influences émotionnelles. S'il les contourne, le juge les perçoit nécessairement.

Il convient alors de repenser une écoute institutionnalisée, interne à la profession, afin d'assurer un suivi collectif. En effet, si certains juges souhaitent avoir accès à une écoute psychologique, il faut également constater le désir d'autres magistrats de partager avec leurs collègues leurs interrogations à propos de la manière de rendre la justice¹²¹⁵. La méthode de « l'intervision » permet par exemple l'observation réciproque des magistrats, afin que chacun puisse connaître la perception de son collègue sur sa manière de tenir une audience¹²¹⁶.

¹²¹⁵ Voir H. BAZEX, « Les facteurs et les effets du stress chez les juges des enfants », *Annales Médico-Psychologiques*, vol.170, 2012, p. 127.

¹²¹⁶ Voir D. MARSHALL, J-M. ETCHEVERRY, « L'intervision, ou comment améliorer la pratique des magistrats », *Les cahiers de la justice*, mai 2010, n°2, pp. 129 et s. Il s'agit d'une « pédagogie des attitudes » mise en place par les magistrats néerlandais visant à l'observation non hiérarchique des pratiques professionnelles. Ces démarches ont été expérimentées au T.G.I. de Créteil ainsi que dans celui de Roanne, entre autres juridictions. Développer cette technique, organiser plus largement le suivi psychologique proposé aux magistrats et la tenue de groupes de paroles, seraient autant de remèdes à un malaise interne à la profession, parfois ressenti par les justiciables.

Ainsi, il serait d'une part plus aisé d'anticiper certains maux de la profession. D'autre part, les juges pourraient assumer, à l'échelle individuelle aussi bien qu'au niveau corporatiste, la part d'émotions tolérées qui légitime leur action et en distinguer plus aisément, par la confrontation avec leurs semblables, les penchants émotifs non souhaitables.

La légitimation de la profession par la représentativité des émotions qui imprègnent les décisions se trouverait alors renforcée par l'aspiration d'un corps à assumer son humanité.

Bibliographie

I. Dictionnaires, lexiques

- > Académie française, *Dictionnaire de l'Académie française*, Paris, Fayard, 9e édition, 1992.
- > ARNAUD (A.-J.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., 1993, 758 p.
- > CHEMAMA (R.), VANDERMERSCH (B.), *Dictionnaire de la psychanalyse*, Paris, Larousse, 2009, 602 p.
- > GUILLIEN (R.), VINCENT (J.), *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 13^{ème} édition, 2001, 592 p.
- > LAPLANCHE (J.), PONTALIS (J.-B.), *Vocabulaire de la psychanalyse*, Paris, P.U.F., 2003, 523 p.
- > Larousse, *Nouveau Larousse Universel*, Paris, Larousse, 1969, 2 vol., 787 et 868 p.
- > REY (A.), Le Robert, *Dictionnaire historique de la langue française*, Paris, Dictionnaires Le Robert, 2012, 3 volumes, 4168 p.
- > REY (A.), MORVAN (D.), Le Robert, *Dictionnaire culturel en langue française*, Paris, Dictionnaires Le Robert, 2005, 4 vol., 2355 p., 2396 p., 2392 p., 2083 p.
- > ROBERT (P.), *Le nouveau petit Robert de la langue française, dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris, Dictionnaires Le Robert, 2008, 2837 p.

II. Ouvrages, traités, manuels, précis, monographies, thèses, travaux collectifs

- > ALLARD (J.), GARAPON (A.), GROS (F.), *Les vertus du juge*, Paris, Dalloz, 2008, 184 p.
- > AMOROSO (H.), *Science et libre arbitre : libre arbitre où est-tu ?*, Saint-Etienne, Aubin, 1995, 128 p.
- > AMSELEK (P.), *Science et déterminisme, éthique et liberté : essai sur une fausse antinomie*, Paris, P.U.F., 1988, 164 p.
- > ANCEL (M.), *La défense sociale nouvelle, un mouvement de politique criminelle humaniste*, Paris, Cujas, 2eme édition, 1966, 392 p.

- > ANGEVIN (H.), Le GALL (H.-C.), *La pratique de la Cour d'assises*, Paris, Lexisnexis, 2012, 584 p.
- > ARDANT, (P.), *La responsabilité de l'Etat du fait de la fonction juridictionnelle*, Paris, L.G.D.J., 1956, 291 p.
- > ARENDT (H.), *Juger, Sur la philosophie politique de KANT*, trad. par REVAULT D'ALLONNES (M.), Paris, Seuil, 1991, 244 p.
- > ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, trad. de BARTHELEMY SAINT-HILAIRE (J.), GOMEZ-MULLER (A.), Paris, Librairie générale française, 1992, 447 p.
- > ARISTOTE, *Les grands livres d'éthique: La grande morale*, trad. C. DALIMIER, Paris, Arléa, 1992, 221 p.
- > ARNAUD (E.), *Le libre arbitre dans le déterminisme*, Paris, Leymarie, 1943, 332 p.
- > AUBERT (J-L.), SAVAUX (E.), *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Paris, Sirey, 13e édition, 2010, 366 p.
- > BARBALET (J.), *Emotions and sociology*, Oxford, Blackwell: The Sociological Review, 2002, 175 p.
- > BECCARIA (C.), *Traité des délits et des peines*, trad.de l'italien par CHAILLOU de LISY (M.), publié à Paris en 1773 par BASTION (J. F.), Paris, Librairie de la Bibliothèque nationale, 1877, 192 p.
- > BELL (C.), *The anatomy and philosophy of expression as connected with the fine arts*, Londres, G. Bell and Sons, York Street, Covent Garden, 1877, 7ème edition, 254 p.
- > BENTHAM (J.), *Théorie des peines et des récompenses, Traité des preuves judiciaires*, in *Oeuvres de BENTHAM (J.)*, Bruxelles, Société belge de librairie, Hauman et Cie, 1840, 470 p.
- > BENTHAM (J.), *Traité de législation civile et pénale*, in *Œuvres de BENTHAM (J.)*, t. I, Bruxelles, Société belge de librairie, Hauman et Cie, 1840, 540 p.
- > BERGEL (J-L.), *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 2003, 374 p.
- > BERGSON (H.), *La pensée et le mouvant, Essais et conférences*, Paris, P.U.F., 1969, 291 p.
- > BERGSON (H.), *Essai sur les données immédiates de la conscience*, in *Œuvres de BERGSON*, Paris, P.U.F., 1970, 1629 p.
- > BERNABE (B.), *La récusation des juges : étude médiévale, moderne et contemporaine*, Paris, L.G.D.J., 2009, 426 p.

- > BERTAUX (P.), MONSAT (C.), *L'expertise psychiatrique au pénal ou la gestion du crime, rapport P.R.C. I.N.S.E.R.M.-C.N.R.S.*, n°132017, 1986.
- > BODIGUEL (J.-L.), *Les magistrats, un corps sans âme ?*, Paris, P.U.F., 1991, 293 p.
- > BOLTANSKI (L.), *L'amour et la justice comme compétences : trois essais de sociologie de l'action*, Paris, Métailié, 1990, 381 p.
- > BOLTANSKI (L.), *La souffrance à distance : morale humanitaire, médias et politique*, Paris, Métailié, 1993, 287 p.
- > BONNIER (E.), *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel*, Paris, 2^{ème} édition, A. DURAND, 1852, 774 p.
- > BOULOC (B.), *Droit pénal général*, Paris, Dalloz, 2009, 722 p.
- > BOULOC (B.), LEVASSEUR (G.), STEFANI (G.), *Procédure pénale*, Paris, Dalloz, 2014, 1126 p.
- > BOURCIER (D.), de BONIS (M.), *Les paradoxes de l'expertise, savoir ou juger ?*, Le Plessis-Robinson, Institut Synthélabo, Les empêcheurs de penser en rond, 1999, 125 p.
- > BOURGEOIS (G.), JULIEN (P.), ZAVARO (M.), *La pratique de l'expertise judiciaire*, Paris, Litec, 1999, 291 p.
- > BRUCKNER (P.), *La tentation de l'innocence*, Paris, B. Grasset, 1995, 312 p.
- > CADIET (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé*, Paris, Litec, 2006, 715 p.
- > CANIVET (G.) et JOLY-HURARD (J.), *La déontologie des magistrats*, Paris, Dalloz, 2004, 137 p.
- > CANNON (W.), *Bodily changes in pain, hunger, fear and rage: An account of researches into the function of emotional excitement*, New York, London, Harper & Row, 1963, 2nd ed.
- > CARBASSE (J.-M.), *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Paris, P.U.F., 2eme édition, 2006, 486 p.
- > CARBONNIER (J.), *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Paris, Forum Flammarion, 1996, 276 p.
- > CARBONNIER (J.), *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, L.G.D.J., 2001, 493 p.
- > CARBONNIER (J.), *Sociologie juridique*, Paris, P.U.F., 1972, 423 p.
- > CARDAHI (C.), *Sentiment et droit : nos sentiments et nos passions devant la justice et la loi, étude juridique et sociologique*, Beyrouth, 1951, 196 p.

- > CARTUYVELS (Y.), OST (F.), *Crise du lien social et crise du temps juridique, Le droit est-il encore en mesure d'instituer la société? L'exemple du droit pénal*, Séminaire interdisciplinaire d'études juridiques, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, Luc TAYART de BORMS, 1998, 120 p.
- > CASAMAYOR, *Les juges*, Paris, Seuil, 1963, 191 p.
- > CASTALDO (A.), *Introduction historique au droit*, Paris, Dalloz, 1999, 452 p.
- > CESARO (J-F.), *Le doute en droit privé*, Thèse Paris II, Paris, éditions Panthéon-Assas, L.G.D.J., 2003, 772 p.
- > CHATELAIN (J.), *La nouvelle constitution et le régime politique de la France*, Paris, Berger-Levrault, 1959, 482 p.
- > CONTE (Ph.), MAISTRE DU CHAMBON (P.), *Droit pénal général*, Paris, Armand Colin, 7^{ème} éditions, 2004, 394 p.
- > CONTE (Ph.), MAISTRE DU CHAMBON (P.), *Procédure pénale*, Paris, Armand Colin, 1995, 339 p.
- > CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Paris, P.U.F., 1990, 859 p.
- > CORNU (G.), *Droit civil, introduction au droit*, Paris, Montchrestien, 2007, 13^{ème} édition, 277 p.
- > COUCHEZ (G.), *Procédure civile*, Paris, Armand Colin, 2002, 399 p.
- > COUTU (M.), *Max WEBER et les rationalités du droit*, Paris, Québec, L.G.D.J., les Presses de l'Université Laval, 1995, 258 p.
- > C.S.M., *Recueil des obligations déontologiques des magistrats*, Paris, Dalloz, 2010, 67 p.
- > DANTZER (R.), *Les émotions*, Paris, P.U.F., 1988, 126 p.
- > DAMASIO (A-R.), *L'erreur de Descartes : la raison des émotions*, traduit de l'anglais par BLANC (M.), Paris, Odile Jacob, 2008, 368 p.
- > DARWIN (C.), *L'expression des émotions chez les hommes et les animaux*, traduit de l'anglais par POZZI (S.), BENOIT (R.), Paris, C. REINWALD libraire-éditeur, 1890, 400 p.
- > DEBRE (M.), *La mort de l'Etat républicain*, Paris, Gallimard, 1947, 243 p.
- > DESCARTES (R.), *Discours de la Méthode, Pour bien conduire sa raison, et chercher la vérité dans les sciences* (1637), Paris, librairie classique d'Eugène BELIN, 1861, 70 p.
- > DESCARTES (R.), *Les Règles pour la direction de l'esprit*, traduction et notes par SIRVEN (J.), Paris, Vrin, 2003, 153 p.
- > DE SOUSA (R.), *The Rationality of Emotion*, Cambridge, The M.I.T. Press, 1990, 381 p.

- > DESPORTES (F.) et LE GUNEHEC (F.), *Droit pénal général*, Paris, Economica, 14^{ème} édition, 2007, 1120 p.
- > DRAGHICESCO (D.), *Le problème du déterminisme social, déterminisme biologique et déterminisme social*, Paris, Editions de la « Grande France », 1903, 99 p.
- > DUMAS (G.), OMBREDANE (A.), *Nouveau traité de psychologie, Les Associations sensitivo-motrices : L'Equilibre et l'orientation - L'Expression des émotions - Les Mimiques - Le Langage*, Paris, Librairie Félix Alcan, 1933, 462 p.
- > DURKHEIM (E.), *De la division du travail social*, Paris, PUF, 2007, 416 p.
- > DURKHEIM (E.), *L'Éducation morale*, Paris, P.U.F., 1963, 242 p.
- > DURKHEIM (E.), *Les formes élémentaires de la vie religieuse, le système totémique en Australie*, Paris, C.N.R.S, 2007, 638 p.
- > DURKHEIM (E.), *Les règles de la méthode sociologique*, 17^{ème} édition, Paris, P.U.F., 1968, 149 p.
- > ELIAS (N.), *La société des individus*, trad. ETORE-LORTHOLARY (J.), Paris, fayard, 1991, 301 p.
- > ERGEC (R.), VELU (J.), *La convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990, 1185 p.
- > ERNER (G.), *La société des victimes*, Paris, La découverte, 2006, 223 p.
- > ESPINOZA (M.), *Théorie du déterminisme causal*, Paris, l'Harmattan, 2006, 227 p.
- > FARHAT (R.), *L'optimisation des performances du négociateur par la gestion des affects ; « L'intelligence émotionnelle » en négociation commerciale*, thèse pour le Master professionnel NEGOCIA, Paris, 2008, 138 p.
- > FAUCONNET (P.), *La responsabilité : étude sociologique*, Paris, Alcan, 1920, 400 p.
- > FOURNIER (B.), JEZEQUEL (M.), NOREAU (P.), *Rapport préliminaire du sondage Démographie et droit : enquête quantitative*, présenté à la fondation du barreau du Québec, Montréal, avril 2002, 183 p.
- > FRANK (R.H.), *Passions Within Reasons: the Strategic Role of the Emotions*, New York et Londres, W.W Norton and Compagny, 1988, 304 p.
- > FRIJDA (N.H.), *The Emotions*, Maison de sciences de l'Homme and Cambridge University Press, 1986, 525 p.
- > GARAPON (A.), *Bien juger, essai sur le rituel judiciaire*, Paris, Odile Jacob, 1997, 355 p.

- > GENARD (J.-L.), *Les dérèglements du droit. Entre attentes sociales et impuissance morale*, Paris, Castells, 2000, 95 p.
- > GENY (F.), *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique*, Paris, L.G.D.J., 1919, 421 p.
- > GIBBARD (A.), *Sagesse des choix, justesse des sentiments. Une théorie du jugement normatif*, trad. par LAUGIER (S.), Paris, P.U.F., 1996, 460 p.
- > GIUDICELLI-DELAGÉ (G.), *Institutions juridictionnelles*, 2e éd., Paris, P.U.F., 1993, 367 p.
- > GIUDICELLI-DELAGÉ (G.), *La motivation des décisions de justice*, thèse pour le doctorat en droit, 1979.
- > GOFFMAN (E.), *La mise en scène de la vie quotidienne*, trad. ACCARDO (A.), Paris, Les éditions de minuit, 1973, 2 volumes (1^{er} volume, *La présentation de soi*, 255 p. ; 2^d volume, *Les relations en public*, 372 p.)
- > GOFFMAN (E.), *Les rites d'interaction*, trad. par KIHM (A.), Paris, Les éd. de Minuit, 1974, 230 p.
- > GOFFMAN (E.), *Les cadres de l'expérience*, Paris, Les éd. de Minuit, 1991, 573 p.
- > GOLEMAN (D.), *L'intelligence émotionnelle, comment transformer ses émotions en intelligence*, trad. PIELAT (T.), Paris, Robert LAFFONT, 1997, 418 p.
- > GORPHE (F.), *L'appréciation des preuves en justice, essai d'une méthode technique*, Paris, Sirey, 1947, 488 p.
- > GUINCHARD (S.), BANDRAC (M.), LAGARDE (X.), *Droit processuel : droit commun du procès*, Paris, Dalloz, 2001, 962 p.
- > GUINCHARD (S.), MONTAGNIER (G.), VARINARD (A.), DEBARD (T.), *Institutions juridictionnelles*, Paris, Dalloz, 2013, 1098 p.
- > GUINCHARD (S.), MONTAGNIER (G.), VARINARD (A.), VINCENT (J.), *La justice et ses institutions*, 4^e ed. , Paris, Dalloz, 1996, 867 p.
- > GUINCHARD (S.), BUISSON (J.), *Procédure pénale*, Paris, Litec, 2000, 864 p.
- > GUINCHARD (S.), VINCENT (J.), *Procédure civile*, Paris, Dalloz, 1999, 1166 p.
- > GURVITCH (G.), *Déterminismes sociaux et liberté humaine, vers l'étude sociologique des cheminements de la liberté*, Paris, P.U.F., 1963, 327 p.
- > HABERMAS (J.), *De l'éthique de la discussion*, traduction de l'allemand par HUNYADI (M.), Paris, Les éd. du Cerf, 1992, 202 p.

- > HAMBURGER (J.), *La raison et la passion. Réflexion sur les limites de la connaissance*, Paris, Seuil, 1984, 162 p.
- > HEGEL (G.W.F.), *Principes de la philosophie du droit ou droit naturel et science de l'Etat en abrégé*, trad. DERATHE (R.), Paris, Vrin, 1982, 373 p.
- > HENNION (P.), *Preuve pénale et droits de l'homme*, Thèse de doctorat en droit privé, sous la direction de R. BERNANDIN, Nice, 1999, 534 p.
- > HONDERICH (T.), *Etes-vous libres : le problème du déterminisme*, Paris, syllèpse, 2009, 202 p.
- > IVAINIER (T.), *L'interprétation des faits en droit : essai de mise en perspective cybernétique des « lumières du magistrat »*, Paris, L.G.D.J., 1988, 361 p.
- > JAMES (W.), *The principles of psychology*, London, Macmillan, 1901, 2 vol.
- > JOSSERAND (S.), *L'impartialité du magistrat en procédure pénale*, Paris, L.G.D.J., 1998, 651 p.
- > KANT (E.), *Critique de la faculté de juger*, in *Oeuvres philosophiques, Des prolégomènes aux écrits de 1791*, tome 2, Paris, Gallimard, 1985, 1603 p.
- > KANT (E.), *Leçons d'éthique*, présentation, traduction et notes par Luc LANGLOIS, Paris, Librairie générale française, 1997.
- > LAILLER (M.), VONOVEN (H.), *Les erreurs judiciaires et leurs causes*, Paris, A. Pedone, 1897, 580 p.
- > LATOUR (B.), *La fabrique du droit : une ethnographie du Conseil d'Etat*, Paris, La découverte, 2004, 320 p.
- > LATOUR (M.), *Premiers principes d'une théorie générale des émotions*, St. Sébastien, L'auteur, 1930, 53 p.
- > LEITER (M.P.), MASLACH (C.), *Burn-out, le syndrome d'épuisement professionnel*, trad. par GOURDON (V.), Paris, Les arènes, 2011, 269 p.
- > LENOIR (F.), *Le temps de la responsabilité. Entretiens sur l'éthique*, Paris, Fayard, 1991, 272 p.
- > LEVASSEUR (G.), CHAVANNE (A.), MONTREUIL (J.), BOULOC (B.), MATSOPOULOU (H.), *Droit pénal général et procédure pénale*, Paris, Sirey, 14^{ème} édition, 2002, 456 p.
- > LEVY-BRUHL (H.), *La preuve judiciaire : étude de sociologie juridique*, Paris, Marcel Rivière, 1964, 152 p.

- > LIVET (P.), *Emotions et rationalité morale*, Paris, P.U.F., 2002, 291 p.
- > MERLE (R.), VITU (A.), *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, Paris, Cujas, 1981, 2111 p.
- > MERLE (R.), VITU (A.), *Traité de droit criminel, procédure pénale*, Paris, Cujas, 2001, 1180 p.
- > MERLE (R.), VITU (A.), *Traité de droit criminel, problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général*, Paris, Cujas, 1997, 1068 p.
- > MISRAHI (R.), *Le bonheur, essai sur la joie*, Paris, Hatier, 1994, 80 p.
- > MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Paris, Garnier frères, 1961, 2 tomes (tome I, 378 p. et tome 2, 437 p.).
- > MORIN (E.), *Science avec conscience*, Paris, Fayard, 1982, 328 p.
- > NAGOUAS-GUERIN (M-C), *Le doute en matière pénale*, Paris, Dalloz, 2002, 435 p.
- > OPPETIT (B.), *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1999, 156 p.
- > PERELMAN (CH.), *Ethique et droit*, Bruxelles, éd. de l'Université de Bruxelles, 1990, 825 p.
- > PICHOT (P.), *Test P.N.P., Questionnaire des tendances paranoïaques, névrotiques et psychopathiques*, Paris, Editions du centre de psychologie appliquée, 1959.
- > PLATON, *Le bonheur selon Socrate : « Gorgias »*, trad. du grec par CHEMLA (P.), Paris, Arléa, 1999, 158 p.
- > PRADEL (J.), *Manuel de droit pénal général*, Paris, Cujas, 2002, 749 p.
- > PRADEL (J.), *Procédure pénale*, Paris, Cujas, 2013, 975 p.
- > PRADEL (J.), *Traité de droit pénal et de science criminelle comparée. Tome 1, Introduction générale, droit pénal général*, Paris, Cujas, 1999, 783 p.
- > PREMACK (A. J.), *Les chimpanzés et le langage des hommes*, trad. par LEBLANC (M-A.), Paris, éd. DENOEL, GONTHIER, 1982, 152 p.
- > RABELAIS (F.), *Pantagruel*, in *RABELAIS, Œuvres complètes*, texte établi et annoté par BOULENGER (J.), revu par SCHELER (L.), bibliothèque de la Pléiade, vol. 15, Paris, Gallimard, 1955, 1055 p.
- > RACHED (A. A.), *De l'intime conviction du juge, Vers une théorie scientifique de la preuve en matière criminelle*, Paris, A. PEDONE, 1942, 324 p.
- > RASSAT (M.L.), *Traité de procédure pénale*, Paris, P.U.F., 2001, 892 p.
- > RASSAT (M.L.), *Droit pénal*, Paris, P.U.F., 1987, 683 p.

- > RASSAT (M.L.), *Manuel de procédure pénale*, Paris, P.U.F., 2002, 291 p.
- > RAWLS (J.), *Théorie de la justice*, trad. Par AUDARD (C.), Paris, Seuil, 1987, 666 p.
- > RIME (B.), *Le partage social des émotions*, Paris, P.U.F., 2005, 420 p.
- > RICOEUR (P.), *Le juste*, Paris, Esprit, 1995, 221 p.
- > ROETS (D.), *Impartialité et justice pénale*, Paris, Cujas, 1997, 494 p.
- > RORTY (A.O.), *Explaining Emotions*, Berkeley and L.A., University of California Press, 1980, 543 p.
- > ROUSSEAU (J.-J.), *Œuvres complètes, Apologie du théâtre*, Paris, Hachette et cie, imprimerie générale de C. LAHURE, 1865, volume 1, pp. 295 et s.
- > ROUSSELET (M.), *Histoire de la magistrature française, des origines à nos jours*, Paris, Plon, 1957, 2 vol., 448 et 437 p.
- > ROUSSELET (M.), *Les cas de conscience du magistrat*, Paris, Perrin, 1967, 413 p.
- > SALAS (D.), *La volonté de punir, essai sur le populisme pénal*, Paris, Hachette littératures, 2005, 286 p.
- > SALAS (D.), *Le tiers pouvoir : vers une autre justice*, Paris, Hachette littératures, 2000, 323 p.
- > SALEILLES (R.), *L'individualisation de la peine : étude de criminalité sociale*, Paris, F. Alcan, 1927, 288 p.
- > SARTRE (J.-P.), *Esquisse d'une théorie des émotions*, Paris, Hermann, 1948, 52 p.
- > SAUVY (A.), *L'opinion publique*, Paris, P.U.F., 1956, 127 p.
- > SCHEFF (T. J.), *Goffman Unbound, A new paradigm for social science*, Boulder, London, Paradigm publishers, 2006, 231 p.
- > SHACKLE (G.L.S.), *Décision, déterminisme et temps*, traduit par DEVILLEBICHOT (G.), BOISSEAU (P.), Paris, Dunod, 1967, 266 p.
- > SMITH (A.), *Théorie des sentiments moraux*, trad. par BIZIOU (M.), GAUTIER (C.), PRADEAU (J.-F.), Paris, P.U.F., 1999, 469 p.
- > SPINOZA (B.), *L'Éthique*, trad. GUERINOT (A.), Paris, Ivrea, 1993, 367 p.
- > TARDE (G.), *La philosophie pénale*, Lyon, Storck, Paris, Masson, 2^{ème} édition, 1891, 578 p.
- > TARDE (G.), *Les lois de l'imitation*, 2^e édition, 1895, réimpression, Paris, Kimé Éditeur, 1993, 428 pages, version numérisée.
- > THOMINE-DEMAZURES (P.), *Commentaire sur le Code de procédure civile*, Bruxelles, A. WAHLEN, 1838, Tome 1, 227 p.

- > THUILLIER (G.), *L'art de juger*, Paris, Economica, 2001, 74 p.
- > TOURNIER (C.), *L'intime conviction du juge*, Aix-Marseille, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2003, 451 p.
- > TRUCHE (P.), *Juger, être jugé, Le magistrat face aux autres et à lui-même*, Paris, Fayard, 2001, 191 p.
- > VENDRYES (P.), *Déterminisme et autonomie*, Paris, Armand Colin, 1956, 204 p.
- > WEBER (M.), *Essais sur la théorie de la science*, Paris, Plon, 1965, 539 p.
- > WEBER (M.), *Economie et société*, trad. de l'allemand par FREUND (J.), KAMNITZER (P.), BERTRAND (P.), sous la dir. de CHAVY (J.) et de DAMPIERRE (E.), Paris, Pocket, 1995, 2 vol., 410 et 424 p.
- > WEBER (M.), *Le savant et le politique*, trad. COLLIOT-THELENE (C.), Paris, la Découverte, 2003, 206 p.

III. Articles, communication, colloques, chroniques, rapports, fascicules de jurisqueur.

- > ABEL (O.), « La responsabilité incertaine », in *Esprit, Les équivoques de la responsabilité*, novembre 1994, pp. 20 et s.
- > Actualités juridiques, dépêches Jurisqueur, « Une requête en récusation contre un magistrat « juridiquement délirant » rejetée », 29 novembre 2012, 2410.
- > ALT-MAES (FR.), « Le discernement et la parole du mineur en justice », *J.C.P.*, 1996, p. 3913.
- > ANCEL (J-P.), « Le doute du magistrat », in *Le doute et le droit, Actes du colloque IFC Barreau de Paris*, Paris, Dalloz, 1994, pp. 21-30.
- > ANCEL (M.), « Réforme pénale et politique criminelle dans les dernières années du 20ème siècle », in *Mélanges offerts à R. LEGROS*, Bruxelles, éd. de l'université de Bruxelles, 1985 pp. 1-11.
- > ANGEL (K.), DEZEUZE (E.), « Le décret n° 2008-293 du 2 septembre 2008 et l'avenir de la procédure de sanction de l'Autorité des marchés financiers », *Revue de Droit bancaire et financier*, n° 1, Janvier 2009, étude 1.
- > ANGEVIN (H.), *Jurisqueur, Procédure pénale*, 1998, art. 668 à 674-2.

- > ARRIGHI (C.), « Justice et sexualité : le pervers », in *3^e colloque de la Société française de psychologie légale, St. Maurice, 10 juin 1995, R.S.C.*, 1995, p. 207.
- > ATIAS (C.), « L'erreur grossière du juge », *D.*, 1998, n° 29, 30 juillet 1998, p. 280.
- > AVERILL (J.R.), « Emotion and anxiety: sociocultural, biological, and psychological determinants », in *RORTY (A.O.), Explaining Emotions*, Berkeley and L.A., University of California Press, 1980, pp. 37 à 72.
- > BADINTER (R.), « Justice et médias dans la société de l'information : le couple infernal », in *BADINTER (R.), BREYER (S.), Les entretiens de Provence, Le juge dans la société contemporaine*, Paris, Fayard, publications de la Sorbonne, 2003, pp. 307-328.
- > BADINTER (R.), « Une si longue défiance », *Pouvoirs*, 1995, n° 74, pp. 7-12.
- > BAZEX (H.), « Les facteurs et les effets du stress chez les juges des enfants », *Annales Médico-Psychologiques*, V.170, 2012, pp. 127-131.
- > BEHAR-TOUCHAIS (M.), « Rapport français », in *La responsabilité, aspects nouveaux, journées panaméennes, Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française*, tome 50, 1999, Paris, L.G.D.J., 2003, pp. 513 et s.
- > BEIGNIER (B.), BLERY (C.), « L'impartialité du juge, entre apparence et réalité », *D.*, 2001, chr. n°30, p. 2427.
- > BELLON (L.), GUERY (C.), « Juges et psy : la confusion des langues », *R.S.C.*, 1^{er} octobre 1999, n°4, pp. 783- 792.
- > BENEZECH (M.), « Evaluation, jugement, vérité et intime conviction », *Annales médico-psychologiques*, V. 170, 2012, pp. 139-140.
- > BENSASSON (M.), FEISSEL (A.), « L'embarras du choix », in *La question du choix inconscient : déterminisme et responsabilité du sujet : colloque tenu au musée d'art contemporain à Marseille les 28 et 29 septembre 1996*, Marseille, Hasard, 1997, pp. 11-21.
- > BERNARD-REQUIN (M.), « La recherche de la vérité en psychologie et psychiatrie judiciaires. La psychologie dans la décision judiciaire », *Annales Médico-psychologiques*, v.170, 2012, pp. 124-126.
- > BERNHARD (M.), ENGLISH (B.), « Juges sous influence », *cerveau et psycho*, n°57, mai-juin 2013, pp. 52 et s.
- > BERTHOZ (A.), « Bases neurales de la décision. Une approche de neurosciences cognitives », *Annales Médico-psychologiques*, V. 170, 2012, pp. 115-119.

- > BESTARD (G.), « Le traitement des affaires judiciaires en cours d'enquête par la presse », in *Liberté de la presse et droits de la personne, Actes du colloque organisé le 20 juin 1997*, Paris, Dalloz, 1997, p. 120.
- > BIEDER (J.), « Expertise pénale : le juge ou le hasard », *Justice*, octobre-novembre, 1987, n°116-117, pp. 17 et 18.
- > BILLIER (J-C.), « La manifestation de la vérité en question : pour une éthique de la vérité judiciaire », in *Penser l'éthique, études*, dimanche 14 février 2010, <http://www.raison-publique.fr/>.
- > BLANC (G.), « La souveraineté populaire en question. (À propos de la réforme de la Cour d'assises) », *La Semaine Juridique Edition Générale*, n° 30, 24 Juillet 1996, I, 3952.
- > BOIGEOL (A.), « Les transformations des modalités d'entrée dans la magistrature », *Pouvoirs*, 1995, n° 74, pp. 27- 38.
- > BOLARD (G.), « L'arbitraire du juge », in *Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre DRAI*, Dalloz, 2000, pp. 225-241.
- > BORDENAVE (Y.), MANDRAUD (I.), SALLES (A.), « Fabrice BURGAUD devant le CSM : la fin du juge d'instruction, acte II », *Journal Le Monde*, 03 février 2009, p. 12.
- > BOULAN (F.), « Le double visage de l'action civile exercée devant la juridiction répressive », *J.C.P.*, 1973, I, 2563.
- > BOURDIEU (P.), « Le sens pratique », in *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 2, n°1, 1976, pp. 43-86.
- > BOURETZ (P.), « Entre la puissance de la loi et l'art de l'interprétation : l'énigmatique légitimité du juge », *Pouvoirs*, 1995, n° 74, pp. 71-80.
- > BOURON (S.), « Les émotions comme incorporation de « structures mentales », Le cas de la formation des jeunesses identitaires », in *Congrès A.F.S.P., Vers une synergie des méthodes des Relations internationales et de la sociologie des mobilisations. Le cas des émotions dans les mobilisations violentes*, Paris, 2013, 17 p.
- > BOURRIER (C.), ROQUES (A.), « L'influence de l'expert psychiatrique sur l'intime conviction du juge, atteinte au procès équitable ? », *Gazette du palais*, 15 octobre 2003, n°288, pp. 2-7.
- > BREDIN (J-D.), « Déontologie et responsabilité du juge », in *Le service public de la justice*, Paris, Odile Jacob, 1998, pp. 163 et s.

- > BREDIN (J-D.), « Qu'est-ce que l'indépendance du juge ? », *Justices*, n°3 janvier-juin, 1996, p. 161.
- > BREDIN (J-D.), « La légitimité des juges », in *Etre juge demain*, textes réunis par ROYER (J-P.), P.U. de Lille, 1983, pp. 19-40.
- > BREDIN (J-D.), « Le doute et l'intime conviction », *Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique*, 01 janvier 1996, n°3, pp. 21-29.
- > BRONCKART (J-P.), « L'approche des émotions/ sentiments chez Spinoza, James et Vygotski », in *Emotions et sentiments : une construction sociale. Approches théoriques et rapports aux terrains*, sous la direction de CHARMILLOT (M.), DRAYER (C.), FARRUGIA (F.), SCHURMANS (M-N.), Paris, l'Harmattan, 2008, pp. 25 et s.
- > BRUN (B.), « Mise en œuvre de la protection statutaire des magistrats », à propos de la décision du Conseil d'Etat, 28 mai 2003, n° 245069, *J.C.P.G.*, n° 15, 7 avril 2004, II, 10056.
- > BRUNET (F.), « De la procédure au procès : le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes », *R.F.D.A.*, 2013, pp. 113 et s.
- > BUFFELAN-LANORE (J-P.), « De l'indépendance de la magistrature », *Les petites affiches*, 11 juin 1993, n° 70, pp. 9-14.
- > BUFFELAN-LANORE (J-P.), « Réflexions iconoclastes sur le statut de la magistrature », *Les petites affiches*, 7 décembre 1992, n° 147, pp. 4-8.
- > BUISSON (J.), « Collégialité de l'instruction », *Procédures*, n° 11, Novembre 2013, comm. n° 321.
- > BUISSON (J.), « Les limites de l'intime conviction du juge répressif », *Procédures*, 01 mai 2000, n°5, pp. 3-5.
- > BUISSON (J.), « Les présomptions de culpabilité », *Procédures*, décembre 1999, n°12, chronique n°15, p. 3.
- > BURGELIN (J-F.), « L'erreur judiciaire », in *Mélanges en l'honneur de Jean BUFFET, La procédure en tous ses états*, Paris, Petites affiches, 2004, pp. 89 et s.
- > BURGELIN (J-F.), « L'indépendance de la justice », in *Travaux de l'Académie des sciences morales et politiques, 2006, sur le thème, La justice « La France serait-elle malade de sa justice ? »*, séance publique du lundi 20 mars 2006.
- > BURGELIN (J-F.), « Quand le juge des référés prend parti », *D.*, 1999, J., p. 1.
- > CANIVET (G.), JOLY-HURARD (J.), « La responsabilité des juges, ici et ailleurs », *Revue internationale de droit comparé*, 01 décembre 2006, n°4, pp. 1049-1093.

- > CANIVET (G.), MOLFESSIS (N.), « L'imagination du juge », in *Mélanges en l'honneur de Jean BUFFET, La procédure en tous ses états*, Paris, Petites affiches, 2004, pp. 131-141.
- > CANTO-SPERBER (M.), « Les émotions, la rationalité, la normativité », in *Les limites de la rationalité, Tome 1, Rationalité, éthique et cognition, colloque de Cerisy, sous la direction de DUPUY (J-P.) et LIVET (P.)*, Paris, La découverte, 1997, pp. 440-451.
- > CARBASSE (J-M.), DEPAMBOUR-TARRIDE (L.), « Présentation », in *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne, Ouvrage collectif sous la direction de CARBASSE (J-M.) et DEPAMBOUR-TARRIDE (L.)*, Paris, P.U.F., 1999, pp. 7- 18.
- > CAROLI (F.), MARCEL (J-L.), « Difficultés de suivi d'un malade mental potentiellement dangereux », *Nervure, journal de psychiatrie*, vol. XX, n°9, supplément, décembre 2007, janvier 2008, pp. 18-25.
- > CASORLA (F.), « La victime et le juge pénal », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 01 décembre 2003, n°4, pp. 639-648.
- > CASTEL (R.), « De la dangerosité au risque », *Revue actes de la recherche en sciences sociales*, 1983, n° 46-50, pp. 122-123.
- > CHAMOZZI (F.), GRELON (A.), MOUNIER (L.), *Les ingénieurs experts judiciaires, Rapport final*, Laboratoire d'analyse secondaire et de méthodes appliquées à la sociologie, C.N.R.S., E.H.E.S.S., Université de Caen, Juillet 2003.
- > CHEMIN (A.), « Les magistrats doivent de plus en plus répondre de leur éthique », *Le monde*, 28 mars 1995, p. 12.
- > CICCIOLO (M.), « Les divers types de responsabilité et de contrôle du juge », *R.I.D.P.*, vol. 46, 1975, pp. 67-98.
- > CLAVERIE-ROUSSET (C.), « L'impartialité de la justice pénale des mineurs », *Revue droit pénal*, n°3, mars 2012, étude 8, pp. 13 et s.
- > COLIN (F.), « La responsabilité disciplinaire des juges », in *Les juges : de l'irresponsabilité à la responsabilité ?*, Actes du colloque de l'ISPEC, 5-6 mai 2000, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2000, p. 69.
- > COMMARET (D. N.), « La responsabilité du juge, Synthèse des travaux de l'atelier de formation continue », in *La responsabilité du juge, Colloque 25-26 mars 1999 sous le Haut patronage de Madame GUIGOU (E.)*, Paris, E.N.M, 1999, pp. 1-24.

- > COMMARET (D. N.), « Les responsabilités déontologiques des magistrats à la lumière de la jurisprudence du Conseil supérieur de la Magistrature », in *La responsabilité du juge, Colloque 25-26 mars 1999 sous le Haut patronage de Madame GUIGOU (E.)*, Paris, E.N.M, 1999, annexe 4.
- > COMMARET (D. N.), « Une juste distance ou réflexions sur l'impartialité du magistrat », *D.*, 1998, chronique, p. 262.
- > COMMARET (D. N.), « Impartialité du juge. Incompatibilités. Appréciations portées sur la valeur des charges ou la culpabilité. Motivation des décisions », *R.S.C.*, 2000, p. 852.
- > CONSTANTINI (E.), KING (J.), « The partial juror : correlates and causes of prejudgment », *Law and society review*, 1980-1981, vol. 15, n°1, pp. 9-40.
- > CONTE (P.), « L'arbitraire judiciaire, chronique d'humeur », *J.C.P.*, 1988, n°2, p. 3343.
- > CONTE (P.), « La contribution des jeux de boule à l'art de légiférer », *Les dossiers de la Semaine juridique*, n° hors série, février 1996, p. 9.
- > COULON (J-M.), « L'appréciation des moyens de preuve par le juge », *Droit et Patrimoine*, 01 mars 2005, n°135, p. 72.
- > COULON (J-M.), « La conscience du juge aujourd'hui », in *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne, ouvrage collectif dirigé par CARBASSE (J-M.), DEPAMBOUR-TARRIDE (L.)*, Paris, P.U.F., coll. Droit et Justice, mai 1999, pp. 331 et s.
- > COULON (J.-M.), « L'office du juge et la citoyenneté », in *le Service public de la justice*, Odile Jacob, Paris, 1998, pp. 149-150.
- > CORNU (G.), « Rapport de synthèse », in *Les rôles respectifs du juge et du technicien dans l'administration de la preuve, Xème colloque des Instituts d'études judiciaires*, Poitiers, 1975, Paris, P.U.F., 1976, pp. 107-123.
- > COSTE (C.), « Plaintes des justiciables et fautes disciplinaires des magistrats », *B.I.C.C.*, 15 juillet 2000, n° 518, p. 13.
- > COTTA (S.), « La question de la vérité du jugement », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à TERRE (F.)*, P.U.F., 1999, pp. 37-45.
- > CRETIN (L.), « L'opinion des français sur la justice », *Infostat justice, bulletin d'information statistique*, Ministère de la justice, Janvier 2014, n°125, 8 p.

- > CUIIN (C-H.), « Emotions et rationalité dans la sociologie classique : les cas de WEBER et DURKHEIM », in *Autour de l'épistémologie de la sociologie et de la sociologie des sciences : des débats, un réexamen, Revue européenne des sciences sociales, Cahiers Vilfredo Pareto*, n° XXXIX-120, pp. 77-100.
- > DAESCHLER (B.), « Le procès en Cour d'assises », In *revue juridique d'Ile-de-France*, 1994, n°31, pp. 51-56.
- > DALLE (H.), « Le recrutement et la formation des magistrats : une question de légitimité », *Revue française d'administration publique*, 1991, n°57, pp. 53-60.
- > DEBBASH (C.), « Le nouveau régime de responsabilité de la justice », *D.*, 2001, p. 1752.
- > DE BLIC (D.), LEMIEUX (C.), « Le scandale comme épreuve, éléments de sociologie pragmatique », *politix*, Paris, 2005, n°71, pp. 9-38.
- > DECHEZELLES (A.), « Responsabilité des magistrats et responsabilité de l'Etat en matière de justice judiciaire », *Revue juridique et politique, Indépendance et coopération*, 1973, p. 1035.
- > De GOUTTES (R.), « L'impartialité du juge. Connaître, traiter et juger : quelle compatibilité ? », *R.S.C.*, 2003, n°1, pp. 63 et s.
- > De JONCKHEERE (C.), « Les émotions : des aventures collectives. De James à Whitehead », in *Emotions et sentiments : une construction sociale. Approches théoriques et rapports aux terrains*, sous la direction de CHARMILLOT (M.), DRAYER (C.), FARRUGIA (F.), SCHURMANS (M-N.), Paris, l'Harmattan, 2008, pp. 41 et s.
- > DELEVOYE (J.-P.), « Seul le prononcé fait foi », in *Etre magistrat dans la cité, entre légitimes attentes et tentations démagogiques, Les cahiers de la justice, revue semestrielle de l'E.N.M.*, printemps 2007, pp.123 et s.
- > DELMAS SAINT HILAIRE (J.-P.), « Le droit pénal, langage de la raison ou langage de l'émotion ? », in *Religion, société et politique, Mélanges en hommage à Jacques ELLUL*, Paris, P.U.F., 1983, pp. 431-447.
- > DE MAILLARD (J.), « L'émergence du principe de précaution judiciaire : une utopie coincée entre productivisme et contre-productivité », in *Etre magistrat dans la cité, entre légitimes attentes et tentations démagogiques, Les cahiers de la justice, revue de l'Ecole nationale de la magistrature*, Printemps 2007, pp. 159 et s.
- > DE SOUSA (R.), « The rationality of emotions », in *RORTY (A.O.), Explaining Emotions*, Berkeley and L.A., University of California Press, 1980, pp. 127-151.

- > DION (N.), « Le juge et le désir du juste », *D.*, 1999, chronique, pp. 195-199.
- > DOKHAN (D.), « Le conseil d'Etat garant de la déontologie des magistrats de l'ordre judiciaire », *R.F.D.A.*, 2002, n°4, pp. 768 et s.
- > DONY (M.), « La responsabilité de l'Etat pour faute du pouvoir judiciaire », *Actes du colloque interuniversitaire des 14 et 15 mars 1991 par la faculté de droit de l'université catholique de Louvain et de la faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles*, Bruylant, Bruxelles, 1991, pp. 363-382.
- > DRULHE (M.), « Emotion et Société : un enjeu sociologique », in, *Emotions, Corps & Santé : « Un gouvernement par la parole ? »*, *Actes des Deuxièmes Journées Scientifiques du Réseau « Santé & Société »*, Toulouse, Face à face, n°9, 2006.
- > DUFOUR (O.), « Réforme de la justice : qui a peur de l'indépendance des juges ? », *Petites affiches*, 25 janvier 2000, n° 17, p. 3.
- > DUMOULIN (L.), « L'expertise judiciaire dans la construction du jugement : de la ressource à la contrainte », *Droit et Société*, 2000, 44-45, pp.199-223.
- > DUPUY (J-P.) et LIVET (P.), *Les limites de la rationalité, actes du colloque de Cerisy, Tome I, Rationalité, éthique et cognition*, Paris, La découverte, 1997, 451 p.
- > DUVAL (V.), « Conflits d'intérêts », in *Le nouveau pouvoir judiciaire*, n° 395, juillet 2011, pp. 4-11.
- > EKMAN (P.), « An Argument for Basic Emotions », *Cognition and Emotion*, 1992, n° 6, pp. 169-200.
- > EKMAN (P.), « Biological and Cultural Contributions to Body and Facial Movement in the Expression of the Emotions », in *RORTY (A.O.), Explaining Emotions*, Berkeley and L.A., University of California Press, 1980, pp. 73-102.
- > ELSTER (J.), « Rationalité, émotions et normes sociales », in *PAPERMAN (P.) et OGIEN (R.), La couleur des pensées. Sentiments, émotions, intentions, série Raisons pratiques*, n°6, ed. de l'E.H.E.S.S., Paris, 1995, pp. 33-64.
- > ELSTER (J.), « Rationalité et normes sociales : un modèle pluridisciplinaire », in *GERARD-VARET (L.-A), PASSERON (J.-C.), Le modèle et l'enquête, les usages du principe de rationalité dans les sciences sociales*, Paris, E.H.E.S.S, 1995, pp. 139-148.

- > EPINEUSE (H.), SALAS (D.), *L'éthique du juge : une approche européenne et internationale, Contributions issues du colloque La déontologie des magistrats : une approche européenne et internationale, organisé le 10 décembre 2002 par l'E.N.M. et l'Institut des hautes études sur la justice*, Paris, Dalloz, 2003, 218 p.
- > FABRE (M.), « Le droit à un procès équitable : étude de jurisprudence sur l'application de l'article 6, § 1 de la Convention E.D.H. », *La Semaine Juridique Edition Générale*, n° 31, 29 Juillet 1998, I, p.157.
- > FAVRO (K.), « La procédure disciplinaire des magistrats de l'ordre judiciaire et la loi organique n°2001-539 du 25 juin 2001 », *Petites affiches*, 20 décembre 2001, n°253, pp. 6 et s.
- > FAYOLLE (B.), « La procédure criminelle entre permanence et réforme », in *La Cour d'Assises. Bilan d'un héritage démocratique, Actes du colloque*, Paris, La documentation française, 2001, pp. 65-91.
- > FERREJOHN (J.), SATZ (D.), « Choix rationnel et psychologie ordinaire », in *Les limites de la rationalité, Tome 1, Rationalité, éthique et cognition, colloque de Cerisy, sous la direction de DUPUY (J-P.) et LIVET (P.)*, Paris, La découverte, 1997, pp. 276-296.
- > FLÜCKIGER (A.), « La preuve juridique à l'épreuve du principe de précaution », *Revue européenne des sciences sociales*, 2003, tome XLI, n°128, *La preuve en sciences sociales*, pp. 107-127.
- > FLÜCKIGER (A.), « Pourquoi respectons-nous la soft law ?, Le rôle des émotions et des techniques de manipulation », *Revue européenne des sciences sociales*, 2009, n°144, *Rationalité et émotions : un examen critique*, pp. 73-103.
- > FRAISSEIX (P.), « Le contrôle du conseil d'Etat en matière de décisions disciplinaires et non disciplinaires des magistrats du siège », *Petites affiches*, n° 58, 1993, pp. 4 et s.
- > FRANCILLON (J.), « Médias et droit pénal, Bilan et perspectives », *Revue sciences criminelles*, janvier-mars 2000, p. 59.
- > FRISON-ROCHE (M.-A.), « Indépendance des juges et sécurité des personnes », *D.*, 2006, p. 2745.
- > FRISON-ROCHE (M-A), « La responsabilité du magistrat : l'évolution d'une idée », *J.C.P.* 1999, I, n°174, p. 1870.
- > FRISON-ROCHE (M-A.), « La procédure injuste », in *Colloque de l'injuste au juste dans le jugement*, Paris, Dalloz, 1997, pp. 77 et s.

- > FRISON-ROCHE (M-A), « L'erreur du juge », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2001, p. 819.
- > FRISON-ROCHE (M-A), « L'impartialité du juge », *D.*, 1999, Chronique, pp. 53-57.
- > FRISON-ROCHE (M-A), « Le modèle du bon juge MAGNAUD », in *De code en code, Mélanges en l'honneur du doyen Georges WIEDERKEHR*, Paris, Dalloz, 2009, pp. 335-342.
- > FRISON-ROCHE (M.-A.), HAENEL (H.), « Le service public de la justice, conclusions ouvertes », in *Le service public de la justice*, Odile Jacob, Paris, 1998, pp. 183-194.
- > FRISON-ROCHE (M-A.), « Principe d'impartialité et droit d'auto-saisine de celui qui juge », *D.*, 2013, p. 28.
- > GARAPON (A.), « Entre procédure et vertu, la prudence », in *Le for intérieur*, Paris, P.U.F., 1995, pp. 214-225.
- > GARAPON (A.), « La question du juge », *Pouvoirs*, 1995, n° 74, pp. 13-26.
- > GARAPON (A.), SALAS (D.), « Le droit disciplinaire des magistrats français : quid custodiet custodes ? », *R.T.D.H.*, 01 avril 1995, n° 22-NS, pp. 193-200.
- > GARAPON (A.), « La justice est-elle « délocalisable » dans les médias ? », *Droit et société*, n°26, 1994, pp. 73 et s.
- > GARAPON (A.), « Le juge et son éthique : synthèse des réponses au questionnaire », *Les Cahiers de l'I.H.E.J.*, Paris, Institut des hautes études sur la justice, n°1, 1993, pp. 3-24.
- > GARAPON (A.), « L'éthique du juge », *Les Cahiers de l'I.H.E.J.*, Paris, Institut des hautes études sur la justice, n°1, 1993, pp. 27-39.
- > GARAPON (A.), « Les responsabilités des juges », in *La responsabilité du juge, Colloque des 25-26 mars 1999 sous le Haut patronage de Madame GUIGOU (E.)*, Paris, E.N.M, 1999, annexe 3.
- > GARAPON (A.), « Nouveaux enjeux de la justice. Les paradoxes de l'image de la justice », in *Les Cahiers Français, La justice*, n° 251, Paris, La Documentation Française, 1991, pp. 104-110.
- > GARAPON (A.), « Sociologie de l'audience et éthique du juge », in *Revue juridique d'Ile-de-France*, 1994, n°31, pp. 30-39.
- > GARDIES (J-L.), « Ce que la raison doit au procès », *Archives de philosophie du droit. Le procès*, T. 39, 1994, pp. 39-45.

- > GARROD (O.G.B.), JACK (R. E.), SCHYNS (P. G.), « Dynamic Facial Expressions of Emotion Transmit an Evolving Hierarchy of Signals over Time », *Current Biology*, Vol. 24, n° 2, 20 Janvier 2014, pp. 187-192.
- > GENISSIEU (J.), in *Gazette nationale ou le moniteur universel*, an IV, 1^{er} semestre, 23 septembre 1795- 20 mars 1796, n°27, pp. 107 et s.
- > GEORGEL (J.), « La dépendance de la magistrature en France », in *Présence de droit public et des droits de l'homme, Mélanges offerts à VELU (J.)*, Bruxelles., Bruylant, 1992, vol. 2, pp. 845-855.
- > GIBBARD (A.), « Engagement limité et rationalité limitée », in *Les limites de la rationalité, Tome 1, Rationalité, éthique et cognition, colloque de Cerisy, sous la direction de DUPUY (J-P.) et LIVET (P.)*, Paris, La découverte, 1997, pp. 397-411.
- > GIBAULT (F.), « L'expertise en matière pénale et les droits de la défense », *Travaux de l'Académie des sciences morales et politiques, 2006, sur le thème, La Justice « La France serait-elle malade de sa justice ? »*, séance publique du lundi 27 mars 2006.
- > GILLET (J-L.), « Problèmes éthiques et pratique judiciaire au plan civil », in *Revue juridique d'Ile-de-France*, 1994, n°31, pp. 41-43.
- > GIUDICELLI-DELAGE (G.), « La responsabilité des magistrats et de l'Etat en matière pénale », in *La responsabilité des gens de justice, Justices*, n°5, Janvier -mars 1997, p. 25.
- > GIUDICELLI-DELAGE (G.), « Rapport de synthèse », in *Actes du colloque de l'ISPEC, Les juges: de l'irresponsabilité à la responsabilité ?*, 5-6 mai 2000, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2000, p. 229.
- > GORPHE (F.), « La méthode générale d'examen critique des preuves », *R.S.C.*, 1947, pp. 69-79.
- > GORPHE (F.), « La valeur probante des indices », *R.S.C.*, 1937, p. 418.
- > GORPHE (F.), « Peut-on réaliser une justice scientifique », *R.I.C.P.T.*, 1950, p. 83.
- > GOYET (C.), « Tribunal impartial et indépendant. Remarques sur l'impartialité du tribunal », *D.*, 2001, I, n°4, pp. 328-331.
- > GRIDEL (J-P.), « L'impartialité du juge dans la jurisprudence civile de la Cour de cassation », *Mélanges en l'honneur de Jean BUFFET, La procédure en tous ses états*, Paris, Petites affiches, 2004, p. 241.
- > GRIHOM (M.-J.), « L'intime conviction des magistrats : subjectivation pénale et conflit subjectif dans un cas d'inceste », *Annales Médico-psychologiques*, V. 170, 2012, pp. 120-123.

- > GRIMALDI (M.), « Ouverture des travaux », in *La motivation, journées nationales, actes du colloque, Limoges, 1998, Travaux de l'association Henri CAPITANT des amis de la culture juridique française*, tome 3, 1998, Paris, L.G.D.J., 2000, p. 1.
- > GRZEGORCZYK (C.), « La rationalité de la décision juridique », in *Archives de philosophie du droit, formes de rationalité en droit*, tome 23, Sirey, 1978, pp. 237-256.
- > GUILLEBAUD (J-C), « La pitié assassine », *Le Nouvel Observateur*, 14 novembre 2009.
- > GUINCHARD (S.), « La responsabilité des gens de justice, rapport de synthèse », *Justices*, n°5, Janvier-Mars 1997, pp. 109-134.
- > GUINCHARD (S.), « Les procès hors les murs », in *Droit civil, procédure, linguistique juridique, écrits en hommage à Gérard CORNU*, Paris, P.U.F., 1994, pp. 201-216.
- > GUTMANN (D.), « L'obligation déontologique, entre l'obligation morale et l'obligation juridique », in *L'obligation, Archives de philosophie du droit*, tome 44, 2000, pp. 115-127.
- > HABA (E. P.), « Sciences du droit - quelle « science » ? le droit en tant que science : une question de méthodes », *Archives de philosophie du droit, Droit et science*, Tome 36, 1991 pp. 165 et s.
- > HENRIOT (J.), « Note sur la date et le sens de l'apparition du mot « responsabilité » », *Archives de philosophie du droit*, Tome 22, « La responsabilité », 1977, pp. 59-62.
- > HOCHSCHILD (A. R.), « Emotion Work, Feeling Rules and Social Structure », *American Journal of Sociology*, 1979, 85, pp. 551-575; « Travail émotionnel, règles de sentiments et structure sociale », *Travailler*, 2003, n° 9, pp. 19-49.
- > HUTCHESON (J. C.), « Le jugement intuitif, la fonction du « hunch » dans la décision judiciaire », trad. MARTY (G.), in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. GENY*, Paris, Sirey, 1934, pp. 531 et s.
- > HUGUENEY (L.), « Crimes et délits contre la chose publique », *R.S.C.*, 1960, pp. 75-78.
- > ISRAEL (L.), « Usages militants du droit dans l'arène judiciaire : le *cause lawyering* », *Revue Droit et société*, 2001, n°49, pp. 793-824.
- > JACQUIN (P.), « Une arme secrète à toutes fins utiles... », *Justice, revue du Syndicat de la magistrature*, mars 1995, n°144, p. 4.
- > JAUME (L.), « Toqueville et la perspective libérale sur le jury », in *La Cour d'Assises. Bilan d'un héritage démocratique. Actes du colloque*, Paris, La documentation française, 2001, pp. 111-124.

- > JEAN (J-P.), « L'image de la justice dans l'opinion publique ; évolutions dans le temps et comparaisons européennes », 2^e table ronde, *Actes du débat national sur la justice du 21^e siècle ouvert le 10 janvier 2014*, pp. 44 et s.
- > JEANDIDIER (W.), « Commentaires », à propos des arrêts Cass. crim. 6 novembre 1987, Michel Droit et Cass. crim. 10 décembre 1987, *La Semaine Juridique Edition Générale*, n° 17, 27 Avril 1988, II, p. 20988.
- > JOHANNES (F.), « Ce que montre le « mur des cons » : la neutralité du juge est un leurre », *Le Monde*, 30 avril 2013.
- > JOLY-HURARD, « La responsabilité civile des magistrats professionnels de l'ordre judiciaire », in *Etre magistrat dans la cité, entre légitimes attentes et tentations démagogiques, Les cahiers de la justice, revue de l'Ecole nationale de la magistrature*, Printemps 2007, pp.143 et s.
- > JONAS (H.), « Surcroît de responsabilité et perplexité », in *Esprit, Les équivoques de la responsabilité*, novembre 1994, pp. 8-19.
- > JUSTON (M.), « Interventions devant l'atelier de Mme Dominique SERAN vice présidente du tribunal pour enfants d'Evry et de Mme Christine PEYRACHE, juge de l'application des peines au tribunal de grande instance d'Evry, Synthèse », in *La responsabilité du juge, Colloque 25-26 mars 1999 sous le Haut patronage de Madame GUIGOU (E.)*, Paris, E.N.M, 1999, annexe 7.
- > KARSENTY (D.), « Le droit au procès équitable : évolution récente de la jurisprudence de la chambre criminelle », in *Cour de cassation, Les libertés, Rapport annuel 2001*, Paris, La documentation française, 2002, Deuxième partie, Études et documents, sur le thème des libertés, pp.111 et s.
- > KEMPER (T. D.), « Social constructionist and positivist approaches to the sociology of emotions », *American Journal of Sociology*, vol. 87, n°2, sept.1981, pp. 336-362.
- > KLEIN (T.), « La fonction de juge », in *Mélanges en hommage à PETTITI (L.E)*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 510.
- > KLEIMAN (E.), « Arbitrage et conflits d'intérêts, une année mouvementée », in *Les mouvements du droit face aux conflits d'intérêts, J.C.P., G*, supplément au n° 52, 26 décembre 2011, pp. 27-33.
- > KOECHLIN (E.), KOUNEIHHER (F.), ODY (C.), « The architecture of cognitive control in the human prefrontal cortex », *Science*, vol. 302, no. 5648, 2003, pp. 1181-1185.

- > KRIEGK (J-F.), « L'impartialité, contrepartie exigeante de l'indépendance », *Petites affiches*, 12 juillet 1999, p. 5.
- > LACOSTE (G.), « La responsabilité du juge dans la rédaction de sa décision », in *La responsabilité du juge, Colloque 25-26 mars 1999 sous le Haut patronage de Madame GUIGOU (E.)*, Paris, E.N.M, 1999, annexe 10.
- > LAZERGES-COUSQUER (L.), *Jurisclasseur, Procédure pénale*, 1^{er} Mars 2010, art. 485 et 486, fasc. 20.
- > Le BRETON (D.), « La construction sociale de l'émotion », *Les nouvelles d'Archimède, le journal culturel de l'Université des sciences et technologies de Lille*, n° 35, janvier, février, mars 2004, pp. 4-5.
- > LECLERC (H.), « Le doute, devoir du juge », in *Le doute et le droit*, Paris, Dalloz, 1994, p. 49.
- > LECLERC (H.), « L'intime conviction du juge : norme démocratique de la preuve », in *Le for intérieur*, Paris, P.U.F., 1995, coll. Publication du centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, p. 213.
- > LECLERC (H.), « La peine injuste », in *Actes du colloque De l'injuste au juste*, Paris, Dalloz, 1997, p. 112.
- > LEGRAND (D.), « Regard critique sur les propositions de réforme de l'instruction », *Actualité juridique droit pénal*, 2006, p. 333.
- > LEGROS (P.), « Les scrupules du juge et la liberté de conscience », in *Présence du droit public et des droits de l'homme, Mélanges offerts à VELU (J.)*, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 1743 et s.
- > LEROY (J.), « La force du principe de motivation », in *La motivation, journées nationales, actes du colloque, Limoges, 1998, Travaux de l'association Henri CAPITANT des amis de la culture juridique française*, tome 3, 1998, Paris, L.G.D.J., 2000, pp. 35-46.
- > LESCLOUS, MARSAT, « Les obligations du journaliste qui traite d'éléments d'une procédure judiciaire », *Droit pénal*, 1998, chronique, 2 février 1998, n°5, pp. 6-8.
- > LE TOURNEAU (P.), « Rapport général », in *La responsabilité, aspects nouveaux, journées panaméennes, Travaux de l'association Henri CAPITANT des amis de la culture juridique française*, tome 50, 1999, Paris, L.G.D.J., 2003, pp. 417 et s.

- > LEURQUIN-DE-VISSCHER (F.), « Histoire d'un revirement. A propos de la responsabilité du fait des magistrats », *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif*, 1993-94, pp. 1197-1214.
- > LEVASSEUR (G.), « Rapport introductif français », in *Vingt-deuxièmes journées de défense sociale, journées franco-suissees, la publicité dans le procès pénal*, R.S.C., 1976, pp. 519- 530.
- > LEVY (T.), « La langue n'est belle que quand elle touche juste », *Le monde, cultures et idées*, samedi 14 septembre 2013, p. 5.
- > LINDEN (E.), « Justice et opinion publique: réflexions après le procès d'Angers », in *Etre magistrat dans la cité, entre légitimes attentes et tentations démagogiques*, *Les cahiers de la justice, revue de l'Ecole nationale de la magistrature*, Printemps 2007, pp. 135 et s.
- > LIVET (P.), « Ethique et rationalité, introduction », in *Les limites de la rationalité, Tome 1, Rationalité, éthique et cognition, colloque de Cerisy, sous la direction de DUPUY (J-P.) et LIVET (P.)*, Paris, La découverte, 1997, pp. 343-347.
- > LIVET (P.), « Emotions et rationalités en sciences sociales », *intervention pour l'université de tous les savoirs*, conférence, 27 octobre 2002.
- > LIVET (P.), « Émotions, rationalité, densité temporelle et manifestation de valeurs », in *Rationalité et émotions : un examen critique, XIV^e séminaire interdisciplinaire du Groupe d'Étude « Raison et rationalités », Sous la direction de Pascal Bridel*, 2009, pp. 7-23.
- > LIVET (P.), « Evaluation et apprentissage des émotions », in *PAPERMAN (P.) et OGIEN (R.), La couleur des pensées. Sentiments, émotions, intentions, série Raisons pratiques, n°6*, Paris, ed. de l'E.H.E.S.S., 1995, pp. 119-143.
- > LIVET (P.), « Temps de la loi, rythme des révisions et théorie des jeux », in *GERARD (P.), OST (F.), Van de KERCHOVE (M.), L'accélération du temps juridique*, Bruxelles, Publication des facultés universitaires de Saint-Louis, 2000, pp. 93-103.
- > LIVET (P.), THEVENOT (L.), « Modes d'action collective et construction éthique. Les émotions dans l'évaluation », in *Les limites de la rationalité, Tome 1, Rationalité, éthique et cognition, colloque de Cerisy, sous la direction de DUPUY (J-P.) et LIVET (P.)*, Paris, La découverte, 1997, pp. 412-438.
- > LIVET (P.), THEVENOT (L.), « Les catégories de l'action collective », in *A. ORLEAN, Analyse économique des conventions*, Paris, P.U.F., 1994, pp. 139-167.

- > LOCHAK (D.), « Entre l'éthique du savant et les convictions du citoyen, le juriste face à ses dilemmes », in *L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur de TROPER (M.)*, Paris, Economica, 2006, pp. 639 et s.
- > LUDET (D.), « A propos de la responsabilité des magistrats, quelques réflexions sur des déclarations ministérielles », *Gazette du palais*, 24 septembre 2005, n° 267, p. 2.
- > LUDET (D.) « Quelle responsabilité pour les magistrats ? », *Pouvoirs*, 1995, n°74, p. 125.
- > LYN (F.), « Le droit du procès pénal à l'épreuve de la médiatisation », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 01 mars 2003, n°1, pp. 87-98.
- > M.F., note bibliographique à propos de STROGOVITCH (M.), *La doctrine de la vérité absolue dans l'instruction criminelle*, Leningrad, 1947, 275 p., R.S.C., 1948, pp. 885 et s.
- > MACKEE (J.-Y.), « Le conseil supérieur de la magistrature siégeant comme conseil de discipline des magistrats du siège, et l'article 6 de la C.E.D.H. », in *Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre DRAI*, Dalloz, 2000, pp. 89-98.
- > MADRANGES (E.), « Les grandes lignes de la loi organique 92-189 du 25 février 1992 modifiant l'ordonnance du 22 décembre 1958 relative au statut de la magistrature : vers une modernisation du statut de la magistrature », *gazette du palais*, 27 août 1992, p. 606.
- > MAGNIER (V.), « La notion de justice impartiale », *J.C.P.*, 2000, I, 252.
- > MALLET-POUJOL (N.), « Le juge et l'idéologie dans les procès en diffamation », *Légipresse*, 01 janvier 2005, n°218, pp. 1-8.
- > MARSHALL (D.), ETCHEVERRY (J.-M.), « L'intervision, ou comment améliorer la pratique des magistrats », *Les cahiers de la justice*, mai 2010, n°2, pp. 129 et s.
- > MARGUENAUD (J.-P.), « Médiatisation du procès pénal et impartialité du juge répressif », *D.*, 2001, p. 1646.
- > MARGUENAUD (J.-P.), « Le droit à l'expertise équitable », *D.*, 17 février 2000, n°7, pp. 111-115.
- > MAUSS (M.), « L'expression obligatoire des sentiments, rituels oraux funéraires australiens », 1921, in *Essais de sociologie*, Paris, éditions des Minuit, seuil, 1971, pp. 81-88.
- > MAYAUD (Y.), *Jurisclasseur, Pénal*, 10 janvier 2008, art. 434-15, fasc. 20.
- > MAYER (M.), « Le doute et la décision définitive », in *le doute et le droit*, Paris, Dalloz, 1994, pp. 111 et s.
- > MAYMAT (J.-C.), « L'effet injuste d'un jugement juste », in *Colloque De l'injuste au juste dans le jugement*, Paris, Dalloz, 1997, pp. 89-100.

- > MEKKI (M.), « Les conflits d'intérêt : prévenir et guérir », *J.C.P., G.*, n° 24, 13 Juin 2011, p. 669.
- > MERCADAL (B.), « La légitimité du juge », *Revue internationale de droit comparé*, 2002, n°54, pp. 277 et s.
- > MARTENS (P.), « La tyrannie de l'apparence », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1996, p. 640.
- > MICHAUT (F.), « Le rôle créateur du juge selon l'école de la Sociological Jurisprudence et le mouvement réaliste américain. Le juge et la règle de droit », *Revue internationale de droit comparé*, 1987, pp. 343- 371.
- > MOLFESSIS (N.), « Conflits d'intérêt : vers un changement de culture », in *Les mouvements du droit face aux conflits d'intérêts*, *J.C.P., G*, supplément au n° 52, 26 décembre 2011, p. 1.
- > MOLFESSIS (N.), « La perception commune du droit », in *Regards sur le droit*, dirigé par TERRE (F.), Dalloz, 2010, pp. 63 et s.
- > MOLFESSIS (N.), « L'équité n'est pas une source du droit », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1998, p. 221.
- > MORVAN (P.) « Partisane mais paritaire donc impartiale : la juridiction prud'homale », *J.C.P. G.*, 11 fév. 2004, n°7, p. 88.
- > MOUTOUH (H.), MONTAGNE- MOUTOUH (I.), « Une réforme attendue, la responsabilité des magistrats », *D.*, 2000, n°8, pp. 5-6.
- > NADAL, « L'impartialité du magistrat », *gazette du palais*, mercredi 23, jeudi 24 mai 2012, pp. 14 et s.
- > NERAC (P.), « Les garanties d'impartialité du juge répressif », *J.C.P.*, 1978, n°1, p. 2890.
- > DE NERVO (O.), « L'intime conviction du juge pénal », *La vie judiciaire*, 25 août 1996, n°2628, pp. 2-7.
- > NOREAU (P.), « L'acte de juger et son contexte : éléments d'une sociologie politique du jugement », in *Ethique publique, Ethique de la magistrature*, vol. 2, n° 2, automne 2001, pp. 17-26.
- > NORMAND (J.), « Le domaine du principe de motivation », in *La motivation, journées nationales, actes du colloque, Limoges, 1998, Travaux de l'association Henri CAPITANT des amis de la culture juridique française*, tome 3, 1998, Paris, L.G.D.J., 2000, pp. 17 et s.
- > NUGIER (A.), « Histoire et grands courants de recherche sur les émotions », *Revue électronique de Psychologie Sociale*, 2009, n° 4, pp. 8-14.

- > NUSSBAUM (M.), « Les émotions comme jugement de valeur », in PAPERMAN (P.) et OGIEN (R.), *La couleur des pensées. Sentiments, émotions, intentions, série Raisons pratiques*, n°6, Paris, ed. de l'E.H.E.S.S., 1995, pp. 19-32.
- > OLIE (J.-P.), De CARVALHO (W.), SPADONE (C.), « Expertise mentale dans le déroulement du processus pénal: le point de vue du psychiatre-expert », in *L'expertise, sous la direction de FRISON-ROCHE (M.-A.), MAZEAUD (D.), thèmes et commentaires*, Paris, Dalloz, 1995, pp. 24 et s.
- > OST (F.), « Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge », in BOURETZ (P.), *La force du droit : panorama des débats contemporains*, Paris, Esprit, 1991, pp. 241-271.
- > OST (F.), « Juge pacificateur, juge-arbitre, juge entraîneur, Trois modèles de justice », in *Fonction de juger et pouvoir judiciaire*, Bruxelles, facultés universitaires de Saint-Louis, 1983, pp. 1-70.
- > PADOA-SCHIOPPA (A.), « Sur la conscience du juge dans le *ius commune* européen », in *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne, ouvrage collectif sous la direction de CARBASSE (J.-M.), DEPAMBOUR-TARRIDE (L.)*, Paris, P.U.F., 1999, pp. 95 et s.
- > PAPAUX (A.), « Un droit sans émotions. *Iram non novit jus* : esquisse des rapports entre sciences et droit », *Revue européenne des sciences sociales*, n° XLVII, 144, 2009, *rationalité et émotions, un examen critique*, pp. 105-119.
- > PAPERMAN (P.), « Emotions privées, émotions publiques », *Multitudes*, 2013, 1, n° 52, pp. 164-170.
- > PAPERMAN (P.), « Les émotions et l'espace public », *Quaderni*, 1992, vol. 18, n° 18, pp. 93-107.
- > PAPERMAN (P.), « La question des émotions : du physique au social », *L'Homme et la société*, 1995, vol. 116, n° 116, pp. 7-17.
- > PERELMAN (Ch.), « Le raisonnable et le déraisonnable en droit », in *Archives de philosophie du droit, tome 23, formes de rationalité en droit*, Paris, Sirey, 1978, pp. 35-42.
- > PEYROT (M.), « Le magistrat et la pression médiatique », in *Etre magistrat dans la cité, entre légitimes attentes et tentations démagogiques, Les cahiers de la justice, revue de l'Ecole nationale de la magistrature*, Printemps 2007, pp. 129 et s.
- > PERROT (R.), « Récusation et impartialité du juge : la subsidiarité de la Convention européenne des droits de l'homme », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2001, p. 204.

- > PETTIT (P.), « La régulation du choix rationnel : deux stratégies », in *Les limites de la rationalité, Tome 1, Rationalité, éthique et cognition, colloque de Cerisy, sous la direction de DUPUY (J-P.) et LIVET (P.)*, Paris, La découverte, 1997, pp. 297-315.
- > POIRIER (R.), « Rationalité juridique et rationalité scientifique », in *Archives de philosophie du droit, tome 23, formes de rationalité en droit*, Paris, Sirey, 1978, pp. 11-34.
- > POMPE (W.P.J.), « La responsabilité du juge pénal », *R.S.C.*, 1960, pp. 1-18.
- > PONCELA (P.), « Par la peine, dissuader ou rétribuer », in *L'utile et le juste, Archives de philosophie du droit, Tome 26*, Paris, Sirey, 1981, pp. 59-69.
- > PRADEL (J.), « Tous les péchés du juge d'instruction méritent-ils sa mise à mort ? », *D.*, 2009, p. 438.
- > PRADEL (J.), « La notion européenne de tribunal impartial et indépendant selon le droit français », *Revue sciences criminelles*, 1990, p. 692.
- > PRADEL (J.), « Les rôles respectifs du juge et du technicien dans l'administration de la preuve en matière pénale », in *Xème colloque des I.E.J.*, Poitiers, 1975, Paris, P.U.F., 1976, pp. 67 et s.
- > PRADEL (J.), « L'expertise psychiatrique », in *L'expertise*, Dalloz, 1995, pp. 7 et s.
- > PRZYGODZKI-LIONET (N.), « Psychosociologie du procès pénal », in *Etre magistrat dans la cité, entre légitimes attentes et tentations démagogiques, Les cahiers de la justice, revue de l'Ecole nationale de la magistrature*, Printemps 2007, pp. 223 et s.
- > RANOUIL (P-C.), « L'intime conviction », in *Les destinées du jury criminel*, textes réunis et présentés par MARTINAGE (R.), ROYER (J-P.), *L'espace juridique*, 1990, p. 85.
- > RAYNAUD (P.), « Le juge, la politique et la philosophie », in *La Pensée politique*, 1993, n°1, p. 110.
- > RAYNAUD (P.), « Le juge et la communauté », *Le Débat*, n° 74, Mars-avril, 1993, pp. 144 et s.
- > REBUT, « Le droit à un tribunal impartial devant la Chambre criminelle », *Revue sciences criminelles*, 1998, p. 449.
- > RENARD-PAYEN (O.), ROBINEAU (Y.), « La responsabilité de l'Etat pour faute du fait du fonctionnement défectueux du service public de la justice judiciaire et administrative », in *Cour de cassation, La responsabilité, Rapport annuel 2002*, Paris, La documentation française, 2003, 2^{ème} partie, études sur le thème de la responsabilité, pp. 59 et s.
- > RENOUX (T. S.), « La liberté des juges », in *Les juges, Pouvoirs*, 1995, n°74, p. 62.

- > RENUCCI (J-F.), « L'expertise pénale et la Convention Européenne pour la Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales (C.E.D.H.) », *J.C.P., G.*, 10 mai 2000, n°19, pp. 850-856.
- > RIALS (S.), « Ouverture, L'office du juge », in *La fonction de juger, Droits*, Paris, P.U.F., 1989, n°9, pp. 3-20.
- > ROBERT (E.), « De la procédure suivie, avant et après désignation par la chambre criminelle, en cas de crimes ou délits commis par des magistrats et certains fonctionnaires », *D.*, 1979, chronique, p. 271.
- > ROBERT (J.), « De l'indépendance des juges », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1988, pp. 3 et s.
- > ROBERT (J-H.), « Fais ton intéressant », *Droit pénal*, n° 11, Novembre 2006, repère n°10.
- > ROBERT (J.), « Le juge unique, le pouvoir judiciaire et les droits individuels », *Le monde*, 15 juillet 1975.
- > ROBERT, (J-H.), « Les techniques biomédicales en face du droit pénal », *Archives de philosophie du droit*, « Droit et science », Tome 36, 1991, pp. 71 et s.
- > RODRIGUEZ IGLESIAS (G. C.), « Le juge face à lui-même », in *BADINTER (R.), BREYER (S.), Les entretiens de Provence, Le juge dans la société contemporaine*, Paris, Fayard, publications de la Sorbonne, 2003, pp. 329-379.
- > RORTY (A.), « Explaining emotions », in *RORTY (A.O.), Explaining Emotions*, Berkeley and L.A., University of California Press, 1980, pp. 103-126.
- > ROUMIER (W.), « La collégialité de l'instruction est différée au 1^{er} septembre 2014 », *Droit pénal*, n° 9, Septembre 2013, alerte n°44.
- > ROSANVALLON (P.), « Comment définir les demandes d'impartialité et de proximité exprimées par les citoyens aujourd'hui, comment se redessine la légitimité démocratique ? », *Actes du débat national sur la justice du 21^e siècle ouvert le 10 janvier 2014*, pp. 26-30.
- > ROSENTHAL (R.), « L'influence de l'expérimentateur sur les résultats dans la recherche en psychologie », in *LEMAINE (G.) et LEMAINÉ (J-M.), Psychologie sociale et expérimentation*, Paris, Mouton Bordas, 1969, pp. 291 et s.
- > SALAS (D.), « Approche de l'éthique professionnelle du juge des enfants », in *Revue juridique d'Ile-de-France*, 1994, n°31, pp. 45-50.
- > SALAS (D.), « Juger en démocratie », in *La Cour d'Assises. Bilan d'un héritage démocratique, Actes du colloque*, Paris, La documentation française, 2001, pp. 7-21.

- > SALAS (D.), « Le moment singulier du jugement », *Droit et cultures*, n°28, 1994, pp. 93-95.
- > SARGOS (P.), « Le juge des référés peut-il connaître de l'appel dirigé contre le jugement sur le fond ? », commentaire à propos de l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 6 novembre 1998, *J.C.P., G.*, 02 décembre 1998, II, n° 49, 10198, pp. 2117-2123.
- > SARKOZY (N.), Ministre d'Etat, Ministre de l'Intérieur et de l'Aménagement du territoire, interview, « A propos de la responsabilité des magistrats », *Dalloz*, 2005, n° 29, p. 1956.
- > SAUVE (J-M.), « Un juge indépendant et impartial », in *La conscience des droits, Mélanges en l'honneur de Jean-Paul COSTA*, Paris, Dalloz, 2011, pp. 539 et s.
- > SAUVE (J-M.), « Pour une nouvelle déontologie de la vie publique, à propos du rapport de la Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêt dans la vie publique », in *Les mouvements du droit face aux conflits d'intérêts*, *J.C.P., G.*, supplément au n° 52, 26 décembre 2011, pp. 12 et s.
- > SAUVE (J-M.), « Quelle déontologie pour les hauts fonctionnaires ? », *intervention à l'Ecole nationale d'administration*, mercredi 27 mars 2013, p. 4.
- > SEVE (R.), « Doubter c'est décider : nature et caractère constructif du doute », in *Le doute et le droit*, Paris, Dalloz, 1994, p. 122.
- > SOHIER (J.), « Responsabilité sans faute du pouvoir judiciaire », *actes du colloque interuniversitaire des 14-15 mars 1991 par la faculté de droit de l'Université catholique de Louvain et de la faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles*, Bruxelles, Bruylant, 1991, pp. 383-411.
- > SOLOMON (R.), « Emotions and Choice », in *RORTY (A.O.), Explaining Emotions*, Berkeley and L.A., University of California Press, 1980, pp. 251-282.
- > SOSOE (L.), « Action rationnelle et action morale. Le problème de Henry SIDGWICK et des Modernes », in *Les limites de la rationalité, Tome 1, Rationalité, éthique et cognition, colloque de Cerisy, sous la direction de DUPUY (J-P.) et LIVET (P.)*, Paris, La découverte, 1997, pp. 371-396.
- > SOULARD (T.), « Réflexion sur la notion d'intime conviction, genèse et portée de l'article 353 du Code de procédure pénale », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 01 septembre 2004, n°3, pp. 555-578.
- > SOULEZ- LARIVIERE (D.), « Psychologie du magistrat, institution judiciaire et fantasmes collectifs », *Pouvoirs*, 1995, n° 74, pp. 41-54.

- > STRICKLER (Y.), « Après la crise de l'affaire OUTREAU : l'émotion et la procédure pénale », *Petites affiches*, 14 décembre 2006, n°249, p. 7.
- > Syndicat de la magistrature, « La jurisprudence disciplinaire des magistrats de l'ordre judiciaire », in *Justice, revue du Syndicat de la magistrature*, mars 1995, n°144, pp. 5 et s.
- > SZEKERES (C.), « La psychologie judiciaire et l'intime conviction du juge », *Revue internationale de droit pénal*, 1975, p. 155.
- > TERRE (F.), « Synthèse », in *Le doute et le droit*, Paris, Dalloz, 1994, pp. 1- 12.
- > TEXIER (P.), « Jalons pour une histoire de la motivation des sentences », in *La motivation, journées nationales, actes du colloque, Limoges, 1998, Travaux de l'association Henri CAPITANT des amis de la culture juridique française*, tome 3, 1998, Paris, L.G.D.J., 2000, pp. 5 et s.
- > THEVENOT (L.), « Emotions et évaluations dans les coordinations publiques », in *PAPERMAN (P.) et OGIEN (R.), La couleur des pensées. Sentiments, émotions, intentions, série Raisons pratiques*, n°6, Paris, ed. de l'E.H.E.S.S., 1995, pp. 145-174.
- > THEVENOT (L.), « L'action qui convient », in *PHARO (P.), QUERE (L.), Les formes de l'action, Raisons pratiques*, Paris, E.H.E.S.S., 1990, pp. 39-69.
- > THEVENOT (L.), « Jugements ordinaires et jugement de droit », *Annales Economies, sociétés, civilisation*, 1992, vol. 47, n°6, pp. 1279-1299.
- > THEVENOT (L.), « Rationalité ou normes sociales : une opposition dépassée ? », in *GERARD-VARET (L.-A), PASSERON (J.-C.), Le modèle et l'enquête, les usages du principe de rationalité dans les sciences sociales*, Paris, E.H.E.S.S, 1995, pp.149-181.
- > THOUZELLIER (B.), « Les affaires dans la presse : traitement et dérives », *Légicom*, 2005, n°33, pp. 6-13.
- > TRUCHE (P.), « Le doute sur le fait ou le problème de la preuve », in *Le doute et le droit*, Paris, Dalloz, 1994, pp. 43 et s.
- > TRUCHE (P.), « Eléments pour une réforme en perspective du service public de la justice », in *Le service public de la justice*, Paris, Odile Jacob, 1998, pp. 175 et s.
- > VAN COMPERNOLLE (J.), « Evolution et assouplissement de la notion d'impartialité objective », *R.T.D.H.*, 1994, pp. 437 et s.
- > VAN COMPERNOLLE (J.), « Considérations sur la responsabilité de l'Etat du fait du fonctionnement defectueux de la justice en droit belge », in *La responsabilité des gens de justice, Justices*, 1997, n°5, pp. 49 et s.

- > VINEY (G.), « Rapport de synthèse », in *La responsabilité, aspects nouveaux, journées panaméennes, Travaux de l'association Henri CAPITANT des amis de la culture juridique française*, tome 50, 1999, Paris, L.G.D.J., 2003, pp. 1 et s.
- > VITU (A.), « La récusation en matière pénale » in *Mélanges dédiés à Jean VINCENT*, Paris, Dalloz, 1981, pp. 427-443.
- > VIVIER (J.-L.), « L'intime conviction », *Affiches parisiennes*, 27 mars 1999, n°37, p. 1.
- > WIEDERKEHR (G.), « La responsabilité de l'Etat et des magistrats du fait de la justice », *Justices*, n° 5, janvier-Mars, 1997, pp. 13-24.
- > ZAPPALA (E.), « Présomption d'innocence, entre « intime conviction » et « beyond responsible doubt » », in *Mélanges offerts à GASSIN (R.)*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2007, pp. 345-348.
- > ZAVARRO (M.), « Les juges, responsables devant la société », *Justice, journal du Syndicat de la magistrature*, n° 94, mars 1983, p. 29.
- > ZIROTTI (J.-P.), « Sociologie de l'action et émotions, Les émotions dans l'expérience du déni de citoyenneté chez les jeunes de banlieue », in *L'affectivité : perspectives interdisciplinaires*, NOESIS, n°16, 2010, pp. 47-62.

IV. Cours

- > DEBUYST (C.), « IIème cours international de criminologie de Paris », 1953, cité par le Rapport d'information Assemblée nationale, n°1718, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 7 juillet 2004, déposé par la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, en conclusion des travaux d'une mission d'information constituée le 4 mars 2004 sur le traitement de la récidive des infractions pénales, p. 45 ; également cité in BURGELIN (J.-F.), *Santé, justice, et dangers : pour une meilleure prévention de la récidive, Rapport de la Commission Santé-Justice*, Ministère de la justice, 6 juillet 2005, p. 10.
- > DELEUZE (G.), Cours, Vincennes – St. Denis, la taverne, 24 février 1987.

V. Communiqués de presse

- > Syndicat de la magistrature, Communiqué de presse, 27 novembre 2012.
- > TAUBIRA (C.), *Protection des magistrats*, Communiqué de presse du ministre de la Justice, 28 novembre 2012.

VI. Rapports de Commissions et missions de réflexion, rapports législatifs, rapports de Commissions d'enquêtes parlementaires, notes informatives, consultations.

- > AUTIN (S.), BUSSIERE (C.), *Rapport de la Commission de réflexion sur l'expertise*, Ministère de la justice et des libertés, mars 2011, 56 p.
- > BERNABE (B.), GARAPON (A.), KADRI (C.), PERDRIOLLE (S.), *La prudence et l'autorité, l'office du juge au XXI^e siècle, Rapport de la mission de réflexion confiée par Madame TAUBIRA (C.), Garde des Sceaux, à l'Institut des hautes études sur la justice, sur l'évolution de l'office du juge et son périmètre d'intervention, rapport de l'I.H.E.J.*, mai 2013, 218 p.
- > BURGELIN (J.-F.), *Santé, justice, et dangers : pour une meilleure prévention de la récidive, Rapport de la Commission Santé-Justice*, Ministère de la justice, 6 juillet 2005, 193 p.
- > CABANNES (J.), *Rapport de la Commission de réflexion sur l'éthique dans la magistrature*, remis au Garde des sceaux le 27 novembre 2003, 48 p.
- > CANIVET (G.), *Amélioration du contrôle extérieur des établissements pénitentiaires, Rapport de la Commission à Madame le Garde des Sceaux, juillet 1999*, Paris, La Documentation française, décembre 2000, 229 pages.
- > Commission nationale consultative des droits de l'Homme, *Avis sur l'indépendance de la justice*, *J.O.R.F.* n° 0176, du 31 juillet 2013, Assemblée plénière du 27 juin 2013.
- > Directeur des services judiciaires du ministère de la justice, note du 18 février 2004 adressée au C.S.M., in *C.S.M., avis du 11 mars 2004*.
- > FENECH (G.), *Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi n° 442 relatif à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 12 décembre 2007, n° 497.

- > FLOCH (J.), *Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur le projet de loi organique, adopté par le Sénat, relatif au statut des magistrats*, Assemblée nationale, 10 janvier 2001, n° 2857.
- > GUINCHARD (S.), *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée, Rapport de la Commission sur la répartition des contentieux*, présidée par GUINCHARD (S.), Paris, La documentation française, 2008, 342 p.
- > HYEST (J.-J.), *Rapport d'information fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale, par le groupe de travail sur les conflits d'intérêts, présidé par HYEST (J.-J.)*, enregistré à la Présidence du Sénat le 12 mai 2011, publié le 26 mai 2011, n° 518, 2010-2011.
- > SAUVE (J.-M.), MAGENDIE (J.-C.), MIGAUD (D.), *Pour une nouvelle déontologie de la vie publique, Rapport de la Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêt dans la vie publique*, présidée par SAUVE (J.-M.), remis au président de la République le 26 janvier 2011, Paris, La documentation française, 2011, 154 p.
- > Syndicat de la magistrature, « Observations du Syndicat de la magistrature sur le projet d'adaptation des règles statutaires applicables aux magistrats », Paris, 4 octobre 2010, 6 p.
- > TRUCHE (P.), *Rapport de la Commission de réflexion sur la Justice présidée par TRUCHE (P.), au Président de la République*, Paris, La Documentation française, 1997, 2 vol., 92 p. et 414 p.
- > VALLINI (A.), *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, présidée par VALLINI (A.)*, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 6 juin 2006, n° 3125.

VII. Sondages, enquêtes :

- > Enquête d'activité réalisée auprès des experts judiciaires français couvrant la période de septembre 1999 à août 2000 et répétée en 2001 sur les mêmes mois, *in Experts*, n°55, juin 2002, pp. 29-32.
- > Enquête réalisée par l'institut I.P.S.O.S., *Opinions des Français sur la justice 2013*, en novembre 2013, Sous-Direction de la Statistique et des Etudes, Secrétariat Général, Ministère de la justice, *infostat justice*, janvier 2014, n°125.

- > Institut Louis Harris, Mission recherche « droit et justice », *Enquête de satisfaction auprès des usagers de la justice*, France, Ministère de la justice, date de remise, mai 2001.
- > Sondage BVA pour Le Parisien Dimanche, réalisé auprès d'un échantillon représentatif de la population française âgée de 18 ans et plus, selon la méthode des quotas, de 981 Français recrutés par téléphone et interrogés par Internet les 13 et 14 février 2014.
- > Sondage I.F.O.P. pour le Conseil Supérieur de la Magistrature, *Les français, les magistrats et la déontologie*, réalisé le 30 mai 2008, in *C.S.M., Rapport annuel d'activité 2007*, Paris, La documentation française, pp. 143 et s.
- > Sondage I.F.O.P. pour le Conseil Supérieur de la Magistrature, *Les magistrats et la déontologie*, 23 juillet 2008, in *C.S.M., Rapport annuel d'activité 2008*, Paris, La documentation française, 2009, pp. 95 et s.
- > Sondage I.F.O.P. pour le Conseil Supérieur de la Magistrature, *Le regard des Français et des magistrats sur la Justice et la déontologie*, *Les français, les magistrats et la déontologie*, octobre 2008, 44 p.
- > Sondage *Démographie et droit : enquête quantitative*, Montréal, Centre de recherche en droit public, juin 2001.

VIII. Ressources électroniques et audio-visuelles

Sites internet :

- > www.assemblee-nationale.fr
- > www.conseilconstitutionnel.fr
- > www.conseil-superieur-magistrature.fr
- > www.justice.gouv.fr
- > www.ohchr.org/FR/Pages/WelcomePage.aspx

Films et documentaires :

- > BURKEL (R.), *Intime conviction*, Maha productions, Arte, 14 février 2014, 20h50.
- > DEPARDON (R.), *Xème chambre, instants d'audience*, coproduction Palmeraie et désert, France 2 cinéma, 2004.
- > HULEU (C.), VATTIER (Y.), *Outreau, Le juge et la menteuse*, in *Faites entrer l'accusé*, France2, mercredi 30 janvier 2008, 20h50.

- > De LESTRADE (T. V.), VITAL-DURAND (B.), *Justice sous tutelle*, Documentaire en partenariat avec Canal + et Planète justice, première diffusion le 16 novembre 2009 sur Canal+.
- > LUMET (S.), ROSE (R.), *Douze hommes en colère*, 1 janvier 1957, Etats-Unis.
- > PIGHETTI (O.), *Ténors du barreau*, Piments Pourpres Productions, France 2, 08 janvier 2009, 22h30.

Documents radiophoniques :

- > France culture, *Emission Le Bien commun*, « Doute et subjectivité du juge, Quelle est la place du doute et celle de la subjectivité dans le métier de juge ? », 02 juillet 2011, 13:30, présentée par A. GARAPON, invité Roland CUER, magistrat.

IX. Sources supranationales :

Textes et principes de référence :

- > Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789.
- > Déclaration universelle des droits de l'Homme proclamée en 1948 par l'Assemblée générale des Nations-Unies.
- > Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales signée à Rome le 4 novembre 1950.
- > Pacte international de New York du 16 décembre 1966, relatif aux droits civils et politiques.
- > Ensemble de règles minima des Nations Unies concernant l'administration de la justice pour mineurs (Règles de Beijing), adopté par l'Assemblée générale de Nations Unies dans sa résolution 40/33 du 29 novembre 1985.
- > Principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature adoptés par le septième congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants tenu à Milan du 26 août au 6 septembre 1985 et confirmés par l'Assemblée générale dans ses résolutions 40/32 du 29 novembre 1985 et 40/146 du 13 décembre 1985.
- > Principes directeurs applicables au rôle des magistrats du parquet adoptés par le huitième congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants qui s'est tenu à La Havane du 27 août au 7 septembre 1990.

- > Charte européenne sur le statut des juges adoptée à Strasbourg, le 10 juillet 1998 dans le cadre de la réunion multilatérale sur le statut des juges en Europe organisée par le Conseil de l'Europe les 8-10 juillet 1998.
- > Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne adoptée à Nice le 7 décembre 2000.

Rapports, Communications, Recommandations et avis émis par des instances supranationales :

Commission des communautés européennes :

- > Commission européenne, communication du 2 février 2000 sur le recours au principe de précaution.

Commission européenne des droits de l'Homme:

- > Commission européenne des droits de l'Homme, rapport du 15 octobre 1991, requête n° 14396/88 du 10 novembre 1988.

Conseil de l'Europe :

- > Recommandation n° R (94) 12 du Comité des Ministres aux Etats membres, sur l'indépendance, l'efficacité et le rôle des juges, du 13 octobre 1994.
- > Recommandation n° R (2000) 10 du Comité des Ministres aux Etats Membres sur les codes de conduite pour les agents publics, adoptée le 11 mai 2000.
- > Recommandation R. (2000) 19 du Comité des Ministres aux Etats membres, sur le rôle du ministère public dans le système de justice pénale, 6 octobre 2000.
- > Recommandation CM/Rec (2010) 12 du Comité des Ministres aux Etats membres, sur les juges : indépendance, efficacité et responsabilités, du 17 novembre 2010.

Conseil consultatif de juges européens :

- > Avis du Conseil consultatif de juges européens, n° 11 (2008) à l'attention du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur la qualité des décisions de justice.

X. Constitutions :

- > Constitution du 5 Fructidor An III (22 AOÛT 1795).
- > Constitution du 22 Frimaire An VIII (13 décembre 1799).
- > Constitution du 27 octobre 1946.
- > Constitution du 4 octobre 1958, *J.O.R.F.*, n° 0238 du 5 octobre 1958, p. 9151.

XI. Codes, Décrets, Lois, ordonnances :

Codes :

- > Ancien code de procédure civile
- > Ancien code pénal
- > Code civil
- > Code d'instruction criminelle
- > Code de justice administrative
- > Code de l'organisation judiciaire
- > Code de la justice militaire
- > Code de procédure pénale
- > Code des délits et des peines
- > Code des juridictions financières
- > Code monétaire et financier
- > Nouveau code de procédure civile
- > Nouveau Code pénal

Décrets :

- > Décret de l'Assemblée constituante du 1^{er} octobre 1789.
- > Décret du 26 juin 1793 portant que les juges opineront à haute voix et en public.
- > Décret LOUVET des 13-19 octobre 1793.
- > Décret du 16 mars 1808.
- > Décret n° 3245 du 30 mars 1808, contenant Règlement pour la police et la discipline des Cours et Tribunaux.
- > Décret SARRIEN du 18 août 1906.

- > Décret-loi de 1926.
- > Décret du 21 juillet 1927 portant règlement d'administration publique sur l'avancement des magistrats.
- > Décret du 28 mars 1934.
- > Décret du 10 février 1941.
- > Décret du 29 septembre 1941, *J.O.* du 30 septembre 41.
- > Décret n° 72-355, du 4 mai 1972, relatif à l'Ecole nationale de la magistrature.
- > Décret n° 74-1184 du 31 décembre 1974 relatif aux experts judiciaires.
- > Décret n° 92-413 du 30 avril 1992 portant statut particulier des greffiers en chef des services judiciaires.
- > Décret n° 92-414 du 30 avril 1992 portant statut particulier des greffiers des services judiciaires.
- > Décret n° 93-21 du 7 janvier 1993 pris pour l'application de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 modifiée portant loi organique relative au statut de la magistrature.
- > Décret n° 2003-466 du 30 mai 2003, *J.O.R.F.* 31 mai 2003.
- > Décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 relatif à la procédure civile, à certaines procédures d'exécution et à la procédure de changement de nom, entré en vigueur, le 1^{er} mars 2006.
- > Décret n° 2007-759, 10 mai 2007, portant partie réglementaire du code de justice militaire, *J.O.*, 11 Mai 2007.
- > Décret n° 2008-818 du 21 août 2008 modifiant le décret n° 93-21 du 7 janvier 1993 pris pour l'application de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.
- > Décret n° 2008-293 du 2 septembre 2008, *J.O.*, 5 Septembre 2008.
- > Décret n° 2008-1551 du 31 décembre 2008, *J.O.*, n°0001, 1^{er} janvier 2009, p. 70, texte n°45, relatif à l'Ecole nationale de la magistrature, modifiant le décret n° 72-355 du 4 mai 1972 relatif à l'E.N.M. et l'arrêté du 31 décembre 2008 relatif aux modalités d'organisation, règles de discipline, programme, déroulement et correction des épreuves des trois concours d'accès à l'Ecole nationale de la magistrature.
- > Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage.

Lois constitutionnelles :

- > Loi constitutionnelle n° 93-952 du 27 juillet 1993 portant révision de la Constitution du 4 octobre 1958 et modifiant ses titres VIII, IX, X et XVI.
- > Loi constitutionnelle n° 2008-724, du 23 juillet 2008, de modernisation des institutions de la Vème République, *J.O.R.F.*, 24 juillet 2008.

Actes constitutionnels :

- > Acte constitutionnel n°7 du 27 janvier 1941.

Lois organiques :

- > Loi organique n° 79-43 du 18 janvier 1979.
- > L.O. n° 92-189 du 25 février 1992, modifiant l'ord. n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant L.O. relative au statut de la magistrature.
- > L.O. n° 93-1252 du 23 novembre 1993.
- > L.O. n° 94-100 du 5 février 1994 sur le Conseil supérieur de la magistrature.
- > L.O. n° 94-101 du 5 février 1994 modifiant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 relative au statut de la magistrature.
- > L.O. n° 2001-539 du 25 juin 2001 relative au statut des magistrats et au Conseil supérieur de la magistrature.
- > Loi organique n° 2004-192 du 17 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française
- > L.O. n° 2007-223 du 21 février 2007, *J.O.R.F.* 22 février 2007.
- > Loi organique n° 2007-287 du 5 mars 2007 relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats, *J.O.R.F.* n°55, 6 mars 2007, p. 4184.
- > L.O. n° 2010-830 du 22 juillet 2010 relative à l'application de l'article 65 de la Constitution.
- > L.O. n° 2010-1341 du 10 novembre 2010 relative à la limite d'âge des magistrats de l'ordre judiciaire.
- > Loi organique n° 2012-208 du 13 février 2012, *J.O.R.F.* n° 0038 du 14 février 2012, p. 2521.
- > Loi organique n° 2013-906 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, *J.O.R.F.*, 12 octobre 2013.
- > L.O. n° 2013-1115 du 6 décembre 2013 relative au procureur de la République financier entré en fonction le 1^{er} février 2014, *J.O.R.F.* n° 0284 du 7 décembre 2013, p. 19939.

- > Loi organique n° 2014-1392 du 24 novembre 2014 portant application de l'article 68 de la Constitution, *J.O.R.F.*, n° 0272, du 25 novembre 2014, p. 19697.

Lois :

- > Lois des 16 et 24 août 1790 sur l'organisation judiciaire.
- > Loi des 2 et 17 mars 1791.
- > Loi n° 5351 du 20 avril 1810 sur l'Organisation de l'ordre judiciaire et l'administration de la Justice.
- > Loi des 17 et 31 juillet 1856, qui modifie plusieurs dispositions du code d'instruction criminelle, *bull.* n° 3877, *D.* 1856, 4^e partie, p. 123.
- > Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, *J.O.R.F.* du 30 juillet 1881, p. 4201.
- > Loi du 30 août 1883 sur la réforme de l'organisation judiciaire.
- > Loi du 30 novembre 1892 sur l'exercice de la médecine.
- > Loi du 8 juin 1895 sur la revision des procès criminels et correctionnels et sur les indemnités aux victimes d'erreurs judiciaires.
- > Loi des 8-10 décembre 1897.
- > Loi du 28 avril 1919 relative à l'organisation judiciaire, aux traitements, au recrutement et à l'avancement des magistrats, *J.O.R.F.* du 30 avril 1919, p. 4478.
- > Loi du 16 juillet 1930 sur l'organisation des tribunaux de première instance.
- > Loi n° 48-1286 du 18 août 1948, abrogeant l'ord. du 13 janvier 1945 fixant la composition des tribunaux de première instance, *J.O.R.F.*, 19 août 1948, p. 8148.
- > Loi n° 54-1218 du 6 décembre 1954 complétant l'article 39 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse en vue d'interdire la photographie, la radiodiffusion et la télévision des débats judiciaires, *J.O.R.F.* du 8 décembre 1954, p. 11445.
- > Loi n° 71-498 du 29 juin 1971 relative aux experts judiciaires.
- > Loi n° 72-626 du 5 juillet 1972.
- > Loi n° 72-1226 du 29 décembre 1972 simplifiant et complétant certaines dispositions relatives à la procédure pénale, aux peines et à leur exécution, *J.O.R.F.* du 30 décembre 1972, p.13783.
- > Loi n° 75-701 du 6 août 1975, *J.O.R.F.*, 7 août 1975, en vigueur le 1^{er} janvier 1976.
- > Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, *J.O.R.F.* du 14 juillet 1983, p. 2174.

- > Loi n° 85-1303 du 10 décembre 1985, portant réforme de la procédure d'instruction en matière pénale, *J.O.* du 11 Décembre 1985, p. 14391.
- > Loi n° 87-1062, du 30 décembre 1987, relative aux garanties individuelles en matière de placement en détention provisoire ou sous contrôle judiciaire et portant modification du code de procédure pénale, *J.O.* du 31 Décembre 1987, p. 15546.
- > Loi n° 93-2 du 4 janvier 1993, portant réforme de la procédure pénale, *J.O.* du 5 janvier 1993, p. 215.
- > Loi n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs, *J.O.R.F.*, n°0139 du 18 juin 1998, p. 9255.
- > Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité, *J.O.R.F.*, n° 265, du 16 novembre 1999, p. 16959, texte n° 1.
- > Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000, renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, *J.O.R.F.*, 16 juin 2000.
- > Loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels, *J.O.R.F.*, n°159, 11 juillet 2000, p. 10484.
- > Loi n° 2004-130 du 11 février 2004 réformant le statut de certaines professions judiciaires ou juridiques, des experts judiciaires, des conseils en propriété industrielle et des experts en ventes aux enchères publiques ; décret d'application du 23 décembre 2004.
- > Loi PERBEN II, n° 2004-204, du 9 mars 2004, portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, *J.O.*, 10 Mars 2004.
- > Loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales.
- > Loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale, *J.O.R.F.* n° 55, 6 Mars 2007, p. 4206 et *J.O.R.F.* n° 88, 14 avril 2007, p. 6818 (rectificatif).
- > Loi n°2007-1787 du 20 décembre 2007, relative à la simplification du droit, *J.O.R.F.*, n°0296, du 21 décembre 2007, p. 20639.
- > Loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire, *J.O.R.F.*, n° 0273, du 25 novembre 2009, p. 20192.
- > Loi n° 2010-1609 du 22 décembre 2010 relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées et aux experts judiciaires.
- > Loi n° 2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs, *J.O.R.F.*, n° 0185 du 11 août 2011, p. 13744.

- > Loi n° 2011-1940 du 26 décembre 2011, visant à instaurer un service citoyen pour les mineurs délinquants, *J.O.*, 27 décembre 2011, p. 22275 (art. 5).
- > Loi n° 2013-669 du 25 juillet 2013 relative aux attributions du Garde des sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et de mise en œuvre de l'action publique, *J.O.R.F.* n° 0172 du 26 juillet 2013, p. 12441.
- > Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, *J.O.R.F.*, 12 octobre 2013.
- > Loi n° 2013-1278 du 29 décembre 2013, de Finances pour 2014, *J.O.R.F.*, n° 0303, du 30 décembre 2013, p. 21829.
- > Loi n° 2014-896 du 15 août 2014, relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales *J.O.R.F.*, n° 0189, 17 août 2014, p. 13647.

Ordonnances :

- > Ordonnance du 2 mars 1334.
- > Ordonnance du 3 juillet 1453.
- > Ordonnance du 19 novembre 1823.
- > Ordonnance n° 45-54, du 13 janvier 1945, *J.O.R.F.* du 14 janvier 1945, p. 190.
- > Ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante.
- > Ordonnance du 15 avril 1945.
- > Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, *J.O.*, 23 décembre 1958.
- > Ord. n° 59-1 du 2 janvier 1959 portant loi organique sur la Haute Cour de justice.
- > Ordonnance n° 60-529 du 4 juin 1960 modifiant certaines dispositions du code pénal, du code de procédure pénale et des codes de justice militaire pour l'armée de terre et pour l'armée de mer en vue de faciliter le maintien de l'ordre, de la sauvegarde de l'Etat et la pacification de l'Algérie, *J.O.R.F.* du 8 juin 1960, p. 5107.
- > Ordonnance n° 2006-637 du 1^{er} juin 2006, portant refonte du code de justice militaire, *J.O.*, 2 Juin 2006.
- > Ord. n° 2006-673 du 8 juin 2006, portant refonte du code de l'organisation judiciaire et modifiant le code de commerce, le code rural et le code de procédure pénale, *J.O.R.F.*, n°132, du 9 juin 2006, p. 8710.

XII. Etudes d'impact, Projets de lois :

Etudes d'impact :

- > Etude d'impact, 23 avril 2013, dans le cadre du projet de loi organique relatif à la transparence de la vie publique.
- > Etude d'impact, 24 avril 2013, dans le cadre du projet de loi relatif à la transparence de la vie publique.
- > Etude d'impact relative au projet de loi organique relatif au renforcement des obligations déontologiques des magistrats de l'ordre judiciaire, 22 juillet 2013.

Projets de lois :

- > Projet de loi n° 2938, 26 juin 1996, portant réforme de la procédure criminelle.
- > Projet de loi relatif à la déontologie et à la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, n° 3704, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 27 juillet 2011.
- > Projet de loi constitutionnelle portant réforme du Conseil supérieur de la magistrature, n° 815, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 14 mars 2013.
- > Projet de loi organique n° 1004, relatif à la transparence de la vie publique, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 24 avril 2013, texte adopté, n° 209, le 17 septembre 2013.
- > Projet de loi n° 1005, relatif à la transparence de la vie publique, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 24 avril 2013, texte adopté, n° 208, le 17 septembre 2013.
- > Projet de loi organique n° 1321, relatif au renforcement des obligations déontologiques des magistrats de l'ordre judiciaire, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 24 juillet 2013.
- > Projet de loi relatif à la collégialité de l'instruction, n° 1323, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 24 juillet 2013.
- > Projet de loi relatif à la prévention de la récidive et à l'individualisation des peines, n° 1413, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 9 octobre 2013.

XIII. Arrêtés ministériels, Circulaires, Lettres de missions du Garde des sceaux :

Arrêtés ministériels :

- > Ministère de la Justice, arrêté du 24 mars 2014 portant ouverture au titre de l'année 2014 de concours de recrutement de magistrats du second et du premier grade de la hiérarchie judiciaire prévu par l'article 21-1 de l'ordonnance n° 58-1270, du 22 décembre 1958 modifiée portant loi organique relative au statut de la magistrature.

Circulaires :

- > Circulaire de la Chancellerie du 16 août 1848.

Lettres de missions du Garde des sceaux :

- > Ministre de la Justice et des libertés, Lettre de mission du 25 mai 2010, mettant en place un groupe de réflexion sur l'expertise, in *Rapport de la Commission de réflexion sur l'expertise*, Ministère de la justice et des libertés, mars 2011, pp. 46-47.

XIV. Jurisprudence

Cour E.D.H. :

- > Cour E.D.H., *GOLDER c/ Royaume-Uni*, 21 février 1975, Requête n°4451/70.
- > Cour E.D.H., *LE COMPTE, VAN LEUVEN et DE MEYERE c/ Belgique*, 23 juin 1981, Requête n° 6878/75, 7238/75.
- > Cour E.D.H., *PIERSACK c/ Belgique* 1er octobre 1982, Requête n° 8692/79.
- > Cour E.D.H., *OZTURK c/ R.F.A.*, 21 février 1984, *R.S.C.*, 1984, p. 560.
- > Cour E.D.H., *CAMPBELL et FELL c/ Royaume-Uni*, 28 juin 1984, Requête n° 7819/77, 7878/77.
- > Cour E.D.H., *SRAMEK c/ Autriche*, 22 octobre 1984, Requête n° 8790/79.
- > Cour E.D.H., *DE CUBBER c/ Belgique*, 26 octobre 1984, Requête n° 9186/80.
- > Cour E.D.H., *BÖNISCH c/ Autriche*, 6 mai 1985, Requête n°8658/79.
- > Cour E.D.H., *BELILOS c/ Suisse*, 29 avril 1988, Requête n° 10328/83.
- > Cour E.D.H., *SALABIAKU c/ France*, 7 octobre 1988, requête n° 10519/83.
- > Cour E.D.H., *HAUSCHILDT c/ Danemark*, 24 mai 1989, Requête n° 10486/83.

- > Cour E.D.H., LANGBORGER c/ Suède, 22 juin 1989, Requête n° 11179/84.
- > Cour E.D.H., HAKANSSON et STURESSON c/ Suède, 21 février 1990, Requête n°11855/85.
- > Cour E.D.H., HUBER c/ Suisse, 23 octobre 1990, Requête n°12794/87.
- > Cour E.D.H., BRANDSTETTER c/ Autriche, 28 août 1991, Requêtes n°11170/84; 12876/87; 13468/87.
- > Cour E.D.H., SAINTE-MARIE c/ France, 16 décembre 1992, Requête n°12981/87.
- > Cour E.D.H., FEY c/ Autriche, 24 février 1993, Requête n° 14396/88.
- > Cour E.D.H., BILLI c/ Italie, 26 février 1993, série A, n° 257-G.
- > Cour E.D.H., RUIZ MATEO c/ Espagne, 23 juin 1993, Requête n° 12952/87.
- > Cour E.D.H., BULUT c/ Autriche, 22 février 1996, Requête n°17358/90.
- > Cour E.D.H., REMLI c/ France, 23 avril 1996, *Gazette du Palais*, 1997, II, p. 459.
- > Cour E.D.H., THOMANN c/ Suisse, 10 juin 1996, affaire n°17602/91.
- > Cour E.D.H., De HAES et GIJSELS c/ Belgique, 24 février 1997, Requête n° 19983/92.
- > Cour E.D.H., MANTOVANELLI c/ France, 18 mars 1997, Requête n°21497/13.
- > Cour E.D.H., WORM c/ Autriche, 29 août 1997, Requête n° 22714/93.
- > Cour E.D.H., MOREL c/ Fce., 6 juin 2000, Requête n° 34130/96.
- > Cour E.D.H., ROJAS MORALES c/ Italie, 16 novembre 2000, Requête n° 39676/98.
- > Cour E.D.H., G. B. c/ France, 2 octobre 2001, Requête n° 44069/98.
- > Cour E.D.H., FILIPPINI c/ Saint-Marin, 26 août 2003, Requête n° 10526/02.
- > Cour E.D.H., éditions Plon c/ France, 18 août 2004, Requête n°58148/00.
- > Cour E.D.H., VON HANNOVER c/ Allemagne, 24 septembre 2004, Requête n° 59320/00.
- > Cour E.D.H., KYPRIANOU c/ CHYPRE, 15 décembre 2005, Requête n° 73797/01.
- > Cour E.D.H., BAUCHER c/ France, 24 juillet 2007, Requête no 53640/00.
- > Cour E.D.H., DUBUS S.A. c/ France, 11 juin 2009, Requête n° 5242/04.
- > Cour E.D.H., Grande chambre, MEDVEDYEV ET AUTRES c/ France, 29 mars 2010, Requête n° 3394/03.
- > Cour E.D.H., Grande chambre, TAXQUET c/ Belgique, 16 novembre 2010, Requête n° 926/05.
- > Cour E.D.H., MOULIN c/ France, 23 novembre 2010, Requête n°37104/06.
- > Cour E.D.H., AGNELET c/ France, 10 janvier 2013, Requête n° 61198/08.
- > Cour E.D.H., CASTELLINO c/ Belgique, 25 juillet 2013, Requête n° 504/08.

- > Cour E.D.H., HECHTERMANS c/ Belgique, 18 novembre 2014, Requête n° 56280/09.

Conseil constitutionnel :

- > Cons. cons., 26 janvier 1967, n° 67-31 DC.
- > Cons. cons., 16 juillet 1971, Liberté d'association, n° 71-44 DC.
- > Cons. cons., 15 janvier 1975, IVG I, n° 74-54 DC.
- > Cons. cons., 23 juillet 1975, *J.O.*, 24 juillet 1975, p. 7533.
- > Cons. cons., 20 janvier 1981, n° 80-127 DC, *J.C.P. G.*, 1981, n° 2, p. 19701.
- > Cons. cons., 29 septembre 1989, n° 89-268 DC.
- > Cons. cons., 20 janvier 1994, n° 93-334 DC.
- > Cons. cons., 2 février 1995, n° 95-360 DC, *J.O.* 7 février 1995, p. 2097.
- > Cons. cons., 16 juin 1999, n° 99-411 D.C., *J.O.* 19 juin 1999, p. 9018.
- > Cons. cons., 19 juin 2001, n° 2001-445 DC.
- > Cons. cons., 22 juillet 2005, n° 2005-520.
- > Cons. cons., 1^{er} mars 2007, n° 2007-551 D.C.
- > Cons. cons., 9 août 2007, n° 2007-554.
- > Cons. cons., 8 juillet 2011, n°2011-147, sur Q.P.C.
- > Cons. cons., 4 août 2011, n°2011-635 DC.
- > Cons. cons., 7 décembre 2012, n° 2012-286, Société Pyrénées services, sur Q.P.C., *J.O.* du 8 décembre 2012, p. 19279.

Conseil d'Etat :

- > C.E. section, 2 février 1968, n° 64712, ville de Lille, *Recueil des décisions du C.E., Lebon*, 1968, p. 89, pp. 1055 et 1056.
- > C.E., 1er juillet 1991, n° 77231, inédit.
- > C.E., 23 février 2000, Labor Métal et autres, *R.F.D.A*, 2000, p. 435, concl. SEBAN.
- > C.E., 20 octobre 2000, société Habib Bank Limited, *A.J.D.A.*, 2000, p. 1071.

Cour de cassation :

Assemblée plénière :

- > Cass. Ass. plénière, 12 janvier 1979, *bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Assemblée plénière*, n° 1, p. 1.

- > Cass. Ass. plén., 6 novembre 1998, pourvoi n° 94-17709, *D.*, 1999, *Juris.*, p. 1, *bull. Ass. plén.*, 1998, n° 5, p. 7 (BORD NA MONA).
- > Cass. Ass., plén., 6 novembre 1998, pourvoi n° 95-11006, *bull. Ass. plén.*, 1998, n° 4, p. 6, *J.C.P.*, 1998, II, p. 10128 (GUILLOTTEL).
- > Cass. Ass. plén., 5 février 1999, pourvoi n° 97-16440, *bull. Ass. plén.*, 1999, n° 1, p. 1.
- > Cass. Ass. plén., 24 novembre 2000, pourvoi n° 99-12412, *JurisData* n° 2000-007145, *bull. Ass. plén.*, 2000, n° 10, p. 17, *D.*, 2001, p. 1067.
- > Cass. Ass. plénière, 23 février 2001, pourvoi n° 99-16165, *bull. Ass. plén.*, 2001, n° 5, p. 10.
- > Cass. Ass. plén., 11 juin 2004, *bull. crim. Ass. plén.*, 2004, n° 1, p. 1.
- > Cass. Ass. plén., 15 juin 2012, n° 10-85.678, *JurisData* n° 2012-012907, *bull. crim. Ass. plén.*, juin 2012, n° 1, p. 1.

Chambres civiles :

- > Cass. civ., 9 décembre 1889, *D.P.*, 1890, I, p. 65.
- > Cass. civ., 29 janvier 1913, *D.P.*, 1915, I, p. 56.
- > Cass. 1^{ère} civ., 20 février 1973, pourvoi n° 72-PP001, *bull. civ.*, I, n° 67, p. 63.
- > Cass. 1^{ère} civ., 12 février 1985, pourvoi n° 83-16284, *bull. civ.*, 1985, I, n° 57, p. 56.
- > Cass. 1^{ère} civ., 10 mai 1995, pourvoi n° 93-17306, *bull. civ.*, 1995, I, n° 202, p. 144.
- > Cass. 1^{ère} civ., 28 avril 1998, n° 96-11.637, *JurisData* n° 1998-001864, *bull. civ.*, 1998, I, n° 155, p. 102.
- > Cass. 1^{ère} civ., 28 mars 2000, pourvoi n° 98-12806, *bull. civ.* 2000, I, n° 103 p. 69.
- > Cass. 2^e civ., 23 novembre 1956, *D.*, 1957, J., p. 34.
- > Cass. 2^e civ., 5 mars 1997, pourvoi n° 95-13362, inédit.
- > Cass. 2^e civ., 10 juin 1998, *J.C.P. G.*, 98, n° IV, p. 2746.

Chambre commerciale :

- > Cass. com., 16 octobre 2012, pourvoi n° 12-40061, 12-40062, 1085, inédit

Chambre criminelle :

- > Cass. crim., 8 octobre 1819, *bull. crim.*, 1819, Tome XXIV, n° 10, n° 110, p. 335.
- > C. cass., 13 septembre 1827, *D.*, 1827, I, p. 495.
- > Cass. crim., 17 octobre 1833, *bull. crim.*, 1833, n° 445, p. 555.

- > Cass. crim., 26 août 1842, *bull. crim.*, 1842, n° 221.
- > Cass. crim., 13 février 1846, *D.P.*, 1846, I, p. 153.
- > Cass. crim., 3 février 1865, *bull. crim.*, 1865, n° 24, p. 39.
- > Cass. crim., 24 décembre 1869, *bull. crim.*, 1869, n° 273.
- > Cass. crim., 18 août 1882, *bull. crim.*, 1882, n° 212, p. 360.
- > Cass. crim., 26 novembre 1897, *bull. crim.*, 1897, n° 376, p. 570.
- > Cass. crim., 19 septembre 1901, *D.P.*, 1902, I, p. 333.
- > Cass. crim., 18 juillet 1907, *bull. crim.*, 1907, n° 334.
- > Cass. crim., 15 novembre 1907, *bull. crim.*, 1907, n° 463, p. 733.
- > Cass. crim., 20 février 1908, *bull. crim.*, 1908, n° 72.
- > Cass. crim., 13 août 1908, *bull. crim.*, 1908, n° 356, p. 667.
- > Cass. crim., 30 mars 1931, *bull. crim.*, 1931, n° 101, p. 189.
- > Cass. crim., 22 juillet 1932, *bull. crim.*, 1932, n° 185, p. 350.
- > Cass. crim., 2 décembre 1932, *bull. crim.*, 1932, n° 248, p. 470.
- > Cass. crim., 23 mars 1934, *bull. crim.*, 1934, n° 67, p. 141.
- > Cass. crim., 2 août 1934, *D.H.*, 1934, p. 494.
- > Cass. crim., 21 mars 1935, *bull. crim.*, 1935, n° 35.
- > Cass. crim., 2 janvier 1936, *bull. crim.*, 1936, n° 2, p. 2.
- > Cass. crim., 18 septembre 1943, *bull. crim.*, 1943, n° 89, p. 129.
- > Cass. crim., 7 mars 1946, *bull. crim.*, 1946, n° 82, p. 120.
- > Cass. crim., 15 mai 1946, *bull. crim.*, 1946-1947, n° 120, p. 172.
- > Cass. crim., 29 janvier 1948, *bull. crim.*, 1948, n° 40, p. 57.
- > Cass. crim., 4 septembre 1948, *bull. crim.*, 1948, n° 235, p. 351.
- > Cass. crim., 4 août 1949, *bull. crim.*, 1949, n° 269, p. 429.
- > Cass. crim. 21 février 1952, *bull. crim.*, 1952, n°50, p. 82.
- > Cass. crim., 20 mars 1952, *bull. crim.*, 1952, n° 82, p. 137.
- > Cass. crim, 14 janvier 1953, *bull. crim.*, 1953, n°16, p. 25.
- > Cass. crim., 5 mai 1953, *bull. crim.*, 1953, n° 155, p. 268.
- > Cass. crim., 11 juillet 1957, *bull. crim.*, 1957, n° 544, p. 984.
- > Cass. crim., 26 novembre 1957, *bull. crim.*, 1957, n° 771, p. 1396.
- > Cass. crim., 2 juillet 1958, *bull. crim.*, 1958, n° 514, p. 906.
- > Cass. crim., 15 mars 1960, *bull. crim.*, 1960, n° 148, p. 309.

- > Cass. crim., 8 août et 6 octobre 1960 , *bull. crim.*, 1960, n° 406 et 436.
- > Cass. crim., 23 février 1961, *bull. crim.*, 1961, n° 123, p. 236.
- > Cass. crim., 7 mars 1961, *bull. crim.*, 1961, n° 142, p. 277.
- > Cass. crim., 15 mai 1961, *J.C.P. G.*, 1961, II, 12233, note P. MIMIN.
- > Cass. crim., 23 janvier 1963, pourvoi n° 62-92357, *bull. crim.*, 1963, n° 41.
- > Cass. crim., 2 mai 1963, *bull. crim.*, 1963, n° 164, p. 334 (contre C.A. Limoges, 8 février 1962).
- > Cass. crim., 27 juin 1963, pourvoi n° 62-91086, *bull. crim.* 1963, n° 238.
- > Cass. crim., 17 décembre 1964, pourvoi n° 62-90072, *bull. crim.*, 1964, n° 342.
- > Cass. crim., 25 janvier 1968, *bull. crim.*, 1968, n° 25, p. 48.
- > Cass. crim., 27 février 1968, pourvoi n° 67-92824, *bull. crim.*, 1968, n° 65, p. 157.
- > Cass. crim., 25 avril 1968, *bull. crim.*, 1968, n° 123, p. 295.
- > Cass. crim., 28 mai 1968, pourvoi n° 67-93326, *bull. crim.*, 1968, n° 175.
- > Cass. crim., 4 janvier 1969, *D.*, 1969, p. 258.
- > Cass. crim., 4 novembre 1969, pourvoi n° 68-91999, *bull. crim.*, n° 280.
- > Cass. crim., 10 juin 1970, *bull. crim.*, 1970, n° 197, p. 471.
- > Cass. crim., 3 février 1971, *bull. crim.*, 1971, n° 39, p. 98.
- > Cass. crim., 26 janvier 1972, *Gaz. Pal.*, 1972, n° 2, p. 718.
- > Cass. crim., 15 avril 1972, *bull. crim.*, 1972, n° 126, p. 312.
- > Cass. crim., 8 novembre 1973, pourvoi n° 73-90039, *bull. crim.*, n°412, p. 101.
- > Cass. crim., 10 juillet 1974, *bull. crim.*, 1974, n° 253, p. 649.
- > Cass. crim., 18 mai 1976, pourvoi n° 75-90366, *bull. crim.*, 1976, n°168, p. 418.
- > Cass. crim., 20 mai 1976, *bull. crim.*, 1976, n° 172, p. 433.
- > Cass. crim., 25 novembre 1976, *bull. crim.*, 1976, n° 343.
- > Cass. crim., 24 mars 1977, *bull. crim.*, 1977, n° 112, p. 274.
- > Cass. crim., 19 mai 1978, *bull. crim.*, 1978, n° 159, p. 409.
- > Cass. crim., 11 décembre 1978, pourvoi n° 77-93465, *bull. crim.*, n° 350, p. 914.
- > Cass. crim., 26 mai 1981, *bull. crim.*, 1981, n° 170, p. 475.
- > Cass. crim. 22 août 1981, *bull. crim.*, n° 245, pourvoi n°81-91309.
- > Cass. crim., 26 janvier 1982, pourvoi n° 81-92433, *bull. crim.*, 1982, n°31, p. 74.
- > Cass. crim., 10 février 1982, inédit, n° de pourvoi non communiqué.

- > Cass. crim., 18 mars 1982, pourvoi n° 81-93150, JurisData n° 1982-700732, *bull. crim.*, 1982, n° 79.
- > Cass. crim., 19 janvier 1983, *bull. crim.*, 1983, n° 23.
- > Cass. crim., 19 avril 1983, pourvoi n°80-93436, *bull. crim.*, n°110.
- > Cass. crim., 29 juin 1983, JurisData n° 1983-701710, *bull. crim.*, 1983, n° 204, p. 528.
- > Cass. crim., 12 octobre 1983, *bull. crim.*, 1983, n° 243, p. 622.
- > Cass. crim., 14 juin 1984, *bull. crim.*, 1984, n° 219.
- > Cass. crim., 20 décembre 1984, pourvoi n° 84-90.964, *bull. crim.*, 1984, n°412.
- > Cass. crim., 24 janvier 1985, pourvoi n° 84-93030, *bull. crim.*, 1985, n°41.
- > Cass. crim., 17 avril 1985, *bull. crim.*, 1985, n° 146, p. 378.
- > Cass. crim., 11 juin 1985, pourvoi n° 84-95053, *bull. crim.*, 1985, n° 226.
- > Cass. crim., 29 janvier 1986, pourvoi n° 85-95045, *bull. crim.*, 1986, n° 38, p. 89.
- > Cass. crim., 11 mars 1986, *bull. crim.*, 1986, n° 100, p. 260.
- > Cass. crim., 6 novembre 1986, pourvoi n° 85-93937, *bull. crim.*, 1986, n° 329, p. 841, *D.* 1987, p. 237 et s., note J. PRADEL (à propos de Cass. crim., 7 janvier et 6 novembre 1986, 4 espèces).
- > Cass. crim., 6 novembre 1986, pourvois n° 85-93055, 85-95597, *bull. crim.*, 1986, n° 328, p. 838.
- > Cass. crim., 4 novembre 1987, *bull. crim.*, 1987, n° 388, p. 1024.
- > Cass. crim., 6 novembre 1987, Michel Droit, *J.C.P. G.*, 1988, n° 17, 27 avril 1988, II, 20988, commentaires W. JEANDIDIER.
- > Cass. crim., 1^{er} décembre 1987, pourvoi n° 86-92556, *bull. crim.*, 1987, n° 439, p. 1160.
- > Cass. crim., 10 décembre 1987, *La Semaine Juridique Edition Générale*, n° 17, 27 Avril 1988, II, 20988, commentaires W. JEANDIDIER.
- > Cass. crim. 14 mars 1988, *bull. crim.*, 1988, n° 122, p. 307.
- > Cass. crim., 26 avril 1988, *bull. crim.*, 1988, n° 176, p. 456.
- > Cass. crim., 11 mai 1988, pourvoi n° 87-91864, *bull. crim.*, 1988, n° 207, p. 542.
- > Cass. crim., 16 juin 1988, *bull. crim.*, 1988, n° 274, p. 734, *Gaz. Pal.*, 1989, 1, p. 40.
- > Cass. crim. 14 décembre 1988, *bull. crim.*, 1988, n°430, p. 1137.
- > Cass. crim., 9 février 1989, pourvoi n° 87-81359, *bull. crim.*, 1989, n° 63, p. 173.
- > Cass. crim., 27 mars 1990, pourvoi n° 90-80204, JurisData n° 1990-701451, *bull. crim.*, 1990, n° 134, p. 361, *D.*, 1990, n°42, p. 376, obs. J. PRADEL.

- > Cass. crim., 26 avril 1990, pourvoi n° 88-84586, *bull. crim.*, 1990, n° 162, p. 418.
- > Cass. crim., 21 août 1990, *bull. crim.*, 1990, n° 305.
- > Cass. crim., 27 février 1991, pourvoi n° 90-84091, *bull. crim.*, 1991, n° 99, p. 251.
- > Cass. crim., 6 mars 1991, JurisData n° 1991-701364, *bull. crim.*, 1991, n° 114, p. 291.
- > Cass. crim., 9 avril 1991, *bull. crim.*, 1991, n° 169, p. 432.
- > Cass. crim., 16 octobre 1991, pourvoi n° 90-86527, *bull. crim.*, 1991, n° 351, p. 877.
- > Cass. crim., 20 novembre 1991, pourvoi n° 91-81691, *bull. crim.*, 1991, n° 421, p. 1076.
- > Cass. crim., 3 février 1992, pourvoi n° 91-81426, *bull. crim.*, 1992, n° 47, p. 115.
- > Cass. crim., 7 avril 1992, n° 91-86.396, JurisData n° 1992-001268, *bull. crim.*, 1992, n° 148, p. 388.
- > Cass. crim., 3 juin 1992, *bull. crim.*, 1992, n° 220, p. 614.
- > Cass. crim., 27 octobre 1992, *bull. crim.*, 1992, n° 343, p. 943.
- > Cass. crim., 9 décembre 1992, pourvoi n° 92-80.721, *bull. crim.*, 1992, n° 415, p. 1171.
- > Cass. crim., 7 avril 1993, n° 92-84.725, *D.*, 1993, p. 553.
- > Cass. crim., 16 février 1994, *dr. pén.*, juin 1994, n° 130, p. 7.
- > Cass. crim., 10 mai 1994, *dr. pén.*, octobre 1994, n° 217, p. 12.
- > Cass. crim., 15 juin 1994, pourvoi n° 93-83847, *bull. crim.*, 1994, n° 242, p. 581.
- > Cass. crim., 5 juillet 1994, pourvoi n° 93-85829, *bull. crim.*, 1994, n° 265, p. 657.
- > Cass. crim., 30 novembre 1994, *bull. crim.*, 1994, n° 390, p. 960.
- > Cass. crim., 9 novembre 1995, pourvoi n° 94-84204, *bull. crim.*, 1995, n° 346, p. 1003.
- > Cass. crim., 10 janvier 1996, pourvoi n° 95-81591, JurisData n° 1996-001035, *bull. crim.*, 1996, n° 9, p. 20.
- > Cass. crim., 31 janvier 1996, JurisData n° 1996-001050.
- > Cass. crim., 21 février 1996, n° 95-82.085, JurisData n° 1996-001301, *bull. crim.*, 1996, n° 82, p. 234.
- > Cass. crim., 29 février 1996, pourvois n° 95-82648, 95-84967, JurisData n° 1996-001512, *bull. crim.*, 1996, n° 99, p. 289.
- > Cass. crim., 27 mars 1996, pourvoi n° 95-83081, *bull. crim.*, 1996, n° 141, p. 405.
- > Cass. crim., 5 juin 1996, pourvoi n° 95-83355, inédit.
- > Cass. crim., 27 juin 1996, pourvoi n° 96-80079, *bull. crim.*, 1996, n° 279, p. 842.
- > Cass. crim., 26 septembre 1996, *bull. crim.*, 1996, n° 333, p. 991.
- > Cass. crim., 10 avril 1997, pourvoi n° 96-83152, *bull. crim.*, 1997, n° 140, p. 467.

- > Cass. crim., 1^{er} octobre 1997, pourvoi n° 96-85267, *bull. crim.*, 1997, n° 322, p. 1065.
- > Cass. crim., 4 février 1998, pourvoi n° 97-80305, *bull. crim.*, 1998, n° 43, p. 109.
- > Cass. crim., 18 février 1998, *bull. crim.*, 1998, n° 67, p. 179.
- > Cass. crim., 19 février 1998, pourvoi n° 96-83423, *bull. crim.*, 1998, n° 74, p. 196.
- > Cass. crim., 5 octobre 1999, pourvoi n° 98-81.395, inédit.
- > Cass. crim., 27 octobre 1999, *bull. crim.*, 1999, n° 237, p. 749.
- > Cass. crim., 24 novembre 1999, pourvoi n° 98-85327, *bull. crim.*, 1999, n° 275, p. 862, *Dr. pénal*, avril 2000, n° 52.
- > Cass. crim., 15 décembre 1999, pourvoi n° 99-84.099, *bull. crim.*, 1999, n° 308, p. 954.
- > Cass. crim., 15 décembre 1999, pourvoi n° 99-83.910, *bull. crim.*, 1999, n° 307, p. 953.
- > Cass. crim., 6 janvier 2000, JurisData n° 2000-000457, *bull. crim.*, 2000, n° 5.
- > Cass. crim., 19 janvier 2000, n° 99-80.655, *bull. crim.*, 2000, n° 35, p. 97.
- > Cass. crim., 2 février 2000, JurisData n° 2000-001004, *bull. crim.*, 2000, n° 55, p. 150.
- > Cass. crim., 29 mars 2000, pourvoi n° 99-80837, inédit.
- > Cass. crim., 16 mai 2000, pourvoi n° 99-85.444, JurisData n° 2000-002478, *bull. crim.*, 2000, n° 191, p. 564.
- > Cass. crim., 18 octobre 2000, n° 99-86.289, JurisData n° 2000-006849.
- > Cass. crim., 22 novembre 2000, n° 00-82.458, JurisData n° 2000-007683, *bull. crim.*, 2000, n° 351, p. 1036.
- > Cass. crim., 14 mars 2001, *bull. crim.*, 2001, n° 69.
- > Cass. crim., 28 mars 2001, JurisData n° 2001-009258, *bull. crim.*, 2001, n° 86, p. 276.
- > Cass. crim., 4 décembre 2001, JurisData n° 2001-012609.
- > Cass. crim., 9 janvier 2002, pourvoi n° 01-80397, *bull. crim.*, 2002, n° 1, p. 1.
- > Cass. crim., 19 février 2002, pourvoi n° 00-86244, *bull. crim.*, 2002, n° 34, p. 97.
- > Cass. crim., 3 avril 2002, *bull. crim.*, 2002, n° 76, p. 250, JurisData n° 2002-014315.
- > Cass. crim., 17 décembre 2002, JurisData n° 2002-017820.
- > Cass. crim., 23 mars 2004, n° 03-87854.
- > Cass. crim., 29 septembre 2004, pourvoi n° 04-80-079, JurisData n° 2004-025178, *bull. crim.*, 2004, n° 226.
- > Cass. crim., 15 février 2005, JurisData n° 2005-027226, *bull. crim.*, 2005, n° 59.
- > Cass. crim., 22 février 2005, JurisData n° 2005-027560, pourvoi n° 04-84040, *bull. crim.*, 2005, n° 68, p. 243.

- > Cass. crim., 22 novembre 2005, JurisData n° 2005-031121, *bull. crim.*, 2005, n° 305.
- > Cass. crim., 31 janvier 2007, pourvoi n° 06-85.070, *bull. crim.*, 2007, n° 26.
- > Cass. crim., 13 février 2007, pourvoi n° 06-88.559.
- > Cass. crim., 19 septembre 2007, pourvoi n° 06-84.763, *bull. crim.*, 2007, n° 214.
- > Cass. crim., 27 mars 2008, pourvoi n° 07-85076, *bull. crim.*, 2008, n° 84.
- > Cass. crim., 8 avril 2009, n° 08-83.923, JurisData n° 2009-048323, *bull. crim.*, 2009, n°73.
- > Cass. crim., 29 septembre 2009, pourvoi n° 09-81159, *bull. crim.*, 2009, n° 160.
- > Cass. crim., 3 novembre 2009, pourvoi n° 08-88438, *bull. crim.*, 2009, n° 182.
- > Cass. crim., 23 septembre 2010, pourvoi n° 10-81.245, *bull. crim.*, n°140, JurisData n° 2010-017025.
- > Cass. crim., 28 septembre 2010, pourvoi n° 10-81.493.
- > Cass. crim., 8 décembre 2010, pourvoi n° 10-82861, 10-86852, inédit.
- > Cass. crim., 12 octobre 2011, pourvoi n° 10-84492.
- > Cass. crim., 28 mars 2012, pourvoi n° 11-85.225, JurisData n° 2012-006949.
- > Cass. crim., 20 juin 2013, pourvoi n° 13-84.177, JurisData n° 2013-012442.
- > Cass. crim., 21 août 2013, n° 13-83.442.

Chambre sociale :

- > Cass. soc. 19 décembre 2003, n°01-16.956 et n° 02-41.429, obs. P. MORVAN « Partisane mais paritaire donc impartiale : la juridiction prud'homale », *J.C.P. G.*, 11 fév. 2004, n°7, p. 88; *D.* 2004, n°24, p. 1688, note KELLER.

Cours d'appel :

- > C.A. Paris, 3 mai 1929, *D.H.*, 1929, p. 321.
- > Cour de Riom, 23 mars 1938, *D.*, 1938, II, p. 93, note LENOIR.
- > C.A. Paris, 1^{ère} chambre, 2 février 1955, *J.C.P.*, 1955, II., 8619.
- > C.A. Paris, 12 juillet 1983, JurisData n° 1983-028987.
- > C.A. Caen, 10 mai 1996, n° 96-298, JurisData n° 1996-048749.
- > C.A. Paris, 11 octobre 1996, JurisData n°1996-024578.
- > C.A. Paris, chambre économique, 7 mai 1997, JurisData n° 2007-612538.
- > C.A. Toulouse, 24 février 2000, JurisData n° 2000-111230.
- > C.A. Paris, Chambre correctionnelle, 30 mars 2000, n° 98-07997, JurisData n° 2000-117208.

- > C.A. Paris, 25 octobre 2000, *D.*, 2001, n°7, p. 580, note LIENHARD.
- > C.A. Paris, ord. Prem. Prés., 26 octobre 2000, *D.*, 2001, n°21, p. 1646.
- > C.A. Toulouse, ord. Prem. Prés., 15 février 2001, *B.I.C.C.*, n° 542, 1^{er} octobre 2001, n° 964.
- > C.A. Bourges, 2 mars 2001, JurisData n° 2001-154161.
- > C.A. Montpellier, 5 juin 2001, JurisData n° 2001-158985.
- > C.A. Aix-en-Provence, 6 septembre 2001, JurisData n° 2001-162077.
- > C.A. Aix-en-Provence, 25 octobre 2001, JurisData n° 2001-171131.
- > C.A. Colmar, 20 juin 2002, JurisData n° 2002-186031.
- > C.A. Pau, 14 octobre 2002, JurisData n° 2002-199804.
- > C.A. Paris, 1^{er} décembre 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, présidée par VALLINI (A.)*, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 6 juin 2006, n° 3125.
- > C.A. Versailles, 28 juin 2006, n° 06-03346.
- > C.A. Orléans, 6 mai 2010, n° 09-01692.
- > C.A. Paris, pôle 2 chambre 9, 28 mai 2010, n° 09-07012, JurisData n° 2010-01365.
- > C.A. Pau, Ordonnance Prem. Prés., 18 octobre 2011, n° 11-4683.
- > C.A. Paris, Pôle 2, chambre 1, 11 septembre 2013, n° 13-07730.
- > C.A. Lyon, Chambre sociale B, 2 octobre 2013, n° 13-05371.
- > C.A. Paris, Pôle 5, chambre 5-7, 24 octobre 2013, n° 2012-14904, n° 160.

Juridictions de première instance :

Cours d'assises :

- > Cour d'assises de St-Omer, 2 juillet 2004, *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, présidée par VALLINI (A.)*, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 6 juin 2006, n° 3125.
- > Cour d'assises de Saint-Omer, 24 novembre 2010.
- > Cour d'assises de Nantes, 5 juin 2013.

Tribunaux:

- > Chambre des requêtes, 2 avril 1896, *D.*, 1896, I, p. 440.
- > T.C. Château-Thierry, 4 mars 1898 (confirmé par C.A. Amiens, 22 avril 1898), *D.P.*, 1899, II, p. 329, note L. JOSSERAND.
- > Tribunal civil de la Seine, 1^{ère} chambre, 5 décembre 1952, *J.C.P.*, 1953, II, 7371.
- > T.C. Rouen, 19 juin 1959, voir HUGUENEY (L.), « Crimes et délits contre la chose publique », *R.S.C.*, 1960, pp. 75-78.
- > T.C. Nanterre, 15e chambre, 30 janvier 2004.

XV. Rapports d'activité des juridictions

- > Cour de cassation, *Les libertés, Rapport annuel 2001*, Paris, La documentation française, 2002, 698 p.
- > Cour de cassation, *La responsabilité, Rapport annuel 2002*, Paris, La documentation française, 2003, 731 p.
- > Cour de cassation, *Le droit de savoir, Rapport annuel 2010*, Paris, La documentation française, 2011, 610 p.
- > Cour de cassation, *La preuve dans la jurisprudence de la Cour de cassation, Rapport annuel 2012*, Paris, La documentation française, 2013, 614 p.

XVI. Avis, décisions et rapports annuels du C.S.M.:

Avis :

- > C.S.M., avis du 27 mai 1998.
- > C.S.M., avis du 11 mars 2004.
- > C.S.M., avis du 28 avril 2004.

Décisions :

- > C.S.M., statuant comme conseil de discipline des magistrats du siège, décision du 8 février 1981, *Recueil des décisions et avis disciplinaires*, S044.
- > C.S.M., statuant comme conseil de discipline des magistrats du siège, décision du 3 mai 1990, *Recueil des décisions et avis disciplinaires*, S052.

- > C.S.M. statuant comme conseil de discipline des magistrats du siège, décision du 2 juillet 1992, *Recueil des décisions et avis disciplinaires*, S062.
- > C.S.M., statuant comme conseil de discipline des magistrats du siège, 9 juillet 1993, *Recueil des décisions et avis disciplinaires*, S071.
- > C.S.M. statuant comme conseil de discipline des magistrats du siège, 20 juillet 1994, *Recueil des décisions et avis disciplinaires*, S079.
- > C.S.M. statuant comme conseil de discipline des magistrats du parquet, 21 décembre 1994, *Recueil des décisions et avis disciplinaires*, P023.
- > C.S.M. statuant comme conseil de discipline des magistrats du siège, décision du 28 mars 1996, *Recueil des décisions et avis disciplinaires*, S090.
- > C.S.M., statuant comme conseil de discipline des magistrats du siège, décision du 27 juin 1996, *Recueil des décisions et avis disciplinaires*, S092.
- > C.S.M., statuant comme conseil de discipline des magistrats du siège, décision du 12 mars 1997, *Recueil des décisions et avis disciplinaires*, S096.
- > C.S.M., statuant comme conseil de discipline des magistrats du siège, décision du 27 avril 1999, *Recueil des décisions et avis disciplinaires*, S104.
- > C.S.M., statuant comme conseil de discipline des magistrats du siège, décision du 19 avril 2000, *Rapport annuel d'activité 2000*, p. 15.
- > C.S.M., statuant comme conseil de discipline des magistrats du siège, 24 juillet 2000, *Recueil des décisions et avis disciplinaires*, S111.
- > C.S.M., statuant comme conseil de discipline des magistrats du siège, 13 mai 2003, *Recueil des décisions et avis disciplinaires*, S125.
- > C.S.M., statuant comme conseil de discipline des magistrats du siège, 29 octobre 2004, *Recueil des décisions et avis disciplinaires*, S136.
- > C.S.M., statuant comme conseil de discipline des magistrats du siège, 17 février 2010, *Recueil des décisions et avis disciplinaires*, S175.
- > C.S.M., statuant comme conseil de discipline des magistrats du siège, 5 mai 2010, *Recueil des décisions et avis disciplinaires*, S179.
- > C.S.M., statuant comme conseil de discipline des magistrats du siège, 18 novembre 2010, *Recueil des décisions et avis disciplinaires*, S186.

Rapports annuels d'activité :

- > C.S.M., *Rapport annuel d'activité 1995*, Paris, Direction des journaux officiels, imprimerie des journaux officiels, juillet 1995, 91 p.
- > C.S.M., *Rapport annuel d'activité 2000*, Paris, Les éditions des journaux officiels, 2001.
- > C.S.M., *Rapport annuel d'activité 2003-2004*, Paris, Les éditions des journaux officiels, 2005, 216 p.
- > C.S.M., *Rapport annuel d'activité 2006*, Paris, Les éditions des journaux officiels, 2007, 146 p.
- > C.S.M., *Bilan d'activité 2006-2010*, Paris, Les éditions des journaux officiels, 90 p.
- > C.S.M., *Rapport annuel d'activité 2007*, Paris, La documentation française, 218 p.
- > C.S.M., *Rapport annuel d'activité 2008*, Paris, La documentation française, 2009, 188 p.
- > C.S.M., *Rapport annuel d'activité 2009, Le Recueil des obligations déontologiques des magistrats*, Paris, La documentation française, 2010, 190 p.
- > C.S.M., *Rapport annuel d'activité 2011*, Paris, la documentation française, 2012, 396 p.
- > C.S.M., *Rapport annuel d'activité 2012*, Paris, La documentation française, 2013, 367 p.

Index

A	
affaires	
BETTENCOURT	43
Outreau	11, 130, 154, 171, 193, 199, 289, 291
arbitraire émotionnel	16, 253
contrôle	204
effectivité et limites	<i>Voir matérialisation</i>
prévention	244
apparence	<i>voir impartialité et indépendance</i>
conflits d'intérêts	121
déontologie	
recueil d'obligations	242, 245
règles	246
éthique	245, 250
publicité des procédures disciplinaires	248
sanction	219
responsabilité	219, 220
civile	224
action récursoire de l'Etat ..	224, 225, 227, 232
caractère indirect	224, 227
faute personnelle	224, 225
perspectives	227
responsabilité de l'Etat pour fonctionnement	
défectueux de la justice	221, 225, 227, 231
déli de justice	225
faute lourde	225, 226, 230
disciplinaire	<i>Voir C.S.M.</i>
perspectives	240
serment	118
statut de la magistrature	118
types de fautes	233, 235
mesure	<i>Voir indépendance</i>
pénale	223
droit commun	223
infractions spécifiques	223

C	
C.E.D.H.	
souplesse de l'article 6§1	97
subsidiarité	51, 97
C.S.M.	<i>Voir nomination, avancement</i>
composition	
indépendance	114
instance disciplinaire	<i>Voir responsabilité</i>
collégialité	
domaine	
généralisation	186
juge unique	186
obstacles	193
garantie d'impartialité	184
distanciation	185
hésitations	189

D	
doute	<i>Voir apparence</i>
doute du justiciable	281
diffamation	283
infractions non-iintentionnelles	282
doute méthodique ou judiciaire ..	<i>Voir intime conviction</i>
doute personnel	274
contrôle	<i>Voir collégialité</i>
crainte de l'erreur	276
principe de précaution	275
doute sérieux	272
présomption d'innocence	272
prohibition du déni de justice	272

E	
émotion	
classification	5, 8
émotion active	8
émotion passive ou subie	<i>Voir indépendance</i>
définition	4
échelle	
émotion collective ou sociale	8
scandale	296
valeurs sociales	296, 313, 330
émotion individuelle	8
état conscient	4
état dynamique, différentiel ..	4, 28, 101, 263, 274, 296
préférence	22
fait social	310, 324
apprentissage	318
déterminisme social	323
caractère relatif	325
habitus	325
intentionnalité	320
mimétisme	319
rationalité	259
cognition	261
conflit de modes décisionnels	331
processus décisionnel	261
raisonnement émotionnel	261
distinction	6
matérialisation	205
<i>contrôle externe</i>	211
motivation	208
<i>distanciation</i>	210
domaine	213
présomption	<i>Voir récusation</i>
régulation	284
individualisation des peines	257
expertise judiciaire ...	<i>Voir indépendance; légitimité du juge</i>
caractère non liant	170
dangerosité	164

dérives.....	170
fonction de la peine	166
formation des juges	159, 160, 169
récidive.....	164
scientifisation du procès	155, 183
vérité judiciaire	157, 172
vérité scientifique	171

J

juge	
figures	
la sagesse du Roi SALOMON	10, 11
le bon juge MAGNAUD	10
notion	
magistrat du siège	4
ministère public, parquet	2
recrutement	<i>Voir indépendance</i>
avancement	112
conditions d'âge et d'expérience	197
inamovibilité	109
nomination	108
psychisme	201
statut de la magistrature	
devoir de réserve.....	12, 235, 303
obligation de dignité et de probité	118, 235
sanction	<i>Voir responsabilité disciplinaire</i>
serment	<i>Voir responsabilité disciplinaire</i>

L

légitimité du juge	
compétence	<i>Voir expertise judiciaire</i>
confiance des citoyens.....	25, 127
contrôle.....	221
jury populaire.....	333
représentativité	329, 332
sécurité juridique	<i>Voir déterminisme social</i>

N

neutralité émotionnelle	
impartialité	
apparence	93
garanties	
abstention	59
caractère spontané	59
double degré de juridiction	90
incompatibilités	61
conflits d'intérêts	82, 85, 88, 89
impartialité objective	63
liées au statut du magistrat.....	85
liées aux liens de parenté ou d'alliance.....	82
séparation des fonctions	63

incompatibilités liées à l'exercice successif de fonctions	
critère de l'appréciation de la culpabilité	64
récusation	
fondement	31
motifs	
amitié ou inimitié notoire	46
appréciation	52
caractère limitatif.....	37
caractère object	38
communauté ou contradiction d'intérêts	40
conflits d'intérêts	43, 52
connaissance antérieure de la cause	45
liens de parenté ou d'alliance	38
manifestation de nature à faire suspecter l'impartialité du juge.....	46
présomptions d'affection ou d'hostilité	<i>Voir présomptions</i>
renvoi vers une autre juridiction	56
distinction de la récusation	57
renvoi pour cause de suspicion légitime	57
objective	28, 62, 92, 93
préjugé ou a priori	22
affection	33, <i>Voir récusation</i>
inimitié	33, <i>Voir récusation et incompatibilités</i>
préférence	22
préjugement	22
certitude.....	22, 65
subjective.....	28, 62, 85, 93
indépendance	<i>Voir procès équitable</i>
apparence.....	123
conflit d'intérêts	103, 118
garanties	104
avancement.....	112
extériorité du contrôle disciplinaire	<i>Voir C.S.M.</i>
inamovibilité.....	109
incompatibilités tenant à l'exercice de mandats de représentation.....	<i>Voir incompatibilités</i>
nomination	105
notion	<i>Voir émotion subie</i>
pression d'un tiers	103
médias	
décalage	299
diffusion des décisions de justice	299
droit de réponse.....	303
liberté d'expression	131
opinion publique ..	<i>Voir présomption d'innocence</i>
séparation des pouvoirs	102

P

partie civile	
conséquences sur l'émotion dans le procès	287
recevabilité	143
preuve	<i>Voir présomptions</i>
intime conviction	266, 268
preuve libre	
légalité dans la production de la preuve.....	270

procès équitable..... 20, 82, *Voir* expertise judiciaire

huis clos146

secret du délibéré

sincérité des débats149

S

secret

de la procédure131

du délibéré

opinion dissidente152

protection des magistrats150

principe de publicité de l'audience

V

violence

incidents d'audiences

outrage138

Table des matières

Remerciements	vii
Sommaire	ix
Principales abréviations.....	xi
Introduction	1
Partie I : La méfiance à l'égard de l'arbitraire émotionnel du juge	16
Titre I : L'objectivation de la fonction de juge	18
Chapitre I : Une objectivation imposée par le droit positif.....	19
Section I : Impartialité et indépendance : reflets de l'objectivation.....	19
§I. L'exigence d'impartialité du juge et la lutte contre les émotions « actives ».....	23
A. Les garanties internes d'impartialité et la lutte contre les émotions des juges	27
1. La multitude des garanties internes et la diversité de la lutte contre les émotions	29
2. L'importance accordée à l'apparence : une objectivation paroxysmique de l'office du juge	93
B. Le fondement du droit de la Convention E.D.H. : complément des garanties internes contre les émotions	96
§II. Les garanties d'indépendance et la lutte contre les émotions « subies ».....	101
A. La lutte contre les pressions émanant des pouvoirs institutionnels.....	102
1. Les garanties d'indépendance des juges à l'égard des pouvoirs politique et législatif.....	104
2. La nécessaire perception de l'indépendance par les citoyens.....	122
B. L'indépendance à l'égard des médias et de l'opinion publique	128
1. Les limites à la liberté d'expression en matière judiciaire et le secret de la procédure.....	131
2. La protection des juges contre les violences et l'émotion	137
Section II. Le cadre juridique des débats : limite aux émotions des parties	140
§I. L'atténuation des émotions échangées au cours de l'audience	142
A. Le cadre de la saisine de la juridiction : premier filtre à certaines émotions	142
B. L'atténuation de l'émotion par la modification de l'auditoire.	143
1. La recevabilité de la constitution de partie civile et l'émotion.....	143
2. La publicité des débats et l'émotion	146
§II. La suppression de certaines émotions grâce au secret du délibéré.....	148
A. Le secret et l'apaisement des débats au cours des délibérations	149
B. Le secret, rempart aux pressions extérieures à la décision.....	150
Chapitre II: Une objectivation recherchée par les acteurs juridiques.....	154
Section I: La « scientification » du procès, remède à l'émotivité du juge	155
§I. La science au soutien de jugements éclairés.....	156
A. L'expertise scientifique, base objective et tempérament de l'émotion	157
B. Un besoin de sensibilisation des magistrats à la science.....	159
§II. Les dérives d'une magistrature éblouie par la science	170
A. Vers une vérité moins factuelle, en proie aux émotions	172
B. Le dévoiement de l'expertise scientifique et la remise en cause de l'indépendance des juges	175
Section II : La recherche d'expérimentation des juridictions et la réduction des émotions	184

§I. Le jugement collégial et la réduction des émotions individuelles	184
A. Les hésitations quant à l'objectivité d'une décision collective	189
B. Les empêchements matériels à une collégialité étendue	193
§II. Les contours changeants du recrutement des magistrats	195
A. L'aspiration à une magistrature expérimentée dès l'entrée en fonctions	198
B. Une attention particulière portée au psychisme des candidats à la magistrature.	
201	
Titre II : Le contrôle et la sanction de l'arbitraire émotionnel	204
Chapitre I. La matérialisation des émotions : préalable à tout contrôle	205
Section 1. Une matérialisation au moyen de présomptions d'émotions.	205
Section 2. Les émotions révélées par la motivation	208
§I. Une motivation vectrice d'un double contrôle des émotions	209
A. La motivation et l'effort de distanciation émotionnelle du juge	210
B. La motivation, préalable nécessaire au contrôle externe des émotions.....	211
§ II. Un contrôle des émotions limité au domaine de l'obligation de motiver	213
A. Les contours actuels de l'obligation de motiver.....	213
B. L'élargissement du domaine aux décisions les plus susceptibles d'émotions ...	217
Chapitre II : La responsabilité des juges et l'émotion.....	219
Section 1 : La responsabilité des juges, sanction de l'arbitraire émotionnel	220
§I. Les raisons d'une responsabilité mesurée des juges	220
A. La responsabilité, contrepoids nécessaire de l'indépendance émotionnelle des	
juges	220
B. Une responsabilité mesurée, préservant l'indépendance émotionnelle des juges	
221	
§II. Les modalités de la responsabilité des juges en proie aux émotions.....	222
A. La responsabilité civile et l'émotion du juge	224
B. La responsabilité disciplinaire des juges appliquée à l'émotion	233
Section II. La responsabilisation des juges et la prévention de l'arbitraire émotionnel...244	
§I. Une responsabilisation par l'établissement de règles déontologiques.....	245
§II. La diffusion de principes déontologiques par la publicité des procédures	
disciplinaires et la prévention des émotions	248
A. La publicité des procédures disciplinaires, prolongement de l'exigence de	
neutralité apparente	250
B. La publicité et l'anticipation des comportements : vers une éthique judiciaire .250	
Partie II : L'impossible indifférence du juge aux émotions	255
Titre I : Un juge régulateur des émotions individuelles	256
Chapitre I : La nécessaire prise en compte par le juge de certaines émotions « actives » ...257	
Section I. L'intervention des émotions de l'individu qui juge	258
§I. Certaines émotions actives du juge intégrant le processus décisionnel.....	258
§II. La méthodologie du doute encadrant le système de l'intime conviction	263
A. Le doute « judiciaire » : une émotion contribuant au jugement.....	264
1. Le doute : condition et moyen de l'intime conviction.....	268
2. Un doute persistant dictant la solution du procès.	272
B. Le doute personnel : une émotion empêchant le jugement	274
1. Stress et démons de l'erreur : vers un doute moins favorable à l'accusé	274
2. Le doute personnel : une émotion devant être maîtrisée	276
Section II. La prise en compte des émotions de l'individu jugé	279
§I. Les émotions du justiciable et la personnalisation du jugement.....	280
§II. Le doute du justiciable : une émotion objet du jugement.....	281

Chapitre II : La recherche d'une juste mesure dans la production d'émotions tierces	284
Section I : La régulation des émotions des acteurs du procès	284
§I. La régulation des émotions des acteurs du procès et le jugement au fond du droit .	284
A. Une écoute mesurée des victimes désireuses de Justice	285
1. Une écoute nécessaire à un apaisement toutefois relatif des victimes	285
2. Une écoute limitée des victimes pour préserver le jugement de leurs émotions	287
B. La régulation des émotions du mis en cause et des tiers intervenant au procès.	289
§II. L'apaisement des parties par la recherche de leur adhésion à la décision.	291
Section II : La diffusion de l'apaisement dans la société au-delà du procès.....	295
§I. Une décision perçue comme une réponse adaptée au scandale	296
A. L'apaisement par le jugement de ce qui fait scandale.....	296
B. L'apaisement par la lisibilité des décisions par le grand public.....	298
§II. L'apaisement de la société par une diffusion maîtrisée des décisions	299
A. Encadrer la communication pour prévenir les mauvaises interprétations.....	299
B. L'approvisionnement du décalage entre les mondes médiatique et judiciaire.....	304
Titre II : Un juge, incarnation des émotions sociales	309
Chapitre I : Un magistrat imprégné des émotions sociales	310
Section I. L'émotion comme fait social	310
Section II. Les vecteurs de pénétration de l'émotion sociale dans l'individualité du juge	316
§I. Apprentissage, mimétisme et origine sociale de l'émotion	317
A. L'apprentissage et le mimétisme émotionnel du juge	318
B. L'intentionnalité nécessaire à la réévaluation de l'émotion.....	320
§II. Le déterminisme émotionnel du magistrat	323
A. Les mesures du déterminisme social	324
B. Déterminisme social du juge et sécurité juridique	327
Chapitre II : Un magistrat : légitime représentant des émotions sociales	329
Section I. La représentativité des émotions du juge et la légitimité d'un système	329
décisionnel complémentaire au droit.....	329
§I. De la représentativité à la légitimation d'un mode de raisonnement juridico-	330
émotionnel.....	330
§II. L'apparition d'un conflit de modes décisionnels	331
Section II. La représentativité des émotions du juge et la légitimité de son action	332
§I. La représentativité des émotions du juge et l'inutilité des mesures d'ancrage	333
populaire des décisions	333
§II. La représentativité des émotions du juge et la confiance des citoyens dans la justice	336
336	
Conclusion générale	338
Bibliographie.....	342
Index.....	401
Table des matières.....	405
Résumé.....	409
Abstract	410

Résumé

« [L]e commandement appartiendra, [...] l'obéissance sera due, à un ordre qui n'a point de visage, dont on peut attendre, puisqu'il est impersonnel, qu'il interpellera sans passion et sera écouté sans colère »¹²¹⁷. C'est à ces fins que la procédure pénale et la pratique tentent d'évincer du jugement les émotions « passives » paralysant le raisonnement autonome du juge, ou certaines émotions « actives » non fondées sur un raisonnement logique. Mais parmi les émotions pourchassées, seules celles qui peuvent être effectivement contrôlées par leur matérialisation sont susceptibles d'être évitées et d'engager la responsabilité du juge. Au surplus, il faut compter sur l'autodiscipline du juge en le sensibilisant au moyen de règles déontologiques. Toutefois, malgré la crainte de l'arbitraire que pourraient susciter les émotions, la bonne administration de la justice ne peut se faire nonobstant toute considération émotionnelle : le juge perçoit des émotions telles que les doutes méthodiques nécessaires au jugement et doit composer avec celles des tiers. Ainsi, au sein de l'espace laissé aux émotions, le magistrat tente de réguler celles qui survivent légitimement. Finalement renvoyé à sa condition d'être social, le juge ne peut échapper aux émotions qu'il a intégrées par sa sociabilisation. Il est le représentant des émotions sociales, restant ainsi en phase avec les valeurs qu'elles révèlent. La contribution de ces émotions à la décision est légitimée par leur représentativité. La légitimité se propage enfin aux décisions et à l'action du juge.

Mots-clés : Emotions actives et passives ; objectivité ; impartialité ; indépendance ; arbitraire du juge ; prévention ; déontologie ; sanction ; responsabilités civile et disciplinaire ; scientification du procès ; collégialité ; présomptions d'émotions ; régulation des émotions ; doute ; personnalisation des décisions ; émotions sociales ; mimétisme ; déterminisme social ; représentativité ; légitimité ; motivation des décisions.

¹²¹⁷ J. CARBONNIER, *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 490.

Abstract

« Commandment shall belong [...] and one shall obey to a faceless order, which may be expected, given its impersonality, to rule without passion and to be listened to without anger »¹²¹⁸. To reach such an aim, practice and criminal procedure try to erase from judgment « passive » emotions as well as some « active » ones that are not based on any logical thinking, since they paralyse the judge's autonomous reasoning. However, among such hounded emotions, only those which can be genuinely controlled by their materialisation are likely to be avoided and to involve the judge's responsibility. Furthermore, one has to take into account the judge's self-discipline by making him aware of these issues thanks to deontological rules. Nevertheless, and despite the fear of arbitrariness that emotions might trigger, the right administration of justice cannot cast aside every emotional consideration: a judge perceives emotions such as the methodological doubts that are necessary to his judgment; he must also take into account the ones felt by others. As a result, within the space left for emotions, a magistrate tries to regulate those which legitimately survive. A judge is ultimately brought back to his status of social being, he cannot escape the emotions which he has integrated through his socialization. He represents social emotions and stays in tune with the values they reveal. The contribution of these emotions to the final decision is legitimised by their representativeness. This legitimacy finally spreads out to the judge's decisions and actions.

Key-words : Active and passive emotions; objectivity; impartiality; independence; the judge's arbitrariness ; prevention; ethics; penalty; civil and disciplinary responsibilities; the scientification of the trial ; collegiality; presumptions of emotions; emotion regulation; doubt; personalisation of the decisions ; social emotions; mimicry; social determinism; representativeness; legitimacy; reasons for deciding.

¹²¹⁸ J. CARBONNIER, *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 490, suivant notre traduction personnelle.

Résumé : « [L]e commandement appartiendra, [...] l'obéissance sera due, à un ordre qui n'a point de visage, dont on peut attendre, puisqu'il est impersonnel, qu'il interpellera sans passion et sera écouté sans colère »¹²¹⁹. C'est à ces fins que la procédure pénale et la pratique tentent d'évincer du jugement les émotions « passives » paralysant le raisonnement autonome du juge, ou certaines émotions « actives » non fondées sur un raisonnement logique. Mais parmi les émotions pourchassées, seules celles qui peuvent être effectivement contrôlées par leur matérialisation sont susceptibles d'être évitées et d'engager la responsabilité du juge. Au-surplus, il faut compter sur l'autodiscipline du juge en le sensibilisant au moyen de règles déontologiques. Toutefois, malgré la crainte de l'arbitraire que pourraient susciter les émotions, la bonne administration de la justice ne peut se faire nonobstant toute considération émotionnelle : le juge perçoit des émotions telles que les doutes méthodiques nécessaires au jugement et doit composer avec celles des tiers. Ainsi, au sein de l'espace laissé aux émotions, le magistrat tente de réguler celles qui survivent légitimement. Finalement renvoyé à sa condition d'être social, le juge ne peut échapper aux émotions qu'il a intégrées par sa sociabilisation. Il est le représentant des émotions sociales, restant ainsi en phase avec les valeurs qu'elles révèlent. La contribution de ces émotions à la décision est légitimée par leur représentativité. La légitimité se propage enfin aux décisions et à l'action du juge.

Mots-clés : Emotions actives et passives ; objectivité ; impartialité ; indépendance ; arbitraire du juge ; prévention ; déontologie ; sanction ; responsabilités civile et disciplinaire ; scientification du procès ; collégialité ; présomptions d'émotions ; régulation des émotions ; doute ; personnalisation des décisions ; émotions sociales ; mimétisme ; déterminisme social ; représentativité ; légitimité ; motivation des décisions.

Abstract: « Commandment shall belong [...] and one shall obey to a faceless order, which may be expected, given its impersonality, to rule without passion and to be listened to without anger »¹²²⁰. To reach such an aim, practice and criminal procedure try to erase from judgment « passive » emotions as well as some « active » ones that are not based on any logical thinking, since they paralyse the judge's autonomous reasoning. However, among such hounded emotions, only those which can be genuinely controlled by their materialisation are likely to be avoided and to involve the judge's responsibility. Furthermore, one has to take into account the judge's self-discipline by making him aware of these issues thanks to deontological rules. Nevertheless, and despite the fear of arbitrariness that emotions might trigger, the right administration of justice cannot cast aside every emotional consideration: a judge perceives emotions such as the methodological doubts that are necessary to his judgment; he must also take into account the ones felt by others. As a result, within the space left for emotions, a magistrate tries to regulate those which legitimately survive. A judge is ultimately brought back to his status of social being, he cannot escape the emotions which he has integrated through his socialization. He represents social emotions and stays in tune with the values they reveal. The contribution of these emotions to the final decision is legitimised by their representativeness. This legitimacy finally spreads out to the judge's decisions and actions.

Key-words: Active and passive emotions; objectivity; impartiality; independence; the judge's arbitrariness ; prevention; ethics; penalty; civil and disciplinary responsibilities; the scientification of the trial ; collegiality; presumptions of emotions; emotion regulation; doubt; personnalisation of the decisions ; social emotions; mimicry; social determinism; representativeness; legitimacy; reasons for deciding.

¹²¹⁹ J. CARBONNIER, *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 490.

¹²²⁰ J. CARBONNIER, *op. cit.*, suivant notre traduction personnelle.