



## Du concours du droit à notre avenir

Conseiller d'Etat honoraire, Jean-Marie Delarue a été le premier Contrôleur général des lieux de privation de liberté (2008-2014), avant de présider la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité. Il est membre du Comité consultatif national d'éthique. Il a coécrit "Prisons, quel avenir ?" (PUF/La vie des idées, 2016). Il signe ici la première "carte blanche" de Délibérée.

Pour paraphraser la formule célèbre de Paul Valéry, écrite en 1919<sup>1</sup>, nous autres, planète, espèce humaine, protections sociales et démocraties, savons désormais que nous sommes mortelles, et aujourd'hui en grave péril. Nous avons cru, en 1945 (après l'autre guerre), bâtir l'irréversible. Nous étions naïfs. Nous balbutions depuis trente ans le mot « *crise* ». Ne faut-il pas plutôt chanter le crépuscule ?

Pour cette raison, il est possible, et facile, de se joindre chez nous au chœur des tragiques. Il enfle, parmi les responsables comme au sein des opinions. Quels que soient les scrutins, et malgré le pain et les jeux (télévision, sports, vidéo, étourdissements collectifs...), ses voix additionnées constituent sûrement le premier parti de France.

Plutôt que d'ajouter une gorge supplémentaire à cet ensemble déchirant, le pari de chacun, individuellement ou collectivement, doit être plutôt dans l'effort constant d'analyse et la recherche inlassable des voies alternatives.

Dès lors, puisque ce premier numéro comme ceux qui suivront – on doit le souhaiter – se préoccupent de droit et de justice, il faut se demander comment ces notions peuvent satisfaire, pour leur part, cette survenue d'un monde convalescent.

### Un nouveau rapport à la loi

Les gouvernements doivent changer en premier lieu leur rapport à la loi. Tout se passe comme si la création de normes solennelles était aujourd'hui leur seul moyen d'action. C'est en partie vrai. La pauvreté de l'Etat lui interdit bien souvent d'agir matériellement. Quoiqu'il en soit, la loi n'a plus que la valeur attachée au discours politique : celui-ci vite prononcé, vite oublié ; celle-là vite écrite, vite substituée. Elle engendre un triple ésothérisme : celui du Parlement à qui il arrive, pour peu qu'on y regarde de près, de se contredire sans arrêt, au sein d'une même majorité, d'une année sur l'autre<sup>2</sup> ; celui du citoyen, qui n'a, dans ce pays, jamais été familier de la règle et de sa portée, et auquel il est impossible de donner les clés de la compréhension des évolutions ; celui surtout du justiciable, de moins en moins capable de comprendre ses droits comme ses obligations.

Naturellement, la loi doit évoluer : à raison de facteurs extrinsèques (le poids du droit international et européen) et parce qu'elle traduit des choix politiques légitimes. Mais pas dans ce tourbillon de textes foutraques, mal écrits et sans idées matricielles, par lesquels des

illusionnistes veulent faire croire qu'ils agissent. Ce n'est pas l'épaisseur des codes, comme on a cru pouvoir le soutenir, qui est effrayante, mais leur désordre. Le code général des impôts, terreur de n'importe quel chef d'entreprise, le code de procédure pénale, où se perdent les officiers de police judiciaire, en sont de parfaits exemples. La codification des textes, dans laquelle on voyait naguère une clarification nécessaire, ne suffit plus. Il faut raréfier la loi. Surtout en période de crise. On a cru, par exemple, répondre au terrorisme en multipliant les textes, comme on le faisait hier après chaque crime retentissant. Cet escamotage sert à se dispenser d'interroger la manière dont agissent les forces de sécurité, d'une part, et dont les politiques sociales préviennent les rébellions des méprisés, d'autre part. Il accrédite l'idée que la loi en vigueur est inefficace. C'est « *une maladie qui se prend pour son propre remède* » comme l'écrivait Karl Kraus pour un autre objet<sup>3</sup>. Un champ trop étroit de la loi facilite son inadaptation ; le renouvellement incessant de la loi encourage son inobservation.

Au-delà de cette furia législative inutile, on doit aussi se préoccuper, en deuxième lieu, de la question de l'effectivité de la loi. Nous avons vécu longtemps éblouis du spectacle de la splendeur législative de la III<sup>e</sup> République, qui avait couronné enfin « *les libertés nécessaires* » chères à Monsieur Thiers<sup>4</sup>. Spectacle prolongé par les feux de la République sociale du préambule de 1946 et les préoccupations hardies (parfois) d'un Conseil constitutionnel d'après 1971, encouragé ou accompagné, avec des hauts et des bas, par la jurisprudence des juridictions judiciaires et administratives.

Ces éblouissements de la perfection législative ne nous ont pas habitués à questionner les effets pratiques de la loi. D'ailleurs, est-ce bien là le travail des juristes, peu avertis, il faut bien le dire, des profondeurs économiques et sociales du pays ? C'est la Cour européenne des droits de l'homme qui a œuvré depuis longtemps à un changement de perspective. Ainsi pour l'accès à un tribunal. Le gouvernement de tel pays soutient-il que cet accès ne fait pas problème, puisqu'on peut même y défendre sa cause sans avocat ? Réponse de la Cour : « *La Cour ne considère pas cette ressource comme décisive en soi. La Convention [européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales] a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoire mais concrets et effectifs (...). Il faut donc rechercher si la comparution (...) sans l'assistance d'un conseil serait efficace, en ce sens que Mme A. pourrait présenter ses arguments de manière adéquate et satisfaisante* »<sup>5</sup>.

Effectif ? Par exemple un discours ressassé sur les prestations sociales tend à mettre en avant les fraudes qui aggravent les déficits. Il a été démontré<sup>6</sup> que le volume des droits ouverts et non perçus (donc des montants), faute d'information ou de compréhension, est incomparablement plus grand que celui résultant de la fraude.

Chaque fois qu'il est donné de regarder attentivement un pan déterminé d'une législation, on voit le poids des *habitus* des usagers ou des professionnels ; on perçoit ceux qui passent « *au travers* » mais surtout ceux qui passent « *à côté* », toujours les mêmes<sup>7</sup>. Voilà un nouveau rôle à confier au Parlement et à d'autres personnes indépendantes : des lois beaucoup plus rares mais un contrôle accru de l'effectivité de celles votées<sup>8</sup>.

### **Pour une assurance judiciaire**

En troisième lieu, la justice est-elle effective ? Assurément, les coupables d'infraction sont recherchés. Le « *taux de réponse* » est devenu le critère d'une bonne justice. Les tribunaux

débordent d'activité, au grand dam des professionnels. La fameuse « *juridicisation* » est en marche.

Faut-il s'arrêter à ce constat ? La justice rendue au nom du peuple français, avec son appareil, n'a pas été assez interrogée comme un marché dont il faut questionner les conditions d'accès. Qui va devant le juge ? Dans quelles conditions ? Avec quels résultats ? Dans ce jeu étroitement codifié, l'égalité ne règne pas et la pauvreté trop souvent y perd. Non seulement en raison du prix des prestations, mais aussi en raison des écarts dans la manière de penser et de parler. Hélène Castel évoque, après en avoir fait l'expérience douloureuse, la justice comme cette « *institution traîtresse (...) car c'est justement pour ceux qui en auraient le plus besoin qu'elle vient à manquer. En effet, elle continue de mépriser royalement ceux qui n'ont jamais reçu que du mépris, elle exclut inexorablement ceux qui ont été de tout temps victimes d'exclusion* »<sup>9</sup>.

On doit remettre à plat, comme on dit trivialement, le dispositif d'accès au droit et d'aide juridictionnelle. Il convient d'inventer l'assurance judiciaire. Celle qui aura pour fonction d'assurer à tous l'accès effectif à la justice, c'est-à-dire d'y trouver l'assistance dont chacun a besoin, l'assurance de pouvoir s'expliquer devant elle dans sa vérité, la certitude d'y être attentivement suivi. Nous en sommes encore loin.

### **En finir avec la « rage sécuritaire »**

Enfin, il faut mettre fin à ce sophisme venu d'une pensée extrême, et assumé désormais par tous les partis de gouvernement, selon lequel « *la sécurité est la première des libertés* ». Une telle assertion<sup>10</sup> a deux avantages : elle permet tout au politique, puisque la sécurité est un but dont l'horizon n'est jamais atteint et qui peut donc tout justifier ; elle lui assure une raison d'être et de vivre, dès lors que le caractère inévitable du malheur peut toujours être baptisé « *insécurité* ». On ne doit pas s'étonner que les gouvernements en fassent leur priorité. C'est un instrument commode de survie : une légitimité fondée sur nos peurs.

Au nom de la sécurité, les normes et la manière d'être ensemble ont été profondément modifiées. Pour s'en tenir aux évolutions récentes (mais l'histoire de la « *sécurité* » en France depuis la loi Peyrefitte<sup>11</sup> reste à écrire), l'équilibre entre exécution des peines et mesures de sûreté a été brutalement rompu ; l'attrait pour l'enfermement n'a jamais été aussi grand<sup>12</sup> ; les champs respectifs de la police administrative et de la police judiciaire ont été redécoupés, au profit de la première (avec une course législative entre les deux sur les moyens d'investigation dont chacune dispose<sup>13</sup>) ; l'internement administratif (signe irréfutable de l'affaiblissement des droits) redevient « *tendance* » ; l'opinion perd le goût des libertés puisque les politiques ne l'ont guère<sup>14</sup>, d'une part, et que c'est « *l'autre* », « *l'étranger* » qui est visé, d'autre part.

Au nom de la sécurité, des méfaits législatifs – c'est-à-dire l'adoption de dispositions peu compatibles avec un Etat démocratique – ont été commis. Citons-en trois précisément pris dans les lois récentes, sur lesquels il serait opportun de revenir.

Le premier est bien connu, il s'agit de la rétention de sûreté définie par la loi n° 2008-174 du 25 février 2008. Un de ses aspects est passé quelque peu inaperçu. Il consiste (article 706-53-19 du code de procédure pénale) à ordonner la rétention en cas de méconnaissance par l'intéressé des obligations qui lui incombent au titre d'une mesure de surveillance de sûreté.

Dans cette hypothèse, le placement n'a pas de lien direct avec la condamnation criminelle mais seulement avec une mauvaise volonté, une perte de mémoire, une déclaration de guerre au système judiciaire... Il ne dit rien de la supposée « *dangerosité* ». La réponse de sûreté est ici hors de proportion avec la faute.

Le deuxième est relatif aux mesures de surveillance administrative par les services de renseignement. Pendant longtemps, l'instance chargée d'en contrôler l'usage s'est opposée avec constance à ce que des techniques soient employées à l'encontre de « *l'entourage* » d'une personne suspectée de commettre un délit très grave ou un crime. L'article L. 852-1 du code de la sécurité intérieure, résultant de la loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement, étend la possibilité d'écoutes téléphoniques à l'entourage. La loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016 (prolongeant l'état d'urgence, elle aussi passée quelque peu inaperçue en la matière) permet également de saisir les « *données de connexion* » (en particulier ce qu'un téléphone portable révèle) de l'entourage (article L. 851-2 du même code). Or, ce dernier n'a pas de définition juridique ; c'est la police qui se charge de lui en donner une : ce peut être le conjoint mais aussi le collègue de bureau ou le boucher du coin. Ainsi peut-on surveiller un nombre beaucoup plus étendu de personnes à l'égard desquelles n'existe aucun soupçon.

Le troisième résulte de la même loi du 21 juillet 2016. Son article 9 modifie la loi pénitentiaire en autorisant la vidéosurveillance en cellule 24 heures sur 24. A qui cette mesure peut-elle s'appliquer ? Au prévenu mis à l'isolement qui risque de s'évader ou de se suicider, compte tenu des « *circonstances particulières de son incarcération et (de) l'impact de celles-ci sur l'opinion publique* ». La partie civile est devenue omniprésente dans la « *chaîne pénale* ». Voici qu'y apparaît désormais l'opinion publique, émue par des « *circonstances particulières* » qu'on a du mal à définir, pour justifier une atteinte particulièrement sérieuse à l'intimité de la personne. L'article 144 du code de procédure pénale sur la détention provisoire était plus sage, qui précise que le trouble exceptionnel et persistant à l'ordre public provoqué par une infraction ne saurait résulter de son seul retentissement médiatique. C'est une troisième porte ouverte à bien des dérives.

L'action répressive doit être menée autant que nécessaire avec les instruments classiques dont dispose l'Etat, adaptés aux techniques du jour. Mais elle doit demeurer étroitement conjuguée avec l'élan positif des politiques économiques et sociales.

Une rupture salutaire et lucide avec ce flot irrésistible où l'on nous entraîne ne consiste nullement à faire l'ange, donc la bête, et ignorer les dangers. Notre Etat de droit, rappelle Mireille Delmas-Marty, n'est en rien désarmé. Ce n'est pas dans la vulnérabilité que réside sa faiblesse. Mais dans sa manière d'être. Il faut donc en changer. Il convient de redonner un sens positif à l'action collective, d'où viendra le salut. « *Une république sage, écrivait Montesquieu, ne doit rien hasarder qui l'expose à la bonne ou à la mauvaise fortune* »<sup>15</sup>. Vivement la sagesse...

Jean-Marie Delarue

[1](#) « *Nous autres, civilisations, savons désormais que nous sommes mortelles* », in Paul Valéry, « La crise de l'esprit, première lettre », *Variété*, Œuvres I, 1957, Gallimard, La Pléiade, p. 988.

[2](#) Entre mille exemples, l'application au personnel pénitentiaire des prérogatives des services de renseignement, refusée après débat par la loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 et admise par l'article 14 de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016. Aucun événement matériel survenu entre temps ne justifiait cette évolution.

[3](#) La psychanalyse [N.D.L.R].

[4](#) Adolphe Thiers (1797-1877), président de la République française du 31 août 1871 au 24 mai 1873 [N.D.L.R].

[5](#) CEDH, 9 octobre 1979, *Mme Airey c/ Irlande*, n° 6289/73, § 24.

[6](#) Notamment par Philippe Warin. Voir en dernier lieu *Le non-recours aux politiques sociales*, Presses universitaires de Grenoble, 2016 (préf. Antoinette Catrice-Lorey). De manière imagée, on peut également se reporter sur ce point au film de Ken Loach, *I, Daniel Blake* (2016).

[7](#) Voir sur ce point les rapports du Contrôleur général des lieux de privation de liberté, dont on oublie souvent qu'il est le premier organe indépendant à passer au crible les pratiques administratives.

[8](#) Ce qui veut dire aller au-delà de l'interrogation, comme c'est trop souvent le cas aujourd'hui, de savoir si les décrets d'application d'une loi ont été pris. Une telle évaluation a pu être faite pour la loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011 sur les malades admis aux soins sans consentement, notamment grâce au député Denys Robiliard.

[9](#) Hélène Castel, *Retour d'exil d'une femme recherchée*, Seuil, 2009, p. 235-236.

[10](#) Christian Charrière-Bournazel lui a donné un nom et consacré un essai : *La rage sécuritaire*, Stock, 2011.

[11](#) Loi n° 81-82 du 2 février 1981 « *renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes* », dite « *sécurité et liberté* » [N.D.L.R]

[12](#) Voir l'évolution des établissements de santé mentale et des établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes, pour trouver deux illustrations hors du champ pénal.

[13](#) Voir par exemple, pour les deux polices, l'évolution de la loi en matière de « *perquisitions* » informatiques.

[14](#) Quand les droits fondamentaux sont ravalés au rang « *d'arguties juridiques* »...

[15](#) *Considérations sur les causes de la grandeur des Romains et de leur décadence*, chap. 9.

Le Club est l'espace de libre expression des abonnés de Mediapart. Ses contenus n'engagent pas la rédaction.