

LE RÔLE DE L'AVOCAT DANS LE PROCESSUS D'ÉLABORATION DE LA JURISPRUDENCE PÉNALE

par François Saint-Pierre
Avocat

L'exemple de la Cour européenne des droits de l'homme démontre que la jurisprudence peut être une source majeure de droit dès lors que les juges usent pleinement de leur pouvoir. Il appartient à l'avocat de soulever les questions de droit et les arguments juridiques auxquels les juridictions seront tenues de répondre. Cette tâche nécessite parfois de la ténacité mais peut permettre de faire évoluer le droit.

Le rôle des avocats dans le processus d'élaboration de la jurisprudence est déterminant. Ce sont eux qui posent aux juges les questions de droit auxquelles ces derniers doivent répondre dans leurs jugements, dont la somme constitue la jurisprudence donnée sur un thème ou un autre. Les avocats sont les déclencheurs de ce processus essentiel dans l'évolution de l'État de droit.

C'est ainsi qu'ils passent de la défense d'un intérêt particulier, celui de leur client, à une contribution d'intérêt général aux grands débats juridiques de notre époque. Un tel processus s'inscrit dans le temps, un temps long, car le parcours des instances successives dure des années. Une stratégie judiciaire à long terme leur est donc nécessaire, qu'ils élaborent dans l'incertitude, parmi un lot de contingences telles que l'issue de leurs projets demeure aléatoire jusqu'au bout.

Compris de la sorte, l'exercice de ce métier d'avocat prend une dimension majeure. De clinicien, l'avocat devient le contributeur dynamique d'une vision nouvelle et globale de la société. Le barreau dans son ensemble agit comme une force vive de propositions. C'est ensuite aux juges d'user de leur pouvoir, dans toute son amplitude et sa puissance, pour développer les libertés individuelles et cultiver les valeurs sociales de tous, dans le seul souci du bien commun.

■ L'impulsion de la jurisprudence

Observons la procédure comme une mécanique, dont la mise en mouvement obéit à des règles simples. En général, les juges ne peuvent se saisir eux-mêmes de questions de droit, sauf à de rares exceptions. Ils ne doivent statuer que sur les arguments et les demandes que leur soumettent les avocats dans des conclusions écrites, auxquelles ils ont alors l'obligation de répondre ¹.

Que les avocats s'en abstiennent, et voici nos juges privés de débats juridiques, limités à se prononcer sur les éléments de fait des dossiers qu'ils ont à traiter, suivant leur appréciation. Or tout jugement pose des questions de méthode et de raisonnement. Par exemple, le niveau de preuves requis pour le prononcé d'une condamnation, ou les conditions d'application et de cumul de qualifications sont autant de sujets qui méritent d'être pensés en termes de droit par les avocats.

Il en est de même de l'usage des voies de recours. Leur exercice conditionne l'élaboration de la jurisprudence de chaque cour d'appel comme de celle de la Cour de cassation – mais aussi du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme.

Certes, le traitement de la masse des recours est un défi pour ces juridictions. Mais attention à ne pas les rejeter sans examen minutieux : de graves questions de droit sont ainsi restées trop longtemps sans réponse.

■ Stratégies judiciaires

Prenons l'exemple de la garde à vue. Des années durant, les avocats essuyèrent des échecs devant la Cour de cassation. La plupart de leurs pourvois étaient écartés par le président de la Chambre criminelle, sans être jugés sur le fond, et du coup la Cour européenne tarda à se prononcer. Il fallut attendre 2011 pour que cette question soit enfin traitée, de la façon dont on se souvient ².

Il en alla différemment d'un autre thème âprement débattu : la motivation des verdicts criminels. Des avocats la revendiquèrent comme une garantie nécessaire contre l'arbitraire croissant des cours d'assises. La Cour de cassation s'y opposa, de même que le Conseil

(1) La Cour de cassation rappelle régulièrement que les tribunaux n'ont pas le pouvoir de prononcer d'office la nullité d'une procédure (Crim. 6 juin 2012, n° 11-87.180, Bull. crim. n° 146), sauf en cas d'incompétence juridictionnelle (Crim. 20 juill. 2011, n° 10-83.763, Bull. crim. n° 160 ; RSC 2012. 151, obs. C. Mascala). Seules les chambres de l'instruction disposent d'un pouvoir d'initiative (c. pr. pén., art. 206).

(2) Durant le cours des Informations judiciaires, le président de la Chambre criminelle de la Cour de cassation apprécie de manière discrétionnaire l'examen immédiat ou non d'un pourvoi en cassation (c. pr. pén., art. 570). En pratique, rares sont les pourvois immédiatement soumis à la Chambre criminelle. C'est ainsi que les pourvois portant sur la critique de l'ancienne procédure de garde à vue ne prospérèrent pas. Il fallut attendre la décision du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010 pour que cette procédure soit jugée non conforme (Cons. const., 30 juill. 2010, n° 2010-14/22 QPC, AJ pénal 2010. 470, étude J.-B. Perrier ; RSC 2011. 139, obs. A. Giudicelli ; *ibid.* 165, obs. B. de Lamy ; *ibid.* 193, chron. C. Lazerges). La Cour de cassation se rangea par la suite à cette position (Crim. 19 oct. 2010, n° 10-82.902, 10-82.306, 10-85.051, Bull. crim. n° 163, 164, 165 ; AJ pénal 2010. 479, obs. E. Allain ; RSC 2010. 879, chron. E. Gindre ; Ass. plén., 15 avr. 2011, Bull. Ass. plén. n° 1). La Cour européenne des droits de l'homme n'avait été saisie que de quelques requêtes concernant la France sur ce thème. Elle se prononça à son tour par un arrêt du 14 octobre 2010 (*Brusco d France*, n° 1466/07, RSC 2011. 211, obs. D. Roets).

constitutionnel, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité. Mais le gouvernement l'imposa finalement par la loi, afin de rationaliser la justice criminelle, dont la Cour européenne des droits de l'homme condamna elle aussi les dérives³.

Le rôle de ces avocats fut crucial. Il leur fallut tout d'abord formuler ces thèmes, les rédiger dans des mémoires et les plaider à chacune des audiences de ce long parcours qu'est un procès pénal, avec constance et détermination, malgré les déconvenues, avant que des années plus tard leurs efforts soient couronnés de succès. De telles stratégies judiciaires sont dignes d'éloges – d'autant que les contraintes professionnelles que subissent les avocats sont excessivement lourdes.

■ Du cas particulier à l'intérêt général

Les avocats sont des praticiens. Ils ont en charge la défense des intérêts particuliers de personnes, dans un contexte donné, avec des moyens le plus souvent limités. Dans bien des cas, prudents, ils conseillent à leur client d'acquiescer au jugement. Mais d'autres fois, l'inscription d'un appel puis d'un pourvoi en cassation s'impose à eux comme l'unique moyen de parer l'échec.

Dès le début de la procédure, l'avocat doit donc concevoir les arguments de droit qui lui permettront, le cas échéant, de soutenir ces recours, jusque y compris devant la Cour européenne des droits de l'homme : exceptions de nullités, contestations de qualifications, atteintes aux droits fondamentaux ou au principe du procès équitable. L'avocat intègre ainsi l'analyse clinique de la situation individuelle de son client dans une perspective globale et dynamique du système juridique.

L'issue de sa stratégie dépendra de facteurs multiples, qu'il ne maîtrise pas tous, loin s'en faut. Mais ses arguments susciteront d'autant plus l'écoute des juges qu'ils seront pensés et formulés en termes de droit, c'est-à-dire de manière normative, à portée universelle, visant l'intérêt général. Un avocat peut soutenir une thèse originale, à contre-courant : s'il la conçoit ainsi, il parviendra – peut-être – à provoquer une rupture et une avancée remarquables du droit positif classique.

(3) La Chambre criminelle de la Cour de cassation maintint une jurisprudence constante selon laquelle les verdicts de cours d'assises ne devaient pas être motivés (par ex. Crim. 15 Juin 2011, n° 10-80.508, Bull. crim. n° 128), confirmée par le Conseil constitutionnel (Cons. const., 1^{er} avr. 2011, n° 2011-113/115 QPC, AJ pénal 2011. 243, obs. J.-B. Perrier ; RSC 2011. 423, obs. J. Danet), jusqu'à ce que la loi du 10 août 2011 l'imposât (loi n° 2011-939 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale). La Cour européenne des droits de l'homme condamna la France par une décision du 10 janvier 2013, *Agnelet c/ France*, non pas en raison de l'absence de motivation du verdict en question, mais de l'imprécision de l'accusation et dès lors de l'incompréhension de ce verdict (CEDH 10 Janv. 2013, *Agnelet c/ France*, n° 61198/08, D. 2013. 615, note J.-F. Renucci).

(4) Cette règle a été insérée dans l'article préliminaire du code de procédure pénale par la loi du 14 avril 2011, relative à la garde à vue : « En matière criminelle et correctionnelle, aucune condamnation ne peut être prononcée contre une personne sur le seul fondement de déclarations qu'elle a faites sans avoir pu s'entretenir avec un avocat et être assistée par lui ».

■ Le barreau, une force vive de propositions

Les avocats exercent leur métier librement. Ils sont les seuls maîtres de leurs argumentaires. Les thèmes qu'ils développent sont variés, et leurs travaux d'inégale qualité – soyons humbles. Mais collectivement, ils forment ainsi une force vive de propositions, qu'il est important d'entendre. Confidents de leurs clients, les avocats expriment leurs maux et leurs doléances.

La somme des intérêts particuliers n'équivaut pas à l'intérêt général, dit-on, mais elle s'en approche. Le barreau est un corps intermédiaire de la société, dont les analyses et les revendications sont sérieuses et légitimes. Le rôle des ordres d'avocats et du Conseil national des barreaux (CNB) est ici crucial, de même que celui des syndicats d'avocats : faire entendre ces voix singulières et diverses auprès des pouvoirs publics afin d'influencer leurs politiques, ainsi que dans l'opinion publique.

Ne doit-on pas au CNB et à son président l'aboutissement de la réforme de la garde à vue qui semblait impossible à réaliser ? D'autres combats sont à mener : l'amélioration du service public de la défense, assurant l'assistance d'un bon avocat à toute personne démunie, bien sûr, mais aussi par exemple cette proposition d'avant-garde : pourquoi ne pas soumettre la nomination des juges à l'avis des avocats, eux qui les pratiquent et les apprécient à leur juste valeur professionnelle ?

■ La voie judiciaire de la réforme de la société

Soyons réalistes : notre système judiciaire est en crise depuis de nombreuses années. Les raisons sont multiples, mais l'une d'elles est assurément l'instrumentalisation de la justice pénale à des fins politiques partisans, qui aura voué à l'échec tout projet de réforme globale des structures et des procédures de ce système – et compromis hélas certains magistrats dans de basses œuvres. L'introduction dans notre droit de la question prioritaire de constitutionnalité, en 2010, avait soulevé parmi les avocats un grand espoir : celui de pouvoir réformer de l'intérieur l'appareil judiciaire, en obtenant l'annulation de lois déclarées inconstitutionnelles et provoquer ainsi le vote de nouvelles législations. Mais passé l'attrait de la nouveauté, nous nous rendons compte que cette voie judiciaire ne nous mènera à la refondation de la justice pénale qu'à la seule condition suivante : les juges doivent user de leur pouvoir prétorien dans toute son amplitude et sa puissance. Rien ne leur interdit d'inventer de nouvelles solutions. Pourquoi, à titre d'exemple, la Cour de cassation n'a-t-elle pas d'initiative jugé que les aveux d'une personne gardée à vue passés sans l'assistance d'un avocat ne pouvaient valoir preuve contre elle, avant que la loi n'en décide ainsi ? Elle aurait alors mérité l'autorité et la gloire d'une Cour suprême, authentique créatrice de droit⁴.

■ Du droit positif au droit vivant

Nous sommes aujourd'hui encore tributaires de cette conception classique du droit, héritée de Beccaria, ennemie de la jurisprudence – vieux souvenir de l'Ancien Régime. Mais les temps ont changé. Entre le fatras des lois et des règlements concoctés chaque année par les services administratifs de l'État, et quelques belles décisions de justice, bien rédigées, il n'y a plus à hésiter. Voyez l'œuvre de la Cour européenne des droits de l'homme. Elle n'est que l'interprétation de quelques articles forts succincts, et pourtant son influence sur l'ensemble des systèmes judiciaires

européens est d'ores et déjà considérable. La jurisprudence est une source de droit vivant, produite par des juges soucieux des libertés et des valeurs sociales, à l'écoute des plaideurs qui leur auront soumis leurs plaintes et leurs demandes – un processus de nature parfaitement démocratique⁵.

C'est en leur proposant des solutions juridiques novatrices que les avocats permettent aux juges d'accomplir ainsi leur œuvre jurisprudentielle, sans se limiter aux cadres statiques du droit positif, mais au contraire en cherchant à les transformer, au service de

l'idée qu'ils se font de la justice. « *Good lawyers follow the law, great ones make it* », comme disent les Américains – ce que l'on peut traduire ainsi : « les bons avocats appliquent le droit, les grands le créent ! ».

(5) Lire l'article de G. Zagrebelsky, La doctrine du droit vivant et la question de constitutionnalité, *Constitutions* 2010. 9.

L'INDEMNISATION DES VICTIMES D'ACTES DE TERRORISME EN DROIT FRANÇAIS

par Robert Cario

Professeur de droit pénal et de criminologie

La France a développé très tôt une politique particulière en matière de réparation pour les victimes d'actes terroristes. En effet, cette forme de criminalité pouvant être la source de préjudices considérables par des auteurs qui restent bien souvent insaisissables et en tout cas insolubles nécessitait un traitement juridique particulier. Le système français semble aujourd'hui satisfaisant pour les aspects pécuniaires mais il reste à développer, y compris au-delà du terrorisme, les mesures de justice restaurative qui sont susceptibles d'aider les victimes à se resocialiser.

La France, à l'instar de beaucoup d'autres pays, n'est pas épargnée par les attentats terroristes. Lâches car frappant généralement de manière aveugle et dévastatrice des populations civiles innocentes, ils apparaissent comme étant le fait d'individus fanatiques, extrémistes (les plus jeunes d'entre eux faisant l'objet d'endoctrinements systématiques), dont la forme de langage semble la plus dégradée qui soit : le passage à l'acte criminel violent. Quand bien même les revendications de tels crimes tendraient à les identifier comme politiques, il s'agit d'infractions graves de droit commun, dont la caractéristique spéciale est la terreur. Le profil criminologique même des auteurs, de genre masculin plus que proportionnellement, indique en ce sens qu'il s'agit d'infractions « ordinaires », issus massivement de milieux sociaux marqués par des précarités multiples, ayant banalisé le mal comme mode de résolution des conflits qu'ils provoquent dans la plupart des cas¹.

Il n'y a pas de définition universelle du terrorisme, délicate par nature, modalités voire idéologie². Une définition de consensus académique a été adoptée par l'ONU sur proposition d'Alex P. Schmid, selon laquelle le terrorisme est une méthode visant à inspirer de l'angoisse par des actions violentes répétées, employée par des acteurs individuels, en groupes ou étatiques (semi-) clandestins, pour des raisons qui leurs sont propres, criminelles ou politiques, dans laquelle – par opposition à l'assassinat – les cibles directes de la violence ne sont pas les cibles principales. Les victimes humaines immédiates de la violence sont généralement choisies au hasard (cibles opportunistes) ou sélectivement (cibles représentatives ou symboliques) dans une population cible et servent de générateurs de message. Les processus de communication basés sur la violence ou la menace entre les (organisations) terroristes, les victimes (potentielles) et les cibles principales sont utilisés pour manipuler le public, transformé en une cible de terreur, une cible d'exigences, ou une cible d'attention, selon que l'intimidation, la coercition, ou la propagande est le premier but recher-

ché³. Au sein de l'Union européenne, l'article 1^{er} de la décision-cadre du 13 juin 2002 propose une définition énumérative des infractions terroristes⁴.

Le code pénal français, dans un titre spécial (art. 421-1 à 421-2-3), précise ce que constituent des actes de terrorisme.

(1) Sur ces aspects, H. Arendt, *Eichmann à Jérusalem. La banalité du mal* (1963), Gallimard, 4^e éd., 1996, 522 p. ; R. Ottenhof, *Approche criminologique et victimologique du terrorisme*, in G. Doucet (dir.), *Terrorisme, victimes et responsabilité pénale internationale*, Calmann-Lévy/SOS-Attentats, p. 485 s. ; P. Thys, *Criminels de guerre. Étude criminologique*, L'Harmattan, coll. Sciences criminelles, 2007, 255 p. ; D. Casoni, L. Brunet (dir.), *Comprendre l'acte terroriste*, Presses de l'Université du Québec, 2003, 148 p. ; v. également J. Sémelin, *Purifier et détruire. Usages politiques des massacres et génocides*, Le Seuil, coll. La couleur des idées, 2005, p. 285 s.

(2) M. Burgess, *Terrorisme : les problèmes de définition*, on line cdi.org (Center for Defense Information), 1^{er} août 2003 ; G. Doucet, *Terrorisme : définition, juridiction pénale internationale et victimes*, RIDP 2005-76-3/4, p. 251-273.

(3) Not. A. Schmid, *Terrorism as psychological warfare*, in *Democracy and security*, 2005-1/137-146, spéc. p. 140 : « Terrorism in an anxiety-inspiring method of repeated violent action, employed by (semi-) clandestine individual, group, or state actors, for idiosyncratic, criminal, or political reasons, whereby – in contrast to assassination – the direct targets of violence are not the main targets. The immediate human victims of violence are generally chosen randomly (targets of opportunity) or selectively (representative or symbolic targets) from a target population, and serve as message generators. Threat- and violence-based communication processes between terrorist (organization), (imperial) victims, and main targets are used to manipulate the main target (audience(s)), turning it into a target of terror, a target of demands, or a target of attention, depending on whether intimidation, coercion, or propaganda is primarily sought ».

(4) Décision-cadre du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme, JOCE, 22 juin 2002, L. 164-4 ; v. également, B. A. Koch, *Indemniser les victimes du terrorisme. Analyse comparative pour le Comité européen de coopération juridique*, 27 nov. 2006, CDCJ-BU(2006)19, multigraph., 36 p.